THÈSE

Pour obtenir le grade de

DOCTEUR DE L'UNIVERSITÉ GRENOBLE ALPES

École doctorale : EDSJ - Ecole Doctorale Sciences Juridiques
Spécialité : Droit Pénal
Unité de recherche : Centre de Recherches juridiques

L'invisible et l'infraction

Invisibility and offence

Présentée par :

Elise BARRET

Direction de thèse :

Cédric RIBEYRE PROFESSEUR DES UNIVERSITES, Université Grenoble Alpes	Directeur de thèse

Rapporteurs :

François FOURMENT
PROFESSEUR DES UNIVERSITES, Université de Tours
Corinne ROBACZEWSKI
PROFESSEURE DES UNIVERSITES, Université de Lille

Thèse soutenue publiquement le **29 novembre 2023**, devant le jury composé de :

Cédric RIBEYRE PROFESSEUR DES UNIVERSITES, Université Grenoble Alpes	Directeur de thèse
François FOURMENT PROFESSEUR DES UNIVERSITES, Université de Tours	Rapporteur
Corinne ROBACZEWSKI PROFESSEURE DES UNIVERSITES, Université de Lille	Rapporteure
David DECHENAUD PROFESSEUR DES UNIVERSITES, Université Grenoble Alpes	Président
Jean Baptiste THIERRY PROFESSEUR DES UNIVERSITES, Université de Lorraine	Examinateur

A mon grand-père,

Remerciements

Mes remerciements les plus sincères sont tout d'abord adressés à Monsieur le Professeur Cédric Ribeyre sans lequel cette thèse n'aurait pas vu le jour. Qu'il trouve ici l'expression de ma profonde reconnaissance pour son soutien indéfectible, sa bienveillance et ses conseils avisés. Qu'il me soit permis de le remercier encore pour le temps qu'il a bien voulu m'accorder et les encouragements qu'il a pu formuler lorsque j'en ai eu besoin.

Je tiens ensuite à exprimer ma profonde gratitude envers les Professeurs David Dechenaud, François Fourment, Corinne Robaczewski et Jean-Baptiste Thierry pour m'avoir fait l'insigne honneur d'accepter de juger ce travail.

À Madame Laurence Cimar pour ses conseils et sa bienveillance.

À Madame Anne-Gaëlle Robert, grâce à qui j'ai un jour osé envisager la thèse…

La réalisation de cette thèse s'est faite accompagnée de mes proches, amis et famille sans lesquels ce travail n'aurait pu se concrétiser.

À mes neveux et nièces, qui ont adouci ces années de dur labeur.

À mes parents, pour leur soutien constant, tant matériel que moral.

À Cyrille pour son aide et son soutien.

À Alex, Alexandre, Camille, Emeline, Florence, Hugo, Inès, Louise, Mathieu, Maxime, Sophie et Thomas pour leur amitié sans faille et leurs encouragements.

À Marion, pour son aide, sa compréhension et son amitié.

À Anthony, pour son aide et son soutien inconditionnel et à Théa, pour sa présence.

Principales abréviations

al.	Alinéa
AFDP	Association française de droit pénal
AJ pén.	Actualité juridique de droit pénal
AN	Assemblée Nationale
Arch. Pol. Crim.	Archives de politique criminelle
Arch. Phil. Dr.	Archives de philosophie du droit
Art.	Article
Ass. plén.	Assemblée plénière de la Cour de cassation
BICC	Bulletin d'information de la Cour de cassation
Bull. crim.	Bulletin des arrêts de la chambre criminelle
Bull. Joly sociétés	Bulletin Joly sociétés de la Cour de cassation
BO	Bulletin officiel
BOMJ	Bulletin officiel du ministère de la Justice
C.	Code
c/	contre
CA	Cour d'appel
Cass. ass. plén.	Assemblée plénière de la Cour de cassation
Cass. crim	Chambre criminelle de la Cour de cassation
C. civ.	Code civil
C. com.	Code de commerce
CE	Conseil d'Etat
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
CSDH	Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales
Chron.	Chronique
Circ.	Circulaire
comm.	commentaire
comp.	comparer
concl.	conclusions
Cons. const.	Conseil constitutionnel
Ch. corr.	Chambre correctionnelle
CP	Code pénal
CPP	Code de procédure pénale
D.	Recueil Dalloz
DH	Recueil Dalloz hebdomadaire
Dir.	Dirigé par
Doct.	Doctrine
DP	Dalloz périodique
Dr. fam.	Revue Droit de la famille
Dr. pén.	Revue Droit pénal
Dr. sociétés.	Revue Droit des sociétés
éd.	édition
ex.	exemple
Fasc.	Fascicule
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
Ibid.	*Ibidem*
JCP G	JurisClasseur périodique (Semaine juridique) éd. générale

JO	Journal officiel
L.	Loi
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
Loc. cit.	*Loco citato* (à l'endroit cité)
n°	numéro
not.	Notamment
obs.	observations
op. cit.	*opere citato*
OPJ	Officier de police judiciaire
ord.	ordonnance
p.	page
précit.	précité
PUAM	Presses universitaires d'Aix-Marseille
PUF	Presses universitaires de France
PUG	Presses universitaires de Grenoble
PUR	Presses universitaires de Rennes
QPC	Question prioritaire de constitutionnalité
RDPC	Revue de droit pénal et de criminologie
rec.	recueil
réd.	Rédaction
Rép. civ.	Répertoire Dalloz de droit civil
Rép. pén.	Répertoire Dalloz de droit pénal et de procédure pénale
Rev. sociétés	Revue des sociétés
RIDP	Revue internationale de droit pénal
RJ Com	Revue de jurisprudence commerciale
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
S.	Recueil Sirey
s.	suivant
somm.	sommaire
spéc.	spécialement
t.	tome
T. corr.	Tribunal correctionnel
v.	voir
V°	*verbo*
Vol.	volume

SOMMAIRE

PREMIERE PARTIE : L'invisibilité des infractions

Titre 1 : L'invisibilité des infractions : obstacle à leur découverte

Chapitre 1 : Le droit pénal à l'œuvre en amont de la commission des infractions invisibles

Chapitre 2 : Le droit pénal à l'œuvre pour mettre au jour les infractions invisibles

Titre 2 : La poursuite des infractions invisibles : l'obstacle de la prescription de l'action publique

Chapitre 1 : Une solution prétorienne à la poursuite de certaines infractions invisibles

Chapitre 2 : La solution législative à la poursuite de certaines infractions invisibles

SECONDE PARTIE : L'invisibilité de l'infraction

Titre 1 : L'invisibilité dans l'élément moral

Chapitre 1 : La faute, notion insaisissable

Chapitre 2 : La faute, une preuve délicate

Titre 2 : L'invisibilité dans l'élément matériel

Chapitre 1 : L'invisibilité de l'objet de l'infraction

Chapitre 2 : L'invisibilité du comportement infractionnel

Introduction générale

1. *De l'invisible.* Tout est invisible. Selon les sensibilités de chacun, tout, ou presque, peut en effet être qualifié ainsi. Si le scientifique songera aux éléments dont le caractère infiniment petit est partant inaccessible à l'œil humain, le médecin, quant à lui, envisagera les maladies ou handicaps difficilement diagnosticables, mal compris et souvent minimisés par le reste de la population, ou, le microbe, les germes et le virus que nos sociétés contemporaines redoutent tant depuis que s'est révélé avec le Covid-19, considéré comme un véritable « *ennemi invisible* »[1], le risque de pandémies. En littérature, c'est l'incontournable œuvre de science-fiction d'H.G. Wells[2] que l'on se doit d'évoquer, laquelle n'est pas sans rappeler l'allégorie philosophique de Platon avec « *l'anneau de Gygès* »[3] sur la question de l'effet « *anti-criminogène* » du contrôle social, ou les travaux de Merleau-Ponty[4] sur le rapport à la vérité. On pourrait songer également à la célèbre citation du Petit Prince de Saint-Exupéry, pour qui « *l'essentiel est invisible pour les yeux* », comme une ode à la richesse intérieure et la dénonciation d'un rapport trop superficiel à ce qui nous entoure. Le sociologue, lui, considèrera les populations, souvent vulnérables ou précaires[5], ostracisées, dénigrées ou encore ignorées par les dirigeants ou une caste dominante. Pour le géographe, la notion pourra évoquer les frontières politiques. Pour l'économiste, c'est la référence à « *la main invisible* » d'Adam Smith qui s'imposera, mais on pourra songer encore à la question de l'économie souterraine. Alors que le politicien pourra, lui, être tenté par l'idée de « *menaces invisibles* » pour la nation, contre lesquelles il promettra bien entendu de s'engager. L'invisible, dans l'imagination collective, est encore celui qui est peu présent ou qui se rend inaccessible, indisponible, voire l'être surnaturel lorsque l'on emploie la majuscule. Ainsi de Dieu pour le croyant. Pour l'initié aux pratiques ésotériques, on évoquera ainsi la métaphysique, à travers l'idée de forces, de puissances intangibles[6], ainsi de l'existence d'un monde inaccessible au commun des mortels. Auquel il proposera parfois le recours aux arts divinatoires afin de lui ouvrir les portes de cet univers occulte. Face à ces différentes acceptions, le droit ne restera pas en reste, si l'on peut déjà considérer, d'une manière générale, qu'il repose sur des fictions et autres concepts abstraits par essence invisibles. Mais le juriste, selon son domaine de prédilection songera également à diverses notions spécifiques. Le théoricien à la question de la place des valeurs au sein du droit[7]. Le fiscaliste pensera notamment aux fraudes et autres évasions fiscales[8]. Plus original, le spécialiste du droit de la propriété intellectuelle se remémorera l'affaire « *Io sono* » à propos de la commercialisation d'une œuvre invisible[9] dont l'auteur fut accusé de plagiat, ou encore de la

---

[1] C. Ribeyre, « La procédure pénale à l'épreuve de l'état d'urgence sanitaire », Dr. pén. n° 5, mai 2020, n°3.
[2] H. G. Wells, *L'homme invisible*, Calmann-Lévy, 1912.
[3] Platon, *La République*, livre II.
[4] M. Merleau-Ponty, *Le visible et l'invisible*, Gallimard, 1988.
[5] S. Beaud, J. Lindgaard, J. Confavreux (dir.), *La France invisible*, La Découverte, 2006 et notamment l'article de D. Lochak, « (In)visibilité sociale, (in)visibilité juridique », pp. 499-507.
[6] V. J.-P. Vernant, « De la présentification de l'invisible à l'imitation de l'apparence », *in Mythe et pensée chez les Grecs. Étude de psychologie historique*, Paris, 2ème éd., 1985, p. 339-351 : à propos du rôle particulier de la statue du Dieu qui permet de traduire de façon visible une présence invisible.
[7] G. Cornu, « Le visible et l'invisible », PUF, Droits n°10/1, 1989, pp.27-29.
[8] J.-J. Lubin, « Fraude et évasion fiscales : la difficile mesure de l'invisible », La revue fiscale du patrimoine n° 11, nov. 2022, 10 ; S.-M. Cabon, « Fraude fiscale - Entre pragmatisme et idéalisme, quelle place pour la négociation en droit pénal fiscal ? », Revue de droit fiscal n° 11 du 14 mars 2019 : « Fléau à la fois clandestin et invisible, la fraude fiscale est présentée comme le type de délinquance astucieuse le plus coûteux en France ».
[9] Ch. Caron, « L'essentiel est invisible », Comm. comm. élec. n° 9, sept. 2021, repère 8.

question de la protection de l'odeur[10]. La question de l'évaluation du préjudice corporel interne ou latent et du préjudice psychique[11] se posera pour les spécialistes de droit de la responsabilité civile ou du droit des assurances. En droit des étrangers, on retrouvera l'idée d'une population invisibilisée au quotidien malgré une surmédiatisation croissante. Pour l'administrativiste, l'invisible pourra renvoyer au contentieux du droit de l'environnement, notamment concernant la pollution atmosphérique face à laquelle l'inaction des pouvoirs publics est souvent dénoncée[12]. Mais encore à l'action des services de renseignement, et à la phase de préparation de certaines infractions, laquelle se passe dans l'ombre. C'est le cas notamment en matière de terrorisme avec la pratique djihadiste dite de la Taqyia, laquelle consiste pour le terroriste à dissimuler sa radicalisation, et partant éviter tout fichage, en se faisant passer pour un adepte des valeurs occidentales[13]. En droit international, ce sont les services auxquels renvoie la notion de « *commerce invisible* »[14]. Et en droit du numérique nombreux sont les exemples : des réseaux dissimulés du « *Darkweb* », en passant par le pixel invisible ou « *web bug* »[15], et autres logiciels espions, aux « *métatags* » qui questionnent tant le droit de la consommation[16], le droit de la concurrence[17] et même le droit au respect de la vie privée[18].

2. *De l'invisible en matière pénale.* La matière pénale, qui retiendra notre attention dans cette étude, présente quant à elle de nombreuses occurrences de l'« *invisible* ». Si l'on retient une acception large du champ pénal on peut en effet constater que la notion, là encore, peut recouvrir une multitude d'hypothèses.

3. *Histoire du droit pénal*. D'un point de vue historique tout d'abord, on songe aux modes de preuve irrationnels faisant « *appel aux dieux* »[19], ainsi à une puissance invisible, les

---

[10] G. Haas, « L'odeur, un instrument invisible du marketing difficile à protéger », Décisions Marketing, avril-juin 2003, n° 30, pp. 77-80.

[11] V. not. Dossier « L'évaluation du dommage psychique - 1re partie » Gaz. Pal. 17 févr. 2015, n° 48 ; Dossier « L'évaluation du dommage psychique - 2de partie » Gaz. Pal. 30 juin 2015, n° 181 ; Dossier « La prise en charge des victimes atteintes dans leur intégrité psychique », Gaz. Pal. 11 oct. 2022, n° 32.

[12] S. Brimo, « Pollution de l'air ? Circulez, il n'y a rien à voir ! », AJDA 2023 p.809 ; et récemment condamnée par deux décisions du 16 juin 2023 constituant la première condamnation de l'Etat à la réparation des préjudices subis par des particuliers dus à la pollution de l'air : TA Paris, 4e sect. - 2e ch., n° 2019924 et n° 2019925 ; J. Touzet, « L'État condamné à indemniser des enfants victimes des pollutions de l'air », D. Actu., 5 juill. 2023.

[13] C. Ribeyre, « L'élargissement des mesures spéciales et dérogatoires face à Daech », *in* A. Casado et F. Safi (dir.), *Daech et le droit*, éd. Panthéon Assas, 2016, p. 127 citant G. Larrivé, *Avis n° 2267 fait au nom de la commission des lois sur le projet de loi n° 2234 de finances pour 2015*, Tome VI, p.16 : « Cette stratégie de dissimulation ou de camouflage est théorisée par certains radicaux sous le nom de Taqyia, mot qui désigne la permission faite aux musulmans vivant dans des pays en guerre de dissimuler leur foi et d'en violer les préceptes pour mieux la défendre face aux infidèles » ; V. égal. E. Fottorino (dir.), *Qui est Daech ? Comprendre le nouveau terrorisme*, Ph. Rey, 2015.

[14] D. Carreau, L. Dubin, « Services », Rép. de droit int., mars 2013, §1 ; D. Carreau, « Système commercial multilatéral : volet institutionnel », Rép. de droit int., sept. 2011, §13.

[15] M.-L. Hardouin-Ayrinhac, « Le point sur les règles applicables aux cookies », Le Quotidien du 5 janvier 2021 : Données personnelles, Lexbase ; Ch. Féral-Schuhl, *Cyberdroit. Le droit à l'épreuve de l'internet*, Dalloz Praxis, 8ème éd. 2020-2021, n°112.11.

[16] G. Busseuil, « Du visible à l'invisible : la notion de publicité à l'épreuve du nom de domaine et des métatags », LPA, 21 mai 2014, n°101, p.4 ; Ch. Féral-Schuhl, *Cyberdroit. Le droit à l'épreuve de l'internet*, *précit.*, n°623.05.

[17] F. Herpe, « L'utilisation d'une marque d'un tiers dans les codes sources d'un site web est-elle fautive ? », LEPI, n°9, oct. 2016, p.7.

[18] G. Busseuil, « L'utilisation des données personnelles comme méta-balises : neutralité technologique ou atteinte à la vie privée ? », LPA 26 nov. 2014, n°236, p.16 ; T. Douville, « L'utilisation licite du nom d'autrui comme « méta-balise » d'un site internet », LEFP 15 nov. 2014, n°10 p.2.

[19] C. Lovisi, *Introduction historique au droit*, Dalloz Cours, 6ème éd., 2022, n°10.

ordalies[20]. C'est de ces « *épreuves physiques subies par les parties ou leurs champions et destinées à manifester d'une manière visible et incontestable soit leur pureté […], soit leur impureté* »[21] que dépendait l'issue du procès. Mais en réalité, l'Invisible de sorte invoqué n'était pas seul à la manœuvre, les historiens du droit soulignant à ce titre que « *Les juges savaient fort bien orienter le cours de la justice divine en fonction de leur intime conviction* »[22]. Mais « *Donnée par Dieu, la Loi est immuable* »[23], en sorte que l'invocation d'une puissance leur étant supérieure, le résultat de l'ordalie voyait son autorité plus aisément acquise et la crainte inspirée par cet être invisible encourageait les aveux des accusés[24]. En outre, l'ordalie règle des difficultés probatoires, « *L'appel au sacré tente également de remédier aux impasses de la justice. Faute de pouvoir établir autrement les faits* »[25]. On la retrouve alors dans des sociétés monothéistes comme païennes, mais la pratique a encore cours de nos jours, notamment dans certains pays d'Afrique subsaharienne[26]. Un colloque organisé par le Centre d'Histoire et d'Anthropologie du Droit de l'Université Paris-Ouest, organisé en décembre 2010 faisait ainsi état de l'arrivée de « *l'invisible au tribunal* »[27] dans certains pays.

4. *Procédure pénale*. La notion d'invisible n'est ensuite pas sans évoquer les infractions clandestines, dont le régime dérogatoire créé par les juges, a répondu à des besoins de procédure pénale afin de sauver des procédures de la déchéance portée par la prescription de l'action publique, sans pour autant qu'une réflexion d'envergure, et donc de droit pénal général, n'ait été menée quant à la notion créée. Madame le professeur Darsonville estimait ainsi que les infractions dites clandestines, dissimulées ou encore occultes pouvaient faire l'objet d'une dénomination commune, ainsi qu'il était possible de les « *nommer « infractions invisibles »* »[28]. Cette catégorie d'infractions est en effet invisible aux yeux des autorités de poursuite, voire également de la victime[29], par sa nature ou par l'effet de la dissimulation intentionnelle de l'auteur, d'où le report du point de départ de la prescription de l'action publique au jour où celle-ci sera devenue visible[30]. Si l'invisibilité peut ainsi être l'« *ennemi* » des procédures, on songera aussitôt que les enquêteurs ont parfois recours au voile de l'invisibilité pour mener à bien leurs investigations. C'est bien d'invisibilité qu'il s'agit lorsque les enquêteurs agissent par le biais de l'infiltration *lato sensu*, qu'elle recouvre la surveillance[31], l'infiltration *stricto sensu*[32], ou la plus récente enquête sous pseudonyme[33].

---

[20] Ch. Archan, G. Courtois, G. Davy, M. Valleur, R. Verdier (dir.), *Les ordalies : rituels et conduites*, Mare & Martin, 30 Juin 2022.
[21] J.-M. Carbasse, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, PUF, 3ème éd., 2014, n°46.
[22] C. Lovisi, *Introduction historique au droit*, Dalloz Cours, 6ème éd., 2022, n°10, égal. n°202.
[23] *Ibid*., n°13.
[24] *Ibid*., n°202.
[25] *Ibid*.
[26] V. not. R. Verdier, N. Kálnoki, S. Kerneis (dir.), *Les justices de l'invisible,* L'Harmattan, Collection Droit et Cultures, 2013 ; égal. le film « La justice divine chez les Kabyé du Togo », CNRS commenté par R. Verdier, « Le corps à l'épreuve du feu de la justice divine chez les Kabyè du Togo » *in* B. Durand (dir.), *La torture judiciaire. Approches historique et juridique*, Montpellier, 2002, vol. I, pp.191-198.
[27] A. Helmis, « L'invisible au tribunal : les « esprits » et le crime de sang devant une cour d'assises (Togo) » *in* R. Verdier, N. Kálnoki, S. Kerneis (dir.), *Les justices de l'invisible, précit*., p.91.
[28] A. Darsonville, « Recul du point de départ de la prescription de l'action publique et suspension du délai : le flou actuel et à venir ? », AJ Pén. 2016 p.306.
[29] V. C. proc. pén., art. 9-1 : l'infraction occulte impose la double condition d'invisibilité quand rien n'est spécifié concernant l'infraction dissimulée.
[30] Depuis le 1er mars 2017, dans les limites du délai butoir fixé par C. proc. pén., art. 9-1.
[31] C. proc. pén., art.706-80 à 706-80-2.
[32] C. proc. pén., art. 706-81 à 706-87.
[33] C. proc. pén., art. 230-46.

5. *Criminalistique*. En criminalistique, c'est notamment la « *reine des preuves* », l'ADN, recherchée par la police scientifique qui peut se voir qualifier d'invisible. On songe également aux lésions internes que seule l'autopsie pourra révéler, ou à la présence de substances nuisibles ou mortifères dans l'organisme de la victime que l'analyse médico-légale pourra rendre visible, ou encore au Bluestar, produit employé par la police technique et scientifique pour mettre au jour les traces de sang que certains auraient souhaité rendre invisibles.

6. *Droit pénal général*. On pourrait ensuite songer, en droit pénal général, à la personne morale, avec laquelle, à la différence de la personne physique originellement seule responsable potentielle de l'infraction, personne n'a jamais pu dîner[34]. Invisible, elle constitue en effet l'une des fictions juridiques les plus emblématiques. Par ailleurs, il convient de s'intéresser à la faute *stricto sensu*, laquelle renvoie au degré d'adhésion de l'auteur à l'acte commis. Qu'il s'agisse d'une intention ou d'une faute d'imprudence qui est reprochée à l'agent, dans tous les cas l'accès à la psyché de l'agent, ne peut être immédiat. Ainsi, en intégrant une dimension subjective à la criminalité[35], elle apporte de l'invisible au sein de l'incrimination. Un auteur a de sorte pu souligner que « *L'intention a le désavantage d'être la part invisible de l'infraction : elle se situe en effet dans la psychologie de l'auteur* »[36]. En effet, et plus largement, l'appréciation de l'élément moral « *suppose que l'on prenne en considération l'état d'esprit qui était celui de l'agent au moment où il accomplissait son acte* »[37]. Or, quoi de plus imperceptible que l'esprit humain ? Pourtant c'est bien sur cet élément qui « *nécessite une analyse de la psychologie de l'individu* »[38], que va reposer en partie la constitution de l'infraction, laquelle pourra engendrer une sanction. A ce titre, la tendance du législateur à remonter de plus en plus en amont de la commission des faits pour admettre la répression pose question. En effet, on glisse doucement vers une répression de la simple pensée criminelle, pourtant autant difficile à constater qu'à définir.

7. *Droit pénal spécial.* En droit pénal spécial, on songe immédiatement à des infractions telles le blanchiment[39] qui consiste à invisibiliser le caractère délictueux des fonds employés, au travail dissimulé[40] qui invisibilise le recours à une certaine main d'œuvre, ou encore à la dissimulation d'enfant[41] qui invisibilise celui-ci aux yeux de l'officier d'état civil puisque sa naissance est passée sous silence voire à l'abandon pécuniaire de famille, « *infraction peu spectaculaire, et même invisible* »[42]. On pourrait également évoquer le cas plus original de délinquants faisant appel à des puissances invisibles dans le dessein d'impressionner des victimes de sorte à les déterminer à la remise de fonds ou autres valeurs. Vaudou, chamanisme et autres pratiques occultes dénoncées il y a déjà une soixantaine d'années par le Professeur Larguier[43] et qui perdurent aujourd'hui[44]. Des

---

[34] D'après la célèbre expression M. le professeur G. Jèze.
[35] Ph. Conte, P. Maistre du Chambon, *Droit pénal général*, 7ème éd., Armand Colin, 2004, n°349.
[36] I. Moine-Dupuis, « La plaisanterie, chose sérieuse en droit pénal », D. 2003, p.1001.
[37] Ph. Conte, P. Maistre du Chambon, *Droit pénal général, précit. op.cit.*
[38] *Ibid.*
[39] C. pén., art. 324-1 ; v. nos développements sur l'infraction en *infra* n°152,333, 519 et 587.
[40] C. trav., art. L8221-5.
[41] C. pén., art. 227-13 ; v. nos développements en *infra* n°259.
[42] A. Petit, « Propos sur la répression d'une infraction invisible », Rev. pén. 1969, p.329.
[43] J. Larguier, « Le juge et l'astrologue », JCP, 1963, I, 1744 ; J. Larguier, « Le juge et le sorcier », JCP, 1967, I, 2055.

pratiques qui se rapprochent de techniques de manipulation mentale[45], lesquelles font de plus en plus l'objet de l'attention du législateur[46]. Les nouvelles technologies[47] sont également un facteur d'invisibilisation de la matérialité d'infractions dont de plus en plus sont dématérialisées[48].

8. *Pénologie*. Du côté du droit des peines, c'est la notion controversée de « *dangerosité* » appliquée notamment dans l'hypothèse de la rétention de sûreté qui interroge la notion d'invisible en tant qu'elle se fonde sur une dangerosité invisible la doctrine pernicieuse du droit pénal de l'ennemi. En effet, cette « *peine après la peine* »[49] se fonde sur un concept non juridique défini uniquement par la référence à certains caractères présentés par les personnes condamnées présentant une « *probabilité très élevée de récidive parce qu'elles souffrent d'un trouble grave de la personnalité* ». Notion que même la psychiatrie ne parvient pas à établir clairement et « *de fait non mesurable* »[50], employée au nom d'un « principe *de précaution perverti et de l'utopie du risque zéro* »[51]. La notion utilisée « *dans un monde perçu comme dangereux [où] le point d'équilibre entre liberté et sécurité se déplace, bouge, est flottant au point de donner une visibilité voire une crédibilité pour certains à la doctrine du droit pénal de l'ennemi* »[52]. Si la référence à la dangerosité n'a rien de nouveau en droit pénal[53], notamment parce que celui-ci a « *vocation à réagir aux comportements dangereux* »[54]. La multiplication des mesures de sûreté[55] applicables à des personnes considérées comme dangereuses[56] a atteint son paroxysme avec la rétention de sûreté, en tant qu'elle constitue un « *retour déguisé à une perpétuité réelle* »[57] rompant avec les principes fondamentaux du droit pénal[58]. Ce n'est en effet en théorie que lorsque la dangerosité a été rendue visible « *par la commission d'une infraction* »[59] que le droit pénal doit normalement intervenir. Or

---

[44] V. not. Cass. crim.,5 nov. 2019, n°18-84.554 à propos d'un abus de faiblesse aggravé et de sévices graves ou actes de cruauté envers un animal domestique retenus à l'encontre d'individus se livrant à des « rites vaudous » ; Cass. crim., 2 sept. 2018, n°17-86.475 concernant des faits d'escroquerie s'inscrivant dans le cadre d'un « réseau de marabouts » ; Cass. crim., 2 avril 2014, n°13-81.708 abus de faiblesse confirmé à l'encontre d'une « astrologue » prodiguant « des conseils ésotériques ».

[45] V. nos développements en *infra* n°606 et s.

[46] V. le projet de création d'un délit de « contrôle coercitif » et nos développements en *infra*, n°631 à ce propos et concernant les nombreux textes réprimant ce qui confine à la manipulation mentale *via* ses conséquences : abus de faiblesse, harcèlement, provocation au suicide et à l'entrée dans le Code pénal de la notion absconse d'emprise… au n°606 et s.

[47] v. nos développements en *infra* n°104 et s.

[48] v. nos développements en *infra* n°538 et s et 575 et s.

[49] Expression attribuée à Robert Badinter, reprise par la suite par les auteurs hostiles à cet apport de la loi n°2008-174 du 25 février 2008 : C. Lazerges, « Introduction », *in* G. Delage et C. Lazerges (dir.), *La dangerosité saisie par le droit pénal*, PUF, IRIS éd., 2011, p.17, note de bas de page n°1.

[50] *Ibid*. p.18.

[51] *Ibid.*

[52] *Ibid*. p.19 ; en référence à M. Delmas-Marty, *Liberté et sûreté dans un monde dangereux*, Le seuil, 2010.

[53] V. P.-J. Delage, « Fragments archéologiques de la défense sociale », *in* G. Delage et C. Lazerges (dir.), *La dangerosité saisie par le droit pénal*, *précit,*. pp.23-46.

[54] J. Alix, « Une liaison dangereuse », *in* G. Delage et C. Lazerges (dir.), *La dangerosité saisie par le droit pénal*, *précit,* p.50.

[55] V. *Ibid*.

[56] C. proc. pén., section 9 du chapitre 2 du titre 2 du livre 5 intitulée « dispositions relatives à la surveillance judiciaire de personnes dangereuses condamnées pour crime au délit », à partir de l'article 723- 29.

[57] Y. Mayaud, « la mesure de sûreté après la décision du Conseil constitutionnel numéro 2008-562 DC du 21 février 2008 », D. 2008 p.1364.

[58] V. R. Parizot, « CEDH x contre France : la rétention de sûreté devant la Cour européenne des droits de l'homme », *in* G. Delage et C. Lazerges (dir.), *La dangerosité saisie par le droit pénal*, *précit*., p.97 et s. qui estime avec regret qu'elle pourrait être déclarée conforme à la Convention.

[59] J. Alix, « Une liaison dangereuse », *précit.* p.50.

cette dernière, « *bien qu'elle se cache derrière la commission d'une infraction pour se prétendre post delictum, revêt en réalité la nature de mesures répressives infligées ante delictum* »[60]. En outre, afin d'apprécier l'invisible dangerosité de l'individu ayant purgé sa peine, l'application de la rétention de sûreté requiert l'avis d'une commission pluridisciplinaire dont les auteurs soulignent qu'elle n'est ni judiciaire ni médicale[61], alors même que les experts psychiatres, normalement premiers concernés par une notion psychologique, n'ont pas les compétences de pouvoir ainsi pénétrer l'esprit de l'individu et de révéler une propension à la récidive sur le long terme.

9. *Criminologie.* En criminologie, c'est à l'étude du « *chiffre noir* » de la délinquance que l'on songera, en ce qu'il représente la partie inconnue des infractions commises sur le territoire, demeurant de sorte invisibles aux yeux des autorités de poursuite. Parmi ces infractions invisibles, la criminologie identifie plusieurs catégories d'auteurs dont les actes criminels ont tendance à demeurer inconnus. C'est le cas notamment de ce que l'on a nommé « *la criminalité en col blanc* »[62], faits délictueux commis par des individus au statut professionnel privilégié, qui place leurs actes au-dessus de tout soupçon en raison des pouvoirs détenus au sein de l'entreprise mais également du statut social qui leur est par conséquent conféré. On identifie ainsi une catégorie d'individu dont la criminalité a tendance à demeurer invisible.

10. *Sociologie du droit pénal.* Par ailleurs, ce sont les effets du droit pénal qui demeurent à ce jour invisibles. Pourtant, la réponse pénale est privilégiée par les gouvernants pour répondre à tous les maux de la société. En effet, l'on prête de nombreuses vertus au droit pénal, puisqu'il semble que celui-ci soit à même de répondre à toutes les problématiques. Le droit pénal, comme une « *pensée magique* » devrait ainsi à lui seul dissuader les individus de commettre des infractions, mais également, endosser le rôle de thérapeute[63], afin de réinsérer les délinquants dans la société[64] et de panser les souffrances des victimes[65]. Autant de postulats dont les effets sont invisibles et qui restent donc encore à prouver. Comme le souligne Monsieur le professeur Cusson, « *La dissuasion est, pour les uns, la clef de voûte de nos codes pénaux, une évidence du sens commun et la justification première de l'existence de la police et de la prison. Pour les autres, elle est une hypothèse qui ne résiste pas à l'examen des faits : la peine capitale n'intimide pas les meurtriers et la prison n'éteint pas la récidive… Aussi, la dissuasion apparaît-elle comme une énigme* »[66]. Nonobstant, on s'appuie de plus en plus sur ces prétendus effets du droit pénal pour édicter des lois nouvelles se fondant sur une éventuelle et imperceptible « *dangerosité* » de l'individu, lequel peut alors potentiellement être enfermé à vie[67]. L'évaluation du risque est de plus en plus répandue à l'étranger et nombreux sont ceux qui souhaitent que son développement suive une pareille évolution en France

---

[60] *Ibid*. p.67.
[61] Au vu de ses membres nommé à l'article R 61- 7 : v. *Ibid*.
[62] E. H. Sutherland, *White Collar Crime*, New York: Holt, Rinehart & Winston, 1949.
[63] J. Gallois, S. Goudjil, M. Majorczyk, A. Oudaoud, L. Pignatel, « L'effet thérapeutique du procès pénal », *in* C. Ribeyre (dir.), *La victime de l'infraction pénale*, Dalloz Thèmes et Commentaires, 2016, p.158.
[64] Cons. const., décision n°93-334 DC du 20 janv. 1994 et 2009-593 DC du 19 nov. 2009 : « l'exécution des peines privatives de liberté en matière correctionnelle et criminel a été conçu, non seulement pour protéger la société et assurer la punition du condamné, mais aussi pour favoriser l'amendement de celui-ci et préparer son éventuelle réinsertion ».
[65] J. Gallois, S. Goudjil, M. Majorczyk, A. Oudaoud, L. Pignatel, « L'effet thérapeutique du procès pénal », *précit.*
[66] M. Cusson, « Dissuasion, justice et communication pénale », RFCDP, n°2, avril 2014, p.3.
[67] C. proc. pén., art. 706-53-13.

[68]. L'effet dissuasif de la loi pénal a pu être également invoqué pour la mise en œuvre de peines minimales obligatoires[69] pour les récidivistes. Si ces dispositions ont par la suite été abrogées, nombreux sont ceux qui ont dernièrement évoqué leur souhait de les voir à nouveau intégrer le Code pénal. Enfin, d'aucuns songeront également aux éventuels biais cognitifs, émotifs et autres influences pouvant intervenir dans l'activité des juges et des jurés[70] lors de la prise d'une décision et révélés grâce aux travaux de recherche en psychologie.

11. *Politique criminelle.* Parfois même, c'est le magistrat qui rend invisibles certains agissements, grâce à l'opportunité des poursuites appartenant au Parquet, ou encore à la qualification retenue *in fine* par le juge. Un rapport souligne ainsi l'invisibilisation de la prise d'alcool ou de stupéfiants par l'auteur de l'infraction, parfois passée sous silence par les juridictions répressives par la qualification retenue[71]. On note de plus de nombreux cas de correctionnalisation des qualifications par les juridictions pénales en dehors de ces hypothèses, notamment dans le domaine des infractions sexuelles[72]. Les liens entre de telles addictions et le passage à l'acte violent est ainsi indécelable si l'on ne s'applique qu'à lire les motifs visibles des juridictions répressives. On songe enfin à l'influence discrète de groupes d'intérêts privés dans la politique pénale français. Contrairement aux apparences, le phénomène n'est pas le propre des Etats-Unis, et a de plus en plus cours en France, comme le soulignent les chercheurs[73]. Et ce, même dans le domaine pénal « *loin de se réduire à une émanation du pouvoir central, le pénal se révèle comme le produit d'interactions complexes, d'une part entre différentes instances possibles de traitement de la question pénale, d'autre part entre des acteurs qui évoluent sur ces diverses scènes* »[74]. A l'inverse, on cherche parfois à rendre visibles des individus à la pensée antisociale, quitte à rogner sur la liberté d'opinion, au nom de la protection de la société contre la menace que ceux-ci pourraient représenter. A la différence de la liberté d'expression, la liberté d'opinion renvoie à la pensée de l'individu[75], *de facto* invisible en l'absence d'extériorisation. Son invisibilité est interprétée comme menaçante, et fort de l'idée d'une

---

[68] A. Baratta, « L'expertise post-sentencielle et l'évaluation du risque RFCDP, n°1, octobre 2013, p.73.

[69] Les « peines planchers » étaient prévues aux art. 132-18-1 à 132-20 anciens du Code pénal, elles ont été abrogées par la loi n°2014-896 du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales.

[70] O. Oullier, « Délibérations au tribunal : Jugements, décisions, biais et influences », in Le droit et les sciences de l'esprit, Archives de philosophie du droit, Dalloz, tome 55, 2012, pp. 269-280.

[71] C. Ribeyre, A.-G. Robert, E. Barret, P.-F. Ettori, A. Lagana, *Etude du lien entre consommation d'alcool et de stupéfiants et atteintes volontaires à l'intégrité physique, et son appréhension par les acteurs judiciaires*, Rapport de synthèse pour la MILDECA, nov. 2018.

[72] Légalisée depuis la loi Perben II (v. not. A. Darsonville, « La légalisation de la correctionnalisation judiciaire », Dr. pén., n° 3, mars 2007, ét. 4), par la combinaison des articles 186-3 et 469 du C. proc. pén., la correctionnalisation est souvent constatée dans le domaine des infractions sexuelles (même si historiquement on a pu l'associer à l'invisibilisation du port d'une arme lors d'un vol). Au sujet de l'invisibilisation du viol par ce procédé, v. not., S. Grunvald, « Les correctionnalisations de l'infraction de viol dans la chaîne pénale », AJ Pén. 2017, p.269 ; Ch. Desnoyer, « Auteurs et victimes de viol majeurs dans les dossiers clos en 2012 du ressort du TGI de Lille », AJ Pén. 2017, p.263 ; C. Le Magueresse, A.-L. Maduraud, « Ces viols qu'on occulte : critique de la « correctionnalisation » », Délibérée 2018/2, n°4, pp.32 à 35 ; A. Louis, Rapport d'évaluation de la loi du 3 août 2018 renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes, 4 déc. 2020, pp.54-57.

[73] S. Roché, « Vers la démonopolisation des fonctions régaliennes : contractualisation, territorialisation et européanisation de la sécurité intérieure », Revue française de science politique, vol. 54, n°1, fév. 2004, p.46 ; J. Commaille, L. Dumoulin, C. Robert, *La juridicisation du politique*, Leçons scientifiques, éd. L.G.D.J., 2000 ; M.-H. Galmard, *Etat, société civile et loi pénale*, PUAM, 2006, p.161 et s.

[74] J. Commaille, L. Dumoulin, C. Robert, *La juridicisation du politique*, *précit.*

[75] Le Doyen Carbonnier évoquait à ce titre une liberté de la pensée intérieure consacrée par le silence : J. Carbonnier, « Le silence et la gloire », D. 1951 p.119.

anticipation toujours plus prématurée, le législateur espère intervenir avant même que l'opinion antisociale n'ait pu s'exprimer. Ainsi, on assiste au développement des fichages de personnes qui consultent des vidéos terroristes, alors que l'infraction de consultation habituelle des sites terroristes a été par deux fois censurée par le Conseil constitutionnel. En outre, depuis trois décrets du 2 décembre 2020[76] en matière de renseignement territorial, a été considérablement élargi le domaine du fichage, comportant désormais le fichage des opinions politiques, religieuses, syndicales, ou encore des données de santé. Certes, avec le fichage, il n'y pas d'infraction de principe, mais le fichage peut être vu comme une sorte de mesure répressive en ce qu'il induit certaines conséquences liberticides, notamment sur certains emplois requérant une absence de fichage de l'individu[77]…

12. ***Exclusions.*** Si tout peut ainsi être invisible, la réflexion, pour être cohérente, doit toutefois se limiter au cœur même du droit pénal : l'infraction. La notion, qui fait partie des « *concepts-clés du droit pénal* »[78], traverse l'intégralité des matières pénales, en tant qu'elle constitue à la fois le début intellectuel du droit pénal *lato sensu* et l'aboutissement concret de celui-ci. En effet, c'est eu égard à un fait juridique qualifié d'infractionnel que pourra s'exercer la répression, organisée *via* le recours aux constructions théoriques et pratiques des différentes matières pénales. Constituant à la fois un fait juridique, ainsi un évènement du monde sensible, elle est également un concept, une construction intellectuelle permettant la description de faits que la société ne tolère pas ou plus. Le droit pénal de fond organise alors la définition et la caractérisation de ces faits qualifiés d'infraction, quand le droit pénal de forme permet leur constatation, l'établissement de la preuve de ceux-ci et l'organisation de leur répression sanctionnée par l'application d'une peine ou d'une mesure alternative. Sans l'infraction, la matière pénale perd sa clé de voûte et n'a plus de raison d'être. La présente étude ne s'intéressera donc qu'à l'invisible qu'en tant qu'il impacte l'infraction et toute autre question annexe sera exclue.

13. ***Annonce de plan***. Un retour sur les notions mises en balance (**I**) est toutefois nécessaire dans un premier temps afin de comprendre, dans un second temps, les enjeux liés à la rencontre de l'invisible avec l'infraction (**II**).

I. Prolégomènes

14. L'originalité de l'étude appelle une définition approfondie des termes du sujet. On l'aura constaté, le terme « *invisible* » apparaît comme une notion polysémique. On l'emploie en effet dans divers contextes sans qu'il ne recoupe toujours la même idée. Des nuances pouvant ainsi exister selon l'hypothèse envisagée, il convient donc de revenir sur cette notion(**A**). Quant à la notion d'infraction (**B**), familière pour le pénaliste, elle mérite toutefois que l'on s'attarde sur ce qu'elle recouvre. Polysémique, elle aussi, puisqu'elle renvoie tant à l'acte illicite, qu'à la définition abstraite, la doctrine n'a de surcroît jamais réussi à aboutir à une théorie pleinement satisfaisante quant à son contenu.

---

[76] Décrets n° 2020-1510, 2020-1511 et 2020-1512.
[77] CSI, art. L114-1. L114-2, R114-1 et s. ; V. Y. Nabat, *Fichiers de police et de justice et libertés fondamentales*, Thèse, Bordeaux, 2023 ; B. Schmaltz, « Les consultations de fichiers de police pour enquête administrative », *in* E. Debaets, A. Duranthon et M. Sztulman, *Les fichiers de police*, Institut universitaire Varenne, 2019, pp.191-223.
[78] X. Pin, *Droit pénal général*, 14ème éd., Dalloz Cours, 2023, §2.

A- La notion d'invisible

15. Afin de cerner au mieux la notion d'invisible, on s'emploiera, dans un premier temps, à définir ce qu'est l'invisible (**1**), puis dans un second temps, à approcher la notion par la négative (**2**), afin d'en tracer nettement les contours.

1- Analyse en plein de la notion d'invisible

16. ***Définition de l'invisible.*** Emprunté du terme latin *invisibilis*, le mot renvoie classiquement à « *ce qu'on ne peut voir* »[79] comme l'indique le préfixe privatif. Peu importe alors l'origine de cette invisibilité, qu'elle soit inhérente au sujet ainsi qualifié ou qu'elle lui soit extrinsèque, de quelque nature qu'elle soit. À la forme substantive, le terme renvoie similairement à ce « *ce qui échappe à la connaissance sensible* »[80]. Abstraitement, il s'agit ainsi de ce « *qui n'est pas manifeste, qui échappe à la connaissance* »[81]. On prend de la hauteur pour envisager la notion au-delà du seul sens de la vue auquel elle fait de prime abord allusion. Ce qui est invisible se trouve donc hors de portée de la connaissance du destinataire envisagé. En matière pénale, différents points de vue peuvent alors être envisagés. On songe d'abord à celui de l'auteur de l'infraction, lorsque la circonstance aggravante vise, pour être constituée, que ce dernier ait eu connaissance ou ait pu prendre connaissance de l'élément choisi[82] en raison de son caractère apparent. Le point de vue de la victime ou de l'autorité judiciaire sont également pris en compte par le Code de procédure pénale pour la fixation du point de départ de la prescription de l'action publique. L'invisibilité de l'infraction aux yeux de la victime est en outre exigé par certaines incriminations lorsque les faits doivent avoir été commis à son insu[83]. On pourrait considérer encore que l'infraction est demeurée invisible pour l'auteur n'ayant pas connaissance du caractère délictueux de son acte. Mais l'adage *« nemo censetur ignorare legem »* et l'application extrêmement rigoureuse de l'erreur de droit par le juge pénal[84] réduit l'hypothèse d'une difficulté répressive liée à cette ignorance à des cas de figure bien trop marginaux pour qu'ils ne méritent d'être pris en considération. C'est donc du point de vue de l'autorité judiciaire que l'on se placera puisque c'est à ses yeux que l'infraction doit exister pour que la machine pénale puisse se mettre en route. L'invisibilité est ici objective car elle n'apparaît pas aux yeux de l'institution actrice principale du procès pénal.

17. ***Causes de l'invisibilité***. L'invisibilité, objet de notre étude trouve son origine dans plusieurs causes distinctes. Evoquant la visibilité, soit la capacité à être vu, un auteur évoque « *une incomplétude du regard, d'une incapacité naturelle ou d'un choix sélectif conscient ou inconscient* »[85].

---

[79] Dictionnaire de l'Académie française, 9ème éd. : https://www.dictionnaireacademie.fr/article/A9I1956.
[80] *Ibid.* : https://www.dictionnaire-academie.fr/article/A9I1956.
[81] Dictionnaire du CNTRL : https://www.cnrtl.fr/definition/invisible.
[82] La particulière vulnérabilité, due à l'âge, à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique ou à un état de grossesse, ou la qualité de la victime : V. not. C. pén. art. 221-4 ; 222-3 ; 222-4 ; 222-8 ; 222-10 ; 222-14-5 ; 222-29 ; 222-33 II et III 3° et 4° ; 222-33-1-1 ; 224-1 B ; 224-1 C ; 225-16-2 ; 311-5 ; 312-2 ; 322-3…
[83] C. pén., art. 222-24 15° ; 222-28 11° ; 222-30-1 ; 222-30 8° ; 226-3-1 ; 226-1 al. 5 *a contrario*.
[84] V. F. Desportes et F. Le Gunehec, *Droit pénal général*, 16e éd., Economica, 2009, n°677-1 qui perçoivent dans C. pén. art. 122-3 une incitation du législateur, adressée aux juges, à faire preuve de rigueur dans l'application de l'erreur de droit.
[85] J.-N. Tardy, « Visibilité, invisibilité. Voir, faire voir, dissimuler », Hypothèses 2007/1 (10), pp. 15-24.

Rapportée à l'infraction, elle sera parfois le résultat de l'action humaine, lorsque le délinquant cherche à dissimuler son forfait. Elle pourra résulter de données techniques, lorsque les technologies employées ou visées nécessitent un intermédiaire pour se révéler, ou circonstancielles, lorsque le fait délictueux demeurera inconnu des autorités judiciaires eu égard à la position, le statut de l'auteur ou de la victime. Mais l'invisibilité peut par ailleurs être d'origine naturelle, en tant qu'elle constitue un obstacle scientifique à la visibilité. Il en est ainsi de l'esprit humain, qu'il renvoie à la pensée criminelle de l'auteur, ou bien à la psyché de la victime, en tant qu'elle constitue l'objet de l'infraction ou que son atteinte ait permis la réalisation de celle-ci.

18. *Durée de l'invisibilité.* L'invisibilité est un état, lequel peut s'inscrire différemment dans le temps. Le voile d'invisibilité recouvrant le sujet peut aussi bien ne s'avérer que provisoire, qu'être définitif. Tout dépendra de la nature du sujet et de la réversibilité de l'invisibilité qui l'impacte. Lorsqu'il s'agit d'une invisibilité induite par un comportement dissimulateur, ou un obstacle technologique, la réversibilité de celle-ci semblera de sorte plus aisée que lorsque l'invisibilité ressortira de l'incapacité scientifique à révéler un sujet demeurant invisible en l'état des connaissances actuelles. L' « *invisible* » objet de la présente étude ne peut donc être perçu directement. Ainsi, l'accès au sujet invisible au cœur de nos réflexions nécessite un cheminement intermédiaire, ou un raisonnement particulier permettant de le mettre au jour, de révéler son existence ou son contenu.

19. *Conséquences de l'invisibilité*. Rapportée à l'infraction, l'invisible apparaît majoritairement comme un obstacle à la répression. En effet, outre les éventuelles hypothèses d'invisibilité qu'on pourrait, à la suite d'un auteur, qualifier d'« *opératoires* »[86], c'est-à-dire utilisées en procédure pénale afin de permettre l'efficacité de certaines procédures, on constate que globalement le sujet invisible met à l'épreuve procédure pénale et droit pénal de fond. Que l'invisibilité soit intentionnelle ou non, celle-ci peut entraîner des difficultés répressives, soit parce que l'infraction est indétectable dans son entier, ainsi d'un point de vue macrocosmique, soit parce que ses éléments constitutifs, son contenu, impacté par l'invisible, apparaît difficilement conciliable avec les textes pénaux de fond et/ou de forme, ainsi d'un point de vue microcosmique.

20. *Destinataire de l'invisibilité.* La notion d'invisible soulève en outre la question de son destinataire. Quelle est cette personne privée de vision ? Si l'on envisage l'invisible en tant qu'il constitue un obstacle à la répression, il faut alors adopter une acception large du destinataire privé de visibilité. Le sujet doit alors être invisible aux yeux de l'autorité judiciaire, peu important qu'il le soit également aux yeux d'autres protagonistes évoqués plus tôt.

21. *Caractères de l'invisible*. Mais si ce que l'on ne peut voir ou que l'on ne connaît pas peut susciter la crainte, il convient de rappeler la « *neutralité morale* » de la notion d'invisible envisagée dans l'absolu. François Viangalli souligne ainsi que « *Contrairement à ce que suggèrent certaines représentations populaires ou littéraires, être invisible n'est ni bon ni mauvais en soi. Tout dépend de l'usage qui est fait de cet état* ». De sorte que « *l'invisibilité n'est […] n'est que le vecteur*

[86] D. Déchenaud, « La clandestinité en procédure pénale », *in Mélanges en l'honneur du professeur Jacques-Henri Robert*, LexisNexis, 2012, pp.213-228, spé. n°6.

d'une action qui seule peut être jugée »[87]. Confronté à l'infraction, l'invisible se révèle constituer bien souvent un obstacle à la répression, l'invisible se conçoit comme tel au regard des autorités judiciaires. Et partant, il n'y a là aucun choix de la part de celles-ci, qui se retrouvent empêchées par une incapacité technique, scientifique, ou circonstancielle.

22. *Notions voisines.* Ainsi, si le terme peut paraître de prime abord trivial, son acception apparaît à bien y réfléchir plus délicate qu'on l'aurait pensé. Il faut dire qu'en outre il existe une multitude de notions, qui, tout en étant voisines de celle-ci, ne la recoupent pas totalement, mais sont régulièrement employées les unes pour les autres sans pour autant que ne soient soulignées les nuances nécessaires à la compréhension de ce recouvrent chacune des notions. Si le diable se trouve dans les détails, c'est qu'en l'espèce c'est en analysant les dissemblances entre ces notions voisines, parfois déjà employées en matière pénale, que l'on saisira la nécessité d'étudier cette notion.

23. *Invisible et clandestin*. C'est le terme clandestin qui semble d'abord s'apparenter à la notion d'invisible. Mais les notions, bien que proches, ne se recoupent pas totalement. L'objet de la présente étude est effet d'élargir la réflexion menée sur le sujet de la clandestinité[88], mais uniquement dans son rapport avec la procédure pénale, quand la présente étude permet d'étendre la réflexion à l'infraction toute entière. Il faut donc bien souligner les nuances existant entre les deux termes pour saisir l'enjeu du recours à cette nouvelle notion. Provenant du latin *clandestinus*, dérivé du terme *clam*, signifiant « *en cachette* », la clandestinité renvoie à ce qui se fait à la dérobée, donc à un acte secret. Les dictionnaires généraux font directement le lien entre clandestinité et droit. Pour le dictionnaire Littré, la clandestinité serait en effet un « *terme de droit* », renvoyant à une « *chose faite en secret, contrairement à la loi* ». La clandestinité serait donc inexorablement liée au droit, et par conséquent à la matière pénale. La clandestinité renvoie à un acte qui ne s'extériorise pas, qui n'est pas public, et se déroule même parfois à l'insu des personnes concernées[89]. En matière pénale, la notion de clandestinité peut renvoyer à ce que M. le professeur Déchenaud a qualifié de clandestinité opératoire, c'est-à-dire la clandestinité appliquée aux procédures judiciaires dans le dessein d'assurer leur efficacité[90]. Les enquêteurs agissant ainsi par dérogation aux principes de publicité et de contradictoire[91]. Mais plus encore, le pénaliste songera à la théorie d'origine jurisprudentielle dite des infractions clandestines. Infractions réalisées à l'abri des regards, elles ont suscité la réaction des juges, puis du législateur afin d'assurer leur poursuites alors que leur caractère clandestin a empêché leur découverte dans le temps imparti du délai de prescription. En procédure pénale, la notion renvoie revêt ainsi un sens bien particulier bien que non défini par le juge à l'origine de la théorie ni par le législateur ayant par la suite fait entrer la création prétorienne au sein du Code de procédure pénale. L'absence de définition de la notion d'infraction clandestine est source de nombreuses confusions, puisque l'expression, censée désigner globalement les deux sous-catégories d'infractions

---

[87] F. Viangalli, « L'homme invisible à l'ère numérique : du mythe à la réalité contemporaine », International Journal of Digital and Data Law, 2022, Vol.8.

[88] V. not. V. Claret-Tournier, *La clandestinité en matière pénale*, Thèse, Université de Grenoble, 2012 ; S. Roth, *Clandestinité et prescription de l'action publique*, Thèse, Université de Strasbourg, 2013 ; D. Déchenaud, « La clandestinité en procédure pénale », *op. cit.*

[89] V. plus en détail à ce sujet D. Dechenaud, « *La clandestinité en procédure pénale* », *op.cit.* ; V. Claret-Tournier, *La clandestinité en matière pénale*, *précit.* n°10 à 14 ; C. proc. pén., art. 9-1 al. 3 qui définit l'une des deux catégories d'infractions clandestines comme celle qui « ne peut être connue ni de la victime ni de l'autorité judiciaire.

[90] D. Déchenaud, « *La clandestinité en procédure pénale* », *op.cit.*, n°17.

[91] *Ibid.*, n°18.

dont la découverte aura été tardive est employée indifféremment pour désigner l'une, puis l'autre[92], ou, plus légitimement, les deux. Le Code de procédure pénale n'emploie pas l'expression d'infractions clandestines et ne se réfère qu'à ces deux sous-catégories d'infractions : les infractions occultes et les infractions dissimulées. Or, si l'on tient pour synonyme les termes occultes, dissimulés et clandestins[93], on omet alors que la définition établie par le Code de procédure pénale, à la suite des développements jurisprudentiels, impose une nuance entre l'infraction occulte et l'infraction dissimulée[94]. Le terme de clandestin devrait donc être un terme plus large, à même d'englober les deux définitions. Pourtant on pourrait considérer que le terme de clandestin se rapproche plus de l'infraction dissimulée que de l'infraction occulte, puisque la clandestinité paraît nécessiter un acte positif de l'auteur afin de cacher les faits délictueux. Or, cela correspond à l'exigence imposée par le législateur pour retenir la qualification d'infraction dissimulée au travers l'accomplissement, en connaissance de cause, de toute manœuvre caractérisée tendant à empêcher la découverte de l'infraction. Alors que concernant l'infraction occulte, il n'est point mentionné une quelconque manœuvre, l'agent pouvant alors simplement bénéficier de la nature de l'infraction sans qu'il soit exigé de lui autre chose que ce qui ne l'est déjà par le texte d'incrimination. Enfin quant aux destinataires, on ne sait si l'infraction clandestine doit dans tous les cas demeurer invisible à la fois aux yeux de l'autorité judiciaire et de la victime comme le législateur l'exige pour l'infraction occulte, car celui-ci ne le précise pas concernant l'infraction dissimulée. La notion de clandestinité si elle se rapproche ainsi de l'invisible, présente trop d'incertitudes en même temps qu'elle semble trop restrictive pour être considérée comme le décalque de ce dernier.

24. *Invisible et occulte.* Il s'agit ensuite de distinguer l'« *occulte* » de l'« *invisible* ». Au sens courant, l'« *occulte* » renvoie selon les hypothèses à ce « *Qui est caché, secret* »[95], « *Qui est caché et mystérieux, en raison de sa nature inconnue ou non dévoilée* », ce qui « *qui reste dissimulé et secret* » ou plus spécifiquement au domaine de l'ésotérisme. On rejoint donc l'idée d'un sujet qui demeure inconnu aux yeux de son destinataire. Mais on perçoit encore la difficulté à distinguer la notion de celle de clandestinité, et on le verra par la suite, de la notion voisine de la dissimulation. En matière pénale, en revanche c'est à l'infraction occulte, sous-catégorie d'infractions clandestines, qu'il convient de se référer, sa définition venant apporter la nuance nécessaire à sa distinction avec l'invisible. D'après la définition de l'article 9-1 du Code de procédure pénale[96], l'infraction occulte est celle « *qui, en raison de ses éléments constitutifs, ne peut être connue ni de la victime ni de l'autorité judiciaire* ». Ainsi, la définition est plus stricte en ce qu'elle requiert cumulativement deux destinataires à l'invisibilité. De sorte qu'elle écarte la question d'infractions connues par la victimes mais non reportées à l'autorité judiciaire, pouvant partant demeurer invisibles pour cette dernière et donc constituer un obstacle à la répression. En revanche, elle se rapproche de notre conception de l'invisible en ce qu'elle sous-entend une étude en microcosmique de l'infraction, puisqu'elle renvoie

---

[92] V. not. V. Claret-Tournier, *La clandestinité en matière pénale*, *précit*., n°9, pour qui « La dissimulation, tout comme l'occultation apparaissent davantage comme des synonymes de clandestinité. Ils consistent en effet à cacher quelque chose ». Ce qui va à l'encontre de la distinction créée par les juridictions répressives, laquelle a été confirmée par le législateur, même si l'on consent que les notions employées ne permettent pas de tracer une ligne claire entre celles-ci et que l'absence de travail théorique sur les notions permet le doute. En outre, l'infraction occulte pourrait comprendre les infractions dont le législateur exige la dissimulation.

[93] G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, 13ème éd., 2020, p.175 : « occulte, non déclaré parce qu'illicite ».

[94] V. les développements en *infra* n°24 et 25 pour une définition de ces deux notions.

[95] Dictionnaire de l'Académie française, 9ème éd. : https://www.dictionnaireacademie.fr/article/A9O0133.

[96] C. proc. pén., art. 9-1, al.3.

aux éléments constitutifs de l'infraction, au sein desquels se trouve l'origine d'une invisibilité globale de celle-ci, donc d'un point de vue macroscopique.

25. *Invisible et dissimulé.* Doit ensuite être étudiée la question de la proximité entre l' « *invisible* » et le « *dissimulé* ». Comme on l'aura fait remarquer plus tôt, la notion semble extrêmement proche de celle de clandestinité, pour ne pas dire synonyme, si l'on se rapporte uniquement à la définition du langage courant. Le verbe dissimuler est en effet emprunté du latin « *dissimulare* » signifiant « *cacher, feindre* »[97]. Or là encore, on sous-entend une intentionnalité, le verbe « *cacher* » auquel il est renvoyé signifiant « *dérober à la vue* » ou encore « *Taire, celer, ne pas dire, ne pas révéler* »[98]. Le dictionnaire Gaffiot[99] confirme cette acception en définissant la dissimulation comme l'« *action de cacher* ». Mais la référence à la vue, ainsi que la définition, dans certains dictionnaires, donnée à la forme réfléchie du verbe comme le fait de « *se rendre invisible, se cacher* »[100], démontre le lien indubitable entre les deux notions. En droit pénal, le terme « *dissimulation* » ou sa forme verbiale est employée de longue date[101], notamment par le législateur, et ce, dès le Code pénal de 1810[102]. Le Code pénal actuel comporte aujourd'hui plus d'une dizaine d'articles employant le terme[103]. Qu'il s'agisse de la dissimulation d'enfants[104], du blanchiment[105], du recel[106], de la dissimulation du visage dans l'espace public[107]. Hypothèses relevant toutes d'une dissimulation intentionnelle de la part celui qui en tire profit. En procédure pénale, le législateur a défini l'infraction dissimulée comme celle « *dont l'auteur accomplit délibérément toute manœuvre caractérisée tendant à en empêcher la découverte* »[108]. L'adverbe exprime ainsi clairement, là encore, la nécessaire intentionnalité que l'on avait soupçonnée de surcroît matérialisée par un acte tendant à permettre l'invisibilité de l'infraction. La notion a de sorte un sens plus restrictif que celui envisagé pour la notion d'invisible, laquelle ne distingue pas selon l'origine de cette invisibilité. En revanche, le texte ne fait pas mention du destinataire de l'infraction dissimulée, là où la loi ne distingue pas, il n'y a donc pas lieu de distinguer, une acception plus large[109] que celle précédemment retenue pour les

---

[97] Dictionnaire de l'Académie française, 9ème éd. : https://www.dictionnaire-academie.fr/article/A9D2763.
[98] *Ibid.* : https://www.dictionnaire-academie.fr/article/A9C0082.
[99] Dictionnaire Gaffiot : https://gaffiot.fr/#dissimulatio.
[100] Dictionnaire du CNTRL : https://www.cnrtl.fr/definition/dissimuler.
[101] V. M. Carrasco-Daëron, *La dissimulation en droit pénal*, Institut Universitaire de Varenne, Coll. Des Thèses, n°131, 2016, n° 4 à 7 pour un historique des occurrences en droit pénal.
[102] V. Ibid., n°14 pour le détail des occurrences du et n°15 pour l'emploi de termes analogiques dans le C. pén. de 1810.
[103] V. *Ibid., n°16* pour les occurrences de la notion de dissimulation dans le C. pén. actuel.
[104] C. pén., art. 227-13.
[105] C. pén., art. 324-1 et C. pén., art. 222-38 concernant le blanchiment du produit du trafic de stupéfiants, historiquement le premier puisqu'introduit par la loi n° 87-1157 du 31 déc. 1987 relative à la lutte contre le trafic de stupéfiants quand l'infraction générale a été créée par une loi du 13 mai 1996 n°96-83192 relative à la lutte contre le blanchiment et le trafic de stupéfiants et à la coopération internationale en matière de saisie et de confiscation des produits du crime.
[106] C. pén., art. 321-1.
[107] Loi n°2010-1192 du 11 oct. 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public, qui incrimine le fait de dissimuler son propre visage et le fait d'imposer à un tiers la dissimulation de son visage en raison de son sexe, par menace, violence, contrainte, abus d'autorité ou abus de pouvoir : v. C. pén., art. 225-4-10 ; Qui constitue également une circonstance aggravante de certaines infractions depuis la loi n°2010-201 du 2 mars 2010 renforçant la lutte contre les violences de groupes et la protection des personnes chargées d'une mission de service public.
[108] C. proc., pén., art. 9-1, al.4.
[109] Même si l'objectif étant de pardonner à l'autorité judiciaire une inaction ayant permis l'écoulement sans discontinuité de la prescription de l'action publique afin de sauver des procédures ouvertes tardivement, on

infractions occultes pourrait donc être retenue et rejoindre de sorte celle envisagée dans le cadre de la définition de l'invisible, objet de notre étude. Dans sa thèse consacrée à la dissimulation en droit pénal, Madame Carrasco-Daëron lie la notion à celle d'invisible, soulignant les « *difficultés engendrées par l'invisibilité des infractions accomplies* »[110] en ayant recours à la dissimulation. Ou encore, à propos de la création jurisprudentielle de l'infraction clandestine, elle note qu'« il *apparaît que la jurisprudence entend favoriser la poursuite d'infractions difficilement visibles et pour lesquelles les organes de poursuites non n'ont pas eu connaissance avant extinction de l'action publique* »[111]. On rejoint là l'idée de l'absence de connaissance du sujet frappé d'invisibilité. Mais également, dans ces deux extraits, l'idée d'une difficulté, d'un obstacle[112] à l'efficacité répressive, qu'il s'agirait alors de surmonter. Eu égard à l'ensemble de nos constatations, il convient dons d'envisager la dissimulation comme faisant, au même titre que l'occulte ou la clandestinité[113], partie du champ de l'invisible, sans pour autant en recouvrir l'intégralité.

26. *Invisible et intangible*. L'intangible renvoie à ce « *qui échappe au sens du toucher* »[114], de sorte que l'on rejoint l'idée première de la privation d'un des cinq sens. Mais outre qu'il ne s'agit pas du même sens auquel le terme fait ici référence, comme on l'a indiqué plus tôt, l'invisible tel qu'envisagé dans le cadre de notre étude renvoie plus largement à l'absence de connaissance sensible. La notion d'invisible est donc plus extensive et permet de recouvrir un plus vaste panel du sujets touchés par le phénomène.

27. *Invisible et imperceptible.* La notion d'« *imperceptible* », est empruntée au terme latin *imperceptus*, lequel signifie « *non perçu, qui échappe aux sens* » [115]. De sorte que la notion sera considérée comme synonyme à celle d'invisible. Laquelle est toutefois préférée en raison de ses occurrences en matière juridique et spécifiquement en droit pénal.

28. *Invisible et secret.* Le secret semble rejoindre l'invisible tel que nous le concevons. Au sens courant, le terme renvoie à ce « *qui doit être tenu caché, ce qu'il ne faut répéter à personne* »[116]. En matière pénale le terme est employé pour désigner l'obligation faite à certains professionnels de garder le silence, « *d'assurer l'inviolabilité de ce qui leur a été confié* »[117] dans le cadre de l'exercice de leurs fonctions. Le secret s'oppose ainsi parfois à la révélation de faits délictueux dont certains pourraient avoir eu connaissance[118]. Quand le secret de l'enquête et de l'instruction permet quant à lui de garantir l'efficacité de celles-ci. Le secret peut donc à la fois être « *opératoire* »[119] et obstacle. L'invisible « *opératoire* », s'il peut permettre de passer outre l'obstacle de l'invisibilité de certaines infractions, présente toutefois un degré supplémentaire de

---

suppose que le destinataire visé est l'autorité judiciaire, peu important alors, que l'infraction ait pu être dissimulée à d'autres protagonistes telle la victime.

[110] M. Carrasco-Daëron, *La dissimulation en droit pénal*, *précit*., n°17.

[111] *Ibid.,* n°18.

[112] *Ibid*., n°17 : Terme que l'auteur emploie d'ailleurs dans la suite de sa réflexion expliquant que la démonstration nécessite de « prendre en compte la dissimulation en tant qu'obstacle ».

[113] Au sens retenu en procédure pénale.

[114] Dictionnaire de l'Académie française, 9ème éd. : https://www.dictionnaire-academie.fr/article/A9I1585.

[115] *Ibid*. : https://www.dictionnaire-academie.fr/article/A9I0354.

[116] Dictionnaire de l'Académie française, 9ème éd. : *Ibid*. : https://www.dictionnaire-academie.fr/article/A9S0990.

[117] *Ibid.*

[118] v. nos développements en *infra* n°154 et s.

[119] D. Déchenaud, « La clandestinité en procédure pénale », *op. cit*., n°6.

confidentialité[120] que le simple secret puisqu'il renvoie aux techniques d'infiltration *lato sensu*, lesquelles exigent une discrétion renforcée[121] et ainsi une dissipation plus active de l'activité policière. En outre, la notion de secret « *obstacle* » est plus restrictive que celle d'invisible « *obstacle* » à la répression, en ne se concentrant que sur une sorte d'invisibilité, celle intentionnellement causée par l'activité humaine.

29. *Invisible et anonymat*. Enfin, il faut dire quelques mots de la notion d'anonymat. Renvoyant à l'« *état d'une personne, d'une chose dont on ignore le nom, l'identité* »[122], elle s'apparente partant à une invisibilité de l'identité comme le confirme l'étymologie grecque du terme[123]. La notion, d'usage courant en droit, et plus particulièrement en matière pénale[124] peut être envisagée sous l'angle de l'obstacle à la répression dans certaines hypothèses. On songe notamment à la dissimulation du visage incriminée dans l'espace public, laquelle répond à une difficulté de répression puisque par cette dissimulation l'individu permet son anonymat, ainsi l'invisibilité de son identité. En revanche son infraction est bel et bien visible et constatable, il n'y a donc pas d'impact sur l'infraction d'un point de vue macroscopique. De même que d'un point de vue microcosmique, même dans les infractions nécessitant cette invisibilisation de l'identité de l'auteur, on ne retrouve pas l'idée d'un élément imperceptible lequel génèrerait une difficulté répressive. En effet, l'anonymat ne génère pas de difficultés quant à la constitution de l'infraction non plus, la matérialité de l'infraction requérant l'invisibilisation de l'identité de l'auteur par la dissimulation de son visage sera aisément prouvable. Ainsi s'il peut y avoir des difficultés répressives engendrées par l'anonymat, celles-ci ne sont pas liées à l'infraction tant dans sa constatation que dans sa constitution. C'est l'acte qui importe et non l'identité de l'auteur lorsque l'on se place du point de vue de l'infraction[125]. De même, lors du recours à l'invisibilité « *opératoire* » *via* les techniques d'infiltration, les enquêteurs peuvent certes agir sous couvert d'anonymat, mais c'est « *mais surtout, leurs investigations [qui] doivent elles aussi rester cachées aux yeux des personnes soupçonnées* »[126]. La notion apparaît donc par trop restrictive.

2- Analyse en creux de la notion d'invisible

30. *Notions antagonistes*. Si l'on a pu tracer les contours de la notion d'invisible par la positive, il reste que l'on peut compléter sa définition par une approche en négatif, par comparaison avec des notions de prime abord antagonistes à cette dernière, et souvent mieux connues de la matière pénale.

---

[120] V. Claret-Tournier, *La clandestinité en matière pénale*, *op. cit.*, n°6 qui fait une remarque similaire lorsqu'elle compare clandestinité et secret : « la clandestinité semble aller plus loin que le simple secret, en particulier au cours de l'enquête », ajoutant ensuite que « que la différence entre le secret et la clandestinité est une question de degré, la clandestinité étant plus intrusive que le secret ».
[121] V. nos développements en *infra* n°196 et s.
[122] Dictionnaire du CNTRL : https://www.cnrtl.fr/definition/anonymat.
[123] Dictionnaire de l'Académie française, 9ème éd. : https://www.dictionnaire-academie.fr/article/A9A1867 : à propos du terme anonyme, emprunté du grec *anônumos,* dérivé, avec le préfixe *an-,* privatif, de *onoma,* « nom ».
[124] V. not. J.-C. Saint-Pau, *L'anonymat et le droit*, Thèse, 1998, Université Montesquieu, Bordeaux IV, n°11, p. 8 ; J.-C. Saint-Pau, « Les obstacles au contradictoire : l'exemple de l'anonymat des témoins », *in* C. Ribeyre (dir.), *Le contradictoire dans le procès pénal*, Cujas, 2012, p. 123.
[125] Certaines infractions requièrent un statut particulier de l'auteur (chef d'entreprise, professionnel tenu au secret…) dont on peut toutefois considérer qu'il s'agit là d'un préalable à l'infraction et non d'un élément constitutif.
[126] V. Claret-Tournier, *La clandestinité en matière pénale*, *op. cit.*, n°8.

31. *Invisible et apparence*. L'apparence provient d'un terme latin signifiant « *aspect extérieur* »[127]. Il ne s'agit bien que d'un aspect, soit la « *manière dont une personne ou une chose se présente à la vue* »[128]. Ainsi l'apparence interroge le rapport entre l'image qui donne à être vue et son rapport avec la vérité. L'apparence correspond à une probabilité[129], quand le visible renvoie à l'évidence, au patent. Dans le langage courant l'apparence est souvent considérée comme trompeuse. Et en matière juridique, c'est à l'origine uniquement sous cet angle que la notion d'apparence a été employée[130]. Jusqu'à ce que Monsieur le professeur Conte, dans sa thèse consacrée à l'apparence en matière pénale théorise la notion d' « *apparence vraisemblable* ». L'apparence peut donc traduire une vérité comme induire en erreur. Lorsque d'un point de vue macrocosmique, une infraction est invisible, en ce cas les apparences sont trompeuses puisque la réalité de l'existence de l'infraction est annihilée par une image externe ne présentant pas le moindre indice de l'existence de celle-ci. D'un point de vue microcosmique, lorsque la preuve[131] d'un élément sera délicate à rapporter, car non directement visible, c'est bien aux apparences que le juge se fiera, à travers, par exemple, le recours au faisceau d'indices ou aux présomptions[132].

32. *Invisible et transparence*. Composé de la préposition latine *trans* signifiant « *à travers* » et de *parens* signifiant « *apparaitre* »[133], terme lui-même importé du latin *apparescere, signifiant « devenir visible, se manifester »,* le terme transparence semble alors à l'opposé de l'invisible. En droit, d'une manière générale, le terme évoque la qualité d'une entreprise ou d'une institution qui communique de façon claire et exhaustive sur son mode de fonctionnement, son organisation, ses pratiques. Qui rend visible de sorte l'ensemble de ses activités. Ainsi, « *Le cœur des obligations liées à la transparence peut être rattaché à l'honnêteté, l'accessibilité et l'intelligibilité de l'information* »[134]. De sorte qu'« *Alors que la transparence est souvent présentée comme un modèle de vertu, l'opacité qui est son contraire serait mère de toutes les suspicions* »[135]. Depuis sa première occurrence dans le titre d'une loi en 1988, on assiste à un nombre croissant de lois dont l'intitulé exprime la volonté du législateur d'assurer cette transparence à divers niveaux[136], le plus souvent

---

[127] Dictionnaire de l'Académie française, 9ème éd. : du bas latin *apparentia* : https://www.dictionnaire-academie.fr/article/A9A2180.
[128] Dictionnaire du CNTRL : https://www.cnrtl.fr/definition/aspect.
[129] Dictionnaire de l'Académie française, 9ème éd. : https://www.dictionnaire-academie.fr/article/A9A2180.
[130] Ph. Conte, *L'apparence en matière pénale*, Thèse, Université Grenoble II, 1984, n°17.
[131] D'ailleurs, l'étymologie du terme renvoie à la notion de preuve, le terme latin *apparere*, d'où est tiré le terme « apparaître », signifiant « être vu, être prouvé », v. Dictionnaire de l'Académie française, 9ème éd. : https://www.dictionnaire-academie.fr/article/A9A2188 ; et l'on retrouve au XIIIème siècle on trouve trace de ce sens attribué à la notion dans les écrits du Reclus de Molliens, *Miserere,* CCLXXI, 6 : où le mot *apparanche* signifie « preuve apparente », v. Dictionnaire du CNTRL : https://www.cnrtl.fr/definition/apparence.
[132] V. développements de la seconde partie, spé. concernant la preuve de la faute, en *infra* n°461 et s.
[133] G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, 13ème éd., 2020, p.1030.
[134] A. Buijze, « the six faces of transparency », Ultrecht Law Review, vol. 9, issue 3, juill. 2013, p. 4 cité par X. Magnon, « Morale et politique : quelles places pour le droit ? », *in* M. Verpeaux, B. Mathieu, *Transparence et Vie publique*, Dalloz, jan. 2015, p.18-19.
[135] G. Paisant, « De l'obligation de transparence dans les contrats de consommation », *in* Mélanges R. Decottignies, PUG, 2003, p. 233, cité par V. Claret-Tournier, *La clandestinité en matière pénale*, *op. cit*, n°11.
[136] Loi n°2020-699 du 10 juin 2020 relative à la transparence de l'information sur les produits agricoles et alimentaires ; Loi n°2017-261 du 1er mars 2017 visant à préserver l'éthique du sport, à renforcer la régulation et la transparence du sport professionnel et à améliorer la compétitivité des clubs ; Loi n°2016-1691 du 9 déc. 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique ; Loi n° 2015-136 du 9 fév. 2015 relative à la sobriété, à la transparence, à l'information et à la concertation en matière d'exposition aux ondes électromagnétiques ; Loi n°2013-907 du 11 oct. 2013 relative à la transparence de la vie

dans le domaine des affaires ou de la vie publique. Cette obsession pour le terme correspond à une évolution de la société « *dans laquelle on assiste à « une montée en puissance du peuple-juge » et à une « surveillance du pouvoir par la société* » »[137], dont le législateur s'empare dans l'espoir notamment de redonner confiance aux citoyens en leurs institutions[138] et de concrétiser l'intolérance sociale à l'impunité des puissants. Cette volonté de transparence en matière pénale s'explique en outre par le fonctionnement souvent opaque des institutions ou entreprises concernées, dont les pratiques illicites sont alors difficilement visibles. Sont généralement visées les infractions liées à la corruption, le trafic d'influence, le blanchiment. De sorte qu'afin d'éviter l'impunité d'infractions qui pourraient demeurer invisibles, ou être découverts trop tardivement[139], le législateur vise l'anticipation de ces comportements par la prévention. Ainsi du recours à la compliance, qui se développe de manière fulgurante[140], et dont les règles « *imposent aux entreprises assujetties l'obligation de mettre en place des dispositifs lui permettant de dissuader ou de détecter, le plus en amont possible, la réalisation de l'infraction redoutée par les États* »[141]. Le phénomène se développe désormais en droit pénal, notamment depuis la loi du 9 décembre 2016[142] prévoyant à la fois une peine complémentaire pour les personnes morales condamnées pour des faits de corruption active, lesquelles peuvent être soumises à un programme dit de mise en conformité[143], soit de compliance. La loi crée également une procédure alternative aux poursuites, les conventions judiciaires d'intérêt public[144]. Lorsqu'une personne morale est suspectée de corruption active ou de trafic d'influence, ou encore de fraude fiscale, de blanchiment de fraude fiscale, ou d'atteinte à l'environnement, mais pour lesquelles il n'y a pas de preuves suffisantes, celle-ci- pourra conclure avec le procureur de la République une convention. Au terme de celle-ci pourra être imposée à la personne morale la soumission à un programme de compliance sous le contrôle de l'Agence française anticorruption[145]. Paradoxalement la convention qui « *évite ainsi les tracas d'un procès la stigmatisation pouvant résulter d'une condamnation qui peut se révéler dramatique dans la compétition économique*

---

publique ; Loi n° 2011-412 du 14 avril 2011 portant simplification de dispositions du code électoral et relative à la transparence financière de la vie politique ; Loi n° 2007-1720 du 7 déc. 2007 tendant à renforcer la stabilité des institutions et la transparence de la vie politique en Polynésie française ; Loi n° 2006-686 du 13 juin 2006 relative à la transparence et à la sécurité en matière nucléaire ; Loi n°97-50 du 22 janv. 1997 complétant, en ce qui concerne certains contrats de services et de fournitures ; Loi du 29 janv. 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques ; Loi n°91-3 du 3 janv. 1991 relative à la transparence et à la régularité des procédures de marchés et soumettant la passation de certains contrats à des règles de publicité et de mise en concurrence ; Loi du 2 août 1989 relative à la sécurité et à la transparence du marché financier ; Loi du 11 mars 1988 relative à la transparence financière de la vie politique.

[137] P. Rosanvallon, *La contre-démocratie. La politique à l'âge de la défiance*, Seuil, 2006, resp. p. 22 et p. 38, cité par X. Magnon, « Morale et politique : quelles places pour le droit ? », *op.cit*.

[138] S. Sontag Koenig, « « Silence, on tourne ! ». L'essor des caméras mobiles : le clair-obscur de la transparence », Dr. pén. n° 4, avril 2018, ét. 10.

[139] V. not. W. Feugère, « Loi Sapin 2 et nouvelles responsabilités : un changement de paradigme ? », AJ Pén. 2018, p.553, évoquant le constat de l'« Échec des politiques répressives, qui viennent constater tardivement des faits souvent prescrits. » ayant entre autres raisons, poussé à l'adoption de la loi dite Sapin 2 du 9 déc. 2016.

[140] M. Lartigue, « La compliance, une fonction qui monte, qui monte », D. Actu. 13 mai 2022 ; On note en outre l'existence d'un master de droit pénal de l'entreprise et compliance à l'Université Versailles Saint-Quentin en Yvelines-Paris Saclay.

[141] M.-E. Boursier, « Qu'est-ce que la compliance ? Essai de définition », D. 2020, p.1419.

[142] Loi du 9 déc. 2016, n°2016-1691 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique.

[143] C. pén., art. 131-39-2.

[144] C. proc. pén., art. 41-1-2 et 41-1-3 et R 15-33-60-1 et s.

[145] La convention devant être toutefois validée par le président du tribunal judiciaire.

internationale »[146] impose la transparence, *via* la compliance, à une entreprise dont les agissements ayant conduit à cet accord échappent ainsi à la une trop grande visibilisation du caractère délictueux de leurs agissements[147]. La recours à la notion de transparence permet ainsi de favoriser la répression[148], tout comme l'identification d'un sujet invisible suscitera, on le verra, des velléités répressives, les deux hypothèses mettant en jeu le respect des droits et libertés fondamentaux[149].

33. ***Invisible et publicité*****.** La publicité tend à porter à la connaissance[150] de tiers, à rendre notoire un fait. A ce titre elle apparaît effectivement en contradiction avec l'invisible en tant qu'il consiste à ce qui échappe à la connaissance. En matière pénale l'exigence de publicité se retrouve en matière procédurale, où elle est l'« *un des principes directeurs de la procédure pénale* »[151]. Cependant la notion apparait plutôt comme le pendant du secret, dont on a déjà démontré le caractère restreint comparé au sujet de notre étude, les auteurs soulignant la véritable opposition existant entre ces deux notions[152].

34. ***L'« invisible », un point « de vue » novateur.*** Finalement, le recours à la notion d'« *invisible* », certes, non employée en droit, et plus spécifiquement de la matière pénale s'avère présenter toutefois l'avantage de couvrir un champ d'étude plus vaste que les notions déjà adoubées par la matière. Interroger l'« *invisible* » permet de prendre de la hauteur, d'envisager l'infraction sous un regard plus global afin de n'omettre aucune des difficultés que l'absence de visibilité peut causer à la répression.

B- La notion d'infraction

35. De prime abord triviale, la notion d'infraction se révèle plus délicate à définir qu'on ne l'aurait pensé (**1**). Et lorsqu'elle renvoie à la description abstraite du comportement réprimé, la difficulté de rationalisation de cette action humaine[153] fait achopper la doctrine dans sa construction d'une théorie générale de l'infraction (**2**).

1- Définition de l'infraction

36. ***Absence de définition légale.*** Etant acquis que « *se trouver dans le cadre du droit pénal, c'est être condamné à la certitude de rencontrer l'infraction* »[154], la notion d'invisible ainsi définie devra alors être mise en parallèle avec celle d'infraction[155]. Cette fois, la notion est juridique

---

[146] E. Dreyer, *Droit pénal général,* LexisNexis, 6ème éd., 2021, n°147.
[147] La convention fait l'objet d'une publication mais n'emporte pas la même stigmatisation qu'un procès au retentissement plus large.
[148] M. Carrasco-Daëron, *La dissimulation en droit pénal*, *op.cit.*, n°23.
[149] *Ibid.*
[150] Dictionnaire de l'académie française, 9ème éd. : https://www.dictionnaire-academie.fr/article/A9P4991
[151] D. Déchenaud, « La clandestinité en procédure pénale », *op. cit.*, n°4.
[152] *Ibid.* ; V. Claret-Tournier, *La clandestinité en matière pénale*, *op.cit.*, n°12.
[153] A.-C. Dana, *Essai sur la notion d'infraction pénale,* Thèse, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1982, n°55 ; Expression déjà employée par F. von Liszt, *Traité de droit pénal allemand*, t. 1, trad. par R. Lobstein, 17ème éd., M. V. Giard et E. Brière, 1911, n°26.
[154] A.-C. Dana, *Essai sur la notion d'infraction pénale*, *précit.*, n°1.
[155] L'on pourra éventuellement employer les termes de crime ou de délit, envisagés *lato sensu*, pour renvoyer à la notion, tout en prêtant la plus haute attention au fait qu'il s'agit là de termes qui, appréciés *stricto sensu*,

et propre à la matière pénale. Mais elle nécessite tout de même que l'on s'attarde sur sa définition afin d'être à même de mesurer les implications de l'invisible en matière d'infraction. Là encore cette notion incontournable que le pénaliste emploie quotidiennement, et qui pourrait finir par lui apparaître triviale, n'est pas si aisée à circonscrire. Merle et Vitu débutent ainsi le chapitre premier de leur traité de droit criminel en soulignant que s'« *il est facile de définir le délinquant* », en revanche « *il est moins aisé de définir le crime en tant qu'entité conceptuelle* »[156]. Si la présentation de l'infraction s'avère délicate, c'est « *qu'elle représente moins une donnée naturelle qu'un construit juridique* »[157]. Comme souvent quand le droit cherche à rationnaliser une action humaine, il se heurte à la complexité de celle-ci et peine à en traduire les subtilités. Certains auteurs ont pu trouver paradoxal[158] que le Code pénal ne comporte aucune définition de la notion qu'il emploie pourtant à foison. Il ne faut pourtant pas s'étonner d'un fait si coutumier de la part du législateur. M. Dana soulignait déjà à ce propos, au début des années 1980, que « *c'est un principe bien connu que la loi s'attache peu à définir les données abstraites de la vie juridique ; les concepts et les notions, elle les laisse aux soins de la doctrine* »[159]. On peut cependant relever que l'article premier du Code des délits et des peines[160] considérait que « *Faire ce que défendent, ne pas faire ce qu'ordonnent les lois qui ont pour objet le maintien de l'ordre social et la tranquillité publique, est un délit* »[161]. C'est néanmoins à la doctrine qu'est échue la lourde tâche.

37. *Double acception de la notion*. D'une manière globale, les définitions générales que veulent bien prodiguer les auteurs apparaissent plutôt similaires. Il faut toutefois constater que coexistent deux séries de définitions, traduisant deux acceptions différentes, mais d'égale importance, de la notion. Il s'agit d'abord, comme son étymologie l'indique[162], du fait qui matérialise la rupture de l'individu avec la société marquée par son forfait. Les auteurs notent ainsi un point de rupture de l'équilibre social[163]. Le terme est par ailleurs défini comme le « *comportement interdit par la loi sous la menace d'une peine* »[164]. Ainsi, « *l'infraction recouvre plusieurs réalités* »[165], identifiées

---

appartiennent à la classification tripartite des infractions et renvoient à des catégories bien identifiées d'infractions.

[156] R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel*, Tome I, 7ème éd., Cujas, 1997, n°1 p.22.

[157] G. Beaussonie, « L'infraction », Rep. pén. et de proc. pén., juill. 2021, n°2.

[158] R. Bernardini, M. Dalloz, *Droit criminel*, *volume II – L'infraction et la responsabilité*, Bruylant, 5ème éd., 2023, n°301 qui emploient l'expression.

[159] A.-C. Dana, *Essai sur la notion d'infraction pénale*, Thèse, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1982, n°5.

[160] Du 3 Brumaire an IV.

[161] Article premier.

[162] Le terme est issu du mot latin *infractio*, signifiant « action de briser », v. https://gaffiot.fr/#infractio.

[163] E. Dreyer, *Droit pénal général*, *op. cit*., n°94 ; A.-C. Dana, *Essai sur la notion d'infraction pénale*, *op.cit*., n°19.

[164] E. Villey, *Précis d'un cours de droit criminel*, 1 vol., 1877, p.61 qui ajoutait « et qui ne se justifie pas par l'exercice d'un droit » … ; J. Larguier, Ph. Conte, P. Maistre du Chambon, *Droit pénal général*, 24ème éd., Dalloz Mémentos, sept. 2022, p.11 : « est un acte ou une omission interdit par la loi (incrimination) sous menace d'une peine » ; F. Desportes et F. Le Gunehec, *Droit pénal général*, 16ème éd., Economica, 2009, n° 22 : « un comportement interdit sous la menace d'une peine telle qu'il est défini de manière générale et impersonnelle par la loi pénale » ; J.-A. Roux, *Droit pénal et procédure pénale*, Sirey, 1920, p. 61, n°65 : « l'acte contraire au droit, auquel la loi attache une peine comme conséquence de son accomplissement » ; H. Donnedieu de Vabres, *Précis de droit criminel*, 3ème éd., Petits précis Dalloz, 1953, p. 24, n°61 : « la violation d'une loi de l'État, résultant d'un acte externe de l'homme, positif ou négatif, et qui est frappé d'une peine » ; R. Garraud, *Précis de droit criminel*, 11ème éd., Sirey, 1912, p. 60, n°36 : « un fait, ordonné ou prohibé par la loi à l'avance, sous la sanction d'une peine proprement dite, et qui ne se justifie pas par l'exercice d'un droit » ;

[165] C. Ballot-Squirawski, *Les éléments constitutifs, essai sur les composantes de l'infraction*, Thèse Université Paris-Sud Saclay, 2017, n°8.

par quelques auteurs qui distinguent alors une double acception à la notion[166] : l'infraction-acte[167] et l'infraction-incrimination[168]. Ainsi M. le professeur Robert distingue « *l'acte réel, concret et malfaisant qui trouble la société* » de la « *description abstraite, un concept mis en forme* » par le législateur pour assurer la paix publique[169]. Distinction qui s'apparente à celles opérée entre Detatbestand[170] et Sachverhalt[171] dans la doctrine allemande, ou encore entre la fattispeciè[172] et le reato[173] dans la doctrine italienne. C'est sous ces deux aspects que l'infraction sera donc analysée, à l'aune de l'influence de l'invisible sur sa répression.

38. *Exclusion de l'étude de la peine*. M. le professeur Pin propose une définition présentant l'avantage de mêler les deux acceptions, tout en évitant le débat irrésolu de la source de l'interdit sanctionné par la peine[174]. Ainsi, l'infraction ressortit à une « *une transgression grave de l'ordre social qui consiste dans le fait pour une personne d'enfreindre par la violence, la ruse voire l'indiscipline, ce qui est interdit par la loi sous la menace d'une peine* »[175]. De sorte, l'emploi de l'adjectif « *grave* » souligne le principe de nécessité de la loi pénale, le principe de légalité transparaît également, quand la description du comportement souligne en outre sa nécessaire subjectivité. Enfin, il ne saurait y avoir d'infraction sans peine. C'est elle qui donne *sa « coloration pénale »* à l'infraction. En revanche, en tant qu'elle ne constitue, dans les deux acceptions, que la menace[176] brandie à l'encontre du comportement incriminé ou la conséquence de la transgression de la loi, permettant la mise en jeu de la responsabilité pénale, elle sera écartée du champ de la présente étude. Exclue du contenu de l'infraction-incrimination, en ce qu'elle ne constitue pas un élément constitutif, Madame Ballot-Squirawski constate que la peine « *reste en marge de la catégorie* », même si elle constitue l'une des deux caractéristiques essentielles de l'infraction entendue en un

---

[166] J.-H. Robert, *Droit pénal général,* 6ème éd., PUF, 2005, p.103 ; V. cependant C. Ballot-Squirawski, *Les éléments constitutifs, essai sur les composantes de l'infraction*, *précit.*, n°8 qui distingue une troisième acception avec « la notion elle-même, prise en tant qu'objet d'étude du droit pénal général », que l'on ne retiendra pas ici, considérant que cette troisième acception couvre les deux premières ; G. Beaussonie, « L'infraction », *op.cit*., n°8 pour qui « L'infraction désigne, ainsi, tant le résultat de l'interdiction, c'est-à-dire l'interdit […], que la transgression d'un tel interdit […] ».

[167] C. Ballot-Squirawski, *Les éléments constitutifs, essai sur les composantes de l'infraction, précit*., n°8 parle d'infraction-action, on préfèrera ici le mot « acte », puisque « L'action est la manifestation de la puissance qui agit ; l'acte est l'effet manifesté et le résultat de cette action » v. le Dictionnaire du Littré : https://www.littre.org/definition/acte.

[168] *Ibid.* parle d'infraction-description ; J.-H. Robert, *Droit pénal général, précit*., p.103 évoque l'incrimination comme la description du comportement dont la réalisation fait encourir une peine.

[169] J.-H. Robert, *Droit pénal général, précit, loc. cit.*

[170] Signifiant « état de ce qui est », v. *Ibid.*

[171] *Ibid*., désignant l'œuvre législative.

[172] *Ibid*., Des termes latins « *factum* » et « *species* », renvoyant au regard porté sur le fait.

[173] Ibid., désignant l'œuvre législative.

[174] V. à ce propos les dév. éclairants de C. Ballot-Squirawski, *Les éléments constitutifs, essai sur les composantes de l'infraction, op.cit*., n°175, 191 et s. sur l'opposition entre Ph. Conte et P. Maistre du Chambon, pour qui le droit pénal est « une discipline juridique normative » V. leur ouvrage de *Droit pénal général*, *op. cit*., n° 31, et E. Dreyer, qui en raison du principe de subsidiarité du droit pénal, estime que la loi pénale ne peut avoir de portée normative, l'interdit provenant uniquement d'une norme extra-pénale ou du droit naturel, v. son ouvrage de *Droit pénal général, op. cit.,* n°93 ; V. C. Ballot-Squirawski, *Les éléments constitutifs, essai sur les composantes de l'infraction, op.cit*., n°197 et s. pour une solution intermédiaire entre les deux positions classiques. Pour X. Pin toutefois il y a une fonction expressive du droit pénal : X. Pin, *Droit pénal général*, *op.cit*., n°2 : « le droit pénal est un droit original, qui remplit une fonction à la fois expressive (c'est un droit qui interdit) et répressive ».

[175] X. Pin, *Droit pénal général*, *op.cit*, n°2.

[176] J. Carbonnier, *Sociologie juridique*, PUF, 2004, p. 398 : « Toute loi pénale a deux bras : un interdit et une menace contre ceux qui le violeraient, l'incrimination et la peine ».

sens général[177]. Quant à l'infraction envisagée en tant qu'acte correspondant aux prescriptions légales, la présente étude interrogeant l'impact de l'invisible quant à la répression de l'infraction, elle exclut *de facto* la peine, puisque l'infraction-acte, rendue invisible empêche l'appréhension de son auteur et, partant, l'application à son égard de la sanction pénale.

39. *Le contenu de l'infraction-incrimination*. La définition que l'on prête à l'infraction n'est jamais neutre en ce qu'elle exprime l'attachement de son auteur à une conception ou à une autre de celle-ci. Mais c'est de l'étude de la description du contenu de l'infraction par la doctrine, et partant de ce que la majorité appelle éléments constitutifs, que jaillissent les divergences d'analyse les plus significatives de celle-ci. Ces éléments « *la délimitent et tracent les frontières de l'interdit* »[178], mais sont régulièrement remis en cause tant dans leur contenu que dans leur existence[179]. Le législateur emploie néanmoins l'expression au sein de l'article 9-1 du Code de procédure pénale, lorsqu'il définit l'infraction occulte[180]. Comme le fait également la jurisprudence[181]. A côté de ces éléments constitutifs, sur lesquels nous reviendrons plus en détail, la doctrine évoque communément la notion de « *conditions préalables* »[182] à propos desquelles il convient de dire quelques mots.

40. *Le cas des conditions préalables de l'infraction*. La condition préalable de l'infraction a pu être définie comme « *une situation juridique comprise dans la norme pénale mais distincte de l'infraction* »[183]. Ainsi, pour M. le professeur Robert, la condition préalable, au contraire de l'élément constitutif, « *doit être considérée comme extérieure à l'événement qu'elle déclenche* »[184]. Tandis que d'autres auteurs estiment qu'elle se rapporte plutôt à un élément de celle-ci[185]. Elle renverrait globalement au « *domaine dans lequel l'infraction se peut commettre* »[186]. De sorte, « *il s'agit d'installer juridiquement l'objet […] dans une posture dans laquelle il va être exposé à une infraction* »[187], ce qui peut s'appliquer également au sujet en tant que victime[188] ou auteur de

---

[177] C. Ballot-Squirawski, *Les éléments constitutifs, essai sur les composantes de l'infraction, op.cit*., n°13.
[178] *Ibid*., n°497.
[179] E. Dreyer, *Droit pénal général, op. cit.,* n° 226 et s. ; Pour une approche plus unitaire de l'infraction v. A.-C. Dana, *Essai sur la notion d'infraction pénale*, Thèse, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1982; M. Lacaze, *Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, Thèse, LGDJ Fondation Varenne, 2011, n°233 ; L. Rousvoal, *L'infraction composite : essai sur la complexité en droit pénal*, Thèse, Rennes, 2011, n°230 et s. et 251. ; Comp. C. Ballot-Squirawski, *Les éléments constitutifs, essai sur les composantes de l'infraction, op.cit*.
[180] Al. 4 ; Il l'employait également avant 1994 v. C. proc. pén. anc., art. 693 et C. pén. anc. art. 334-1 et 334-2. Le c. pén. actuel emploi également l'expression restreinte d'« éléments », v. art. 111-3 ; Comp. C. pén., art. 113-2 et C. proc. pén. art. 145-1, 145-2, 509-1, 713-2 5°, qui emploient l'expression de « faits constitutifs ».
[181] Cons. const. 20 janv. 1981, n° 80-127 DC, cons. n°8 : « les divers autres éléments constitutifs des infractions visées [lesquels] sont énoncés sans ambiguïté, notamment en ce qui concerne l'objet des menaces, leur caractère conditionnel ou inconditionnel, les personnes à qui elles sont adressées » ; Egal. qui renvoient plus précisément aux élément matériel et moral : Cons. const., 16 juin 1999, n°99-411 DC ; D. 1999, p. 589, obs. Y. Mayaud ; D. 2000, p. 197, obs. S. Sciortino-Bayart ; AJDA 1999, p. 694, obs. J.-E. Schoettl ; D. 2000, p. 113, obs. G. Roujou de Boubé ; Cass. crim. 20 avr. 2007, n°16-82.222.
[182] Sur la notion, v. not. J.- P. Doucet, « La condition préalable de l'infraction », Gaz. Pal. 1972. Chron. 726 s. V. égal. B. Thellier de Poncheville, *La condition préalable de l'infraction*, Thèse Lyon 3, PUAM, 2010.
[183] B. Thellier de Poncheville, *La condition préalable de l'infraction*, *précit*., v. not. n°989.
[184] J.-H. Robert, « Histoire des éléments de l'infraction », RSC, 1977, n°1, p.274.
[185] G. Beaussonie, « L'infraction », *op.cit*., n°86 qui estime que « Le seul véritable préalable de l'infraction, c'est le texte de l'incrimination » lequel peut ajouter au comportement incriminé l'exigence de la preuve d'un contexte particulier.
[186] R. Vouin, *Précis de droit pénal spécial*, Dalloz, 1953, n°2.
[187] G. Beaussonie, « L'infraction », *op.cit.,* n°86 ; v. égal. X. Pin, *Droit pénal général, op.cit*., n°177 : « constat de la situation qui permet la réalisation de l'infraction ».

l'infraction[189]. On retiendra la présentation de M. le professeur Pin, estimant que les conditions préalables « *sont dénuées de coloration pénale mais leur existence est nécessaire à la commission de l'infraction* »[190] Ainsi, s'il les fait figurer au sein de l'infraction, il souligne toutefois leur spécificité en les écartant du comportement strictement réprimé. C'est cette mise à l'écart que l'on constate en jurisprudence[191], laquelle exclut les conditions préalables des éléments constitutifs de l'infraction, pour leur appliquer un régime différent : elle apprécie ainsi le contrat nécessaire à la commission de certains abus de confiance eu égard aux règles de droit civil, et ne lui applique pas l'extension de la compétence territoriale de la loi pénale afférente à la commission sur le territoire de la République d'un fait constitutif de l'infraction tel que visé à l'article 113-2 du Code pénal. Quoique l'on conclut finalement sur leur caractère constitutif de l'infraction ou non, ces conditions préalables seront exclues de nos réflexions en ce que celles-ci ne se rapportent pas strictement à l'infraction-incrimination, et vont au-delà des considérations liées à l'étude de l'infraction-acte.

2- Retour sur la théorie de l'infraction

41. *Théorie de l'infraction et Théorie du délinquant*. S'intéresser à l'infraction et à son contenu, nécessite finalement de se positionner quant à la théorie de l'infraction. En dépit des nombreuses réflexions sur le sujet, la doctrine n'est toujours pas parvenue à une unanimité concernant la présentation des éléments de l'infraction, voire quant à la théorie retenue pour l'organisation des règles de droit pénal général. Les ouvrages de droit pénal général présentent ainsi une grande disparité quant à l'organisation retenue. Dana expliquait cette absence de consensus par une réalité qui ne pouvait être décortiquée en prônant l'unité de l'infraction[192]. Sa thèse n'a toutefois pas convaincu la doctrine qui continue à adapter les théories doctrinales de l'infraction ou du délinquant développées par Villey, Ortolan ou encore Cuche. Il faut dire que sa présentation ne présente pas l'intérêt didactique des théories classiques développées par la doctrine depuis le XIXème siècle. En 1977, M. le professeur Robert constatait le recours fréquent à la décomposition en éléments, « *pédagogiquement tellement efficace* » qu'elle séduit même les juristes en dehors du droit pénal[193]. Parmi les pénalistes, il note une tendance majoritaire favorable à la présentation de l'infraction comme constituée de trois éléments : légal, matériel et moral. De nos jours, cette tendance à la théorie de l'infraction se confirme sensiblement, et semble avoir convaincu le législateur qui emploie de plus en plus souvent le terme d'« *élément* » dans ses textes[194]. Mais ceux-ci semblent s'être réduits à deux en doctrine, les auteurs étant moins favorables à l'idée d'un élément légal de l'infraction[195]. La doctrine est toutefois toujours autant divisée quant au contenu de ces éléments, notamment de l'élément moral. Plus encore, certains semblent s'affranchir de la notion d'éléments de l'infraction pour opter pour une présentation rappelant celle d'Ortolan, opposant l'étude des faits à celle de l'auteur de l'infraction[196]. D'autres encore, concilient les deux à

---

[188] Lorsqu'est requise par exemple sa particulière vulnérabilité, sa minorité, sa qualité professionnelle ou personnelle…
[189] En cas d'infraction attitrée.
[190] X. Pin, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n°177.
[191] Cass., crim. 13 nov. 2019, n°18-82.719, RSC 2019. 805, obs. Y. Mayaud.
[192] A.-C. Dana, *Essai sur la notion d'infraction pénale*, *op.cit.*, not. n°55-56.
[193] J.-H. Robert, « Histoire des éléments de l'infraction », RSC, 1977, n°1, p.269.
[194] C. pén., art. 111-3 ; C. proc. pén., art. 9-1, 656-2, (A5, A16, A36-2, A36-10-3).
[195] V. *infra*, n°44.
[196] V. not. R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel*, Tome I, *op. cit.,* qui distinguent l'étude de l'infraction (comportant l'élément légal et l'élément matériel), de l'étude de la culpabilité (étudiant alors l'élément moral).

la manière de Cuche[197]. Il faut dire que cette « *décomposition analytique de l'infraction* », aussi ancrée qu'elle puisse être « *dans l'esprit du juriste contemporain* » est « *à l'échelle historique, relativement récent*[e] »[198]. L'histoire de la théorisation de l'infraction explique alors ces divergences doctrinales. La doctrine a oscillé entre théorie de l'infraction et théorie du délinquant[199]. Au sein même des partisans de chacune des théories on note une grande disparité de présentation et de contenu. Cette inconsistance dans la présentation retenue par la doctrine est due à une évolution à la fois progressive et fluctuante de ces théories. Comme l'a démontré M. le professeur Robert concernant la théorie de l'infraction, les éléments constitutifs n'ont pas été tous conçus en même temps, leur nombre et leur contenu ont varié au fil des siècles, faisant l'objet de « *crises, d'avatars et de querelles* »[200], comme on le constate toujours aujourd'hui. Le terme d'élément de l'infraction est d'ailleurs apparu assez tardivement, notamment pour des raisons linguistiques[201]. A l'origine le terme d'élément était utilisé par les auteurs afin d'insister sur l'importance de l'intention[202], pour dépasser la conception simplement matérialiste de l'infraction. Un auteur tempère toutefois l'apport doctrinal dans la théorisation de l'infraction. En effet, selon Jérôme Ferrand, les conditions favorables au développement d'une telle théorie sont apparues au moment des réformes processuelles instaurant le jury criminel, ce qui expliquerait selon lui que la théorie générale de l'infraction n'ait pu être développée par la doctrine de l'Ancien droit[203]. Avec l'abandon progressif de l'exégèse, qui ne se souciait pas de rechercher des explications abstraites, Victor Molinier, qui n'apprécie guère cette méthode, systématisera en 1851 le recours aux éléments constitutifs créant une véritable théorie de droit pénal général, toutefois guère développée quant à son contenu[204]. Seulement sous l'influence d'Ortolan, la présentation consistant à opposer action et délinquant sera réintroduite au détriment de la théorie des éléments constitutifs[205]. C'est ensuite Edmond Villey qui reprendra la présentation en éléments constitutifs, en leur donnant cette fois un véritable contenu. Il développe alors le

---

[197] P. Cuche, *Précis de droit criminel*, Dalloz Précis, 1925 : Qui concilie analyse de l'infraction en éléments constitutifs et théorie du délinquant ; J.-H. Robert, « Histoire des éléments de l'infraction », RSC, 1977, n°1, p.281 ; V. not. M. Fréjaville, *Eléments de droit criminel*, 1933 ; H. Donnedieu de Vabres, *Traité élémentaire de droit criminel et de législation pénale comparée*, Sirey, 1937 ; H. Donnedieu de Vabres, *Précis de droit criminel*, 1946 ; L. Hugueney, *Cours de droit criminel*, 1950-1951 ; P. Bouzat, *Traité théorique et pratique du droit pénal*, 1951 ; P. Bouzat et J. Pinatel, *Traité de droit pénal et de criminologie*, 1963 ; G. Stéfani et G. Levasseur, *Droit pénal et procédure pénale*, t. 1, 1957 ; G. Stéfani et G. Levasseur, *Le droit pénal appliqué*, 1969 ; J. Borricand, *Droit pénal*, 1973 ; Et parmi les auteurs contemporains, v. not. : Y. Mayaud, *Droit pénal général*, PUF, 7ème éd., 2021 ; J. Leroy, *Droit pénal général*, LGDJ, 9ème éd., 2022.

[198] J. Ferrand, « Quand la forme emporte le fond : de l'incidence des formes processuelles sur la genèse de la théorie générale de l'infraction », RSC 2013, p.505.

[199] V. J.-H. Robert, « Histoire des éléments de l'infraction », *précit.*

[200] J.-H. Robert, « Histoire des éléments de l'infraction », *op.cit.,* p.270.

[201] *Ibid.*

[202] Muyart de Vouglans parlera des faits et de l'intention dans le crime en 1780 (v. P.-F. Muyart de Vouglans, *Les lois criminelles de France dans leur ordre naturel*, 1780, p.2), ce qui sera repris *via* la notion d'élément lors de l'élaboration des loi de 1791 à l'Assemblée, v. J.-H. Robert, « Histoire des éléments de l'infraction », *op.cit.,* p.270-271.

[203] J. Ferrand, « Quand la forme emporte le fond : de l'incidence des formes processuelles sur la genèse de la théorie générale de l'infraction », *précit.* : « l'institution d'un nouveau cadre processuel a dû créer les conditions nécessaires à la naissance d'une théorie de l'infraction structurée autour de trois éléments ». Pour l'auteur, c'est véritablement avec le Directoire et « l'avènement d'une science juridique placée de nouveau dans le giron de la religion et de la morale », que la doctrine a par la suite été à même d'affiner la présentation analytique de l'infraction et de développer une véritable théorie générale de l'infraction.

[204] V. Molinier, *Programme du cours de droit criminel*, 1851, 2ème partie, p.87 ; J.-H. Robert, « Histoire des éléments de l'infraction », *op.cit.,* p.273-274.

[205] J. Ortolan, *Eléments de droit pénal*, 1855 ; J.-H. Robert, « Histoire des éléments de l'infraction », *op.cit.*, p. 274-275.

principe de l'existence d'un élément matériel et d'un élément intentionnel lequel inclut imputabilité et culpabilité[206]. Sera par la suite inventé l'élément légal, sous la plume d'Armand Lainé en 1879[207]. C'est ensuite Garraud dès 1881 qui va ajouter l'élément injuste, importé du droit allemand, qui ne réussira toutefois pas vraiment à s'implanter dans la doctrine française[208]. Mais cette présentation pouvant encore faire l'objet de critiques ne satisfait toujours pas une doctrine fluctuante qui retournera à une théorie du délinquant inspirée des travaux d'Ortolan[209]. Ce n'est finalement qu'en 1925 avec Cuche que les éléments constitutifs reviendront pour de bon, l'auteur réconciliant théorie de l'infraction et théorie du délinquant en scindant l'élément moral de l'infraction[210]. Cette présentation n'était toutefois pas exempte de critiques et les auteurs ont continué d'adapter la théorie à leur pensée.

42. *Théorie retenue*. La théorie de l'infraction est celle que nous retiendrons ici pour ses vertus didactiques mais également pour la rigueur de son organisation permettant un examen rationnalisé et méticuleux des infractions étudiées. M. le professeur Robert a souligné l'intérêt pédagogique de cette présentation en éléments, adoptée même en dehors du strict domaine pénal[211]. En effet, à la manière de Descartes, il s'agit là de « *diviser chacune des difficultés en autant de parcelles qu'il se pourrait et qu'il serait requis pour les mieux résoudre* »[212]. En pratique, le recours aux éléments constitutifs serait également salutaire. Lié « *très probablement* » au principe de l'interprétation stricte, il inviterait en effet à un examen méticuleux de la part des juges, de sorte empêchés « *d'apprécier trop rapidement l'action du prévenu dans un mouvement unique et syncrétique de la pensée […]*»[213]. Madame Ballot-Squirawski, dans une remarquable thèse sur les éléments constitutifs de l'infraction, souligne à son tour l'intérêt de la théorisation de l'infraction en éléments constitutifs dans le dessein là encore de guider « *le juger dans son exercice de qualification en l'invitant à envisager le comportement sous différents angles* »[214], lui interdisant par conséquent « *une appréciation trop rapide des faits* »[215]. Mais également en tant qu'ils constituent un « *outil irremplaçable* »[216] permettant une analyse approfondie de l'infraction *via* l'identification de

---

[206] E. Villey, *Précis d'un cours de droit criminel*, 1877, p.95 et 107 ; J.-H. Robert, « Histoire des éléments de l'infraction », *op.cit.,* p.275.

[207] A. Lainé, *Traité élémentaire de droit criminel*, 1879, cité par J.-H. Robert, « Histoire des éléments de l'infraction », *op. cit*. p.276.

[208] R. Garraud, *Précis de droit criminel*, 1ère éd., 1881 ; J.-H. Robert, « Histoire des éléments de l'infraction », op.cit., p.277-278.

[209] J.-H. Robert, « Histoire des éléments de l'infraction », RSC, 1977, n°1, p.280: « Tous les ouvrages composés entre 1900 et 1925 ressuscitèrent la distinction qu'Ortolan faisait entre l'étude de l'action et celle du délinquant, alors que Garraud adhérait à la thèse opposée, celle explicitée par Edmond Villey et selon laquelle le droit pénal général se trouve contenu tout entier dans les éléments constitutifs de l'infraction ».

[210] P. Cuche, *Précis de droit criminel*, Dalloz Précis, 1925 : l'auteur traite à la fois des 3 éléments constitutifs (légal, matériel et moral) et de la théorie du délinquant. Il réussit à réconcilier théorie de l'infraction et théorie du délinquant en scindant l'élément moral en deux : traitant d'un côté la démence et la minorité dans le délinquant et de l'autre côté, la faute, la contrainte et l'état de nécessité dans l'élément moral. Il traite des faits justificatifs dans l'élément légal. ; J.-H. Robert, « Histoire des éléments de l'infraction », *op.cit*., p.281

[211] J.-H. Robert, « Histoire des éléments de l'infraction », *op. cit.*, p.269.

[212] Descartes, Discours de la méthode, *Deuxième partie.*

[213] J.-H. Robert, « Histoire des éléments de l'infraction », *précit. loc.cit.*

[214] C. Ballot-Squirawski, *Les éléments constitutifs, essai sur les composantes de l'infraction*, op.cit., n°501

[215] *Ibid*., n°501 abondant dans le sens de J.-H. Robert, « Histoire des éléments de l'infraction », *op. cit.*

[216] *Ibid*., n°504 reprenant alors l'expression employée par Ph. Conte et P. Maistre du Chambon, *Droit pénal général*, *op. cit*., n°301.

principes[217] auxquels toute infraction doit répondre, protégeant contre un recours par trop systématique à celle-ci comme fait générateur de responsabilité[218]. Ainsi, « *Plus que le fruit d'une systématisation des différentes incriminations, les éléments constitutifs pourraient donc être l'expression d'une conception particulière de l'infraction ou plus largement de la responsabilité pénale, dont ils garantissent par ailleurs l'effectivité* »[219].

43. *Contenu*. En l'absence de consensus, et comme chaque présentation théorique de l'infraction, il s'agira dans le cadre de notre étude d'une adaptation personnelle des présentations anciennes, lesquelles, jamais restées figées depuis l'émergence de la notion d'élément de l'infraction au XVIIIème siècle[220], feront certainement l'objet d'évolutions à l'avenir[221]. Il faut concéder à ce titre à la pensée de Dana que l'infraction est potentiellement une réalité humaine trop complexe pour que l'on puisse en adopter une présentation didactique rationnalisée qui corresponde parfaitement à la réalité[222]. Un auteur l'a rappelé par la suite, l'infraction « *n'est pas une addition de conditions autonomes, car l'infraction n'est pas construite : elle est commise* »[223]. Quoiqu'il en soit, cette rationalisation apparaît néanmoins nécessaire afin de permettre la compréhension d'un événement complexe et protéiforme et de garantir l'examen complet de celui-ci par le juge. En outre, on notera que l'article 9-1 du Code de procédure pénale, lorsqu'il renvoie aux éléments constitutifs comme cause de l'invisibilité de l'infraction occulte ne peut toutefois renvoyer à l'élément moral, en ce que, on le verra, l'aspect intellectuel de l'infraction est par essence invisible. De sorte que toutes les infractions devraient se voir ainsi qualifier et partant profiter du tempérament à l'institution de la prescription de l'action publique qu'elle permet[224]. Or, à l'évidence, ce n'est pas ce que visait le législateur en adoptant cette définition. On est alors amené à comprendre que le législateur incite à la décomposition de l'infraction. Le comportement réprimé ne peut être étudié comme un tout indivisible, en tant qu'action humaine, mais doit faire l'objet d'une étude distincte de ses différents aspects[225]. Nos réflexions approfondies nous ont amené à faire le choix d'une présentation, la plus cohérente possible, et la plus propice à illustrer notre conception de l'infraction. De sorte, des exclusions ont été nécessaires qui méritent d'être justifiées.

44. *Exclusion de l'élément légal.* Depuis sa création par Lainé, l'élément légal de l'infraction a remporté un succès mitigé dans la doctrine. Il renvoie au texte d'incrimination[226].

---

[217] *Ibid.*, n°14, l'auteure rejoint là l'avis de A. Ashworth A., *Principles of criminal law*, 6ème éd., Oxford university press, 2009, pp.84-85.
[218] *Ibid.*, n°503.
[219] *Ibid.*, n°14.
[220] J.-H. Robert, « Histoire des éléments de l'infraction », *op. cit., p.270.*
[221] V. not. les propositions de C. Ballot-Squirawski, *Les éléments constitutifs, essai sur les composantes de l'infraction*, *op.cit.*, n°501 et s.
[222] A.-C. Dana, *Essai sur la notion d'infraction pénale, op. cit.*, n° 55 : « Action humaine, l'infraction est un tout qui existe ou n'existe pas ».
[223] C. Ballot-Squirawski, *Les éléments constitutifs, essai sur les composantes de l'infraction, op.cit.*, n°501.
[224] V. Claret-Tournier, *La clandestinité en matière pénale, op. cit.*, n°32 qui exprime cette idée plus largement à propos de la clandestinité de l'infraction.
[225] V. C. Ballot-Squirawski, *Les éléments constitutifs, essai sur les composantes de l'infraction, op.cit.*, not. n°135 qui parle d'aspects matériels et moral, en rappelant que l'infraction constitue un tout, en tant qu'action humaine, apportant ainsi un tempérament à l'avis d'A.-C. Dana, eu égard aux nécessités didactiques et pratiques de la subdivision.
[226] E. Dreyer, *Droit pénal général, op.cit.,* n°226.

Adopté par certains auteurs toutefois[227], il a difficilement vaincu les critiques formulées à son encontre, et l'expression n'apparaît désormais que rarement dans les éditions le plus récentes de manuels de droit pénal général[228]. Il faut dire que les doutes sont légitimes quant à sa place parmi les éléments constitutifs de l'infraction. La plupart des auteurs qui l'incluent le justifient par le biais du principe *nullum crimen sine lege*[229]. Ils rappellent la définition de l'infraction comme étant « *la manifestation fautive d'une volonté agissant contre le droit et sanctionné par la loi au moyen d'une peine* »[230], autrement dit, n'est une infraction que ce que la loi désigne comme telle[231]. En l'absence de texte, il ne peut donc y avoir d'infraction. Or, en le faisant figurer au titre des éléments « *constitutifs* », c'est-à-dire des éléments qui « *contribue[nt] à former un tout* »[232], ils la considèrent comme une partie intégrante de l'infraction. C'est pourtant le texte d'incrimination qui définit les éléments constitutifs de celle-ci. Comment pourrait-il alors être à la fois le support de l'infraction et son contenu ? Pour Decocq, c'est qu'« *au vrai, le texte de la loi est une condition essentielle de l'infraction* »[233]. De sorte, « *S'il est une condition de la répression, il ne saurait être un élément « constitutif » de l'infraction* »[234]. « *Querelle stérile* »[235] pour certains, il ne s'agit pas là de nier la nécessité du texte, unanimement approuvée par la doctrine, pour retenir une infraction. En effet, le Code requière que « *les éléments* » de chaque infraction soient définis au préalable par un texte[236]. Les éléments constitutifs correspondant à cette définition ne peuvent ainsi exister sans la loi. Certains l'ont alors qualifié d'« *élément constituant* »[237]. On rejoint là le point de vue de ces auteurs qui rappellent que l'élément légal englobe les éléments constitutifs de l'infraction[238], véritable

---

[227] R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel*, Tome I, *op.cit.,* n°384 et s. ; Ph. Salvage, *Droit pénal général*, 8ème éd., PUG, 2016, n°30 et s. ; M.-C. Sordino, *Droit pénal général*, Ellipses, 6ème éd., 2016, p.26 et s. ; M. Herzog-Evans, *Droit pénal général*, 2ème éd., Vuibert, 2009, p.121 et s. ; Comp. O. Décima, S. Détraz, E. Verny, *Droit pénal général*, LGDJ, 5ème éd., 2022, n°210 et s. parlent d'un « élément légal » qui constitue cependant un élément constituant permettant la définition des véritables éléments constitutifs.

[228] V. O. Décima, S. Détraz, E. Verny, *Droit pénal général, op. cit*., *loc. cit*., qui adoptent une présentation plus nuancée de sa qualité d'élément en distinguant éléments constitutifs et élément constituant. qui évoquent l'élément légal dans un premier chapitre du titre intitulé « les éléments de l'infractions », le considérant comme un « élément constituant » instaurant l'infraction placé sur un plan différent des « éléments constitutifs » étudiés dans un second chapitre regroupant élément matériel et élément moral; B. Bouloc, *Droit pénal général*, 27ème éd., Dalloz Précis, 2021, qui parle d'élément légal, sans le faire figurer au titre des éléments constitutifs au même plan que l'élément matériel et l'élément moral n°37,100,112 à comp. avec n°231 et s. ; J.-C. Soyer, *Droit pénal et procédure pénale*, LGDJ, 20ème éd., 2008, n°61 et 62 ; Larguier, Ph. Conte, P. Maistre du Chambon, *Droit pénal général*, 24ème éd., Dalloz Mémento, 2022, p. 14 et s

[229] R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel*, Tome I, *op. cit.,* n°384 : « la règle fondamentale *nullum crimen sine lege*, inscrite à l'article 111-3, C.P.N., implique que le premier élément constitutif de l'infraction est une loi violée »; Ph. Salvage, *Droit pénal général*, *précit.*, n°30 ; dans le même sens, v. not. P. Garraud, *Précis de droit criminel*, 11ème éd., Sirey, 1934, n°49 ; M. Herzog-Evans, *Droit pénal général*, *précit*., p.121 ; M.-C. Sordino, *Droit pénal général*, *précit.,* p.26.

[230] J.-A. Roux, *Cours de droit criminel français*, 2ème éd., I, 1927, p.88 cité par R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel*, Tome I, *op. cit.,* n° 383.

[231] Ph. Salvage, *Droit pénal général*, *op.cit*., n°27 ; R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel*, Tome I, *op. cit.,* n°383 : « l'infraction, le mot l'indique, consiste essentiellement dans la méconnaissance des prescriptions légales » ; M.-C. Sordino, *Droit pénal général*, *op. cit*., p.26 ; M. Herzog-Evans, *Droit pénal général*, *op.cit*., p.121 ; P. Garraud, *Précis de droit criminel*, *précit.*, n°49.

[232] Dictionnaire de l'Académie française, 9ème éd. : https://academie.atilf.fr/9/consulter/constitutif?page=1

[233] A. Decocq, *Droit pénal général*, 1971, p.61

[234] E. Dreyer, *Droit pénal général, op. cit*., n°226. Dans le même sens, v. not. J. Pradel, *Droit pénal général*, Cujas, 22ème éd.,2019, n°329 ; A.-C. Dana, *Essai sur la notion d'infraction pénale, op. cit*., n°14.

[235] Ph. Conte et P. Maistre du Chambon, *Droit pénal général*, *op. cit*., n° 219.

[236] Comme le rappelle l'art. 111-3 C. pén.

[237] Ph. Conte et P. Maistre du Chambon, *Droit pénal général*, *op. cit*., n° 219 ; O. Décima, S. Détraz, E. Verny, *Droit pénal général*, *op. cit*., n°210.

[238] Ph. Conte et P. Maistre du Chambon, *Droit pénal général, op. cit*., n° 219.

« *enveloppe* »[239], du comportement incriminé. Nous faisons de sorte le choix de ne pas traiter de l'enveloppe au même plan que la lettre qu'elle contient. L'élément légal ne sera donc pas retenu au titre des éléments constitutifs de l'infraction, nous réserveront ce terme au stricte contenu défini par le texte. Le contenant faisant partie de ce que nous considérons avec d'autres[240] d'un des préalables nécessaires à l'infraction. D'autant que la loi n'est pas invisible puisque publiée au Journal Officiel, même si elle s'avère souvent obscure[241]…

45. *Exclusion de l'élément injuste.* C'est ensuite l'élément injuste que nous avons choisi d'exclure de notre présentation. La notion introduite en France par Garraud, a peu séduit la doctrine[242]. Il faut dire qu'elle est inspirée de doctrines allemandes du XIXème siècle s'accordant mal avec notre système pénal français[243] de tradition légaliste. Il s'agit en effet de l'équivalent de l' « *unrecht* » développé par Binding qui distingue la norme pénale dont l'objet est seulement la peine, de la norme extra-pénale qui détermine un intérêt légalement protégé dont la première vient sanctionner l'irrespect[244]. En droit français, cet élément injuste ne correspond qu'à une condition négative d'absence de faits justificatifs, alors qu'elle revêt un sens plus large, et une exigence positive, en droit allemand[245]. Ce dernier requière la preuve de l' « *antijuridicité* » de l'acte, soit l'atteinte portée à un intérêt protégé par une norme[246]. Or, certains ont souligné, qu'en droit français, « *soutenir qu'une infraction comporte un élément injuste confine au pléonasme ou à la lapalissade* »[247]. En effet, l'infraction est par principe l'expression de la réprobation d'un fait jugé illicite, injuste[248]. De ce point de vue, « *l'élément injuste se ramène à l'élément légal et se confond avec lui* »[249]. En outre, « *pour être réellement « constitutif », l'élément injuste devrait correspondre à une exigence positive* »[250]. En effet, l'élément constitutif est une partie de l'infraction, or on ne saurait définir un comportement par ce qu'il n'est pas. Pourtant, Garraud décrit précisément cet

---

[239] E. Dreyer, *Droit pénal général, op. cit*., n° 226.
[240] *Ibid. ;* J. Pradel, *Droit pénal général, op.cit.*, n°329 ; F. Desportes, F. Le Gunehec, *Droit pénal général*, Economica, 16ème éd., 2009, n°430 ; A.-C. Dana, *Essai sur la notion d'infraction pénale, op. cit*., n°14.
[241] Ce qui soulève alors une autre difficulté liée au respect du principe de légalité au sens matériel…
[242] J.-H. Robert, « Histoire des éléments de l'infraction », p.279 ; X. Pin, *Droit pénal général*, *op.cit.* n°235 et s. V. cependant les auteurs qui l'emploient : R. Garraud, *Précis de droit criminel*, Sirey, 1ère éd., 1881 ; Larguier, Ph. Conte, P. Maistre du Chambon, *Droit pénal général*, *op. cit*., p. 56 et s. ; Ph. Salvage, *Droit pénal général*, *op. cit*., n°108 et s. ; X. Pin, *Droit pénal général*, *op.cit.* n°235 et s. ; M. Lacaze, *Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, LGDJ Fondation Varennes, 2011; J. Walther, *L'antijuridicité en droit pénal comparé franco- allemand*, Thèse Nancy, 2003, p.27 s. ; J.- H. Robert, *Droit pénal général, op. cit*., p. 225 et s. (ne parlant toutefois pas d'éléments constitutifs). *Contra*. V. not. E. Dreyer, *Droit pénal général, op. cit*., n°1262-1263 ; R. Bernardini, M. Dalloz, *Droit criminel*, *volume II – L'infraction et la responsabilité*, Bruylant, 5ème éd., 2023, n°330 ; F. Desportes, F. Le Gunehec, *Droit pénal général, op. cit.,* n°430. : qui nient sa qualité d'élément constitutif.
[243] E. Dreyer, *Droit pénal général, op. cit*., n°1263.
[244] K. Binding, *Die Normen und irhe Ubertretung*, 1ère éd., 1872, cité par J.-H. Robert, « Histoire des éléments de l'infraction », *op. cit*., p.277.
[245] J.-H. Robert, « Histoire des éléments de l'infraction », *op. cit*., p.279.
[246] V. la présentation *Ibid.* p.278 et les dév. plus approfondis de E. Dreyer, *Droit pénal général, op. cit*., n°1263.
[247] W. Jeandidier, *Droit pénal général*, Montchrestien, coll. Domat, 1988, p.200, n°210.
[248] En ce sens v. E. Dreyer, *Droit pénal général, op. cit*., n°1263.
[249] B. Bouloc, *Droit pénal général*, *op.cit*., n°231 ; en ce sens égal. V. Ph. Conte et P. Maistre du Chambon, *Droit pénal général*, *op. cit*., n° 219 n°241 ; R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel*, Tome I, *op. cit*., n°431 pour lesquels les faits justificatifs « neutralisent et suppriment même l'élément légal » ; A. Flasquier, *L'état de nécessité en droit pénal, Contribution à la théorie générale des faits justificatifs*, Thèse, Montpellier, 2003, n°363 et s.
[250] E. Dreyer, *Droit pénal général, op. cit*., n°1262.

élément comme la vérification que l' « *acte ne se justifiait pas par l'exercice d'un droit* »[251]. De plus, la preuve de la constitution de l'élément constitutif devrait être en principe rapportée par le ministère public afin de pouvoir retenir la qualification correspondante. Cependant, le recours à un fait justificatif revient à paralyser de manière exceptionnelle l'application du texte répressif en légitimant l'acte accompli[252]. C'est donc à celui qui souhaite en bénéficier de soulever l'existence d'une cause justificative[253]. De nos jours, certains auteurs tendent cependant à faire revivre cet élément[254] boudé de la majorité de la doctrine et à lui insuffler un contenu cette fois positif et plus seulement entendu comme la seule absence de faits justificatifs. Ainsi, M. le professeur Pin, concédant que « *Lorsqu'une infraction est matériellement et moralement constituée, elle est présumée illicite* », ajoute toutefois qu'afin « *que l'infraction soit définitivement établie, il faut que cette présomption d'illicéité soit confirmée* »[255], de sorte que doit être démontré qu'« *elle constitue une atteinte ou une menace injustifiée à un intérêt protégé ; il doit s'agir d'un fait injuste* »[256]. Ainsi, selon la conception de l'auteur, « *l'infraction n'est constituée que si le fait incriminé porte atteinte ou menace une valeur sociale ou un intérêt protégé* »[257]. Néanmoins, l'analyse n'est pas systématique puisque ce n'est que lorsque la personne poursuivie réfutera la présomption d'illicéité de son acte que la reconnaissance par le juge de la constitution de l'infraction nécessitera la démonstration et l'évaluation de l'atteinte à l'intérêt protégé[258]. Madame Ballot-Squirawski à son tour exprime dans sa thèse la nécessité de recourir à ce qu'elle nomme « *l'élément antijuridique* », inspiré de la doctrine allemande, mais pour lequel elle propose une adaptation au droit français permettant selon l'auteure, d'« *apprécier les conséquences du comportement et, plus particulièrement, son caractère attentatoire* »[259].

Face aux difficultés de théorisation de l'élément, et en l'absence de consensus, nous considérerons que l'élément injuste ne fait pas partie du contenu de l'infraction, et nous ne traiterons donc pas de cet élément dans la suite de notre démonstration.

46. *L'aspect intellectuel et l'aspect matériel*. Demeurera alors l'étude des deux éléments admis le plus couramment : l'élément moral et l'élément matériel[260]. Malgré la critique parfois encore

---

[251] P. Garraud, *Précis de droit criminel*, 11ème éd., Sirey, 1934, n°47.

[252] La doctrine est à ce titre en désaccord sur les conséquences du fait justificatif, pour certains, il semble que l'infraction n'existe pas en ce que la cause justificative vient nier l'existence de l'élément légal : V. not. B. Bouloc, *Droit pénal général*, *op.cit.*, n°231, pour d'autres, l'infraction existe bel et bien, le fait justificatif intervenant a posteriori pour légitimer l'acte, « *c'est donc la qualification pénale des faits qui est remise en cause, plus que l'existence de l'infraction elle-même* ». : E. Dreyer, Droit pénal général, op.cit., n°1262.

[253] E. Dreyer, *Droit pénal général, op. cit.*, n°1264 : C'est à la personne qui se prétend justifiée d'apporter la preuve de l'existence d'une telle cause exonératoire (sauf exceptions notamment l'art.122-6 CP qui présume la légitime défense, ou encore les art. 224-1, 432-8 et 432-9 exigeant la preuve du défaut de légitimité).

[254] V. not. M. Lacaze, *Réflexions sur un concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, LGDJ Fondation Varennes, 2011, p.281 et s. ; J. Walther, L'antijuridicité en droit pénal comparé franco- allemand, thèse Nancy, 2003, p. 27 s. ; J.- H. Robert, Droit pénal général, op. cit., p. 225 s. qui n'emploie pas cependant la notion d' « éléments constitutifs » de l'infraction.

[255] X. Pin, *Droit pénal général*, Dalloz Cours, 14ème éd., 2023, n°234.

[256] *Ibid.*

[257] *Ibid.,* n°235.

[258] *Ibid.*

[259] C. Ballot-Squirawski, *Les éléments constitutifs, essai sur les composantes de l'infraction*, *op.cit.*, n°400, v. égal. n°502.

[260] Qui est depuis récemment expressément visé dans le Code de procédure pénale : v. art. 656-2, créé par la loi n°2021-1729 du 22 déc. 2021, art. 14 : « L'autorité judiciaire peut recueillir le témoignage d'experts d'organisations internationales ou utiliser un rapport qu'ils ont rédigé comme faisceau d'indices permettant d'établir l'élément matériel de l'infraction ou comme éléments permettant de contribuer à la manifestation de la vérité. La demande de témoignage est transmise par le ministre des affaires étrangères ».

adressée à ce découpage de l'infraction[261] il n'en demeure pas moins qu'il s'agit du noyau irréductible de l'infraction[262], étudié par la majorité de la doctrine, peu important l'appellation retenue, tous convenant de l'existence d'un aspect objectif et d'un aspect subjectif à l'infraction. L'étude de la jurisprudence abonde en ce sens, puisqu'elle semble également retenir une conception duelle des éléments de l'infraction[263].

L'infraction ainsi définie dans sa finalité et dans son contenu devra alors être mise en parallèle avec la notion d'« *invisible* » en tant qu'elle constitue un obstacle à la démonstration de son existence, et partant, à sa répression.

II. Problématisation du sujet

47. Les termes du sujet ainsi définis, il devient alors possible de saisir les enjeux du sujet (**A**) lesquels guideront la démarche scientifique (**B**) adoptée tout au long de cette étude.

A- Enjeux du sujet

48. ***La visibilité, moteur théorique de la répression.*** Dans une société où il faudrait « *être visible pour exister* »[264], où les « *injonctions à la visibilité* »[265] font des apparences le seul sujet d'intérêt, tout ce qui ne peut être vu par des tiers voit son existence-même niée. Triomphe d'une société superficielle, ou victoire de la transparence à tout prix, car se développe en parallèle du désintérêt pour ce qui n'est pas exposé aux yeux des autres, une méfiance envers cet invisible, source de toutes les conjectures. La partie immergée d'un iceberg n'est-elle pas quantitativement comme qualitativement la plus dangereuse pour les navires à son approche ? Ainsi, il semblerait que « *l'ennemi invisible est le plus redoutable* »[266], ou du moins le plus redouté. Or, lorsque la population craint quelque chose, c'est le droit pénal que le législateur brandit comme la solution à tous les maux. Il reviendrait donc au droit pénal de sanctionner cette invisibilité délétère. Pourtant, les rapports entre infraction et invisible ne semblent *a priori* qu'hypothétiques. L'idée d'un lien existant entre un fait juridique invisible et l'application de la loi semble hors de propos en droit pénal lequel requiert à tout le moins des apparences pour légitimer sa mise en œuvre. De même que le principe de légalité implique un description bien visible du comportement incriminé.

C'est en effet ce qui est visible qui fait habituellement l'objet de l'application du droit pénal. Ainsi, lorsque le délit est flagrant, soit commis au vu et au su des autorités, la machine pénale est mise en œuvre. Et même lorsque l'infraction n'est pas flagrante, c'est à des indices visibles de l'existence d'une infraction que le Code de procédure pénale renvoie. C'est de sorte le recours aux

---

[261] C.-A. Dana, *Essai sur la notion d'infraction pénale*, *op.cit*., n°56 : considérant qu'elle ne constitue qu'une étape dans l'effort de synthèse ; rejoint par M. Lacaze, *Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, Thèse, LGDJ Fondation Varenne, 2011, n°233 : l'estimant dépassée..

[262] C. Ballot-Squirawski, *Les éléments constitutifs, essai sur les composantes de l'infraction, op.cit*., n°212 estime que « la dualité d'éléments restitue un principe fondamental de la matière : celui de la complémentarité entre le fait et la volonté ».

[263] Cass. crim., 20 avr. 2007, n°16-82.222. 47 ; Cons. const. 20 janv. 1981, n° 80-127 DC ; Cons. const., 16 juin 1999, n°99-411 DC ; D. 1999, p. 589, obs. Y. Mayaud ; D. 2000, p. 197, obs. S. Sciortino-Bayart ; AJDA 1999, p. 694, obs. J.-E. Schoettl ; D. 2000, p. 113, obs. G. Roujou de Boubée.

[264] N. Aubert, C. Haroche, « Être visible pour exister : l'injonction à la visibilité », pp.7-22 *in* N. Aubert, C. Haroche (dir.), *Les tyrannies de la visibilité. Être visible pour exister ?*, Erès, 2011.

[265] *Ibid.*

[266] J. Garneau, *La mornifle,* P. Tisseyre, Montréal, 1976.

apparences qui est nécessaire dans ce cas de figure, afin de permettre la mise en mouvement de l'action pénale. Mais invisible ne signifie pas inexistant, et il est une réalité qu'il convient de prendre en compte même en l'absence d'accès immédiat à celle-ci. Il est notamment des hypothèses où il est parfois impossible de percevoir l'indice apparent de l'existence d'une infraction. Et ce dans des domaines dont on connaît pourtant la propension criminogène. Et même lorsque l'infraction en tant qu'acte apparaît aux yeux des autorités, c'est bien à ce qui leur est donné de voir au travers les indices recueillis par les enquêteurs, que les juges pourront déterminer si l'acte correspond en tous points à l'infraction-incrimination. Et lorsque la preuve s'avère délicate, c'est les apparences que le juge tentera de faire parler, en ayant recours notamment aux faisceaux d'indices ou autres mécanismes de présomption. En revanche en l'absence de ces indices apparents le droit pénal demeure en théorie impuissant, empêché d'agir. Il s'agit là de règles protectrices des libertés individuelles, mais d'aucuns les regrettent lorsque des faits délictueux échappent à la répression par l'application des mêmes règles. Comme si la lutte contre l'impunité devait prévaloir sur la protection des libertés. Pour autant, l'idée de rechercher au-delà du visible paraît légitime. L'essentiel n'est pas toujours visible, et l'on tend trop à tenir pour acquises les apparences quand pourraient être décelés derrière le masque de l'invisibilité des faits nécessaires à l'efficacité du droit pénal. C'est dans l'établissement de l'existence d'une infraction que le droit pénal est alors entravé par l'invisible, de sa découverte à sa caractérisation.

49. ***Liens entre invisible et infraction.*** Surprenant de prime abord, le lien entre invisible et infraction est à bien y réfléchir plus évident qu'il n'y paraît. L'infraction, sous tous ses aspects, en tant qu'acte, donc étudiée de façon macrocosmique, comme en tant qu'incrimination, alors étudiée de manière microcosmique, peut faire l'objet de l'irruption paralysante du phénomène invisible.

50. ***Les infractions et l'invisible***. L'étude macrocosmique, soit celle des infractions en tant qu'acte dénote de l'existence d'infractions invisibles aux yeux des autorités judiciaires. Dès l'origine il a été admis que les statistiques criminelles faisaient état d'une criminalité visible, ou « *criminalité apparente* », à laquelle il fallait adjoindre un certain « *chiffre noir* »[267] pour parvenir à une évaluation globale de la criminalité telle qu'elle existe, et non plus telle qu'elle est connue, soit la criminalité dite « *réelle* ». C'est dire qu'il existe bien une frange de la criminalité qui peut être qualifiée d'invisible, des infractions inconnues des autorités. Ces infractions demeurent donc à leur yeux, invisibles. La quantification de ces infractions demeure délicate et partant l'évaluation de l'impuissance des autorités face à ces comportements également. Impossible de déterminer précisément la quantité d'individus profitant d'une telle impunité. Difficile donc d'établir s'il s'agit là d'un phénomène nécessitant des mesures drastiques pour le combattre. Mais au-delà d'être une simple question de criminologie ou de politique criminelle, la question de l'invisibilité de ces infractions impacte l'action du juge pénal. Lorsque ces dernières finissent par être révélées, la possibilité d'engager des poursuites se heurte à la prescription de l'action publique. Ne supportant pas l'idée d'une impunité pour les délinquants ayant bénéficié de circonstances particulières, la jurisprudence, récemment adoubée par le législateur a développé un mécanisme réactif permettant la paralysie de l'effet du temps. Parmi les infractions invisibles[268], le juge a donc identifié une catégorie d'infractions, alors

[267] V. nos développements en *infra*, n°60 et s.

[268] V. A. Darsonville, « Recul du point de départ de la prescription de l'action publique et suspension du délai : le flou actuel et à venir ? », AJ Pén. 2016, p.306 : qui évoque « l'infraction restée invisible » lorsqu'elle s'intéresse aux infractions clandestines.

qualifiée de « *clandestines* ». Ces dernières, présentent la particularité d'avoir été découvertes tardivement par l'autorité judiciaire, voire la victime également[269], soit à l'issue de l'écoulement du délai de prescription de l'action publique, rendant en théorie l'action du juge impossible. Si elles représentent une frange des infractions invisibles, elles n'en constituent cependant pas l'intégralité eu égard à l'approche restrictive d'un juge devant intervenir au coup par coup, et de celle du législateur ayant formulé des définitions par trop restrictives pour les identifier aux infractions invisibles. La lutte contre l'impunité d'infractions qui demeureraient invisibles ne s'arrête toutefois pas là, de nombreux mécanismes pénaux permettent l'anticipation et la provocation de la découverte de ces infractions. L'intolérance pour cette invisibilité semble exprimer la crainte latente que leur impunité risque de provoquer chez leurs auteurs l'effet d'un anneau de Gygès[270]. Reste que le danger est grand, lorsque le droit pénal cède à la peur, de porter atteinte aux principes fondamentaux de la matière.

51. *L'infraction et l'invisible*. L'infraction peut également faire l'objet de l'invisibilité dans son contenu. Etudiée d'un point de vue microcosmique, l'incrimination laisse entrevoir l'aspect intellectuel de l'infraction comme le siège évident de cette invisibilité au sein de l'infraction. En effet, *« l'homme est un composé de chair et d'esprit. Il est donc un être pour qui « le monde invisible existe »* »[271]. Quoi de plus invisible que l'esprit humain ? Si l'intention a pu être désignée comme « *la part invisible de l'infraction* »[272] il convient d'élargir le spectre à l'ensemble de la faute, qu'elle soit intentionnelle ou non-intentionnelle. La rationalisation qu'implique l'étude juridique de l'état d'esprit de l'auteur apparaît bien illusoire face à l'activité bouillonnante du cerveau humain[273]. L'invisibilité de cet aspect intellectuel de l'infraction entraine des difficultés de définition, de surcroît lorsqu'il faut plonger dans les méandres de la psyché humaine et distinguer divers degrés d'intentionnalité[274] ou de non-intentionnalité[275] faisant de l'élément moral un « *inépuisable champ de controverses* »[276]. Les difficultés de définition ressortent de la pratique jurisprudentielle, laquelle semble ne faire que peu de cas des nuances distinguées par la doctrine, dans un optique répressive plus ou moins assumée. L'état actuel de la science[277] ne permettant pas la visibilité de l'esprit humain, restent des mécanismes de preuves imparfaits, lesquels peuvent être aisément dévoyés au gré des velléités répressives[278]. Enfin, l'aspect matériel de l'infraction qu'on penserait à l'abri des difficultés liées à l'invisible, en ce qu'il correspond à l'extériorisation de la pensée criminelle, s'avère également impacté par celui-ci. Le siège de l'infraction subit l'évolution des technologies et partant, la dématérialisation diffuse de nos sociétés contemporaines, mais admet également l'invisibilité originelle lorsque c'est l'intégrité psychique des victimes qui est atteinte. Quand le comportement de

---

[269] V. C. proc. pén., art. 9-1 : l'infraction occulte impose la double condition d'invisibilité, aux yeux de l'autorité judiciaire et de la victime, quand rien n'est spécifié concernant l'infraction dissimulée.
[270] C'est parce qu'il était devenu invisible que le berger de l'œuvre de Platon est entré dans la délinquance et c'est l'impunité qui en découlait qui l'a convaincu de poursuivre son œuvre criminelle.
[271] M. Jousse, *Anthropologie du geste. III. Le Parlant, la Parole et le Souffle*, Gallimard, 1978, p.54.
[272] I. Moine-Dupuis, « La plaisanterie, chose sérieuse en droit pénal », D. 2003, p.1001.
[273] V. R. Merle et R. Vitu, *Traité de droit criminel*, Tome 1, *op. cit.*, n° 574, p.723, qui évoquent un « chaudron de sorcière » bouillonnant.
[274] La distinction entre les nombreux dols dégagés par la doctrine (dol général, dol spécial, dol déterminé/indéterminé, dol éventuel, dol dépassé…) demeure extrêmement délicate.
[275] On songe aux fautes simples, ou qualifiées (caractérisée ou délibérée), v. nos développements en *infra* à ce propos, n°378 et s.
[276] R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel*, Tome I, *op. cit.*, n°572.
[277] V. nos développements en *infra* sur la question des neurosciences, n°523 et s.
[278] V. nos développements en *infra*, n°461 et s.

l'auteur peut pareillement bénéficier de la dématérialisation ou du recours à des moyens psychologiques. Là encore, les difficultés soulevées par l'invisible auront trait à la preuve de ces éléments invisibles, indispensables à la constitution de l'infraction. Mais se posera également la question de la compatibilité de ceux-ci avec des textes d'incrimination qui peinent parfois à intégrer pleinement l'invisible. L'invisibilité perçue par le législateur[279] au sein des éléments constitutifs de l'infraction, lorsqu'il s'est penché sur le cas des infractions occultes[280], s'avère de sorte bien plus diffuse, et il n'en résulte pas forcément une invisibilité globale des infractions. Auquel cas l'intérêt de la distinction de cette catégorie serait réduit à néant. En creusant la question, on décèle donc une invisibilité détachable des réflexions liées aux infractions clandestines et l'on découvre un phénomène invisible plus important qu'il n'y paraît.

52. ***L'invisibilité, obstacle à la répression.*** L'invisible constitue ainsi un obstacle à l'efficacité du droit pénal, en ce qu'il empêche l'application de la responsabilité pénale en raison de la paralysie du fait générateur que constitue l'infraction. Les deux aspects de l'infraction sont de sorte impactés par leur rencontre avec l'invisible. L'infraction-acte est rendue inaccessible aux yeux de l'autorité judiciaire, et partant sa constatation empêchée. Mais même lorsqu'elle est rendue visible, l'approbation de sa constitution par le juge est entravée par le jeu de l'invisible, lequel vient impacter l'infraction dans son contenu. L'on peine alors à admettre la constitution de l'infraction en tant qu'elle correspond à l'infraction-incrimination. L'invisible entrave ainsi le travail répressif de deux manières : en empêchant la constatation des infractions, puisqu'il rend leur découverte délicate, et en entravant l'examen de la constitution de l'infraction, par les difficultés notionnelles et probatoires qu'il génère. Ainsi, cet obstacle insoupçonné à l'application de la loi pénale est un enjeu de taille auquel le droit pénal doit faire face fréquemment. Or, les mutations sociétales contemporaines, aboutissent à l'exacerbation du rejet de toute cause d'impunité. En effet, « *l'efficacité de la justice est d'un intérêt particulier dans une société qui aspire à la sécurité et favorise la transparence* »[281]. D'autant que « *l'évolution technologique accentue ce phénomène puisqu'elle promeut l'accès à la connaissance et à l'information* »[282], tout en permettant paradoxalement l'invisibilisation de l'activité humaine. La matière pénale regorge à ce titre d'outils permettant de dépasser l'obstacle résultant de l'invisible appliqué à l'infraction *lato sensu*. Il s'agira ainsi d'étudier comment le droit pénal de fond et de forme s'adapte face à un obstacle aussi diffus. C'est toute l'opportunité de la réponse pénale qui sera questionnée dans ces hypothèses. Il conviendra en effet d'évaluer les solutions juridiques existantes face à l'obstacle invisible, mais également de déterminer si d'autres solutions doivent être envisagées. Il apparaît en effet que le législateur, comme le juge, s'accommodent souvent des difficultés ainsi constatées dans un objectif opportuniste et souvent répressif. En résulte alors une dialectique complexe entre la protection des libertés individuelles par le respect des principes fondamentaux du droit pénal et leurs restrictions nécessaires face à une invisibilité souvent favorable à l'impunité de l'auteur du fait infractionnel.

---

[279] Fortement inspiré par le travail de la jurisprudence.

[280] C. proc. pén., art. 9-1, al. 3 : « Est occulte l'infraction qui, en raison de ses éléments constitutifs, ne peut être connue ni de la victime ni de l'autorité judiciaire ».

[281] M. Carrasco-Daëron, *La dissimulation en droit pénal*, *op.cit.*, n° 19. Comp. J.-F. Kerléo, *La transparence en droit : recherche sur la formation d'une culture juridique*, Thèse, Lyon 3, 2012 : évoquant les « usages contradictoires » de la transparence « entre protection de la vie privée et surveillance panoptique de la société ».

[282] M. Carrasco-Daëron, *La dissimulation en droit pénal*, *op.cit.*, n° 19.

B- Démarche scientifique

53. ***Intérêt.*** Par un prisme inédit, l'étude soulève des problématiques diverses mais présentant le point commun d'éclairer la matière pénale d'une lumière critique. Il s'agira de prendre de la hauteur afin d'envisager l'impact de l'invisible sur l'efficacité du droit pénal. L'objectif n'est toutefois pas l'exhaustivité, il ne s'agit pas de cataloguer les occurrences invisibles, celles-ci étant bien trop diffuses, mais de regrouper et d'identifier des hypothèses permettant la systématisation de leur étude et des solutions étudiées et proposées. Puisque « *Réfléchir, c'est nier ce que l'on croit* »[283], et ce que l'on croit savoir, l'étude permettra de revenir sur des notions que le pénaliste contemporain peut considérer comme acquises, mais dont la complexité n'a toujours pas permis une théorisation exempte de doute. Or, la difficulté n'est pas le propre des querelles doctrinales puisqu'elle peut ressurgir sur la pratique, laquelle, en l'absence de définition claire, peut alors contorsionner les notions de façon opportuniste au détriment du respect des principes fondamentaux du droit pénal. Face à ce qui est perçu comme une menace à la garantie de l'ordre social, par l'obstacle qu'elle constitue à la répression de l'infraction, source première de la responsabilité pénale, nombreuses sont les solutions admises par la matière pénale afin d'assurer son efficacité, dont le prix reste toujours l'atteinte portée aux libertés individuelles.

54. ***Organisation.*** La définition de l'infraction objet de la présente étude a mis en évidence l'aspect dualiste de celle-ci. Or, l'invisible impacte celle-ci sous tous ses aspects. Dans les deux hypothèses, la difficulté résulte, *in fine*, de l'obstacle qu'il constitue à la mise en œuvre de la responsabilité pénale de l'auteur des faits. Mais la nature de cet obstacle est également duelle en ce que l'invisibilité des infractions, en tant que faits juridiques troublant l'ordre social, cause sa contrariété avec la nécessaire constatation de celles-ci en vue de leur répression. Quand l'invisibilité de l'infraction, entendue comme l'incrimination, rend délicate l'admission par le juge de la constitution de ses éléments constitutifs, et partant de sa répression également. Afin d'être complète, l'étude devra alors envisager l'infraction d'abord d'un point de vue macrocosmique afin d'aborder les difficultés de constatation des infractions invisibles, puis adopter un point de vue microcosmique pour étudier les difficultés de constitution des éléments constitutifs de l'infraction.

55. ***Annonce de plan.*** Il s'agira ainsi dans un premier temps d'analyser les difficultés liées à l'invisibilité des infractions (**Partie 1**), afin, dans un second temps, d'effectuer un gros plan sur l'infraction et étudier les difficultés liées à l'invisibilité dans son contenu (**Partie 2**).

Première partie : L'invisibilité des infractions.

Seconde partie : L'invisibilité de l'infraction.

[283] Alain, Propos.

Partie 1 : L'invisibilité des infractions

56. C'est d'abord l'invisibilité des infractions qui retiendra notre attention. Si l'on connaît depuis longtemps l'existence d'un « *chiffre noir* » de la délinquance, c'est bien que l'on atteste l'existence d'un résidu d'infractions demeurant invisibles aux yeux des autorités de poursuites pour un temps, voire qui ne seront jamais découvertes. L'invisibilité de ces infractions tient à la difficulté de constatation de celles-ci pour diverses raisons : dissimulation des faits délictueux par un auteur usant de la ruse, faible reportabilité des infractions aux autorités en l'absence de victimes ou dans un contexte favorable au silence gardé sur les faits subis, invisibilisation des infractions commises grâce aux nouvelles technologies ... Or, à l'heure où la transparence est de mise et l'intransigeance de rigueur, la possibilité qu'un champ de la criminalité demeure invisible aux yeux des autorités de poursuites apparaît inacceptable. Il semble en effet qu'il faille à tout prix lever le voile sur ces infractions qui passent sous le radar des autorités. C'est pourquoi le droit pénal s'emploie à lever le voile sur ces comportements afin de ne pas les laisser impunis. Si des outils ont pu être développés afin d'évaluer le volume du « *chiffre noir* » de la délinquance, c'est un travail qualitatif qui se révèle toutefois utile avant toute tentative de résorption de cette délinquance inconnue. C'est en connaissant mieux les principaux domaines propices à l'invisibilité que l'on pourra analyser les stratégies mises en place par le législateur et la jurisprudence afin de contourner l'obstacle de la découverte de ces infractions. On le verra, la difficulté est telle que se met à l'œuvre le développement d'un droit pénal prospectif, lequel est suppléé par le recours à divers mécanismes de droit pénal de fond comme forme permettant la révélation d'infractions jusqu'alors invisibles (**titre 1**). Toutefois, ce travail d'envergure serait sans aucun intérêt s'il était finalement trop tard pour pouvoir poursuivre ces infractions une fois révélées. C'est donc pour éviter l'impunité de ceux ayant pu tirer profit de l'invisibilité temporaire de leurs infractions que la jurisprudence, validée des décennies plus tard par le législateur, a développé des techniques consistant à contourner l'obstacle de la prescription (**titre 2**).

Titre 1 : L'invisibilité des infractions : obstacle à leur découverte

57. Afin de comprendre l'ampleur du phénomène il convient dans un premier temps d'identifier les domaines propices à une telle invisibilité. Et de sorte lever le voile sur les conditions favorables à l'invisibilisation des faits délictueux. Les nombreux outils d'évaluation du chiffre noir de la délinquance peuvent à ce titre aider à prendre la mesure du phénomène de la délinquance invisible. C'est seulement lorsque les facteurs d'invisibilité auront été identifiés que l'on pourra envisager une action préventive du droit pénal. On constatera ainsi qu'en amont des infractions invisibles, sont à l'œuvre des mécanismes qui pourraient être à même d'éviter la commission d'infractions dans ces domaines les rendant si difficiles à détecter. Ou tout le moins d'éviter que l'invisibilité fasse son œuvre, en anticipant la réaction pénale à un stade plus aisément saisissable pour les autorités de poursuite (**chapitre 1**). Mais la méthode n'étant pas infaillible, il faudra constater que le législateur a multiplié, avec plus ou moins de succès, les outils permettant la mise au jour de faits infractionnels jusqu'alors invisibles. La découverte de ces infractions nécessite en effet une plus grande proactivité du droit pénal, puisque les faits délictueux ne sont en cette hypothèse pas voués à apparaître à l'autorité judiciaire (**chapitre 2**).

Chapitre 1 : Le droit pénal à l'œuvre en amont de la commission des infractions invisibles

58. Sur l'ensemble des infractions commises chaque jour en France, seule une portion de celles-ci sont perceptibles par les autorités de poursuite. Une portion non mesurable d'entre elles demeure en effet inconnue. Cette frange occulte de la délinquance constitue un ensemble d'infractions invisibles pour lesquelles un effort supplémentaire sera requis afin de permettre leur découverte. La difficile constatation de ces infractions a pu de la sorte déterminer le législateur à anticiper la réaction pénale, de façon à endiguer ce phénomène. Toutefois, afin de mener à bien cette mission, encore faut-il dans un premier temps identifier les domaines propices à une telle invisibilité. Ainsi, le droit pénal sera en mesure de tenter d'empêcher la réalisation d'infractions invisibles, en saisissant les comportements préliminaires à ces infractions que le législateur aura choisi d'incriminer spécialement. L'identification des infractions à potentiel invisible (**section 1**) est donc le préalable nécessaire à la mise en œuvre d'une politique préventive grâce à l'intervention d'infractions-obstacle (**section 2**).

Section 1 : Identifier les infractions à potentiel invisible

59. Toutes les infractions invisibles sont inconnues des autorités de police ou de justice. En cela, elles constituent donc cette partie inconnue de la délinquance qui a pu être communément désignée comme le « *chiffre noir de la délinquance* ». C'est par cette approche du chiffre noir que l'on pourra mesurer l'impact et le poids des infractions invisibles (**§1**). La prise en compte de l'opacité d'une partie de la délinquance a donc incité l'identification des domaines les plus à l'abri de la répression. C'est cette prise en compte des catégories d'infractions les plus enclines à l'invisibilité (**§2**) qui permettra au législateur de s'en prémunir.

§1 : Le chiffre noir de la délinquance ou la mesure des infractions invisibles

60. La mise en exergue de la faillibilité des statistiques de la délinquance a entraîné la prise en compte de l'existence d'infractions non répertoriées, car inconnues des administrations à l'origine de ces instruments de mesure. Dans le but de réduire le chiffre noir de la délinquance (**A**), de nouveaux outils ont alors été développés (**B**), lesquels demeurent toutefois très imparfaits.

A- Le chiffre noir de la délinquance, somme des infractions invisibles

61. La remise en question de la fiabilité des statistiques criminelles ainsi que la multiplication et l'amélioration des outils permettant leur construction a permis la prise en compte de l'existence d'une délinquance invisible. Si la notion de « *chiffre noir* » peut faire débat (**1**), la réalité de ces infractions invisibles et les enjeux qu'elles induisent sont incontestables (**2**).

1- La prise en compte de la criminalité invisible

62. ***Objectifs de l'outil statistique.*** On considère généralement que la mesure de l'activité criminelle peut être observée grâce aux statistiques de la délinquance. L'outil statistique

permet alors une meilleure connaissance de la délinquance. Ainsi, il permet notamment une plus grande adéquation entre l'activité des services de police et les activités délictueuses. D'où une réponse plus prompte et plus efficace aux infractions commises sur le territoire, tout en régulant les coûts humains et financiers[284]. Cette rationalisation de la lutte contre la délinquance sera d'autant plus efficace que l'outil statistique sera fiable.

63. *Diversité des statistiques publiques.* Depuis leur apparition au début du XIXème siècle[285], les sources n'ont cessé de se multiplier. De nos jours les principales sources sont publiques. Parmi elles, les statistiques de police et de gendarmerie qui « *comptabilisent les infractions connues de la police ainsi que les délinquants mis en état d'arrestation par ses services* »[286], les statistiques judicaires qui dénombrent les condamnations, dénonciations et procès-verbaux transmis au Parquet, ainsi que les statistiques pénitentiaires qui comptabilisent le nombre et la répartition des détenus dans les établissements pénitentiaires et l'application des mesures de traitement en milieu ouvert[287]. Toutes cherchent à mesurer la criminalité en France sur une période donnée selon diverses catégories infractionnelles.

64. *Difficultés de la mesure de la délinquance.* Ces données officielles, certes issues d'études empiriques, sont toutefois très critiquables. Depuis la fin des années 1990 de nombreux auteurs, dont les tenants de la doctrine criminologique de la réaction sociale, dénoncent notamment la manipulation des chiffres à des fins sécuritaires[288]. Selon eux, ces outils ne mesurent non pas la criminalité mais l'activité des services dont ils sont issus[289]. Cette démystification des données statistiques a entraîné l'apparition d'une nouvelle terminologie désignant les principales sources. Ainsi, la criminalité légale correspond à l'« *ensemble des condamnations prononcées par les cours et tribunaux* »[290], tandis que la criminalité apparente désigne l' « *ensemble des faits de criminalité portés à la connaissance des autorités de police (criminalité apparente policière) ou des organes judiciaires de poursuite (criminalité apparente judiciaire)* »[291]. Ces deux notions s'opposent alors à la criminalité réelle, autrement dit l'« *ensemble des infractions effectivement commises* » [292]. Aucune de ces sources statistiques ne permet donc d'obtenir une photographie de l'état de la délinquance sur une période donnée. Il faut dire que la mesure de la délinquance est une entreprise complexe, car

---

[284] Entretien avec M. Jean-Pierre Sanguy, directeur de la police judiciaire à la Préfecture de police de Paris, « De l'usage opérationnel des statistiques de la délinquance par les services de police », Les Cahiers de la sécurité intérieure, n°4, février-avril 1991, pp.171-176.
[285] P. Morvan, *Criminologie*, Lexis Nexis, 4ème éd., 2022, n°18.
[286] R. Gassin, P. Bonfils, S. Cimamonti, *Criminologie*, 7ème éd., Dalloz, 2011, n°156.
[287] *Ibidem*
[288] *Ibid.*, n°158 ; C. Ménabé, « Criminologie », Rép. pén., Dalloz, octobre 2019, n°175 ; Ph. Robert et R. Zauberman, *Mesurer la délinquance*, Presses de Sciences-Po, coll. « Bibl. Du Citoyen », 2011, p.7 ; L. Mucchielli, *L'invention de la violence. Des peurs, des chiffres, des faits*, Fayard, 2011, p.299.
[289] R. Gassin, P. Bonfils, S. Cimamonti, *Criminologie*, *précit.*, n°159 : les partisans de la criminologie de la réaction sociale estiment que les statistiques ne mesurent pas la criminalité mais l'activité des services répressifs et leur réaction à la délinquance. Ce qui semble désormais communément admis : v. *Ibid.*, n°150 : qui considèrent que les statistiques criminelles sont de « *simples manifestations de réactions au crime* » et P. Morvan, *Criminologie*, *précit.*, n°19 « *Elles sont pourtant assez peu représentatives de la réalité puisqu'elles mesurent avant tout l'activité des agents de la force publique* ».
[290] R. Gassin, P. Bonfils, S. Cimamonti, *Criminologie*, *précit.*, n°160.
[291] *Ibid.*
[292] *Ibid.*

toutes les infractions commises ne sont pas directement visibles[293]. Certaines infractions ne parviennent en effet pas à la connaissance des autorités, voire sont parfois ignorées de la victime elle-même. D'où l'existence de ce que l'on appelle le « *chiffre noir* » de la délinquance.

65. *Chiffre noir et infractions invisibles*. Le chiffre noir est couramment présenté comme l'écart existant entre la criminalité réelle et la criminalité apparente. S'agissant de « *l'ensemble des infractions qui n'arrivent pas à la connaissance des autorités policières et judiciaires* »[294], cela correspond bien à ce que nous dénommons infractions invisibles, c'est-à-dire les comportements délictueux que ces autorités ne peuvent pas voir, qui leur demeurent inconnus. En effet, si les statistiques de la délinquance expriment ce que l'on appelle la criminalité visible, c'est donc dire qu'il existerait une partie de la délinquance qui elle, *a contrario*, serait invisible. Cette criminalité inconnue des autorités correspond donc parfaitement à la notion de chiffre noir de la délinquance. Il a alors pu être expliqué qu'il suffisait d'ajouter ce chiffre noir de la délinquance à celui de la criminalité apparente pour avoir une vision globale de la délinquance sur une période donnée. Toutefois cela n'est pas si simple. En réalité pour obtenir le chiffre de la criminalité réelle il faudrait encore purger les données policières des faits rapportés ne recouvrant finalement pas une qualification pénale, ou une qualification erronée, mais également ajouter les infractions non prises en compte dans les indicateurs retenus par les outils statistiques[295].

66. *Critères de Sellin et Wolfgang.* L'existence d'une criminalité invisible peut s'expliquer par le fait que la prise en compte des actes délictueux dans les statistiques publiques est déterminée par un double critère. En effet, Sellin et Wolfgang déterminent dès les années 1960 que la comptabilisation d'une infraction dépend à la fois de sa visibilité, ainsi sa facilité à être constatée, mais également de sa reportabilité [296], c'est-à-dire sa fréquence de dénonciation à la police[297]. Les infractions doivent alors être aisément constatables, publiques car commises au vu et au su du plus grand nombre, mais également fréquemment dénoncées aux autorités[298]. Or tel n'est pas le cas d'un grand nombre de comportements délictueux réprimés par le droit pénal[299]. Le sociologue américain Albert John Reiss expliquait par ailleurs dès la fin des années 1960 que l'activité policière se scindait en deux activités distinctes : la réactivité, qui constitue la majorité des cas d'infractions traitées, lorsque l'existence de celles-ci est révélée par la victime ou un tiers venant enregistrer une dénonciation ; ainsi que la proactivité lorsque les infractions sont découvertes de la propre initiative

---

[293] R. Gassin, P. Bonfils, S. Cimamonti, *Criminologie*, *op.cit*, n°150 : pour qui la mesure de la criminalité n'est pas aisée car pas directement observable, ou que d'une « *manière indirecte* », d'où le recours à des « *indicateurs* ».

[294] C. Ménabé, « Criminologie », Rép. pén., Dalloz, octobre 2019, n°45.

[295] Les contraventions et les délits routiers ne sont pas pris en compte dans l'état 4001 notamment. Et l'outil Interstats a réduit le nombre d'indicateurs retenus en fonction de leur fiabilité, ce qui exclut les catégories d'infractions les plus difficiles à dénombrer. Pour plus de détails, v. C. Ménabé, « Criminologie », *précit.*, n°166.

[296] Appelé également « *renvoi* » par Ph. Robert, « Les statistiques criminelles et la recherche. Réflexions conceptuelles », Déviance et société, 1977, vol.1, n°1, pp.3-27 ; V. également C. Barberger, *De la criminalité apparente*, Thèse, Lyon 3, 1981, n°8 qui, évoquant les « chances que possèdent les infractions commises de parvenir à la connaissance des autorités répressives » en donne trois variables : la nature des infractions, le comportement des acteurs sociaux et le droit. L'auteur renvoie également aux travaux de A. Cicourel, C. Faugeron et Ph. Robert, tous trois évoquant la « circulation de l'information criminelle » qui serait fonction de deux variables : la visibilité et le renvoi, v. note de bas de page n°2 p.15.

[297] P. Morvan, *Criminologie*, *op. cit.*, n°26.

[298] T. Sellin et M. E. Wolfgang, *The measurment of delinquency*, New York, John Wiley and sons, 1964.

[299] V. développements en *infra* n°91 et s.

des services de police[300]. Or, la reportabilité nécessaire à l'exercice de la réactivité policière ne concerne qu'une partie des infractions commises. Pour ne plus faire partie de ce chiffre noir, les autres nécessiteront notamment une action policière proactive, laquelle ne représente qu'une part marginale de l'activité des services et nécessite une bonne connaissance des domaines propices à l'invisibilité[301].

67. *Critique de la notion de chiffre noir.* Certains auteurs ont toutefois critiqué le recours à la notion de chiffre noir. D'ailleurs on note que certains manuels de criminologie ne mentionnent pas la notion[302]. Ainsi, pour Claude Chiaramonti, la notion de chiffre noir est obsolète[303]. En effet, la notion de chiffre noir laisserait à penser que les statistiques telles que conduites aujourd'hui cacheraient une partie de la délinquance. Or, il est communément admis de nos jours que les statistiques n'ont pas la prétention de mesurer la criminalité réelle. Les limites des outils statistiques en ce domaine ont été actées, et donc afin d'éviter toute défiance à l'égard de statistiques aux objectifs explicitement modestes, il faudrait se garder d'employer une telle notion. L'auteur précise que le dessein de répertorier les faits délictueux de façon exhaustive est de surcroît inatteignable : « *Un zeste de philosophie pour situer le problème : le réel, en physique comme pour les faits sociaux, est hors de portée : il n'y a pas que des réels perçus, au sens où l'instrument de mesure influe sur la mesure et qu'il n'y a donc pas de mesure du réel, « en soi », indépendamment de tout instrument de mesure* »[304]. Ainsi la nature même des infractions empêche d'obtenir une mesure complète de la délinquance réelle. Cette observation est désormais actée par la doctrine[305], et assumée de la part du chef du département de l'Observatoire national de la délinquance et des réponses pénales, lequel traite les données issues des services de police et de gendarmerie au travers l'état 4001[306]. Monsieur Chiaramonti excepte toutefois les atteintes à la personne commises à l'encontre de mineurs, pour lesquelles il estime que l'on peut ici réellement parler de chiffre noir étant donné l'impossibilité pour eux de porter plainte seuls. Ce qui est somme toute assez contradictoire, puisque les mineurs ne sont pas la seule catégorie de victimes parmi laquelle la reportabilité des faits peut être impactée. Soit l'on a une approche réaliste et l'on considère que la mesure de la délinquance doit exprimer la criminalité réelle, auquel cas la notion de chiffre noir doit apparaître, soit l'approche est institutionnaliste[307] et alors, admettant que les chiffres ne distinguent que les faits constatés, on écarte la notion de chiffre noir puisque les statistiques ainsi produites excluent d'emblée ces infractions opaques. Georges Godin quant à lui estime qu'il ne faudrait donc plus tenir compte que

---

[300] Travaux cités par Ph. Robert, R. Zauberman, *Comment améliorer la mesure de la délinquance ?*, Terra Nova, Think Tank, 11 juillet 2019 ; pour un aperçu des travaux de l'auteur v. not. A. J. Reiss, *The police and the public*, New Haven, London, Yale university press, 1971.

[301] V. développements en *infra* n°91 et s.

[302] P. Morvan, *Criminologie*, *op.cit.*

[303] C. Chiaramonti, « Un solide instrument de mesure. Les statistiques des faits constatés établie par la DCPJ », Les Cahiers de la sécurité intérieure, n°4, févr.-avr. 1991, pp.15-26, spé p.16.

[304] *Ibid.*

[305] J. Pradel, « L'exacte mesure de la délinquance : des progrès aujourd'hui, une maîtrise demain ? », Les Cahiers de la sécurité intérieure, n°4, févr.-avr. 1991, pp.203-205. ; G. Godin, « Pour une prévision statistique de la criminalité », Les Cahiers de la sécurité intérieure, n°4, février-avril 1991, pp.187-202 : « il est probable que l'on n'atteindra jamais le stade d'une exacte mesure ».

[306] Cité par F. Raoult, « Statistiques criminelles : mythes et réalité », JCP G, n°45, 7 novembre 2016, p.1163 ; « Publication du rapport annuel de l'Observatoire national de la délinquance et des réponses pénale, 3 questions à Christophe Soullez, chef du département de l'ONDRP », dr. pén. n°12, décembre 2016, entretien 6 : « je réfute cette notion de « fiabilité » car il faut bien se dire qu'on ne connaîtra jamais la réalité criminelle ».

[307] A. D. Biderman, A. J. Reiss Jr, « On exploring the « dark figure » of crime », The annals of the American Academy of political and social science, Sage publications, JSTOR, 1967, pp.1-15.

des statistiques de la criminalité constatée. Si le terme semble en effet plus approprié, sa justification ne convainc pas. L'auteur estime en effet qu'il n'y a pas de criminalité en elle-même, mais seulement des comportements désignés comme illicites par la collectivité[308]. Certes le crime est un phénomène social, toutefois il y a bien infraction dès lors qu'un comportement transgresse la loi conformément aux définitions légales. L'interdit a d'ores et déjà été posé par la société et nul besoin qu'il soit encore définitivement jugé pour que l'on puisse le prendre compte dans l'évaluation approximative de la criminalité réelle[309]. Quoiqu'il en soit, il est avéré qu'il existe une part non visible d'infractions, laquelle finit, certes, parfois, par être comptabilisée, mais tardivement, lorsque les autorités auront pu prendre connaissance de leur existence. Ainsi, il existe bien des infractions qui sont invisibles pour les autorités au moins pendant un temps, voire indéfiniment si les conditions de leur découverte ne sont jamais remplies.

2- Les enjeux de la criminalité invisible

68. Mettre au jour la criminalité invisible est perçu comme le Saint Graal[310]. Toutefois, on sait que la mesure de la criminalité réelle est impossible à atteindre[311]. On verra pourtant que les outils ont été multipliés depuis les années 1940 afin d'approcher au plus près la délinquance invisible[312]. Mais dans cette course à l'invisible, il convient de prendre le temps de s'interroger sur les enjeux de la traque de la moindre infraction commise. Est-il souhaitable de chercher à tout prix à découvrir la moindre infraction demeurée inconnue des autorités ?

69. *Punir chaque délinquant.* Les arguments favorables à cette optique sont d'ordre politique, mais également économique et juridique. Tout d'abord, la promesse d'une découverte de chacune des infractions commises sur le territoire de la République permet de rassurer la population sur l'efficacité des forces de police et de gendarmerie, et donc potentiellement d'accroître le sentiment de sécurité des citoyens. Elle contribue à renforcer l'image des forces de l'ordre et à restaurer la confiance des citoyens en le pouvoir exécutif. En effet, « *tout fait délictueux qui échappe à leur attention pouvant apparaître comme une sorte de défi à la vigilance et à la sagacité de l'institution judiciaire et comme un danger pour la collectivité* ». De la sorte, « *la qualité de l'organisation judiciaire s'apprécierait en fonction inverse de l'ampleur de la délinquance cachée* »[313]. Dans une société qui se veut omnisciente et répugne à l'impunité, la traque de chacune des

---

[308] G. Godin, « Pour une prévision statistique de la criminalité », *précit.*

[309] Comp. R. Gassin, P. Bonfils, S. Cimamonti, *Criminologie*, *op. cit.*, n°58 : Notre point de vue reste formel dans le sens où seul le texte fait d'un comportement une infraction, mais celle-ci peut exister en dehors de toute condamnation. Ce qui fait une infraction c'est le fait qu'un comportement désigné par l'incrimination se voit assorti d'une peine, (ce qui revient à la définition classique de l'infraction) et donc à notre sens pour qu'il y ait infraction, pas besoin que la peine soit effectivement prononcée, tant qu'il y a un texte correspondant au comportement considéré.

[310] J. Van Dijk, *Approcher la vérité en matière de délinquance. La comparaison des données d'enquêtes en population générale avec les statistiques de police sur la délinquance enregistrée*, Paris, Forum européen pour la sécurité urbaine, 2009, p.7 : « tenter de trouver un moyen de mesurer le vrai niveau de délinquance équivaudrait à tenter de trouver le Saint Graal ».

[311] J. Pradel, « L'exacte mesure de la délinquance : des progrès aujourd'hui, une maîtrise demain ? », *op. cit.* ; « Publication du rapport annuel de l'Observatoire national de la délinquance et des réponses pénales. 3 questions à Christophe Soullez, chef du département de l'ONDRP », *op. cit.* : *« je réfute cette notion de « fiabilité » car il faut bien se dire qu'on ne connaîtra jamais la réalité criminelle* ».

[312] V. *infra* n°71 et s.

[313] A. Racine, « Quelques aspects psycho-sociologiques du phénomène de la délinquance cachée », Bruxelles, Revue de l'institut de sociologie, 1963, n°1, pp.161-176, spé p.169.

infractions ayant pu être commises apparaît comme un message rassurant pour la population. D'autant que l'invisibilité de ces infractions peut résulter de la ruse du délinquant. Ainsi, on pourrait être portés à croire que ce sont les délinquants professionnels, les plus rusés et donc potentiellement les plus dangereux qui échappent à la répression[314]. Par ailleurs la délinquance invisible engendre dans certains domaines des pertes financières importantes. On note notamment une perte de gains fiscaux de 850 millions d'euros par an due à l'évasion fiscale des revenus non déclarés par les acteurs de la prostitution[315]. Les infractions à la probité publique entraînent également des pertes considérables dans les ressources de l'Etat[316]. Sans compter les conséquences directes pour les victimes[317]. Enfin, c'est l'effectivité du droit pénal qui est en question lorsque des infractions restent impunies. Si la sévérité de la peine n'influe pas sur le passage à l'acte du délinquant, la certitude de celle-ci, en revanche, est admise comme facteur préventif[318]. Assurer la répression de chaque comportement infractionnel permettrait ainsi la réduction de la criminalité. D'autant que l'impunité est perçue classiquement comme un facteur de récidive chez les délinquants[319]. En outre, le propre de « *la procédure pénale parfaite* » n'est-il pas de punir « *tous les coupables* »[320] ? Toutefois, si le professeur Larguier admet la légitimité d'un tel objectif, il tempère aussitôt, mettant la lumière sur les dérives possibles d'une telle politique pénale.

70. *Dérives.* En effet, la recherche de toutes les infractions peut sembler un objectif louable. Toutefois, à trop vouloir « *resserrer les mailles du filet* »[321], le risque est grand de tomber dans un système liberticide. S'il fallait appréhender tous les délinquants, cela ne devrait pas se faire au détriment des éventuels innocents qui pourraient être pris dans ces filets. La politique de « *tolérance zéro* »[322] engagée en France durant les dernières décennies reflète les inquiétudes formulées par le professeur Larguier. La demande de sécurité formulée par la population fait pencher la balance en défaveur des libertés individuelles, et ce au détriment de la sûreté, elle, ayant valeur constitutionnelle[323]. En outre, des spécialistes de criminologie ont pu estimer que certains comportements délictueux restés impunis d'un point de vue juridique, ont pu entraîner toutefois

---

[314] J. Larguier, *Criminologie et science pénitentiaire*, Mémentos Dalloz, 10ème éd., 2005, p.21 : il énonce que certains criminologues (sans les citer) estiment qu'on ne connaît ainsi que les criminels les moins dangereux, « au moins à certains égards ».

[315] P. Morvan, *Criminologie*, *op.cit.*, n°39.

[316] V. notamment A. Bavitot, *La probité publique en droit pénal*, Thèse de doctorat, Université Jean Moulin Lyon III, 2016, n°176 : Un article de Krueger paru en 1974 aux USA démontre que « le manque de probité des agents publics impose un gaspillage de ressources rares (le temps et l'argent) dans le processus d'allocation des ressources ».

[317] A ce propos, v. notamment Ph. Robert, R. Zauberman, « Comment améliorer la mesure de la délinquance ? », Terra Nova, Think Tank, 11 juillet 2019, p.28.

[318] R. Gassin, P. Bonfils, S. Cimamonti, *Criminologie*, *op. cit.*, n°810 ; et les études citées : K. Wolpin, « An economic analysis of crime and punishment in England and Wales : 1894- 1967 » , Journal of political economy, 1978, vol. 86, p. 815- 840 ; J. Ehrlich, « The economic approach to crime. A preliminary assessment », *in* S. L. Messinger et E. Bittner, Criminology review yearbook, vol. 1, Sage Publication, 1979, p. 25- 60 ; S. Roché, *La délinquance des jeunes*, Seuil, 2001, p. 233.

[319] V. la figure du délinquant impuni dans les œuvres de Platon, *La République*, livre II sur le mythe de l'anneau de Gygès ; H. G. Wells, *L'homme invisible*, Calmann-Lévy, 1912.

[320] J. Larguier, *La procédure pénale*, PUF, Que sais-je ?, 13ème éd., 2007, p.7 ; V. également J. Larguier, Ph. Conte, *Procédure pénale*, Dalloz, 25ème éd., 2019, p.1

[321] J. Larguier, *La procédure pénale*, *précit.*, p.7

[322] E. Dreyer, *Droit pénal général*, LexisNexis, 6ème éd., 2021, n° 72.

[323] *Ibid.*

d'autres sanctions, celles-ci privées[324], telles « *la réparation des dommages, la perte d'un emploi, la réprobation du milieu professionnel ou social réduit, etc.* »[325]. Ils rassurent de la sorte sur l'importance de cette délinquance invisible, rappelant que « *La justice n'est pas un Moloch qui attend des victimes à dévorer. Elle n'est pas une fin en soi, mais un moyen en vue d'assurer l'ordre social* »[326]. La subsidiarité du droit pénal[327] doit être privilégiée d'autant que l'absence de sanction pénale ne serait pas toujours un facteur admis de récidive[328]. Par ailleurs, d'un point de vue pragmatique, la recherche d'infractions difficiles à découvrir engendre un coût élevé, en termes de moyens humains, de temps, d'outils mis en place, et ce sans pour autant obtenir la garantie de mettre au jour l'ensemble d'entre elles. Rapporté aux pertes engendrées par les infractions restées invisibles, il ne sera pas toujours avantageux de déployer de tels moyens et il serait donc préférable de laisser certaines infractions impunies. Pour certains auteurs, même si cela devenait possible, il y aurait un risque de paralysie du système judiciaire[329], incapable de traiter de la totalité des infractions commises dans un délai raisonnable. La quête d'efficience du droit pénal entraînerait donc sa perte. Enfin, il faut demeurer réaliste, il est aujourd'hui impossible de découvrir l'ensemble des infractions commises, notamment par faute de moyens humains et financiers. L'invisibilité d'une partie de la délinquance est inévitable[330]. Mais loin d'admettre que le crime est un phénomène normal[331], notre société ne souhaite plus tolérer l'impunité. Le souhait de la transparence et de la sécurité à tout prix transparaît dans le droit pénal contemporain. Il convient toutefois de chercher l'équilibre entre cette demande exacerbée de sécurité et les libertés individuelles. Ainsi, si d'un côté le législateur donne de plus en plus de moyens aux autorités de police afin qu'elles puissent traquer et découvrir un maximum d'infractions (voire, les anticipe par le biais d'infractions obstacle), il faut rappeler le pouvoir d'opportunité des poursuites incombant au ministère public. De la sorte, « *Les magistrats du parquet ne réclament donc nullement la tête de tout coupable ; mais ils revendiquent avec insistance le droit d'être les seuls à juger de l'opportunité de la poursuite, ce qui implique que toute personne ayant connaissance d'un délit – comme victime, témoin ou par ouï-dire – est tenue d'en informer la justice* »[332]. Ainsi, « *la loi elle-même n'a pas voulu que tous les délits fussent châtiés* »[333] puisqu'elle a confié au ministère public le pouvoir d'opportunité des poursuites. Le pouvoir dévolu au ministère public en la matière permet ainsi de relativiser les risques de traquer la moindre infraction. Mais pour le mettre en œuvre, encore faut-il identifier les types d'infractions les plus sujets à l'invisibilité.

---

[324] A. Racine, « Quelques aspects psycho-sociologiques du phénomène de la délinquance cachée », *précit.*, pp.161-176.
[325] S.C. Versele, « Compte rendu de l'ouvrage Unrecorded criminality in Finland, par Inkeri Anttila et Risto Jaakkola, Helsinki, Institut de criminologie, 1966 », RDPC 1966-1967, pp.1031-1032
[326] A. Racine, « Quelques aspects psycho-sociologiques du phénomène de la délinquance cachée », *op. cit.*
[327] A ce propos v. E. Dreyer, « La subsidiarité du droit pénal », *in Mélanges en l'honneur du professeur Jacques-Henri Robert*, Lexisnexis, 2012, pp.247-263.
[328] J. Pradel, *Procédure pénale*, Cujas, 18ème éd., 2015, n°236 ; M.-L. Rassat, *Traité de procédure pénale*, PUF, 2001, n°297 ; V. nos développements en *infra*, n°236.
[329] A. Racine, « Quelques aspects psycho-sociologiques du phénomène de la délinquance cachée », *op.cit.* ; J. Van Dijk, *Approcher la vérité en matière de délinquance. La comparaison des données d'enquêtes en population générale avec les statistiques de police sur la délinquance enregistrée*, *op.cit*, p.64.
[330] A. Racine, « Quelques aspects psycho-sociologiques du phénomène de la délinquance cachée », *op. cit.*, p.174 : pour qui un résidu de cas non dénoncés est inévitable.
[331] E. Durkheim, « Le crime, phénomène normal », in *Les règles de la méthode sociologique*, Paris, Alcan, 1894.
[332] A. Racine, « Quelques aspects psycho-sociologiques du phénomène de la délinquance cachée », *op. cit.*, p.168.
[333] *Ibid.*

B- Les méthodes d'évaluation de la délinquance invisible

71. En réaction à cette opacité touchant une partie des agissements illicites, des outils ont été développés afin d'approcher au plus près de la criminalité dite réelle. Comme le préconisait le sociologue Thorsten Sellin dans les années 1930, ces nouveaux outils se rapprochent au plus près du moment de commission de l'infraction, les compteurs intervenant le plus en amont étant réputés les plus fiables[334]. Il s'agit principalement d'enquêtes en population, qui interrogent le vécu d'un échantillon représentatif de la population. On retrouve ainsi les enquêtes dites de victimation **(1)**, mais également les enquêtes de délinquance autoreportée **(2)**. Auxquelles les chercheurs ajoutent d'autres outils de comptage dont la finalité toute autre permet tout de même d'apporter des informations supplémentaires sur la criminalité invisible **(3)**.

1- Les enquêtes de victimation

72. *Définition.* Les enquêtes de victimation, aussi appelées enquêtes de victimisation, ont été créées afin d'interroger directement la population sur les comportements infractionnels qu'elle a pu subir au cours d'une période déterminée. Les enquêtes recensent tant les événements signalés aux services de police et de gendarmerie, que les événements que les victimes ont pu garder sous silence.

73. *Historique.* Cet outil a émergé aux Etats-Unis dans les années 1960[335]. Partant du constant d'une connaissance incomplète de la nature et du volume de la criminalité du fait des limites des statistiques administratives, les enquêtes en population sont apparues comme un remède efficace. Habituellement peu présente dans les études criminologiques, une place centrale a été de la sorte attribuée à la victime. Désormais considérée comme « *informateur privilégié sur la nature et l'étendue de la criminalité* »[336]. Des moyens financiers et humains ont donc été engagés par les Etats-Unis dans le développement de ce nouvel outil de mesure de la criminalité dans l'espoir de mieux la connaître. Dans un contexte électoral où les enjeux de politique criminelle étaient majeurs, l'enquête de victimation était alors perçue comme un moyen de rendre la lutte contre la délinquance plus efficace[337]. Transposées en France dans les années 1980, notamment par des chercheurs du CESDIP, les enquêtes de victimation sont considérées de nos jours comme « *l'une des deux plus grandes catégories de sources de la statistique publique du crime* » à côtés des statistiques policières[338]. Une enquête annuelle nationale a été lancée par l'INSEE depuis le milieu des années 1990[339], modifiée

---

[334] Ph. Robert, R. Zauberman, *Comment améliorer la mesure de la délinquance ?, op. cit.*, p.5 et p.11.

[335] B. Benbouzid, « L'enquête de victimation américaine : de l'étude compréhensive à l'analyse des facteurs de risque (1965-1985) », Revue française de socio-économie, La découverte, 2010/4, n°5, pp.63-82 qui retrace les origines de la naissance de l'enquête de victimation aux Etats-Unis et le contexte politique l'ayant favorisée.

[336] R. Levy, R. Zauberman, « Connaître la criminalité ou connaître les victimes. Quelle place pour les enquêtes de victimation ? », Les Cahiers de la sécurité intérieure, n°4, février-avril 1991 ; du même avis B. Benbouzid, « L'enquête de victimation américaine : de l'étude compréhensive à l'analyse des facteurs de risque (1965-1985) », *précit.*

[337] R. Levy, R. Zauberman, « Connaître la criminalité ou connaître les victimes. Quelle place pour les enquêtes de victimation ? », *précit.*

[338] B. Benbouzid, « L'enquête de victimation américaine : de l'étude compréhensive à l'analyse des facteurs de risque (1965-1985) », *précit.* renvoyant aux travaux de Ph. Robert, B. Aubusson de Cavarlay, M.L. Pottier, P. Tournier, *Les comptes du crime*, L'Harmattan, Paris, 1994 ; A. Desrosières, « Enquêtes versus registres administratifs: réflexion sur la dualité des sources statistiques », Courrier des statistiques, 2004, n° 111, p. 3-16.

[339] *Via* les « Enquêtes permanentes des Conditions de vie » (EPCV).

par la suite à la demande du ministère de l'intérieur *via* l'OND[340] et intégrée à l'enquête Cadre de vie et sécurité depuis 2007, menée auprès d'environ 25 500 ménages[341]. Cette modification a été très décriée, la doctrine estimant qu'il y avait là une appropriation de l'outil par le ministère de l'intérieur[342], renforçant le « *monopole de l'Etat sur les statistiques criminelles* »[343]. De plus un tel rectificatif du questionnaire entraîne une rupture dans les mesures menées depuis les années 1990 rendant impossible les comparaisons à long terme[344].

74. *Objectifs.* Pourtant les objectifs poursuivis par un tel outil sont primordiaux. Conçu pour évaluer le chiffre noir de la délinquance, il permet, dans une moindre mesure, mais de façon tout aussi essentielle, d'avoir une connaissance plus pointue de la fréquence et de l'évolution de la délinquance[345]. Les enquêtes permettent également de mieux identifier les comportements faisant le moins souvent l'objet d'une plainte, tout en mettant en lumière les motifs ayant poussé les victimes à garder ces faits sous silence[346].

75. *Limites.* Toutefois, l'étude de la délinquance invisible n'est pas chose aisée et l'enquête de victimation présente de nombreuses limites soulignées dès les années 1970 par Wesley Skogan[347].

76. *Victimes directes.* En effet, le principe même de l'enquête de victimation nécessite l'existence d'une victime directe de l'infraction pouvant en témoigner. Elle exclut donc toute une frange de la délinquance, celle sans victime directe, laquelle peut pourtant impacter la société tout entière[348]. Ainsi des infractions telles que « *les infractions de nature consensuelle comme le trafic et la vente de stupéfiants ou la corruption de fonctionnaire, et les infractions sans victime du tout, comme celles à la législation sur les étrangers* »[349], ou encore la délinquance d'affaires ou les atteintes à l'ordre public[350], ne sont pas prises en compte dans ce type d'enquêtes. Ce qui exclut de plus les « *victimes institutionnelles, comme dans l'industrie et le commerce* »[351]. Les questionnaires ne visent en réalité que la délinquance « c*lassique* » à victime directe comme les violences et les

---

[340] Devenu ONDRP.
[341] C. Ménabé, « Criminologie », Rép. pén., octobre 2019, n°162.
[342] L. Mucchielli, *L'invention de la violence. Des peurs, des chiffres, des faits*, Fayard, 2011, p.305.
[343] C. Ménabé, « Criminologie », *précit.*, n°162.
[344] P. Morvan, *Criminologie*, *op. cit*, n°27 ; L. Mucchielli, *L'invention de la violence. Des peurs, des chiffres, des faits*, *op. cit*., p.305.
[345] L. Mucchielli, *L'invention de la violence. Des peurs, des chiffres, des faits*, *op. cit.*, p.304.
[346] Pour un aperçu des domaines et des motifs invoqués v. en *infra* n°96. P. Morvan, *Criminologie*, *op. cit*, n°27 ; R. Gassin, P. Bonfils, S. Cimamonti, *Criminologie*, 7ème éd., Dalloz, 2011, n°169 : qui parlent de demande pénale ; L. Mucchielli, *L'invention de la violence. Des peurs, des chiffres, des faits*, *op. cit.*, p.304.
[347] W. G. Skogan, « Measurement problems in official and survey crime rates », Journal of criminal justice, vol 3, pp.17-32, 1975, Pergamon Press.
[348] Ph. Robert, « Les statistiques criminelles et la recherche. Réflexions conceptuelles », Déviance et société, 1977, vol.1, n°1, pp.3-27 ; Mais l'auteur veut souligner un problème selon lui trop souvent passé inaperçu : quand il n'y a pas de victime personnelle et directe de l'infraction, les enquêtes de victimisations sont « dénuées de signification » « ont donc l'inconvénient de gommer encore plus toute cette criminalité qui est ironiquement dite « sans victime » par ce que ce sont souvent des parties entières de la société qui en pâtissent ».
[349] R. Levy, R. Zauberman, « Connaître la criminalité ou connaître les victimes. Quelle place pour les enquêtes de victimation ? », *op. cit.*
[350] P. Morvan, Criminologie, op. cit., n°27 : estimant que ces enquêtes ignorent infractions sans victimes physiques, donnant à titre d'exemple la délinquance d'affaire et les atteintes à l'ordre public.
[351] R. Levy, R. Zauberman, « Connaître la criminalité ou connaître les victimes. Quelle place pour les enquêtes de victimation ? », *op. cit.*

atteintes ordinaires aux biens[352]. Ce qui contribue à surévaluer ce type de délinquance et à opacifier d'autant plus les infractions sans victime directe.

77. Imprécision des concepts juridiques. La rédaction des questionnaires est par ailleurs complexe. En effet, il s'agit de d'identifier des infractions subies en s'adressant à des victimes non initiées au langage juridique et par tant incapable de procéder à une qualification juridique. Les enquêteurs ont donc recours à des descriptions en langage courant des notions juridiques visées[353]. Ce qui, encore une fois, contribue à l'exclusion d'une partie du champ pénal. Ainsi, les infractions les plus complexes, telles que l'escroquerie, sont souvent exclues en raison de leur difficile vulgarisation[354]. Malgré un effort de simplification des notions employées, la réponse dépend du ressenti et de la sensibilité de l'individu sondé. Il a notamment été démontré que chaque individu ne perçoit pas la violence de la même manière, d'où la recommandation des chercheurs en sociologie de tenir compte « *des variations sociales dans les définitions des comportements criminels* »[355] au moment de l'élaboration des questionnaires. L'absence d'unité culturelle influe également la répartition sociale des victimations. En effet, les auteurs notent qu'un niveau d'éducation plus élevé entraîne une meilleure aptitude à la verbalisation des atteintes subies, ce qui peut biaiser les résultats obtenus[356] rendant invisible une partie de la délinquance subie par les populations les plus défavorisées.

78. *Problèmes mnésiques.* En outre, les individus sondés sont interrogés sur des événements ayant eu lieu sur période relativement longue. D'où un risque de défaillances mnésiques. Les individus peuvent omettre certains événements[357], ou en rattacher certains à la période de référence par erreur[358], ou les rattacher à un lieu qui n'est pas celui auquel l'étude s'intéresse (pour des enquêtes ciblées sur une ville en particulier par exemple)[359]. Il y a également un risque important d'approximations, pouvant résulter en des exagérations ou à l'inverse des sous-estimations, laissant dans l'ombre de nombreuses infractions pourtant bel et bien commises.

79. *Omissions intentionnelles.* Les omissions peuvent par ailleurs être intentionnelles. Les victimes souhaitent parfois rendre invisible certaines infractions qu'elles ont subies pour des motifs variés[360].

---

[352] R. Levy, R. Zauberman, « Connaître la criminalité ou connaître les victimes. Quelle place pour les enquêtes de victimation ? », *op. cit.*

[353] J. Van Dijk, *Approcher la vérité en matière de délinquance. La comparaison des données d'enquêtes en population générale avec les statistiques de police sur la délinquance enregistrée*, Paris, Forum européen pour la sécurité urbaine, 2009, p.9.

[354] R. Levy, R. Zauberman, « Connaître la criminalité ou connaître les victimes. Quelle place pour les enquêtes de victimation ? », *op. cit.*

[355] *Ibid.*

[356] *Ibid.*

[357] W. G. Skogan, « Measurement problems in official and survey crime rates », *op. cit.*

[358] Ce que certains appelle le « telescoping of events » : P. Morvan, *Criminologie*, Lexis Nexis, 4ème éd., 2022, n°27 ou encore le « forward telescoping » ; W. G. Skogan, « Measurement problems in official and survey crime rates », *op. cit.:* ce à quoi l'auteur estime que des « bounded interviews », autrement dit des « entretiens délimités » par la précédente rencontre, le fait de faire référence à un événement précis comme limite temporelle pour guider les individus sondés, permettrait d'éviter ce genre de déformations de la réalité.

[359] R. Gassin, P. Bonfils, S. Cimamonti, *Criminologie*, 7ème éd., Dalloz, 2011, n°169.

[360] V. développements en *infra* n°96.

80. *Exclusion de certaines catégories de population.* Certaines infractions demeurent également inconnues en raison de l'exclusion de certaines catégories de la population des enquêtes de victimation. En effet, lorsque l'enquête cible une ville en particulier, seuls les individus y résidant peuvent faire partie de la cohorte sélectionnée. Or, nombreux sont les individus pouvant être potentiellement victimes d'une infraction commise dans la ville étudiée mais résidant dans la proche banlieue[361]. Par ailleurs, par souci logistique, les individus interrogés sont issus de foyers stables permettant aux enquêteurs un suivi régulier. Toutefois, certaines catégories d'individu vulnérables sont ainsi exclues des sondages. Des personnes sans domicile fixe, ou primo-immigrantes par exemple, ayant un mode de vie qualifié de « *marginal* » par les sociologues sont moins aisément atteignables par ce type d'enquêtes, alors même que leur mode de vie augmente le risque de victimation[362].

81. *Taille de l'échantillon.* Enfin, les chercheurs en sociologie du droit notent un rapport inversé entre gravité et fréquence d'une infraction. Ainsi un échantillon d'individus trop faible aura donc tendance à masquer les infractions les plus graves[363].

82. *Bilan.* Finalement l'enquête de victimation si avantageuse qu'elle soit, ne permet pas de lever totalement le voile sur les infractions invisibles en sous-évaluant certaines catégories d'infractions, tout en risquant d'entretenir une vision réductrice de la criminalité, cantonnée à certaines infractions « *traditionnelles* » et les plus fréquentes. Un auteur rappelle néanmoins que ce type d'enquête n'est pas un simple complément aux statistiques officielles, il « *n'est pas seulement fondé sur l'enjeu de révéler la face cachée du crime (le fameux chiffre noir) […], mais de proposer une nouvelle façon plus légitime de construire une totalité* »[364]. Ses apports, notamment sur la propension et les motifs incitant les victimes à dénoncer les infractions aux autorités sont néanmoins considérables, ce qui lui vaut d'être reconnu comme « *une pierre angulaire de la criminologie empirique* »[365], et nous fait d'autant plus déplorer l'annonce du retrait l'INSEE de l'enquête nationale de victimation dès l'année 2022[366].

2- Les enquêtes de délinquance autoreportée

83. *Définition.* Les enquêtes de délinquance autoreportée font l'objet d'une dénomination plurielle : autoportraits, enquêtes d'autoconfession, de délinquance autodéclarée,

---

[361] W. G. Skogan, « Measurement problems in official and survey crime rates », *op. cit.*: individus qu'il nomme les « commuters ».

[362] Ph. Robert, R. Zauberman, « Comment améliorer la mesure de la délinquance ? », *op. cit.* ; R. Levy, R. Zauberman, « Connaître la criminalité ou connaître les victimes. Quelle place pour les enquêtes de victimation ? », Les Cahiers de la sécurité intérieure, n°4, février-avril 1991.

[363] R. Levy, R. Zauberman, « Connaître la criminalité ou connaître les victimes. Quelle place pour les enquêtes de victimation ? », *op. cit.*

[364] B. Benbouzid, « L'enquête de victimation américaine : de l'étude compréhensive à l'analyse des facteurs de risque (1965-1985) », Revue française de socio-économie, La découverte, 2010/4, n°5, pp.63-82.

[365] J. Van Dijk, « Approcher la vérité en matière de délinquance. La comparaison des données d'enquêtes en population générale avec les statistiques de police sur la délinquance enregistrée », *op.cit.*, p.7

[366] Ph. Robert, R. Zauberman, « Comment améliorer la mesure de la délinquance ? », *op. cit.*, p.2. L'enquête CVS menée de 2007 à 2021 par l'Insee, en partenariat avec l'ONDRP, et le Service statistique ministériel de la sécurité intérieure (SSMSI, créé en 2014) a été remplacé en 2022 par l'enquête statistique nationale Vécu et Ressenti en matière de Sécurité (VRS) conduite par le SSMSI avec une collecte de données réalisée pour sa première édition par l'institut de sondage Ipsos recruté dans le cadre d'un appel d'offres.

autorévélée ou encore autorapportée. Dans tous les cas, elles consistent à interroger directement et de manière anonyme un échantillon représentatif de la population sur les comportements infractionnels[367] qu'il a pu commettre au cours d'une période déterminée. Peu important que les événements aient fait l'objet d'un traitement par services de police et de gendarmerie, ou qu'ils soient demeurés invisibles. Elles reposent donc sur l'aveu des auteurs d'infractions[368], ce qui peut paraître utopique, voire « *naïf* »[369], mais renvoie au mouvement de rapprochement des statistiques de la délinquance du moment de la commission de celle-ci[370].

84. *Historique.* Les enquêtes de délinquance autoreportée sont apparues aux Etats-Unis à la fin des années 1940[371]. Antérieures aux enquêtes de victimation, elles n'ont toutefois pas rencontré le même succès. Elles ne sont transposées en France que dans les années 1990, toutefois, mis à part les travaux de Sébastian Roché[372], peu d'enquêtes ont vu le jour[373], les statisticiens montrant plus d'intérêt aux enquêtes de victimation arrivées par la suite en France[374].

85. *Objectifs.* A l'origine l'objectif poursuivi par les fondateurs de cette enquête était de faire le jour sur la délinquance juvénile[375]. Elle a provoqué une révolution dans le milieu scientifique, prouvant à la fois que des informations aussi sensibles pouvaient être toutefois recueillies par les enquêteurs[376], mais également en révélant « *l'étendue insoupçonnée* » de la délinquance chez les jeunes[377].

86. *Limites.* Néanmoins la première de ses limites se situe dans cette vision réductrice d'une délinquance essentiellement juvénile. En effet, les enquêtes de délinquance autoreportée portent majoritairement sur la question de la délinquance des jeunes. Certes, en partie pour des raisons pratiques de passation des questionnaires, mais également pour des raisons idéologiques[378]. Ainsi sont la plupart du temps exclus les majeurs, mais également les jeunes déscolarisés, puisque les sondages sont souvent transmis *via* des établissements scolaires pour des raisons d'accessibilité. Or, d'un point de vue scientifique cela est très critiquable quand l'on sait que certains d'entre eux sont les plus engagés dans la délinquance[379]. On a donc une vision tronquée de la délinquance, et même de la délinquance des jeunes. Ce sentiment est renforcé par le fait qu'on peut s'attendre à ce que

---

[367] Également sur leurs comportements simplement « déviants », non répréhensibles juridiquement, mais dénoncés par une certaine morale. V. P. Morvan, *Criminologie*, *op. cit.*, n°30 ; L. Mucchielli, *L'invention de la violence. Des peurs, des chiffres, des faits*, Fayard, 2011, p.306.
[368] R. Gassin, P. Bonfils, S. Cimamonti, *Criminologie*, *op. cit.*, n°168.
[369] M. F. Aebi, V. Jacquier, « Les sondages de délinquance autoreportée : origines, fiabilité et validité », Déviance et société, 2008, n°2, vol.32, pp.205-227.
[370] Tel que préconisé par Sellin dans les années 1930 : *Ibid.* citant Sellin : « *il est avéré que plus un indicateur est éloigné de l'acte criminel, moins il en constitue une mesure valide* ».
[371] L. Mucchielli, *L'invention de la violence. Des peurs, des chiffres, des faits*, *op.cit.*, *loc. cit.*
[372] S. Roché, *La délinquance des jeunes. Les 13-19 ans racontent leurs délits*, Paris, le Seuil, 2001.
[373] R. Zauberman, Ph. Robert, F. Beck, S. Nevanen, « Mesurer l'implication des jeunes dans la violence », Déviance et société, 2013/1, vol. 37, pp.89-115.
[374] R. Gassin, P. Bonfils, S. Cimamonti, *Criminologie*, *op. cit.*, n°168.
[375] R. Zauberman, Ph. Robert, F. Beck, S. Nevanen, « Mesurer l'implication des jeunes dans la violence », *précit.*
[376] M. F. Aebi, V. Jacquier, « Les sondages de délinquance autoreportée : origines, fiabilité et validité », *op. cit.*
[377] L. Mucchielli, *L'invention de la violence. Des peurs, des chiffres, des faits*, *op. cit.*, p.306.
[378] P. Morvan, *Criminologie*, *op.cit.*, n°30.
[379] L. Mucchielli, « Les techniques et les enjeux de la mesure de la délinquance », Savoir/Agir, Ed. du Croquant, 2010/4 n°14, pp.93-101 ; C. Ménabé, « Criminologie », *op. cit.*, n°172.

certaines infractions sont intentionnellement gardées sous silence par les individus sondés, notamment concernant la délinquance organisée[380] même si toutes les précautions sont prises pour garantir l'anonymat. En outre, certaines enquêtes démontreraient que les individus sondés sont plus enclins à avouer une infraction si celle-ci est déjà connue de la justice[381]. Le format de l'enquête est ainsi un des enjeux de taille afin de garantir l'honnêteté des réponses obtenues. La simple présence de l'enquêteur peut inciter à l'omission, d'où la nécessité de questionnaires autoadministrés[382]. Par ailleurs, les questionnaires sont rédigés à partir d'une hypothèse de départ, laquelle suppose un choix partial dans les infractions soumises au questionnaire[383]. Ce qui laisse encore une fois dans l'ombre certains comportements infractionnels. De plus, on retrouve ici les mêmes difficultés liées à la compréhension du comportement infractionnel visé par la question posée, qu'elles soient liées à des difficultés de compréhension de la langue écrite, ou d'assimilation du comportement commis à un comportement délictueux[384]. Il en va de même pour les difficultés mnésiques, ou encore concernant la taille des échantillons soumis aux questionnaires, souvent réduits dans ce domaine, pour des raisons économiques, cela contribue encore à opacifier une partie de la délinquance[385].

87. *Bilan.* Finalement, si ces questionnaires permettent de lever le voile sur la délinquance sans victime directe[386], ce qui n'était pas possible avec les outils précédemment étudiés, leur apport reste mitigé. Centrés sur la délinquance juvénile, ils contribuent aux clichés sur le domaine[387], sans permettre une mise au jour globale des infractions invisibles.

3- Outils de mesure indirecte de la délinquance

88. *Nouveaux outils.* Par ailleurs, des chercheurs en sociologie du droit[388] ont découvert dans des instruments de mesure extra-pénaux de véritables indicateurs de la criminalité. Tous ont été conçus dans d'autres objectifs mais permettent *in fine* d'avoir des indications sur certaines sortes de délinquance. On note notamment que la statistique des causes de décès, tenue en France par l'Institut national de la santé et des recherches médicales, est admise comme compteur de l'homicide. Elle serait même « *internationalement reconnue comme le meilleur compteur* »[389] dans ce domaine, permettant de révéler des taux d'homicides supérieurs à ce dont les autorités policières et judiciaires ont pu avoir connaissance. Un auteur a d'ailleurs eu recours à ces données dans sa thèse

---

[380] Ph. Robert, « *Les statistiques criminelles et la recherche. Réflexions conceptuelles* », Déviance et société, 1977, vol.1, n°1, pp.3-27.
[381] M. F. Aebi, V. Jacquier, « Les sondages de délinquance autoreportée : origines, fiabilité et validité », *op. cit.*
[382] M. Couper, E. Singer, R. Tourangeau, *Understanding the effects of Audio-CASI on self-reports of sensitive behavior*, Public Opinion Quarterly, 2003, 67, pp.385-395 cité par *Ibid.*
[383] M. F. Aebi, V. Jacquier, « Les sondages de délinquance autoreportée : origines, fiabilité et validité », *op. cit.*
[384] *Ibid.* ; C. Ménabé, « Criminologie », *op. cit.*, n°172.
[385] M. F. Aebi, V. Jacquier, « *Les sondages de délinquance autoreportée : origines, fiabilité et validité* », Déviance et société, 2008, n°2, vol.32, pp.205-227
[386] Par exemple l'usage de stupéfiants, le séjour irrégulier, la fraude fiscale, la criminalité économique et financière…
[387] Ph. Robert, R. Zauberman, *Comment améliorer la mesure de la délinquance ?*, Terra Nova, Think Tank, 11 juillet 2019, p.25.
[388] R. Zauberman, Ph. Robert, F. Beck, S. Névanen, « Mesurer l'implication des jeunes dans la violence », Déviance et société, 2013/1, vol. 37, pp.89-115 ; Ph. Robert, R. Zauberman, *Comment améliorer la mesure de la délinquance ?*, *précit.* ; Ph. Robert, « Les statistiques criminelles et la recherche. Réflexions conceptuelles », Déviance et société, 1977, vol.1, n°1, pp.3-27.
[389] R. Zauberman, Ph. Robert, F. Beck, S. Névanen, « Mesurer l'implication des jeunes dans la violence », *précit.*

de doctorat afin d'étudier le volume et l'évolution des homicides en France[390]. On peut citer également les fichiers hospitaliers, les motifs d'entrée aux services d'urgence permettant la mesure des violences[391]. Par ailleurs, les enquêtes en santé publique permettent une approche de la délinquance juvénile. L'enquête ESCAPAD interroge chaque année des adolescents français lors de la Journée Défense et Citoyenneté. Mise en place par l'Observatoire français sur les drogues et les toxicomanies, l'enquête permet ainsi notamment une évaluation des infractions dites sans victime liées à la prise de stupéfiants[392]. Certaines enquêtes en santé publique permettent également d'avoir une évaluation des violences commises et subies en France, ce fut le cas pendant quelques années pour les enquêtes du Baromètre santé publique France qui contenait quelques questions sur le sujet[393]. On en retrouve également dans l'enquête Evènements de vie et Santé menée par l'OFDT[394]. Enfin on peut encore évoquer l'économétrie, qui permet indirectement d'avoir un aperçu de la délinquance financière[395]. Des sources telles que celles du coût du crime permettent en outre de prendre en compte la criminalité organisée et d'affaires, trop souvent restée dans l'ombre avec les instruments les plus courants[396]. Tous ces instruments de mesure ne permettent pas d'avoir une vision globale de la délinquance dite réelle. Toutefois, elles semblent très efficaces à lever le voile sur des infractions choisies. Ces « *indicateurs de niche* »[397] s'avèrent en effet plus performants que les instruments classiques par leur précision, leur formulation ou encore par le fait qu'ils ne présentent pas les événements sondés comme des faits de criminalité[398].

89. *Bilan.* Finalement, il faut admettre qu'une mesure globale et définitive de la délinquance est impossible. Les instruments de mesure administratifs, tout comme les enquêtes en population ou encore les instruments de mesure indirects n'apportent qu'une vision réduite de la délinquance. Si certains outils permettent de mettre en lumière certains faits passés sous les radars, en aucun cas ne sera-t-il possible de lever complètement le voile sur la délinquance invisible dans son entier. La doctrine admet d'une manière générale avoir renoncé à l'espoir d'un chiffre unique[399]. Les chiffres issus des différentes sources ne sont pas construits d'une manière permettant leur comparaison[400]. Toutefois, en recoupant les diverses sources, on peut obtenir une estimation assez fiable de la délinquance en France[401].

---

[390] J.- C. Chesnais, *Les morts violentes en France depuis 1826*, Paris, PUF, 1976.
[391] *Ibid.* qui donne une liste d'études sur le sujet.
[392] R. Zauberman, Ph. Robert, F. Beck, S. Névanen, « Mesurer l'implication des jeunes dans la violence », *précit.*
[393] *Ibid.*
[394] *Ibid.*
[395] Ph. Robert, R. Zauberman, *Comment améliorer la mesure de la délinquance ?*, *précit.*, *loc. cit.*
[396] Ph. Robert, « Les statistiques criminelles et la recherche. Réflexions conceptuelles », *op. cit.*
[397] R. Zauberman, Ph. Robert, F. Beck, S. Névanen, « Mesurer l'implication des jeunes dans la violence », *précit.*
[398] Pour un rapport détaillé des différences entre instruments classiques et enquêtes de santé et des raisons de leur efficacité, notamment à propos de la délinquance juvénile, v. R. Zauberman, Ph. Robert, F. Beck, S. Névanen, « Mesurer l'implication des jeunes dans la violence », *op. cit.*
[399] Ph. Robert, B. Aubusson de Cavarlay, M.-L. Pottier, P. Tournier, *Les comptes du crime. Les délinquances en France et leurs mesures*, L'Harmattan, 2ème éd., 1994, p.26 : « Nulle part, nous ne découvrirons une mesure simple, définitive, objective » ; R. Gassin, P. Bonfils, S. Cimamonti, *Criminologie*, *op. cit.*, n°174 : « pas possible de mesurer directement et avec certitude la criminalité réelle » ; J. Pradel, « L'exacte mesure de la délinquance : des progrès aujourd'hui, une maîtrise demain ? », Les Cahiers de la sécurité intérieure, n°4, février-avril 1991, pp.203-205.
[400] G. Kellens, *Eléments de criminologie*, Bruylant, Erasme, Collection espaces droit, 1998, p.69.
[401] Ph. Robert, R. Zauberman, *Comment améliorer la mesure de la délinquance ?*, *op. cit.*

90. *Evaluation de la délinquance invisible.* Ainsi, l'affirmation d'Adolphe Quételet selon laquelle l'écart entre la criminalité réelle et la criminalité apparente était constant[402] est remise en question[403] par les difficultés subsistant avec les instruments de mesure de la criminalité. On voit bien avec les enquêtes en population que toutes les infractions n'apparaissent pas selon les mêmes proportions, certaines étant plus propices à l'invisibilité. De plus, on le verra[404], la connaissance de ces infractions difficiles à découvrir dépend de multiples facteurs lesquels peuvent varier selon les périodes et donc moduler le taux de visibilité de ces infractions sur ces mêmes périodes. Difficile donc d'évaluer le nombre d'infractions de chaque sorte qui demeurent inconnues par les autorités chaque année. Toutefois, les outils précédemment étudiés permettent d'appréhender les catégories d'infractions les plus sujettes à l'opacité. Notamment en analysant les infractions passées sous silence par les victimes, afin de mieux comprendre les mécanismes de dénonciation des infractions à victime directe, et de la sorte mieux envisager les domaines de l'invisibilité.

§2 : Les domaines de l'invisibilité

91. Il est certains domaines où l'acte infractionnel ne sera pas directement visible par les autorités de police et de justice, voire par la victime elle-même s'il y en a une. Les enquêtes en population ont notamment pu lever le voile sur une partie de ces agissements demeurant inconnus. On y retrouve certains types d'infractions traditionnellement considérés comme invisibles (**A**). Mais à l'avenir il faudra également compter avec les nouvelles technologies, terrain propice à l'opacité, dont la nature renouvelle les difficultés liées à l'invisible et inquiète les autorités (**B**).

A- Les domaines traditionnels de l'invisible

92. Certains types d'infractions sont traditionnellement admis comme faisant l'objet d'une plus grande opacité dans leur commission que le reste des comportements délictueux. Cette invisibilité peut résulter de diverses situations qui peuvent se résumer schématiquement à quatre cas de figure **(1)**. Lesquels correspondent à certains domaines infractionnels en particulier **(2)**.

1- Les différents types d'invisibilité

93. *Circonstances de l'invisibilité[405]*. L'invisibilité de l'infraction peut exister naturellement dans trois cas de figure. L'infraction sans victime individuelle directe est une catégorie d'infractions qui par définition est propice à l'invisibilité en raison de l'absence de tiers à l'infraction en capacité de reporter l'existence du comportement infractionnel aux autorités compétentes. De plus, ce type d'infraction est souvent le fait de comportements occultes, sans aucune publicité

---

[402] V. C. Barberger, *De la criminalité apparente*, Thèse de doctorat, Lyon 3, 1981 cité par A Bavitot, *La probité publique en droit pénal*, Thèse, *op.cit*,, note de bas de page n°624, §181.

[403] A. Bavitot, *La probité publique en droit pénal*, Thèse de doctorat, Université Jean Moulin Lyon III, 2016, n°182 ; Ph. Robert, « Les statistiques criminelles et la recherche. Réflexions conceptuelles », *op. cit.*: pour l'auteur les conditions de la constance que Quételet pose lui-même ne sont jamais remplies.

[404] V. *infra* n°91 et s.

[405] Cette présentation emprunte à l'esprit de la théorie de Sellin et Wolfgang, toutefois la terminologie a été adaptée au parti pris de notre étude. Le terme de visibilité renvoyant pour nous plus globalement à la connaissance de l'infraction par les autorités compétentes.

possible. A cette catégorie s'ajoute celle des infractions qui quant à elles font une victime mais pour des raisons variées celle-ci n'a pas connaissance du préjudice qu'elle subit. De la sorte, il lui est impossible de reporter l'existence de l'infraction aux autorités compétentes. Enfin, certaines infractions dont les victimes ont connaissance demeurent toutefois invisibles car leur commission occulte se double de l'absence de leur report aux autorités compétentes. Les victimes préférant garder le silence sur cet événement. Or, ce n'est que lorsque l'infraction est publique, commise au vu et au su de tous et non dans la stricte intimité de la sphère privée ou professionnelle que la dénonciation par une victime ne sera pas nécessaire à sa connaissance par les autorités de poursuite.

94. ***Infractions sans victimes directes***[406]. Les infractions sans victimes individuelles directes sont de plusieurs ordres. Certaines portent atteinte à l'auteur lui-même, c'est le cas notamment des infractions relatives à la consommation de produits stupéfiants[407]. D'autres protègent l'intérêt général[408] ou des intérêts collectifs, c'est le cas par exemple des infractions contre l'environnement, des atteintes à la probité[409], des infractions d'affaires[410] ou encore les infractions en matière fiscale. Enfin l'infraction sans victime individuelle directe peut léser l'ordre public[411] en contrevenant aux obligations légales, c'est le cas des infractions à la législation sur les étrangers[412] par exemple. Cette catégorie renvoie notamment à des infractions que l'on associe à la « *criminalité en col blanc* ». Cette notion employée par Edwin Sutherland[413] renvoie à la délinquance des élites sociales commises dans leur milieu professionnel[414] en opposition aux « *cols bleus* » des ouvriers dont la délinquance perçue à l'époque comme la seule existant était donc sur-représentée dans les statistiques policières et judiciaires. Il est acquis depuis lors que cette délinquance du droit des affaires fait partie des comportements infractionnels sur lesquels les autorités peinent à avoir de prise. Infractions plus complexes, nécessitant la ruse, elles sont également commises par des individus au-dessus de tous soupçons, à l'ombre de leurs bureaux dans des conditions opaques résultant du pouvoir détenu par ceux-ci dans l'entreprise.

95. ***Infraction inconnue de la victime***. Par ailleurs, il est des situations où la victime directe de l'infraction n'a elle-même pas conscience de subir un préjudice et partant d'être victime d'un acte délictueux. C'est le cas notamment lorsque l'abus de confiance est réalisé par le détournement de de la finalité du bien remis. Plus rarement rencontrée en pratique que la simple absence de restitution du bien remis à titre précaire, la nature de cette forme de détournement laisse à penser à certains auteurs que « *le chiffre noir de ce type d'agissements est plus élevé* »[415]. En effet, difficile d'établir le nombre d'infractions ainsi commises à défaut de pouvoir compter sur son

---

[406] Nos propos ne concernent pas les victimes par ricochet.
[407] C. santé publique, art. L.3421-1.
[408] NB : n'est ici pas visée la théorie des incriminations d'intérêt général en procédure pénale.
[409] V. A. Bavitot, *La probité publique en droit pénal*, Thèse de doctorat, Université Jean Moulin Lyon III, 2016.
[410] P. Morvan, *Criminologie*, *op. cit.*, n°27.
[411] *Ibid.*
[412] R. Lévy, R. Zauberman, « Connaître la criminalité ou connaître les victimes. Quelle place pour les enquêtes de victimation ? », Les Cahiers de la sécurité intérieure, n°4, février-avril 1991.
[413] E. H. Sutherland, *White Collar Crime*, New York: Holt, Rinehart & Winston, 1949.
[414] E. H. Sutherland, « Le problème de la criminalité en col blanc », 1985, Trad. de G. Chantraine et G. Salle, Champ Pénal, Vol. X, 2013. Toutefois la définition de cette notion a été remise en question par la suite, les écrits de Sutherland étant contradictoires à ce sujet, sur le point de savoir s'il s'agissait de la délinquance des élites ou simplement commise en milieu professionnel, les deux semblent toutefois généralement combinées, à ce propos v. A. Spire, « Pour une approche sociologique de la délinquance en col blanc », Champ pénal, Vol. X, 2013.
[415] C. Mascala, *Droit pénal des affaires*, juillet 2018 - juillet 2019, D. 2019, p.1858.

report par la victime. C'est le cas notamment lors de la remise de fonds à titre de subvention[416] lorsque la victime ne prendra pas la précaution d'exercer un contrôle postérieur à la remise des sommes. Cette hypothèse sera d'autant plus rencontrée avec le développement des nouvelles technologies[417].

96. ***Absence de report aux autorités.*** En outre, même lorsque l'infraction fait une victime, si celle-ci est commise dans la sphère privée, elle peut demeurer inconnue des autorités de poursuites. En effet, nombreuses sont les victimes qui choisissent de garder le silence sur leurs expériences de victimation. La « *demande pénale* » de la part de la victime d'une infraction n'est en effet pas automatique, elle est le fruit d'une réflexion de sa part[418]. Parmi les facteurs propices à la décision d'aviser la police de l'existence d'une infraction, on retrouve notamment des raisons utilitaires liées à la réparation du préjudice subi, celle-ci sera d'ailleurs d'autant plus dénoncée lorsque la mise œuvre de la police d'assurance de la victime exige un dépôt de plainte[419]. C'est d'ailleurs pourquoi les statistiques concernant les cambriolages et les vols sont plutôt fiables, peu de ces infractions demeurant invisibles[420]. Des motifs moins pratiques poussent également les victimes à prendre la décision d'aviser les autorités, c'est le cas notamment d'un fort sens du civisme, ou encore des raisons humanitaires comme le souci d'empêcher toute récidive et donc l'engendrement de nouvelles victimes[421]... Toutefois, certains auteurs soulignent que les considérations qui, à l'inverse, incitent les victimes à l'abstention, sont « *de loin les plus nombreuses* »[422]. Parmi ces motifs on retrouve notamment des raisons tenant au manque de confiance dans les institutions. Certaines victimes doutent de leurs capacités à retrouver le coupable, ou de pouvoir *in fine* obtenir réparation, certains regrettent le caractère complexe et chronophage du dépôt de plainte ou redoutent de se trouver eux-mêmes impliqués. Des motifs utilitaires interviennent également lorsque le dépôt de plainte est évité par crainte de vengeance, ou pour ne pas nuire à l'image de l'entreprise victime, ou encore lorsque la victime peut obtenir réparation sans passer par la voie judiciaire, grâce à un arrangement privé avec le coupable. Enfin, le ressenti de la victime face à l'infraction influera sur sa demande pénale, et elle préfèrera souvent garder le silence lorsqu'elle se sentira honteuse, ou lorsqu'elle ne perçoit pas les faits comme suffisamment graves pour être communiqués aux autorités, elle peut également ressentir de la pitié à l'égard du coupable notamment s'il appartient à un même groupe social, lequel préfèrera régler le conflit en interne voire l'étouffer pour ne pas nuire à son image[423].

---

[416] Crim. 9 janv. 2008, n°07-83.425, M. Véron, Dr. pén. 2008, comm. n°50 ; C. Mascala, « Abus de confiance par détournement d'usage de subventions », RSC 2008 p.595.
[417] V. développements en *infra* n°104 et s.
[418] R. Gassin, Ph. Bonfils, S. Cimamonti, *Criminologie*, *op. cit*., n°169.
[419] A. Racine, « Quelques aspects psycho-sociologiques du phénomène de la délinquance cachée », Bruxelles, Revue de l'institut de sociologie, 1963, n°1, pp.161-176 ; L. Mucchielli, *L'invention de la violence. Des peurs, des chiffres, des faits*, *op. cit*., p.304 ; P. Morvan, *Criminologie*, *op.cit.,* n°29.
[420] Les auteurs notent que les plus forts taux de renvoi se situent dans le domaine des atteintes aux biens et notamment pour ce qui concerne les vols (de voiture ou dans les voitures principalement et les cambriolages) : R. Levy, R. Zauberman, « Connaître la criminalité ou connaître les victimes. Quelle place pour les enquêtes de victimation ? », *op. cit.*
[421] A. Racine, « Quelques aspects psycho-sociologiques du phénomène de la délinquance cachée », *précit.*
[422] *Ibid.*
[423] *Ibid.*

97. *Dissimulation*[424]. Enfin, il faut évoquer le cas des infractions dissimulées. En effet, certaines infractions ne relevant pas par nature de cette invisibilité, peuvent toutefois le devenir grâce aux agissements de l'auteur. L'agent ayant commis une infraction va alors intentionnellement mettre en œuvre des stratagèmes afin de camoufler les faits délictueux. C'est par exemple parfois le cas de l'abus de biens sociaux, lequel peut aisément être dissimulé par le chef d'entreprise en raison du statut détenu dans l'entreprise[425].

2- Domaines infractionnels

98. *Domaines principaux.* Tous ces motifs se retrouvent déclinés dans les principaux domaines sujets à l'invisibilité. La liste présentée ci-après ne prétend pas à l'exhaustivité, seuls les domaines les plus représentatifs feront l'objet d'une présentation.

99. *Droit pénal des affaires.* Le droit pénal des affaires est le domaine le plus emblématique de la délinquance invisible. Il est traditionnellement présenté comme comportant un important chiffre noir. Historiquement, c'est par le biais de la notion de « *délinquance en col blanc* », qui désigne en partie la délinquance d'affaires[426], que l'invisibilité de celle-ci a été mise en avant. En effet, le statut des individus exerçant dans les milieux d'affaires est perçu comme un facteur d'invisibilité des actes infractionnels qu'ils commettent[427]. Leur éducation, leur position dans l'entreprise et leurs moyens financiers seraient ainsi autant d'atouts leur permettant d'agir dans l'ombre. Cette délinquance dite d'astuce[428] est de nature complexe[429], ce qui renforce les difficultés de perception de celle-ci, d'autant plus lorsqu'elle ne fait pas de victime individualisable[430]. Mais également en présence d'une victime lorsque les conditions de la réalisation de l'infraction ne lui permettent pas d'avoir conscience de sa victimation[431]. L'opacité de ces infractions commises à l'ombre des bureaux d'affaires a de surcroît été actée par la jurisprudence qui a pris en compte cette invisibilité dans sa création de la notion d'« *infraction clandestine* ». Ainsi des infractions telles que l'abus de biens sociaux, l'abus de confiance, ou encore la tromperie ont été considérées comme clandestines[432] par la chambre criminelle. En outre, lorsqu'une entreprise s'aperçoit être victime d'une telle infraction, et ce malgré les pertes considérables qui peuvent avoir été engendrées[433], elle peut parfois être tentée de gardée le silence afin de ne pas nuire à son image[434]. C'est par exemple le cas pour une nouvelle sorte d'escroquerie perpétrées *via* ce que l'on appelle les « *recovery rooms* »,

---

[424] La notion d'infraction dissimulée est issue de la jurisprudence, elle sera étudiée plus en détail dans le titre 2 consacré aux infractions clandestines et à la prescription de l'action publique, v. n°224 et s.
[425] V. les développements à ce sujet de J.-F. Burgelin, « Pour l'unification des délais de prescription en droit pénal », *in Mélanges Jean-Claude Soyer, L'honnête homme et le droit*, LGDJ, 2000, p.49.
[426] P. Morvan, *Criminologie*, *op. cit.*, n°185 et s.
[427] L. Mucchielli, « Les techniques et les enjeux de la mesure de la délinquance », Savoir/Agir, Ed. du Croquant, 2010/4 n°14, pp.93-101 ; S.C. Versele, compte rendu de l'ouvrage Unrecorded criminality in Finland, par Inkeri Anttila et Risto Jaakkola, Helsinki, Institut de criminologie, 1966, RDPC 1966-1967, pp.1031-1032.
[428] R. Gassin, Ph. Bonfils, S. Cimamonti, *Criminologie*, *op. cit.*, n°482.
[429] P. Morvan, *Criminologie*, *op. cit.*, n°189.
[430] *Ibid.*
[431] V. *supra* à propos de l'abus de confiance par détournement de la finalité du bien remis.
[432] V. nos développements en *infra* concernant les infractions clandestines et la prescription de l'action publique pour ces infractions invisibles découvertes tardivement.
[433] E. Sutherland, « Le problème de la criminalité en col blanc », 1985, Traduction de G. Chantraine et G. Salle, Champ Pénal, Vol. X, 2013 ; P. Morvan, *Criminologie*, *op. cit.*, n°187 à propos du coût considérable engendré par la délinquance en col blanc.
[434] A. Racine, « Quelques aspects psycho-sociologiques du phénomène de la délinquance cachée », *op. cit.*

proposant à une personne morale précédemment victime de fraudes de l'aider à récupérer ses sommes sur des plateformes de trading irrégulières[435]. Les entreprises risquant de plus de se voir reprocher d'avoir eu recours à des moyens frauduleux pour recouvrir leurs pertes.

100. ***Atteintes à la probité[436].*** On retrouve les mêmes facteurs d'invisibilité concernant les atteintes à la probité[437]. En effet, il s'agit là encore d'une déclinaison de la criminalité en col blanc, ruse et statut social[438] interviennent tant pour ce qui concerne la corruption, la prise illégale d'intérêts, le trafic d'influence ou encore la concussion, puisque l'auteur ne peut être qu'un individu dépositaire de l'autorité publique, chargé d'une mission de service public ou encore investi d'un mandat électif public disposant de pouvoirs importants dans un domaine de compétence qui lui aura été confié au titre de ce statut. Cette position dominante permet ainsi à l'auteur de dissimuler aisément son comportement délictueux. Et la ruse impliquée par la définition des infractions considérées renforce encore l'opacité de ces actes délictueux[439]. Il convient d'ores et déjà de signaler d'ailleurs, que les infractions de corruption, de trafic d'influence ou encore de favoritisme ont été admises par la jurisprudence comme des infractions dissimulées[440].

101. ***Violences intra-familiales et sexuelles.*** Le domaine des violences intra-familiales est également très touché par l'invisibilité de ses infractions, tout comme les infractions sexuelles, d'ailleurs souvent commises dans ce même contexte. Commises en privé, ces infractions sont difficilement rapportables. Les enquêtes de victimation révèlent d'ailleurs que les agressions sexuelles sont parmi les dénonciations les plus rares[441]. En effet, nombreuses sont les raisons poussant les victimes à garder le silence[442] : en premier lieu, la victime éprouve souvent de la honte, d'autant plus dans le milieu des violences sexuelles. Elle peut alors minimiser les faits, se convainquant du caractère bénin de l'événement. Des facteurs sociologiques influent également considérablement sur la libération de la parole. Lorsque les victimes font partie d'un même groupe social que leur auteur, celles-ci auront plus de mal à pouvoir signaler les faits. Et d'autant plus lorsque les infractions ont lieu dans le milieu familial où la mise au jour d'une telle infraction pourra avoir des répercussions sur toute la famille, ou encore lorsque la victime est un mineur vulnérable. Nombreux sont les exemples de familles dont les maltraitances invisibles pendant des décennies ont défrayé la chronique lors de leur révélation des années plus tard. Laurent Mucchielli note en outre une invisibilité plus élevée dans ce domaine lorsque les faits sont commis par des individus d'un rang social élevé[443]. En effet, s'interrogeant sur les faibles signalements recensés dans ce contexte, il souligne que dans les milieux aisés, les médecins de famille, en capacité de signaler des maltraitances sont moins enclins à le faire. Les études de sociologie dénotant notamment d'une difficulté des

---

[435] « Question écrite avec réponse n° 16501, 28 mai 2015 – Escroqueries perpétrées via les « recovery rooms », Mme C. Giudicelli, Sénat, 14ème législature, publié au JO du Sénat le 28 mai 2015.
[436] Articles 432-10 à 432-16 CP
[437] V. le Dossier : Mieux appréhender la corruption, AJ Pénal 2023 p.159 : dans lequel est affirmé que « les atteintes à la probité […] sont par nature des infractions occultes ou dissimulées ».
[438] A. Bavitot, *La probité publique en droit pénal*, *op. cit*, n°183.
[439] Pour une étude complète sur les atteintes à la probité, v. A. Bavitot, *La probité publique en droit pénal*, *op. cit*.
[440] V. *infra* n°262 et s.
[441] R. Levy, R. Zauberman, « Connaître la criminalité ou connaître les victimes. Quelle place pour les enquêtes de victimation ? », *op. cit.*
[442] A. Racine, « Quelques aspects psycho-sociologiques du phénomène de la délinquance cachée », *op. cit.*
[443] L. Mucchielli, *L'invention de la violence. Des peurs, des chiffres, des faits*, Fayard, 2011, p.183.

agents à suspecter que de tels faits puissent être commis par un « *pair social* »[444]. Concernant plus spécifiquement les violences sexuelles, il note également « *de puissants mécanismes de non-judiciarisation, voire de contre judiciarisation, permettant d'éviter l'opprobre qu'entraîne la révélation d'affaires de criminalité sexuelle* » grâce à des accords financiers à l'amiable, ou à de simples effets de notabilité conduisant à renoncer à la dénonciation pour étouffer les affaires[445]. Ces motifs de non-signalement ont d'ailleurs été pris en compte par les magistrats de la cour d'appel de Toulouse dans une affaire concernant des agressions sexuelles commises par un individu sur plusieurs victimes mises en contact avec lui par un réseau de communications électroniques[446]. À la suite du signalement des faits par l'une d'entre elles, les gendarmes avaient alors pris l'initiative de contacter l'ensemble des femmes ayant échangé par courriels avec le prévenu sur la période concernée. Certaines ont finalement consenti à reconnaître avoir subi des agressions sexuelles, mais d'avoir jusque-là gardé le silence soit pour « *ne pas passer pour une idiote* », une autre pensait que les faits ne correspondaient pas à une agression sexuelle, une troisième étant encore sous l'effet d'une grande détresse psychologique. Le prévenu contestant une telle initiative de la part des gendarmes, s'est vu opposer par les juges de la cour d'appel le fait qu'il s'agissait d'un « *domaine où le chiffre noir des victimes d'agression sexuelle est particulièrement élevé en raison d'une honte ressentie par elles des événements subis qu'elles n'ont pas su prévenir et dont elles n'ont pas su se défendre ainsi que la crainte de ne pas être crue, il était du devoir du ministère public, du juge d'instruction et des services de police et de gendarmerie d'enquêter ainsi qu'ils l'ont fait* »[447]. Ainsi, seule la proactivité des gendarmes, bien au fait de l'invisibilité de ces infractions et de ses causes, a permis la mise au jour d'autres infractions similaires.

102. ***Infractions à caractère discriminatoire.*** Les infractions commises en raison d'un mobile à caractère discriminatoire font également l'objet d'un important chiffre noir. La Commission nationale consultative des droits de l'homme (CNCDH) note à ce propos que « *la réalité du chiffre noir est aujourd'hui documentée par certaines données* », notamment des contributions écrites annuelles qu'elle reçoit des acteurs associatifs, des auditions qu'elle mène dans le cadre de la préparation de son rapport annuel ou encore à travers les enquêtes nationales de victimation[448], lesquelles ont commencé à prendre en compte les motifs discriminatoires depuis plusieurs années : la CNCDH note notamment « *dans le cadre de l'enquête « Cadre de vie et sécurité », réalisée depuis 2007 par l'INSEE, en collaboration avec l'[ONDRP] les enquêtés peuvent préciser le caractère « raciste, antisémite ou xénophobe » des injures subies depuis 2007, des actes de menaces depuis 2012 et des violences physiques depuis 2016. Tout comme l'enquête « Trajectoire et Origines », réalisée en 2009 auprès de plus de 22 000 personnes par l'institut national des études démographiques (INED), elle révèle l'ampleur de la victimation vécue* »[449]. Là encore un facteur émotionnel important influe sur la propension des victimes à porter l'infraction subie à la connaissance des autorités. Or, *« la plainte de la victime constitue dans la majorité des cas le préalable nécessaire à la mise en mouvement de*

---

[444] *Ibid*., p.183-184.
[445] L. Mucchielli, *L'invention de la violence. Des peurs, des chiffres, des faits*, *op.cit.*, p.187-188.
[446] CA Toulouse, 3e chambre des appels correctionnels, 16 déc. 2015, n° 15/01246.
[447] *Ibid.*
[448] CNCDH, *La lutte contre le racisme, l'antisémitisme et la xénophobie*, année 2019, La documentation française, pp.172-174.
[449] Commission nationale consultative des droits de l'homme, *Avis interministériel de lutte contre le racisme et l'antisémitisme : bilan et perspectives*, JO du 23 déc. 2017, n°299, n°67.

l'action publique »[450]. La faible reportabilité de ces infractions tient ainsi d'abord à la nature intime de l'atteinte subie par la victime qui peut alors ressentir de la honte à révéler cette victimation. La peur de représailles est également un des facteurs à prendre en compte, mais la CNCDH note en outre un découragement des victimes face aux difficultés de preuve du mobile discriminatoire voire des atteintes elles-mêmes lorsqu'elles ne relèvent que de l'oralité, ayant pu faire échouer de nombreuses procédures[451]. Or, elle constate que « *l'essentiel du contentieux raciste est un contentieux délictuel verbal, fait d'injures, de diffamations ou de menaces* »[452].

103. ***Préparation invisible d'infractions graves.*** Enfin, il faut signaler l'existence d'infractions créées spécifiquement pour appréhender un comportement invisible. En effet, afin d'empêcher la commission de certaines infractions parmi les plus graves, le législateur a fait le choix d'incriminer leurs actes préparatoires. Or, pour de mener leur projet d'infraction à bien, les individus agissent dans l'ombre durant tout le temps de cette préparation. Ainsi, par le biais notamment de l'association de malfaiteurs[453], l'association à but terroriste[454] ou encore l'entreprise individuelle terroriste[455], le législateur vient incriminer un comportement volontairement placé dans l'ombre. Ce comportement est d'autant plus difficile à appréhender que les faits matériels visés par les textes pour caractériser les infractions sont en eux-mêmes équivoques, en ce qu'ils sont des actes préparatoires, s'ils sont perçus indépendamment de l'intention exigée par le texte[456]. Difficile donc pour un tiers, en dehors de tout contexte, de soupçonner et dénoncer un individu qui se serait procuré des substances dangereuses[457] vendues légalement. Mais l'invisibilité de ces comportements est avant tout organisée par leurs auteurs. On ne peut toutefois avoir d'estimation sur le chiffre noir concernant ce domaine, les enquêtes en population ne comportant pas de questions à ce sujet. Seule la proactivité policière et l'activité des services de renseignement en ce domaine permettront donc la mise au jour de ces infractions préventives.

B- Les nouvelles technologies, l'invisibilité renouvelée

104. ***Nouvelle criminalité.*** L'essor des nouvelles technologies avec l'amélioration des conditions de vie et de travail qu'il génère, permet également une modification, voire l'apparition de nouveaux comportements délictueux dont beaucoup sont encore difficiles à découvrir **(1)**. Cette évolution perçue comme une véritable menace par les Etats fait donc l'objet d'une attention accrue de la part du législateur français, mais également de la communauté internationale **(2)**.

---

[450] I*bid.* n°67.
[451] CNCDH, *La lutte contre le racisme, l'antisémitisme et la xénophobie*, année 2019, La documentation française, pp.172-174.
[452] Commission nationale consultative des droits de l'homme, Avis interministériel de lutte contre le racisme et l'antisémitisme : bilan et perspectives, Journal Officiel du 23 décembre 2017 - Numéro 299, n°67
[453] C. pén., 450 ; v. développements en *infra* n°123 et s. sur sa qualité d'infraction-obstacle.
[454] C. pén., 421-2-1.
[455] C. pén., 421-2-6.
[456] Problématiques traitées en *infra* n°112 et s.
[457] Tel qu'exigé notamment par C. pén., art. 421-2-6 I 1°.

1- Une menace nouvelle

105. ***Nouvelles technologies.*** Sous l'appellation « *nouvelles technologies* » nous désignons les nouvelles technologies de l'informatique et de la communication (NTIC). Il s'agit de « l'ensemble *des technologies permettant de traiter des informations numériques et de les transmettre* »[458]. Sont ainsi visés l'informatique et les télécommunications. C'est plus particulièrement internet et les possibilités d'interconnexions à l'infini entre ses usagers qui feront l'objet des observations suivantes. C'est la face cachée d'internet qui inquiète le plus. Evoquée sous les termes « *darknet* », « *Dark web* », « *Deep web* », autant de termes aussi inquiétants qu'obscurs, que l'on emploie pourtant désormais usuellement. Mais encore faut-il rappeler leur signification pour saisir les enjeux. Le « Deep web », dit aussi « *web profond, web invisible ou web caché* »[459], correspond à ce que certains ont pu comparer à « *la partie immergée de l'iceberg* »[460], soit la majeure partie du web. Il s'agit en réalité des « *contenus non indexés que les moteurs de recherche ne parviennent pas à référencer* ». C'est par exemple le cas lorsqu'un utilisateur accède à son espace personnel grâce à un identifiant et un mot de passe, ce contenu non indexable est rendu accessible grâce à la page d'accueil du site web laquelle peut se situer dans le « *Clear web* », « *partie émergée de l'iceberg* »[461] qui « *comprend l'ensemble des contenus indexés par les moteurs de recherche classiques* »[462]. Au sein du Deep Web, l'on peut retrouver ce que l'on appelle le Dark web, qui quant à lui « *regroupe les contenus non indexés mais pour lesquels il est nécessaire d'utiliser un logiciel, une configuration ou une autorisation spécifique pour y accéder* »[463]. Ce cyberespace « *comprend un ensemble de pages web intentionnellement cachées via des réseaux superposés anonymes* »[464]. Ce contenu est accessible grâce à des réseaux cachés, appelés « *dark nets* »[465], il s'agit de réseaux privés et autonomes[466] profitant « *des technologies de l'internet mais [recourant] à des logiciels, des configurations et des autorisations spécifiques* »[467] afin de garantir l'anonymat de leurs utilisateurs. Le darknet est perçu comme l'antre de l'illégalité, objet de nombreux fantasmes, il convient toutefois de rappeler qu'à l'origine ces réseaux cachés ont été créés afin de protéger les libertés fondamentales de leurs utilisateurs. Nombre de dissidents politiques, de journalistes ont recours au darknet afin de s'exprimer librement dans des pays aux régimes autoritaires où la censure règne, ou lors de conflits[468]. Mais également au sein de démocraties ayant une tendance accrue au recours à la surveillance de sa population[469]. Ce qui n'est pas sans rappeler l'affaire Edward Snowden, le dark web

---

[458] Dictionnaire juridique en ligne de S. Braudo, https://dictionnaire-juridique.com/definition/ntic-nouvelles-technologies-de-l-information-et-de-la-communication.php dernière consultation le 01/05/2023.
[459] Y. Chatelain, *Surfez couvert ! Protéger et défendre sa vie privée numérique*, Ellipses, 2015, p.86.
[460] A. Petit, « Visite guidée du Darkweb cybercriminel », Dalloz IP/IT 2017p.86.
[461] *Ibid.*
[462] *Ibid.*
[463] *Ibid.*
[464] *Ibid.*
[465] A bien employer au pluriel : Y. Chatelain, *Surfez couvert ! Protéger et défendre sa vie privée numérique*, *précit*., p.89 ; B. Barraud, « Le darknet et le droit », JCP G, n°1-2, 8 janvier 2018, n°3.
[466] *Ibid.*
[467] B. Barraud, « Le darknet et le droit », *précit*.
[468] A. Petit, « Visite guidée du Darkweb cybercriminel », *précit*.; Y. Chatelain, *Surfez couvert ! Protéger et défendre sa vie privée numérique*, *précit*.; O. de Maison Rouge, « Darkweb : plongée en eaux troubles », Dalloz IP/IT 2017 p.74 ; P.-X. Chomiac de Sas, « Le dark web ou l'internet clandestin et son encadrement juridique », Revue Lamy droit de l'immatériel, n°149, 1er juin 2018 : qui évoque l'existence de partenariats professionnels entre Reporters sans frontières et TOR, moteur de recherche du dark web.
[469] P.-X. Chomiac de Sas, « Le dark web ou l'internet clandestin et son encadrement juridique », *précit.* ; O. de Maison Rouge, « Darkweb : plongée en eaux troubles », Dalloz IP/IT 2017 p.74.

favorisant ainsi la transmission d'informations au grand public par les lanceurs d'alertes[470]. Permettant « *des échanges hautement sécurisés* », certains auteurs soulignent même l'intérêt des dark nets pour les Etats et les entreprises[471]. Toutefois cet internet caché a pu attirer des individus malhonnêtes, leur permettant de développer aisément des activités criminelles ou cybercriminelles. Pour autant, il faut se garder de toute assimilation de la cybercriminalité avec le dark web. Un auteur propose ainsi de distinguer « *le Dark Black Web* » du « *Dark White Web* » afin d'encourager à la préservation des contenus qui sont à l'origine de cet internet caché[472].

106. ***Infractions concernées.*** La cybercriminalité ne fait l'objet d'aucune définition officielle. La notion n'apparaît d'ailleurs dans les textes que par le biais de l'enquête européenne au sein du code de procédure pénale[473]. La notion n'y est toutefois toujours pas définie. Pourtant, le rapport interministériel sur la cybercriminalité souligne que plusieurs lois ont consacré « *des développements particuliers à la « lutte contre la cybercriminalité »* »[474], mais déplore qu'aucune d'entre elles n'ait franchit le pas de la définition. Il en va de même pour les instruments supranationaux puisque la Convention sur la cybercriminalité du Conseil de l'Europe n'a par ailleurs pas formulé de définition commune. Ce qui s'expliquerait par l'absence de consensus des Etats membres sur ce que recouvre cette notion[475]. Si l'on note des définitions à l'initiative de l'ONU[476] ou encore de l'OCDE[477], celles-ci apparaissent toutefois comme trop restrictives quant aux qualifications auxquelles elles semblent correspondre. On préférera donc la définition du rapport interministériel sur la cybercriminalité, inspirée de celles développée par l'ANSSI[478] ou exposée par la Commission européenne lors d'une communication au Parlement européen[479]. Ainsi, « *La cybercriminalité*

---

[470] P.-X. Chomiac de Sas, « Le dark web ou l'internet clandestin et son encadrement juridique », *précit.* : « *En 2014, Edward Snowden, ancien employé de la CIA devenu apatride, a ainsi révélé l'espionnage de l'ambassade de France à Washington par des services de renseignement américains ainsi que celui de très nombreuses institutions européennes par un système de surveillance des utilisateurs de Google, Facebook ou Skype, baptisé « Prism »».*

[471] Y. Chatelain, *Surfez couvert ! Protéger et défendre sa vie privée numérique*, *précit.*, p.89.

[472] *Ibid.* p.97.

[473] C. proc. pén., art. 694-32 11° issu de l'ordonnance n°2016-1636 du 1er décembre 2016, art. 1, auparavant on trouvait la notion au sein de l'article 695-23 à propos du mandat d'arrêt européen, modifié par l'article 4 de la même ordonnance il n'en fait désormais plus mention. Aucun des deux textes n'a jamais donné de définition.

[474] Groupe de travail interministériel sur la lutte contre la cybercriminalité, *Protéger les internautes. Rapport sur la cybercriminalité*, février 2014, p.11 : sont citées la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique ou la loi n/ 2011-267 du 14 mars 2011 d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure.

[475] *Ibid.* : « La raison en est simple et la Commission européenne s'en est expliquée dans une communication au Parlement européen en date du 22 mai 2007 : "Faute d'une définition communément admise de la criminalité dans le cyberespace, les termes 'cybercriminalité', 'criminalité informatique' ou 'criminalité liée à la haute technologie' sont souvent utilisés indifféremment" ».

[476] 10è congrès des nations unies, Vienne, 10-17 avril 2000 : « *tout comportement illégal faisant intervenir des opérations électroniques qui visent la sécurité des systèmes informatiques et des données qu'ils traitent* » cité par M. Quéméner et Y. Charpenel, *Cybercriminalité. Droit pénal appliqué*, Economica, Pratique du droit, 2010, n°31.

[477] M. Quéméner et Y. Charpenel, *Cybercriminalité. Droit pénal appliqué*, *précit.*, n°30 : « tout comportement illégal ou contraire à l'éthique ou non autorisé, qui concerne un traitement automatique de données et, ou de transmissions de données ».

[478] Autorité nationale de sécurité des systèmes d'informations (ANSSI) « actes contrevenant aux traités internationaux ou aux lois nationales, utilisant les réseaux ou les systèmes d'information comme moyens de réalisation d'un crime ou d'un délit, ou les ayant pour cible ». Définition publiée sur son glossaire en ligne : https://www.ssi.gouv.fr/administration/glossaire/c/ dernière date de consultation le 01/05/2023.

[479] Groupe de travail interministériel sur la lutte contre la cybercriminalité, *Protéger les internautes. Rapport sur la cybercriminalité*, février 2014, p.12 : Commission européenne, communication au Parlement européen en date

regroupe toutes les infractions pénales tentées ou commises à l'encontre ou au moyen d'un système d'information et de communication, principalement Internet. »[480]. Cette présentation permet de saisir la grande diversité des actes délictueux commis sur internet. La cybercriminalité renvoie en effet à un large panel d'infractions[481] : atteintes aux donnés à caractère personnel, attaques informatiques, atteintes à la personnalité, aux personnes et à l'Etat, infractions économiques, infractions aux jeux, atteintes à la propriété… Ces infractions sont parfois classées en deux catégories : « *une catégorie d'infractions totalement spécifiques, celles dirigées contre le système d'information lui-même* »[482], telles que les infractions en matière de systèmes de traitement automatisé de données[483], les atteintes aux droits de la personne résultant des fichiers ou des traitements informatiques[484], ce que La brigade d'enquêtes sur les fraudes aux technologies de l'information (BEFTI) appelle la « *criminalité informatique* »[485]. Ainsi qu' «*une deuxième catégorie regroupant l'ensemble des infractions de droit commun commises au moyen de ces nouvelles technologies de l'information et de la communication* »[486], considérée comme la « *cyberdélinquance* » par la BEFTI[487], cette dernière pouvant être subdivisée en deux[488] : les infractions de contenu pour lesquelles l'informatique facilite leur diffusion, c'est le cas notamment des infractions relatives à la pédopornographie[489], des infractions de presse comme la provocation à la haine raciale, le négationnisme, la diffamation, l'injure[490]… Enfin, les infractions de droit commun facilitées par le recours à internet, que le texte ait dû être adapté, et prévoit désormais expressément ce moyen, ou non. C'est le cas par exemple de l'usurpation d'identité[491], la contrefaçon d'une œuvre de l'esprit[492], l'escroquerie[493], mais beaucoup d'autres infractions, telles les infractions sexuelles[494]…

107. ***Facteurs nouveaux d'invisibilité.*** Toutes ces infractions voient leur appréhension par les autorités compromise par les spécificités des nouvelles technologies par lesquelles elles sont commises. En effet, leur nature même offre une opacité favorable à la délinquance, renouvelant ainsi le champ de l'invisible. Cette invisibilité peut s'expliquer par de

---

du 22 mai 2007 : « la cybercriminalité devait s'entendre comme des infractions pénales commises à l'aide de réseaux de communications électroniques et de systèmes d'informations ou contre ces réseaux et systèmes ».

[480] *Ibid.* ; V. également une définition similaire proposée par M. Quéméner et Y. Charpenel, *Cybercriminalité. Droit pénal appliqué*, *op. cit.*, n°32 ; ou encore la définition équivalente du ministère de l'intérieur : www.interieur.gouv.fr/sections/a_votre_service/votre_securite/internet/cybercriminalite.

[481] V. le livre II p.55 et suivantes de. M. Quéméner et Y. Charpenel, *Cybercriminalité. Droit pénal appliqué*, *op. cit*.

[482] Groupe de travail interministériel sur la lutte contre la cybercriminalité, *Protéger les internautes*. *Rapport sur la cybercriminalité*, février 2014, p.13.

[483] C. pén., art. 323-1, 323-2, 323-4, 323-3-1 et 323-7.

[484] C. pén., art. 226-16 à 226-24.

[485] J.-B. Auroux, « Nouvelles technologies de la communication électronique et droit pénal », Revue Lamy Droit de l'immatériel, nº 15, 1er avril 2006.

[486] Groupe de travail interministériel sur la lutte contre la cybercriminalité, *Protéger les internautes. Rapport sur la cybercriminalité*, février 2014, p.13.

[487] J.-B. Auroux, « Nouvelles technologies de la communication électronique et droit pénal », *précit.*

[488] Comp. M. Quéméner et Y. Charpenel, *Cybercriminalité. Droit pénal appliqué*, *op. cit.*, n°29 : la Commission européenne évoque quant à elle trois catégories : les atteintes aux STAD, les formes traditionnelles de criminalité, les infractions « de contenu » (pédophilie, racisme, xénophobie).

[489] C. pén., art. 227-23 et 227-24.

[490] L. 29 juill. 1881, art. 23, 24 et 29 à 33 pour les diffamation et injures.

[491] C. pén., art. 434-23.

[492] CPI., art. L.335-1, L. 335-3, L. 335-9, L. 521-4, L. 716-9 et s.

[493]C. pén., art. 313-1.

[494] V. développements en partie 2 sur les infractions commises au moyen des nouvelles technologies, n°589 et s.

multiples facteurs. Tout d'abord, la commission de ces infractions dans un espace dématérialisé induit un contexte nouveau pour les enquêteurs, « *le cyberespace est ambiant, un peu à la manière de l'éther et des ondes électromagnétiques* »[495]. Cela permet aux auteurs d'accomplir une multitude d'actes délictueux en même temps, n'éprouvant plus de limites spatiales et temporelles[496], devenant ainsi des « *ubiquitaires, partout et nulle part à la fois, capables d'agir en divers endroits dans le même temps* »[497]. Et leurs victimes potentielles sont dans le même temps démultipliées pour les mêmes raisons[498]. Cela génère un volume considérable d'infractions à découvrir pour les autorités, certainement accéléré par la démocratisation de l'accès aux nouvelles technologies[499]. La commission d'infractions est facilitée par l'outil ainsi utilisé, le délinquant, en l'absence de contact direct avec la victime[500], encoure moins de risques pour générer tout autant voire plus de bénéfices[501]. Les délinquants tirent également partie de la vulnérabilité des outils technologiques dont ils exploitent bien souvent les failles[502]. Il faut dire que la cybersécurité commence tout juste à susciter l'intérêt des entreprises[503]. La criminalité semble ainsi simplifiée par le recours à ces nouvelles technologies. Ainsi, toute personne devient apte à commettre de multiples infractions, certains auteurs ayant pu « *confier qu'ils n'auraient pas « sauté le pas » en dehors de ce vecteur* »[504], c'est que la dématérialisation rend presque irréel le passage à l'acte pour ces individus, déconnectés de la réalité, ce qui « *transforme pour certains la cybercriminalité en un jeu »*[505]. Certains estiment alors que le cybercriminel peut de la sorte être « *potentiellement n'importe qui* »[506]. Il est vrai que de plus, grâce aux divers forums prodiguant des méthodes et conseils sur la réalisation d'activités illicites, la cyberdélinquance devient aisée à mettre en œuvre. Il suffira parfois même à l'internaute de se procurer l'un des nombreux programmes clés en main mis en vente sur le dark web[507] pour pouvoir devenir un véritable cyberdélinquant sans besoin de maîtriser les technologies utilisées. En outre, le recours à internet permet une mise en contact plus aisée entre les criminels, pouvant alors s'organiser pour la planification d'infractions, permettant l'organisation de réseaux transfrontaliers[508]. La cryptographie joue également un rôle prépondérant dans l'invisibilisation des

---

[495] B. Barraud, « Le darknet et le droit », JCP G, n°1-2, janvier 2018.
[496] S. Ghernaouti-Helie, *La cybercriminalité. Le visible et l'invisible*, Presses polytechniques et universitaires romandes, 2009, p.50 ; J.-F. Chassaing, « L'internet et le droit pénal », D. 1996, chron. p. 329.
[497] B. Barraud, « Le darknet et le droit », *précit.*
[498] S.-M. Cabon, L'influence du cyber espace sur la criminalité économique et financière, Droit pénal n° 3, Mars 2018, étude 5 ; S. Ghernaouti-Helie, *La cybercriminalité. Le visible et l'invisible*, *précit*., p.16 : notamment lors de « cyberépidémies » où de nombreuses victimes subissent une infraction en même temps.
[499] J. Cazeneuve, « La cybercriminalité : l'émergence d'un nouveau risque », AJ Pénal 2012 p.268 ; Groupe de travail interministériel sur la lutte contre la cybercriminalité, *Protéger les internautes. Rapport sur la cybercriminalité*, février 2014, p.7 ; S. Ghernaouti-Helie, *La cybercriminalité. Le visible et l'invisible*, *précit*., p.52.
[500] S. Ghernaouti-Helie, *La cybercriminalité. Le visible et l'invisible*, *précit.,* p.52.
[501] *Ibid.,* p.49-50 et 52.
[502] *Ibid.,* p.52 ; Délégation ministérielle aux industries de sécurité et à la lutte contre les cybermenaces, *Les cybermenaces. État de la menace liée au numérique en 2017*, Rapport n° 1 – Janvier 2017 p.27 et s. : où l'on retrouve un recensement des vulnérabilités technologiques.
[503] J. Cazeneuve, « La cybercriminalité : l'émergence d'un nouveau risque », *précit.*
[504] J.-B. Auroux, « Nouvelles technologies de la communication électronique et droit pénal », *op. cit.*
[505] *Ibid.*
[506] *Ibid.*
[507] J. Cazeneuve, « La cybercriminalité : l'émergence d'un nouveau risque », *op. cit.*
[508] S. Ghernaouti-Helie, *La cybercriminalité. Le visible et l'invisible*, *op. cit.*, p.50. On pense notamment aux infractions terroristes préparées et/ou réalisées grâce à la mise en contact des protagonistes sur l'internet.

réseaux criminels, et notamment dans le cadre du terrorisme. On note en effet le recours fréquent à des systèmes de messagerie cryptées telles Telegram ou encore Whatsapp[509].

L'anonymat conféré par le recours à internet est d'autant plus renforcé lorsque les actes délictueux ont lieu sur les réseaux invisibles, autrement dit les dark nets. En effet, ici il est beaucoup plus difficile d'identifier l'internaute, notamment grâce à son adresse IP. Par exemple sur le réseau le plus connu, The Onion Router (TOR), le trafic transite « *par plusieurs strates (les couches de l'oignon) de manière que l'on ne puisse plus, à la sortie, en déterminer l'origine ni localiser l'internaute* »[510]. De sorte, « *beaucoup des activités illégales qui profitaient autrefois de l'impunité offerte par l'internet ont migré vers le darknet* »[511] offrant plus de garanties aux délinquants. Si l'on sait que des réseaux comme TOR ou I2P signifiant d'ailleurs « *projet internet invisible* », permettent d'accéder au darknet de façon anonyme, cela ne signifie pas pour autant que l'on a trouvé l'accès aux contenus illégaux diffusés sur ces réseaux. En effet, en l'absence de référencement des contenus, seuls des individus initiés peuvent avoir accès à ceux-ci. Certains auteurs comparent ainsi le darkweb aux catacombes parisiennes : si tout le monde peut savoir où se trouve leur accès, il faut toutefois un guide pour pouvoir y circuler, de la même façon, il est impossible de circuler à l'aveugle sur le darkweb[512], il faut disposer de l'adresse du contenu recherché. Certes, certaines listes de référencement ont pu être publiées en ligne[513], toutefois le darkweb est très mouvant et partant instable[514], les adresses changeant régulièrement, le rendant d'autant plus difficile à appréhender. Sur les sites généralistes ou spécialisés dans certains types de biens ou de services illicites le paiement se fait de plus *via* une « *monnaie cryptoprotégée* »[515], le Bitcoin[516], permettant là encore l'intraçabilité de la transaction[517]. Parmi ces marchés noirs, le plus célèbre est sans doute Silk Road, connu notamment pour avoir été fermé par les autorités américaines en 2011, puis en 2014[518]. Sur ce site généraliste pouvaient s'acheter et se vendre stupéfiants, armes, faux billets, faux papiers… La plupart des sites similaires sont structurés comme toute autre plateforme d'e-commerce [519], et certains à la manière de Silk Road fonctionnent sur le principe du dépôt fiduciaire, appelé escrow[520], ce qui permet de garantir un anonymat total entre acheteur et vendeur. Certains forums vecteurs de conseils en piratage ou

---

[509] A. Lepage, « Un de droit pénal des nouvelles technologies », Droit pénal n° 12, Décembre 2016, chron. 11, n°6.

[510] O. de Maison Rouge, « Darkweb : plongée en eaux troubles », Dalloz IP/IT 2017 p.74.

[511] B. Barraud, « Le darknet et le droit », JCP G, n°1-2, janvier 2018.

[512] A. Petit, « Visite guidée du Darkweb cybercriminel », Dalloz IP/IT 2017p.86 ; O. de Maison Rouge, « Darkweb : plongée en eaux troubles », *op. cit.* ; Y. Chatelain, *Surfez couvert ! Protéger et défendre sa vie privée numérique*, Ellipses, 2015, p.86.

[513] Y. Chatelain, *Surfez couvert ! Protéger et défendre sa vie privée numérique*, *loc. cit.* : notamment grâce à Hidden Wiki sorte de Wikipédia du darkweb. Il existe toutefois des moteurs de recherche indexant des contenus issus des principaux marchés du Dark web. A ce propos v. *Ibid.* p.93.

[514] Y. Chatelain, *Surfez couvert ! Protéger et défendre sa vie privée numérique*, *op. cit.* p.86

[515] P.-X. Chomiac de Sas, « Le dark web ou l'internet clandestin et son encadrement juridique », Revue Lamy droit de l'immatériel, n°149, 1er juin 2018.

[516] M. Quéméner, « Enquêtes dans le Darkweb », Dalloz IP/IT 2017 p.83 ; S.-M. Cabon, « L'influence du cyber espace sur la criminalité économique et financière », Dr. pé. n° 3, Mars 2018, étude 5 : qu'elle perçoit comme une menace.

[517] A. petit, « Visite guidée du Darkweb cybercriminel », *précit.* : car elle « permet de ne pas divulguer les coordonnées personnelles des acheteurs et vendeurs ».

[518] E. A. Caprioli, « Une première condamnation aux USA pour la commission d'infractions sur le Dark Web », Comm. com. électr. 2017, comm. 68. Il semble toutefois qu'une nouvelle version ait réouvert sous le nom de Silk Road 3…

[519] A. Petit, « Visite guidée du Darkweb cybercriminel », *op. cit.*

[520] *Ibid.* : c'est-à-dire un « système de paiement qui fait appel à une tierce personne neutre [...] qui se rémunère en prélevant une commission sur les transactions ».

d'annonces de services illicites renforcent même cette sécurité en restreignant leur accès à des individus parrainés, ou ayant payé un important droit d'entrée, voire mis à l'épreuve : le candidat devant alors effectuer une infraction initiatique à l'encontre d'une cible désignée[521] pour preuve de sa « *bonne foi* ». Finalement, l'accumulation de ces protections de l'identité des usagers d'internet et des dark nets donne à certains utilisateurs l'impression d'une impunité de leurs agissements sur ces réseaux[522], leur apparaissant comme une zone de non-droit[523]. Toutefois les actes illicites commis sur les dark nets et *a fortiori* sur internet sont toutefois tout à fait saisissables par le droit pénal, à condition d'être découverts par les autorités de poursuite, ce qui n'est pas le cas pour une grande partie de ceux-ci[524]. On retrouve d'ailleurs ici les mêmes difficultés liés au dépôt de plainte des victimes. En effet, les actes délictueux subis par les victimes ne sont parfois pas jugés suffisamment graves pour nécessiter le dépôt d'une plainte, d'autant que certains peuvent douter de l'efficacité des autorités à résoudre ce type de délinquance[525]. De plus, les victimes ressentent parfois un sentiment de honte, notamment lorsque les infractions commises à leur encontre relèvent de la sphère intime[526], qui empêche le dépôt de plainte[527]. Il en va également de même du côté des entreprises, préférant préserver leur image de marque et ne pas dévoiler ainsi leur vulnérabilité technologique[528]. Parfois même, les victimes s'ignorent[529], c'est le cas lorsqu'elles subissent des « *attaques passives (détournement transparent de données, de flux, écoutes clandestines, introduction non détectée dans des systèmes, etc.)* »[530].

Finalement on le constate, la criminalité commise *via* les nouvelles technologies tend elle aussi à être invisible[531]. Beaucoup expriment alors leurs craintes quant à l'évolution de celles-ci[532], renouvelant sans cesse les pratiques délinquantes commises en toute opacité, les nouvelles technologies de l'information et de la communication apparaissent pour certains « *tel un rocher de Sisyphe pour le droit et la justice* »[533]. On peut d'ailleurs songer notamment au développement des puces dites « *near field communication* », autrement dit puces de communication en champ proche,

---

[521] *Ibid.* ; Eric A. Caprioli, « Une première condamnation aux USA pour la commission d'infractions sur le Dark Web », Comm. com. électr. 2017, comm. 68.
[522] M. Quéméner, « Enquêtes dans le Darkweb », *op. cit.* ; S. Ghernaouti-Helie, *La cybercriminalité. Le visible et l'invisible*, *op. cit.*, p.51.
[523] B. Barraud, « Le darknet et le droit », *op. cit*.
[524] Certains auteurs évoquent ainsi un chiffre noir de la cybercriminalité : ; S. Ghernaouti-Helie, *La cybercriminalité. Le visible et l'invisible*, *op. cit.*, p.59 et s. ; J.-B. Auroux, « Nouvelles technologies de la communication électronique et droit pénal », Revue Lamy Droit de l'immatériel, nº 15, 1er avril 2006.
[525] S. Joissains, J. Bigot, *Cybercriminalité : un défi à relever aux niveaux national et européen, Rapport d'information*, Sénat, n° 613, 9 juillet 2020, p.20 ; S. Ghernaouti-Helie, *La cybercriminalité. Le visible et l'invisible*, *op. cit.*, p.61.
[526] Harcèlement en ligne, ransomware…
[527] Groupe de travail interministériel sur la lutte contre la cybercriminalité, *Protéger les internautes. Rapport sur la cybercriminalité*, février 2014, p.72 ; S. Ghernaouti-Helie, *La cybercriminalité. Le visible et l'invisible*, *op. cit.*, p.61.
[528] J.-B. Auroux, « Nouvelles technologies de la communication électronique et droit pénal », *précit.* ; S. ghernaouti-helie, *La cybercriminalité. Le visible et l'invisible*, *op. cit.*, p.61 ; S. Joissains et J. Bigot, *Rapport d'information*, *op. cit.*, p.20 ; M. Quéméner et Y. Charpenel, *Cybercriminalité. Droit pénal appliqué*, Economica, Pratique du droit, 2010, n°50.
[529] S. Joissains et J. Bigot, *Rapport d'information*, *op. cit.*, *loc cit.*
[530] S. Ghernaouti-Helie, *La cybercriminalité. Le visible et l'invisible*, *op. cit.*, *loc. cit.*
[531] S.-M. Cabon, « L'influence du cyber espace sur la criminalité économique et financière », Droit pénal n° 3, Mars 2018, étude 5 ; B. Barraud, « Le darknet et le droit », JCP G, n°1-2, janvier 2018.
[532] M. Robert, « Cybercriminalité : les nouvelles réponses législatives », AJ Pén. 2016 p.412 ; S. Ghernaouti-Hélie, *La cybercriminalité. Le visible et l'invisible*, *op. cit.*, p.49-50.
[533] B. Barraud, « Le darknet et le droit », *précit.*

utilisées pour le paiement sans contact avec carte bancaire ou smartphone[534]. Lesquelles sont de plus en plus fréquemment utilisées pour conserver des données personnelles, telles que des données bancaires, alors même qu'un individu malintentionné pourrait aisément utiliser l'équipement électronique adapté afin de pirater ces informations sans même que la victime ne s'en aperçoive[535].

2- Une réaction conséquente

108. Face à cette invisibilité nouvelle, pourvoyeuse d'un volume conséquent d'infractions, perçue comme un défi[536], voire une menace[537] pour les Etats, les réactions au niveau national, comme international se montrent toutes aussi importantes.

109. ***Réactions au niveau national.*** Les nouvelles technologies de l'information et de la communication sont rapidement apparues comme une véritable menace aux yeux du législateur. D'autant que la cybercriminalité ne menace pas seulement les citoyens ou les entreprises mais les Etats eux-mêmes. C'est pour cette raison que l'on note que « *le Livre blanc de 2013 identifie les cybermenaces comme représentant une menace majeure pour la sécurité nationale, qu'il classe en troisième position après les agressions d'un autre État contre le territoire national et le terrorisme* »[538]. Ainsi de nombreuses lois se sont succédé afin d'adapter l'arsenal répressif à ce nouveau mode de commission des infractions. On compte ainsi une vingtaine de lois entre 1978 et 2020 comportant des dispositions relatives à la cybercriminalité[539]. Le législateur a par ailleurs tenu à sanctionner plus sévèrement le recours à internet en ce qu'il facilite la commission de certaines infractions aux conséquences souvent graves pour les victimes. Ainsi ont été créées des circonstances aggravantes dans le domaine de la mise en péril des mineurs : c'est le cas de l'infraction de corruption de mineur[540], la favorisation de celle-ci[541], ou l'atteinte sexuelle[542] lorsque le mineur a été mis en relation avec l'auteur des faits grâce à l'utilisation, pour la diffusion de messages à destination d'un public non déterminé, d'un réseau de communications électroniques. C'est encore le cas pour la pédopornographie[543] lorsqu'il a été utilisé, pour la diffusion de l'image ou

---

[534] Une tendance au développement d'implants NFC semble émerger, lesquels seraient implantés dans le corps de leur utilisateur afin de lui permettre un accès simplifié à de nombreuses données, voire à de la domotique : https://www.techniques-ingenieur.fr/actualite/articles/implantation-sous-cutanee-des-micropuces-rfid-ou-en-est-on-91046/

[535] S. Castéran, « Le paiement sans contact n'est pas sans risque », CNRS Le Journal, 3 juil. 2015, https://lejournal.cnrs.fr/articles/le-paiement-sans-contact-nest-pas-sans-risque dernière date de consultation le 27/05/2021

[536] B. Barraud, « Le darknet et le droit », *op. cit.*; M. Robert, « Cybercriminalité : les nouvelles réponses législatives », *précit.*

[537] S. Ghernaouti-Helie, *La cybercriminalité. Le visible et l'invisible*, *op. cit.* p.49-50 ; S. Joissains et J. Bigot, *Rapport d'information*, *op. cit.*

[538] A. Lepage, « Un de droit pénal des nouvelles technologies », Dr. pén.n° 12, déc. 2013, chron. 11, n°5.

[539] M. Robert, « Cybercriminalité : les nouvelles réponses législatives », *précit.* ; M. Quéméner et Y. Charpenel, *Cybercriminalité. Droit pénal appliqué*, *op. cit.*, n°142.

[540] C. pén., art. 227-22, al. 1er, pour une application v. CA Montpellier, 3e ch. corr., 20 mai 2009, JurisData n° 2009-010623 ; CA Paris, pôle 3, ch. 5, 12 mars 2010, n° 09/10878, JurisData n° 2010-006534 note A. Lepage, « Un an de droit pénal des nouvelles technologies », dr. pén. n° 12, déc. 2009, chron. 11.

[541] C. pén., art. 227-22 al 1er.

[542] C. pén., art. 227-26 4° pour une application v. par exemple CA Caen, ch. corr., 2 avr. 2010, n° 09/00621, JurisData n° 2010-006393 ; CA Paris, pôle 3, ch. 5, 12 mars 2010, n° 09/10878, JurisData n° 2010-006534 note A. Lepage, « Un an de droit pénal des nouvelles technologies », dr. pén. n° 12, déc. 2010, chron. 10, n°29.

[543] 227-23 al3 CP pour une application v. par ex. A. Lepage, « Un an de droit pénal des nouvelles technologies », dr. pén. n° 12, déc. 2008, chron. 10, n°18.

de la représentation du mineur à destination d'un public non déterminé, un réseau de communications électroniques, qui présente un contentieux important. Sont également concernées diverses infractions sexuelles : le viol[544], l'agression sexuelle[545], le harcèlement sexuel[546] lorsqu'internet a servi de mise en contact ou de moyen de commission de l'infraction. On peut citer de plus l'infraction de proxénétisme[547], la traite des êtres humains[548], le harcèlement moral[549] ou encore la seule infraction contre les biens concernée : la diffusion à des particuliers de procédés permettant la fabrication d'engins de destruction[550]. On sait l'envergure de ces infractions et leur récurrence depuis plusieurs années[551], le législateur ayant ainsi ciblé des infractions parmi les plus répandues sur internet. La facilité de commission des infractions résultant de ce moyen de télécommunication et les difficultés d'appréhension des actes ainsi commis peuvent expliquer une telle sévérité à leur égard, d'autant que ne sont visées que des infractions contre les personnes, exception faite du dernier délit cité, lequel toutefois cherche notamment à prévenir une éventuelle atteinte à la vie des personnes. Nombre d'infractions contre les biens sont commises sur internet et on aurait pu souhaiter que les plus fréquentes fassent l'objet d'une telle sévérité, toutefois il faut se féliciter que des infractions contre les biens, moins graves que les atteintes aux personnes, ne fassent pas partie de celles ainsi ciblées par le législateur.

En outre, on assiste depuis plusieurs années à la spécialisation des enquêteurs[552]. En effet de nombreux services de la police judiciaires, de la gendarmerie, ou des douanes[553] sont désormais spécialisés dans les infractions commises au moyen des nouvelles technologies. C'est le cas de l'Office central de lutte contre la criminalité liée aux technologies de l'information et de la communication (OCLCTIC) créé en 2000 au sein de la Direction centrale de la police judiciaire, composé de gendarmes et de policiers, ayant compétence nationale. Sa section opérationnelle comprend notamment un groupe d'enquête spécialisé dans les escroqueries commises sur internet[554]. Du côté de la gendarmerie nationale, on retrouve le Plateau d'investigation cybercriminalité et analyses numériques (PICyAN) du Pôle judiciaire de la Gendarmerie nationale (PJGN) qui coordonne le Département informatique et électronique de l'Institut de recherche criminelle de la Gendarmerie nationale (IRCGN) et la Division de lutte contre la cybercriminalité du Service technique de recherches judiciaires et de documentation (STRJD). Il assure notamment une surveillance proactive d'internet[555]. Enfin au niveau territorial, il faut citer la brigade de lutte contre la cybercriminalité (BL2C)[556], dont les enquêteurs issus de la police judiciaires sont titulaires d'une

---

[544] C. pén., art. 222-24 8°.
[545] C. pén., art. 222-28 6°.
[546] C. pén., art. 222-33 III 6°.
[547] C. pén., art. 225-7, 10°, pour une application v. CA Toulouse, 3e ch., 17 déc. 2009, n° 09/1345 : JurisData n° 2009-380907, note A.Lepage, « Un an de droit pénal des nouvelles technologies », dr. pén. n° 12, déc. 2010, chron. 10.
[548] C. pén., art. 225-4-2 3°.
[549] C. pén., art. 222-33-2-2 4°.
[550] C. pén., art. 322-6-1 al 2.
[551] A. Lepage, « Un an de droit pénal des nouvelles technologies », dr. pén. n° 12, déc.2008, chron. 10, n°18 ; A. Lepage, « Un an de droit pénal des nouvelles technologies », dr. pén. n° 12, déc. 2010, chron. 10, n°25.
[552] Pour plus de détails sur les moyens offerts aux enquêteurs par la procédure pénale v. *infra* n°187 et s.
[553] C. Feral-Schuhl, « Une procédure pénale adaptée à l'internet se dessine : entre « cyber-enquêteurs » et collaboration des fournisseurs et utilisateurs », AJ Pén. 2005 p.228.
[554] M. Robert, *Protéger les internautes. Rapport sur la cybercriminalité*, février 2014, Groupe de travail interministériel sur la lutte contre la cybercriminalité, p.36-37.
[555] *Ibid*. p.37-38.
[556] Ayant succédé en 2019 à la brigade d'enquêtes sur les fraudes aux technologies de l'information (BEFTI) créée en 1994.

qualification d'investigateur en cybercriminalité. Ceux-ci sont compétents sur le ressort de Paris pour les infractions spécifiques à l'informatique[557]. De plus, on note qu'au sein du Parquet de Paris une section est spécialisée dans la cybercriminalité. Ces spécialisations, s'expliquent par l'espoir d'une meilleure appréhension du phénomène complexe de la cyberdélinquance. Les gouvernants espérant de la sorte que cette forme de criminalité ne demeure plus dans l'ombre.

Par ailleurs, l'accent a également été mis sur la pédagogie et la prévention à l'égard des usagers des technologies de télécommunication. C'est notamment de cette volonté qu'est issu le groupement d'intérêt public pour le dispositif national d'assistance aux victimes d'actes de cybermalveillance, appelé GIP Acyma, créé en 2017 à l'initiative du gouvernement. Ayant pour objectif l'assistance des victimes de cybercriminalité[558], il gère le site cybermalveillance.gouv.fr, plateforme de prévention et de conseils aux victimes, particuliers comme aux professionnels, et « *ambitionne de devenir le site de référence vers lequel se tournent les victimes ou les personnes à la recherche de conseils en matière de prévention* »[559].

110. ***Réactions à l'international.*** Au niveau international également la cyberdélinquance est prise au sérieux et les Etats organisent une coopération spécifique à ce domaine. Il faut dire que nombre d'infractions commises sont transfrontalières[560], ce qui renforce la difficulté à saisir ces faits délictueux et nécessite une collaboration étroite des différents pays concernés pour mettre fin à ces comportements. Mais il convient également d'harmoniser les règles de droit entre pays transfrontaliers afin d'éviter le phénomène de « *forum shopping* », que l'on retrouve désormais en droit pénal[561]. Certains individus profitent en effet de l'absence de limites spatiales d'internet pour baser virtuellement leurs actes dans des Etats où leurs méfaits pourront difficilement être retracés et/ou ne pourront faire l'objet de poursuites. C'est d'ailleurs constatant ce phénomène que le législateur français a récemment élargit l'application de la loi pénale dans l'espace pour certaines infractions graves[562]. En effet, celui-ci a pris acte du développement d'agissements consistants « *pour des Français établis sur le territoire national, à obtenir des vidéos de crimes et notamment d'abus sexuels commis dans un pays étranger* »[563] dont la presse s'était fait l'écho[564]. En effet, pour des sommes modiques[565], de plus en plus de français[566] résidant sur le

---

[557] La cybersécurité à la préfecture de Police | Préfecture de Police (interieur.gouv.fr) dernière consultation le 01/05/2023.

[558] https://www.cybermalveillance.gouv.fr/tous-nos-contenus/a-propos/qui-sommes-nous dernière consultation le 01/05/2023.

[559] S. Joissains, J. Bigot, *Rapport d'information, op. cit.,* p.18.

[560] *Ibid.*, p.47 et s.

[561] D. Bénichou, « Cybercriminalité : jouer d'un nouvel espace sans frontière », AJ Pénal 2005 p.224.

[562] Loi n° 2020-936 du 30 juillet 2020 visant à protéger les victimes de violences conjugales, JORF n°0187 du 31 juillet 2020, art. 24.

[563] B. Couillard, Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la république sur la proposition de loi, après engagement de la procédure accélérée, visant à protéger les victimes de violences conjugales, n°2478, Assemblée nationale, 15 janvier 2020, p.63.

[564] C. Hache, « Viol à distance : « des pédophiles paient pour des agressions d'enfants en direct » », L'express, Actualités, 11 déc. 2016. https://www.lexpress.fr/actualite/societe/viol-a-distance-des-pedophiles-paient-pour-des-agressions-d-enfants-en-direct_1858799.html ; V. Gautronneau, J. Pham-Le, « Viols à distance en streaming : «Un phénomène exponentiel» », Le Parisien, 17 juin 2019 https://www.leparisien.fr/faits-divers/viols-a-distance-en-streaming-un-phenomene-exponentiel-17-06-2019-8095494.php ; L. Fachaux, Pédocriminalité : « Le phénomène du viol d'enfants en direct est en forte augmentation », 31 oct. 2019, TV5MONDE https://information.tv5monde.com/info/pedocriminalite-le-phenomene-du-viol-d-enfants-en-direct-est-en-forte-augmentation-329718 ; C. Piquet, « L'écoeurant phénomène des viols d'enfants sur Internet », Le Figaro - Société, 29 janv. 2020 https://www.lefigaro.fr/actualite-france/l-ecoeurant-phenomene-des-viols-d-enfants-en-direct-sur-internet-20200129 ; Ch. Perrin, « Effroyable phénomène de streaming pédophile et viols d'enfants: un

territoire national commandent ainsi *via* le darkweb principalement des viols ou agressions sexuelles, souvent commis sur des mineurs selon des scénarios choisis, et observent la commission des infractions grâce à des vidéos qui leur sont ensuite envoyées, ou, plus souvent grâce au « *live-streaming* »[567]. En réaction, le législateur a modifié l'article 113-5 du Code pénal en insérant un alinéa second prévoyant la compétence de la loi française en cas de complicité sur le territoire français, d'une infraction principale criminelle commise à l'étranger[568]. Ce faisant, le législateur souhaite élargir la compétence française en évitant la double condition[569] de l'alinéa premier du même texte, laquelle rend la poursuite plus difficile, voire impossible selon les pays dans lesquels l'infraction principale aura eu lieu[570]. Toutefois, cela exclut les agressions sexuelles, pourtant souvent retenues par défaut en pratique, lorsque les preuves seront insuffisantes pour caractériser un viol[571]. Le texte ne vise également que le cas du complice par instigation, ce qui correspond aux faits ayant motivé le législateur à agir, mais dont on peut regretter la restriction. En outre, ce sont les commanditaires que le législateur a souhaité atteindre en créant de nouveaux mandats infractionnels[572], cette fois-ci incluant les agressions sexuelles. Or, il crée de la sorte un hiatus entre l'instigateur d'une agression sexuelle qui n'aura été ni commise ni tentée pour lequel la loi française sera compétente, et celui dont l'infraction principale aura été mise à exécution pour lequel la double condition de l'article 113-5 alinéa 1 sera applicable[573]. En outre, par excès de zèle, celui-ci a précisé que l'infraction principale pouvait être commise à l'étranger. Ce qui ne changeait en rien la situation de l'agent poursuivi, ses actes étants incriminés à titre autonome, indépendamment de la réalisation d'une infraction principale[574]. Si certains ont pu y voir un message à l'adresse des ressortissants français tentés par ces pratiques, ce qui serait en soi déjà critiquable[575], on ne doit y voir que la

---

Azuréen pris sur le Net », Nice Matin, 3 mai 2020 https://www.nicematin.com/justice/effroyable-phenomene-de-streaming-pedophile-et-viols-denfants-un-azureen-pris-sur-le-net-505014.

[565]Entre 25 et 50 dollars, voire 100 dollars pour les victimes les plus jeunes selon certains articles de presse : C. Hache, « Viol à distance : « des pédophiles paient pour des agressions d'enfants en direct » », précit. ; V. Gautronneau, J. Pham-Le, « Viols à distance en streaming : «Un phénomène exponentiel» », précit. ; L. Fachaux, Pédocriminalité : « Le phénomène du viol d'enfants en direct est en forte augmentation », précit.

[566] Ph. Guichard directeur de l'Office central de répression des violences aux personnes (OCRVP) parlait d'un « phénomène exponentiel » dans une interview de 2019, d'une quinzaine de cas traités depuis 2016, il estimait une augmentation imminente à 90 cas : V. Gautronneau, J. Pham-Le, « Viols à distance en streaming : « Un phénomène exponentiel», *précit.*

[567] Qui consiste en une diffusion de contenu en direct, ce qui complique la tâche des enquêteurs, car à défaut d'enregistrement les images seront perdues.

[568] V. développements en seconde partie pour une étude au fond de l'infraction, n°594.

[569] La condition de réciprocité de l'incrimination des faits reprochés ainsi que l'existence d'une condamnation définitive de l'auteur principal dans le pays où les faits auront eu lieu.

[570] J.-C. Planque, « Live-streaming pédopornographique : des violences sexuelles difficiles à appréhender pour le droit pénal français », dr. pén. n° 9, sept. 2020, étude 27.

[571] *Ibid.*

[572] C. pén., art. 222-6-4 pour les tortures et actes de barbarie, 222-26-1 pour le viol, 222-30-2 pour les agressions sexuelles (qui faisait doublon avec l'article 227-28-3 concernant les mineurs jusqu'à une réforme du 21 avril 2020).

[573] V. Weber, « La loi du 30 juillet 2020 visant à protéger les victimes de violences conjugales et l'application de la loi pénale dans l'espace : de quelques incohérences... », dr. pén. n° 11, nov. 2020, étude 33 : qui regrette « *qu'une telle incohérence se révèle à l'endroit-même d'une hypothèse qui avait pourtant motivé l'intervention législative* » et propose des solutions pour résoudre une telle incohérence.

[574] J.-C. Planque, « Live-streaming pédopornographique : des violences sexuelles difficiles à appréhender pour le droit pénal français », *op. cit.* ; P. Rousseau, « Le renforcement de la lutte contre les commanditaires d'abus sexuels en live streaming », AJ Pén. 2020 p.396.

[575] Ce n'est pas au texte d'incrimination d'avoir recours à l'intimidation, sa rédaction devant en outre être suffisamment générale pour s'adapter au plus grand nombre.

marque d'un texte rédigé encore une fois trop hâtivement[576]. Mais il ne faut voir en l'extension de la compétence française la panacée, la coopération internationale est toujours nécessaire à la découverte et à la poursuite de ces infractions. C'est d'ailleurs constatant une appréhension très diverse de la cybercriminalité dans les divers Etats membres du Conseil de l'Europe, celui-ci a souhaité mettre en œuvre des discussions afin de permettre une meilleure coopération dans ce domaine touchant l'ensemble des Etats membres, les infractions commises par ce moyen étant de plus souvent transfrontalières. Ainsi fut prise notamment la Convention sur la cybercriminalité de 2001 incitant à l'adoption de lois réprimant certains actes illicites commis à l'encontre ou grâce aux systèmes de télécommunications. L'objectif était ainsi de rappeler la « *nécessité de mener, en priorité, une politique pénale commune destinée à protéger la société de la criminalité dans le cyberespace, notamment par l'adoption d'une législation appropriée et par l'amélioration de la coopération internationale* »[577]. Entrée en vigueur en 2004 et approuvée en France par une loi du 19 mai 2005[578], la Convention souhaitant une coopération accrue en matière pénale dans ce domaine, s'est toutefois heurtée aux divergences d'opinions des Etats membres sur la question. Ainsi, certains soulignent ces difficultés dont « *en témoigne le protocole additionnel sur les infractions racistes, qui traduit les divergences de fond, et la question de la perquisition transfrontière à laquelle la France, ainsi que d'autres Etats européens étaient opposés face aux Etats-Unis* »[579]. D'ailleurs, il faut noter également que la Convention n'est pas parvenue à adopter une définition officielle de la cybercriminalité. Elle reste toutefois l'un des premiers instruments internationaux de lutte contre la cybercriminalité[580], et le « *seul traité à portée universelle sur ce sujet* » comptant aujourd'hui 65 Etats parties[581]. De nombreux autres outils ont également été mis en œuvre au sein de l'Union Européenne. C'est le cas notamment du Centre européen de lutte contre la cybercriminalité (EC3), créé en 2013 par EUROPOL, « *l'une des agences européennes impliquées dans le dispositif anti-cybercriminalité de l'Union Européenne, avec l'ENISA (Agence européenne chargée de la sécurité informatique des réseaux), EUROJUST, le CERT de l'Union Européenne et le CEPOL* ». L'EC3 Il publie en outre chaque année un rapport[582] ciblant les menaces émergentes et les évolutions de la cybercriminalité. Face à cette implication de l'Union Européenne dans la lutte contre la cybercriminalité, certains demandent par ailleurs à ce que celle-ci devienne une des compétences du Parquet européen afin de renforcer l'efficacité de l'action européenne face à ce qu'ils considèrent comme une forme de criminalité organisée transfrontalière[583]. Enfin, il faut également souligner que l'organisation intergouvernementale INTERPOL, dont le siège se trouve en France, qui vise à favoriser la collaboration entre les autorités de police de chaque Etat membre a désigné la lutte contre la

[576] Qui fait d'ailleurs l'objet d'un cavalier législatif et non d'une loi d'envergure sur une question si épineuse, v. J.-C. Planque, « Live-streaming pédopornographique : des violences sexuelles difficiles à appréhender pour le droit pénal français », *op. cit.*

[577] Conseil de l'Europe, *Convention sur la cybercriminalité*, STCE n° 185, Budapest 23.11.2001, Préambule.

[578] Loi n° 2005-493 du 19 mai 2005 autorisant l'approbation de la convention sur la cybercriminalité et du protocole additionnel à cette convention relatif à l'incrimination d'actes de nature raciste et xénophobe commis par le biais de systèmes informatiques.

[579] D. Bénichou, « Cybercriminalité : jouer d'un nouvel espace sans frontière », AJ Pénal 2005 p.224.

[580] Le résumé sur le site du Conseil de l'Europe la présente comme « *le premier traité international sur les infractions pénales commises via l'Internet et d'autres réseaux informatiques* » https://www.coe.int/fr/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/185 dernière date de consultation le 01/05/2023.

[581] S. Joissains, J. Bigot, *Rapport d'information*, Sénat, n° 613, 9 juillet 2020, p.51.

[582] Appelé « *Internet Organised Crime Threat Assessment*» (IOCTA).

[583] S. Joissains, J. Bigot, *Rapport d'information*, *op. cit.*, p.76-77.

cybercriminalité comme l'un de ses quatre axes de travail, au même niveau que la lutte contre le terrorisme, la corruption et le crime organisé[584].

Section 2 : Prévenir la commission d'infractions invisibles grâce à l'infraction-obstacle

111. Une fois les domaines sujets à l'invisibilité identifiés, il devient possible d'étudier les outils offerts au droit pénal pour surmonter les difficultés relatives à leur découverte. Il semble apparaître alors que le mécanisme de l'infraction-obstacle peut apporter son concours à la lutte contre les infractions invisibles. En effet, en ayant recours à la prévention induite par cette catégorie infractionnelle, il semble possible d'empêcher la commission d'infractions matérielles invisibles. Le législateur pourrait de la sorte intervenir en amont, de sorte que les difficultés liées à la découverte de ces infractions par les autorités soient contournées. Si cette catégorie d'infractions apparaît encore complexe, tant ses contours demeurent flous (**§1**), il semble toutefois que l'on puisse identifier en pratique certaines incriminations qui pourraient prévenir la commission de quelques-unes des infractions invisibles identifiées plus tôt (**§2**).

§1 : Les infractions-obstacle, potentielles inhibitrices d'infractions invisibles

112. La catégorie des infractions-obstacle peut jouer un rôle dans la lutte contre les infractions invisibles en ce que sa nature même vise la prévention de certains comportements infractionnels parmi les plus problématiques. Cependant ce type d'infraction reste difficile à présenter car il s'agit d'une notion toute en nuances, qui s'intègre difficilement dans un droit très binaire. On comprend alors les nombreuses hésitations tant doctrinales que jurisprudentielles à cet égard. De plus, l'intégration d'une catégorie infractionnelle simplement préventive peut soulever des difficultés eu égard aux principes fondamentaux du droit pénal. Il convient donc de prendre le temps de présenter la catégorie des infractions-obstacle (**A**), avant d'envisager les difficultés que soulève le caractère préventif de celles-ci au sein du droit pénal (**B**).

A- Les contours flous de l'infraction-obstacle

113. Les contours de l'infraction-obstacle sont difficiles à cerner, eu égard tant à sa notion (**1**), qui se révèle plus complexe qu'il n'y paraît, qu'à son régime, tout aussi abscons (**2**).

1- L'infraction-obstacle, une notion obscure

114. ***Absence de consensus doctrinal.*** Ce que recouvre la notion d'infraction-obstacle fait débat. Les développements la concernant sont d'ailleurs très inégaux dans les manuels de droit pénal général, passant de l'absence de la notion[585] à la consécration d'une sous-partie entière[586], ou encore à une rapide mention chez d'autres auteurs[587]. Il faut toutefois souligner que le

[584] https://www.interpol.int/fr/Qui-nous-sommes/Qu-est-ce-qu-INTERPOL dernière consultation le 01/05/2023.
[585] Ph. Salvage, *Droit pénal général*, 8ème éd., PUG, 2016 ; M.-L. Rassat, *Droit pénal général*, 4ème éd., Ellipses, 2017.
[586] A. Decocq, *Droit pénal général*, Armand Colin, 1971, §2 p.184 ; O. Décima, S. Detraz, E. Verny, *Droit pénal général*, LGDJ, 5ème éd., 2022, C n°336 ; J. Pradel, *Droit pénal général*, Cujas, 22ème éd., 2019, §2 n°439 ; X. Pin, *Droit pénal général*, Dalloz, 14ème éd., 2023, 3° n°189 ; E. Dreyer, *Droit pénal général*, Lexis Nexis, 6ème éd., 2021, n°779 et s. ; Y. Mayaud, *Droit pénal général*, 7ème éd., PUF, 2021, n°218.

manque de rigueur du législateur lors de la rédaction de certaines incriminations ne facilite pas la tâche des commentateurs[588]. La diversité des approches de cette catégorie d'infractions obscurcit donc la notion, laquelle nécessite alors quelques précisions.

115. ***Consensus sur l'absence de résultat.*** Il faut dans un premier temps souligner que les auteurs tombent toutefois d'accord sur le principe de l'absence de résultat nécessaire pour la constitution de l'infraction[589], ce qui fonde le principe même de la notion. Avec toutefois une nuance terminologique pour les auteurs ayant une vision polyforme de la notion de résultat[590], ce qui, au fond, ne modifie en rien la notion. Ainsi l'infraction-obstacle s'oppose à l'infraction dite matérielle qui comprend le résultat redouté parmi ses éléments constitutifs.

116. ***Divergences sur la différence avec l'infraction formelle.*** Présentée ainsi, l'infraction-obstacle semble s'apparenter à l'infraction formelle, laquelle est présentée par certains auteurs faisant l'analogie avec le droit civil, comme une infraction de moyen en opposition à l'infraction de résultat constituée par l'infraction matérielle[591]. De plus, tout comme l'infraction formelle[592], l'infraction-obstacle est admise généralement comme l'incrimination d'un comportement dangereux[593]. C'est la témibilité de l'auteur qui prend ainsi le pas sur le critère de la gravité de l'acte. Là encore par analogie avec le droit civil, certains auteurs présentent les infractions-obstacle donc comme des infractions de moyens s'opposant alors à l'infraction de résultat constituée par l'infraction matérielle[594]. Ces similitudes engendrent une grande confusion entre ces deux catégories d'infractions. D'autant que le législateur peu habile dans la rédaction de certaines incriminations, contribue à semer le trouble sur la frontière entre les deux notions. C'est le cas notamment pour l'infraction de mise en danger de la vie d'autrui, laquelle, créée avec le Code pénal

---

[587] B. Bouloc, *Droit pénal général*, Précis Dalloz, 27ème éd., 2021, n°25 et 52 ; J.-H. Robert, *Droit pénal général*, PUF, 6ème éd., 2005, p.213 ; H. Renoult, F. Fourment, *Droit pénal général*, Larcier, 18ème éd., 2013, p.137.

[588] C'est le cas notamment à propos de l'article 223-1 C.P. dont la nature faire toujours débat.

[589] V. not. O. Décima, S. Detraz, E. Verny, *Droit pénal général*, *précit*., n°336 ; A. Decocq, *Droit pénal général*, Armand Colin, 1971, §2 p.184 ; Y. Mayaud, *Droit pénal général*, *précit*., n°218 ; R. Bernardini, M. Dalloz, *Droit criminel*, volume II, L'infraction et la responsabilité, 5ème éd., Bruylant, 2023, n°345.

[590] V. V. Malabat, « Retour sur le résultat de l'infraction », *in Mélanges en l'honneur du professeur Jacques-Henri Robert*, LexisNexis, 2012, p.443 ; A. Decocq, *Droit pénal général*, Armand Colin, 1971, p171 : qui oppose résultat réel et résultat légal ; Ph. Conte, P. Maistre du Chambon, *Droit pénal général*, Armand Colin, 7ème éd., 2004, n°313 et s. qui à la suite de Decocq distinguent résultat sociologique et résultat pénal; Y. Mayaud, *Droit pénal général*, 7ème éd., 2021, n°304 qui distingue résultat redouté, légal et juridique ; R. Bernardini, M. Dalloz, *Droit criminel*, *précit.,* n°344 : évoquent le résultat pénal et le résultat dommageable ; Distinguant résultat juridique et résultat naturel : P. Spitéri, « L'infraction formelle », RSC, 1966, p.497 ; V. aussi M.-L. Lanthiez, « Du préjudice dans quelques infractions contre les biens », D., 2005, p.464 ; X. Pin, *Droit pénal général*, *précit*., n°186 à 189 : qui distingue résultat légal, résultat matériel et résultat juridique. *Contra* v. E. Dreyer, *Droit pénal général*, 6ème éd., 2021, n°771 et s.

[591] R. Merle, A. Vitu, *Traité de droit criminel*, Tome I, 7ème éd., 1997, n°514 et 515 ; repris par R. Bernardini, M. Dalloz, *Droit criminel*, *précit.,* n°345.

[592] R. Bernardini, M. Dalloz, *Droit criminel*, *précit.*, n°345 ; F. Desportes, F. Le Gunehec, *Droit pénal général*, Economica, 16ème éd., 2009, n°461.

[593] R. Merle, A. Vitu, *Traité de droit criminel*, *précit.*, n°515 ; R. Bernardini, M. Dalloz, *Droit criminel*, *précit.*, n°345 ; A. Decocq, *Droit pénal général*, précit., p.41; F. Desportes, F. Le Gunehec, *Droit pénal général*, *précit*., n°461 ; J. Pradel, *Droit pénal général*, Cujas, 22ème éd., 2019, n°439 ; X. Pin, *Droit pénal général*, *précit*., n°189 ; Ainsi pour J. Leroy, *Droit pénal général*, 9ème éd., LGDJ, 2022, n°30, l'infraction-obstacle serait donc issue de l'influence de la doctrine positiviste en incriminant un comportement simplement dangereux et susceptible de troubler l'ordre social.

[594] R. Merle, A. Vitu, *Traité de droit criminel*, *op. cit.*, n°514 et 515 ; repris par R. Bernardini, M. Dalloz, *Droit criminel*, *op.cit*., n°345.

de 1994, n'a toujours pu être formellement rattachée à l'une ou l'autre des catégories. Elle est de la sorte, tantôt admise au titre des infractions formelles[595], tantôt au titre des infractions-obstacle[596]. La proximité entre les catégories infractionnelles est telle[597] que certains auteurs semblent même les assimiler complètement. Ainsi, un auteur des plus autorisés, dans son manuel de droit pénal général[598] évoquant l'infraction formelle cite à titre d'exemple l'article L263-2 ancien du Code du travail concernant l'inobservation de règles imposées aux employeurs, ou encore l'article 411-7 du Code pénal à propos du rassemblement de renseignements intéressant la Nation, lesquels semblent pourtant ne pas relever des mêmes catégories. L'auteur continue alors évoquant que ce procédé consistant à anticiper la répression peut se nommer « *délit-obstacle* ». Une telle présentation n'explicitant aucune nuance entre les deux catégories d'infraction brouille encore une fois les frontières entre les deux notions. Le délit-obstacle ainsi évoqué est-il alors considéré par l'auteur comme une variété d'infraction formelle ? Aucune précision n'est apportée par l'auteur afin de distinguer les deux catégories infractionnelles.

Il est vrai que toutes deux s'opposent à l'infraction matérielle par leur souplesse relative au résultat de l'infraction. Toutefois cette présentation doit être nuancée. Notamment, les deux catégories d'infractions sont, de plus, parfois présentées comme participant d'une certaine mise en œuvre de la prévention par le droit pénal[599]. Or cela n'est vrai que concernant l'infraction-obstacle, laquelle intervient plus en amont que l'infraction formelle. En effet, seule l'infraction-obstacle vise à prévenir la réalisation d'un dommage redouté, en intervenant avant même que le comportement de l'agent soit suffisamment avancé pour provoquer un résultat. Placées sur l'*iter criminis*, l'infraction-obstacle correspond aux actes préparatoires[600], tandis que l'infraction formelle incrimine à titre autonome le commencement d'exécution de l'infraction matérielle[601]. C'est ainsi en réalité une différence de degré plus que de nature qui existe entre les deux catégories[602], les rendant plus difficiles à distinguer. De la sorte il faut percevoir l'infraction-obstacle comme un acte équivoque[603] dont le lien de causalité avec le résultat redouté est plus distendu[604] que celui le reliant à l'infraction

---

[595] X. Pin, *Droit pénal général*, *op. cit*., n° 189.

[596] J. Pradel, *Droit pénal général*, *op. cit*., n°439 ; E. Dreyer, *Droit pénal général*, *op. cit*., n°781 qui la classe dans la sous-catégorie des infractions-obstacle « de prévention » ou « déterminées » dans les anciennes éditions de son ouvrage.

[597] R. Bernardini, M. Dalloz, *Droit criminel*, *op. cit.*, n°345 : soulignent d'ailleurs « d'importantes difficultés de délimitation » de l'infraction formelle ; Ph. Conte, P. Maistre du Chambon, *Droit pénal général*, 7ème éd., Armand Colin, 2004, n°323 : soulignent les difficultés à mettre en œuvre la distinction entre les deux catégories en pratique hors les exemples classiques.

[598] J.-H. Robert, *Droit pénal général*, *op. cit*., p.212-213.

[599] F. Desportes, F. Le Gunehec, *Droit pénal général*, *op. cit*., n°459 ; O. Décima, S. Detraz, E. Verny, *Droit pénal général*, *op. cit*., n°352.

[600] F. Desportes, F. Le Gunehec, *Droit pénal général*, *op. cit*., n°461, J. PradeL, *Droit pénal général*, *op. cit*., n°439, A. Decocq, *Droit pénal général*, *op. cit*., p.184, E. Dreyer, *Droit pénal général*, *op. cit*., n°981 mais il tempère au n°782 seules les infractions-obstacle « de prévention » incriminent des actes préparatoies ; J. Leroy, *Droit pénal général*, 6ème éd., LGDJ, 2016, n°382 ; S. Détraz, « Un aspect de la protection des infiltrés et des repentis : le délit de révélation d'identité », RSC, 2006, p.49, n°5.

[601] R. Merle, A. Vitu, *Traité de droit criminel*, *op. cit.*, n°514 ; A. Decocq, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p.183 ; S. Détraz, « Un aspect de la protection des infiltrés et des repentis : le délit de révélation d'identité », *précit*., n°5 évoquant la tentative, donc par tant le commencement d'exécution.

[602] Ph. Conte, P. Maistre du Chambon, *Droit pénal général*, *précit*., n°323 ; X. Pin, *Droit pénal général, op.cit.*, n°189 ; J. Pradel, *Droit pénal général*, *op. cit*., n°440 note de bas de page n°1.

[603] R. Bernardini, M. Dalloz, *Droit criminel*, *op. cit.*, n°345.

[604] O. Décima, S. Detraz, E. Verny, *Droit pénal général*, *op.cit*., n°336 ; Ph. Conte, P. Maistre du Chambon, *Droit pénal général*, *op.cit.*, n°322 ; X. Pin, Droit pénal général, op. cit., n° 189.

formelle, incriminant un comportement univoque[605]. Pour l'infraction-obstacle, le résultat redouté est une simple éventualité[606], en témoignent les expressions « *susceptible de* » ou « *de nature à* » fréquemment rencontrées dans les incriminations[607], alors que pour l'infraction formelle sa réalisation est quasi certaine[608]. Pour cette dernière le lien de causalité est jugé direct et immédiat[609], alors que pour l'infraction-obstacle, on peut considérer que le fait générateur du dommage n'est pas encore formé[610], le résultat redouté pourrait intervenir, le comportement incriminé pourrait être l'occasion de sa réalisation, mais « *elle n'en est point la cause inéluctable et fatale* »[611].

Etant entré en exécution, la répression du comportement de l'agent à ce stade ne peut ainsi pas relever de la prévention, puisque si le résultat redouté n'est pas atteint, ce n'est en aucun cas grâce à l'intervention anticipée de la répression, mais grâce à un heureux concours de circonstances. Il est donc déjà trop tard pour la prévention[612]. La répression vise alors plus à saisir l'état dangereux de l'individu qu'à tenter d'empêcher la réalisation d'une infraction matérielle. Ainsi, il apparaît que si toutes deux anticipent la répression, seule l'infraction-obstacle peut permettre d'empêcher la réalisation d'un résultat redouté, et peut ainsi être qualifiée d'infraction de prévention. La preuve en est que l'infraction formelle réprime le comportement « *qu'elles qu'en aient été les suites* »[613], de la sorte, l'incrimination peut accueillir le résultat s'il intervient finalement. C'est dire que l'infraction formelle n'impose pas de condition positive de réalisation du résultat. Or, pour l'infraction-obstacle, il semble plutôt que l'absence de résultat soit une condition négative de la constitution de l'infraction. Hypothèse qui semble confirmée à l'étude des différences de régime appliqués à ces deux catégories infractionnelles.

2- Le régime abscons de l'infraction-obstacle

117. Tout comme sa notion comporte des zones d'ombre, le régime de l'infraction-obstacle suscite des difficultés. En effet, c'est principalement la question de son rapport avec l'occurrence du résultat redouté qui pose problème.

118. ***Concours d'infractions.*** La nature de l'infraction-obstacle interroge quant à la résolution d'un concours d'infraction, lorsque celle-ci se retrouve confrontée à la réalisation d'une infraction matérielle correspondante. En ce cas, il faut déterminer si l'infraction préventive peut se cumuler avec l'infraction incriminant le résultat qu'elle visait à empêcher. Encore une fois, la doctrine n'est pas toujours d'accord sur la solution à retenir[614] du fait, notamment, qu'elle n'a pas toujours

---

[605] R. Bernardini, M. Dalloz, *Droit criminel*, *op. cit.*, n°345.
[606] X. Pin, *Droit pénal général, op.cit.*, n°189 ; Ph. Conte, P. Maistre du Chambon, *Droit pénal général*, *op.cit.*, n°322.
[607] Ph. Conte, P. Maistre du Chambon, *Droit pénal général*, *op.cit.*, n°322 ; X. Pin, *Droit pénal général, op.cit.*, n°189.
[608] X. Pin, *Droit pénal général, op.cit.*, n°189 ; Ph. Conte, P. Maistre du Chambon, *Droit pénal général*, *op.cit.*, n°322.
[609] Ph. Conte, P. Maistre du Chambon, *Droit pénal général*, *op.cit.*, n°322 ; R. Merle, A. Vitu, *Traité de droit criminel*, *op. cit.*, n°515.
[610] O. Décima, S. Detraz, E. Verny, *Droit pénal général*, *op.cit.*, n°352 « en amont » sur l'*iter criminis*, alors que le fait générateur de ladite atteinte n'est pas encore formé.
[611] R. Merle, A. Vitu, *Traité de droit criminel*, *op. cit.*, n°515.
[612] V. en ce sens, J.-B. Perrier, « Le droit pénal préventif et l'anticipation de la répression », RDA, février 2017, n°13-14 pp.173-180.
[613] R. Merle, A. Vitu, *Traité de droit criminel*, *op. cit.*, n°514 à propos de l'infraction formelle.
[614] X. Pin, *Droit pénal général, op. cit.*, n°189.

développé la même théorie quant à sa nature. Mais l'état de la jurisprudence a pu accentuer les divergences doctrinales par son inconsistance.

En théorie, si l'on considère l'infraction-obstacle comme l'incrimination autonome d'actes préparatoires, alors l'occurrence d'un résultat devrait empêcher le cumul de celle-ci avec l'infraction de résultat correspondante. En effet, s'agissant d'une infraction préventive, si le résultat ou l'un des résultats redoutés intervient, c'est que l'infraction-obstacle n'aura alors par rempli son office. Il est donc trop tard pour qu'elle puisse intervenir, et il semble donc logique que l'infraction matérielle correspondante prenne alors le relais. Le cumul des deux infractions irait à l'encontre de l'essence même de l'infraction. Si une partie de la doctrine semble admettre une telle solution[615], d'autres auteurs considèrent en revanche que le caractère plus distendu du lien causal caractérisant l'infraction-obstacle permet le cumul d'infractions[616]. Pour Monsieur le professeur Dreyer, c'est une solution hybride qui semble s'imposer, puisqu'il distingue les infractions-obstacle dites de prévention, elles seules correspondant selon lui à des actes préparatoires, ne peuvent admettre un cumul avec l'infraction matérielle correspondante[617]. Alors qu'en revanche l'infraction-obstacle dite de précaution, elle indéterminée, se distinguant plus nettement de l'infraction matérielle, gagnerait donc en indépendance et pourrait ainsi être retenue en concours réel[618]. Ainsi, lorsque l'infraction-obstacle vise à prévenir une infraction matérielle identifiée, la réalisation de celle-ci empêche le cumul quand l'inverse doit primer en présence d'un comportement équivoque qui pourrait mener à diverses autres qualifications s'il aboutit. En pratique, on observe que lorsque le résultat redouté survient, un cumul est admis par la jurisprudence pour certaines infractions. C'est le cas notamment pour les infractions de menaces et de violences intentionnelles[619]. Ce cumul intervient parfois par la volonté du législateur, lequel aura prévu une circonstance aggravante pour l'infraction matérielle correspondant au comportement réprimé par l'infraction-obstacle. C'est le cas par exemple de l'homicide non intentionnel, pour lequel la conduite en état d'ivresse constitue une circonstance aggravante[620]. D'autres auteurs observent encore que, comme nous le préconisions, l'infraction-obstacle est parfois absorbée par l'infraction matérielle[621]. Cette « *substitution* »[622] a pu être admise pour l'infraction-obstacle de complot, à laquelle est substituée l'infraction d'attentat[623] ou encore pour l'article 222-33 II, lorsqu'une agression sexuelle aura été réalisée[624].

Les solutions jurisprudentielles semblent toutefois critiquables. Comme certains auteurs ont pu le souligner, « *La jurisprudence manque cependant de clarté en la matière, et donc les solutions retenues de cohérence criminologique* »[625]. En témoigne notamment la jurisprudence

---

[615] Ph. Conte, P. Maistre du Chambon, *Droit pénal général*, *op.cit.*, n°235.
[616] O. Décima, S. Detraz, E. Verny, *Droit pénal général*, *op.cit.*, n°352 ; R. Merle, A. Vitu, *Traité de droit criminel*, *op. cit.*, n°515.
[617] E. Dreyer, *Droit pénal général*, 6ème éd., LexisNexis, 2021, n°781 et 782.
[618] *Ibid.,* n°780 et 782.
[619] F. Desportes, F. Le Gunehec, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n°461.
[620] C. pén., art. 221-6-1 2°.
[621] F. Desportes, F. Le Gunehec, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n°461 ; J. Pradel, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n°440.
[622] J. Pradel, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n°440.
[623] Respectivement C. pén., art. 412-2 et 412-1 ; F. Desportes, F. Le Gunehec, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n°461 ; J. Leroy, *Droit pénal général*, 9ème éd., LGDJ, 2022, n°392 ; J. Pradel, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n°440.
[624] C. pén., art. 222-33 et s. E. Dreyer, *Droit pénal général*, *précit.*, n°782.
[625] O. Décima, S. Detraz, E. Verny, *Droit pénal général*, *op.cit.*, n°352. Les auteurs précisent toutefois que « la jurisprudence ne cesse d'évoluer sur les implications du principe non bis in idem en matière de cumul de qualifications ». Situation qui pourrait arriver à son terme avec la solution de principe rendue récemment : Cass. crim. 15 déc. 2021, n°21-81.864.

relative au cumul des infractions-obstacles issues des normes de circulation routière avec les infractions d'homicide ou blessures non intentionnelles. Ce cumul admis en jurisprudence[626] fait l'objet de critiques justifiées par une partie de la doctrine[627]. En effet, le manquement aux règles de circulation routière comporte le risque inhérent de porter atteinte à la vie ou l'intégrité des autres usagers de la route[628]. Or, la répression d'un tel résultat engendré par le manquement à ces infractions-obstacle ne devrait se cumuler avec celles-ci[629]. Pour certains, avec un tel cumul « *il y a là une part d'artifice car si l'élément matériel de ces deux infractions s'avère différent, leur élément moral paraît d'ores et déjà commun : une telle solution revient à punir deux fois la même faute, ce qui semble contestable* »[630]. En outre, il faut également tenir compte de l'existence de circonstances aggravantes prévues par le législateur pour renforcer la répression de ces infractions matérielles lors notamment de la conduite d'un véhicule terrestre à moteur, ou encore la violation d'une obligation particulière de sécurité ou de prudence, lorsque l'infraction-obstacle présente le caractère de spécialité qu'elle requière[631]. Pourtant il semble qu'il faudra compter sur la pérennisation de ces solutions favorables au cumul eu égard à la nouvelle position de la chambre criminelle, laquelle est venue sonner le glas du recours au principe « *ne bis in idem* »[632].

Du reste, peu importe les doctrines, la survenue du résultat modifie toujours la situation de l'auteur que ce soit par addition ou substitution. Or, on peut donc conclure que l'infraction-obstacle, présente bien de la sorte, une condition négative de la constitution de l'infraction. Puisque lorsque ce résultat se sera effectivement produit, la qualification obstacle ne pourra plus tenir, ou selon les cas, ne pourra plus être retenue seule. A la différence de l'infraction formelle, qui elle, pourra perdurer malgré la réalisation du résultat, celle-ci n'imposant simplement pas de condition positive de réalisation de celui-ci, mais pouvant l'accueillir sans modifier la qualification encourue.

B- L'infraction-obstacle, une prévention répressive

119. ***Incompatibilité entre prévention et droit pénal.*** L'existence d'infractions consacrées à la prévention pose par ailleurs des difficultés. En effet, ne devant intervenir qu'en dernier recours, le principe d'une répression anticipant une atteinte simplement probable semble aller à l'encontre du principe de l'*ultima ratio*. La prévention consiste, au sens courant, en un « *ensemble de mesures destinées à éviter un événement qu'on peut prévoir et dont on pense qu'il entraînerait un dommage pour l'individu ou la collectivité* »[633]. Or, le droit pénal par principe incrimine les atteintes effectives aux valeurs fondamentales qu'il se doit de protéger. La simple

---

[626] Cass., crim. 12 mai 1993, Bull. 1993 n°177 ; Cass., crim. 8 mars 1982, Bull. 1982, n°89 ; Cass., crim. 29 oct. 2013, n°12-87161 : cumul de l'infraction obstacle de R415-4 pour refus de priorité avec l'homicide involontaire.
[627] O. Décima, S. Detraz, E. Verny, *Droit pénal général*, *op.cit*., n°352 ; E. Dreyer, *Droit pénal général*, *op. cit*., n°782.
[628] O. Décima, S. Detraz, E. Verny, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n°352.
[629] Comp. Y. Mayaud, « Risques causés à autrui – Régime de répression », Rép. pén., sept. 2022, n°238 plaidant pour le cumul eu égard à la solution de principe dégagée par Cass. crim. 15 déc. 2021, n°21-81.864.
[630] E. Dreyer, *Droit pénal général*, *op. cit*., n°782.
[631] En ce cas particulier, la jurisprudence la plus récente consacrée à l'application du principe ne bis in idem semble exclure tout cumul idéal puisque des faits identiques sont en cause et l'une des qualifications correspond à une circonstance aggravante de l'autre, qui seule doit alors être retenue : Cass. crim. 15 déc. 2021, n°21-81.864, §28-29. Mais au final il s'agit d'un cumul permis par le législateur par le biais de la circonstance aggravante…
[632] En renversant le principe et restreignant à peau de chagrin les hypothèses de non-cumul… V. développements en *infra* n°128 sur la question de la portée de Cass. crim. 15 déc. 2021, n°21-81.864.
[633] Dictionnaire du CNTRL consulté en ligne, https://www.cnrtl.fr/definition/prévention, dernière date de consultation le 02/05/2023.

possibilité d'un dommage ne devrait donc en principe suffire à mettre en œuvre le droit répressif. Ainsi, Ortolan au XIXème siècle estimait déjà que « *le délit sans le mal produit est incomplet* »[634], c'est-à-dire que seul un trouble social effectif justifierait l'intervention du droit pénal[635]. Par ailleurs, pour certains auteurs, la prévention s'opposerait à toute mise en œuvre par le truchement de la répression[636]. Ainsi pour certains le législateur « *semble excéder ses pouvoirs lorsqu'il incrimine un fait uniquement à cause de ses conséquences possibles ou probables : la possibilité ou la probabilité ne sont rien autre chose que des opérations de l'esprit : elles ne sont pas des faits délictueux, […] et les faits de cette nature sont les seuls que la loi pénale ait le droit de réprimer* »[637]. D'autres auteurs à l'inverse, accueillent la dimension préventive du droit pénal avec enthousiasme. Ils avancent que la prévention aurait toujours existé en droit pénal en raison du principe d'exemplarité de la peine. De plus, ils arguent du développement des technologies comme un risque de dommages accrus, le droit pénal se devant alors d'anticiper sa réaction afin d'endiguer des risques « *socialement inacceptables* »[638]. Ils rejoignent là la doctrine utilitariste, pour laquelle « *plus on distinguera de ces actes préparatoires pour les prohiber, plus on a de chances de prévenir l'exécution même du délit principal* »[639]. La dimension préventive du droit pénal n'est certes pas à écarter : intervenant en principe avant toute commission ou après une infraction, pour dissuader de toute réitération[640]. Toutefois, l'efficacité du caractère dissuasif de la loi pénale est toujours à démontrer, et l'infraction-obstacle présente l'originalité d'avoir « *su mêler prévention et réaction* »[641]. Il semble par ailleurs qu'il faille rester prudents avec cette catégorie infractionnelle, afin d'éviter toute dérive liberticide[642]. C'est là notamment la question de l'application d'un principe de précaution *via* la reconnaissance de ces infractions-obstacle. La doctrine a pu s'inquiéter du risque de voir apparaître en droit pénal des incriminations de pure précaution par le biais d'infractions-obstacle, une telle anticipation de la répression risquant d'atteindre des comportements ayant une « *charge causale très incertaine* »[643]. Or, en effet, à trop anticiper on risque de glisser de la prévention d'un risque certain[644], et donc d'un lien causal possible avec le résultat redouté[645], à l'application du principe de précaution, en incriminant des comportements dont le risque engendré est incertain, donc avec un lien causal inconnu[646]. Or, « *le droit pénal […] ne peut réprimer qu'un acte que son auteur peut deviner comme éventuellement préjudiciable à la société* »[647], ce qui n'est pas le cas dans cette seconde hypothèse. Ainsi, on remonterait encore d'un cran la répression, la précaution se situant en amont de la

---

[634] J. Ortolan, *Eléments de droit pénal*, T1, 5ème éd., Plon, 1886, p.436 cité par R. Bernardini, M. Dalloz, *Droit criminel*, volume II, L'infraction et la responsabilité, 5ème éd., Bruylant, 2023, n°344.
[635] R. Bernardini, M. Dalloz, *précit.*, n°344.
[636] M. Cusson, *Prévenir la délinquance. Les méthodes efficaces*, PUF, 2ème éd., 2009, p.13-14.
[637] E. Mouton, *Le devoir de punir. Introduction à l'histoire et à la théorie du droit de punir*, Libr. L. Cerf, 1887, p.200-201.
[638] E. Lemoine, *La répression de l'indifférence sociale en droit pénal français*, L'Harmattan, collection logiques juridiques, 2002, n°364.
[639] J. Bentham, *Traités de législation civile et pénale*, Rey et Gravier, 3ème éd., 1830, t.2, p.334.
[640] J.-B. Perrier, « Le droit pénal préventif et l'anticipation de la répression », Revue de droit d'Assas, fév. 2017, pp.173-180.
[641] *Ibid.*
[642] V. dans le même sens Y. Mayaud, *Droit pénal général*, PUF, 7ème éd., 2021, n°222.
[643] O. Décima, S. Detraz, E. Verny, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n°352, note de bas de page n°50.
[644] E. Dreyer, « Droit pénal et principe de précaution », D. 2015 p.1912 ; J. Pradel, *Droit pénal général*, Cujas, 22ème éd., 2019, n°439.
[645] D. Castronuovo, « Les défis de la politique criminelle face aux générations futures et au principe de précaution : le cas des OGM », RSC 2014 p.523.
[646] *Ibid.*
[647] J. Pradel, *Droit pénal général*, *précit.*, n°439.

prévention[648]. Une application du principe de précaution semble ainsi plus appropriée à la matière administrative[649], mais certains auteurs perçoivent dans les infractions-obstacle une manifestation de ce principe en droit pénal[650], notamment dans le domaine du droit pénal de l'environnement[651]. S'il apparaît toutefois que la philosophie des infractions-obstacle diffère du principe de précaution[652], certains craignent que l'absence de détermination du risque redouté dans certaines d'entre elles ne conduise à l'intégration future d'un tel principe en droit pénal[653]. Or, comme le souligne M. le professeur Dreyer, « *l'injustice suprême serait de demander à quelqu'un de répondre pénalement d'un fait dont on n'est pas sûr qu'il se produise ou, s'il s'est produit, dont on n'est pas sûr qu'il trouve son origine dans le comportement de l'agent* ». Si une telle conception intégrait le droit pénal alors celui-ci aurait donc « *sacrifié le couple fondateur liberté/responsabilité au profit d'une logique de solidarité qui lui est étrangère* »[654].

120. ***Infractions-obstacle de prévention et de précaution.*** M. le professeur Dreyer va encore plus loin dans l'analyse de la notion d'infraction-obstacle, en subdivisant la catégorie en deux groupes : les infractions-obstacle dites « *de prévention* » et celles, indéterminées quant à l'infraction anticipée, dites « *de précaution* »[655]. Il souligne là la disparité des infractions concernées, qui a pu parfois entraîner la confusion avec l'infraction formelle. Certaines infractions que des auteurs avaient alors rattachées aux infractions formelles, réduisant le champ de l'infraction-obstacle aux seules infractions de prévention[656], réintègrent ainsi pleinement leur catégorie infractionnelle. Les infractions de prévention sont définies par l'auteur comme celles pour lesquelles « *le risque d'infraction ultérieure a été plus clairement envisagé par le législateur* »[657], tout en restant plus éloignées du résultat qu'il s'agit de prévenir que ne le sont les infractions formelles. Ce que l'auteur souligne dans une note : « *l'insuffisante matérialité de l'acte rend la production du résultat aléatoire* »[658]. Alors que pour l'infraction formelle, le résultat est presque acquis. Il semble ainsi considérer que seule cette première catégorie des infractions dites de prévention incrimine à titre autonome des actes préparatoires. Ce qui peut se concevoir si l'on considère que des actes préparatoires ne peuvent s'envisager qu'eu égard à une infraction matérielle, à un résultat, déterminés *a priori*. Nous retiendrons pour notre part que l'on peut considérer que certains comportements incriminés par des infractions-obstacle indéterminées peuvent s'apparenter également à des actes préparatoires, eu égard à l'équivocité de ces derniers. Même en l'absence de résultat projeté plus distinctement, les comportements visés demeurent antérieurs à tout commencement d'exécution et se situent au-delà de la simple pensée criminelle. Ils peuvent de plus dans le même temps constituer une préparation de diverses infractions différentes, d'où, d'ailleurs, parfois, la raison de leur indétermination. Et inversement, dans l'hypothèse d'infractions-obstacle

---

[648] *Ibid.*
[649] E. Dreyer, « Droit pénal et principe de précaution », *précit.* J. Pradel, *Droit pénal général*, *précit.*, n°439.
[650] E. Dreyer, *Droit pénal général*, *op. cit.*,n°780.
[651] D. Roets, « Réflexions sur les possibles implications du principe de précaution en droit pénal de l'imprudence », RSC 2007 p.251.
[652] Comp. E. Dreyer, Droit pénal général, op. cit.,n°780.
[653] E. Dreyer, « Droit pénal et principe de précaution », *précit.*
[654] *Ibid.*
[655] E. Dreyer, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n°779 et s.
[656] Ph. Conte, P. Maistre du Chambon, *Droit pénal général*, 7ème éd., Armand Colin, 2004, n°323 qui proposent une reconstruction des catégories en fonction de leur régime, occultant l'infraction-obstacle au profit d'une catégorie formelle plus large, opposée à une catégorie dite des « *infractions de prévention* ».
[657] E. Dreyer, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n°781.
[658] *Ibid.*, note de bas de page n°29.

déterminées, l'équivocité de l'acte préparatoire empêche d'être certain de la préparation de l'infraction envisagée par le législateur.

Les infractions de précaution quant à elles, consistent à « *prévenir la commission d'une ou plusieurs infractions ultérieures qui restent encore indéterminées* »[659], le législateur ne visant là que la répression d'un « *« état » dangereux* »[660]. Pour l'auteur c'est cette dernière catégorie qui est la plus problématique, car une telle indétermination permet la répression de comportements qui *de facto* comprennent un risque très peu probable, voire qui seraient susceptibles de générer des risques ne relevant pas d'une qualification pénale[661]. De la sorte, il déplore cette catégorie infractionnelle comme étant « *à l'origine d'un droit pénal technique où des normes de toute nature sont assorties de sanctions pénales censées dissuader leur violation* »[662]. Or, il y a là une contradiction avec l'objectif du droit pénal, lequel n'est pas de faire respecter toutes les normes issues d'autres domaines juridiques, mais bien de protéger des valeurs fondamentales[663] en sanctionnant tout comportement qui y contreviendrait. Le droit pénal risque ici d'être dévoyé de sa raison d'être et ce au détriment des libertés individuelles. Ainsi faudrait-il privilégier les infractions-obstacle dites « *de prévention* », en les réservant à la prévention d'infractions matérielles les plus graves et le plus difficiles à découvrir.

Finalement, avec l'infraction-obstacle on pourrait percevoir un moyen de lutter contre les infractions invisibles. En effet, par l'approche préventive qu'elle induit, elle permet d'agir en amont de la réalisation d'une infraction matérielle qui serait difficile à découvrir et, partant, à réprimer. Le caractère invisible de ces comportements pourrait donc servir de justification à l'intervention anticipée du droit pénal. L'utilité de l'infraction-obstacle ici est de permettre l'appréhension d'un comportement visible, ou plus aisé à découvrir, avant qu'il ne dégénère en un acte invisible pour les autorités. Certes, il faut admettre que la plupart du temps, les infractions-obstacle sont présentées comme visant à empêcher la réalisation d'infractions, elles bien visibles, mais jugées tellement graves ou dangereuses par le législateur qu'elles nécessitent une intervention anticipée afin de tenter d'empêcher la réalisation du résultat. Le dessein du législateur n'est donc pas forcément de faire obstacle à ces infractions eu égard à la difficulté de leur découverte. Si tel n'est pas son objectif, nous pouvons toutefois analyser les infractions-obstacle comme pouvant avoir pour conséquence d'empêcher la réalisation d'infractions invisibles. Toutefois, cette catégorie infractionnelle complexe et difficile à cerner présente de tels inconvénient qu'il faut se garder de voir en elle un moyen providentiel de lutter contre certaines infractions matérielles. Là encore, la lutte contre la criminalité ne doit pas se faire à tout prix, d'autant qu'il est impossible de mesurer l'efficacité d'une telle infraction préventive. D'ailleurs, Donnedieu de Vabres expliquait à propos de la tentative, que l'absence de répression des actes préparatoires était une incitation pour l'auteur à renoncer à son entreprise criminelle[664]. Ainsi si l'on envisage l'infraction-obstacle comme la répression à titre autonome d'actes préparatoires, cela reviendrait donc de ce point de vue à voir cette catégorie infractionnelle comme un obstacle à toute possibilité pour l'auteur de se désister de son initiative criminelle. Une telle incrimination pourrait donc être contre-productive. En outre, certains font remarquer opportunément que cette réduction à outrance de la matérialité requise

[659] E. Dreyer, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n°780.
[660] *Ibid.*, n°779.
[661] *Ibid.*, n°780.
[662] *Ibid.*
[663] Ph. Conte, P. Maistre du Chambon, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n°29.
[664] H. Donnedieu de Vabres, *Traité élémentaire de droit criminel et de législation pénale comparée*, Sirey, 1937, n°221.

pour entrer en condamnation rend invisible l'intention de l'auteur. Ainsi, par le recours à l'incrimination-obstacle sont réprimés comportements qui « *n'expriment plus vraiment de culpabilité, ce qui rend leur élément moral incertain, voire inexistant* »[665].

§2 : Hypothèses d'infractions-obstacle pouvant intervenir dans le domaine de l'invisible

121. Malgré les difficultés relatives à la notion, le législateur a instauré de plus en plus d'infractions-obstacle dans de nombreux domaines. Or, à l'étude de ces infractions il semble que certaines puissent effectivement tenter d'empêcher la réalisation d'infractions que nous considérons invisibles. En effet, il apparaît que certaines d'entre elles interviennent en amont de la consommation des infractions ainsi redoutées. En pratique, il faudra distinguer selon le domaine infractionnel touché par l'invisibilité. En effet, certains d'entre eux, du fait de leur nature notamment, sont plus aisément éligibles à l'instauration d'infractions-obstacle. Nous en identifierons deux, les plus touchées par l'application de la prévention pénale. C'est le cas tout d'abord des infractions relatives au domaine des affaires, infractions les plus emblématiques de la délinquance cachée. Celles-ci ont ainsi fait l'objet d'une attention particulière par le législateur ayant multiplié les infractions-obstacle[666] à divers stades de la vie des affaires (**A**). En outre, c'est également l'accroissement continu des menaces liées à la délinquance informatique qui a permis au législateur de développer des incriminations obstacle dans le domaine de la cyberdélinquance (**B**).

A- Les infractions-obstacle du droit pénal des affaires

122. En pratique, on note que dans ce domaine historique du chiffre noir deux sortes d'infractions-obstacle coexistent, selon qu'elles permettent la prévention d'infractions de droit commun intéressant la vie des affaires (**1**) ou bien d'infractions spécifiques au domaine des affaires (**2**).

1- L'association de malfaiteurs, prévention des infractions de droit commun applicables au droit des affaires

123. ***Inhibition d'infractions invisibles.*** L'association de malfaiteurs est l'exemple topique illustrant la notion d'infraction-obstacle[667]. Prévue comme la répression des actes préparatoires[668] des infractions criminelles et délictuelles faisant encourir une peine d'au moins cinq ans d'emprisonnement, elle tente d'empêcher un large panel de comportements infractionnels. Ce

---

[665] E. Dreyer, *Droit pénal général*, op. cit., n°779.

[666] V. en ce sens, E. Dreyer, « Faire et (y) penser », Gaz. Pal. 4 févr. 2020, n° 370, p. 72 qui estime que « *le droit pénal des affaires est principalement constitué de délits obstacles dont l'objectif est de prévenir la commission d'infractions plus graves.* ».

[667] F. Desportes, F. Le Gunehec, *Droit pénal général*, Economica, 16ème éd., 2009, n°461 : ils la citent comme l' « *exemple le plus typique* » d'une infraction-obstacle ; J. Leroy, *Droit pénal général*, 9ème éd., 2022, n°391 ; Y. Mayaud, *Droit pénal général*, PUF, 2004, n°194 ; R. Bernardini, M. Dalloz, *Droit criminel, volume II, L'infraction et la responsabilité*, 5ème éd., Bruylant, 2023, n°345 ; E. Dreyer, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n°781, O. Decima, S. Detraz, E. Verny, *Droit pénal général*, LGDJ, 5ème éd., 2022, n°336 ; J. Pradel, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n°439 ; R. Merle, A. Vitu, *Traité de droit criminel*, Tome I, 7ème éd., 1997, n°515.

[668] A. Vitu, D. Beauvais, « *Participation à une association de malfaiteurs* », Fasc. 20, JCL pén., LexisNexis, dernière mise à jour le 7 décembre 2020, n°5 et 24.

qui lui vaut d'être qualifiée d'« *atypique* »[669], en raison de sa nature « *transversale* »[670]. Elle peut alors « *apparaître en préambule d'un nombre important d'infractions* »[671]. C'est par ailleurs l'élargissement de l'incrimination à tous les délits pourvu qu'ils fassent encourir au moins cinq ans d'emprisonnement[672], qui permet l'anticipation de certaines infractions de droit commun, notamment celles relatives aux appréhensions frauduleuses astucieuses, qui peuvent intéresser le droit des affaires. La nature si originale de cette infraction lui vaut pourtant une attention réduite de la doctrine au sein de ses manuels de droit pénal spécial[673]. Pourtant, sa nature particulière n'est pas sans susciter de nombreuses interrogations, tant elle « *semble heurter les principes les mieux établis du droit pénal général* »[674]. Certains la décrivent même comme paraissant « *condenser tous les maux du droit pénal* »[675].

124. ***Actes préparatoires d'une tentative non réprimée.*** Cet élargissement du champ d'application de l'infraction aux délits faisant encourir au moins cinq ans d'emprisonnement, a conduit à une situation qualifiée de « *paradoxale* »[676]. En effet, l'infraction-obstacle[677] ainsi instituée permet la répression d'actes préparatoires à certains délits pour lesquels le législateur n'a pas prévu l'incrimination de leur tentative[678]. C'est le cas par exemple de l'infraction de recel[679]. Cela revient-il à considérer que la seule préparation de telles infractions soit considérée par le législateur comme plus dangereuse pour la société que le fait même de les mettre à exécution sans succès ? Pourtant au stade des actes préparatoires le comportement équivoque de l'agent est sans pareille avec la résolution définitive de l'auteur d'une infraction tentée. Toutefois, il est fort probable que le législateur, en élaborant sa réforme n'ait pas envisagé qu'il en résulterait un tel paradoxe. De la sorte, et en tant qu'exception au principe selon lequel seul le commencement d'exécution peut à certaines conditions être répréhensible, l'incrimination de la simple préparation d'infractions

---

669 M. Véron, *Droit pénal spécial*, Sirey, 17ème éd., 2019, n°10.
670 *Ibid.* ; A. Vitu, D. Beauvais, « *Participation à une association de malfaiteurs* », *précit*., n°5.
671 A. Vitu, D. Beauvais, « *Participation à une association de malfaiteurs* », *précit*., n°5, V. n°37 pour une liste des principaux délits concernés.
672 Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques, art. 45.
673 Certains manuels issus des doctrines des plus autorisées ne comportent aucune étude approfondie de l'infraction : v. not. Ph. Conte, *Droit pénal spécial*, LexisNexis, 6ème éd., 2019. Pour ceux qui l'étudient en revanche, on note une insertion délicate de l'infraction au sein du plan, tantôt en préambule de l'ouvrage pour M. Véron, *Droit pénal spécial*, Sirey, 17ème éd., 2019, n°10 s. ; tantôt dans un chapitre conclusif de l'ouvrage chez Ch. André, *Droit pénal spécial*, Dalloz, 6ème éd., 2021, n°575 et s. ; ou encore dans un chapitre relatif à la mise en danger chez E. Dreyer, *Droit pénal spécial*, LGDJ, 2020, n°1248 et s., ou plus classiquement dans un chapitre relatif aux atteintes à la sécurité publique chez M.-L. Rassat, *Droit pénal spécial*, Dalloz, 8ème éd., 2018, n°952 et s.
674 M.-L. Rassat, *Droit pénal spécial*, *précit*., n°953.
675 Ch. André, *Droit pénal spécial*, *précit*., n°575.
676 E. Dreyer, *Droit pénal spécial*, *précit*., n°1253.
677 Présentée comme formelle par M.-L. Rassat, *Droit pénal spécial*, *op. cit*., n°957, mais l'auteure n'évoquant pas même la notion d'infraction-obstacle dans son manuel de droit pénal général, M.-L. Rassat, *Droit pénal général*, 4ème éd., Ellipses, 2017, il semble qu'elle ne distingue donc pas la différence de degré existant entre les deux notions et englobe les deux sous le seul terme d'infraction formelle. Elle est en revanche bien présentée expressément comme infraction-obstacle lors de son étude approfondie chez d'autres auteurs, v. not. A. Vitu, D. Beauvais, « *Participation à une association de malfaiteurs* », *op. cit*., n°5 ; E. Letouzey, « Fasc. 20 : concours et cumul d'infractions », JCL pén., Date de la dernière mise à jour : 18 Février 2021, n° 39 ; E. Dreyer, *Droit pénal spécial*, LGDJ, 2020, n°1249.
678 Comme le font remarquer M. Véron, *Droit pénal spécial*, *op. cit*., n°12 et E. Dreyer, *Droit pénal spécial*, *op. cit.,* n°1253.
679 Lorsqu'il n'y aura pas de circonstances aggravantes permettant de retenir un recel criminel pour lequel la tentative sera réprimée en vertu de C. pén., art. 121-4.

hypothétiques peut interroger quant à sa sévérité. D'autant qu'il ressort de la pratique que la qualification est souvent utilisée pour son efficacité, permettant la mise en œuvre de certaines procédures spéciales, pour finalement être écartée au profit de la qualification idoine. Certains avancent toutefois une justification possible en ce que l'incrimination requière une préparation concertée entre plusieurs protagonistes. De la sorte, la pluralité de participants « *rend crédible le projet envisagé et laisse entendre que la mise à exécution de l'infraction projetée est imminente* »[680]. Par ailleurs, pour certains, l'incrimination permettrait non seulement une répression anticipée visant à empêcher la réalisation d'autres infractions, mais également « *frapper indirectement les participants à l'entente pour les méfaits souvent ignorés qu'ils ont pu commettre dans le passé, et pour ceux dont on sait qu'ils les ont commis, mais dont il n'a pas été possible de déterminer également qu'ils en étaient les instigateurs, les exécutants et les complices* »[681]. Permettant ainsi, par une acception légère du respect des principes fondamentaux du droit pénal[682], de surmonter les difficultés liées à la notion de complicité ou encore aux problèmes de preuve impactant la poursuite des infractions matérielles ainsi empêchées.

125. ***Sévérité de l'incrimination et de la peine.*** La définition de ses éléments constitutifs tout comme l'interprétation jurisprudentielle qui en résulte apparaît en outre plutôt sévère pour une incrimination qui procède à une répression par anticipation. En effet, on note tout d'abord que l'« *association* » exigée par le texte est définie largement comme le « *groupement formé* » ou l' « *entente établie* ». Or, aucune des deux notions n'est définie par le texte[683]. Certains évoquent une nuance distinguant les deux notions : entre un « *« groupement », au contenu plutôt statique* » [684] et une entente qui exprimerait « *le dynamisme d'un accord qui s'esquisse et se noue entre plusieurs individus* »[685]. Il a également été suggéré que le terme de groupement puisse évoquer un collectif « *plus structuré que l'entente, celle-ci plus intellectuelle* »[686]. De la sorte, pour certains auteurs, « *tandis que le « groupement formé » est traditionnellement considéré comme doté d'une certaine permanence, l'« entente établie », à l'inverse, ne requiert pas un tel caractère de durée* »[687]. A titre de comparaison, si l'on se rapporte aux infractions spéciales inspirées de l'association de malfaiteurs[688], toutes sauf une répriment indistinctement les ententes ainsi que les groupements. En effet l'article 222-14-2, pourtant rédigé selon la même trame que les autres ne fait référence qu'au seul groupement. Il pourrait donc apparaître ici une différence suffisamment importante entre les deux notions pour qu'une seule ne soit finalement retenue par le législateur pour cette infraction. Or, l'infraction créée en 2010[689] n'a été appliquée que peu de fois en jurisprudence et il n'en ressort pas d'enseignements relatifs à l'interprétation de cette notion. L'omission du terme de groupement

---

[680] E. Dreyer, *Droit pénal spécial*, *op. cit.*, n°1255.
[681] A. Vitu, D. Beauvais, « Participation à une association de malfaiteurs », *op. cit.*, n°5.
[682] Le droit pénal doit intervenir seulement en raison du constat d'un comportement répréhensible, et non eu égard à une personnalité aux tendances criminelles pour laquelle l'incrimination d'association de malfaiteurs interviendrait en sanction de l'ensemble de son « œuvre » eu égard aux difficultés de preuve de comportements délictueux antérieurs.
[683] Ce qui était déjà le cas dans l'ancien article 266 (c. pén. 1810) comme le soulignent *Ibid.* n°18 ; M. Véron, *Droit pénal spécial*, *op. cit.,* n°11.
[684] A. Vitu, D. Beauvais, « Participation à une association de malfaiteurs », *op. cit.*, n°18.
[685] *Ibid.*
[686] A. Vitu, D. Beauvais, « Participation à une association de malfaiteurs », *op. cit.*, n°18.
[687] *Ibid.* n°20.
[688] C. pén., art. 212-3; 214-4; 222-14-2; 323-4; 461-18.
[689] Loi n° 2010-201 du 2 mars 2010, renforçant la lutte contre les violences de groupes et la protection des personnes chargées d'une mission de service public.

n'est ainsi sûrement pas intentionnelle, ce qui est peu surprenant pour un texte fait-diversiel écrit à la hâte[690]. De sorte, et au vu des difficultés à les différencier, les juges semblent retenir une interprétation large de ce qu'est une association. Comme le souligne M. le professeur Dreyer, « *Les magistrats comprennent cette répétition comme les invitant à envisager largement l'association de malfaiteurs, en empêchant les prévenus de se réfugier « derrière les équivoques auxquelles pouvait prêter l'interprétation du terme légal association »* »[691]. Par ailleurs, la doctrine semble d'avis que l'association diffère de la simple réunion, vue comme la « *juxtaposition d'action coupable* »[692], alors que dans le même temps, la jurisprudence assume sa position controversée[693] selon laquelle l'association diffère de la bande organisée. Faut-il en déduire alors que l'association se situerait à mi-chemin entre ces deux degrés d'action collective ? A l'évidence l'association de malfaiteurs correspond à un degré plus abouti de collaboration entre agents. Toutefois, depuis 1994[694] la jurisprudence semble avoir adopté une acception souple de la notion d'association, la rapprochant sur certains points de la simple réunion. De la sorte, on peut noter par exemple que l'association de malfaiteurs peut être constituée même lorsqu'elle n'est que ponctuelle[695], ou encore qu'elle ne nécessite pas de hiérarchisation des participants[696]. On note de plus un arrêt intéressant de la Cour de cassation[697] dans lequel a été rejetée la prétention du demandeur au pourvoi arguait de l'impossibilité de retenir l'infraction d'association de malfaiteurs alors même que la bande organisée n'avait pu être caractérisée et que seule la circonstance aggravante de réunion avait été retenue. Cette interprétation large de l'élément matériel entraîne une plus grande sévérité dans l'application de cette incrimination déjà exceptionnelle[698]. Il faut noter de plus que l'élément moral de l'infraction fait également l'objet d'une application souple par les juges[699]. En effet, comme pour toute infraction intentionnelle, la preuve de cette composante de l'élément moral est délicate à rapporter étant donné sa nature interne à l'agent[700]. Pour la doctrine, c'est cette difficulté qui explique la formulation de l'incrimination comme la résolution « *concrétisée ou caractérisée par un ou plusieurs faits matériels* »[701]. Et l'on note qu'en jurisprudence, les juges ont tendance à admettre aisément l'existence de la résolution à agir dès lors qu'il existait une relation entre les différents protagonistes en lien plus ou moins défini avec une infraction à venir[702]. Cette appréciation souple de l'intention

---

[690] A propos de la tendance du législateur contemporain à réagir avec précipitation aux faits-divers médiatisés v. not. F. Debove, « L'overdose législative » : Dr. pén. 2004, étude 12.
[691] E. Dreyer, *Droit pénal spécial*, *op. cit.*, n°1252.
[692] *Ibid.*
[693] V. *infra* n°127.
[694] Les versions antérieures au texte retenu dans la réforme de 1992 contenaient des définitions plus exigeantes, le code de 1810 nécessitant par exemple « un nombre suffisant de membres (mais non fixé par la loi), groupés en une organisation hiérarchisée », pour plus de détails concernant l'évolution du texte v. A. Vitu, D. Beauvais, « Participation à une association de malfaiteurs », *op. cit.*, n°7 et s.
[695] E. Dreyer, Droit *pénal spécial*, LGDJ 2020, n°1252.
[696] V. not. Cass. crim., 16 juin 1999, n° 98-84.265 ; Cass. crim., 30 mai 2001, n° 00-86.815.
[697] Cass. crim. 2 oct. 2012, n° 11-81.730 Comp. Cass. crim., 11 juin 1985, n° 84-95.053, JurisData n° 1985-701732 ; Bull. crim. 1985, n° 226, dans lequel à propos de l'article 435, alors que le pourvoi visait un groupement hiérarchisé et discipliné obéissant aux directives d'un chef, la chambre criminelle se contentait de la réunion de plusieurs personnes en vue de commettre l'infraction et caractérisée par la préparation et la possession des moyens utiles à l'action.
[698] En ce qu'elle fait exception au principe pénal selon lequel seul le commencement d'exécution peut être répréhensible.
[699] On verra dans la seconde partie de cette thèse que cette infraction est loin d'être la seule, cf. *infra* n°483 et s.
[700] V. nos développements en *infra* n°460 et s.
[701] M. Véron, *Droit pénal spécial*, *op. cit.*, n°11.
[702] Cass. crim, 15 déc. 1993, Dr. pén.1994, n°131, obs. M.Véron ; Cass. Crim, 5 sept. 2018, AJ pén. 2019, p. 37, obs., M. Ben David.

suscite une appréciation très critique de la part de certains auteurs, estimant que « *Les faits étant ténus, cette appréciation livre les suspects à l'arbitraire de la police judiciaire, de l'autorité de poursuite et du juge. Par ce biais, les mauvaises relations sont aisément punissables* »[703]. A la sévérité de l'incrimination s'ajoute le fort quantum des peines prévues pour cette infraction : dix ans d'emprisonnement et 150 000 euros d'amende lorsque l'infraction préparée fait encourir au moins dix ans d'emprisonnement ou cinq ans d'emprisonnement et 75 000 euros d'amende lorsque les peines encourues pour l'infraction préparée se situent entre cinq et dix ans d'emprisonnement. De la sorte, pour les délits faisant encourir dix ou cinq ans d'emprisonnement, la répression de leurs actes préparatoires, au demeurant équivoques, est aussi sévèrement envisagée que la répression de leur commission ou tentative lorsqu'elle est prévue par les textes. De la sorte, certains ont pu estimer plus largement que « *De telles sanctions peuvent sembler exagérées alors qu'il s'agit de punir une participation indéterminée à une association de malfaiteurs dans le cadre de laquelle seul un acte préparatoire a été commis* »[704]. L'auteur tempère toutefois, rappelant l'objectif louable de démantèlement de réseaux dangereux auquel répond l'infraction, lequel semble toutefois là encore dépasser le dessein même du droit pénal en empiétant sur le domaine réservé du droit administratif[705]. En outre, il faut noter que de la sorte, en cas de préparation d'une infraction criminelle, les peines encourues sont alors moins importantes que celles prévues pour les infractions matérielles ainsi envisagées. La répression sera alors plus sévère pour la préparation de certains délits que pour la préparation de crimes. Pour Madame le professeur Rassat, l'explication se trouve dans des considérations d'ordre procédural, ce qu'elle déplore à juste raison, « *dès lors qu'on pense que la forme doit servir le fond et non l'inverse* »[706].

126. ***Difficultés de résolution du concours d'infractions.*** L'association de malfaiteurs suscite également des difficultés lorsque l'infraction projetée est finalement exécutée. Dans cette hypothèse, l'invisibilité de l'infraction matérielle qui nous intéresse, n'aura alors été que temporaire, et les autorités seront donc à même de pouvoir la poursuivre. En théorie, eu égard à l'essence même de l'infraction-obstacle, il semble logique que l'infraction matérielle vienne se substituer à l'infraction-obstacle, laquelle aura manqué son objectif préventif. Mais en pratique la solution n'est pas aussi simple. Auparavant, la jurisprudence, eu égard à l'autonomie de l'infraction d'association de malfaiteurs, admettait le cumul de celle-ci avec les autres infractions préparées en son sein[707]. De la sorte, en tant que « *délit distinct* », la Cour de cassation admettait cette solution, à condition que les juges du fond caractérisent les éléments constitutifs propres à chacune des infractions ainsi retenues[708]. De la sorte, « *La Cour de cassation a donc refusé de regarder la participation à une association de malfaiteurs comme une infraction secondaire, qui s'effacerait*

---

[703] E. Dreyer, *Droit pénal spécial*, *op. cit.*, n°1257.
[704] *Ibid.*, n°1259 ; v. égal. E. Dreyer « faire et (y) penser » Gaz. Pal., 4 févr. 2020, p. 72.
[705] E. Dreyer, *Droit pénal spécial*, *op. cit.*, n°1259 : « C'est une logique de sécurité qui prévaut ici et qui empiète quelque peu sur les fonctions de police administrative et de renseignement. Le droit pénal se fait préventif alors même que cette fonction relève en principe du droit administratif ».
[706] M.-L. Rassat, *Droit pénal spécial*, *op. cit.*, n°956 : « *Ce choix a été expliqué par la volonté de laisser l'association de malfaiteurs dans l'ordre correctionnel, même en cas de projet de crime, pour des facilités de procédure* ».
[707] Cass. crim., 22 janv. 1986, JurisData n° 1986-000154; Bull. crim. 1986, n° 29; Cass. crim. 2 juill. 1991, Bull. crim. 1991 n° 288, D. 1991. IR 231, Gaz. Pal. 1992. 1, somm. 24 ; Cass. crim., 19 janv. 2010, n° 09-84.056, JurisData n° 2010-051422, M. Véron, « La double condamnation du détenu évadé », Dr. pén. n° 4, avril 2010, comm. 43.
[708] V. par ex. Cass. crim., 19 jan. 2010, n° 09-84.056, JurisData n° 2010-051422 ; Bull. crim. 2010, n° 11, Dr. pén. 2010, comm. 43 ; AJ Pén. 2010, p. 201 ; Cass. crim., 19 janv. 2010, *précit.*

devant le crime ou le délit préparé par les membres de l'entente, lorsque ceux-ci passent à l'action »[709]. Mais par un arrêt de 2016[710], la Cour de cassation a eu recours à l'adage *ne bis in idem* pour distinguer, d'un point de vue subjectif, des espèces dans lesquelles un tel cumul ne pouvait avoir lieu. Elle estimait alors que lorsqu'elles procèdent toutes deux d'une action unique et caractérisée par une seule intention coupable, il ne pouvait y avoir cumul de ces délits[711]. Cette application différenciée du principe *ne bis in idem* engendrait donc des décisions variables pour des infractions pourtant similaires. Une telle application casuistique nécessite à l'évidence une argumentation précise et complète des éléments ayant convaincu les juges de l'existence ou non d'une unité d'action. Pourtant, on a pu parfois relever un manque de rigueur dans l'argumentation des juges du fond, sanctionné par la Cour de cassation[712]. Cependant une évolution de la jurisprudence a par la suite été rapidement pressentie. En effet, la Cour de cassation a à plusieurs reprises adopté une appréciation objective des infractions commises en concours. Ainsi, elle a pu rejeter le moyen d'un prévenu arguant de la violation de la jurisprudence établie depuis 2016 par la cour d'appel l'ayant condamné pour association de malfaiteurs, au seul motif que « *ces faits sont distincts de ceux retenus à l'encontre du prévenu au titre du délit d'escroquerie, qui ont consisté à constituer des dossiers de prêts à l'aide des documents ainsi obtenus, en vue de se faire remettre des fonds par des organismes de crédit* »[713]. Or, comme l'a souligné M. le professeur Conte, de la sorte « *la motivation retenue par la chambre criminelle a un tour purement objectif* »[714], délaissant le précédent critère d'une intention unique. Cette formulation ayant été remarquée dans d'autres arrêts[715], l'auteur s'interrogeait une nouvelle évolution de la jurisprudence à ce sujet[716]. S'il soulignait alors qu'une telle évolution pourrait permettre de passer outre la confusion relative à la jurisprudence casuistique ayant cours depuis 2016 « *laquelle voit l'application de non bis tantôt acceptée, tantôt, […] écartée, selon des critères impénétrables* »[717]. Il semble toutefois rejoindre notre opinion quant à la nature particulière de l'infraction d'association de malfaiteurs, considérant que celle-ci devrait entraîner une « *impunité automatique pour l'une des qualifications en concours, et si la chambre criminelle juge ici le contraire, elle ne convainc guère* ». En effet, en invoquant la prétendue autonomie de l'infraction d'association

---

[709] A. Vitu, D. Beauvais, « *Participation à une association de malfaiteurs* », Fasc. 20, JCL pénal, LexisNexis, dernière mise à jour le 7 décembre 2020, n°29.

[710] Cass. crim., 26 oct. 2016, n° 15-84.552, JurisData n° 2016-022307 ; Bull. crim. 2016 n° 276 : « Vu le principe Ne bis in idem ; Attendu que des faits qui procèdent de manière indissociable d'une action unique caractérisée par une seule intention coupable ne peuvent donner lieu, contre le même prévenu, à deux déclarations de culpabilité de nature pénale, fussent-elle concomitantes ».

[711] Cass. crim., 10 avr. 2019, n° 17-86.447, JurisData n° 2019-005569, Ph. Conte, « Refus d'application du principe : complicité de trafic de stupéfiants et participation à l'association de malfaiteurs correspondante », Dr. pén. n° 6, Juin 2019, comm. 105 ; Cass. crim., 17 janv. 2018, n° 16-84.163, JurisData n° 2018-000314 ; Dr. pén. 2019, comm. 60.

[712] Cass. crim., 10 avr. 2019, *précit.*

[713] Cass. crim., 9 sept. 2020, n° 18-86.351, JurisData n° 2020-013016, n°9 à 17.

[714] Ph. Conte, « Le cas de l'association de malfaiteurs », Dr. pén. n° 12, déc. 2020, comm. 201.

[715] Cass. crim., 23 juin 2020, n° 19-80.933, JurisData n° 2020-009046; Cass. crim., 28 oct. 2020, n° 19-85.055, JurisData n° 2020-017375; Cass. crim., 28 oct. 2020, n° 19-87.469, JurisData n° 2020-021809; Cass. crim., 28 oct. 2020, n° 19-84.311, JurisData n°2020-017380 note Ph. Conte, « Association de malfaiteurs: application du principe non bis in idem », Dr. pén. n°2, févr. 2021, comm. 24.

[716] Ph. Conte, « Le cas de l'association de malfaiteurs », *op. cit.* : à moins comme l'auteur le souligne, que la Cour de cassation ne fasse référence implicitement à l'absence de cette intention unique nécessaire à l'application de non bis in idem ?

[717] Ph. Conte, « Le cas de l'association de malfaiteurs », *op. cit. ;* v. not. la contradiction entre les arrêts Cass. crim., 27 mai 2021, n° 20-80.931 qui exclut l'application de non bis in ideù et Cass. crim., 30 juin 2021, n° 20-81.724, JurisData n° 2021-010537 qui censure les juges du fond ayant procédé au cumul de l'association de malfaiteurs et de l'infraction préparée en son sein.

de malfaiteurs, la jurisprudence omet l'essence même de cette infraction d'exception, laquelle a objectif de « *neutraliser les malfaiteurs qui envisagent de commettre des infractions graves sans attendre, avec tous les risques que cela comporte pour l'ordre public, qu'ils aient commencé à exécuter leurs actes* »[718]. Alors même qu'elle a par ailleurs pu exclure la constitution de partie civile fondée sur l'association de malfaiteurs, considérant qu'aucun préjudice distinct de ceux admis pour les infractions matérielles correspondantes ne pouvait être retenu[719]. Or, n'est-ce pas là une preuve supplémentaire du lien indissociable entre l'association de malfaiteurs et les infractions commises ou tentées qu'elle a permises ? Le cumul entre les deux qualifications est d'autant plus critiquable lorsque l'infraction redoutée est une infraction invisible finalement commise et découverte. Dès lors, plus rien ne semble justifier une sévérité accrue puisque l'invisibilité redoutée n'aura finalement pas duré. Si le dessein d'une telle appréciation est tout de même d'alourdir la répression en raison de la « *dangerosité* » d'une telle préparation collective d'infractions parfois difficiles à découvrir, une autre solution existe qui relève de l'intervention même du législateur. En effet, la commission de l'infraction matérielle peut intégrer sa préparation collective grâce au recours aux circonstances aggravantes, et l'on pense notamment à celle de bande organisée. Pourtant, ce n'est pas cette solution que retient la chambre criminelle depuis décembre 2021.

127. ***Similarités avec la bande organisée.*** Mais avant d'étudier plus amplement la solution délétère de 2021 et ses applications postérieures, il convient de revenir sur la notion de bande organisée. Il est ici une nouvelle difficulté qu'il faut relever lorsque l'on envisage le concours entre l'association de malfaiteurs et la circonstance aggravante de bande organisée. Certains auteurs envisagent la bande organisée comme la circonstance aggravante permettant de réaliser l'addition entre l'infraction-obstacle et l'infraction matérielle ainsi préparée[720]. Toutefois, la jurisprudence, invoquant l'autonomie de l'association de malfaiteurs, a pu retenir concomitamment cette infraction-obstacle avec l'infraction matérielle préparée assortie de la circonstance aggravante de bande organisée[721]. Pourtant, l'article 132-71 du Code pénal définit la bande organisée comme « *tout groupement formé ou toute entente établie en vue de la préparation, caractérisée par un ou plusieurs faits matériels, d'une ou de plusieurs infractions* ». Or, il s'agit-là mot pour mot de la définition donnée par l'article 450-1 pour l'association de malfaiteurs[722]. De la sorte, certains auteurs ont pu très justement souligner le caractère « *abusif* »[723] d'un tel cumul[724], le principe étant qu'un même fait

---

[718] Circ.7 fév. 1981 relative à l'application de la loi « Sécurité et liberté » du 2 févr. 1981, D. 1981. 112, spéc. 115.

[719] A. Vitu, D. Beauvais, « *Participation à une association de malfaiteurs* », *op.cit.*, n°29 ; Cass. crim., 8 févr. 1979, Bull. crim. 1979, n° 58; JCP G 1979, IV, p. 121; D. 1979, inf. rap., p. 528, obs. M. Puech; RSC 1980, p. 151, obs. J. Robert.

[720] F. Desportes, F. Le Gunehec, *Droit pénal général*, Economica, 16ème éd., 2009, n°461 : « l'association de malfaiteurs devient souvent, en cas de commission de l'infraction, la circonstance aggravante de « bande organisée » définie par l'art. 132-71) ».

[721] V. not. Cass. crim. 19 janv. 2010, n° 09-84.056, AJ pén. 2010 p.201 concernant une évasion en bande organisée et une association de malfaiteurs cumul justifié par retenue d'éléments distincts; M. Véron, « La double condamnation du détenu évadé », *op. cit.*; Cass. crim. 30 juin 2010, n° 10-80.559 à propos d'une escroquerie en bande organisée et une association de malfaiteurs. ; M. Bombled, « Participation aux délits d'association de malfaiteurs et d'évasion en bande organisée », D. actu. 2 mars 2010 ; Cass. crim. 19 janv. 2010, n° 09-84.056 ; Cass. crim. 30 juin 2010, Dr. pén. 2010, comm. 125 : à propos d'une association de malfaiteurs et d'escroqueries en bandes organisées.

[722] La seule différence se situant dans l'absence de minimum légal encouru pour pouvoir entrer en condamnation lorsque l'infraction préparée est un délit.

[723] E. Dreyer, *Droit pénal spécial*, LGDJ, 2020, n°1254.

ne peut être retenu comme constitutif à la fois d'un crime ou d'un délit et d'une circonstance aggravante[725]. Pour la Cour de cassation en revanche, ces deux définitions identiques appellent deux interprétations différentes. En effet, dans un arrêt du 8 juillet 2015[726], la Haute juridiction prend enfin position explicitement, à la suite d'une longue évolution jurisprudentielle[727], en faveur d'une distinction entre les éléments constitutifs de l'association de malfaiteurs et les composantes de la bande organisée. Pour elle, *« la bande organisée suppose la préméditation des infractions et, à la différence de l'association de malfaiteurs, une organisation structurée entre ses membres* ». Elle opère ainsi par une acception *contra legem*, se fondant sur une « *dissociation, qui s'arrête au nom des notions sans égard pour leur contenu* »[728]. Et alors même que la circulaire de présentation des dispositions du Code pénal de 1994 définissait explicitement la bande organisée comme « *la prise en compte, après la commission de l'infraction, de l'existence d'une association de malfaiteurs qui était destinée à commettre cette infraction* »[729], présentation réitérée par la suite[730]. Comment justifier alors une différence d'interprétation lorsque les textes sont intentionnellement rédigés de façon identique par le législateur ? De plus, en donnant des critères plus stricts à la caractérisation de la bande organisée qu'à l'association de malfaiteurs, la jurisprudence se montre donc moins sévère à l'égard d'auteurs d'une infraction commise ou tentée, étant donc allés au bout de leur résolution, qu'à l'encontre d'individus n'ayant encore commis que des actes équivoques. De la sorte elle confirme par ailleurs un certain « *déclassement* »[731] de l'association de malfaiteurs tel que nous l'envisagions plus tôt. Il faut certes relever une évolution législative[732] quant au texte de l'association de malfaiteurs, lequel exigeait dans le Code de 1810 une structure organisée[733], abandonnée dans les rédactions postérieures. La jurisprudence ne conditionnant plus la caractérisation de l'association de malfaiteurs à ladite organisation pourrait donc respecter la *ratio legis* du texte, en pouvant se

---

[724] Vu comme automatique par M.-L. Rassat, *Droit pénal spécial*, Dalloz, 8ème éd., 2018, n°959 : du fait de cette identité de définitions, laissant au ministère public le choix entre association de malfaiteurs et infraction avec bande organisée.

[725] Cass. crim. 14 oct. 1954, Bull. crim.1954 n° 294.

[726] Cass. rim. 8 juill. 2015, n° 14-88.329, D.actu., 31 août 2015, obs. C. Benelli-de Bénazé, D. 2015 p. 2541 , note R. Parizot, D. 2015 p. 2465, obs. G. Roujou de Boubée, T. Garé, C. Ginestet, M.-H. Gozzi et S. Mirabail, AJ pén. 2016. 141, obs. C. Porteron ; S. Detraz, « Associés désorganisés », Gaz. Pal. 3 nov. 2015, n°307, p.29,; Ph. Conte, « Les éléments constitutifs de l'association de malfaiteurs sont différents des composantes de la circonstance aggravante de bande organisée », Dr. pén.n° 10, oct. 2015, comm. 120.

[727] Après des années à valider les décisions des juges du fond sans reprendre à son compte les critères par eux développés, V. not. pour un résumé de cette évolution jurisprudentielle : Ph. Conte, « Les éléments constitutifs de l'association de malfaiteurs sont différents des composantes de la circonstance aggravante de bande organisée », *précit.*

[728] R. Parizot, « « Ceci n'est pas une pipe » : l'association de malfaiteurs et la bande organisée selon la Cour de cassation », D. 2015 p.2541.

[729] Circ. min. Justice, crim. 93.9/F1, 14 mai 1993.

[730]Circ. du 2 septembre 2004 de présentation des dispositions relatives à la criminalité organisée de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité : la circonstance aggravante de bande organisée « doit (...) s'analyser comme la prise en compte, après l'infraction, de l'existence d'une association de malfaiteurs qui avait pour objectif de commettre cette infraction ».

[731] R. Parizot, « Ceci n'est pas une pipe », *précit.* : estimant que « si cette dissociation, redonne à la bande organisée sa véritable signification, elle déclasse corrélativement l'association de malfaiteurs quasiment au rang de la réunion ».

[732] V. not. R. Parizot, « Ceci n'est pas une pipe », *op. cit.*

[733] C. pén. 1810, art. 265 : « Toute association de malfaiteurs envers les personnes ou les propriétés, est un crime contre la paix publique ». Art. 266 : « Ce crime existe par le seul fait d'organisation de bandes, ou de correspondance entre elles et leurs chefs ou commandants, ou de conventions tendant à rendre compte ou à faire distribution ou partage du produit des méfaits ».

contenter d'une simple entente, perçue comme une structure plus souple[734]. Mais, il semble désormais que la Cour de cassation n'envisage l'association de malfaiteurs plus que comme l'entente, alors que la bande organisée relèverait plutôt du groupement[735]. Or, qu'elle interprète le « *groupement formé ou toute entente établie en vue de la préparation, caractérisée par un ou plusieurs faits matériels, d'une ou de plusieurs infractions* » comme une structure organisée ou plus souple, sa solution devrait être la même pour l'association de malfaiteurs et la bande organisée, à moins de ne commettre une « *« trahison » des notions* »[736]. L'intérêt d'une telle dissociation interroge. D'autant qu'étonnamment cette nouvelle justification au cumul, en restreignant le champ d'application de la bande organisée, risque de faire diminuer les recours possibles à celui-ci[737] tels qu'ils opéraient, de façon très critiquable, par le passé. Pour certains auteurs, la réponse se trouve sur un plan à la fois pragmatique et procédural. Elle serait en effet un moyen de correctionnalisation[738] des affaires, parfois jugée plus fiable en matière de criminalité organisée[739]. Tout en pouvant bénéficier opportunément des dispositions procédurales dérogatoires relatives à la criminalité organisée, desquelles profite l'association de malfaiteurs. Ce dont Madame Parizot se saisit pour dénoncer le paradoxe d'une telle solution : « *si n'est organisée que la bande organisée, est-il encore légitime que l'association de malfaiteurs participe de la définition de la criminalité organisée (art. 706-73, 706-73-1 et 706-74 c. pr. pén.) ?* »[740]. Suite aux arrêts de 2016, de la même façon qu'en ce qui concerne le concours avec l'infraction matérielle préparée, la Haute juridiction semblait préférer le critère de l'action commune avec une intention unique[741]. Mais à l'aune de certains arrêts postérieurs[742], la Cour de cassation ne paraissait admettre le cumul, que dans les cas où l'infraction commise en bande organisée[743] n'était qu'une des infractions préparées dans le cadre de l'association de malfaiteurs. De la sorte, l'association de malfaiteurs pouvait être retenue en *sus* pour réprimer la préparation d'autres infractions n'ayant donné lieu à commission ou tentative[744]. La solution semblait séduisante, toutefois, Monsieur le professeur Conte a pu souligner opportunément une difficulté en ce que « *s'il fallait affirmer qu'il en existe autant [d'associations de malfaiteurs] que*

---

[734] « *l'évolution législative a eu pour conséquence de substituer à l'association criminelle que nos ancêtres ont connue, l'entente parfois passagère, qui précède la perpétration des crimes, afin de donner à la justice des armes plus maniables et plus efficaces pour la répression des activités criminelles* » : E. Garçon, Code pénal annoté, Sirey, Nouvelle édition refondue et mise à jour par M. Rousselet, M. Patin et M. Ancel, tome 1 (art. 1 à 294), 1952, n° 15, p. 931, ss les art. 265 s. cité par R. Parizot, « Ceci n'est pas une pipe », *op. cit.*

[735] Si tant est que l'on puisse en donner une définition claire, v. cependant les apports de la doctrine sur la différenciation des notions évoqués plus haut, cf. *supra* n°125.

[736] R. Parizot, « Ceci n'est pas une pipe », *op. cit.*

[737] *Ibid.*

[738] Ph. Conte, « Les éléments constitutifs de l'association de malfaiteurs sont différents des composantes de la circonstance aggravante de bande organisée », Dr. pén. n° 10, Octobre 2015, comm. 120 ; V. également R. Parizot, « Ceci n'est pas une pipe », *op. cit.* pour un point de vue plus affirmé sur la question.

[739] W. Jeandidier, « La correctionnalisation législative », JCP 1991. I. 3487, n° 10.

[740] R. Parizot, « Ceci n'est pas une pipe », *op. cit.*

[741] Cass. crim., 26 oct. 2016, n°15-84.552, JurisData n°2016-022307 ; Bull. crim. 2016 n°276.

[742] V. not. Cass. crim., 9 mai 2019, n°18-82.885, JurisData n°2019-007333 : « Attendu qu'en prononçant ainsi, la cour d'assises a, sans méconnaître le principe non bis in idem, caractérisé un délit d'association de malfaiteurs distinct de la circonstance aggravante spécifiquement attachée à la tentative de vol en bande organisée commise le 20 mai 2010, dès lors que l'association de malfaiteurs avait pour objet la préparation d'autres infractions ».

[743] Ou non d'ailleurs, la solution semblant donc pouvoir s'appliquer également pour la question du concours entre l'infraction-obstacle et l'infraction matérielle préparée en son sein, v. not. Ph. Conte, « Association de malfaiteurs : application du principe non bis in idem », Dr. pén. n° 2, Février 2021, comm. 24 à propos de Cass. crim., 28 oct. 2020, n°19-85.055, JurisData n°2020-017375; Cass. crim., 28 oct. 2020, n°19-87.469, JurisData n° 2020-021809; Cass. crim., 28 oct. 2020, n°19-84.311, JurisData n°2020-017380.

[744] Cass. crim. 9 mai 2019, n°18-82.885, note S. Fucini, « Principe ne bis in idem et cumul de l'association de malfaiteurs et de la bande organisée », D. actu. 28 mai 2019.

d'infractions préparées, à pousser cette logique jusqu'au bout, il faudrait alors condamner les associés pour leur participation à l'association autant de fois qu'ils ont préparé des infractions différentes, s'agissant du moins de celles qu'ils n'auront pas exécutées en bande organisée»[745]. Finalement, il faut se demander quel est l'intérêt à retenir cumulativement l'association de malfaiteurs et l'infraction préparée, commise en bande organisée[746] ? La confusion des peines ne permettra pas une augmentation de la peine encourue par l'addition de l'association de malfaiteurs, et la bande organisée permet déjà le recours aux procédures dérogatoires relatives à la criminalité organisée. Seule une éventuelle peine complémentaire seulement prévue pour l'association de malfaiteurs semble envisageable[747]. L'avantage semble bien léger face aux difficultés soulevées par un tel cumul…

128. ***L'avènement du cumul automatique ?*** La chambre criminelle est pourtant venue signer ce qui apparaît comme l'avènement du cumul automatique entre bande organisée et association de malfaiteurs, voire plus largement entre toute infraction-obstacle et l'infraction matérielle correspondante. Par son arrêt de décembre 2021, la chambre criminelle a entendu revenir sur les incertitudes engendrées par la solution de 2016. De sorte, elle a opéré un véritable revirement puisque désormais le principe est celui du cumul, auquel elle admet deux séries d'exceptions en cas de faits identiques : l'hypothèse dans laquelle « *l'une d'elles, telles qu'elles résultent des textes d'incrimination, correspond à un élément constitutif*[748] *ou une circonstance aggravante de l'autre. Seule cette dernière qualification doit être retenue* »[749] ; ainsi que l'hypothèse de l'application classique du principe *specialia generalibus derogant*. En outre, elle semble exclure le recours à une intention unique[750], excluant désormais toute interprétation subjective[751]. Dans leur notice explicative, les Hauts magistrats renvoient notamment à la volonté du législateur : s'il a, par l'adoption de certains textes, favorisé l'apparition de concours de qualifications, c'est en conscience, puisqu'il entendrait ainsi « *réprimer différents aspects de l'action délictuelle* »[752]. Tentative désespérée du juge de justifier l'injuste par le recours à un argument suranné eu égard à l'inflation législative[753] d'un législateur contemporain qui croit pouvoir régler tous les maux à coups d'incantations législatives, favorisant doublons et définitions obscures, eux-mêmes propices à ces

---

[745] Ph. Conte, « Association de malfaiteurs et circonstance aggravante de bande organisée », Dr. pén. n° 9, sept. 2019, comm. 142.

[746] Et lorsque la bande organisée ne pourra être caractérisée du fait des conditions ainsi exigées par la Cour de cassation, l'admission d'une réunion voire d'une préméditation en sus, n'est-elle pas suffisante ?

[747] M.-L. Rassat, *Droit pénal spécial*, Dalloz, 8ème éd., 2018, n°959.

[748] Reste à déterminer ce qui pourra être considéré comme un élément constitutif : s'il s'agit d'une simple modalité du terme générique employé par la première incrimination, il semblerait que la chambre criminelle permette le cumul en l'absence d'identité formelle des notions employées par les textes. La note explicative de la Cour de cassation relative aux arrêts n° 1387 et 1390 du 15 décembre 2021 (v. point 2.3) ne se réfère qu'à des exemples extrêmement simples (vol avec violences, viol commis par violence) …

[749] Cass., crim., 15 déc.2021, n°21-81.864, §28-29.

[750] V. dans les premières applications de la nouvelle jurisprudence : Crim. 9 févr. 2022, n° 20-81.038 ; Crim. 15 févr. 2022, n° 20-81.450, D. 2022. 353 ; AJ pénal 2022. 206, obs. M.-C. Sordino ; Crim. 15 févr. 2022, n° 20-86.019 ; Crim. 15 févr. 2022, n° 21-81-966 ; Dr. pénal 2022, comm. 62, obs. Ph. Conte ; Crim. 16 mars 2022, n° 21-82.254, AJDA 2022. 606 ; D. 2022. 559 ; AJ pénal 2022. 266, obs. M. Bouchet ; Gaz. Pal. 2022, n° 16, p. 43, obs. E. Dreyer ; Crim. 13 avril 2022, n° 19-84.831, D. 2022. 793.

[751] Elle semble également exclure le principe développé en doctrine de la distinction entre infraction-fin et infraction-moyen.

[752] Cass., crim., 15 déc.2021, 21-81.864, §23.

[753] La doctrine se montre très critique de l'argument de la Cour de cassation v. not. Ph. Conte, « Non bis in idem : exercice d'analyse d'où il résulte que le droit n'est pas la mathématique », Dr. pén. n° 3, mars 2022, dossier 3 ; L. Saenko, « Les concours d'infractions en matière pénale : la fractura temporis ? », D. 2022, p.1762.

concours de qualifications. Si la solution, aussi critiquable qu'elle puisse être au fond[754], aurait pu un tant soit peu être sauvée par le fait de permettre une plus grande clarté et donc prévisibilité pour les individus poursuivis[755], il apparaît toutefois que toutes les solutions ne sont pas tranchées. Certains ont pu souligner que persistent des difficultés d'appréciation notamment concernant l'infraction d'association de malfaiteurs qui nous intéresse ici[756], la formule employée par la chambre criminelle demeurant trop large pour trancher en l'espèce. Mais la question se pose plus largement pour l'ensemble des infractions-obstacle, si elles constituent des actes préparatoires, en résulte-t-il qu'elles s'apparentent aux éléments constitutifs de l'infraction matérielle correspondante ? Par essence leur équivocité devrait en principe conduire à répondre par la négative. Mais il devrait alors s'ensuivre un cumul dans toutes ces hypothèses[757], ce qui semble contrevenir à l'objectif préventif de l'infraction-obstacle et partant à la réalité criminologique. Pourtant c'est cette solution regrettable que la jurisprudence a récemment actée, la chambre criminelle confirmant le tour répressif qu'a pris la jurisprudence depuis décembre 2021. Dans un arrêt du 9 juin 2022, la Haute juridiction estime en effet que non bis in idem « *ne s'oppose pas à ce qu'une même personne soit déclarée concomitamment coupable des chefs d'association de malfaiteurs et d'une infraction commise en bande organisée, y compris lorsque des faits identiques sont retenus pour caractériser l'association de malfaiteurs et la bande organisée et peu important que l'association de malfaiteurs ait visé la préparation de la seule infraction poursuivie en bande organisée* »[758]. Alors qu'elle a admis précédemment que la circonstance aggravante correspondant à la deuxième infraction doit permettre l'application de *non bis in idem* la concernant, elle justifie sa position par les divergences d'interprétation des notions de bande organisée et d'association de malfaiteurs[759]. Soit par le recours à une interprétation *contra legem* des deux notions définies à l'identique par le législateur. En outre, elle déclare de manière péremptoire que « *les éléments constitutifs du délit d'association de*

---

[754] V. les très nombreux articles rédigés à son sujet en supra note de bas de page n°436.

[755] Mais surtout une réduction importante du contentieux lié à l'application du principe ne bis in idem… V. en ce sens O. Décima, « Requiem pour Ne bis in idem », Dr. pén. n° 3, Mars 2022, dossier 4 qui souligne que « Cette position ne semble posséder qu'une vertu : simplifier le contentieux dont la Cour de cassation a la charge ».

[756] Ph. Conte, « Condition d'application du principe », Dr. pén. n° 2, fév. 2022, comm. 23.

[757] L'hypothèse décrite par la chambre criminelle comme une exception au cumul lorsque l'une des infractions correspond à une circonstance aggravante de l'autre n'en est pas réellement une, puisque dans ce cas le cumul est réalisé par le législateur via la circonstance aggravante. Or, c'est bien au législateur que devrait incomber la décision du cumul ou du non-cumul… V. appelant une intervention législative l'excellent article de X. Pin, « Conflit de qualifications : beaucoup de bruit... », RSC 2022 p.311 ; v. égal. L. Saenko, « Les concours d'infractions en matière pénale : la *fractura temporis* ? », D. 2022, p.1762 : qui voit dans l'absence de texte la cause du chaos jurisprudentiel : « À défaut de texte susceptible de les encadrer, les concours entre infractions ont donné lieu en cinq ans à peine à deux évolutions jurisprudentielles majeures ».

[758] Cass. crim., 9 juin 2022, n° 21-80.237 : JurisData n° 2022-009099, § 18 ; AJ pénal 2022. 429, obs. H. Génin et D. Sénat ; Dr. pénal 2022, comm. 138, obs. Ph. Conte ; Crim. 22 juin 2022, n° 21-83.360, D. 2022. 1208 ; AJ pénal 2022. 375 et les obs. ; RTD com. 2022. 679, obs. B. Bouloc ; Gaz. Pal. 2022. 16 note L. Saenko ; V. précédemment Cass. crim., 15 févr. 2022, n° 20-86.019 : JurisData n° 2022-002191 : qui admet le cumul mais eu égard à une distinction artificielle des faits matériels visés pour l'association de malfaiteurs et la bande organisée.

[759] L'association de malfaiteurs impose un minimum répressif pour être caractérisée cf. Crim. 8 juill. 2015, n° 14-88.329, Dalloz actualité, 31 août 2015, obs. C. Benelli-de Bénazé ; D. 2015. 2541, note R. Parizot ; ibid. 2465, obs. G. Roujou de Boubée, T. Garé, C. Ginestet, M.-H. Gozzi et S. Mirabail ; AJ pénal 2016. 141, obs. C. Porteron ; la bande organisée suppose une « organisation structurée entre ses membres » cf. Crim. 8 juill. 2015, n° 14-88.329, D. 2015. 2541, note R. Parizot ; *ibid*. 2465, obs. G. Roujou de Boubée, T. Garé, C. Ginestet, M.-H. Gozzi et S. Mirabail ; AJ pénal 2016. 141, obs. C. Porteron ; Dr. pénal 2015, comm. 129 ; et constitue une circonstance aggravante réelle qui « a trait aux conditions dans lesquelles l'infraction a été commise ou préparée et n'implique pas que l'auteur de l'infraction aggravée y ait lui-même participé » cf. crim. 15 sept. 2004, n° 04-84.143, D. 2004. 276.

malfaiteurs et de l'infraction consommée poursuivie en bande organisée ne sont pas susceptibles d'être incompatibles »[760]. Le cumul devient donc systématique[761]. Alors qu'elle qualifie le recel et l'infraction d'origine d'« *incompatibles* » sans autre forme d'explications[762]… Et qu'elle avait précédemment admis dans un arrêt, antérieur à la « *révolution* »[763] délétère de décembre 2021, qu'*« en cas de concours entre une infraction dont la raison d'être est de faire obstacle à la commission d'une autre infraction et une infraction qui sanctionne une action parvenue à son terme ou dont la tentative est consommée, l'infraction pour laquelle la peine privative de liberté la plus longue est prévue doit être retenue. Lorsque cette peine est identique pour ces deux infractions, la seconde doit être préférée »*[764]. La différence d'appréciation interroge, d'autant qu'aucun élément d'appréciation n'est donné. On rejoint alors ceux qui estiment que la chambre criminelle use ici d'une de ces « *notions malléables à merci et propices aux solutions sur mesure* »[765], soit une manière pour les Hauts magistrats de pouvoir justifier tout et son contraire sans avoir à s'en expliquer. En découle ici une solution injuste[766], laquelle permet une sorte de double cumul par la condamnation des mêmes faits par le biais de l'infraction-obstacle, l'infraction préparée en son sein et la circonstance aggravante correspondant à la première, laquelle permet déjà un cumul, quant à lui, légal. C'est bien ce que dit la circulaire de présentation du code pénal lorsqu'elle énonce que « *Cette circonstance aggravante peut s'analyser comme la prise en compte, après la commission de l'infraction, de l'existence d'une association de malfaiteurs qui était destinée à commettre cette infraction (association dont la définition donnée par l'article 450-1 est similaire à celle de l'article 131-71)* »[767]. Par ailleurs, il faut entendre que pour exclure le cumul c'est uniquement à la lettre du texte qu'il convient désormais de se référer. C'est au sein des éléments constitutifs de l'infraction matérielle qu'il convient d'identifier la matérialité de l'infraction-obstacle. Laquelle doit être décrite à l'identique par les textes. Allant de plus à l'encontre de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme[768], laquelle se fonde sur l'identité de la conduite du prévenu et non sur l'identité de l'incrimination pour exclure le cumul[769]. Et alors qu'elle-même ne prend pas en compte le caractère identique des définitions légales de bande organisée et d'association de malfaiteurs, la chambre criminelle, allant à l'encontre des intentions du législateur, opte ainsi pour un « *fétichisme des mots* »[770] décrié par la doctrine pour sa flagrante hypocrisie. Ainsi, on craint que la solution du

---

[760] Cass. crim., 9 juin 2022, *précit*., n°17.
[761] X. Pin, « Concours de qualifications : bis in idem ! », RSC 2022 p.811.
[762] Cass. crim., 13 avr. 2022, n° 19-84.831, F-B : JurisData n° 2022-005609 ; Ph. Conte, « Le cas de l'« auto-recel » », Dr. pén.n° 6, juin 2022, comm. 103.
[763] X. Pin, « Concours de qualifications : bis in idem ! », RSC 2022 p.811.
[764] Cass. crim., 27 mai 2021 : Ph. Conte « Le cas des infractions de prévention », Dr. pén. n° 9, sept. 2021, comm. 139 ; v. égal. Cass. crim., 10 nov. 2021 : Dr. pén. 2022, comm. 5.
[765] Ph. Conte, « Les cas de l'association de malfaiteurs et de la bande organisée », Dr. pén. sept. 2022, comm. 138.
[766] V. Ph. Conte, « Les cas de l'association de malfaiteurs et de la bande organisée », pré*cit.* : pour qui la chambre criminelle fait ici « l'économie d'un raisonnement sur ce qui est juste ».
[767] Circ. du 14 mai 1993, Commentaire des dispositions de la partie Législative du nouveau code pénal (livres I à V) et des dispositions de la loi du 16 décembre 1992 relatives à son entrée en vigueur.
[768] X. Pin, « Concours de qualifications : bis in idem ! », RSC 2022 p.811 ; L. Saenko, « ; Ph. Conte, « Non bis in idem : exercice d'analyse d'où il résulte que le droit n'est pas la mathématique », *précit.*
[769] Art. 4 du protocole additionnel n°7 : CEDH 19 déc. 2017, n° 78477/11, Ramda c/ France, § 87, D. 2018. 11, et les obs. ; ibid. 2259, obs. G. Roujou de Boubée, T. Garé, C. Ginestet, S. Mirabail et E. Tricoire ; AJ pénal 2018. 153, obs. S. Lavric ; v. égal. (CEDH, gde ch., arrêt du 10 février 2009, Serguei Zolotoukhine c. Russie, n° 14939/03.
[770] Ph. Conte, « Non bis in idem : exercice d'analyse d'où il résulte que le droit n'est pas la mathématique », Dr. pén. n° 3, mars 2022, dossier 3.

cumul ne s'étende plus largement à l'ensemble des infractions-obstacle, lorsque l'infraction correspondante aura été réalisée. En effet, la chambre criminelle, ajoute par un obiter dictum « *peu important que l'association de malfaiteurs ait visé la préparation de la seule infraction poursuivie en bande organisée* »[771]. Faisant par-là œuvre « *moins d'une véritable démonstration que d'une pétition de principe* »[772].

In fine, si l'entente de malfaiteurs rend « *souvent plus difficile la découverte des infractions et le châtiment de leurs auteurs* »[773], l'infraction-obstacle ainsi créée et appliquée par les juridictions pénales soulève de nombreuses difficultés. Son efficacité est par ailleurs à questionner. On l'a vu, dans la majorité des cas, la question se pose de son concours avec la réalisation de l'infraction préparée, dont l'invisibilité qui nous intéresse ici n'aura donc été que temporaire. Or, de la sorte, il est difficile de penser que l'infraction-obstacle remplit ainsi son objectif préventif. Pourtant, c'est bien lui qui fonde la légitimité de cette infraction d'exception, remontant très haut sur l'*iter criminis*.

2- Les infractions-obstacle techniques du droit des affaires

129. ***Champ d'étude.*** Le droit pénal des affaires compte de nombreuses infractions pouvant faire obstacle[774] aux infractions invisibles fréquentes en ce domaine « *privilégié pour la délinquance occulte, les dirigeants sociaux malhonnêtes ayant tous pouvoirs pour masquer leurs malversations* »[775]. Ne pouvant en dresser un inventaire complet, on s'intéressera notamment à deux des aspects les plus importants de la vie des affaires, ainsi de la comptabilité des sociétés ainsi qu'au contrôle exercé par les commissaires aux comptes. Ces domaines font l'objet d'incriminations techniques et nombreuses permettant de parer au statut privilégié des dirigeants d'entreprise qui pourraient de sorte être tentés d'abuser de leur position. Ces infractions sont dites « *techniques* » car elles sont propres au domaine des affaires et correspondent à la sanction par le droit pénal du non-respect des règles relatives au fonctionnement des sociétés. Concernant la comptabilité des sociétés, on peut recenser les délits reprochés aux dirigeants sociaux n'ayant pas établi pour chaque exercice les documents comptables qui leur incombaient. Ainsi du dirigeant de SARL[776] ou d'une société anonyme[777]. On peut également citer les infractions complémentaires correspondant à la non-présentation des comptes annuels aux associés ou leur non-publication[778]. Mais également la présentation ou la publication de comptes annuels inexacts[779]. Quant au contrôle de la société, cela

---

[771] Cass. crim., 9 juin 2022, *précit.*, n°18.
[772] X. Pin, « Concours de qualifications : bis in idem ! », RSC 2022 p.811
[773] M. Culioli, P. Gioanni, « Association de malfaiteurs », Rép. pén., mai 2017, actualisation juin 2019, n°29.
[774] D. Déchenaud, « L'élément matériel de l'infraction économique » *in* V. Valette-Ercole (dir.), *Le droit pénal économique. Un droit pénal très spécial ?*, Cujas, 2018, pp.25-36.
[775] W. Jeandidier, « Infractions économiques », Rép. pén., oct. 2016, n°51.
[776] C. com., art. L. 241-4.
[777] C. com., art. L242-8.
[778] C. com., art. L. 241-3 3° SARL et L. 242-6 2° concernant les sociétés par actions; art. L242-10 concernant les sociétés anonymes qui prévoit qu'un emprisonnement de 6 mois et une amende de 9 000 euros sont encourus par le président ou les administrateurs d'une société anonyme qui n'auront pas soumis à l'assemblée générale dans les six mois de l'exercice suivant les comptes annuels et le rapport de gestion; Art. L241-5 concernant le gérant d'une SARL; C. monét. fin., art. L. 231-11, 2 pour les sociétés civiles de placement immobilier.
[779] Concernant les dirigeants des sociétés anonymes : C. com., art. L242-6 3° *C. com.* ; les gérants de sociétés à responsabilité limitée : C. com., art. L. 241-3, 3° ; les dirigeants des sociétés en commandite par actions : C. com., art. L. 243-1, les sociétés à directoire : C. com., art. L. 242-30, les sociétés par actions simplifiées : C.

renvoie aux infractions relatives à l'entrave à l'exercice des fonctions des commissaires aux comptes : la non-désignation d'un commissaire aux comptes lorsque cela est obligatoire, mais également sa non-convocation aux assemblées d'actionnaires[780], tout comme l'obstacle aux vérifications[781] entreprises par celui-ci.

130. ***Nature des infractions techniques.*** La présentation de ces infractions comme délits-obstacles suscite débat. Il est vrai que pour certaines des infractions précitées, le comportement de l'agent peut tout aussi bien intervenir après qu'il a déjà commis une infraction matérielle, voire formelle, dont il souhaite par ce biais assurer l'invisibilité. C'est le cas par exemple du dirigeant social condamné pour présentation de comptes annuels inexacts ayant eu recours à des manipulations comptables pour dissimuler des prélèvements injustifiés des associés en les enregistrant comme des créances de la société sur des tiers[782]. Ces infractions peuvent alors permettre la révélation à des tiers de l'existence d'une infraction commise par les dirigeants sociaux. Mais il semble par ailleurs que de telles infractions permettent également une certaine prévention. D'ailleurs, il a pu être souligné que « *le droit pénal des affaires est principalement constitué de délits obstacles dont l'objectif est de prévenir la commission d'infractions plus graves* »[783]. En effet, dans le cadre de ces infractions, « *la répression interviendra souvent pour saisir des comportements certes dangereux, mais qui n'atteignent aucune valeur sociale protégée* »[784]. Lorsque que le droit pénal vient incriminer le non-respect des règles relatives à la tenue de la comptabilité de l'entreprise ou à l'exercice des activités du commissaire aux comptes, il permet d'anticiper sur ce à quoi de tels manquements pourraient conduire. L'absence de tenue d'une comptabilité pourrait par exemple, permettre aux dirigeants sociaux la commission d'abus de biens sociaux en toute discrétion[785]. Si certains auteurs admettent de la sorte la qualité d'infraction-obstacle aux infractions techniques du droit pénal des affaires[786], en revanche, d'autres contestent une telle affirmation. Dans sa thèse sur la responsabilité pénale professionnelle, Murielle Bénéjat qualifie ces infractions techniques d'« *infractions de réglementation* »[787]. Pour l'auteure, « *le propre d'une infraction de réglementation réside dans son indifférence au préjudice* »[788], d'où le rapprochement possible avec les infractions formelles et obstacle. Elle réfute toutefois tant la nature formelle, que la nature obstacle - plus appropriée - estimant que ces infractions techniques ne poursuivent pas la même finalité, à savoir « *la prévention d'une atteinte à la valeur sociale garantie par l'infraction matérielle correspondante* »[789]. En effet, Mme Bénéjat considère que « *Le but d'une infraction de « pure réglementation » n'est pas de garantir le plus tôt possible sur l'iter criminis les personnes ou leurs*

---

com., art. L. 244-1, les sociétés civiles de placement immobilier : C. monét. fin., art. L. 231-11 et les sociétés coopératives : L. n° 47-1775, 10 sept. 1947, art. 26, 2.

[780] C. com., art. L. 820-4, 1°.

[781] C. com., art. L. 820-4, 2°.

[782] Cass. crim., 1er juill. 2009, n° 08-88.308, JurisData n° 2009-050137 ; Rev. Sociétés 2009, p. 859, note B. Bouloc ; Dr. sociétés 2009, comm. 234, obs. R. Salomon ; LPA 21 déc. 2009, obs. Y. Muller.

[783] E. Dreyer, « Faire et (y) penser », Gaz. Pal. 4 févr. 2020, n°5, p. 72.

[784] D. Déchenaud, « L'élément matériel de l'infraction économique », *op. cit.*

[785] Cass. crim., 8 févr. 1968, Bull. crim. 1968, n° 42 : « l'infraction est aussi le fait d'un administrateur qui, pour réaliser à son profit des abus de biens sociaux, impose un protocole comportant l'approbation d'un faux bilan ».

[786] D. Déchenaud, « L'élément matériel de l'infraction économique », *op. cit.* ; E. Dreyer, « Faire et (y) penser », *op. cit.*

[787] M. Bénéjat, *La responsabilité pénale professionnelle*, Thèse, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, volume 111, 2012, n°222.

[788] *Ibid.*, n°232.

[789] *Ibid.*

droits mais de sanctionner le non-respect d'une norme »[790]. Elle ajoute encore que la notion d'infraction-obstacle « *présente aussi l'inconvénient d'inscrire l'acte dans un processus causal dommageable auquel l'infraction de réglementation demeure étrangère* »[791]. Or, si l'on considère l'infraction-obstacle comme la répression d'actes équivoques, peut-on réellement parler de la mise en œuvre d'un processus aboutissant à un dommage, alors même que l'auteur peut encore ne pas donner suite aux simples actes préparatoires ? De plus, une telle présentation interroge quant à l'objet de ces infractions, est-ce le rôle du droit pénal de se contenter d'assurer le respect d'autres normes sans que cela ne participe de la protection de certaines valeurs protégées par celui-ci ? L'auteure souligne à ce titre la sévérité des critiques proférées par la doctrine à l'encontre de ces infractions, tout en relativisant d'une manière expéditive la difficulté ainsi soulevée[792]. Quoiqu'il soit, il nous semble tout de même, ne serait-ce que *de facto,* que ces les infractions ici évoquées peuvent mettre en œuvre une certaine prévention. La tenue honnête des comptes annuels et le respect de l'exercice des commissaires aux comptes incite à une conduite irréprochable du dirigeant social, en rendant plus difficile la commission d'infractions invisibles grâce aux contrôles ainsi opérés. D'ailleurs, avant la création du délit de présentation ou publication de comptes annuels infidèles, par décret-loi du 30 octobre 1935[793], M. le professeur Jeandidier souligne que « *seule la qualification d'escroquerie était envisageable si le faux bilan avait servi à obtenir des versements ou déterminé une cession de titres* »[794]. Son approche est en outre confirmée par d'autres auteurs qui voient en « *l'inobservation des règles comptables […] l'origine d'autres délits : ainsi la falsification comptable peut être constitutive des manœuvres frauduleuses de l'escroquerie* »[795]. Par conséquent l'incrimination peut servir d'obstacle à une éventuelle escroquerie, l'agent ayant pu falsifier le bilan de l'entreprise de sorte à gagner la confiance des victimes. D'ailleurs, l'admissibilité de l'action civile d'actionnaires, dont l'achat de parts de la société a été déterminée par l'apparente prospérité de celle-ci[796], démontre bien que la présentation ou publication de comptes annuels inexacts peut n'être qu'une première étape vers la commission d'une autre infraction.

131. ***Difficultés soulevées par les infractions.*** Ces infractions ne sont pas sans présenter quelques difficultés. On note tout d'abord, comme pour l'ensemble des infractions du droit des affaires[797] une certaine sévérité dans l'appréciation de l'intention des professionnels poursuivis. Lesquels peuvent difficilement démontrer l'absence de celle-ci, la preuve étant aisément déduite de l'élément matériel[798], mais également de leur qualité de professionnel[799]. Mais le débat

---

[790] M. Bénéjat, *La responsabilité pénale professionnelle*, *op.cit.*, n°232.
[791] *Ibid.*
[792] *Ibid.*, n°222.
[793] A l'époque il est plus exact de parler d'un bilan infidèle, le terme de comptes annuels infidèles n'apparaissant qu'avec la loi du 30 avril 1983, n°83-353
[794] W. Jeandidier, « Fasc. 147-40 : Délit de présentation ou de publication de comptes annuels ne donnant pas une image fidèle », JCP Sociétés, Date de la dernière mise à jour : 23 Mai 2020, n°1.
[795] A. Lepage, P. Maistre du Chambon, R. Salomon, *Droit pénal des affaires*, 5ème éd., 2018, n°828.
[796] Cass. crim, 5 nov. 1991, Bull. crim. 1991, n° 394; Cass. crim. 30 jan. 2002, Bull. crim. 2002, n° 14; Cass. crim., 16 avril 2008, n° 07-84.713, JurisData n° 2008-043958.
[797] J.-H. Robert, H. Matsopoulou, *Traité de droit pénal des affaires*, PUF, 2004, n°3 ; V. plus en détail nos propos sur la preuve de l'intention en partie II, *infra* n°487 et s.
[798] W. Jeandidier, « Fasc. 147-40 : Délit de présentation ou de publication de comptes annuels ne donnant pas une image fidèle », *op. cit.*, n°44 à propos du dol spécial requis pour la présentation de comptes annuels infidèles ; R. Salomon, « Un élément moral réduit », Dr. des soc., avril 2011, n°4, comm.79 à propos de Cass. crim., 1er déc. 2010, n° 09-86.125, JurisData n° 2010-028101 concernant la même infraction.
[799] M.Véron, G. Beaussonie, *Droit pénal des affaires*, 13ème éd., Dalloz, 2022, n°393 : « Le délit de défaut de convocation aux assemblées suppose une intention coupable. Mais celle- ci sera facilement admise car, en raison

est ici singulier sur la nature même des délits en cause. Certains constituant des délits matériels sous l'empire de l'ancien Code pénal[800], la question semble se poser, encore aujourd'hui, de la nature intentionnelle ou non intentionnelle de ceux-ci. La balance semblant toutefois pencher en faveur d'une nature intentionnelle eu égard à l'article 121-3 du Code pénal. L'intentionnalité requise étant toutefois atténuée par la facilité avec laquelle celle-ci sera prouvée aux yeux des juges. Par ailleurs, les peines encourues pour certains de ces délits semblent sans commune mesure avec le comportement ainsi réprimé. Ainsi de l'obstacle aux vérifications du commissaire aux comptes, lequel fait encourir cinq ans d'emprisonnement et 75 000 euros d'amende, « *peine très lourde* »[801], tout comme la peine encourue pour présentation de comptes infidèles, cinq ans d'emprisonnement et 375 000 euros d'amende, identique à l'infraction d'escroquerie[802]. Cela semble sévère d'autant que l'infraction pourra être retenue à l'encontre des professionnels ayant refusé la collaboration avec le commissaire aux comptes, non par intention frauduleuse, mais seulement pour s'extraire de contrôles jugés trop lourds[803] et intrusifs, voire à cause de conflits personnels avec le commissaire en question[804].

Enfin, il se pose là aussi, dans une moindre mesure, la question du cumul des infractions étudiées avec l'infraction matérielle en découlant. La jurisprudence a en effet pu admettre le cumul de qualifications en matière comptable[805]. Ecartant le principe *non bis in idem*, au moyen de l'existence de valeurs sociales distinctes, le cumul a de la sorte pu être admis notamment pour présentation de comptes infidèles avec une escroquerie[806] ou encore une banqueroute[807]. Cette jurisprudence a toutes les chances de perdurer puisque la chambre criminelle fait désormais du cumul le principe auquel elle admet peu d'exceptions[808].

B- Les infractions-obstacle de la cyberdélinquance

132. Dans le domaine de la cyberdélinquance, que le législateur redoute pour leur invisibilité, des infractions-obstacle ont été créées tant pour ce qui concerne les infractions spécifiques à internet **(1)**, que pour les infractions classiques dont la commission est simplifiée par le recours aux communications électroniques **(2)**.

---

de leur qualité, les prévenus savent « nécessairement » ce qu'ils sont tenus de faire en ce domaine » ; W. Jeandidier, « Fasc. 147-40 : Délit de présentation ou de publication de comptes annuels ne donnant pas une image fidèle », *op. cit*., n°279.

[800] W. Jeandidier, « Fasc. 147-40 : Délit de présentation ou de publication de comptes annuels ne donnant pas une image fidèle », *op. cit*., n°336.

[801] J.-H. Robert, H. Matsopoulou, *Traité de droit pénal des affaires*, *précit*., n°319.

[802] M. Véron, G. Beaussonie, *Droit pénal des affaires*, 12ème éd., Dalloz, 2019, n°427 : « On notera que ces peines très lourdes sont identiques à celles qui sanctionnent l'escroquerie (C. pén., art. 313- 1) ».

[803] J. Larguier, Ph. Conte, *Droit pénal des affaires*, 11ème éd., Armand Colin, 2004, n°382.

[804] Cass. crim. 12 sept. 2001, JurisData n°2001-011245 ; CA Paris, 25 mars 1991, JurisData n°1991-021872.

[805] Cass. crim., 12 déc. 2007, n° 07-80.799, F-D : Juris-Data n° 2007-042598 ; R. Salomon, « Cumul idéal d'infractions comptables », Dr. soc. n° 3, mars 2008, comm. 64.

[806] Cass. crim., 31 mai 1976, Bull. crim. 1976, n° 190.

[807] Cass. crim., 12 déc. 2007, n° 07-80.799, Juris-Data n° 2007-042598 ; note R. Salomon, « Cumul idéal d'infractions comptables », *précit. ;* Cass. crim., 14 nov. 2013, n° 12-85.616, JurisData n° 2013-027573 ; note R. Salomon, « Cumul des délits de présentation de comptes infidèles et de banqueroute par désordres comptables », Droit des sociétés n° 1, Janvier 2014, comm. 18.

[808] Cass., crim., 15 déc.2021, n°21-81.864 ; V. développements en *supra* n°128.

1- Empêcher les infractions spécifiques à internet

133. Dans le domaine des infractions spécifiques à internet, ce sont deux principaux délits qui ont été créés par le législateur pour tenter d'endiguer la perpétration de ces infractions de plus en plus nombreuses.

134. ***La « cyber-association »[809] de malfaiteurs.*** Alors que « *80 % des infractions sur internet seraient commises par des groupes* »[810], le législateur a opté pour la création d'une infraction permettant une répression en amont, dès la constitution de tels groupes avec l'article 323-4 du Code pénal. Conçue comme le décalque de l'association de malfaiteurs classique visée à l'article 450-1 du même code[811], l'infraction s'en distingue toutefois par deux aspects. Tout d'abord, le champ d'application de l'association de malfaiteurs spécifique à internet est restreint à quatre infractions, des articles 323-1 à 323-3-1 du Code pénal, uniquement délictuelles. Mais il s'applique plus largement en ce que l'article 323-1 ne pourrait être pris en compte par l'association de malfaiteurs classique puisque celui-ci ne fait encourir qu'une peine de deux ans d'emprisonnement contre les cinq requis par l'article 450-1. Ce qui dénote une certaine sévérité du législateur quant aux cyber-infractions. En outre, l'article 323-4 ne prévoit pas de sanction qui lui soit propre[812], renvoyant simplement à celles encourues pour les infractions projetées ainsi désignées. On note de sorte l'intention du législateur d'envisager l'incrimination comme une sorte de complicité[813]. Mais également la difficulté de preuve qui s'ensuit de la découverte de l'infraction, qui à ce stade encore équivoque, peut ne pas permettre la détermination précision de l'infraction envisagée, et ses éventuelles circonstances aggravantes. En outre, ici encore, on note une certaine sévérité dans la formulation ou l'appréciation des éléments constitutifs de l'infraction. Concernant l'élément matériel, la notion d'entente fait l'objet d'une appréciation très large par les juridictions. En effet, la Cour de cassation a pu admettre de façon très critiquable[814] que celle-ci pouvait être caractérisée par l'existence d'un simple accord tacite[815]. En l'espèce, le canal de discussion créé par l'agent avait été utilisé par la suite par des internautes pour organiser une attaque DDOS[816]. L'individu poursuivi n'ayant pas pris part à de telles discussions, a toutefois été condamné pour entente établie en vue de

---

[809] Selon l'expression de W. Azoulay, « Déni de service distribué et passerelle en ligne : l'organisation d'une bande désorganisée », D. actu. 24 novembre 2017.
[810] Ch. Féral-Schuhl, *Cyberdroit. Le droit à l'épreuve de l'internet*, Praxis Dalloz, 7ème éd., 2018, n°712.101.
[811] Tous deux visent « *La participation à un groupement formé ou à une entente établie en vue de la préparation, caractérisée par un ou plusieurs faits matériels* » d'une ou de plusieurs infractions.
[812] E. Dreyer, *Droit pénal spécial*, LGDJ, 2020, n°476.
[813] Comp. E. Dreyer, « Association de malfaiteurs en vue de porter atteinte à un STAD », RSC 2018 p.114.
[814] V. les appréciations critiques de la doctrine à propos de cet arrêt : E. Dreyer, « Association de malfaiteurs en vue de porter atteinte à un STAD », *précit.* ; J.-B. Thierry, « Participation à une cyber-association de malfaiteurs », AJ Pénal 2018 p.44 ; W. Azoulay, « Déni de service distribué et passerelle en ligne : l'organisation d'une bande désorganisée », *précit.* Comp. toutefois avec l'observation étonnante d'Éric A. Caprioli, « Entente ayant pour but d'entraver le fonctionnement d'un STAD », Communication Commerce électronique n° 4, Avril 2018, comm. 31, estimant que « la Cour sanctionne l'incrimination d'entente et non la participation à un groupe formé (ce n'était pas une association de malfaiteurs), entendue lato sensu, dans le cadre de la préparation d'une attaque par déni de service ».
[815] Cass. crim., 7 nov. 2017, Bull. 2017 n°247; RSC, 2018, p.114. obs E. Dreyer; AJ pénal 2018, p. 44 obs. J.-B. Thierry.
[816] Déni de service (Denial of Service, DoS) : « Action ayant pour effet d'empêcher ou de limiter fortement la capacité d'un système à fournir le service rendu. […] Si l'action est lancée depuis plusieurs sources, il est fréquent de parler de Déni de Service Distribué (DDoS) » : Glossaire en ligne de l'ANSSI https://www.ssi.gouv.fr/administration/glossaire/d/ dernière date de consultation le 2 mai 2023.

la préparation d'une infraction informatique. Pourtant, « *Pour constituer une telle « association », a priori, une coordination, donc un accord express, entre les différents participants est nécessaire* »[817]. L'agent n'ayant pas constitué ce canal avec l'objectif d'organiser de telles discussions, et n'ayant pas participé aux conversations préparant l'attaque, la solution adoptée par la Haute juridiction revient à admettre que « *la mise à disposition du canal IRC équivalait à une participation à une entente dont le prévenu semblait exclu* »[818]. Les juges reprochent ainsi à l'individu d'être resté passif face à une telle utilisation de son canal. De la sorte, c'est une abstention qui est donc retenue contre l'agent. Or, s'agissant d'une infraction de commission, « *Elle suppose un ou plusieurs actes positifs* »[819], ainsi, « *L'abstention de celui qui laisse faire ne relève pas de cette qualification* »[820]. Par cette interprétation, les juges viennent ainsi élargir le champ d'application de l'incrimination [821]. Pourtant là encore, face à une infraction d'exception, une interprétation stricte du texte est préférable, au risque que « *La menace pour les libertés qu'elle engendre se trouve accentuée ainsi par le juge* »[822]. Pour terminer sur cette décision contestable, M. le professeur Dreyer souligne avec justesse que l'infraction préparée *via* ce canal de discussion ayant été commise, c'est la complicité de l'atteinte au système de traitement automatisé de données qui aurait dû être envisagée à l'encontre de l'agent ici poursuivi. Or, « *les conditions de la complicité par fourniture de moyens[...] n'étaient pas réunies* ». Cela ajouté à l'impossible identification des auteurs de l'infraction principale, il semble donc que les juges aient opté pour une décision de pure opportunité[823], au détriment du respect des principes fondamentaux du droit pénal. Enfin, pour ce qui est de l'élément moral, comme souvent, la preuve de l'intention est aisée à rapporter, les juges se contentant de la simple conscience de l'auteur de participer à une entente[824]. Certains soulignent même que la preuve de l'intention sera facilitée lorsque l'infraction préparée aura été effectivement commise[825]. Cette remarque appelle la même observation que celle développée plus haut[826] à propos du cumul des infractions-obstacle et des infractions matérielles préparées dans le cadre de ces dernières. Car ici encore, la jurisprudence a pu d'une façon contestable admettre un tel cumul[827]. Une justification pourrait se trouver en ce que la préméditation collective n'est prise en compte grâce à la circonstance aggravante de bande organisée seulement concernant les systèmes de traitement automatisés de données à caractère personnel mis en œuvre par l'Etat[828]. Mais la prise en compte d'une certaine « *dangerosité* » de ces comportements invisibles ne devrait-elle pas incomber au législateur ? Finalement, les faibles peines effectivement prononcées[829] ne sauraient justifier les largesses interprétatives des juges dans l'appréciation de cette infraction-obstacle.

---

[817] E. Dreyer, *Droit pénal spécial*, *op. cit.*, n°476.
[818] J.-B. Thierry, « Participation à une cyber-association de malfaiteurs », *op cit.*
[819] E. Dreyer, « Association de malfaiteurs en vue de porter atteinte à un STAD », *op cit.*
[820] *Ibid.*
[821] J.-B. Thierry, « Participation à une cyber-association de malfaiteurs », *op. cit.*
[822] E. Dreyer, « Association de malfaiteurs en vue de porter atteinte à un STAD », *op cit.*
[823] J.-B. Thierry, *« Participation à une cyber-association de malfaiteurs », op. cit.*
[824] Cass. crim., 7 nov. 2017, n° 16-84.918 : JurisData n° 2017-022198.
[825] M. Daury-Fauveau, « Atteintes aux systèmes de traitement automatisé de données », Fasc. 20, JCL pénal, LexisNexis, Date de la dernière mise à jour : 24 février 2020, n°17.
[826] V. *supra* n°118.
[827] TGI Paris, 13e ch. corr. 1, 28 sept. 2016, EDF, Proc. Rép. c/ M. Y. note E. A. Caprioli, « Un anonymous condamné pour une attaque par déni de service », Com. Com. élec. n° 3, Mars 2017, comm. 29.
[828] C. pén., art. 323-4-1.
[829] Ch. Le Stanc, P. Tréfigny, « Droit du numérique : panorama 2005 », D. 2006, p.785 ; J.-B. Thierry, « Participation à une cyber-association de malfaiteurs », AJ Pén. 2018 p.44.

135. ***La détention d'instruments conçus pour commettre une atteinte aux systèmes de traitement automatisé de données.*** Par une loi du 21 juin 2004[830], le législateur a inséré dans un article 323-3-1 du Code pénal un nouveau délit obstacle[831] applicable en matière d'atteinte aux systèmes de traitement automatisé de données. Il permet notamment la répression de la simple détention d'instruments permettant la commission d'actes de piratage, mais également sa cession, importation, mise à disposition ou encore son offre à un tiers. S'il a été envisagé comme un outil de lutte contre la détention ou la production de virus informatiques[832], le délit permet plus largement s'appliquer à la répression de la publication de failles de sécurité[833], ou encore par exemple pour la détention d'un logiciel permettant d'espionner la frappe d'un clavier[834]. Une partie de la doctrine semble s'accorder à présenter cette infraction-obstacle[835] comme une forme de complicité[836] par fourniture de moyens, en ce qu'elle permet la répression à titre autonome de toute « *offre, cession, mise à disposition, sans motif légitime, de moyens conçus ou spécialement adaptés pour commettre une atteinte à un système de traitement automatisé de données telle qu'elle est réprimée par les articles 323-1 à 323-3* »[837]. Toutefois dans ce cas de figure, l'infraction étant préventive, les conditions de la complicité ne devraient être remplies en l'absence de réalisation d'un délit principal. Ce délit-obstacle reste toutefois relativement confidentiel, le contentieux en cette matière n'étant guère abondant[838]. La première application de celui-ci remonterait à un jugement du 12 juin 2008[839], mais c'est le premier arrêt de cassation[840] le concernant qui a fait l'objet de l'attention de la doctrine.

---

[830] Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique.

[831] J. Francillon, « Piratage informatique. Révélation de failles de sécurité informatique », RSC 2010 p.178 ; A. Lepage, « Un de droit pénal des nouvelles technologies, 2009-2010 », Dr. pén. n° 12, déc. 2009, chron. 11, n°9 ; Mais comp. E. Dreyer, « Il n'y a pas délit à fournir l'instrument d'une fraude fiscale », JCP G n° 10, 9 mars 2020, p. 267 : Il parle plutôt d'une infraction de prévention concernant la détention par le maître du système, considérant que le délit obstacle s'applique seulement à la personne susceptible de commettre l'infraction redoutée, mais on suppose donc qu'en dehors de cette qualité de l'auteur il y a bien infraction-obstacle.

[832] M. Quemener, Y. Charpenel, *Cybercriminalité. Droit pénal appliqué*, Economica, 2010, n°338 ; A. Lepage, « Un an de droit pénal des nouvelles technologies 2009-2010 », *précit.*, n°17 ; M. Daury-Fauveau, « Atteintes aux systèmes de traitement automatisé de données », *précit.*, n°12 ; V. par ex. pour la détention d'un logiciel de vol de mots de passe : CA Montpellier, 3e ch. corr., 14 janv. 2015, n° 13/01190, JurisData n° 2015-007111.

[833] A. Lepage, « Un an de droit pénal des nouvelles technologies, 2009-2010 », *précit.*, n°17 ; Morgane Daury-Fauveau, « Atteintes aux systèmes de traitement automatisé de données », *précit.*, n°12 à propos de CA Montpellier, 12 mars 2009, n° 430, 08/01431, JurisData n° 2009-004341.

[834] Appelé "keylogger" ; Cass. crim., 16 janv. 2018, n° 16-87.168, JurisData n° 2018-000269 ; Dr. pén. 2018, comm. 74, obs. Ph. Conte ; Comm. com. électr. 2018, comm. 30, obs. É. A. Caprioli ; M. Daury-Fauveau, « Atteintes aux systèmes de traitement automatisé de données », précit., n°12.

[835] V. toutefois Ph. Conte, « Importation, détention, offre, cession ou mise à disposition d'un équipement, instrument, programme informatique ou donnée conçus ou spécialement adaptés pour commettre une ou plusieurs des infractions prévues par les articles 323-1 à 323-3 du Code pénal », Dr. pén. n° 5, Mai 2020, comm. *93,* qui parle d'une infraction formelle.

[836] A. Darsonville, « Atteinte à un système de traitement automatisé de données », D. 2010 p.806 ; Ph. Conte, « Importation, détention, offre, cession ou mise à disposition […] », *précit.* ; J. Lasserre Capdeville, « Délit de trafic de moyens destinés à commettre une atteinte à un système de traitement automatisé de données », D. 2010 p.806 ; E. Dreyer, « Il n'y a pas délit à fournir l'instrument d'une fraude fiscale », JCP G n° 10, 9 Mars 2020, 267.

[837] Ph. Conte, « Importation, détention, offre, cession ou mise à disposition […] », *op.cit.*

[838] J. Lasserre Capdeville, « Délit de trafic de moyens destinés à commettre une atteinte à un système de traitement automatisé de données », *op. cit.* ; M. Quéméner, Y. Charpenel, *Cybercriminalité. Droit pénal appliqué*, *op. cit.,* n°338.

[839] M. Quéméner, Y. Charpenel, *Cybercriminalité. Droit pénal appliqué*, *op. cit.,*n°338 : jugement du 12 juin 2008, TGI de Saverne ; certains citent parfois un arrêt ultérieur : CA Montpellier, 12 mars 2009, JurisData n° 2009-004341. V. not. A. Lepage « Un an de droit pénal des technologies 2008-2009 », Dr. pén. 2009, chron. 11, n° 9.

[840] Cass. crim., 27 oct. 2009, n° 09-82.346, JurisData n° 2009-050361; Bull. crim. 2009, n° 177; Dr. pén. 2010, comm. 3, obs. M. Véron ; JCP G 2010, 19 ; D. 2010, p. 806, note J. Lasserre Capdeville ; RSC 2010, p. 178, obs.

De cette première solution, n'émergent pas les définitions tant attendues par les auteurs[841] afin d'éclairer notamment le motif légitime créé par le législateur permettant l'exonération des poursuites. Sans définition du texte, il incombe alors au juge de déterminer les contours de cette notion[842], qui n'a toutefois pas saisi ici l'occasion de donner une ligne de conduite claire, se contentant d'une approche en négatif du motif légitime[843]. L'appréciation de l'intention est dans cet arrêt également sévère, les juges se contentant d'énoncer que l'agent a agi en connaissance de cause. La doctrine y voit là une « c*onception simplifiée* »[844] de la notion, permettant une preuve facilitée d'une intention ainsi « *ténue* »[845], voire de la sorte « *présumée* »[846]. Pour certains auteurs, il y a là une certaine résurgence des délits matériels pourtant supprimés par la réforme du Code pénal en 1992[847]. Comme dans beaucoup d'autres domaines, la preuve contraire sera d'autant plus délicate à rapporter lorsque les auteurs auront la qualité de professionnels[848]. Certains auteurs perçoivent un facteur d'atténuement de cette sévérité dans l'existence du motif légitime permettant la justification des actes ainsi incriminés[849]. Toutefois, il semble que les juges font preuve d'autant de fermeté quant à l'admission de ce motif exonératoire[850]. Cette fermeté semble exacerbée depuis la modification du texte par une loi du 18 décembre 2013[851]. Celle-ci ajoute une précision au motif légitime, lequel est évoqué comme pouvant relever « *notamment de recherche ou de sécurité informatique* ». Cette formule n'apporte pas les définitions attendues et vient même semer le trouble en créant deux catégories de motifs : ceux cités par le texte et ceux dont il n'est pas fait mention, « *avec le sentiment qu'il y a deux poids, deux mesures entre les motifs légitimes que le législateur désigne et ceux qu'il ne daigne pas ou, à tout le moins, ne peut envisager* »[852]. Si le législateur a inséré ces exemples au sein de l'article 323-3-1, c'est en réalité parce que par la même loi, il vient donner autorisations aux agents de l'Etat[853] de *« procéder aux opérations techniques nécessaires à la caractérisation de l'attaque et à la neutralisation de ses effets en accédant aux systèmes d'information qui sont à l'origine de l'attaque »*[854]. Alors même que la version précédente du texte aurait suffi à protéger les

---

J. Francillon ; Faisant suite au jugement de CA Montpellier du 12 mars 2009 ; G. Royer, « Communication d'une faille dans un système informatique : le motif légitime exonératoire reste imprécis », AJ Pén. 2010 p.79.

[841] G. Royer, « Communication d'une faille dans un système informatique : le motif légitime exonératoire reste imprécis », *précit.* ; A. Darsonville, « Atteinte à un système de traitement automatisé de données », D. 2010 p.806.

[842] V. D. Bénichou, « Cybercriminalité : jouer d'un nouvel espace sans frontière », AJ pén. 2005 p.224 qui accorde sa confiance aux magistrats pour ce faire.

[843] La Haute juridiction se contente de dire que la volonté d'information au public n'est pas un motif légitime.

[844] J. Francillon, « Piratage informatique. Révélation de failles de sécurité informatique », RSC 2010 p.178.

[845] A. Lepage, « Un an de droit pénal des nouvelles technologies 2009-2010 », Dr. pén. n° 12, déc. 2010, chron. 10, n°17.

[846] M. Daury-Fauveau, « Atteintes aux systèmes de traitement automatisé de données », op. *cit*., n°14.

[847] *Ibid.* ; A. Lepage, « Un an de droit pénal des nouvelles technologies 2009-2010 », *précit.,* n°17.

[848] Cass. crim., 27 oct. 2009, n° 09-82.346, JurisData n° 2009-050361; Bull. crim. 2009, n° 177; CA Montpellier, 12 mars 2009, n° 430, 08/01431, JurisData n° 2009-004341.

[849] A. Lepage, « Un an de droit pénal des nouvelles technologies 2009-2010 », *précit.,* n°18.

[850] V. J. Lasserre Capdeville, « Délit de trafic de moyens destinés à commettre une atteinte à un système de traitement automatisé de données », *op. cit.* qui fait le lien avec la jurisprudence rendue en matière d'accès ou le maintien frauduleux dans un système automatisé de données.

[851] Loi n°2013-1168 du 18 décembre 2013 relative à la programmation militaire pour les années 2014 à 2019 et portant diverses dispositions concernant la défense et la sécurité nationale, art. 25. V. J. Lasserre Capdeville, « Délit de trafic de moyens destinés à commettre une atteinte à un système de traitement automatisé de données », *op. cit.* à propos d'une version similaire envisagée à l'origine par l'assemblée nationale.

[852] A. Lepage, « Un an de droit pénal des nouvelles technologies 2013 - 2014 », Dr. pén. n° 12, déc. 2014, chron. 11.

[853] *Ibid.*

[854] Loi n°2013-1168, art. 21, codifiée dans C. défense, art. L. 2321-2, al. 1er.

agents en service, cette précision superflue[855] a entraîné une application regrettable en jurisprudence. Dans un arrêt du 16 janvier 2018[856], la Cour de cassation a approuvé la décision des juges du fond d'exclure le motif légitime avancé par le prévenu au nom des droits de la défense, « *puisque l'autorisation de détention prévue par l'article 323-3-1 du Code pénal autorisant un tel équipement, se limite aux seules personnes habilitées à assurer la maintenance et la sécurité d'un parc informatique* »[857]. Or, une telle solution ne convainc guère : le législateur n'a jamais eu l'intention de limiter le motif légitime aux deux exemples donnés dans la nouvelle mouture du texte, et les droits de la défense ont déjà été admis à plusieurs reprises en jurisprudence afin de justifier d'autres infractions[858]. Enfin, on note là encore l'admission en jurisprudence du délit obstacle en *sus* du délit matériel correspondant, ici l'accès frauduleux à un système de traitement automatisé de données[859]. Le cumul a de la sorte été retenu dans cet arrêt, sans toutefois que le pourvoi n'invoque *non bis in idem*[860]. Encore une fois la prévention de l'invisible fait place à l'inconsistance, elle, bien visible.

2- Empêcher la facilitation d'infractions grâce à internet

136. ***Les cyber-infractions sexuelles***. Pour répondre au danger d'internet, résultant en la facilitation de la commission de certaines infractions, invisibilisées par le recours à ce mode de commission, le législateur est intervenu, créant de nouvelles infractions-obstacle. C'est le cas notamment dans le domaine, tout autant redouté par le législateur, des atteintes aux mineurs, avec un nouveau délit-obstacle incriminant les propositions sexuelles à mineur de quinze ans par voie de communication électronique[861]. L'objectif est clair : le législateur a pour dessein la lutte contre la pédophilie sur internet[862], laquelle a trouvé dans les moyens de communication électronique un catalyseur, tant les jeunes victimes potentielles sont rendues vulnérables par le recours à ces technologies anonymisantes qui font partie du quotidien de nombre d'entre eux[863]. Encore une fois, la réponse à la commission d'infractions de plus en plus nombreuses et difficiles à découvrir donne lieu à la mise en œuvre d'une infraction préventive.

Cette infraction incrimine la pratique dite du « *grooming* »[864], c'est-à-dire la manipulation psychologique d'enfants en vue de commettre à leur encontre des abus sexuels[865] avec

---

[855] M. Daury-Fauveau, « Atteintes aux systèmes de traitement automatisé de données », op. *cit*., n°13.
[856] Cass. crim., 16 janv. 2018, n° 16-87.168, JurisData n° 2018-000269, Bull. crim. n° 12.
[857] *Ibid.*
[858] M. Daury-Fauveau, « Atteintes aux systèmes de traitement automatisé de données », *op. cit*., n°13 ; Ph. Conte, « Détention de matériel destiné à porter atteinte au fonctionnement d'un système de traitement automatisé – Motif légitime », Dr. pén. n° 5, Mai 2018, comm. 74.
[859] Article 323-1 du CP.
[860] Ph. Conte, « Détention de matériel destiné à porter atteinte au fonctionnement d'un système de traitement automatisé – Motif légitime », *précit.*
[861] Art. 227-22-1 CP issu de L. n° 2007-297, 5 mars 2007, relative à la prévention de la délinquance, JO 7 mars 2007, texte n° 1.
[862] Ph. Houillon, « Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la république sur le projet de loi adopté par le sénat (n° 3338), relatif à la prévention de la délinquance », n°3436, 15 nov. 2006, p. 39 : « réprimer les comportements pédophiles sur Internet ».
[863] A.-G. Robert, « Propositions sexuelles à mineur de quinze ans par voie de communication électronique », JCL Pén., Fasc. 20, Date du fascicule : 15 Janvier 2021, n°2 ; A. Plantevin, « Les propositions sexuelles faites à un mineur de quinze ans par un moyen de communication électronique », Gaz. Pal. 27 oct. 2012, n°301, p. 24 ; M. Quéméner, « Réponses pénales face à la cyberpédopornographie », AJ Pén. 2009 p.107.
[864] A.-G. Robert, « Propositions sexuelles à mineur de quinze ans par voie de communication électronique », *précit.*, n°2 ; M. Quéméner, « Réponses pénales face à la cyberpédopornographie », *précit.*

la particularité qu'elle devra être ici commise par l'entremise des communications électroniques[866]. C'est plus précisément l'infraction matérielle d'atteinte sexuelle[867] que le législateur espère empêcher grâce à ce délit-obstacle. La proposition sexuelle ne peut d'ailleurs être adressée qu'à un mineur de quinze ans, comme le prévoit l'article 227-25[868]. Le législateur a par cette incrimination anticipé les exigences du Conseil de l'Europe[869]. Mais en réprimant la simple proposition sexuelle adressée à un mineur sans qu'elle ait « *été suivie d'actes matériels conduisant à ladite rencontre* »[870], il rend l'incrimination encore plus sévère que ce que la Convention exigeait. D'ailleurs, le législateur a prévu une circonstance aggravante dans le second alinéa du texte lorsqu'une rencontre avec le mineur aura eu lieu à la suite de ces échanges. En revanche, nul n'est besoin que l'infraction matérielle redoutée ait été commise pour que la circonstance soit retenue[871]. Mais si celle-ci avait lieu, c'est cette dernière qui devrait être préférée puisque l'objectif préventif de l'article 227-22-1 aura échoué. Pourtant, là encore la jurisprudence a pu admettre le cumul entre infraction-obstacle et infraction matérielle correspondante[872]. Or, comme M. le professeur Dreyer le souligne justement « *dans une telle hypothèse, les propositions sexuelles électroniquement transmises doivent être comprises comme ayant été le moyen de commettre l'atteinte ou l'agression sexuelle qui a suivi* »[873], le principe classique doit alors s'appliquer : l'infraction-moyen doit s'effacer devant l'infraction-fin[874]. La situation correspond d'ailleurs tout à fait à l'exigence jurisprudentielle de l'existence de faits procédant de manière indissociable d'une action unique caractérisée par une seule intention coupable[875]. C'est plutôt par le biais d'une aggravation de la peine encourue qu'il faudrait souligner la « *dangerosité* » du moyen électronique utilisé par l'auteur pour entrer en contact avec la jeune victime[876]. En réalité, la question du concours d'infractions se pose plus largement. En effet, le délit a

---

[865] M. Quéméner, « Réponses pénales face à la cyberpédopornographie », *précit.*

[866] Internet qui était spécifiquement visé par le législateur mais également par téléphone fixe ou mobile, ou SMS.

[867] Art. 227-25 CP. Mais en pratique elle permet plus largement de tenter de prévenir l'ensemble des infractions sexuelles commises à l'encontre des mineurs.

[868] En ce sens, A.-G. Robert, « Chronique législative », RSC 2007 p.853 qui justifie la restriction de l'art. 227-22-1 aux seuls mineurs de 15 ans par l'objectif qu'il poursuit, empêcher la réalisation de l'art. 227-25.

[869] Convention du Conseil de l'Europe sur la protection des enfants contre l'exploitation et les abus sexuels, Lanzarote, 25 octobre 2007.

[870] *Ibid.*, article 23.

[871] A. Plantevin, « Les propositions sexuelles faites à un mineur de quinze ans par un moyen de communication électronique », *précit.*

[872] Cass., crim. 20 fév. 2019, n° 18-82.334.

[873] E. Dreyer, « Propositions sexuelles par SMS effacés ! », RSC 2019 p.642 ; Comp. A. Plantevin, « Les propositions sexuelles faites à un mineur de quinze ans par un moyen de communication électronique », *précit.*, qui semble admettre un tel cumul : « Enfin, il est bien évident que si, au cours de cette rencontre, des actes sexuels sont commis […] ces actes pourront être eux-mêmes poursuivis, indépendamment de l'existence de la circonstance aggravante de rencontre ».

[874] A.-G. Robert, « Propositions sexuelles à mineur de quinze ans par voie de communication électronique », précit., n°28.

[875] Cass. crim., 10 avr. 2019, n° 17-86.447, JurisData n° 2019-005569, Ph. Conte, « Refus d'application du principe : complicité de trafic de stupéfiants et participation à l'association de malfaiteurs correspondante », Dr. pén. n° 6, Juin 2019, comm. 105 ; Cass. crim., 17 janv. 2018, n° 16-84.163, JurisData n° 2018-000314 ; Dr. pén. 2019, comm. 60.

[876] L'article 227-26 prévoit en son 4° une aggravation en cas de mise en contact avec l'auteur des faits grâce à l'utilisation, pour la diffusion de messages à destination d'un public non déterminé, d'un réseau de communication électronique. Toutefois, cela ne semble pas compatible avec les conditions de l'article 227-22-1 qui exige que la proposition soit faite à « *un mineur* » ou « *une personne se présentant comme tel* », V. A.-G. Robert, « Propositions sexuelles à mineur de quinze ans par voie de communication électronique », *op.cit.*, n°14 : qui estime que la proposition « *doit être directe et s'adresser à un individu déterminé. Suivant cette interprétation, les propositions publiques seraient donc exclues du champ d'application de l'infraction* ».

été créé comme palliatif à l'absence d'incrimination de la tentative d'atteintes sexuelles[877]. Laquelle aura finalement été prise en compte par le législateur par une réforme de 2013[878]. Dès lors, la question de l'obsolescence de l'article 227-22-1 a pu être soulevée, d'autant qu'il fait encourir des peines inférieures à celles retenues par l'article 227-27-2[879]. Toutefois, avec l'article 227-22-1 on se trouve bien en amont de la tentative, le comportement incriminé, à savoir la proposition sexuelle à mineur de quinze ans, est encore trop équivoque pour que l'on puisse constater un réel commencement d'exécution d'une atteinte sexuelle. L'infraction-obstacle[880] pourra alors de la sorte intervenir, en cas de mise en contact *via* les communications électroniques, comme qualification de secours, lorsque la rencontre avec le mineur ainsi contacté aura donné lieu à des actes jugés trop ambigus pour permettre de retenir la tentative. En outre, il faut noter quelques difficultés au sein des éléments constitutifs de l'infraction. C'est notamment concernant l'élément matériel que la doctrine s'interroge opportunément. En effet, la notion de « *propositions sexuelles* » n'est pas définie par le texte, or le flou instauré par cette notion imprécise pose la question des propositions à simple connotation sexuelle[881]. Mais la jurisprudence semble retenir une acception large de la notion[882], au risque de brouiller les frontières avec la corruption de mineurs[883]. Par ailleurs, il faut noter qu'ici encore, la sauvegarde des procédures nouvelles instaurées par le législateur impacte la rédaction de l'incrimination. En effet, le texte incrimine la proposition faite à un mineur de quinze ans ou à une personne se présentant comme telle. L'objectif était en réalité[884] de protéger les « *cyber-enquêteurs* » désormais autorisés à se présenter sous une fausse identité afin de traquer les auteurs d'infractions mettant en péril les mineurs commises sur internet[885]. Mais la formule large retenue par

---

[877] A.-G. Robert, « Propositions sexuelles à mineur de quinze ans par voie de communication électronique », *op.cit.*, n°4 ; A.-G. Robert, « Chronique législative », RSC 2007 p.853.

[878] Loi n° 2013-711 du 5 août 2013 portant diverses dispositions d'adaptation dans le domaine de la justice en application du droit de l'Union européenne et des engagements internationaux de la France, JO 6 août 2013, texte n° 4, créant un nouvel article 227-27-2 du CP.

[879] A.-G. Robert, « Propositions sexuelles à mineur de quinze ans par voie de communication électronique », *op. cit.*, n°5

[880] Comp. J. Lasserre Capdeville, « Infractions commises à l'encontre de mineurs par l'intermédiaire d'Internet », Gaz. Pal. 6 sept. 2012, n°250, p. 12 qui évoque une infraction formelle, et Ph. Conte, « La loi sur la prévention de la délinquance (loi n° 2007-297 du 5 mars 2007) : présentation des dispositions de droit pénal », Dr. pén. n° 5, mai 2007, étude 7, qui insère la présentation de l'article 227-22-1 au sein d'une section consacrée aux infractions formelles, toutefois, il semble qu'il ne s'agit là que d'un choix formel, en opposition aux infractions matérielles étudiées précédemment. On note cependant que l'auteur évoque par cet article la répression des actes préparatoires ou la tentative d'atteinte sexuelle. On retrouve la même formulation chez A.-G. Robert, « Propositions sexuelles à mineur de quinze ans par voie de communication électronique », *op. cit.*,n°4 et 23, qui présente toutefois l'infraction comme obstacle et évoque le caractère équivoque du comportement réprimé, ainsi qu'un « acte préparatoire » au §5.

[881] A. Plantevin, « Les propositions sexuelles faites à un mineur de quinze ans par un moyen de communication électronique », *op.cit.* ; E. Barbry, V. Dufief, « Le projet de loi relatif à la prévention de la délinquance : vers un droit pénal numérique », Gaz. Pal. 18 janv. 2007, n°18, p. 18 ; A.-G. Robert,, « Propositions sexuelles à mineur de quinze ans par voie de communication électronique », *op.cit.*, n°11 : Notamment lorsque l'auteur demande à la victime de se dénuder.

[882] CA Colmar, 29 mai 2012, n° 12/00737 note J. Lasserre Capdeville, « Infractions commises à l'encontre de mineurs par l'intermédiaire d'Internet », *précit.* ; CA Aix-en Provence, 19e ch. corr., 26 oct. 2011, n° 586/J/2011, JurisData : 2011-032854

[883] V. développements A.-G. Robert, « Propositions sexuelles à mineur de quinze ans par voie de communication électronique », *op. cit.*, n°11.

[884] E. Barbry, V. Dufief, « Le projet de loi relatif à la prévention de la délinquance : vers un droit pénal numérique », *op. cit.* ; A. Plantevin, « Les propositions sexuelles faites à un mineur de quinze ans par un moyen de communication électronique », *op. cit.* ; A.-G. Robert, « Propositions sexuelles à mineur de quinze ans par voie de communication électronique », *précit.*, n°20.

[885] L'article 35 III de la loi du 5 mars 2007, inséré juste après celui créant l'article 227-22-1 CP, procède à la

le texte risque d'engendrer des dérives, comme le souligne opportunément Mme Robert, « *en visant toute personne qui se présenterait comme mineur de 15 ans, et non pas uniquement les officiers ou agents de police judiciaire spécialement habilités à se présenter comme tels, le législateur ouvre à tout particulier la voie à la « chasse aux pédophiles sur internet » sans que cette quête ne soit entourée des mêmes garanties que celle prévues lorsqu'elle est le fait des autorités publiques* »[886]. Finalement, cette infraction-obstacle présente les mêmes travers que celles précédemment étudiées. La gravité des infractions redoutées rendues invisibles par le difficile recensement de celles-ci en vertu de la faible propension des victimes à reporter les faits aux autorités légitimise le recours à ce procédé d'exception. Pour autant, le caractère dissuasif de l'infraction tel qu'évoqué par certains[887] ne convainc guère. De plus, l'insertion de cette infraction-obstacle au sein d'un « *arsenal pléthorique* »[888], ne doit se faire au détriment des principes fondamentaux malgré les objectifs louables poursuivis par le législateur et le réel danger couru par les mineurs sur les réseaux de communication électronique.

création d'un article 706-47-3 CPP autorisant des officiers et agents de police judiciaire à procéder, sans être eux-mêmes pénalement responsables, à différents actes dans le but de constater la commission des infractions mentionnées aux articles 227-18 à 227-24 du Code pénal lorsque celles-ci sont commises par un moyen de communication électronique.

[886] A.-G. Robert, « Propositions sexuelles à mineur de quinze ans par voie de communication électronique », *précit.,* n°20.

[887] E. Barbry, V. Dufief, « Le projet de loi relatif à la prévention de la délinquance : vers un droit pénal numérique », *op. cit.*

[888] E. Dreyer, « Propositions sexuelles par SMS effacés ! », RSC 2019 p.642.

Conclusion du chapitre

137. Finalement, l'identification des domaines les plus sujets à l'invisibilisation des comportements infractionnels aura pu faire naître l'espoir chez le législateur d'une intervention précoce du droit pénal afin d'éviter la perpétration de ces infractions que l'on qualifie d'invisibles. L'intérêt des infractions préventives est décuplé par le fait que les infractions empêchées sont difficiles à découvrir, quand le comportement ici réprimé peut plus aisément être mis au jour. Toutefois, on l'a vu, l'intégration de la prévention au sein d'un droit répressif ne peut se faire sans mal. Et si les difficultés engendrées par ces infractions préventives sont mesurables, il est en revanche impossible d'en mesurer l'efficacité. Notamment parce que beaucoup de ces infractions-obstacle sont elles-mêmes difficile à détecter[889], sûrement parce qu'elles interviennent toujours dans le même contexte, lui-même à l'origine de cette opacité délétère. Or, il semble que le législateur contemporain s'obstine dans sa quête de prévention, au risque de transformer la nature même du droit pénal, d'un « *droit de la faute et du reproche* » à un « *droit du danger et de la crainte* »[890] au détriment du respect des libertés. Par ailleurs, en remontant de plus en plus sur l'*iter criminis*, le législateur ôte à l'individu la liberté de renoncer à son projet infractionnel[891] alors qu'à ce stade celui-ci n'est encore qu'une éventualité. Certes, pour certaines infractions, le législateur compense par le possible bénéfice du régime des repentis[892], comme c'est le cas pour l'association de malfaiteurs[893], toutefois la grande majorité des infractions-obstacle ne peuvent en bénéficier, puisqu'elles ne sont pas commises à plusieurs. Eu égard à cette sévérité, la peine encourue devrait toujours être inférieure à ce qu'encoure l'individu étant entré en phase d'exécution. D'autant que comme, il a été justement souligné, « *Les sanctions prononcées par anticipation […] ne peuvent être que des sanctions symboliques en l'absence de trouble à l'ordre public* »[894]. Pourtant on déplore une sévérité accrue tant dans les définitions et sanctions retenues par le législateur pour la création toujours plus nombreuse, d'infractions-obstacle, que dans leur application jurisprudentielle. Si les infractions-obstacle peuvent être des instruments intéressants afin de lutter contre des comportements infractionnels graves et très difficiles à découvrir, il ne faut voir en elles une réponse absolue. D'ailleurs, il semble difficile d'établir une infraction-obstacle pour chaque infraction invisible, certains comportements ne pouvant pas même faire l'objet de la répression de leur tentative[895]. Même dans le cas inverse, il ne serait pas souhaitable d'avoir recours de manière systématique à la répression anticipée, qui doit rester exceptionnelle, par les libertés qu'elle prend avec les principes fondamentaux du droit pénal. Il faut alors se détacher du droit pénal proactif, et chercher dans le

---

[889] Infractions commises en ligne, ou encore sous couvert d'un statut privilégié au sein d'une entreprise, à ce titre certaines juridictions ont d'ailleurs admis la dissimulation concernant l'infraction de comptes annuels infidèles : CA Paris, 12 janv. 1965, D. 1965.687, Rev. sociétés 1965.191 ; 18 mai 1965, Gaz. Pal. 1965.2.260 ; CA Lyon, 11 févr. 1966, D. 1966.478 mais la Cour de cassation semble exclure cette solution : Cass. crim. 18 mars 1986, Bull. crim., no 109, Rev. sociétés 1987.85, note B. Bouloc.

[890] X. Pin, « Une politique criminelle en quête de rationalité : le cas français », *in* Josiane Boulad-Ayoub, M. Antaki, P. Robert (dir.), *Rationalité pénale et démocratie*, Presses de l'université de Laval, 2013, 2013, pp. 39-69.

[891] Dans l'hypothèse, bien évidemment, où l'infraction-obstacle vise à empêcher la réalisation d'infractions intentionnelles, l'inverse soulevant beaucoup moins de difficultés.

[892] En ce sens, E. Dreyer, *Droit pénal spécial*, LGDJ, 2020, n°1262.

[893] Article 450-2 CP.

[894] E. Dreyer, « Faire et (y) penser », Gaz. Pal. 4 févr. 2020, n° 370, p. 72.

[895] On pense notamment aux violences (au sens strict) intrafamiliales.

droit pénal réactif, tant procédural que de fond, pour trouver le moyen de détecter, et, partant, réprimer, les infractions invisibles.

Chapitre 2 : Le droit pénal à l'œuvre pour mettre au jour les infractions invisibles

138. La prévention est un outil imparfait qui ne permet pas toujours d'empêcher la réalisation des infractions invisibles. Un nombre inquantifiable d'entre elles sont commises malgré la politique préventive mise en œuvre pour certaines de ces infractions. De la sorte, le législateur a dû prévoir des mécanismes permettant la mise au jour de ces infractions difficiles à découvrir. Pour cela, il compte tout d'abord sur la collaboration des individus (**section 1**). Qu'ils soient auteurs, victimes ou encore simples témoins, ou toute personne ayant connaissance d'une infraction, ils sont dans ces cas de figure les seuls détenteurs d'informations nécessaires à l'action de la justice. C'est pourquoi le législateur déploie tout un panel de mécanismes plus ou moins contraignants afin de favoriser leur collaboration pour permettre la découverte d'infractions invisibles. C'est ensuite par des moyens d'enquête variés que l'infraction invisible pourra être mise au jour (**section 2**).

Section 1 : Découvrir les infractions invisibles grâce à la collaboration des individus

139. Si les infractions invisibles le sont aux yeux des autorités de poursuite, certains individus peuvent toutefois avoir connaissance de ces faits délictueux. L'enquête « *cadre de vie et sécurité* » a pu révéler à ce titre, que « *la majorité des victimes [de violences conjugales] ont déjà parlé à des amis ou des proches des violences qu'elles subissent au sein de leur ménage (59 % des victimes en moyenne entre 2012 et 2016)* »[896]. Alors qu'elle révèle dans le même temps que « *la grande majorité des victimes de violences au sein du ménage ne font pas de signalement auprès de la police ou de la gendarmerie. En moyenne entre 2012 et 2016, seules 10 % des victimes de violences au sein de leur ménage déclarent avoir déposé plainte* »[897]. Ainsi, le silence des individus contribue à l'opacité de ces faits répréhensibles, et par conséquent à l'impunité de leur auteur. Pour lutter contre cela, le législateur a par plusieurs articles du Code pénal et du Code de procédure pénale, mis en place des mécanismes imposant ou permettant la révélation de faits délictueux. Puisqu'il s'agit de dispositions attentatoires à la liberté, allant parfois à l'encontre d'autres valeurs légalement protégées, le législateur a mis en place plusieurs degrés de collaboration. Ainsi, alors que certains seront contraints de collaborer, d'autres, professionnels, seront simplement autorisés à le faire en dépit du secret leur incombant (**§1**). D'autres mécanismes traduiront encore une certaine incitation à collaborer à l'attention des individus ayant connaissance de faits délictueux (**§2**).

§1 : L'obligation de collaborer

140. Pour permettre la révélation d'infractions invisibles, le législateur a créé des dispositions exceptionnelles prescrivant à toute personne ayant connaissance de l'existence de faits délictueux parmi les plus graves, de transmettre impérativement l'information aux autorités compétentes (**A**). Cette collaboration impérative entrant en conflit avec le secret professionnel protégé par le Code pénal, les individus astreints à celui-ci ne font quant à eux l'objet que d'une simple autorisation du législateur à déroger à leurs obligations dans certaines hypothèses, au risque de limiter la découverte d'infractions invisibles (**B**).

---

[896] Enquête « cadre de vie et sécurité », Inter-stats, déc. 2017, p.158.
[897] *Ibid.*

A- La collaboration impérative

141. Le législateur a créé deux infractions principales imposant à l'ensemble des individus l'obligation d'informer les autorités de l'existence de certaines infractions parmi les plus graves (**1**). A côté de ces incriminations inscrites dans le Code pénal, d'autres ont été créées visant spécifiquement certains professionnels à même d'avoir connaissance de certains faits délictueux dans le cadre de l'exercice de leurs fonctions (**2**).

1- Les infractions applicables à l'ensemble des individus

142. ***Historique.*** A l'origine il ne semblait pas évident pour le législateur d'instaurer dans le Code pénal une obligation de dénonciation, tant celle-ci semble en contradiction avec la conception française du droit pénal, étrangère à toute morale. Il n'est donc pas étonnant qu'il fallût un régime autoritaire pour qu'une telle obligation voit le jour au sein de notre droit pénal[898]. C'est le régime de Vichy qui avait ainsi instauré le délit de non-dénonciation d'infractions, avec l'objectif de prévenir et réprimer l'action de la Résistance[899]. Si cette loi contestable a été abrogée par une ordonnance de 1945, l'idée de l'incrimination de la non-dénonciation d'infractions, datant déjà d'un projet de Code pénal de 1934[900], a été reprise par la même ordonnance et insérée au sein de l'article 62 de l'ancien Code pénal[901]. Celui-ci ayant par la suite donné lieu aux articles 434-1 et 434-3[902] du Code pénal. L'idée d'une obligation de dénoncer les faits, certes délictueux, d'autrui, dérange donc, tant elle renvoie à celle de délation et de toutes les dérives qu'elle peut engendrer. Toutefois, le législateur a voulu se montrer prudent sur la question. En effet, il ne s'agit en aucun cas de délation, puisque tous les articles imposant une telle obligation n'exigent en aucun cas l'identification de l'auteur des faits délictueux[903]. Seuls les faits doivent faire l'objet d'une déclaration aux autorités compétentes. D'ailleurs, le législateur a de surcroît limité ces obligations à certaines infractions parmi les plus graves et les plus difficiles à détecter. Ces obligations de dénonciation semblent par ailleurs plus en adéquation avec l'évolution de nos sociétés, en demande d'une

---

[898] Loi adoptée le 25 octobre 1941 sous l'Occupation, incriminant la non-dénonciation de certains crimes et délits mais également l'omission d'empêcher ces mêmes infractions et l'abstention de porter secours à une personne en danger : JO 26 oct. 1941 ; JCP G 1942, III, 5053 ; J. Magnol : JCP 1942, I, 241 ; H. Donnedieu de Vabres, DC 1942, p. 33 ; D. Rebut, « Omissions de porter secours – Entrave aux mesures d'assistance », Rép. pén. Dalloz, oct. 2003, n°8.

[899] D. Rebut, « Omissions de porter secours – Entrave aux mesures d'assistance », Rép. pén. Dalloz, oct. 2003, n°8

[900] Ph. Bonfils, « Art. 434-1 et 434-2 - Fasc. 20 : non-dénonciation de crime », Date du fascicule : 8 Décembre 2016, Date de la dernière mise à jour : 4 Décembre 2019, n°2, au sein d'un potentiel article 251

[901] L'ordonnance n° 45-1391 du 25 juin 1945 a repris le principe des incriminations prévues par la loi de 1941 et ajouté la répression de l'absence de témoignage en faveur d'un innocent *(JO 28 juin 1945 et rect. 17 juill. 1945 : JCP G 1945, III, 9638. – J. Magnol, Commentaire de l'ordonnance n° 45-1391 du 25 juin 1945 concernant le concours des citoyens à la justice et à la sécurité publique : JCP 1946, I, 531. – A. Tunc, Commentaire de l'ordonnance du 25 juin 1945 : DC 1946, p. 33. – J. Brouchot, Commentaire de l'ordonnance du 25 juin 1945 : S. 1945, 2, p. 21)*

[902] La répression de la non-dénonciation de sévices sur mineurs de quinze ans est plus tardive, elle résulte d'une loi du 15 juin 1971 qui l'a ajoutée au sein de l'article 62 ancien, v. à propos de l'évolution de l'article : Ph. Bonfils, « Art. 434-3 - Fasc. 20 : non-dénonciation de mauvais traitements à un mineur ou à une personne vulnérable », Date du fascicule : 5 août 2017, Date de la dernière mise à jour : 31 Mai 2021, Jcl pénal, LexisNexis, n°3 s.

[903] V. Cass., crim., 2 mars 1961, JCP G., 1961. II. 12092, note. J. Larguier ; D. 1962.121, note P. Bouzat.

transparence totale, galvanisées par les récents scandales liés à la révélation de la commission d'infractions sexuelles sur mineurs, par des auteurs dont le secret aura parfois été gardé par des tiers pendant des décennies, permettant à certains de poursuivre impunément leur parcours délictuel[904]. À la suite de cela le législateur est intervenu à plusieurs reprises[905] afin de renforcer la protection des mineurs en élargissant le champ d'application de l'article 434-3. Il est vrai que les violences, *lato sensu*, exercées contre les mineurs sont souvent plus difficiles à découvrir, du fait de leur commission dans le cercle familial, ou de la faible propension des mineurs à reporter les faits subis[906]. Ces infractions demeurent alors invisibles pour les autorités, parfois indéfiniment. Mais dans le même temps, les textes conservent des conditions d'application strictes, appliquées parfois tout aussi rigoureusement par la Cour de cassation.

143. ***Articles 434-1 et 3 CP.*** Les articles 434-1 et 434-3 du Code pénal constituent les deux principaux articles du droit de la dénonciation, par leur vocation universelle, en ce qu'ils s'appliquent, sauf exceptions, à l'ensemble des justiciables. Pourtant, force est de constater que ceux-ci ne font pas toujours l'objet de l'attention de la doctrine. Certains manuels de droit pénal spécial font totalement l'impasse sur la question[907], quand d'autres ne citent les articles qu'à titre de comparaison avec d'autres dispositions du Code pénal[908]. Rares sont donc les manuels consacrant des développements à ces obligations de dénoncer[909]. Pourtant, les incriminations contenues à ces articles ne sont pas sans susciter certaines interrogations concernant leur portée, et donc leur propension à permettre la découverte d'infractions invisibles.

144. ***L'objectif poursuivi par les infractions.*** C'est tout d'abord l'objet de ces deux infractions qui pose question. En effet, la doctrine est partagée quant au but assigné par le législateur à l'article 434-3 du Code pénal. Doit-il suivre l'exemple de l'article 434-1 orienté vers l'utilité de la dénonciation[910] par lui requise ? Ou sa différence de rédaction explique-t-elle une différence d'objectif ? Si la question n'apparaît pas de prime abord comme essentielle, de sa solution découle pourtant la détermination des conditions d'application de l'incrimination. Et partant sa propension à permettre la mise au jour d'infractions invisibles.

---

[904] V. notamment l'affaire de Bayeux, l'affaire Barbarin/Preynat …

[905] Loi n°2016-297 du 14 mars 2016, art. 46 ; Loi n°2018-703 du 3 août 2018, art.1 et 5.

[906] cf. développements du chapitre précédent, n°96.

[907] V. Malabat, *Droit pénal spécial*, HyperCours, Dalloz, 10ème éd., 2022 qui ne fait que citer les articles dans une introduction à l'étude des atteintes à la justice, n°996 s ; J. Pradel, M. Danti-Juan, *Droit pénal spécial*, 7ème éd., 2017, qui n'évoque pas l'article 434-3 alors qu'il s'intéresse brièvement à l'article 434-1.

[908] A. Lepage, H. Matsopoulou, *Droit pénal spécial*, PUF, 2015, n°247 : n'évoque que la non-dénonciation de crime de l'article 434-1 pour la distinguer du non-obstacle à la commission d'une infraction réprimée à l'article 223-6 CP ;

[909] E. Dreyer, *Droit pénal spécial*, LGDJ, 2020, n°1123 s. ; M.-L. Rassat, *Droit pénal spécial*, Dalloz, 8ème éd., 2018, n°1027 s. ; M. Véron, *Droit pénal spécial*, 17e éd., Sirey, 2019, n°730 s.

[910] A ce propos v. les explications de S. Fournier, « Non dénonciation de mauvais traitements a un mineur ou a une personne vulnérable : caractère instantané ou continu du délit et finalité de l'incrimination », Rev. Pén. et de Droit Pén., n° 2, avril-juin 2021. : « dans le sens qu'il n'est pas requis que les effets de l'infraction à dénoncer puissent être encore empêchés ou limités ou que le coupable puisse être empêché d'en commettre de nouvelles. En revanche, l'incrimination a nécessairement une utilité : elle doit tendre à protéger une valeur et à éviter un résultat socialement nuisible ».

145. ***Apports de l'affaire Barbarin – Juridictions du fond***. C'est l'affaire dite « *Barbarin* »[911] du nom du cardinal faisant l'objet de poursuites, notamment, pour non-dénonciation d'agressions sexuelles sur mineurs qui a cristallisé le débat autour de cette question. Dans cette affaire, la possibilité d'une protection du prélat par le secret professionnel ayant été rapidement écartée[912], restait la question de la constitution du délit. Les différents degrés de juridictions se sont opposés quant aux conditions à constater pour pouvoir entrer en condamnation. Dès le début de la procédure, le procureur de la République de Lyon, dans une décision de classement sans suite du 1er août 2016, estimait que l'élément moral du délit n'était pas constitué en ce que le prévenu n'avait pas « *conscience d'entraver la justice en ne permettant pas la saisine de celle-ci* »[913], puisque les faits dont il avait connaissance étaient eux-mêmes prescrits. Ce faisant, il ajoute au délit la condition préalable de l'absence de prescription de l'infraction à dénoncer. Ce à quoi la défense a pu ajouter l'argument de l'absence de minorité ou de vulnérabilité de la victime au jour de la procédure. Les juges de première instance étaient alors restés sourds aux arguments du Parquet et de la défense, estimant que le délit « *s'étendait même à des faits d'origine prescrits et au cas où la victime n'était plus dans une situation de minorité ou de vulnérabilité, dans la mesure où, d'une part, ce texte ne visait pas exclusivement une fonction utilitariste, visant à prévenir, limiter ou empêcher la réitération des faits répréhensibles, dans la mesure où d'autre part, l'identité des victimes peut ne pas être révélée, qu'il n'est pas souvent possible pour celui à qui il incombe de dénoncer, de distinguer ce qui est prescrit de ce qui ne l'est pas, surtout en matière d'agressions sexuelles […]* » [914]. L'objectif du texte ne se cantonne pas à la simple possibilité de poursuivre les faits à dénoncer. Ainsi, « *au vu des principes d'interprétation stricte de la loi pénale, ce serait rajouter aux exigences du législateur que de considérer que l'obligation de dénoncer disparaît quand la victime n'est plus dans une situation de minorité ou de vulnérabilité […]* »[915]. Il est vrai que la rédaction de l'article 434-3 diffère de celle de la non-dénonciation de crime[916], qui elle, impose l'obligation de dénoncer à condition qu'elle soit utile[917], c'est-à-dire, permettant de prévenir ou limiter les effets d'un crime en cours ou encore d'éviter la réitération du crime commis. Certes, à l'origine, les deux incriminations étaient contenues au sein d'un même article 62 de l'ancien code pénal, toutefois le législateur a reproduit l'incrimination de la non-dénonciation de mauvais traitements sans reprendre cette condition d'utilité, à la différence de l'article 434-1. En outre, si à l'époque des faits la non-dénonciation de mauvais traitements ne comportait aucune mention relative à un quelconque effet « *utile* » de l'infraction, c'est toujours le cas, même dans sa rédaction actuelle[918], concernant des faits ayant

---

[911] TC de Lyon, 17ème chambre, 7 mars 2019 ; CA de Lyon, 4ème chambre, 30 jan. 2020, n°19/01395 ; Cass., crim.,14 avril 2021, n° 20-81.196.

[912] V. arrêt CA de Lyon, 4ème chambre, 30 jan. 2020, *précit*., p.21 V. ; et en *infra* les développements concernant les professionnels soumis au secret, n°154 et s.

[913] CA de Lyon, 4ème chambre, 30 jan. 2020, *précit*., p.17-18.

[914] *Ibid*. p.20.

[915] *Ibid*.

[916] C. pén., art. 434-1, al 1er : « Le fait, pour quiconque ayant connaissance d'un crime dont il est encore possible de prévenir ou de limiter les effets, ou dont les auteurs sont susceptibles de commettre de nouveaux crimes qui pourraient être empêchés, de ne pas en informer les autorités judiciaires ou administratives est puni de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende ».

[917] Pourtant, on peut noter ici une utilité de la dénonciation, laquelle permet la possible découverte de faits similaires non encore couverts par la prescription, en ce sens, v. A. Darsonville, « La fin de la mise en cause du cardinal Barbarin et le renouveau du délit de non-dénonciation de mauvais traitements », AJ Pén. 2021 p.257.

[918] Article 434-3 al. 1er in fine issu de la loi n° 2018-703 du 3 août 2018 renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes, JORF n°0179 du 5 août 2018, art. 1er, qui insère la formule suivante : « ou de continuer à ne pas informer ces autorités tant que ces infractions n'ont pas cessé ».

cessé de se produire. En effet, celui-ci conserve l'ancienne rédaction de l'alinéa 1er, ajoutant seulement le cas dans lequel l'infraction continuerait à se commettre. La cour d'appel considère toutefois que c'est « *à tort que les premiers juges avaient considéré que l'article 434-3 du code pénal ne visait pas exclusivement une fonction utilitariste visant à prévenir, limiter ou empêcher la réitération de faits répréhensibles et en avaient déduit qu'il était indifférent pour la caractérisation de l'infraction d'une part que l'infraction qu'il convenait de dénoncer était ou non prescrite et d'autre part que la victime supposée soit ou non majeure au moment de la commission de l'infraction* »[919], qu'ils avaient partant méconnu l'article 111-4 du code pénal en élargissant le champ d'application du délit. La cour d'appel justifie son interprétation par le lien existant entre les articles 434-1 et 3, rappelant qu'« *A l'origine, les deux obligations étaient prévues par le même article, dans deux alinéas distincts et il n'y avait pas de différence substantielle de régime de rentabilité* ». Elle estime alors que rien ne prouve que le législateur, en scindant l'ancien article 62 en deux articles, ait souhaité « *renoncer à ce but utilitaire* »[920]. Mais pareillement, rien ne prouve que le législateur ait, en ne reprenant pas cette condition, souhaité faire de celle-ci la finalité, de surcroît, exclusive de l'infraction. La Cour de cassation avait d'ailleurs déjà admis, que « *le délit prévu par l'article 434-3 du Code pénal n'exige pas pour sa constitution que la dénonciation ait pu prévenir ou limiter les effets produits par les atteintes sexuelles infligées ou encore empêcher leur renouvellement* »[921]. Mais quoiqu'il en soit dans l'affaire Barbarin, le prévenu avait été informé à plusieurs reprises de faits similaires commis par le même auteur à l'encontre de différentes victimes, à différentes époques, mais à l'égard desquelles la prescription du délit de non-dénonciation était déjà acquise. Il ne pouvait donc ignorer qu'il y avait un risque que d'autres individus aient été victimes à des dates ultérieures. D'ailleurs, il ressort des retranscriptions d'échanges que le prévenu a eus avec l'une des victimes, que le cardinal était informé de l'existence certaine de nombreuses autres victimes, et qu'il était donc probable d'en trouver pour lesquelles la prescription des faits d'agression sexuelle n'était pas encore acquise[922]. Continuant leur argumentation, les juges d'appel ont estimé que l'utilisation du présent de l'indicatif pour qualifier la victime comme celle « *qui n'est pas en mesure de se protéger* », révélerait que la qualité de mineur ou de majeur vulnérable « *doit être contemporain du moment où la personne poursuivie pour non dénonciation prend connaissance des faits* »[923]. La cour d'appel souligne paradoxalement l'existence de plusieurs autres victimes quant à elles âgées de moins de 38 ans, or c'est bien grâce à la révélation des faits, certes prescrits concernant la victime à l'origine de la plainte pour non-dénonciation, aux autorités judiciaires, que d'autres victimes ont pu être identifiées, pour lesquelles une poursuite était envisageable[924]. Pourtant, elle ne souligne pas l'utilité de la dénonciation, mais tire de l'âge de ces victimes, ainsi que du fait qu'elles soient « *toutes insérées familialement, socialement et professionnellement* », ainsi que non « *atteintes d'une maladie, d'une infirmité, d'une déficience physique ou psychique au sens de la loi, après leur majorité et pendant la période de prévention* »[925], l'impossibilité de retenir la constitution de l'infraction à l'égard du prévenu. Estimant de plus que les répercussions psychologiques vécues par lesdites

[919] CA de Lyon, 4ème chambre, 30 jan. 2020, *op.cit.*, p.34.
[920] *Ibid.*
[921] Cass. crim., 6 sept. 2006, n° 05-87.274 : JurisData n° 2006-035229 ; Ph. Bonfils, « Art. 434-3 - Fasc. 20 : Non-dénonciation de mauvais traitements à un mineur ou à une personne vulnérable », Date du fascicule : 5 août 2017, Date de la dernière mise à jour : 31 mai 2021, Jcl pén., LexisNexis, n°24.
[922] CA de Lyon, 4ème chambre, 30 jan. 2020, *op.cit.*, p.16.
[923] *Ibid.*, p.34.
[924] D'ailleurs l'ecclésiastique auteur des faits non dénoncés a pu être poursuivi et définitivement condamné par un arrêt du 16 mars 2020 pour agressions sexuelles sur mineurs.
[925] CA de Lyon, 4ème chambre, 30 jan. 2020, *op.cit.*, p.35.

victimes, ne sauraient être assimilées à l'état de vulnérabilité tel que prévu par le texte. Pour les juges d'appel, « *pendant la période de prévention, ces parties civiles étaient en mesure de dénoncer les faits qu'elles avaient subis* »[926]. La prise en compte en compte de ces répercussions comme obstacle à la dénonciation, et l'absence d'égards à la prescription des faits reviendrait, pour les juges d'appel, à élargir considérablement le champ d'application de l'infraction, « *sans limite dans le temps* »[927]. Partant, elle constate que la condition préalable[928] de l'infraction n'étant pas établie, elle en déduit que l'élément matériel fait défaut, et estime qu'il en va de même de l'élément moral, puisque l'intention ne serait pas constituée en ce que le prévenu « *n'avait pas dissuadé* »[929] la victime de porter plainte. La motivation de l'arrêt poursuit ajoutant que ce qui motivait deux des victimes « *au moment des démarches qu'ils avaient entreprises auprès du cardinal Barbarin, ce n'était pas que celui-ci porte plainte […] mais que cette autorité ecclésiastique retire immédiatement le prêtre de l'exercice de son ministère et de toute activité impliquant des contacts avec des enfants, ce que le mis en cause avait d'ailleurs fait, même si cela avait pris près d'un an […] et plusieurs relances […]* »[930]. Reconnaissant le caractère contestable du délai de cinq ans depuis la connaissance des faits pour prendre des mesures à l'encontre du prêtre, la cour estime qu'il n'y a là qu'une question de moralité, cette circonstance étant sans effet sur la constitution de l'infraction. Alors pourquoi souligner la prise de ces mesures comme un élément à l'appui de la bonne foi de l'auteur, pour immédiatement contrebalancer par la lenteur de sa réaction ? Il semble que là encore la juridiction ajoute au texte. En effet, l'intention exigée par l'incrimination se limite au fait de s'être abstenu de dénoncer en connaissance de cause, c'est-à-dire en ayant connaissance des faits infractionnels, mais également de la qualité de la victime. En aucun cas le texte n'exige de quelconques manœuvres destinées à déterminer la victime à ne pas avertir les autorités compétentes[931]. En outre, pourquoi se référer à l'intention des victimes comme élément pouvant disqualifier l'intention de l'auteur de la non-dénonciation, alors que le droit pénal n'admet pas l'autorisation de la victime comme fait justificatif[932], à moins d'avoir été prévu par la loi, ce qui n'est pas le cas ici. D'autant que parfois leur victimation et ses conséquences psychologiques « *n'en fait pas de bons juges de leur intérêt* »[933]. Pour certains il y a de la sorte une modification par la cour de la nature de l'infraction, laquelle deviendrait ainsi une infraction contre les personnes et non plus contre la chose publique[934] au mépris du respect de l'ordonnancement du code pénal.

146. ***Apports de l'affaire Barbarin – Chambre criminelle.*** L'argumentation de la cour d'appel ne convainc donc guère, mais l'intervention postérieure de la Cour de cassation dans cette affaire n'a pas réussi à donner une solution totalement persuasive[935]. En effet, d'abord concernant l'élément moral de l'infraction, et plus précisément la constitution de l'intention, la Cour

---

[926] *Ibid*. p.36.
[927] *Ibid*.
[928] La notion de condition préalable reste toutefois discutée en doctrine, à ce propos v. les développements d'A. Varinard et J. Pradel, Les grands arrêts du droit pénal général, Dalloz, 12ème éd., 2021, arrêt n°15, §8 et s.
[929] CA de Lyon, 4ème chambre, 30 jan. 2020, op.cit., p.36.
[930] *Ibid*.
[931] Qui pourrait dans certains cas s'apparenter à d'autres infractions, v. C. pén., art. 434-5 et 434-15.
[932] Sur la question v. X. Pin, *Le consentement en matière pénale*, Thèse, LGDJ, 2002.
[933] E. Dreyer, « Retour sur la non-dénonciation d'infractions commises sur mineur ou personne vulnérable », Gaz. Pal. 11 mai 2021, n° 18.
[934] E. Dreyer, « Retour sur la non-dénonciation d'infractions commises sur mineur ou personne vulnérable », *op.cit*, n° 18.
[935] *Contra.* A. Darsonville, « La fin de la mise en cause du cardinal Barbarin et le renouveau du délit de non-dénonciation de mauvais traitements », AJ Pénal 2021 p.257

de cassation ne répond pas au moyen qui soulevait le caractère inopérant des arguments de la cour d'appel, estimant que l'intention « *se déduisait du seul fait que celui-ci avait connaissance de ces violences sexuelles et qu'il ne les avait néanmoins jamais dénoncées à ces autorités* »[936]. Puis, en préambule, la Haute juridiction rappelle que l'article 434-3 du code pénal ne pose pas de « *principe général obligeant les particuliers à dénoncer tous les faits délictueux dont ils ont connaissance* »[937], principe au demeurant inexistant dans le code. Puis elle souligne étonnamment que « *comme tout texte d'incrimination, surtout s'il ne découle pas d'un principe général, cette disposition doit être interprétée de manière stricte* »[938]. On ne saurait contredire la première affirmation, mais l'on peut s'interroger sur son intérêt. De toute évidence il s'agit d'un texte spécial, dont le champ d'application est limité à certains types d'infractions commis contre des mineurs ou des personnes vulnérables[939]. On ne comprend guère à quel argument des juridictions du fond ou du moyen au pourvoi la Haute juridiction entend donc répondre. D'autant que les faits dont on reproche la non-dénonciation correspondent bien à ceux visés par le texte[940]. Cette amorce peut-être, pour rappeler ensuite la nécessaire interprétation stricte du texte. Or, ce principe de l'article 111-4 du code pénal s'impose à l'ensemble des incriminations, peu important qu'elles prévoient un principe général ou non[941]. Dans la suite de son argumentation, la Cour de cassation estime que l'objectif de l'incrimination est de « *lever l'obstacle aux poursuites pouvant résulter de ce que l'âge ou la fragilité de la victime l'ont empêchée de dénoncer les faits* »[942]. Ainsi, la vulnérabilité de la victime, préalable nécessaire à la constitution du délit, doit avoir existé, non seulement au moment de la commission des faits à dénoncer, mais doit avoir perduré jusqu'à la prise de connaissance des faits par l'individu soumis à la dénonciation[943]. La Haute juridiction confirme sur ce point l'argumentaire de la cour d'appel, et même plus, « *le reprenant à son compte, elle l'étaye* »[944]. Pourtant, la doctrine l'a de sorte bien souligné, elle procède ce faisant à l'ajout d'une condition nouvelle à la constitution de l'infraction, portant directement atteinte au principe d'interprétation stricte dont elle avait pourtant fait l'emphase juste avant[945]. Elle crée ainsi une différence de traitement entre « *deux catégories de victimes, selon qu'elles ont acquis ou non la possibilité de dénoncer elles-mêmes* »[946]. La condition est d'autant plus critiquable qu'elle repose sur l'appréciation de la vulnérabilité de la victime par l'agent mis au courant des faits, alors même que celle-ci ne sera pas toujours visible ou rendue accessible à la connaissance de celui-ci. D'autant qu'on le sait, la propension des victimes à dénoncer les sévices sexuels subis durant l'enfance est très faible, de multiples facteurs pouvant entrer en compte. Notamment, dans ce cas de figure on peut associer l'auteur des sévices aux notables dont la

[936] Cass., crim., 14 avril 2021, 20-81.196, § n°16.
[937] *Ibid.* § n°18.
[938] *Ibid.*
[939] A. Darsonville, « La fin de la mise en cause du cardinal Barbarin et le renouveau du délit de non-dénonciation de mauvais traitements », AJ Pénal 2021 p.257 : infractions qui « heurtent particulièrement l'ordre public en raison de leur gravité »
[940] Le moyen soulevait d'ailleurs la question, ce à quoi la Cour de cassation ne semble pas répondre
[941] A choisir, c'est plutôt en cas de principe général que l'interprétation stricte doit d'autant plus être vérifiée, par la largesse de la prohibition ainsi imposée… ; V. Emmanuel Dreyer, « Aide-toi et l'archevêque t'aidera... », D. 2021 p.937.
[942] Cass., crim., 14 avril 2021, 20-81.196, § n°19.
[943] *Ibid.*, § n°20.
[944] E. Dreyer, « Aide-toi et l'archevêque t'aidera... », *précit.*
[945] *Ibid.*
[946] Ph. Conte, « Dénonciation requise : conditions tenant à l'infraction à dénoncer », Dr. pén. n° 6, juin 2021, comm. 102.

communauté se refuse à accepter la déviance, comme le présentait Monsieur Mucchielli[947]. Or, il semble que le simple fait d'avoir atteint l'âge de la majorité sans handicap ni maladie mentale ne suffise pas à rendre tout individu apte à se lancer dans le douloureux processus judiciaire. Finalement en ajoutant cette condition, les Haut magistrats se livrent à ce que certains appellent une interprétation restrictive[948], au-delà de la simple interprétation stricte du texte, et partant tout aussi condamnable que l'interprétation extensive. Certes, on pourrait se réjouir de ce que la solution, rendue au mépris de l'article 111-4 est pour une fois rendue *in favorem*. Toutefois, la solution qui consiste à altérer la *ratio legis* d'un texte n'est jamais légitime, en ce qu'elle laisse planer l'ombre de l'arbitraire du juge. Pour M. le professeur Dreyer, il y a là une « *véritable subversion* »[949] opérée par les Hauts magistrats, ayant eu recours au raisonnement téléologique de façon à modifier l'intérêt protégé par le texte, de sorte qu'il corresponde à leurs *a priori* sur la pertinence de la répression dans ce cas de figure. De ce fait ils procèdent à une appréciation d'ordre politique, réservée au seul législateur[950]. La solution, ainsi amenée de façon « *quelque peu péremptoire* »[951] peine donc à emporter l'adhésion[952]. D'autant plus que l'argumentaire de la Cour de cassation apparaît ensuite comme contradictoire. En effet, la juridiction censure la cour d'appel quant à l'impossibilité de retenir la non-dénonciation lorsque les faits à dénoncer sont prescrits[953]. Pour ce faire, elle avance deux arguments critiquables. Tout d'abord, elle estime que « *la condition que la prescription ne soit pas acquise ne figure pas à l'article 434-3 du code pénal* »[954], or, si cela est juste, l'argument peut toutefois lui être retourné s'agissant de la persistance de la vulnérabilité de la victime[955]. C'est d'ailleurs ce que souligne l'avocat général, rejetant ces deux propositions au nom du principe de l'article 111-4[956]. Puis elle ajoute que « *les règles relatives à la prescription sont complexes et ne peuvent être laissées à l'appréciation d'une personne qui peut, en particulier, ignorer l'existence d'un acte de nature à l'interrompre* »[957], alors même qu'elle a précédemment créé une règle qui laisse à l'agent la tâche d'apprécier si la victime, qu'il peut ne pas connaître, est désormais apte à dénoncer elle-même l'infraction[958]. Il semblerait que l'interprétation ainsi adoptée découle d'une analyse du temps employé par le législateur dans le texte, usant du présent de l'indicatif pour évoquer la qualité des victimes visées par le texte[959]. N'est-ce pas toutefois aller trop loin dans la déduction[960] ?

---

[947] L. Mucchielli, *L'invention de la violence. Des peurs, des chiffres, des faits*, Fayard, 2011, p.183.
[948] E. Dreyer, « Aide-toi et l'archevêque t'aidera... », D. 2021 p.937.
[949] *Ibid.*
[950] *Ibid.*
[951] S. Fournier, « Non dénonciation de mauvais traitements à un mineur ou à une personne vulnérable : caractère instantané ou continu du délit et finalité de l'incrimination », Rev. Pén.et de Dr. Pén., n° 2, avril-juin 2021.
[952] En ce sens v. S. Fournier, « Non dénonciation de mauvais traitements à un mineur ou à une personne vulnérable : caractère instantané ou continu du délit et finalité de l'incrimination », *précit.* ; E. Dreyer, « Aide-toi et l'archevêque t'aidera... », D. 2021 p.937 ; *Contra*. A. Darsonville, « La fin de la mise en cause du cardinal Barbarin et le renouveau du délit de non-dénonciation de mauvais traitements », AJ Pén. 2021 p.257.
[953] Cass., crim., 14 avril 2021, 20-81.196, § n°23.
[954] *Ibid*., § n°21.
[955] E. Dreyer, « Aide-toi et l'archevêque t'aidera... », *précit.* ; Ph.Conte, « Dénonciation requise : conditions tenant à l'infraction à dénoncer », *précit*.
[956] Cour de cassation, Avis de M. Ph. Petitprez, avocat général (chambre criminelle), Arrêt n°484 du 14 avril 2021, pourvoi n° V 20-81.196, p.17.
[957] Cass., crim., 14 avril 2021, *précit*., § n°21.
[958] S. Fournier, « Non dénonciation de mauvais traitements à un mineur ou à une personne vulnérable : caractère instantané ou continu du délit et finalité de l'incrimination », *op. cit*. : pour qui la tâche est ainsi encore plus délicate que celle de l'appréciation de la prescription des faits. Il faut par ailleurs rappeler qu'en cas de dépôt de plainte simple, celle-ci pourrait être considérée comme non interruptive de prescription.
[959] Ph. Conte, « Dénonciation requise : conditions tenant à l'infraction à dénoncer », *op. cit*.

Monsieur le professeur Conte souligne adroitement qu'en parallèle les Hauts magistrats ne déduisent pas de l'emploi du terme « *infraction* », la nécessité que les faits ne soient pas prescrits[961]. La doctrine souligne ainsi la contradiction de l'argumentaire des Hauts magistrats en ce qu'il a trait à l'objectif poursuivi par l'article 434-3[962]. En effet, en rejetant la prescription des faits comme limite à l'obligation de dénoncer, ils semblent exclure l'idée, développée par la cour d'appel, selon laquelle l'objet de l'incrimination serait uniquement la poursuite des faits dénoncés. Ils admettent ainsi que la dénonciation porte sur une infraction ne pouvant plus être poursuivie. Or, en décidant que l'obligation s'efface lorsque la victime est apte à porter plainte, il semble qu'ils réintègrent ici l'objectif précédemment rejeté[963]. Certes, le choix de cette seconde condition permettrait une exonération plus aisée de l'agent poursuivi[964]. Toutefois elle interroge quant à l'objectif assigné à l'incrimination. Il est évident que l'incrimination a pour but de protéger les personnes vulnérables, *lato sensu*, dont la victimation demeure trop souvent invisible. Mais il semble bien trop réducteur d'en faire un simple palliatif à l'absence de dépôt de plainte de ces victimes. D'autant que la faible propension à dénoncer les maltraitances subies ne sont pas toujours liées uniquement à leur vulnérabilité ou leur minorité, mais peuvent découler du contexte notamment familial, conjugal dans lequel s'exercent les violences. De plus, il est difficile de comprendre pourquoi l'obligation de dénonciation disparaîtrait automatique à la majorité de la victime mineure, qui peut pourtant porter plainte sans cette condition[965]. En outre, le choix de la victime, si tant est qu'il en soit réellement un, de ne pas porter ces faits à la connaissance des autorités ne saurait exonérer celui qui est au courant de la commission, certes passée, mais intolérable de faits parmi les plus graves, commis de surcroît sur des individus vulnérables. D'autant que si l'incrimination n'a pas forcément de visée préventive, en pratique, la dénonciation peut permettre la mise au jour de faits passés non encore prescrits et donc révéler une trajectoire délictuelle et potentiellement empêcher une réitération, notamment lorsque l'on se trouve en présence d'un délinquant d'habitude[966]. Une telle obligation porte en elle le risque d'affaiblir la portée de l'obligation de dénonciation[967].

147. ***Intérêt pour la découverte d'infractions invisibles***. Du point de vue des infractions invisibles, il nous semble que l'objectif de cette incrimination, serait de permettre aux autorités de prendre connaissance d'infractions dont elles n'auraient pas eu connaissance autrement. Si les faits sont non encore prescrits au moment de leur prise en connaissance par le tiers, mais que la prescription s'acquière au cours de la prévention, l'individu auteur des faits

---

[960] V. *Ibid*., qui estime qu'au vu des qualités rédactionnelles du législateur contemporain il n'est pas pertinent d'y attacher une telle déduction.

[961] La Cour de cassation estimant pourtant que la prescription ôte aux faits prescrits leur caractère délictueux : *Ibid*.

[962] *Ibid*. : qui estime que le principe de l'interprétation stricte invoquée n'est pas respecté puisqu'aucune conséquence n'est tirée de la différence de rédaction des articles 434-1 et 3.

[963] S. Fournier, « Non dénonciation de mauvais traitements à un mineur ou à une personne vulnérable : caractère instantané ou continu du délit et finalité de l'incrimination », *op. cit.* ; E. Dreyer, « Aide-toi et l'archevêque t'aidera... », *op. cit*.

[964] Ph. Conte, « Dénonciation requise : conditions tenant à l'infraction à dénoncer », *op. cit.* : souligne que l'erreur de droit résultant de sa méprise sur la prescription des faits ne sera pas exonératoire à l'inverse de l'erreur de fait portant sur sa méprise quant à la capacité de la victime à porter plainte ; H. Matsopoulou, « L'obligation de dénoncer n'est pas « éternelle ! » », JCP G n° 22, 31 mai 2021, 575.

[965] Ph. Conte, « Dénonciation requise : conditions tenant à l'infraction à dénoncer », *op.cit.* ; Cour de cassation, Avis de M. Ph. Petitprez, *op. cit*., p.16.

[966] En ce sens, S. Fournier, « Non dénonciation de mauvais traitements à un mineur ou à une personne vulnérable : caractère instantané ou continu du délit et finalité de l'incrimination », RPDP, n° 2, avril-juin 2021

[967] Ph. Conte, « Dénonciation requise : conditions tenant à l'infraction à dénoncer », *op.cit.*

d'origine aura bénéficié de la prescription grâce à la non-dénonciation de ce tiers, lequel aura permis à ce dernier d'échapper à la justice. La répression semble donc légitime, d'autant que les infractions sexuelles font partie des infractions les plus difficiles à détecter, d'autant plus lorsque les victimes sont vulnérables[968]. Si en revanche les faits étaient déjà prescrits quand le tiers a été informé des faits, il semble toujours légitime d'imposer la dénonciation si la révélation de ces faits prescrits permet la découverte d'autres infractions. On constate d'ailleurs que souvent, sont révélés des faits qui s'inscrivent dans un parcours délinquant assez rempli. En revanche, on peut se poser la question de la légitimité de l'incrimination lorsque la dénonciation de faits prescrits n'aura pas permis la découverte d'autres infractions non prescrites. Tout simplement parce que l'auteur de l'infraction d'origine n'en aura pas commis d'autres ou lorsque toutes les infractions qu'il a commises sont déjà prescrites, son reclassement étant déjà acquis. Sera-t-il toujours légitime d'imposer la dénonciation en ce cas ? Mais qui peut prétendre avoir une connaissance parfaite du parcours criminel d'autrui ? Ce n'est que par le signalement donné aux autorités que celles-ci seront en état de déterminer s'il existe ou non d'autres infractions pour lesquelles l'action de la justice est toujours possible. La dénonciation est donc nécessaire pour nourrir des enquêtes, même si celle-ci aboutissent sur le constat de l'absence de faits poursuivables. Reste la question de l'opportunité des poursuites. On pourrait décider qu'il n'y a pas d'intérêt à poursuivre l'individu n'ayant pas dénoncé si finalement il n'y avait pas d'autres infractions non prescrites. Mais si l'on se place du côté de l'intention de l'agent, si celui-ci n'est pas au courant de l'existence ou non d'autres infractions, il ne peut pas le deviner et on ne peut mettre à sa charge d'enquêter pour savoir s'il y aurait d'autres infractions poursuivables. Hormis le cas de faits prescrits, si les victimes autrefois vulnérables perdent cette qualité pendant la prévention, il nous semble nécessaire que l'obligation perdure puisque celui qui devait dénoncer aurait dû le faire dès l'entrée en connaissance des faits, donc à un moment où les victimes présentaient encore cette qualité, peu importe que cela ait changé par la suite. En outre, si l'agent prend connaissance des faits à un moment où les victimes ne présentent plus cette vulnérabilité, il semble que sa dénonciation soit tout de même nécessaire. Tant parce qu'elle permettrait la possible découverte d'autres infractions concernant de potentielles victimes toujours vulnérables, que parce que la cessation du statut de personne vulnérable n'entraîne pas automatiquement, en pratique, la possibilité pour la victime de dénoncer les faits qu'elle a subi. De nombreux autres mécanismes psychologiques, sociologiques, peuvent entrer en jeu. Il apparaît, au regard de la rédaction du texte et des nombreuses réformes l'ayant modifié, s'attachant notamment à la protection des mineurs, que le législateur vise bien ici la dénonciation sans conditions de faits qu'il estime extrêmement graves et dont il ne tolère pas l'invisibilité. Ainsi, dans tous les cas, il faudrait retenir l'obligation de dénoncer. Certains ont pu soulever la délicate situation dans laquelle le tiers informé des faits sera dans l'obligation de dénoncer alors même que la victime désormais majeure ne souhaite pas saisir la justice si longtemps après les faits[969]. On pourra toutefois souligner que l'opportunité des poursuites appartient au Parquet. La plainte de la victime n'est pas une condition pour l'engagement des poursuites, elle le facilite, mais ces dernières peuvent tout à fait avoir lieu sans son implication voire sans son consentement. Le droit pénal n'est pas un droit qui s'exerce en parties privées, la justice est ici rendue au nom du peuple tout entier, d'où la position particulière du droit pénal au sein du droit

[968] Ph. Bonfils, « Entre continuité et rupture : la loi du 3 août 2018 sur les violences sexuelles et sexistes », JCP G n° 39, 24 sept. 2018, 975.
[969] V. Cour de cassation, Rapport de M. Henri de Larosière de Champfeu, conseiller (chambre criminelle), Arrêt n° 484 du 14 avril 2021, Pourvoi n° V 20-81.196, p. 10 ; Ph. Conte, « Dénonciation requise : conditions tenant à l'infraction à dénoncer », *op.cit.*

privé. La solution semble sévère, mais tant que l'obligation de dénonciation se limitera à certaines infractions, parmi les plus graves ou touchant aux domaines les plus difficiles à détecter, expressément prévues par le législateur, alors une telle obligation demeurera légitime. Si tant est que la jurisprudence continue à appliquer le texte d'une façon stricte, c'est-à-dire en respectant la volonté du législateur, n'allant ni au-delà ni en deçà des exigences du texte. C'est pourquoi il semble qu'une nouvelle intervention du législateur pourrait être utile, afin d'apporter les éclairages nécessaires sur les questions soulevées par cet article et sa distinction de l'article 434-1.

148. ***Infractions à dénoncer***. Une réforme législative serait en outre nécessaire afin de clarifier le champ d'application de l'infraction de l'article 434-3. En effet, si le législateur a entendu limiter l'obligation de dénonciation à certains délits les plus graves[970], la liste qu'il en donne n'est toutefois pas suffisamment précise. Sont en effet évoqués les privations et mauvais traitements sur mineurs ou personnes vulnérables. Toutefois les termes ne renvoient ni à une qualification précise du code[971], ni à une catégorie d'infractions. On peut certes en déduire la référence aux infractions de privations de soins et d'aliments[972], certains y voient également l'incrimination de la non-dénonciation du délaissement de mineurs ou de personnes hors d'état de se protéger[973]. Toutefois, on se demande si d'autres infractions commises à l'encontre de mineurs ou de personnes vulnérables ne pourraient pas entrer dans le champ d'application de l'infraction. A l'instar de M. le professeur Dreyer qui s'interroge notamment à propos du délit de violences intentionnelles[974]. L'insertion des qualifications d'atteintes sexuelles[975], puis d'agressions sexuelles[976], dont la première a été considérée par la jurisprudence comme une disposition simplement interprétative[977], et dont on ne doute pas qu'elle pourrait s'appliquer également à la seconde, démontre bien que l'expression à laquelle nous faisons grief ne semblait pas suffisamment claire pour le législateur. Monsieur le professeur Bonfils, dans son fascicule du jurisclasseur présente ainsi l'infraction comme concernant « *toutes les formes de maltraitance […] étant précisé que la notion de mauvais traitements est à la fois large et imprécise, et permet d'englober des infractions nombreuses et variées* »[978]. Une telle imprécision mériterait toutefois d'être corrigée, ne serait-ce que pour une meilleure compréhension du texte par les individus concernés et partant une meilleure prévisibilité de la loi. En outre, une telle

---

970 E. Dreyer, « Retour sur la non-dénonciation d'infractions commises sur mineur ou personne vulnérable », Gaz. Pal. 11 mai 2021, n° 18 : Pour l'auteur, cette limitation du champ d'application de l'infraction de l'article 434-3 comparé à celle de l'article 434-1, s'expliquerait par l'expression des « scrupules » du législateur à venir imposer une obligation de dénoncer lorsque le trouble a cessé, qu'il a donc réservée aux faits les plus graves.

971 E. Dreyer, « Retour sur la non-dénonciation d'infractions commises sur mineur ou personne vulnérable », Gaz. Pal. 11 mai 2021, n° 18 souligne que le terme de mauvais traitements n'est employé dans le code qu'à l'article R654-1 concernant les animaux…

972 C. pén., art. 227-15 et C. pén., art. 227-16

973 C. pén., art. 227-1 et C. pén., art. 227-2 et C. pén., art. 223-3 et C. pén., art. 223-4 Emmanuel Dreyer, « Retour sur la non-dénonciation d'infractions commises sur mineur ou personne vulnérable », Gaz. Pal. 11 mai 2021, n° 18

974 E. Dreyer, « Retour sur la non-dénonciation d'infractions commises sur mineur ou personne vulnérable », Gaz. Pal. 11 mai 2021, n° 18

975 Loi n° 98-468 du 17 juin 1998 relative à la prévention et à la répression des infractions sexuelles ainsi qu'à la protection des mineurs, art. 15.

976 La loi n° 2016-297 du 14 mars 2016 relative à la protection de l'enfant, art. 46.

977 Cass. crim., 12 janv. 2000, n° 99-80.534, JurisData n° 2000-000466; Bull. crim. n° 20; Dr. pén. 2000, comm. 71, obs. M. Véron ; Bull. inf. C. cass. 2000, n° 397; JCP G 2000, IV, 1479.

978 Ph. Bonfils, « Art. 434-3 - Fasc. 20 : Non-dénonciation de mauvais traitements à un mineur ou à une personne vulnérable », Date du fascicule : 5 août 2017, Date de la dernière mise à jour : 31 mai 2021, Jcl pénal, LexisNexis, n°18.

imprécision est de nature à pouvoir causer une insécurité juridique, rendant les justiciables inégalement traités selon les juridictions. Par ailleurs, la question se pose de la qualification de viol, doit-elle en tant que crime entrer uniquement dans le champ d'application de l'article 434-1, ou peut-elle se voir appliquer l'article 434-3 en tant qu'infraction sexuelle ? En permettant l'application de l'article 434-3 la solution serait alors plus sévère que pour la non-dénonciation des autres crimes prévus par l'article 434-1. En effet avec ce dernier, en l'absence d'utilité de la dénonciation, c'est-à-dire lorsque les faits sont anciens, il n'y aurait pas de poursuites possibles, alors même que l'infraction à dénoncer est plus grave. Toutefois, la différence de traitement tient à la rédaction même de ces deux articles, le législateur souhaitant faire de la protection du mineur, et également du majeur vulnérable, un objectif primordial en permettant la répression de la non-dénonciation de certaines infractions commise à son encontre, même si celles-ci ne risquent pas de se reproduire et que l'on ne peut plus ni prévenir ni limiter leurs effets. Il faut toutefois souligner qu'un mineur ayant subi un crime sexuel dont les effets auraient pris fin, serait de la sorte moins bien protégé que le même mineur ayant subi un délit du même ordre. Encore une fois l'intervention du législateur serait ainsi souhaitable afin de clarifier les objectifs assignés à cette infraction tout comme sa coordination avec l'article 434-1.

2- Les articles spécifiques à certains professionnels

149. ***L'obligation du commissaire aux comptes***. Si les professionnels assujettis au secret sont exclus de ces articles généraux[979], il existe toutefois des articles spécifiques mettant à la charge de certains une obligation spéciale de dénonciation. L'exemple le plus topique est celui du commissaire aux comptes, pour lequel l'article L820-7 du Code de commerce prévoit, *in fine,* une obligation de révélation des faits dont il aurait pu avoir connaissance au cours de l'exercice de ses fonctions. Soumis au secret professionnel par l'article L820-5 du Code de commerce[980], cette obligation vient y faire exception, comme prévu par l'article 226-14 du code pénal auquel ce dernier procède par renvoi.

150. ***Dénonciation ou révélation***. Ici, le législateur évoque la révélation et non plus la dénonciation de faits délictueux. L'utilisation de deux termes différents interroge quant à ses éventuelles conséquences pratiques. Dans le langage courant le terme de dénonciation renvoie à la publicité apportée à un fait méconnu[981]. Quant à la révélation, cette notion insiste plus sur le dévoilement d'un fait occulte, inconnu[982]. Juridiquement, il semblerait que le terme de révélation soit plutôt employé dans le cadre de professionnels assujettis au secret. Certains auteurs estiment ainsi que la dénonciation « *sous-tendrait une obligation préalable elle-même assortie de la volonté de faire émerger la (une ?) vérité* », alors que la révélation ne constituerait qu'une « *simple transmission d'une information du sachant vers l'ignorant* »[983]. Alors que dans le cadre d'une dénonciation, il n'y aurait pas de secret légalement protégé. Toutefois, il semble qu'il ne faille pas accorder trop d'importance aux termes employés, lesquels renvoient aux mêmes obligations. Dans les deux cas, les individus soumis à l'obligation doivent porter à la connaissance des autorités un fait délictueux non

[979] V. nos développements en *infra*, n°154 et s.
[980] Par renvoi aux articles 226-13 et 14 du Code pénal.
[981] https://www.cnrtl.fr/definition/dénoncer, dernière consultation le 10/05/2023.
[982] https://www.cnrtl.fr/definition/révéler, dernière consultation le 10/05/2023.
[983] L. Saenko, « Retour sur l'obligation de dénonciation des commissaires aux comptes », Gaz. Pal. 11 mai 2021, n° 18.

connu par elles. D'ailleurs, on remarque que certains auteurs utilisent indifféremment, dans leur ouvrage de droit pénal spécial, le terme de révélation pour évoquer les articles 434-1 et 434-3 du code pénal[984]. Il n'y a donc pas de distinction fondamentale entre les deux notions. Ainsi, pour Laurent Saenko, il n'y aurait là qu'une prudence du législateur dans l'emploi du terme révélation, plus objectif que la notion de dénonciation, à « *connotation subjective et morale* »[985]. Cette attitude du législateur s'expliquerait par la position particulière du commissaire aux comptes au sein de l'entreprise[986], laquelle doit pouvoir lui faire confiance, l'usage du terme de dénonciation risquant de générer trop de méfiance. On retrouve d'ailleurs la même précaution concernant l'obligation pesant sur les organismes financiers. Il est question d'une obligation de déclaration des sommes et opérations financières qui portent sur des sommes provenant d'infractions énumérées à l'article L.561- 15 du code monétaire et financier, dans l'objectif de révélations d'actes de blanchiment de capitaux et de terrorisme. Mais dans ce cas de figure la dénonciation des faits se fait de manière indirecte auprès de la cellule Tracfin laquelle saisira le cas échéant le procureur de la République[987].

151. ***Nécessité de l'incrimination.*** C'est d'ailleurs du fait du rôle du commissaire aux comptes au sein de l'entreprise, qu'il a pu être considéré comme le témoin privilégié d'agissements illicites pouvant avoir lieu dans ce domaine propice à l'invisibilité de faits délictueux. Pour le législateur, l'obligation permet de garantir la sincérité des comptes, en s'assurant de la vigilance du commissaire aux comptes. Mais elle permet également aux autorités d'être mises au courant d'agissements difficiles à détecter. En effet, le milieu des affaires étant enclin à l'opacité, la mission de contrôle du commissaire aux comptes apparaît opportune pour permettre la découverte d'infractions relatives à ce domaine. D'ailleurs, contrairement aux incriminations générales, ici le champ d'application de l'infraction est restreint puisqu'il s'agit uniquement de permettre la révélation d'infractions entrant dans le champ de son expertise[988]. Le commissaire aux comptes n'est tenu de dénoncer des faits délictueux que lorsque ceux-ci ont une incidence sur la validité des comptes sociaux[989]. Ainsi, la jurisprudence a pu l'admettre pour un abus de bien sociaux[990], une escroquerie[991], ou diverses infractions fiscales[992]… Lesquelles sont souvent invisibles. Cette obligation n'est d'ailleurs pas en contradiction avec les exigences de la profession, puisqu'elle correspond également à celle fixée par l'article L 823-12 du code de commerce, qui exige des commissaires aux comptes de signaler aux assemblées générales les irrégularités et inexactitudes qu'ils auraient pu constater au cours de l'exercice de leurs fonctions. L'infraction est en outre admise comme étant

---

[984] A.-M. Larguier, J. Larguier et Ph. Conte, *Droit pénal spécial*, 14ème éd., Mémento Dalloz, 2008, p.342-343 mais disparaît dans l'édition ultérieure J. Larguier, Ph. Conte, S. Fournier, *Droit pénal spécial*, 15ème éd., Mémento Dalloz, 2013, p.359 à 361 : au profit du terme dénonciation pour l'art. 434-3 quand la révélation est toujours employée concernant l'art. 434-1.

[985] L. Saenko, « Retour sur l'obligation de dénonciation des commissaires aux comptes », *précit.*

[986] *Ibid.* ; B. Bouloc, « Le secret professionnel du commissaire aux comptes », Rev. Soc. 2008 p.291, n°23 et s. ; D. Langé, « Fasc. 134-20 : Commissaire aux comptes. – Missions », JCl Sociétés, Date du fascicule : 21 novembre 2011, Date de la dernière mise à jour : 7 juin 2012, n°159.

[987] C. mon. et fin., art. L.561-23.

[988] L. Saenko, « Retour sur l'obligation de dénonciation des commissaires aux comptes », *précit.*

[989] D. Langé, « Fasc. 134-20 : Commissaire aux comptes. – Missions », *précit.* n°160 ; Comp. J.-H. Robert, H. Matsopoulou, *Traité de droit pénal des affaires*, PUF, 2004, n°323.

[990] Cass. crim., 12 janv. 1981, n° 79-93455 ; Cass. crim., 18 juin 1990, n° 88-86550 ; Cass. crim., 25 févr. 2009, n°08-80314.

[991] Cass. crim., 31 janv. 2007, n°05-85886 et 06-81258.

[992] TGI Mulhouse, 25 mars 1983, Bull. CNCC 1983, n° 52, p. 357, obs. E. du Pontavice.

instantanée[993], ce qui permet d'éviter le risque d'une permanence de celle-ci[994] avec un point de départ fixé à la date de la découverte des faits délictueux par le commissaire aux comptes.

Alors même qu'à l'origine les délits de non-dénonciation faisaient partie avec les délits d'omission de secours d'une seule et même catégorie d'infractions d'abstention[995], seuls les derniers, notamment l'article 223-6, ont prévu d'exonérer l'individu de sa responsabilité au cas où l'action exigée de lui pourrait lui faire courir un quelconque danger. Or, dans le cadre d'une dénonciation, on peut aisément imaginer le cas d'éventuelles représailles de la part des auteurs dont les faits auront été dénoncés, ou encore de tiers qui y auraient un intérêt. Mais dans le même temps, étant donné qu'il n'y a pas de formalités requises pour la dénonciation, l'individu peut y recourir de manière anonyme. Ce qui toutefois peut poser des difficultés de preuve, s'il arrivait qu'il soit inquiété pour non-dénonciation. En outre, selon les contextes, l'identité du dénonciateur pourra être aisément devinée par les rares individus au courant de l'existence de ces faits invisibles pour les autorités. Par exception, le législateur a prévu une protection renforcée du commissaire dénonciateur. Si comme tout autre professionnel soumis au secret, celui-ci est protégé contre toute poursuite pour violation du secret professionnel[996], ici l'agent fait également l'objet d'une immunité contre toutes poursuites de l'entreprise concernée[997]. En effet, l'article L823-12 du Code de commerce prévoit que sa responsabilité ne peut être engagée par cette révélation. De la sorte, l'agent n'a pas à craindre de quelconques représailles judiciaires, ce qui participe encore de l'incitation à la dénonciation, d'autant que l'immunité ainsi conférée englobe responsabilités civile et pénale[998]. La protection est d'autant plus incitative que l'agent bénéficie de l'exonération de responsabilité même dans le cas où il aurait dénoncé par erreur des faits licites[999]. Alors qu'il sera à l'inverse tenu responsable, et lui incombera la réparation du dommage causé à la société ou aux tiers en cas d'abstention[1000]. Toutefois l'immunité ne vaut bien entendu que dans le cas où l'agent aura été de bonne foi[1001]. La protection reste sans commune mesure avec celle de l'article 223-6 qui fait tomber la responsabilité de l'agent en cas de péril pour sa propre vie, qui serait délicat à démontrer dans le cadre des obligations de dénonciation. En présence de menaces toutefois, on pourrait songer à l'application de faits justificatifs, notamment de la contrainte pour justifier du non-respect de l'obligation de dénonciation et partant exclure la responsabilité de l'agent.

---

[993] Cass., crim. 9 mars 1999, Bull. crim. 1999 n° 32 ; Rev. Soc. 1999. 650 ; B. Bouloc, « Le secret professionnel du commissaire aux comptes », Rev. Soc. 2008 p.291.

[994] V. les inquiétudes de certains redoutant une quasi-imprescriptibilité à l'image de certaines infractions du droit des affaires : B. Bouloc, « Le secret professionnel du commissaire aux comptes », Revue des sociétés 2008 p.291

[995] D. Rebut, « Omissions de porter secours – Entrave aux mesures d'assistance », Rép. pén., oct. 2003, n°1 et s.

[996] Par application de l'article 226-14 prévoyant une exonération de responsabilité dans plusieurs cas de figure, notamment comme ici, lorsque la loi impose la révélation du secret.

[997] D'une manière similaire v. la protection accordée salariés employés par des établissements et services sociaux et médico-sociaux prévue par le code de l'action sociale et des familles not. art. L313-24 contre le licenciement et et autres sanctions liées à leur témoignage, à ce propos Laurent Astruc, « Social - Maltraitance des personnes vulnérables - Dénonciation par les professionnels : briser la loi du silence », Juris associations 2014, n°498, p.40

[998] L. Saenko, « Retour sur l'obligation de dénonciation des commissaires aux comptes », Gaz. Pal. 11 mai 2021, n° 18

[999] D. Langé, « Fasc. 134-20 : Commissaire aux comptes. – Missions », *op. cit.* n°173 ; CA Paris, 26 juin 1984, Bull. CNCC 1984, 342, note E. du Pontavice. – CA Besançon, 18 déc. 1987, préc. n° 163.

[1000] D. Langé, « Fasc. 134-20 : Commissaire aux comptes. – Missions », *op. cit.* n°172 *C. com., art. L. 822-17*

[1001] L. Saenko, « Retour sur l'obligation de dénonciation des commissaires aux comptes », Gaz. Pal. 11 mai 2021, n° 18 ; D. Langé, « Fasc. 134-20 : Commissaire aux comptes. – Missions », *op. cit.* n°173 : Cass. com., 15 mars 2017, n° 14-26970 : BJS mai 2017, n° 116g8, p. 329, note J.-F. Barbièri qui retient la mauvaise foi du commissaire aux comptes ayant dénoncé.

152. ***Sévérité de l'infraction.*** On note que le législateur semble plus sévère vis-à-vis du commissaire aux comptes qu'il ne l'est envers les fonctionnaires[1002]. En effet, si on a bien un article 40 du code de procédure pénale qui prévoit l'obligation pour les fonctionnaires de révéler les infractions dont ils auraient connaissance au cours de l'exercice de leurs fonctions[1003], cette obligation n'est toutefois pas sanctionnée par une peine[1004]. Cependant, on peut penser que dans cette hypothèse les articles 434-1 et 3, trouveraient à s'appliquer[1005]. Mais de la sorte le champ d'application de l'obligation de révélation serait limité aux infractions prévues par ces articles, donc sans forcément de lien avec leur domaine professionnel, comme c'est le cas pour les commissaires aux comptes. En outre, l'obligation faite à ces derniers ne distingue pas selon la catégorie infractionnelle des faits constatés[1006]. Il semblerait donc qu'il soit possible d'exiger la dénonciation d'une simple contravention si celle-ci a trait à la vie des affaires. Mais la peine encourue est également supérieure à celles prévues pour les infractions de droit commun, puisqu'avec cinq ans d'emprisonnement et 75 000 euros d'amende, elle correspond à la peine aggravée prévue par les articles 434-2 et 3 du Code pénal. La qualité de l'auteur de l'infraction et l'importance accordée à sa parole semble de la sorte avoir justifié pour le législateur l'application d'une infraction plus stricte. D'ailleurs si la non-dénonciation d'une infraction a causé un préjudice à l'entreprise concernée, le commissaire aux comptes n'ayant pas respecté l'obligation de révélation sera tenu de réparer le dommage ainsi causé[1007]. La jurisprudence va même plus loin, puisque lorsque l'agent n'aura pas dénoncé une infraction dont il aura pris connaissance mais qu'il aura de plus validé les comptes pourtant de facto impactés par celle-ci, il risquera de se voir qualifier de complice de l'infraction non dénoncée[1008], par l'aide qu'il aura de sorte apportée à sa dissimulation. L'incitation à la prudence est donc extrêmement forte, une ordonnance prévoyant d'ailleurs qu'en cas de doute, les commissaires aux comptes sont invités à prendre contact avec le Parquet[1009]. Mais compte tenu de l'absence de nécessité de preuves ou de qualification exacte des faits cumulée à la protection faite à la dénonciation erronée par l'agent de bonne foi, tout pousse les commissaires aux comptes à signaler le moindre soupçon, comme il leur est d'ailleurs fait expressément obligation auprès de l'agence TRACFIN en matière de blanchiment[1010]. Il serait toutefois déplorable que dans l'objectif de se protéger les commissaires aux comptes aient trop souvent recours aux signalements, au risque

---

[1002] L. Saenko, « Retour sur l'obligation de dénonciation des commissaires aux comptes », Gaz. Pal. 11 mai 2021, n° 18

[1003] Art 40. Cpp al.2nd « Toute autorité constituée, tout officier public ou fonctionnaire qui, dans l'exercice de ses fonctions, acquiert la connaissance d'un crime ou d'un délit est tenu d'en donner avis sans délai au procureur de la République et de transmettre à ce magistrat tous les renseignements, procès-verbaux et actes qui y sont relatifs ».

[1004] Rendant l'obligation « *très peu efficiente* » : J.-L. Nadal, *Renouer la confiance publique, Rapport sur l'exemplarité des responsables publics*, janv. 2015, p.129.

[1005] Voire également d'autres infractions telles la non-assistance à personne en péril, le cas échéant, ou encore des sanctions disciplinaires ou civiles.

[1006] D. Langé, « Fasc. 134-20 : Commissaire aux comptes. – Missions », *op. cit.*, n°160 : «L'expression "fait délictueux" doit être entendue comme tout fait illicite susceptible d'une qualification pénale, quelle que soit la qualification juridique de l'infraction : crime, délit ou contravention. ».

[1007] *C. com., art. L. 822-17; Daniel Langé, « Fasc. 134-20 : Commissaire aux comptes. – Missions », JurisClasseur Sociétés Traité, Date du fascicule : 21 Novembre 2011, Date de la dernière mise à jour : 7 Juin 2012, n°172*

[1008] Cass. crim. 31 janv. 2007, Bull. crim. 2007 n° 25 ; D. 2007. 1843, note B. Bouloc ; Bull. Joly 2007. 685, note Th. Granier ; Rev. Soc. 2007. 351, note H. Matsopoulou ; B. Bouloc, « Le secret professionnel du commissaire aux comptes », Rev. Soc. 2008 p.291.

[1009] Norme, CNCC 6-701 ; D. Langé, « Fasc. 134-20 : Commissaire aux comptes. – Missions », *op. cit.*, n°169.

[1010] C. com., art. L823-12 al.3 par renvoi aux sections 2 à 7 du chapitre Ier du titre VI du livre V du C. mon. et fin.

d'engorger les juridictions lorsque le caractère délictueux des faits n'apparaît pas évident au professionnel. L'agent dispose à ce titre d'un délai raisonnable pour informer les autorités, la jurisprudence ayant pu valider des délais de quatre à six semaines[1011], l'appréciation relevant de l'appréciation souveraine des juges du fond[1012]. La jurisprudence apparaît cependant parfois sévère à l'encontre des commissaires aux comptes, elle a pu quelques fois assimiler le manque de diligence d'un agent à la connaissance de faits délictueux[1013]. Il est vrai que la chambre criminelle a tendance à se montrer plus sévère à l'encontre de professionnels, lesquels ne peuvent parfois que difficilement s'affranchir de leur responsabilité lorsque leurs compétences auraient dû leur permettre de prendre connaissance de certains faits. Toutefois la Cour de cassation a pu rappeler les juridictions du fond à l'ordre en exigeant que soit rapportée la preuve de la connaissance des faits[1014].

153. ***Bilan.*** Finalement dans une société de plus en plus marquée par l'individualisme, une obligation de révélation, certes teintée de moralisme, apparaît comme nécessaire afin de saisir et de mettre un terme à des faits parmi les plus odieux[1015]. L'obligation semble répondre contradictoirement à l'évolution contemporaine vers une demande de plus en plus croissante de tolérance zéro pour laquelle tous les moyens semblent bons pour ne pas laisser impunis de quelconques faits délictueux. Sous la réserve d'un strict respect des principes fondamentaux, l'obligation de révélation apparaît légitime dans le cadre restreint des infractions les plus graves et plus difficiles à découvrir. Reste que les témoins privilégiés de certains types d'infractions, concernant plutôt les atteintes aux personnes, sont bien souvent soumis au secret professionnel, lequel peut se trouver levé par le législateur mais sans pour autant rendre la révélation impérative.

B- L'adaptation de la collaboration impérative aux professions soumises au secret

154. La protection du secret, cette « *chose cachée* »[1016] relève une importance capitale relevant à la fois de la protection d'intérêts privés et de l'intérêt général[1017]. Elle permet en

---

[1011] B. Bouloc, « Le secret professionnel du commissaire aux comptes », Rev. Soc. 2008 p.291 ; TGI Valence, ch. correct., 1er févr. 2011 : Bull. CNCC 2011, 20, note Ph. Merle ; D. Langé, « Fasc. 134-20 : Commissaire aux comptes. – Missions », *op. cit*., n°169.

[1012] Cass. crim., 8 févr. 1968 : Bull. crim. 1968, n° 42 ; Langé n°169 ; B. Bouloc, « Le secret professionnel du commissaire aux comptes », Rev. Soc. 2008 p.291.

[1013] CA Paris, 12 juill. 1979 : Bull. CNCC 1979, 323, note E. du Pontavice ; D. Langé, « Fasc. 134-20 : Commissaire aux comptes. – Missions », JCl Sociétés, Date du fascicule : 21 nov. 2011, Date de la dernière mise à jour : 7jJuin 2012, n°166 ; B. Bouloc, « Le secret professionnel du commissaire aux comptes », *précit.*

[1014] Cass. crim., 21 mars 1983, Bull. CNCC 1983, 238, note E. du Pontavice ; CA Nancy, 13 janv. 1983, Bull. CNCC 1985, 97, note E. du Pontavice ; CA Besançon, 11 avr. 2000, JurisData n° 2000-130275, Bull. Joly 2000, n° 10, p. 899, note J.-F. Barbièri.

[1015] En ce sens Y. Mayaud, « Le droit pénal de la dénonciation », AJ Pénal 2020 p.8.

[1016] G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, coll. Quadrige, PUF, 2014, p. 947 MAJ ! ; Sur la notion de secret v. V. Peltier, « Fasc. 20 : Révélation d'une information à caractère secret », JCL Pénal, Date du fascicule : 28 mai 2015, Date de la dernière mise à jour : 31 mai 2021, n°2.

[1017] V. Peltier, « Fasc. 20 : Révélation d'une information à caractère secret », *précit*., n°5 ; La jurisprudence reconnaît tant la protection de l'intérêt général : Cass. crim., 7 mars 1957, Bull. crim. 1957, n° 241 ; Cass. crim. 5 févr. 1970, D. 1970, Jur. p. 249 ; JCP 1970, II, n° 16311 ; RSC 1970, p. 652, obs. Levasseur ; Cass. crim.9 oct. 1978, Bull. crim. 1978, n° 263 ; D. 1979, Jur. p. 185, note Chambon ; Gaz. Pal. 1979, 1, p. 245 ; RSC 1979, p. 560, obs. Levasseur ; Cass. crim. 19 nov. 1985, Bull. crim. 1985, n° 364 ; que des intérêts privés : CA Paris, 27 mai 1997, JCP 1997, II, n° 22894, note Derieux ; Gaz. Pal. 1997, 2, Somm. p. 362 ; D. 1998, Somm. p. 85, obs. Massis.

effet le respect de la vie privée de chacun. Mais au-delà de cette vision relativiste[1018] du secret, celui-ci permet également, selon la théorie absolutiste[1019], d'une manière plus générale, la garantie de la confiance en certaines professions nécessaires au bon fonctionnement de la société[1020]. Pourtant, il est des situations dans lesquelles la levée du secret peut sembler nécessaire à la protection d'autres valeurs juridiquement protégées. Pour autant, juridiquement d'égale importance, celles-ci ne permettront qu'une simple autorisation de levée du secret pour certains professionnels. Le législateur prévoit en effet dans certains cas de figure que l'agent passer outre l'obligation de se taire sans encourir l'application de l'article 226-13 du Code pénal. Cette collaboration avec les autorités de poursuite ne demeurant qu'une option dans les mains du professionnel soumis au secret.

155. ***Professionnels astreints au secret***. L'article 226-13 prévoyant le principe du secret professionnel ne donne pour autant pas de liste des professions auxquelles cet impératif s'applique[1021], contrairement à l'ancien article 378[1022]. La liste qu'il prévoyait autrefois présentait cependant l'inconvénient d'être trop restreinte, limitée aux seules professions médicales. C'est pourquoi la formule a été abandonnée, l'article 226-13 préférant faire implicitement référence à des textes extérieurs pour chaque profession. Il n'y a donc d'obligation au secret que lorsqu'un texte législatif ou réglementaire le prévoit, la Cour de cassation y veille[1023]. Pourtant, la jurisprudence a pu, en dehors de tout texte législatif reconnaître l'existence d'un secret professionnel incombant aux ministres du culte[1024]. S'intéressant au cas des prêtres catholiques, elle a admis de longue date qu'ils faisaient partie des individus dont la fonction imposait une obligation de se taire[1025]. Principe qu'elle applique à l'ensemble des ministres du culte, quelle que soit leur religion[1026]. En raison de la séparation de l'Eglise et de l'Etat, aucun texte laïque ne peut régir le statut de ces individus, donc aucun texte ne peut prévoir une telle obligation. Pour une partie de la doctrine, se fondant sur l'exemple des prêtres catholiques, le fondement de cette obligation se trouverait dans le droit canonique, lequel protège d'une manière absolue le secret sacramentel[1027]. Malgré un fondement critiquable, le secret dit « *de la confession* » demeure avec celui du médecin le plus emblématique,

---

[1018] B. Py, « Secret professionnel », Rép. pén., févr. 2003, n°8.

[1019] *Ibid*., n°9

[1020] *Ibid*, n°10 ; Ce que la jurisprudence a pu reconnaître affirmant que le secret permettait d' « assurer la confiance qui s'impose dans l'exercice de certaines professions » Cass. crim., 15 déc. 1885, DP 1886, 1, p. 347 ; 9 nov. 1901, D. 1902, 1, p. 235 ; 9 mai 1913, S. 1914, 1, p. 169, note Roux ; DP 1914, 1, p. 206.

[1021] Mais par application du principe *specialia generalibus derogant*, il sera désormais inapplicable aux professionnels soumis au secret de l'enquête et de l'instruction, pour lesquels s'applique le nouvel article 434-7-2 issu de la loi n° 2021-1729 du 22 décembre 2021 pour la confiance dans l'institution judiciaire.

[1022] L'article 378 ancien, alinéa 1er désignait : « Les médecins, chirurgiens et autres officiers de santé, ainsi que les pharmaciens, les sages-femmes et toutes autres personnes dépositaires, par état ou profession ou par fonctions temporaires ou permanentes, des secrets qu'on leur confie ».

[1023] « si la violation du secret professionnel est un délit général prévu et réprimé par le Code pénal, qui ne se confond pas avec la seule violation du secret médical, encore faut-il que des dispositions particulières établissent une obligation de secret sur les informations communiquées aux tiers » : Cass. crim., 3 avr. 2002, n° 11-85.571.

[1024] Cass. crim., 30 nov. 1810, Bull. crim. 1810, n° 151; T. corr. Bordeaux, 27 avr. 1977 : Gaz. Pal. 1977, 2, 506, note Gleizes ; RSC 1978, p. 104, obs. Levasseur.

[1025] Cass. crim., 4 déc. 1891, DP 1892, 1, p. 139 ; Cass. crim. 11 mai 1959, D. 1959.312 ; Cass. 1re civ. 12 juin 1965, D. 1965.627 ; Basse-Terre, 14 oct. 1985, Gaz. Pal. 1986.1.12 ; T. corr. Caen, 4 sept. 2001, D. 2001, chron. 3454, obs. Y. Mayaud, V. égal. O. Échappé, « Le secret professionnel de l'ecclésiastique », D. 2001, p.2606.

[1026] V. not. à propos d'un pasteur T. corr. Bordeaux, 27 avr. 1977, RSC 1978, p.104, obs. G. Levasseur.

[1027] C. Roca, « Secret de la confession, secret professionnel et atteintes sexuelles sur mineur », LPA 6 avr. 2001, p. 10 : faisant référence au 983ème canon du Code de droit canonique ; Pour une étude du secret ecclésiastique v. H. Moutouh, « Secret professionnel et liberté de conscience : l'exemple des ministres des cultes », D. 2000 p.431; M. E. Cartier, « *Le secret religieux* », RSC 2003 p.485.

voire l'un des plus absolu pour certains[1028], alors même que le droit laïque ne reconnaît pas un tel principe absolutiste[1029].

On note par ailleurs une extension légale des professions soumises au secret[1030]. A côté du cas traditionnel des médecins, on retrouve de plus en plus de professions médicales comme « *les infirmiers, […] les masseurs-kinésithérapeutes et les pédicures-podologues, les orthophonistes et orthoptistes, les audioprothésistes et même les vétérinaires* »[1031], tout comme les employés d'agences sanitaires comme « *l'AFSSA, de l'AFSSPS, de AFSSE, de l'EFS, de l'ANAES que ces agents soient fonctionnaires ou agents contractuels »[1032].* Même chose dans le domaine judiciaire avec une extension *« à tous ceux qui sont amenés à participer au service public de la justice* »[1033]. Le code monétaire et financier est également venu ajouter de nouvelles professions assignées au secret, dont notamment « *les membres du Conseil de la politique monétaire (c. mon. et fin., art. L. 142-5), les agents de la Banque de France (art. L. 142-9) ; toute personne qui, par ses fonctions, a accès aux documents et informations détenus par le fonds de garantie des déposants (art. L. 312-14) ; et plus généralement encore : les dirigeants, salariés et préposés des entreprises de marché (art. L. 441-3)* »[1034]. Difficile donc d'établir une liste exhaustive tant est longue et diverse la liste des professionnels soumis au secret en dehors de ces trois domaines principaux. D'ailleurs l'ajout des missions temporaires au même titre que l'état, la profession ou la fonction démontre bien l'intention du législateur d'étendre le champ d'application du secret[1035].

156. ***Contenu du secret***. L'étendue des faits considérés comme secrets a évolué dans le même sens. A l'origine, l'ancien article 378 ne s'appliquait qu'au secret dit confié[1036], c'est-à-dire « *porté délibérément à la connaissance du professionnel par le client* »[1037], sous réserve de ne pas divulguer l'information à des tiers. La jurisprudence a toutefois élargi le secret à tous les

---

[1028] V. Peltier, « Révélation d'une information à caractère secret » *op. cit.*, n°19 ; M.-E.Cartier, « Le secret religieux », RSC 2003 p.485 ; H. Moutouh, « Secret professionnel et liberté de conscience : l'exemple des ministres des cultes », D. 2000 p.431 ; C. Lacour, *Le secret professionnel des hommes d'église*, mémoire dans le cadre du D.E.A. de droit pénal et sciences criminelles, Poitiers, 2001 cité par L. Leturmy, « commentaire du jugement du tribunal correctionnel de caen du 4 septembre 2001 (l'affaire pican), Dr. Pén. n° 12, déc. 2001, chron. 46 ; A. Seriaux, *Droit canonique*, P.U.F., Coll. Droit Fondamental, 1996, p. 683 ; P. Valdrini, J.-P. Durand, 0. Echappé et J. Vemay, *Droit canonique*, Précis Dalloz, 1999 (2e éd.), p. 268.

[1029] Puisqu'il admet des circonstances dans lesquelles même le médecin est autorisé à révéler le secret.

[1030] B. Py, « Secret professionnel : le syndrome des assignats ? », AJ Pénal 2004 p.133

[1031] *Ibid.*; art. L. 4314-3 (infirmiers), L. 4323-3 (masseurs-kinésithérapeutes), L. 4344-2 (orthophonistes et orthoptistes), L. 4363-1 (audioprothésistes), R4322-35 (pédicures-podologues) ; C. de déontologie vétérinaire, Art. R242-33.

[1032] B. Py, « Secret professionnel : le syndrome des assignats ? », *précit.* : Personnel de l'agence française de sécurité sanitaire des aliments (c. santé publ. art. L. 1323-9) ; de l'agence française de sécurité sanitaire des produits de santé (c. santé publ., art. L.5323-4) ; de l'agence française de sécurité sanitaire environnemental (L. n° 2001-398 du 9 mai 2001) ; des agences régionales de l'hospitalisation (c. santé. publ., art. R. 710-17-3) ; de l'établissement français du sang (c. santé. publ., art. L. 1222-7) ; de l'agence nationale d'accréditation et d'évaluation en santé (c. santé. publ., art. L. 1414-4).

[1033] B. Py, « Secret professionnel : le syndrome des assignats ? », *précit.* : Juge de proximité (L. organique n° 2003-153, 26 févr. 2003), médiateur et délégué du procureur de la République (c. pr. pén., art. R. 15-33-34), assistant spécialisé (c. pr. pén., art. 706 ; c. just. adm., art. L. 122-2 et L. 227-1), membres des bureaux d'aide juridictionnelle et personnel de leurs services, (L. n° 91-647, du 10 juill. 1991, art. 17) technicien requis pour enregistrer l'audition d'un mineur (c. proc. pén., 706-52.

[1034] B. Py, « Secret professionnel : le syndrome des assignats ? », *précit.*

[1035] V. Peltier, Fasc. 20 : Révélation d'une information à caractère secret, JCL Pénal, Date du fascicule : 28 mai 2015, Date de la dernière mise à jour : 31 mai 2021, n°22.

[1036] Article 378 ancien al 1er évoque les « secrets qu'on leur confie ».

[1037] B. Py, « Secret professionnel : le syndrome des assignats ? », *op.cit.*

éléments de faits pouvant être découverts par le professionnel à l'insu de l'individu concerné au cours de l'exercice de sa profession, estimant que « *l'article 378 du Code pénal vise aussi bien les faits parvenus à la connaissance d'une personne dans l'exercice d'une profession aux actes de laquelle la loi, dans un intérêt général et d'ordre public, a imprimé le caractère confidentiel que ceux qui lui ont été confiés sous le sceau du secret en raison d'une semblable profession* »[1038]. L'article 226-13 n'a d'ailleurs pas repris la terminologie, évoquant quant à lui plus largement « *une information à caractère secret* » dont un professionnel serait « *dépositaire* ». La jurisprudence de la Cour de cassation se perpétue donc, ainsi, le secret recouvre tout ce que le professionnel pu apprendre, constater, découvrir ou déduire à l'occasion de l'exercice de ses fonctions[1039]. L'étendue du secret est donc relativement large, à tel point que les professeurs Merle et Vitu ont pu estimer qu'il recouvrait « *tout fait ignoré du client ou aussi tout fait qu'il essayait de tenir caché, même à celui que la loi autorisait à pénétrer dans le cercle de son intimité ou de ses affaires* »[1040]. Pour le ministre du culte, la jurisprudence admet de la sorte de longue date que le secret va au-delà du secret sacramentel et du secret de la confession, ainsi, « *cette circonstance, en effet, ne saurait changer la nature du secret dont ils sont dépositaires, si les faits leur ont été confiés dans l'exercice exclusif de leur ministère sacerdotal et à l'occasion de ce ministère* »[1041]. Comme la Cour de cassation le rappelle pour les ministres du culte, mais qui vaut plus largement, le professionnel doit avoir recueilli ces informations à raison de sa profession, de sa fonction, de son état ou encore de sa mission, « *car c'est elle qui justifie l'obligation de silence qui pèse sur lui* »[1042], sans quoi toute information lui étant parvenue à titre personnel ou pour tout autre motif ne bénéficiera pas du statut de secret[1043]. Toutefois, dans une décision très critiquée[1044], et semble-t-il non réitérée par la suite, les juges du fond ont pu exclure du champ des informations à caractère secret celles qui avaient été récolté par l'agent de sa propre initiative. Ayant recours à la notion de confidence, le tribunal correctionnel de Caen a ainsi rejeté le caractère secret d'informations relatives aux actes pédophiles commis par un prêtre, qu'un évêque avait pu recueillir grâce à des recherches menées par suite d'un signalement lui ayant été fait

---

[1038] Cass. crim., 17 mai 1973: Bull. crim. 1973 n° 228 D. 1973, p. 583; RSC 1974, p. 369, obs. Levasseur; réitéré notamment dans Cass. crim., 17 mai 1973 . Cass. crim., 18 oct. 1977, D. 1978, p. 94, note A. Brunois.

[1039] Cass. crim., 27 avr. 2011, n° 10-82.200, JurisData n° 2011-007088 : « le secret médical, pouvait aussi concerner tout ce que le praticien pouvait personnellement constater, découvrir ou déduire à l'occasion de l'exercice de sa profession », solution qui a d'ailleurs été codifiée s'agissant du domaine médical : C. santé publ., art. R. 4127-4.

[1040] R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel, Droit pénal spécial* par A. Vitu, Cujas, 1982, n° 1995 *c*ité par V. Peltier, « Révélation d'une information à caractère secret », *op.cit*., n°34.

[1041] Cass. crim. 4 déc. 1891, S. 1884.2.48 ; 11 mai 1959, D. 1959.312 ; Cass. 1re civ. 12 juin 1965, D. 1965.627 ; Basse-Terre, 14 oct. 1985, Gaz. Pal. 1986.1.12 ; Cass. crim. du 4 déc. 1981, D. 1982, I, p. 139 ; T. corr. Caen, 4 sept. 2001, D. 2001, chron. 3454, obs. Y. Mayaud ; V. égal. O. Échappé, « Le secret professionnel de l'ecclésiastique », D. 2001.2606 ; V. Peltier, « Fasc. 20 : Révélation d'une information à caractère secret », *op.cit*, n°23 ; B. Py, « Secret professionnel », *op.cit,* n°28.

[1042] V. Peltier, « Fasc. 20 : Révélation d'une information à caractère secret », *op.cit*., n°34

[1043] Il faut bien distinguer la confession faite à un tiers en sa qualité de proche ou de professionnel : Cass. 2e civ., 21 juin 1973, D. 1974, jurispr. p. 16 ; Cass. crim., 2 mars 2010, n° 09-88.453, JurisData n° 2010-003885 ; Bull. crim. 2010, n° 40 ; AJP 2010, p. 286 ; Cass. crim., 11 mai 1959, Bull. crim. 1959, n° 253 ; D. 1959, jurispr. p. 312 ; S. 1959, p. 110. Concernant des ministres du culte v. en qualité d'ami ou de parent : Toulouse 14 mars 1928 S. 1928.2.130. ; T. corr. Bordeaux, 27 avr. 1977, Gaz. Pal. 1977, 2, p. 506, note H. Gleizes ; Cass. crim. 11 mai 1959 Bull. crim., n° 253, Dalloz 1959, p. 312. ; pour un rôle de médiateur v. CA Basse Terre, 14 déc. 1986, Gaz. Pal., 1986.I.12.

[1044] Y. Mayaud, « La condamnation de l'évêque de Bayeux pour non-dénonciation, ou le tribut payé à César... », D. 2001 p.3454 ; V. Peltier, « Révélation d'une information à caractère secret », *op.cit*., n°35 ; G. Roujou de Boubée, « L'évêque peut-il invoquer le secret professionnel pour ne pas dénoncer un prêtre de son diocèse coupable de pédophilie ? », D. 2002 p.1803.

par des parents à propos de faits similaires subis par leur fils. Pour les juges, « *la notion même de confidence suppose une démarche spontanée de celui qui se confie envers celui qui la reçoit* »[1045]. D'aucuns ont pu regretter la décision des juges du fond, estimant qu'elle allait à l'encontre des solutions traditionnelles[1046] et du texte de l'article 226-13 ne distinguant pas selon les circonstances d'entrée en connaissance des faits. Ainsi, pour Madame le professeur Peltier, si l'on accepte de reconnaître que les ministres du culte font partie des professionnels assujettis au secret, il faut alors leur appliquer les mêmes conditions qu'aux professionnels légalement soumis à la même obligation[1047]. Certains se montrent toutefois moins critique à l'égard de la solution du tribunal correctionnel de Caen[1048]. Pour Monsieur le procureur Petitprez, il semble « *possible d'opérer une distinction tenant au caractère confidentiel ou non de l'information reçu par le professionnel astreint au secret* »[1049]. Reprenant les mots de Madame le professeur Peltier[1050], il rappelle que si en principe l'individu qui se confie ou consulte un professionnel lui révèle une information qu'il souhaiterait ne pas ébruiter mais lui partage néanmoins pour obtenir une aide, celui-ci peut également partager cette information dans l'objectif que le professionnel, en tant qu'autorité hiérarchique, remédie à la situation[1051]. Son argumentation a trait à l'affaire Barbarin, dans laquelle le moyen tiré de la dispense de révélation grâce au bénéfice du secret professionnel a étonnamment à peine été discuté. Le tribunal correctionnel a en effet estimé qu'« *il ne saurait être invoqué le secret ecclésiastique, en l'absence d'une révélation effectuée lors d'une confession ou d'une confidence recueillie par un ecclésiastique sous le sceau du secret, dès lors qu'A… avait manifestement l'intention de révéler des faits pouvant être dénoncés par le cardinal. Dès lors l'obligation de dénoncer ces faits s'imposait à Philippe Barbarin* »[1052]. Cela signifierait-il qu'il y aurait une différence selon que l'on s'adresse à l'ecclésiastique en tant que membre du clergé ou bien dans sa fonction de supérieur hiérarchique ? Il faut d'ailleurs souligner que les juges du fond emploient l'expression de secret ecclésiastique et non de secret professionnel, comme pour mettre de côté une catégorie particulière de secret incombant aux seuls ministres du culte. Ces derniers ne pourraient donc bénéficier de la jurisprudence traditionnelle appliquée aux professionnels reconnus légalement ? Après tout, le fondement du secret leur incombant reste discutable et son assise, certes séculaire, n'est d'un point de vue juridique pas aussi solide que celle prodiguée par les textes de droit laïque. Les juridictions d'appel et de cassation n'ont pas donné suite à cet argumentaire, confirmant implicitement la solution. Pour le magistrat, les juges du fond « *ont considéré que les informations confiées à l'origine par E... HE... au cardinal X... n'avaient pas le caractère d'une confidence couverte par le secret professionnel dès lors que l'intéressé était décidé à révéler les abus sexuels dont il a été victime, faits dont il s'était d'ailleurs*

[1045] T. corr. Caen, 4 sept. 2001, JurisData n°2001-159606 ; JurisData n°2001-148248 ; Y. Mayaud, « La condamnation de l'évêque de Bayeux pour non-dénonciation ou le tribut payé à César... », D. 2001, chron. p. 3454 ; Dr. pén. 2001, chron. 46 ; Gaz. Pal. 2001, 2, jurispr. p. 47. Comp. CA Montpellier, 19 oct. 1999, n° 99/00449-CA-SP/PB, JurisData n° 1999-113307, dans lequel les juges estiment que le secret de la confession suppose une circulation spontanée de l'information de l'auteur des faits vers un professionnel.

[1046] G. Roujou de Boubée, « L'évêque peut-il invoquer le secret professionnel pour ne pas dénoncer un prêtre de son diocèse coupable de pédophilie ? », D. 2002 p.1803.

[1047] V. Peltier, Fasc. 20 : Révélation d'une information à caractère secret, JCL Pénal, Date du fascicule : 28 mai 2015, Date de la dernière mise à jour : 31 mai 2021, n°35.

[1048] Cour de cassation, Avis de M. Ph. Petitprez, avocat général (chambre criminelle), Arrêt n°484 du 14 avril 2021, pourvoi n°20-81.196, p.7-8 ; L. Leturmy, « Commentaire du jugement du tribunal correctionnel de Caen du 4 septembre 2001 (l'affaire Pican) », Dr. pén. n° 12, Déc. 2001, chron. 46.

[1049] Cour de cassation, Avis de M. Ph. Petitprez, *précit.,* p.7.

[1050] V. Peltier, « Révélation d'une information à caractère secret » op. cit., n°38.

[1051] Cour de cassation, Avis de M. Ph. Petitprez, *précit*., p.7.

[1052] T. corr. Lyon, 7 mars 2019, p.34.

ouvert également auprès de collaborateurs du prélat »[1053]. Ce qui semble alors faire reposer la qualification de secret sur l'intention du déposant du secret au moment où il le partage. Pour Madame le professeur Leturmy, avec l'arrêt du tribunal de Caen, les juges rappellent que « *le secret professionnel est imposé puisqu'il prend sa source première dans les relations particulières entre deux personnes* »[1054], d'où la nécessaire démarche volontaire de l'individu détenteur de l'information occulte. Cette solution, qui va à l'encontre de la vision étendue du secret telle que décrite par les professeurs Merle et Vitu, n'a toutefois pas encore fait l'objet d'une prise de position claire de la part de la chambre criminelle, reste donc à déterminer si les contours du secret ainsi déterminés sont amenés à être réitérés de nouveau, et s'ils pourraient s'appliquer en dehors des cas impliquant des ministres du culte.

157. ***Possibilité de révéler des infractions invisibles***. Le secret professionnel, si large soit-il, n'est toutefois pas toujours destiné à demeurer caché. Loin du secret absolu, et contrairement au droit canon concernant le secret sacramentel[1055], le législateur permet la levée du secret professionnel dans certaines circonstances légalement énumérées. Il faut dire que nombre de ces professionnels obligés de garder le silence peuvent être témoins de faits délictueux parmi les plus difficiles à découvrir. Parmi eux on peut citer le cas très médiatisé des ministres du culte dont les récentes révélations d'affaires d'abus sexuels sur mineurs ont permis la découverte d'un dysfonctionnement systémique[1056] permettant l'invisibilité de ces faits délictueux. Au-delà de la difficulté des victimes à oser révéler les faits subis inhérente à leur nature ou leur jeune âge, la mission parlementaire d'information sur les violences sexuelles commises sur mineurs en institutions notait en 2019 que « *Le caractère sacré de la figure du prêtre, l'absence de contre-pouvoirs, la peur du scandale, qui a primé sur l'écoute des victimes, une forte culture du secret ont contribué à cette situation* »[1057].

Le milieu médical, et notamment le médecin de famille est également souvent témoin des violences faites sur mineurs ou sur personnes vulnérables, la plupart du temps dans le cercle familial. C'est pourquoi le législateur, conscient de l'utilité de son témoignage vise directement le personnel médical dans certaines de ses autorisations de révélation. Sur les quatre cas de révélations autorisés retenus par le législateur à l'article 226-14, trois concernent le milieu médical et deux citent le « *médecin* », preuve de son rôle essentiel dans la découverte d'infractions invisibles parmi les plus graves. Quant aux faits visés par le texte, ils recouvrent principalement les violences et infractions à caractère sexuel commises sur mineurs ou personnes vulnérables[1058], ou au sein du couple[1059]. C'est-

---

[1053] Cour de cassation, Avis de M. Ph. Petitprez,, *op. cit*., p.9.
[1054] L. Leturmy, « Commentaire du jugement du tribunal correctionnel de Caen du 4 septembre 2001 (l'affaire Pican) », Droit pénal n° 12, Décembre 2001, chron. 46
[1055] Notamment le secret de la confession : à ce propos v. L. Leturmy, « Commentaire du jugement du tribunal correctionnel de Caen du 4 septembre 2001 (l'affaire Pican) », Dr.pén. n° 12, déc. 2001, chron. 46 ; H. Moutouh, « Secret professionnel et liberté de conscience : l'exemple des ministres des cultes », D. 2000 p.431 *;* M. E. Cartier, « *Le secret religieux* », RSC 2003 p.485.
[1056] Rapport de Mmes M. Mercier, sénateur de la Saône-et-Loire, M. Meunier, sénatrice de la Loire-Atlantique, et D. Vérien, sénatrice de l'Yonne, « Violences sexuelles sur mineurs en institutions : pouvoir confier ses enfants en toute sécurité », Rapp. n° 529, 28 mai 2019, Note de synthèse, p.3 : « *le problème des infractions sexuelles sur mineurs au sein de l'Église ne se résume pas à des dérives individuelles mais revêt une dimension systémique en ce qu'il touche à son organisation et à son mode de fonctionnement* ».
[1057] *Ibid.*
[1058] C. pén., art. 226-14 1° et 2°.
[1059] C. pén., art. 226-14 3°.

à-dire des infractions graves dont la découverte par les autorités demeure difficile en raison de la fragilité des victimes et du contexte, lesquels tendent à amenuiser la reportabilité de l'infraction.

158. ***Option de conscience***. L'article 226-14 comporte deux propositions, lesquelles laissent toutes deux libre choix au professionnel quant à l'attitude à adopter face à ces cas de figure. La seconde proposition renvoie aux circonstances énoncées précédemment. A l'alinéa premier *in fine*, l'article prévoit que les dispositions de l'article 226-13 ne sont pas applicables dans les circonstances énumérées par la suite. Cela signifie donc que le professionnel qui révélerait l'information secrète dans les quatre cas de figure énoncés n'encourt pas de poursuites pour violation du secret professionnel. Quant à la première partie de l'alinéa premier, celui-ci opère par renvoi énonçant que « *L'article 226-13 n'est pas applicable dans les cas où la loi impose ou autorise la révélation du secret* ». Ainsi l'obligation de se taire se trouve neutralisée lorsqu'un texte imposera au professionnel soumis au secret de révéler une information. Or les articles 434-1 et 434-3 du code pénal, lesquels prévoient des obligations de parler, procèdent de façon similaire à la neutralisation de l'obligation qu'ils imposent. Ainsi, le premier excepte de l'obligation de dénonciation de crimes « *les personnes astreintes au secret dans les conditions prévues par l'article 226-13* »[1060], tandis que le second énonce que « *sauf lorsque la loi en dispose autrement, sont exceptées des dispositions qui précèdent les personnes astreintes au secret dans les conditions prévues par l'article 226-13* »[1061]. De la sorte, lorsque le professionnel a connaissance d'un crime en cours ou amené à se reproduire, et que ces faits sont portés à sa connaissance dans le cadre de l'exercice de ses fonctions, celui-ci n'est pas soumis à l'obligation formulée à l'article 434-1, pour lui « *l'ordre parler n'existe pas* »[1062]. De sorte, puisque les professionnels ne se voient pas imposer la révélation, car soumis à l'article 226-13, cela signifie donc qu'ils doivent garder le silence sur ces faits. Ils ne seront pas protégés par l'obligation de la loi résultant de l'article 434-1 en cas de révélation puisque l'article les exempte de celle-ci. Quant à l'article 434-3, il neutralise également l'obligation de révélation de mauvais traitements sur personne vulnérable pour les professionnels amenés à connaître de ces faits dans l'exercice de leurs fonctions. Mais la formule prévoit une exception à l'exception : ces professionnels seront tenus de respecter cette obligation si un texte le prévoit. On peut alors se référer aux cas prévus par l'article 226-14, lesquels renvoient à des cas de figure similaires à ceux prévus à l'article 434-3. Toutefois, le texte prévoit simplement la possibilité de lever le secret professionnel dans les quatre circonstances listées par le texte. Il se contente d'exclure la responsabilité pour violation du secret professionnel pour l'agent qui avertirait les autorités dans ces cas de figure. Les professionnels restent donc libres de parler ou non : justifiés par le secret professionnel s'ils gardent le silence, et protégés par l'obligation de dénonciation s'ils en informent les autorités. Ils disposent d'une option de conscience, l'exception transformant l'obligation de parler en simple autorisation[1063]. Ce principe créé par la jurisprudence sous l'empire de l'ancien Code pénal alors même que celui-ci était resté silencieux à ce sujet[1064], a été expressément validé par le législateur de 1992. De sorte, pour Monsieur le sénateur Pierre Masson, « *dans la mesure où la loi n'a jusqu'à présent pas arbitré entre*

[1060] C. pén., art. 434-1 al. 5.
[1061] C. pén., art. 434-3 al. 3.
[1062] Ph. Conte, *Droit pénal spécial*, 6ème éd., 2019, n°360.
[1063] Les étudiants du master II droit pénal de l'université Montesquieu – Bordeaux IV, « Secret professionnel et obligation de dénonciation », Dr. pén. n° 9, sept. 2008, étude 13.
[1064] L'ancien article 62 ne prévoyait pas l'exclusion des professionnels de l'obligation de dénonciation ; Cass. crim., 14 févr. 1978, Bull. crim. 1978, n° 56; D. 1978, Jur. p. 354, note Pradel; Gaz. Pal. 1978, 1, p. 292; RSC 1979, p. 92, obs. Levasseur; Cass. crim., 10 févr. 1977, Gaz. Pal. 1977, 1, p. 272.

l'obligation de dénoncer un crime (article 62) et l'obligation de respecter le secret professionnel (actuel article 372 du code pénal). […] Sans modifier le droit en vigueur, le dernier alinéa de l'article 434-1 conférerait ainsi une base légale incontestable à l'option de conscience face à deux impératifs contradictoires »[1065]. Toutefois l'option de conscience paraît plus évidente pour l'article 434-3 qui seul prévoit une exception à l'obligation de dénonciation. S'il peut exister une telle liberté de choix pour les professionnels, c'est que le législateur a érigé l'obligation de se taire et celle de révéler au même niveau, il y a donc un conflit de valeurs restant non résolu[1066]. Les deux valeurs disposent de fondements supra-législatifs, le secret professionnel étant protégé constitutionnellement[1067] mais également par la Convention européenne des droits de l'Homme[1068], tout comme l'obligation de dénoncer laquelle permet la protection des individus telles que prévue aux articles 2 et 3 de la Convention, mais également dans une certaine mesure la prévention du crime, reconnu comme but légitime par la jurisprudence de la Cour européenne[1069]. Cependant, il faut noter quelques limites à l'option de conscience. En effet, les intervenants dans le cadre d'un mandat judiciaire sont tenus de révéler à cette autorité les infractions dont ils auraient eu connaissance au cours de l'exercice de ce mandat[1070].

159. ***Cas de dénonciations autorisées***. Les cas d'autorisations de révélation prévus à l'article 226-14 1° à 4° ne sont toutefois pas sans susciter quelques difficultés. Le texte a été modifié à de nombreuses reprises, et élargi, notamment à la suite d'événements très médiatisés[1071], pourtant il demeure insatisfaisant sur plusieurs points. Tout d'abord, certains déplorent la trop grande similarité des cas prévus aux 1° et 2° de l'article, lesquels « *se recoupent largement* »[1072]. Finalement sous une présentation complexe, on se trouve face aux mêmes circonstances à quelques nuances près, lesquelles auraient pu faire partie d'un seul et même paragraphe. En effet, dans les deux cas il s'agit du signalement aux autorités judiciaires[1073], de privations ou de sévices pouvant relever de violences physiques, psychiques ou sexuelles. Le 2° se contente d'englober les majeurs non vulnérables pour lesquels leur accord sera nécessaire pour permettre la révélation. Il faut d'ailleurs souligner que la formule employée pour désigner les personnes vulnérables n'est pas la définition classique, bien qu'elle semble pourtant renvoyer à la même catégorie de personnes[1074]. En outre, la formule employée interroge quant aux qualifications concernées puisqu'elle renvoie

---

[1065] P. Masson, Rapport sur le projet de loi adopté par l'Assemblée Nationale, portant réforme des dispositions du code pénal relatives à la répression des crimes et délits contre la Nation, l'État et la paix publique, Sénat, 1er avril 1992, n°274, p.131.

[1066] Exception faite de certains professionnels exerçant dans le cadre d'un mandat judiciaire.

[1067] Cons. const., déc. n°94-352, 18 janv. 1995 relative à la loi d'orientation et de programmation relative à la sécurité (vidéosurveillance).

[1068] CSDH, art. 8.

[1069] Les étudiants du master II droit pénal de l'université Montesquieu – Bordeaux IV, « Secret professionnel et obligation de dénonciation », *op. cit.*

[1070] Ph. Bonfils, « Art. 434-3 - Fasc. 20 : Non-dénonciation de mauvais traitements à un mineur ou à une personne vulnérable », Date du fascicule : 5 Août 2017, Date de la dernière mise à jour : 31 Mai 2021, Jcl pénal, LexisNexis, n°13.

[1071] À la suite des révélations d'affaires de pédophilie commises au sein de l'Eglise entraînant la modification de l'article 226-14 1°, à la suite de l'attentat contre le chef de l'Etat pour le 4° du même article : v. B. Py, « Secret professionnel : le syndrome des assignats ? », *op. cit*.

[1072] B. le Devedec, « Levée du secret médical et accessibilité aux mineurs à la pornographie en ligne - Loi n° 2020-936 du 30 juillet 2020, visant à protéger les victimes de violences conjugales », Dr. pén. n°9, sept.2020, étude 26.

[1073] Ainsi qu'au CRIP pour le 2°.

[1074] Comp. M.-L. Rassat, *Droit pénal spécial*, 8ème ed., Précis Dalloz. 2018, n°514.

également aux sévices et privations sans faire référence à une qualification précise, et alors même que : « *ces faits n'étant pas incriminés à l'égard d'un adulte [non vulnérable], la révélation au procureur de la République n'a aucun sens* »[1075]. De plus, la mention insérée au 1° selon laquelle sont comprises les « *atteintes ou mutilations sexuelles* » est superflue puisqu'elles étaient déjà englobées dans les sévices visés par le texte et risquent de réduire inutilement le champ d'application à ces seules qualifications[1076] alors que la précision ne relève que de l'exemple. Avec le nécessaire accord de la victime, on voit bien que le législateur admet également la protection d'intérêts privés comme fondement au secret professionnel, qu'il met de côté dans les circonstances les plus graves, pour les victimes les moins aptes à se protéger. Même si l'on pourrait objecter que dans le cadre de violences intrafamiliales, la victime même non vulnérable aura bien souvent du mal à révéler sa victimation. C'est toujours dans cette optique que par la loi du 30 juillet 2020 le législateur est venu introduire un nouveau 3° au sein de l'article, consacré à la révélation d'actes de violences conjugales. Ce texte a été ardemment critiqué par la doctrine[1077], certains estimant que « *l'étude de cette nouvelle dérogation, à l'image d'autres dispositions de cette loi, montre que le cosmétique prime parfois l'efficience* »[1078]. Si l'option de conscience était un principe utilisé en jurisprudence et en doctrine, le terme de conscience apparaît pour la première fois dans le Code pénal, avec la réforme, sans pour autant être défini[1079]. Le terme n'est pas inconnu des professionnels de santé, puisque *« le Code de la santé publique en comprend 24 occurrences avec différentes acceptions* »[1080]. Ce qui rajoute à la difficulté d'appréhension de la notion, même si l'on pourrait envisager que, conformément à la jurisprudence, cela signifie « *qu'il appartient au professionnel de santé d'apprécier lui-même la conduite à tenir, au regard de ce que la probité lui commande, à l'issue d'une réflexion menée en son for intérieur* »[1081]. Pour la vice-présidente du Conseil national de l'Ordre des médecins, l'expression « *traduit le dilemme éthique auquel est confronté le médecin devant prendre sa décision au terme d'une réflexion étayée dans le but de secourir une personne en danger imminent »*[1082]. Le législateur valide donc la liberté de choix du professionnel malgré les critiques inhérentes à l'absence de contrôle[1083] sur un choix qui demeure donc extrêmement subjectif face à des situations pourtant graves de violences conjugales dont on connaît la forte propension à l'invisibilité. Pourtant il requiert une évaluation complexe de la situation, puisque le texte exige que les violences aient lieu « *au sein du couple relevant de l'article 132-80* » du Code pénal, exigeant du professionnel une connaissance des textes qu'il aura rarement dans les faits. Mais également qu'il détermine s'il existe un danger immédiat pour la vie de la victime, ce qui peut paraître délicat à évaluer dans certaines situations. En outre, il faut de surcroît que le professionnel de santé détermine une situation de contrainte morale résultant de l'emprise exercée par l'auteur des violences sur la victime. Et ce alors que le législateur

---

[1075] *Ibid.*

[1076] *Ibid.,* n°514 : « pourquoi préciser ce qui va de soi et au surplus d'une manière tellement partielle que cela ne peut pas ne pas poser des problèmes de délimitation de domaine ? ».

[1077] B. Le Devedec, « Levée du secret médical et accessibilité aux mineurs à la pornographie en ligne - Loi n°2020-936 du 30 juillet 2020, visant à protéger les victimes de violences conjugales », *op. cit.* ; L. Mary, « Présentation de la loi n°2020-936 du 30 juillet 2020 visant à protéger les victimes de violences conjugales », AJ Famille 2020 p.384.

[1078] *Ibid.*

[1079] La notion d'intime conviction un premier temps envisagée ayant été écartée au profit d'une estimation « en conscience » : M.-P. Glaviano-Ceccaldi, « Violences conjugales et levée du secret médical sans accord », AJ Famille 2020 p.467.

[1080] B. le Devedec, « Levée du secret médical et accessibilité aux mineurs à la pornographie en ligne », *op. cit.*

[1081] *Ibid.*

[1082] M.-P. Glaviano-Ceccaldi, « Violences conjugales et levée du secret médical sans accord », *précit.*

[1083] B. le Devedec, « Levée du secret médical et accessibilité aux mineurs à la pornographie en ligne », *op. cit.*

n'a pas pris le soin de définir la notion d'emprise, que même les professionnels de santé ont du mal à circonscrire. C'est là l'un des travers récurrents du législateur contemporain, « *cédant tout à la fois aux sirènes de l'opinion publique et à sa lubie d'intégrer sans les définir des notions psychologiques et psychiatriques dans des codes pénaux* »[1084]. La présentation de ce terme comme une variante de contrainte morale[1085] ne contribue pas à sa compréhension tant on connaît les difficultés d'appréciation de cette dernière, notamment dans le domaine des infractions sexuelles. La preuve d'une telle emprise sera d'ailleurs délicate pour le professionnel, devant « *démontrer par des éléments matériels objectifs la réalité d'un processus psychique subjectif* »[1086] pour s'assurer la protection du fait justificatif. Pour Benoît le Devedec, il y a encore une fois une redite dans l'article 226-14, car l'emprise semble renvoyer à une incapacité psychique, laquelle est prévue dans les deux précédents cas de figure[1087]. En outre, que penser de la précision selon laquelle « *le professionnel de santé doit s'efforcer d'obtenir l'accord* » de la victime, même s'il pourra l'outrepasser en l'informant simplement du signalement qu'il aura déjà réalisé. A quoi renvoie cet effort demandé par le législateur, dans un contexte d'urgence puisque la dérogation se limite « *au moment ultime* » aux dires même de la vice-président du CNOM[1088] ? Le professionnel doit-il tenter à plusieurs reprises, ou avec insistance d'obtenir le consentement d'une victime dont on exige qu'elle soit pourtant sous une telle emprise qu'elle est incapable de se protéger, partant d'avertir les autorités, alors même qu'*in fine* son accord ne sera pas nécessaire pour permettre le signalement ? Le professionnel qui aura simplement posé la question une fois et aura fait face à un refus sera-t-il tout de même protégé en cas de révélation ? L'effort demandé confronté à un refus virulent ne sera-t-il pas enclin à décourager le professionnel de faire une telle révélation ? La formule semble tenter de faire œuvre de conciliation entre les partisans d'une révélation obligatoire et ceux opposés à celle-ci en raison des risques de perte de confiance en le professionnel de santé, sans toutefois apporter de solution adéquate. L'ajout de ce 3° au sein de l'article semble donc relever plus de la symbolique que répondre à une réelle nécessité face à un fléau encore mal pris en charge en France. Si une véritable obligation de dénonciation imposée aux professionnels permettrait la révélation d'infractions sexuelles et violences intrafamiliales dont la visibilité est encore faible, celle-ci n'est pas sans présenter des difficultés. En effet, nombre de médecins notamment craignent que la création d'une réelle obligation vienne minorer la confiance des victimes et auteurs en le professionnel de santé[1089]. Or, il est primordial que les victimes puissent continuer à bénéficier de soins. Dans le cadres de violences conjugales, il est également à craindre un risque de représailles voire d'homicide[1090]. La révélation pourrait donc contribuer au danger encouru par la victime : par l'éloignement du soin ou par représailles. Mais dans le même temps le silence gardé contribue à l'invisibilité de la victimation et laisse un contexte propice à la réitération des faits. Face à un tel dilemme, le législateur a préféré

[1084] *Ibid.*

[1085] L. Mary, « Présentation de la loi n°2020-936 du 30 juillet 2020 visant à protéger les victimes de violences conjugales », AJ Famille 2020 p.384 ; V. nos développements en P2 concernant ces notions, n°624 et s.

[1086] L. Mary, « Présentation de la loi n° 2020-936 du 30 juillet 2020 visant à protéger les victimes de violences conjugales », *précit.*

[1087] *Ibid.*

[1088] M.-P.Glaviano-Ceccaldi, « Violences conjugales et levée du secret médical sans accord », *op. cit.*

[1089] Ph. Bonfils, « Art. 434-3 - Fasc. 20 : Non-dénonciation de mauvais traitements à un mineur ou à une personne vulnérable », *op. cit.* n°12 : « C'est cette analyse que confirme la circulaire d'application du Code pénal en précisant que le législateur a ainsi pensé aux médecins, en estimant que « ces derniers ne devaient pas être obligés, sous peines de sanctions pénales, de signaler des mauvais traitements, afin d'éviter que les auteurs des sévices n'hésitent à faire prodiguer à l'enfant les soins nécessaires par crainte d'être dénoncés » ».

[1090] B. Le Devedec, « Levée du secret médical et accessibilité aux mineurs à la pornographie en ligne », *op. cit.*

laisser aux professionnels le soin de faire le choix de révéler ou non ces infractions, tout en les protégeant en cas de révélation, contre toutes poursuites pénales ou disciplinaires sous réserve de leur bonne foi.

160. ***Alternatives***. Lorsqu'une infraction invisible est finalement découverte et qu'il est révélé qu'un professionnel était au courant des faits sans toutefois les avoir signalés, la jurisprudence a parfois recours à des qualifications alternatives afin de pouvoir tout de même sanctionner le comportement jugé amoral du professionnel ayant contribué à l'invisibilité des faits délictueux. Ainsi, malgré la liberté offerte aux professionnels, la pratique révèle une tendance des juridictions à la poursuite de ceux-ci sur le fondement de l'article 223-6 al. 2[1091], lequel ne souffre pas de la protection du secret. Les juges ont de sorte pu retenir la non-assistance à personne en péril lorsqu'il était découvert que des individus au fait d'infractions commises à l'encontre de victimes de manière régulière avaient toutefois gardé le silence. Dès la fin des années 1990, la Cour de cassation a ainsi pu reconnaître l'existence d'un péril actuel et imminent couru par des élèves d'un établissement catholique victimes d'agressions sexuelles de la part d'un membre de l'établissement sur une période de plusieurs mois et dont on pouvait supposer qu'ils en subiraient de nouveau[1092]. A l'inverse, le délit n'a pu être retenu dans l'affaire Barbarin en raison de l'absence du caractère actuel du péril, les faits ayant cessé depuis plusieurs années. La doctrine se montre plus critique à l'égard de cette pratique lorsque le péril n'est plus entendu comme le risque d'une nouvelle victimation mais seulement la prise en compte d'un traumatisme psychique de la victime alors même que classiquement la jurisprudence le comprend comme le risque de mort ou de blessures graves[1093]. Cette pratique procède toutefois à une « *extension de la notion de « péril »* », au risque d'aboutir à « *un mélange des genres entre les obligations de faire et de dire* »[1094]. Pour le magistrat Christian Guéry, il est illogique que lorsque le professionnel a révélé les faits, les juridictions n'utilisent pas la non-assistance à personne en péril, car les deux obligations relèvent d'impératifs distincts, « *A moins que l'on considère que le secours se confonde avec la révélation* »[1095]. Or, il souligne ainsi la confusion : « *là où il n'y a pas d'obligation de dire, il demeure celle d'agir. Et si le péril se confond avec les conséquences de l'infraction qu'on n'avait pas obligation de révéler, alors agir c'est dire, secourir c'est révéler* »[1096].

161. ***Bilan***. Finalement, pour les professionnels soumis au secret, le législateur adopte une position neutre. Il ne prescrit pas, mais il ne proscrit pas non plus. Les professionnels sont libres de choisir le comportement à adopter dans une telle situation. Dans une époque où « *qui se veut respectable, se doit d'être transparent* »[1097], l'absence d'obligation de dénonciation d'infractions connues par le professionnel suscite de nombreuses critiques, car leur silence confine parfois presque à la complicité aux yeux de certains. Pourtant, la découverte d'infractions incombe bien aux autorités. Mais les faits de sorte protégés par les professionnels soumis au secret relèvent bien souvent d'une sphère privée, intime à laquelle les autorités n'ont pas accès. C'est pourquoi ces

[1091] Ch. Guéry, « Le défaut de protection de l'enfant par le professionnel : un nouveau délit ? », D. 2001 p.3293.
[1092] Cass. crim., 9 avr. 1997, Gaz. Pal. 1997, 2, p. 163, note J.-P. Doucet.
[1093] Comp. D. Mayer, La charité mesurée de l'article 63, alinéa 2, du code pénal, JCP 1977, I, n°2851 : « pourra être pris en considération le péril physique, jamais la détresse morale ».
[1094] Ch. Guéry, « Le défaut de protection de l'enfant par le professionnel : un nouveau délit ? », *précit.*
[1095] *Ibid.*
[1096] *Ibid.*
[1097] G. Carcassonne, « Le trouble de la transparence », Pouvoirs, 97 – 2001, pp.17-23.

professionnels, témoins privilégiés de ces infractions invisibles pour les autorités apparaissent comme l'unique recours contre l'opacité de ces comportements. Ce qui explique que le législateur, remettant en cause le caractère inviolable du secret, a depuis plusieurs décennies, entrepris de multiplier les exceptions à son respect. S'il est vrai qu'il « *serait fâcheux* »[1098] de ne pas recourir à la collaboration de professionnels pour les faits le plus graves, il faut toutefois se garder de tout excès inverse, où la transparence, et de fait, la dénonciation d'infractions se veut prévention, au risque d'« *imposer partout, toujours et systématiquement un régime préventif, celui dont tous les juristes savent bien qu'il est le plus restrictif de liberté* »[1099]. Toutefois apparaît l'utilité d'une obligation de parler dans certaines circonstances, et pour certains professionnels. En effet, le recours au secret concernant les professionnels de santé peut apparaître utile afin de permettre la continuité des soins d'une population pour laquelle ceux-ci sont impérativement nécessaires. En revanche, on se demande si toutes les autres professions soumises au secret sont à même de pouvoir apporter une aide indispensable aux victimes, qui justifierait la confiance du législateur en leur choix de révéler ou non. Par suite des nombreux procès médiatisés de ministres du culte, au cours desquels la jurisprudence s'est montrée audacieuse, nous sommes amenés à nous interroger quant à la légitimité de la liberté de choix octroyée à ces derniers dans toutes circonstances, notamment dans les cas graves comme ceux d'infractions sexuelles commises sur des mineurs ou personnes vulnérables. L'exercice de leur ministère suffit-il à justifier leur inaction ? On a souligné que les professionnels de santé peuvent fournir par leur aide une protection physique à l'individu victime. Certes, le ministre du culte apportera un certain réconfort aux victimes, par son aide spirituelle, si tant est que ce soit elles qui l'en informent. Mais le bénéfice de telles confidences semble faire difficilement équilibre avec les conséquences délétères du silence gardé sur de tels faits.

L'objectif de l'obligation de dénonciation n'est pas seulement la sanction d'une omission jugée fautive car néfaste à la société en tant qu'atteinte à l'action de justice, mais elle permet également dans certains cas d'éviter le renouvellement d'infractions du même auteur sur cette victime ou d'autres. C'est également le moyen de découvrir certaines infractions, lesquelles se commettent dans une sphère intime, dont on sait qu'elle rend la prise de parole des victimes très difficile. Mais le risque à pousser à la dénoncer, c'est de tomber dans l'excès inverse, dans une « *société Panoptique* », lequel sera toutefois évité si les dénonciations pour les particuliers, comme pour les professionnels, demeurent limitées à certains cas de figure : les faits les plus graves et les plus difficiles à découvrir, notamment ceux commis à l'encontre de populations fragiles et peu enclines à révéler leur victimation. Une telle obligation demeure légitime, si elle est appliquée à des intérêts supérieurs au secret professionnel car « *il n'est souvent pas d'autre solution pour en assurer la sauvegarde et la pérennité* »[1100]. Une obligation de dénonciation peut alors être envisageable pour les professionnels, à condition qu'elle soit strictement encadrée et qu'elle les protège contre toutes poursuites.

§2 : Les incitations à collaborer

162. D'une manière seulement incitative, le législateur a par ailleurs élaboré des mécanismes permettant la collaboration des individus avec les autorités, en vue de la découverte

[1098] H. Matsopoulou, « L'obligation de déclaration : du secret à la révélation, Gaz. Pal., n°181, 29 juin 2004, p. 27.
[1099] G. Carcassonne, « Le trouble de la transparence », *op.cit.*
[1100] Y. Mayaud, « Le droit pénal de la dénonciation », AJ Pén. 2020 p.8.

d'infractions jusqu'alors invisibles, dont ils auraient été témoins, victimes ou même auteurs. Ne relevant que d'incitations et non d'obligations, le champ des infractions dont la révélation est permise est ici beaucoup plus large que précédemment. L'incitation législative est toutefois indirecte, puisqu'elle passe soit par la protection contre d'éventuelles représailles ou poursuites judiciaires (**A**), soit par la facilitation procédurale, laquelle vise à lutter contre le découragement des individus qui auraient pu révéler la commission d'infractions (**B**).

A- L'incitation par la protection

163. Pour inciter la collaboration avec la justice, le législateur a mis en place une protection substantielle du témoin d'infractions commises dans le milieu professionnel avec le statut de lanceur d'alerte, dont les conditions d'obtention questionnent toutefois l'incitation qui en résulte **(1)**. Le délinquant peut également faire l'objet d'une protection offerte par le droit pénal contre sa propre application lorsque sa collaboration avec la justice lui permettra d'obtenir le statut de repenti **(2)**.

1- La protection substantielle du statut de lanceur d'alerte

164. ***Présentation***. C'est par la loi du 9 décembre 2016[1101] que le législateur est venu offrir pour la première fois une protection générale aux les lanceurs d'alerte, laquelle a récemment été renforcée[1102]. Avant cette date, certains textes prévoyaient une protection ponctuelle[1103], laquelle était devenue insuffisante face aux exigences européennes[1104]. Si la protection octroyée à ces individus semble propice à la découverte d'infractions difficiles à détecter en temps normal, la formule retenue par le législateur français demeure toutefois complexe tant les conditions à remplir sont nombreuses, pour bénéficier finalement d'une protection sur certains points incomplète. Pourtant, de prime abord, l'idée d'une protection des individus détenteurs d'informations relatives à des faits délictueux non connus des autorités apparaît comme idéale pour répondre à l'objectif de découverte d'infractions invisibles. En effet, en complément de protections civiles et disciplinaires renforcées pour les lanceurs d'alerte, la loi est venue ajouter une protection pénale par le biais de la création d'un fait justificatif nouveau, mettant l'agent à l'abri de toutes poursuites pénales pour d'éventuelles infractions commises dans le cadre du signalement de faits illicites.

[1101] Loi n°2016-1691 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, dite « loi Sapin II ».
[1102] Loi n°2022-401 du 21 mars 2022 visant à améliorer la protection des lanceurs d'alerte.
[1103] C. trav., art. L. 1161-1, abrog. loi n°2016-1691, 9 déc. 2016; CSP, art. L. 5312-4-2, abrog. loi n°2016-1691, 9 déc. 2016; CSP, art. L. 1351-1, abrog. Loi n°2016-1691, 9 déc. 2016; Loi n°2013-907 relative à la transparence de la vie publique, 11 oct. 2013, art. 25.
[1104] Résolution du Parlement européen du 4 juillet 2013 sur le programme de surveillance de l'agence nationale de sécurité américaine (NSA), les organismes de surveillance de plusieurs États membres et leur impact sur la vie privée des citoyens de l'Union, 2013/2682 (RSP), n°13 : « dans les États démocratiques et ouverts, fondés sur l'état de droit, les citoyens ont le droit d'avoir connaissance des atteintes graves à leurs droits fondamentaux et de les dénoncer, y compris lorsqu'elles impliquent leur propre gouvernement; souligne qu'il est impératif de se doter de procédures permettant aux lanceurs d'alertes de dénoncer les violations graves des droits fondamentaux et d'offrir à ces personnes la protection dont elles ont besoin, y compris au niveau international ».

165. ***Un contexte propice aux infractions invisibles...*** La formule retenue par l'article 6 de la loi du 9 décembre 2016 pour définir le lanceur d'alerte est large et ne semble pas restreindre la protection à un contexte particulier. Toutefois, cette définition a en réalité vocation à s'appliquer plus largement aux procédures d'alerte spéciales prévues dans d'autres textes[1105], tout comme à la procédure générale prévue par l'article 8 de la même loi. L'article 122-9 du Code pénal conditionne son application au respect de la définition de l'article 6 de la loi de 2016, ainsi qu'aux procédures légalement prévues. Ainsi, lorsque la procédure requise est la procédure de droit commun prévue à l'article 8, la protection pénale accordée par la loi aura donc vocation à s'appliquer à contexte plus restreint. En effet, le Conseil constitutionnel, à propos de l'article 8 de la loi du 9 décembre 2016, lequel définit la procédure de signalement à respecter, affirme que « *le législateur a entendu limiter le champ d'application de l'article 8 aux seuls lanceurs d'alerte procédant à un signalement visant l'organisme qui les emploie ou celui auquel ils apportent leur collaboration dans un cadre professionnel* »[1106]. Il ajoute, incluant l'article 7, lequel créé l'article 122-9 du Code pénal, que « *De la même manière, les protections apportées par les articles 10 à 12, aux lanceurs d'alerte répondant aux conditions des articles 6 à 8, se limitent aux discriminations que ces derniers sont susceptibles de subir dans le cadre de leur vie professionnelle* »[1107]. Malgré tout, le contexte ainsi visé par le législateur paraît toujours présenter un intérêt dans la lutte contre les infractions invisibles. Assurément, même si la protection se limite au seul contexte professionnel, on sait qu'il fait souffrir la révélation d'infractions de l'application du secret. De plus, à la différence des autorisations précédemment étudiées, le statut de lanceur d'alerte a vocation à s'appliquer à l'ensemble des professionnels, le fait justificatif ne visant pas certains professionnels désignés à l'instar de ceux visés par l'article 226-14. La loi de 2022 est d'ailleurs venue élargir le champ rationae personae en modifiant l'article 8 de la loi de 2016[1108] en visant aux côtés des membres du personnel, les anciens membres et les candidats à un emploi dans la structure concernée[1109], ainsi que les cocontractants, sous-traitants et les dirigeants et associés de l'entreprise[1110]. Ces derniers étant bien souvent les plus à même d'être au fait de l'existence d'infractions invisibles. En outre, l'article 6 de la loi de 2016 prévoit largement que le lanceur d'alerte peut révéler l'existence notamment d'un « *crime, un délit une menace ou un préjudice pour l'intérêt général […]* »[1111]. Concernant les seules infractions qui nous intéressent, on remarque que la protection est ici bien plus étendue en ce qu'elle n'exclut que les contraventions de son champ d'application. Alors même que la protection pénale offerte ne doit jouer que dans un contexte professionnel, le signalement peut de la sorte porter sur toute infraction invisible, peu important qu'elle soit spécifique à ce milieu ou non. Les manquements à la probité visés par la loi ne sont en effet pas mentionnés par l'article 6 de celle-ci, laissant ainsi supposer une application plus large de la protection pénale[1112]. Sont ainsi concernées par une possible révélation aux autorités, les infractions invisibles dont l'opacité est renforcée par le secret protégé par la loi. A ce titre, il faut souligner que la loi de 2022 a procédé à la modification du Code du travail dans le sens

[1105] J.-B. Perrier, « Fasc. 20 : Faits justificatifs. – Lanceur d'alerte », 30 Sept. 2019, JCL Pén., LexisNexis, n°19.
[1106] Cons. const., 8 déc. 2016, n°2016-741 DC, § 7.
[1107] *Ibid.*
[1108] Qu'elle n'a toujours pas codifiée.
[1109] Loi du 21 mars 2022 n°2022-401 visant à améliorer la protection des lanceurs d'alerte, art. 3, I, 2°.
[1110] Ce qui résulte d'une transposition de la directive (UE) 2019/1937 du 23 octobre 2019, art. 4.
[1111] Tel que modifié par *Ibid.*, art.1er.
[1112] R. Parizot, « Les renversements de la responsabilité pénale », RSC 2017 p.363

d'une plus grande protection des individus[1113] signalant des faits de harcèlement sexuel[1114], dont on connaît la faible reportabilité.

166. ***… mais une application limitée.*** Toutefois, il faut noter que certains secrets sont exclus du bénéfice de la protection du statut du lanceur d'alerte, dont la liste s'est allongée avec la réforme de 2022. L'article 6, alinéa 2, de la loi Sapin II prévoit depuis 2016 que les secrets de la défense nationale, médical ou liant un avocat et son client ne peuvent bénéficier de la protection instaurée par ladite loi. Auxquels le législateur est venu ajouter récemment le secret des délibérations judiciaires ainsi que le secret de l'enquête ou de l'instruction judiciaires en adéquation avec le renforcement de la protection du secret de l'enquête et de l'instruction opéré par une loi ultérieure[1115]. S'il s'agit de secrets dont l'importance reconnue par le législateur permet de comprendre leur exclusion, il faut tout de même noter que le secret médical peut pourtant être écarté dans les hypothèses de révélation étudiées précédemment. Quant au secret de l'avocat, celui-ci se voit tout de même exclu lorsqu'il est imposé à l'avocat de réaliser une déclaration de soupçons de fonds dont ils suspectent qu'ils proviennent d'une infraction passible d'une peine privative de liberté supérieure à un an ou sont liées au financement du terrorisme [1116]. Même si le domaine de cette obligation est strictement limité[1117], il faut souligner le caractère obligatoire de ce signalement. Le secret de la défense nationale fait quant à lui l'objet d'une procédure, cette fois-ci facultative, offerte en vertu de l'article L. 861-3 du Code de la sécurité intérieure. En cas de constat de faits commis en violation des règles applicables en matière de renseignement, l'agent des services spécialisés de renseignement est autorisé à porter les faits devant la Commission nationale de contrôle des techniques de renseignement, laquelle, en cas de faits susceptibles de constituer une infraction, saisira le procureur de la République « *dans le respect du secret de la défense nationale* » [1118]. Dans ce cas, « *la Commission du secret de la défense nationale afin que celle-ci donne au Premier ministre son avis sur la possibilité de déclassifier tout ou partie de ces éléments en vue de leur transmission* »[1119]. Toutefois, l'agent auteur du signalement n'est pas autorisé à révéler d'information couverte par le secret, ce qui réduit considérablement la portée d'une telle procédure[1120] et son utilité dans la découverte d'infractions invisibles, ce que l'on peut toutefois justifier par la nécessaire protection des intérêts de la Nation. L'exclusion de ces secrets du bénéfice de la protection du statut de lanceur d'alerte semble finalement tenir à la largesse du champ d'application du fait justificatif qui ne restreint pas la protection à la révélation de certaines infractions spécifiques contrairement aux autorisations de révélation précédemment étudiées.

167. ***Une incitation à révéler par une protection…*** La protection prodiguée à l'auteur de l'alerte semble à première vue plutôt incitative. Tout d'abord, la protection offerte aux lanceurs d'alerte est ici plus large que celle retenue dans le cas des autorisations de révélation puisque l'article 122-9 ne vient pas seulement exclure la responsabilité de l'agent pour violation du

[1113] Proche de celle du lanceur d'alerte par renvoi à C. trav., art. L1121-2 renvoyant à la loi Sapin II.
[1114] Loi n°2022-401 du 21 mars 2022, *précit.* art. 7, I, 5°.
[1115] Loi du 22 décembre 2021 n°2021-1729, pour la confiance dans l'institution judiciaire.
[1116] C. mon. et fin., art. L561-15.
[1117] C. mon. et fin., art. L561-3 et L561-25.
[1118] L861-3 du Code de la sécurité intérieure.
[1119] L861-3 du Code de la sécurité intérieure.
[1120] V. R. Parizot, « Surveiller et prévenir...à quel prix ? Loi n°2015-912 du 24 juillet 2015 relative au renseignement », JCP G 2015, 1077, n°12 à propos des dispositions prévues par la loi du 24 juillet 2015.

secret professionnel. En effet, si le texte évoque l'atteinte à un secret protégé par la loi, certains auteurs estiment que la jurisprudence pourrait adopter une interprétation large du texte, ainsi que « *toutes les infractions pourraient alors être justifiées lorsqu'elles sont commises par un lanceur d'alerte, sous réserve de respecter les conditions posées par le texte* »[1121]. Qu'elles procèdent d'une acquisition illicite de l'information signalée, ou que sa révélation puisse faire l'objet de poursuites pour atteinte à la considération d'un tiers[1122]. Reste toutefois que l'appréciation des juges n'est pas acquise, lesquels pourraient adopter une interprétation plus restrictive[1123]. Depuis 2022 le lanceur d'alerte peut en outre être aidé par un complice, faisant désormais l'objet de la même protection issue de l'article 122-9 du Code pénal[1124]. De même qu'il pourra justifier les infractions liées à l'appropriation frauduleuse des « *supports contenant les informations* » révélées[1125]. Le législateur est ainsi encore frileux à l'idée de la consécration de l'appropriation frauduleuse d'une information en visant son support et laisse ainsi planer le doute lorsqu'aucun support ne pourra être caractérisé[1126].

En sus de la protection pénale accordée par l'article 7 de la loi de 2016, plusieurs autres protections sont accordées aux lanceurs d'alerte. A la différence de l'auteur d'une révélation, le lanceur d'alerte voit son identité protégée, l'article 9 de ladite loi prévoyant une garantie de non-divulgation, sauf à l'autorité judiciaire, et seulement avec son consentement[1127]. La loi de 2022 précisant « *dans le cas où les personnes chargées du recueil ou du traitement des signalements sont tenues de dénoncer les faits à celle-ci. Le lanceur d'alerte en est alors informé, à moins que cette information ne risque de compromettre la procédure judiciaire. Des explications écrites sont jointes à cette information* »[1128]. La confidentialité est renforcée par l'incrimination de la méconnaissance de cette obligation, délit puni de deux ans d'emprisonnement et 30 000 euros d'amende[1129]. En outre, l'agent est protégé contre d'éventuelles pratiques visant à empêcher la révélation, puisque tout obstacle à la transmission d'un signalement au sein de l'entreprise ou aux autorités visées à l'article 8 de la loi relève du délit et est sanctionné d'une peine d'un an d'emprisonnement et 15 000 euros d'amende[1130]. D'ailleurs, l'amende civile encourue en cas de constitution de partie civile abusive par suite d'une plainte pour diffamation est ici doublée lorsqu'elle vise un lanceur d'alerte[1131], de manière à éviter encore une fois toute pratique qui consisterait à intimider le détenteur de telles informations. La loi de 2022 a de plus renforcé la protection du lanceur d'alerte sur le plan civil, en ajoutant un cas d'irresponsabilité pour les « dommages *causés du fait de leur signalement ou de leur divulgation publique* »[1132]. Enfin, le lanceur d'alerte fait l'objet d'une protection disciplinaire

---

[1121] J.-B. Perrier, « Fasc. 20 : Faits justificatifs. – Lanceur d'alerte », *op. cit.*, n°47 ; *Contra*. E. Dreyer, *Droit pénal général*, 6ème éd., LexisNexis, 2021, n°1290.

[1122] V. pour un exemple d'infractions pouvant être justifiées par 122-9 J.-B. Perrier, « Fasc. 20 : Faits justificatifs. – Lanceur d'alerte », *précit.*, n°47 à 56.

[1123] J.-B. Perrier, « Fasc. 20 : Faits justificatifs. – Lanceur d'alerte », *op.cit.*, n°47.

[1124] C. pén., art. 122-9 al 3.

[1125] C. pén., art. 122-9 al 2.

[1126] Le support tel que visé par le texte peut-il renvoyer aux systèmes de traitement automatisés de données ?

[1127] Loi du 9 déc. 2016, *op.cit.*, art. 9, al. 2 et 3.

[1128] Loi du 21 mars 2022, *op. cit.*, art. 5, 1°.

[1129] Loi du 9 déc. 2016, op.cit., art. 9 II.

[1130] Loi du 9 déc. 2016, *op.cit.*, art. 13 I.

[1131] Loi du 9 déc. 2016, *op.cit.*, art. 13 II.

[1132] « dès lors qu'elles avaient des motifs raisonnables de croire, lorsqu'elles y ont procédé, que le signalement ou la divulgation publique de l'intégralité de ces informations était nécessaire à la sauvegarde des intérêts en cause » et qu'elles ont respecté les conditions prévues aux art. 6 et 8 de la loi Sapin II : Loi du 21 mars 2022, op. cit., art. 6,I.

nécessaire, afin d'éviter que des mesures disciplinaires prises à leur encontre par leur employeur ne les détermine à ne plus signaler les faits[1133]. La protection est de plus étendue aux fonctionnaires[1134]. L'article L1132-3-3 du Code du travail est encore modifié par le législateur en 2016 et en 2022 afin de faciliter la défense du lanceur d'alerte faisant l'objet d'une mesure disciplinaire en raison du signalement qu'il aurait effectué. Dans ce cas de figure, le texte fait peser sur l'employeur la charge de la preuve que la mesure n'était pas fondée sur l'alerte donnée par l'employé[1135]. La loi vient de plus confirmer la possibilité[1136] pour le lanceur d'alerte dont le contrat aurait été rompu de recourir à un référé prud'homal en pareille situation[1137]. Encore une fois, les fonctionnaires bénéficient d'une protection similaire, l'article L911-1-1[1138] permettant au juge administratif d'ordonner la réintégration du fonctionnaire lanceur d'alerte qui aurait été sanctionné de ce fait.

168. ***… incomplète et difficile à obtenir.*** L'efficacité de cette protection doit cependant être questionnée. Le champ d'application de la justification demeure incertain, et il y a de grandes chances qu'il se limite en fait à la seule violation d'un secret légalement protégé[1139]. Par ailleurs, certains auteurs ont pu souligner la légèreté de la peine encourue pour obstacle à la transmission d'un signalement, laquelle pourrait être aisément endossée grâce aux capacités financières d'une grande entreprise[1140]. Par ailleurs, les lanceurs d'alerte prennent le risque de se retrouver dans une situation financière obérée, même temporairement[1141], en cas de représailles de leur employeur. Si une protection financière avait à l'origine été envisagée[1142], le Conseil constitutionnel l'a toutefois censurée en raison de son attribution aux fonctions du défenseur des droits, à propos duquel il a estimé que « *la mission […] ne comporte pas celle d'apporter lui-même une aide financière, qui pourrait s'avérer nécessaire, aux personnes qui peuvent le saisir* »[1143]. Pourtant, le projet de loi l'avait à l'origine confiée à l'Agence de gestion et de recouvrement des avoirs saisis et confisqués[1144], celle-là même qui est chargée de reverser une partie du produit des confiscations à la direction générale de la police nationale pour financer la protection des repentis et

---

[1133] C. trav., art. L. 1132-3-3, alinéa 2, créé par loi du 9 déc. 2016, *op.cit*., art. 10 I.

[1134] Loi du 9 déc. 2016, *op.cit*., art. 10 II modifiant l'article 6 ter A de la loi du 13 juillet 1983 n°83-634 portant droits et obligations des fonctionnaires.

[1135]Loi du 9 déc. 2016, *op.cit*., art. 10-1, III, A : « dès lors que le demandeur présente des éléments de fait qui permettent de supposer qu'il a signalé ou divulgué des informations dans les conditions prévues aux articles 6 et 8, il incombe à la partie défenderesse de prouver que sa décision est dûment justifiée.» sur renvoi de C. trav., art. L1132-3-3.

[1136] J.-B. Perrier, « Fasc. 20 : Faits justificatifs. – Lanceur d'alerte », *op. cit*., n°62 : qui évoque la vertu pédagogique du texte ; F. Pillet, *Projet de loi relatif à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, Rapport n°712*, 22 juin 2016, n°8, p. 56.

[1137] Loi du 9 déc. 2016, *op.cit*., art. 12 : « *en cas de rupture du contrat de travail consécutive au signalement d'une alerte au sens de l'article 6, le salarié peut saisir le conseil des prud'hommes dans les conditions prévues au chapitre V du titre V du livre IV de la première partie du code du travail* ».

[1138] *Ibid*., art. 11 portant création de l'art. L. 911-1-1.

[1139] E. Dreyer, *Droit pénal général*, 6ème éd., LexisNexis, 2021, n°1290.

[1140] J. Bouton, « Lanceur d'alerte, nouvelle mouture et grains à moudre », *in Etats généraux de la recherche sur le droit et la justice*, LexisNexis, 2018, p.710.

[1141] Dans l'attente d'une décision concernant leur possible réintégration à la suite d'une procédure fondée sur l'article 11 ou 12 de la loi du 9 décembre 2016.

[1142] Art. 14 du projet de loi dans sa version adoptée en lecture définitive par l'AN : « le Défenseur des droits peut accorder, sur sa demande, à une personne physique qui engage une action en justice en vue de faire reconnaître une mesure défavorable prise à son encontre au seul motif du signalement qu'elle a effectué en application de l'article 6 une aide financière sous la forme d'une avance sur les frais de procédure exposés ».

[1143] Cons. const., décision n°2016-740 DC du 8 décembre 2016, n°5.

[1144] M. Sapin, E. Macron, J.-J. Urvoas, *Projet de loi relatif à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique*, n°3623, 30 mars 2016, p. 6 et 19.

des collaborateurs de justice. Certains auteurs estiment ainsi que les lanceurs d'alerte devraient pouvoir également en bénéficier, en ce qu'ils « *défendent l'intérêt général au péril de leur propre mode d'existence* »[1145], mais la situation financière de l'AGRASC semble encore s'y opposer[1146]. Ce n'est que récemment que le législateur a finalement réintroduit une aide financière temporaire dans l'hypothèse où les autorités visées à l'article 8 de la loi estiment que la situation financière du lanceur d'alerte « *s'est gravement dégradée en raison du signalement* »[1147]. Une provision peut également être allouée au lanceur d'alerte pour couvrir les frais d'instance en cas de mesures de représailles professionnelles ou de poursuites visant à faire entrave au signalement[1148]. Il prévoit par la même occasion des mesures de soutien psychologique[1149].

La protection pénale accordée aux lanceurs d'alerte ne le sera en outre qu'à la condition de réunir trois éléments : qu'ils répondent à la définition posée par l'article 6 de la loi Sapin 2, qu'ils respectent la procédure de droit commun posée celle-ci ou une procédure spéciale prévue par la loi, enfin que le signalement soit nécessaire et proportionné à la sauvegarde des intérêts en cause. La première difficulté pour le lanceur d'alerte sera de parvenir à vérifier qu'il remplit bien les conditions de sa protection alors que le texte opère par renvoi à des articles non-inscrits dans le Code pénal[1150].

D'après la définition résultant de l'article 6, la protection n'est tout d'abord réservée qu'aux seules personnes physiques, ce que d'aucuns ont pu regretter, les associations visant à la lutte contre la corruption ayant pu servir de relais dans la transmission de l'alerte, de manière à protéger l'individu à l'origine du signalement[1151]. Toutefois, l'article 122-9 semble étendre la protection pénale à toute « *personne* »[1152] qu'elle soit physique ou bien morale, en l'absence d'une telle précision. Le texte de l'article 6 de la loi Sapin II réservait la protection du statut du lanceur d'alerte aux individus ayant eu personnellement connaissance des faits à signaler. Depuis la loi du 21 mars 2022, c'est seulement lorsque les informations n'ont pas été obtenues dans le cadre des activités professionnelles mentionnées au I de l'article 8, que cette condition s'applique. Cependant, dans cette hypothèse cette condition nécessitera l'apport de la jurisprudence afin de préciser la teneur de cette condition : « *Doit-il pour autant avoir constaté personnellement les faits dénoncés ou peut-il rapporter des propos qui lui laissent penser que des agissements répréhensibles sont commis et doivent être dénoncés ?* »[1153]. Si une telle exigence permet d'éviter le déclenchement d'une procédure lourde sur le fondements de simples suppositions ou éviter les « *lanceurs d'alerte par procuration* »[1154], elle risque toutefois de restreindre la propension de faits délictueux signalés[1155], notamment en fonction de la définition retenue en jurisprudence. Ce que la réforme de 2022 vient

---

[1145] J. Bouton, « Lanceur d'alerte, nouvelle mouture et grains à moudre », *op. cit.*, p.710.
[1146] A. Lefèvre, « Pour que « le crime ne paie pas » : consolider l'action de l'AGRASC », Rapp. Sénat n°421, 15 février 2017, p.28.
[1147] Loi du 21 mars 2022, *op. cit.*, art. 12 créant un nouvel art. 14-1.
[1148] *Ibid.*, art.6 créant un nouvel art. 10-1, v. spé. III, A.
[1149] *Ibid.*, art. 12.
[1150] En ce sens, F. Ludwiczak, « Le droit d'alerte aux risques de la répression pénale », *in* M. Disant et D. Pollet-Panoussis (dir.), *Les lanceurs d'alerte, Quelle protection juridique ? Quelles limites ?*, LGDJ, 2017, p. 186 ; R. Parizot, « Les renversements de la responsabilité pénale », RSC 2017 p.363 : pour l'auteur cela est d'autant plus critiquable que l'article se trouve dans la partie générale du Code.
[1151] S. Dyens, « Le lanceur d'alerte dans la loi « Sapin 2 » : un renforcement en trompe-l'œil », AJ Coll. Terr. 2017 p.127.
[1152] Art. 122-9 CP : « N'est pas pénalement responsable la personne qui porte atteinte à un secret protégé par la loi […] ».
[1153] J.-B. Perrier, « Fasc. 20 : Faits justificatifs. – Lanceur d'alerte », *op. cit.*, n°18.
[1154] F. Pillet, *Rapport n°712*, *op. cit.*, p.47-48.
[1155] F. Ludwiczak, « Le droit d'alerte aux risques de la répression pénale », *précit.*, p. 182.

partiellement nuancer. Par ailleurs, le texte pose l'exigence de la bonne foi de l'auteur du signalement. Pour certains, cette bonne foi, présumée par la jurisprudence en matière sociale[1156], devrait jouer sans incidence de la véracité ou non des faits signalés[1157], dès lors que l'auteur du signalement aura cru à leur véridicité fondée sur des éléments objectifs[1158]. Toutefois, la protection pénale résultant de l'opposition aux infractions issues de la révélation, par le biais du moyen de défense qu'est le fait justificatif, il appartient alors à celui qui l'invoque de démontrer qu'il remplit les conditions, ainsi de sa bonne foi[1159]. Certains auteurs lui préfèrent alors le critère objectif de l'intérêt pour la société de la divulgation de l'information, tel que retenu au Royaume-Uni[1160]. Face à une telle exigence, certains reprochent d'autant plus à la loi de 2016 de ne pas créer de véritable protection du lanceur d'alerte face à d'éventuelles poursuites pour diffamation, en ne renversant pas la présomption de mauvaise foi du délit[1161]. Le législateur de 2022 loin de venir éclaircir ce point rajoute aux questionnements en ajoutant à l'article 122-9 la protection du complice au même titre que le lanceur d'alerte. Ce qui a poussé certains à s'interroger quant à l'application du critère de bonne foi à ce dernier[1162]. Mais l'alinéa postulant l'applicabilité de l'article 122-9 au complice, il est permis de supposer que les conditions posées au premier alinéa de celui-ci, lesquelles opèrent par renvoi à l'article 6 de la loi Sapin II prévoyant ladite condition devront s'appliquer à lui.

Le texte exigeait jusqu'en 2022 que le signalement soit désintéressé. Ainsi, d'une « *absence de contrepartie au signalement, que cette contrepartie soit financière ou matérielle, qu'elle soit directe ou indirecte* »[1163], plus largement, il faut comprendre que le lanceur d'alerte ne devait pas avoir d'intérêt personnel à faire le signalement[1164]. La condition surprenait[1165] alors que dans le même temps le législateur avait admis l'indemnisation des aviseurs fiscaux[1166], et la loi permettait la rétribution d'informateurs ayant permis la découverte d'infractions[1167]. Cette exigence excluait de la sorte des personnes aptes à recevoir la protection du statut de lanceur d'alerte les journalistes ou personnes dont l'activité régulière est d'alerter[1168], mais encore une victime[1169], un témoin[1170], ou un agent public soumis à l'article 40 du code de procédure pénale[1171], ce qui réduisait d'autant le

---

[1156] J.-B. Perrier, « Fasc. 20 : Faits justificatifs. – Lanceur d'alerte », *op. cit.*, n°15.

[1157] *Ibid.* n°16 : ce qu'il déduit en suivant la logique de la chambre sociale laquelle exclut que la mauvaise foi ne soit retenue que sur « la seule circonstance que les faits dénoncés ne sont pas établis », v. not. Cass. soc., 17 avr. 2019, n° 17-20.892 : JurisData n° 2019-006167.

[1158] *Ibid.* n°17 : précisant qu'il ne doit pas faire preuve de légèreté dans son signalement lequel ne peut reposer sur une vague rumeur, ce qu'étaye le critère de la connaissance personnelle des faits.

[1159] F. Ludwiczak, « Le droit d'alerte aux risques de la répression pénale », *précit.*, p. 186 ; E. Dreyer, *Droit pénal général, op. cit*, n°1262-1264 : la charge de la preuve pèse sur l'agent qui invoque le fait justificatif, ce que l'auteur atténue toutefois au n°1265.

[1160] E. Alt, « De nouvelles protections pour les lanceurs d'alerte », JCP G 2017, n°90 ; J. Bouton, « Lanceur d'alerte, nouvelle mouture et grains à moudre », in Etats généraux de la recherche sur le droit et la justice, 2017, p.703

[1161] F. Ludwiczak, « Le droit d'alerte aux risques de la répression pénale », *op. cit*. pp.177-191.

[1162] A. Dejean de la Bâtie, « Fasc. 18-50 : Lanceurs d'alerte », Date du fascicule : 1er Septembre 2021, Date de la dernière mise à jour : 1er Avril 2022, n°75-1.

[1163] J.-B. Perrier, « Fasc. 20 : Faits justificatifs. – Lanceur d'alerte », *op. cit.*, n°12.

[1164] *Ibid*., n°13.

[1165] J. Bouton, « Lanceur d'alerte, nouvelle mouture et grains à moudre », in *Etats généraux de la recherche sur le droit et la justice*, 2017, p.703

[1166] Livr. des Proc. Fisc., art. L10-0 AC.

[1167] C. proc. pén., art. 15-1 à condition que l'individu ne fasse pas partie d'une administration publique ; Rémunération admise également pour les indicateurs des services du Renseignement.

[1168] F. Pillet, *Rapport n°712*, *op. cit.* p.47.

[1169] *Ibid.,* p.48.

[1170] *Ibid.*

[1171] *Ibid.* ; Ils devront suivre la procédure « habituelle » prévue à l'art. 40 C. proc. pén..

nombre de personnes incitées à révéler des faits illicites par ce biais. Mais le législateur de 2022 est venu en partie combler ces lacunes en remplaçant l'exigence de désintéressement par le critère de l'absence de contrepartie financière directe à la révélation[1172]. De sorte est principalement réglé le cas des victimes de l'infraction signalée ou de ceux dont la profession est d'alerter.

En outre, si l'identité du lanceur doit demeurer confidentielle, en revanche, le signalement ne peut ici être anonyme[1173]. Par ailleurs, la procédure graduelle prévue par la loi est telle que le salarié doit dans certaines hypothèses porter l'alerte à la connaissance d'un supérieur hiérarchique, de son employeur ou d'un référent désigné par celui-ci. Ainsi, malgré une protection renforcée de la confidentialité[1174], une telle étape peut être de nature à dissuader l'employé dont les interlocuteurs pourraient avoir un quelconque intérêt dans les faits dénoncés[1175]. D'ailleurs, il faut souligner que la peine encourue résultat de l'atteinte à la confidentialité de l'identité du lanceur d'alerte[1176] est inférieure à celle encourue pour la révélation de l'identité d'emprunt des repentis[1177]. Alors même que le canal de signalement interne génère de grands risques de fuites, et que le lanceur d'alerte, répondant à de nombreuses conditions sur sa moralité encoure au moins autant de risques qu'un repenti.

Par ailleurs, en dernier ressort, le lanceur d'alerte pourra rendre son signalement public en cas d'inertie des autorités, cette fois-ci dans un délai fixé par le texte à trois mois. Toutefois, la procédure ne prévoit pas de suivi obligatoire[1178] permettant au lanceur d'alerte de prendre connaissance des diligences de ses interlocuteurs, ce qui complique encore fois l'appréciation qu'il doit porter quant à la suite à donner à son signalement[1179] au risque de se voir refuser la protection issue du statut de lanceur d'alerte en cas de manquement à la procédure. En outre, si la protection offerte par le Code pénal suppose le respect de la procédure fixée par la loi, celle-ci peut tout autant relever de la procédure de droit commun ainsi étudiée, que d'une autre procédure légale spécifique. Or, l'articulation entre la procédure de droit commun et les autres procédures légales existantes est complexe. Ainsi, la procédure spécifique créée par la loi du 9 décembre 2016 devant l'Autorité des marchés financiers et l'Autorité de contrôle prudentiel interroge quant à la protection pénale accordée, car celle-ci ne fait pas état du fait justificatif de l'article 122-9[1180]. Difficile donc pour le lanceur d'alerte de déterminer à quel texte se conformer pour bénéficier de la protection la plus étendue[1181].

Enfin, la protection pénale ne pourra jouer que si le signalement était nécessaire et proportionné. Or, il y a là encore un risque de mauvaise interprétation du lanceur d'alerte[1182]. Pour

---

[1172] Loi du 21 mars 2022, *op. cit.*, art 1er opérant modification de l'art. 6, I de la loi Sapin II.

[1173] Ce que d'aucuns regrettent : E. Alt, « De nouvelles protections pour les lanceurs d'alerte », JCP G n°4, 23 jan. 2017, doctr. 90.

[1174] Loi du 21 mars 2022, *op. cit.*,art. 3.

[1175] En ce sens J.-B. Perrier, « Fasc. 20 : Faits justificatifs. – Lanceur d'alerte », *op. cit.*, n°58 : « Une telle prévision est heureuse, mais l'on voit mal comment la confidentialité pourrait être garantie au sein de l'entreprise, lorsque le signalement est réalisé auprès de l'employeur ou du supérieur hiérarchique » ; M.-Ch. Sordino, Lanceur d'alerte et droit pénal : entre méfiance et protection : Rev. soc. 2017, p. 19, n°11.

[1176] Deux ans d'emprisonnement et 30 000 euros d'amende cf. loi du 9 déc. 2016, *op.cit.*, art. 9.

[1177] CPP, art. 706-63-1 : cinq ans et 75 000 euros d'amende

[1178] Evolution à suivre puisque la France doit transposer la directive européenne n°2019/1937, une proposition de loi a été déposée pour la création d'une inspection générale rattachée au défenseur des droits, laquelle assurerait un suivi des signalements.

[1179] J.-B. Perrier, « Fasc. 20 : Faits justificatifs. – Lanceur d'alerte », *op. cit.*, n°34.

[1180] C. mon. et fin., art. L. 634-1 et s. ; *Ibid.*, n°41.

[1181] Même s'il peut s'adresse au défenseur des droits pour obtenir un avis, encore faut-il qu'il le sache…

[1182] J.-B. Perrier, « Fasc. 20 : Faits justificatifs. – Lanceur d'alerte », *op. cit.*, n°27 ; D. Boulmier, « Le leurre de la protection des travailleurs sociaux en cas de dénonciation d'actes de maltraitance », RDSS 2006, p.992.

certains commentateurs, l'ajout de cette énième condition est de surcroît superflu, et contribue à complexifier l'attribution de la protection pénale alors que l'on se demande dans quel cas l'on pourra trouver « *un individu qui remplit les conditions du lanceur d'alerte et qui respecte la procédure de signalement sans que la divulgation soit nécessaire et proportionnée ?* »[1183].

169. ***Bilan.*** Le statut de lanceur d'alerte aurait pu présenter un caractère incitatif pour la révélation d'infractions invisibles, notamment liées aux manquements à la probité. Toutefois, on le voit, la protection instaurée par le législateur révèle de nombreuses failles et son obtention relève encore de la gageure au vu des nombreuses conditions fixées par le texte, restreignant son application, ce qui fait d'ailleurs douter de la pertinence de sa place au sein de la partie générale du code[1184]. Ces conditions, presque toutes sujettes à discussion, ne semblent pas si précises que le Conseil constitutionnel a pu le laisser entendre[1185], laissant le lanceur d'alerte prendre le risque d'une interprétation erronée. En outre, la nature de ce fait justificatif aux conditions restrictives opérées par renvoi interroge quant à la légitimité de son insertion dans la partie générale du Code pénal, alors qu'il apparaît comme une application spéciale de l'autorisation de la loi déjà prévue à l'article 122-4[1186]. Enfin, on peut supposer que l'ensemble de ces difficultés pour l'obtention de cette protection légitime risque d'autant plus de décourager les lanceurs d'alerte du fait du caractère non impératif du signalement. Finalement, à vouloir faire œuvre de consensus[1187] entre les partisans d'une protection complète des lanceurs d'alerte et ceux y étant réfractaires[1188], le législateur a fini par créer un dispositif plus protecteur de l'entreprise que du lanceur d'alerte lui-même, tant il prend de précautions dans l'attribution de sa protection. Ainsi, pour certains il ressort que « *la loi est loin d'offrir un environnement serein et sécurisé qui permettrait au lanceur d'alerte de se sentir à l'aise pour procéder à des signalements* »[1189], le statut protecteur de lanceur d'alerte risque de n'être appliqué que rarement[1190], ce qui laisse supposer que nombres d'infractions demeureront encore dans l'ombre. Victime de la méfiance du législateur craignant d'encourager délateurs[1191] et traîtres[1192], le lanceur d'alerte ne bénéficie toujours pas d'une protection claire et complète, nécessaire à la révélation d'infractions autrement inconnues des autorités.

[1183] R.Parizot, « Les renversements de la responsabilité pénale », RSC 2017 p.363 ; Dans le même sens v. F. Ludwiczak, « Le droit d'alerte aux risques de la répression pénale », *op.cit.*, pp.177-191 : pour qui le respect de la procédure sera un moyen d'évaluation des conditions de nécessité et de proportionnalité.

[1184] R. Parizot, « Les renversements de la responsabilité pénale », RSC 2017 p.366 ; E. Dreyer, *Droit pénal général*, 6ème éd., LexisNexis, 2021, n°1290.

[1185] Cons. const. 8 déc. 2016, n°2016-741 DC, § 6 : « les critères de définition du lanceur d'alerte ainsi retenus ne sont pas imprécis ».

[1186] E. Dreyer, *Droit pénal général*, 6ème éd., LexisNexis, 2021, n°1290 ; F. Ludwiczak, « Le droit d'alerte aux risques de la répression pénale », *op.cit.*, p.188.

[1187] J.-B. Perrier, « Fasc. 20 : Faits justificatifs. – Lanceur d'alerte », *op. cit.*, n°8.

[1188] V. à propos de la contestation de la protection accordée aux lanceurs d'alerte : F. Pillet, Rapp. n° 712, *op. cit.*, p. 28.

[1189] D. Boulmier, « Le leurre de la protection des travailleurs sociaux en cas de dénonciation d'actes de maltraitance », *op. cit.*, n°5.

[1190] F. Ludwiczak, « Le droit d'alerte aux risques de la répression pénale », *op. cit.*, pp.177-191.

[1191] CNIL, délib. n° 2005-110 et 205-111, 26 mai 2005.

[1192] S. Denaja et F. Pillet, *Rapport relatif à la compétence du Défenseur des droits pour l'orientation et la protection des lanceurs d'alerte*, n°4032 et 4033, 14 sept. 2016, p.6.

2- La protection partielle du statut de repenti

170. ***Une protection incitative.*** Dans une moindre mesure, il apparaît que le statut de repenti accordé par le Code pénal peut inciter à la révélation d'infractions autrement invisibles. En effet la protection pénale qu'il accorde aux individus, cette fois participants à l'infraction dénoncée, peut les pousser à révéler l'existence de celle-ci aux autorités. C'est la criminalité organisée que le législateur a principalement visée à l'origine à travers le statut de repenti. Il a pu être en effet argué que « *l'efficacité de la lutte contre la criminalité organisée dépend des informations dont bénéficient les enquêteurs* »[1193]. Ainsi, c'est l'opacité de ces organisations, empêchant le travail des enquêteurs, qui nécessite la collaboration des criminels eux-mêmes. Cette « *justice négociée* »[1194], n'est pas sans susciter la critique[1195], mais fait écho à la protection accordée aux collaborateurs de justice à l'échelle supranationale[1196]. En instaurant le statut général de repenti à l'article 132-78 du Code pénal, le législateur permet à des individus ayant participé à l'élaboration ou à la commission d'une infraction de voir la peine qu'ils encourent pour ces faits réduite, voire exclue selon le degré de commission de celle-ci. Ainsi, l'article 132-78 octroie une exemption de peine à l'individu ayant évité la réalisation d'une infraction et ayant permis l'identification des co-auteurs ou complices en cas de pluralité de participants. L'emploi par le texte du terme « *et* » entre les deux conditions indique le caractère cumulatif de celles-ci[1197], même si certains ont pu y voir le contraire[1198]. Quant à la réduction de peine, elle est offerte, à l'agent ayant soit fait cesser l'infraction, soit empêché qu'elle ne produise dommage, soit identifié les co-auteurs ou complices le cas échéant. Ici les conditions apparaissent cette fois comme alternatives[1199], par l'emploi du terme « ou ». C'est dire que la réduction de peine semble plus aisée à obtenir pour le repenti. Une réduction de peine est également offerte en cas de collaboration post-sentencielle, au condamné ayant donné à l'autorité administrative ou judiciaire avant ou après sa condamnation, des informations ayant permis de faire cesser ou d'éviter la commission d'infractions prévues par l'article 721-3 du Code de procédure pénale. Si l'article général ne précise pas le quantum de la réduction, celle-ci est prévue, sauf exceptions, dans les articles spéciaux donnant les modalités se rapportant à chaque infraction consacrée. Ainsi, l'agent voit généralement la peine de réclusion à temps encourue réduite de moitié. Lorsque la peine encourue

---

[1193] G. Roussel, « L'introduction du « repenti » ou le pragmatisme appliqué du législateur », AJ Pénal 2005 p.363 à propos de J.-L. Warsman, Rapport fait au nom de la Commission de lois (première lecture), 2003, Doc. AN n° 856, p. 92.

[1194] C. Saas, « Fasc. 20 : Circonstances entraînant une réduction ou une exemption de peine », LexisNexis, 31 mai 2016, n°75.

[1195] V. not. G. Roussel, « L'introduction du « repenti » ou le pragmatisme appliqué du législateur », AJ Pénal 2005 p.363 : qui interroge « la qualité d'un procès pénal fondé sur la délation », les risques d'abus, la clémence accordée aux auteurs d'infractions parmi le plus graves.

[1196] Conv. Nations unies contre la criminalité transnationale organisée, dite Convention de Palerme, du 16 décembre 2000, art. 24 ; C. Saas, « Fasc. 20 : Circonstances entraînant une réduction ou une exemption de peine », *précit.* n°57.

[1197] En ce sens C. Saas, « Fasc. 20 : Circonstances entraînant une réduction ou une exemption de peine », *précit.*, n°41 ; J. Danet, « De la procédure à la répression de la criminalité organisée, ou laquelle est l'instrument de l'autre ? », AJ Pén. 2004, n°5, spéc. p. 194 et 195 *;* G. Roussel, « L'introduction du « repenti » ou le pragmatisme appliqué du législateur », AJ Pén. 2005 p.363 *;* Circulaire du 2 sept. 2004, Circ. crim. 2004-13 G1/02-09.2004, NOR JUSDO 430177C.

[1198] J. Pradel, « La loi n°2002-307 du 4 mars 2002 : un placebo pour guérir certains maux de la réforme du 16 juin 2000 sur la présomption d'innocence », D. 2002, p. 169. ; M.-É. Cartier, « Le terrorisme dans le nouveau Code pénal français », RSC. 1995, p. 225.

[1199] C. Saas, « Fasc. 20 : Circonstances entraînant une réduction ou une exemption de peine », *précit.* n°43.

est la réclusion criminelle à perpétuité, elle est ramenée à vingt ans de réclusion[1200]. Par exception, dans le cas d'une réduction de peine accordé à un individu déjà condamné, l'article 721-3 du Code de procédure pénale prévoit une réduction exceptionnelle de peine pouvant aller jusqu'au tiers de la peine prononcée ainsi que la possibilité pour le tribunal de l'application des peines d'accorder une réduction exceptionnelle du temps d'épreuve[1201] jusqu'à cinq ans pour l'individu condamné à la réclusion criminelle à perpétuité. L'incitation est donc bien alléchante pour l'individu dont la collaboration est rendue nécessaire pour les autorités aux yeux desquelles l'infraction pourrait autrement demeurer invisible.

171. ***Protections du Code de procédure pénale.*** La protection, qu'on peut dire « *pénologique* », ainsi accordée est en outre renforcée par la protection offerte à l'article 706-63-1 du Code de procédure pénale, leur permettant d'assurer leur sécurité ainsi que leur réinsertion. Le délinquant collaborateur de justice se voit également offrir « *en cas de nécessité* », une protection contre les représailles : il deviendra invisible aux yeux de ses anciens comparses grâce à une identité d'emprunt. Et s'il n'est plus en mesure de pouvoir trouver un moyen de subsistance, l'Agence de Gestion et de Recouvrement des Avoirs Criminels (AGRASC) pourra lui fournir un soutien financier tant que nécessaire[1202]. La protection de son identité est en outre rendue effective grâce à l'instauration d'une infraction consistant en la révélation de son identité d'emprunt[1203], à l'alinéa 3 du même article. Ici le fait de révéler l'identité d'emprunt, ou de révéler tout élément permettant son identification ou sa localisation fait encourir une peine cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende, laquelle sera aggravée lorsque la révélation aura entraîné des conséquences pour l'individu protégé ou ses proches[1204]. La sanction prévue dans cette hypothèse est de la sorte plus élevée que celle prévue en cas de méconnaissance de l'obligation de confidentialité tenant à l'identité du lanceur d'alerte, délit puni de deux ans d'emprisonnement et 30 000 euros d'amende, comme si le législateur hiérarchisait les collaborateurs choisis et les auteurs de signalements. En outre, la protection accordée a longtemps été plus large pour les repentis puisqu'elle seule permettait la prise en compte des proches du repenti, déséquilibre en partie dissipé par la réforme du 21 mars 2022[1205]. Cette faveur faite au statut de repenti interroge quant à la personnalité de

---

[1200] *Ibid*. n°52.

[1201] Prévu à l'art. 729 al. 9 C. proc. pén.

[1202] A. Lefèvre, *Rapport d'information n°421*, Sénat, 15 févr. 2017, p.30 : « Selon les informations transmises par l'AGRASC, à la suite d'une décision de son conseil d'administration, « une convention a été conclue le 24 mars 2015 avec le directeur général de la police nationale, qui prévoit le financement du programme des repentis à hauteur de 450 000 euros par an sur trois ans. Faute de financement, ces dispositions, adoptées depuis plus de 10 ans, n'avaient connu aucune traduction concrète. » En 2015, pour la première fois, un versement a été effectué au fonds et environ 200 000 euros ont été consommés ». Le rapport d'activité de l'AGRASC de 2022 fait état d'une somme de 680 000 euros versée à la police nationale pour le fonds repentis.

[1203] S. Detraz, « *Un aspect de la protection des infiltrés et des repentis : le délit de révélation d'identité* », RSC 2006, p.49.

[1204] Lorsque cette révélation a eu pour conséquence, directe ou indirecte, des violences à l'encontre de cette personne ou de son conjoint, de ses enfants ou de ses ascendants directs, les peines sont portées à sept ans d'emprisonnement et à 100 000 euros d'amende. Les peines sont portées à dix ans d'emprisonnement et à 150 000 euros d'amende lorsque cette révélation a eu pour conséquence, directe ou indirecte, la mort de cette personne ou de son conjoint, de ses enfants ou de ses ascendants directs.

[1205] Loi n°2022-401 du 21 mars 2022 visant à améliorer la protection des lanceurs d'alerte, art. 2 portant création d'un nouvel art. 6-1 dans la loi Sapin II prévoyant une extension de la protection offerte par les art. articles 10-1, 12 et 12-1 et le II de l'article 13 aux « Facilitateurs, entendus comme toute personne physique ou toute personne morale de droit privé à but non lucratif qui aide un lanceur d'alerte à effectuer un signalement » , aux « Personnes physiques en lien avec un lanceur d'alerte, […] qui risquent de faire l'objet de l'une des mesures mentionnées au II de l'article 10-1 dans le cadre de leurs activités professionnelles […] », et aux « Entités

celui-ci. Certes, par sa collaboration le repenti permet d'éviter la réalisation d'une infraction ou de ses conséquences, quand le lanceur d'alerte ne fait que révéler l'existence d'une infraction dont la commission a pu déjà prendre fin et les effets ont pu d'ores et déjà jouer. Pourtant le second fait preuve d'une moralité plus honorable, la protection pénale offerte ne l'étant pas à titre d'échange de bons procédés, mais plutôt comme un bien nécessaire à une prise de parole licite. La protection pénale accordée au lanceur d'alerte lui permet d'éviter une condamnation pour la révélation d'un fait illicite, souvent d'envergure, en violation d'un secret, dont la révélation devient ainsi licite. Alors que le repenti évite une peine encourue pour avoir commis une infraction plus grave, pour laquelle le législateur va faire preuve de clémence pour des raisons pragmatiques. Le formalisme de la protection accordée au lanceur d'alerte est de plus absent concernant le repenti, rendant la protection d'autant plus incitative.

172. ***Un champ d'application incluant des infractions invisibles.*** Cette clémence du législateur est offerte à un nombre choisi d'infractions, mais tout de même important, toutes sélectionnées par celui-ci en raison de leur gravité, mais également de la difficulté à les sanctionner. Parmi les nombreuses infractions permettant l'exemption[1206], on note que celle-ci est ainsi offerte à des infractions habituellement difficiles à découvrir telles le trafic de stupéfiants[1207], l'enlèvement et la séquestration[1208], la traite d'êtres humains[1209], le proxénétisme[1210], le blanchiment[1211], la trahison ou l'espionnage[1212], la livraison d'information à une puissance étrangère[1213], le complot[1214], ou encore l'association de malfaiteurs[1215]. Certaines de ces infractions invisibles permettent également une réduction de peine[1216] ainsi du trafic de stupéfiants[1217], le proxénétisme[1218], la traite d'êtres humains[1219], le blanchiment[1220], la trahison ou l'espionnage[1221], auxquelles le législateur a ajouté les entraves à l'exercice de la justice[1222], ou encore les atteintes à la probité avec la corruption active ou le trafic d'influence commis par des particuliers[1223], la corruption ou le trafic d'influence actifs commis par des personnes dépositaires de l'autorité publique[1224], et la corruption ou le trafic d'influence passifs commis par des personnes dépositaires de l'autorité publique[1225]. Il faut ajouter

---

juridiques contrôlées, […], par un lanceur d'alerte […], pour lesquelles il travaille ou avec lesquelles il est en lien dans un contexte professionnel ».

[1206] Pour une liste des infractions visées par l'exemption v. C. Saas, « Fasc. 20 : Circonstances entraînant une réduction ou une exemption de peine », *op.cit.*, n°17.

[1207] C. pén., art. 222-43-1.

[1208] C. pén., art. 224-5-1, al. 1er.

[1209] C. pén., art. 225-4-9, al. 1er.

[1210] C. pén., art. 225-11-1, al. 1er.

[1211] C. pén., art. 324-6-1, al. 1er.

[1212] C. pén., art. 414-2.

[1213] *Ibid.*

[1214] C. pén., art. 414-3.

[1215] C. pén., art. 450-2.

[1216] Pour une liste complète des infractions pour lesquelles la réduction de peine est prévue v. C. Saas, « Fasc. 20 : Circonstances entraînant une réduction ou une exemption de peine », *op.cit.*, n°18 à 20.

[1217] C. pén., art. 222-43.

[1218] C. pén., art. 225-11-1, al. 2.

[1219] C. pén., art. 225-4-9, al. 2.

[1220] C. pén., art. 324-6-1, al. 2.

[1221] C. pén., art. 414-4.

[1222] C. pén., art. 434-9-2.

[1223] C. pén., art. 433-2-1.

[1224] C. pén., art. 435-6-1.

[1225] C. pén., art. 435-11-1.

que l'alinéa 3 de l'article 132-78 permet également la réduction peine lorsque l'agent révèle une infraction connexe de même nature que le crime ou le délit pour lequel il fait l'objet de poursuites. Ainsi, il est à penser que d'autres infractions[1226] invisibles peuvent être prises en compte en cas de connexité avec l'une des infractions sus-citées, voire d'autres infractions non-invisibles permettant la réduction de peine. Quant à la collaboration post-sentencielle[1227], elle est limitée aux infractions visées par les articles 706-73, 706-73-1 et 706-74 du Code de procédure pénale, celle-ci englobe la criminalité organisée ainsi que la plupart des infractions prévues pour la collaboration pré-sentencielle, ainsi on retrouve là encore des infractions souvent invisibles[1228].

173. ***Une application incertaine.*** L'incitation à la révélation d'infractions pourrait se révéler toutefois moins efficace en ce que les conditions d'application de la récompense du repenti sont parfois peu claires ou sujettes à discussion. Les conditions d'attribution de l'exemption interrogent tout à d'abord quant à leur pertinence. En effet, l'exemption ne sera octroyée qu'à condition que l'agent soit auteur d'une tentative et qu'il ait permis d'empêcher la réalisation de l'infraction grâce à la révélation faite aux autorités. Or, si l'agent a empêché la réalisation de l'infraction par cet acte, il s'est de la sorte volontairement désisté de celle-ci[1229]. Donc il ne devrait pouvoir être qualifié d'auteur d'une tentative puisque l'une de ses conditions cumulatives ne sera pas remplies. Il ne devrait donc encourir aucune peine pour l'infraction ainsi interrompue, de sorte que l'exemption de peine paraît superflue, le mécanisme de la tentative suffisant à obtenir la récompense attendue par l'agent. Le désavantage sera en revanche plus prégnant pour les autorités, lesquelles ne peuvent exiger la révélation de l'identité des coauteurs ou complices de l'agent lorsque le régime de la tentative est appliqué. Quel mécanisme faudra-t-il alors préférer ? Le mécanisme de l'exemption sera plus sévère car plus exigeant à l'encontre de l'agent, mais peut-on considérer qu'il s'agit d'une disposition spéciale, donc à privilégier, en ce que l'article 132-78 est répercuté dans des dispositions spécifiques à chaque infraction concernée ?

Quant aux conditions relatives à la réduction de peine, elles semblent faire état d'une véritable confusion conceptuelle dans l'esprit du législateur[1230]. En effet, le bénéfice de la révélation aux autorités ne pourra intervenir qu'à la condition que l'agent ayant commis une infraction, cette fois-ci consommée, ait notamment permis de faire cesser cette infraction ou d'éviter la réalisation d'un dommage. Or, certains s'interrogent à raison quant à la compatibilité de cette condition avec les infractions instantanées admises au titre de la réduction de peine[1231]. Dans ce cas de figure, il faudrait plutôt que l'auteur ait permis d'empêcher la réalisation d'un dommage ou d'identifier les coauteurs ou complices. Mais lorsque l'infraction est matérielle, sa consommation nécessite la survenance du dommage prévu par le texte[1232], si l'agent l'évite alors nous ne sommes plus en présence d'une infraction consommée, première condition du texte. La première proposition

---

[1226] V. C. Saas, « Fasc. 20 : Circonstances entraînant une réduction ou une exemption de peine », *op.cit.*, n°20 : qui admet à raison que l'infraction connexe visée par le texte ne peut relever du catalogue prévu par le législateur, auquel cas on appliquerait sans difficulté l'al. 2 du même texte, ôtant tout intérêt à ce 3ème alinéa.
[1227] C. proc. pén., art. 721-3.
[1228] V. C. Saas, « Fasc. 20 : Circonstances entraînant une réduction ou une exemption de peine », *op.cit.*, n°54.
[1229] G. Roussel, « L'introduction du « repenti » ou le pragmatisme appliqué du législateur », AJ Pén. 2005 p.363.
[1230] C. Saas, « Fasc. 20 : Circonstances entraînant une réduction ou une exemption de peine », *op.cit.*, n°45.
[1231] G. Roussel, « L'introduction du « repenti » ou le pragmatisme appliqué du législateur », *op.cit.* ; C. Saas, « Fasc. 20 : Circonstances entraînant une réduction ou une exemption de peine », *op.cit.*, n°45.
[1232] G. Roussel, « L'introduction du « repenti » ou le pragmatisme appliqué du législateur », *op. cit.*

s'appliquerait donc aux infractions continues, la seconde aux infractions formelles[1233] alors que la dernière pourrait s'appliquer à n'importe quelle infraction visée par un texte spécial, tant que celle-ci fait l'objet d'une pluralité de participants. La formelle qui se voulait large semble finalement réduite une fois rapportée aux concepts infractionnels. En outre, il faut noter une incohérence de rédaction[1234] entre le texte général, lequel semble prévoir que les trois conditions sont alternatives, et certains articles spéciaux[1235] lesquels utilisent l'expression « *et* » nécessitant la conjonction de l'identification des coauteurs ou complices avec la cessation de l'infraction ou l'empêchement du dommage, étonnement souvent dans le cadre d'infractions parmi les plus graves. Ecartant le principe *specialia generalibus derogant*, le ministère de la justice semble indiquer dans sa circulaire que le texte général de l'article 132-78 doit primer. C'est d'ailleurs l'avis de certains auteurs, avançant le caractère plus récent du texte général[1236], ce qui laisserait supposer un oubli du législateur lors de la réforme de 2004, mais également que le caractère favorable pour l'auteur de l'infraction qui résulte de ce mécanisme doit faire l'objet d'une interprétation *in favorem*[1237]. En outre, par exception, deux articles spéciaux relatifs au complot[1238] et à l'association de malfaiteurs[1239] prévoient, comme à l'origine, avant la réforme de la loi Perben II, que la révélation doit intervenir avant toutes poursuites. Alors même que lors de l'adoption du texte de l'article 132-78, le législateur avait fait le choix de renoncer à une telle limitation temporelle. Oubli du législateur ou spécificité de la matière, la précision interroge les commentateurs[1240], qui déplorent qu'une telle limitation puisse subsister, alors que la nature obstacle de ces infractions permet une dénonciation tardive des infractions que celles-ci ont pu préparer[1241]. Mais dans ce cas, ne pourrait-on pas avoir recours à l'alinéa 3 de l'article 132-78, plus récent, qui permet la dénonciation, sans limitation temporelle ni matérielle, d'une infraction connexe à celle commise ?

174. ***Des mesures de protection insuffisantes.*** Par ailleurs, le mécanisme de protection à l'œuvre n'est pas non plus sans comporter de faiblesses. En plus de la révélation, les mesures de protections prévues par l'article 706-63-1 ne sont pas sans contreparties, puisque les mesures prises par la commission nationale[1242] pourront comprendre des obligations à l'encontre des individus protégés[1243]. La formule utilisée par le texte suggère même que les mesures de protection comme de réinsertion, ne pouvant être prononcées qu'« *en tant que de besoin* »[1244], ne

---

[1233] Comme pour l'empoisonnement pour lequel le texte spécial prévoit que la réduction, ici à vingt ans de réclusion criminelle, est octroyée lorsque l'agent a permis d'éviter la mort de la victime, v. C. pén., art. 221-5-3.
[1234] G. Roussel, « L'introduction du « repenti » ou le pragmatisme appliqué du législateur », *op. cit.*
[1235] C. pén., art. 221-5-3 ; 222-6-2 ; 222-43 ; 224-8-1 ; 225-4-9 ; 311-9-1 ; 312-6-1 ; 414-4 ; 422-2 ; 442-10 ; Comp. C. pén., art. 432-11-1 ; 433-2-1 ; 434-9-2 ; 435-6-1 ; 435-11-1 ; 324-6-1 qui emploie la conjonction « ou » pour la réduction de peine contre le « et » pour l'exemption de peine à l'image de l'art. 132-78.
[1236] C. Saas, « Fasc. 20 : Circonstances entraînant une réduction ou une exemption de peine », *op.cit.*, n°47.
[1237] *Ibid.*
[1238] C. pén., art. 414-3.
[1239] C. pén., art. 450-2.
[1240] G. Roussel, « L'introduction du « repenti » ou le pragmatisme appliqué du législateur », *op.cit.* ; C. Saas, « Fasc. 20 : Circonstances entraînant une réduction ou une exemption de peine », *op.cit.*, n°36.
[1241] C. Saas, « Fasc. 20 : Circonstances entraînant une réduction ou une exemption de peine », *op.cit.*, n°36.
[1242] Dont les modalités de fonctionnement n'ont été fixées que plus de dix ans après la création du texte par un le Décr. n°2014-346 du 17 mars 2014 relatif à la protection des personnes mentionnées à l'article 706-63-1 du code de procédure pénale bénéficiant d'exemptions ou de réductions de peines.
[1243] C. proc. pén. art. 706-63-1 al. 4 ; G. Roussel, « L'introduction du « repenti » ou le pragmatisme appliqué du législateur », *précit.* ; C. Saas, « Fasc. 20 : Circonstances entraînant une réduction ou une exemption de peine », *op.cit.*, n°63.
[1244] CPP, art. 706-63-1, al. 1er.

bénéficieraient pas automatiquement à chaque repenti[1245]. Pour Claire Saas, le texte indiquerait ainsi qu'« *Il faudra certainement, pour leur mise en œuvre, que des pressions ou des menaces soient exercées à l'égard du repenti* »[1246]. En outre, l'attribution d'une identité d'emprunt ne sera qu'exceptionnelle, ne pouvant se faire que sur ordonnance motivée du président du tribunal judiciaire[1247]. Elle ne sera admise de la sorte que dans les cas de stricte nécessité, rendant son accès plus difficile aux repentis qui ne pourraient démontrer par des preuves tangibles le risque encouru à la suite de leur révélation. Les mesures de protection ne sont en outre que temporaires et pourront être interrompues à tout moment[1248]. Concernant la réduction de peine post-sentencielle, l'incitation peut se révéler moins incitative en ce que la protection pénologique est plus faible que celle accordée à l'individu ayant collaboré de manière pré-sentencielle. En effet, le texte prévoit que la réduction peut aller jusqu'au tiers de la peine prononcée, alors que lorsque le texte spécial le prévoit, la peine encourue est automatiquement réduite de moitié, les textes prévoyant simplement que la peine est « *réduite de moitié* »[1249]. Si la solution peut découler du caractère plus tardif de la révélation, cette notion temporelle suscite toutefois des difficultés car l'article 132-78 ne précise pas jusqu'à quand peut intervenir la révélation[1250]. Alors que l'article 721-3 du CPP permet la réduction post-sentencielle même lorsque la révélation est intervenue « *antérieurement* » à la condamnation. Le collaborateur post-sentenciel est également lésé en ce qu'il ne peut bénéficier des protections prévues par l'article 706-63-1 du CPP[1251]. En outre, se pose plus largement la question de la protection dans le milieu carcéral. Car si le repenti bénéficiant d'une mesure de clémence pré-sentencielle pourra obtenir une protection en milieu ouvert, rien n'est dit quant à son sort lors de sa détention, alors même qu'il est plausible qu'il fasse l'objet de représailles même dans l'enceinte d'un établissement carcéral.

Le respect des droits fondamentaux pourrait enfin être mis à mal par ce mécanisme de négociation. En effet, d'aucuns redoutent que le respect des droits de la défense ne puisse être assuré alors que le texte ne fait aucune référence à l'assistance d'un avocat dans le processus de révélation[1252]. Le respect du principe d'égalité des justiciables devant la justice interroge également la doctrine, lorsque la révélation des coauteurs ou complices est en jeu. En effet, seuls les individus au sommet de la hiérarchie des organisations criminelles, souvent opaques, seront en capacités de permettre l'identification de ces individus[1253].

175. ***Bilan.*** Ainsi, la propension du mécanisme à la révélation d'infractions inconnues des autorités semble très relative. Pas suffisamment incitatif, la fiabilité des informations, notamment quant à l'identité des éventuels coauteurs ou complices peut de surcroît être questionnée dans la mesure où le mécanisme pourrait être instrumentalisé par certains afin d'obtenir la récompense lorsqu'ils savent que les faits finiront par être découverts. Ou, quand les

---

[1245] C. Saas, « Fasc. 20 : Circonstances entraînant une réduction ou une exemption de peine », *op.cit.*, n°63
[1246] *Ibid.*
[1247] c. pr. pén., art. 706-63-1, al. 2
[1248] C. proc. pén. art. 706-63-1 al. 4 ; G. Roussel, « L'introduction du « repenti » ou le pragmatisme appliqué du législateur », *op.cit.*
[1249] C. pén., art. 222-43 concernant le trafic de stupéfiants.
[1250] C. Saas, « Fasc. 20 : Circonstances entraînant une réduction ou une exemption de peine », *op.cit.*, n°34.
[1251] *Ibid.*, n°63.
[1252] C. Saas, « Fasc. 20 : Circonstances entraînant une réduction ou une exemption de peine », *op.cit.*, n°81 et 82 ; dans le même sens v. G. Roussel, « L'introduction du « repenti » ou le pragmatisme appliqué du législateur », AJ Pén. 2005 p.363.
[1253] C. Saas, « Fasc. 20 : Circonstances entraînant une réduction ou une exemption de peine », *op.cit.*, n°78.

faits pourraient demeurer invisibles, afin de se débarrasser d'un concurrent ou d'un collaborateur devenu gênant[1254]. Toutefois, aucune condamnation de ces tiers ainsi désignés ne pourra intervenir sur le seul fondement de la déclaration du repenti. Comme l'exige la CEDH, « *les déclarations des "repentis" doivent être corroborées par d'autres éléments ; en outre, les témoignages indirects doivent être confirmés par des éléments objectifs »*[1255]. Mais l'on s'interroge quant à sa récompense : faut-il surseoir le temps d'obtenir une condamnation définitive des individus désignés, afin d'être certains de la véracité des informations données ? Ou bien pourrait-on revenir sur la récompense octroyée, dans l'hypothèse où l'on se rendrait compte postérieurement de la fausseté des informations données ? Les deux alternatives semblent délicates à mettre en œuvre.

B- L'incitation par la simplification procédurale

176. ***La nécessaire collaboration des victimes***. Pour que la justice puisse faire son œuvre, encore faut-il que les autorités de police et de gendarmerie soient à même d'enquêter sur les agissements illicites commis. Or dans l'hypothèse d'infractions difficiles à découvrir, la mise au jour de ces comportements dépendra bien souvent de la collaboration de la victime[1256], témoin privilégié – si ce n'est parfois le seul – du fait illicite[1257]. Ainsi, il est déterminant d'accroître le taux de reportabilité des infractions invisibles. Dans cet objectif, la simplification des démarches incombant aux victimes semble primordiale. Ainsi, à la suite du témoin et du délinquant lui-même, le législateur a entendu inciter la victime à révéler des faits illicites. En effet, les enquêtes statistiques le démontrent, les victimes ne sont pas toujours enclines à ne serait-ce que déclarer l'atteinte subie aux autorités de police ou de gendarmerie[1258]. Or on le sait nombre d'infractions reposent sur le témoignage de la victime pour pouvoir parvenir à la connaissance des autorités de poursuites. Cette collaboration des victimes est toutefois impactée par une désaffection des signalements et des plaintes soit qu'elle estime son préjudice trop faible, soit qu'elle déplore l'accueil qui lui est réservé au sein des commissariats de police ou de gendarmerie, soit par manque de temps, ou encore qu'elle estime que le résultat de sa prise en charge sera trop décevant pour en valoir la peine[1259]. Un enquêteur reconnaît à ce titre un traitement devenu plus qu'administratif des dépôts de plainte sur place, entraînant une désaffection des plaignants, mais également des policiers et gendarmes affectés à ces postes[1260]. Or, une modification procédurale tenant aux modalités de déclaration des faits peut venir contrecarrer certains de ces obstacles à la révélation d'infractions. En rendant la déclaration plus facile d'accès, plus rapide et moins formelle, l'invisibilité d'une partie des infractions pourrait être évitée. C'est ainsi qu'ont vu le jour plusieurs plateformes permettant le signalement, voire le dépôt de plainte en ligne, ou, plus récemment, par visioconférence.

177. ***Le système peu satisfaisant des pré-plaintes***. Le législateur a entrepris la modernisation de la procédure pénale en permettant dans un premier temps le remplissage de pré-

---

[1254] En ce sens, v. *Ibid*., n°82 et n°72 à propos de l'Italie ; Les documents de travail du Sénat, Série législation comparée, Les *repentis face à la justice pénale*, n°LC 124, juin 2003, p.44.
[1255] CEDH, Labita c/ Italie, 6 avril 2000, Requête n°26772/95, § 158.
[1256] Lorsqu'il y en a une…
[1257] En ce sens E. Bonis, « Plainte et dénonciation », Rep. Pén., Dalloz, janvier 2018, n°10.
[1258] L. Chaussebourg, « Se déclarer victime : de l'atteinte subie au dépôt de plainte », Infostat justice, nov. 2010, n°110.
[1259] *Ibid*., tableau 2.
[1260] J. Barlatier, « De l'enquête au renseignement, changement de paradigme pour la victime », AJ Pén. 2020 p.17.

plaintes en ligne[1261]. Prévu dans un premier temps à titre expérimental par un décret du 29 octobre 2008[1262], le dispositif a par la suite été généralisé à l'ensemble du territoire français au mois de mars 2013 à l'issue d'un développement territorial progressif. S'il ne visait à l'origine que les seules atteintes aux biens, ce téléservice a été élargi en 2018[1263] aux infractions relatives à la discrimination[1264]. Par cette mesure, le législateur contemporain réaffirme sa volonté de lutter contre les discriminations, dont la propension à l'invisibilité nécessite de « *faciliter la mise en évidence des infractions et leur répression* »[1265]. Malgré l'élargissement du champ d'application du dispositif, celui-ci reste toutefois circonscrit à un nombre réduit de domaines, alors que l'étendue du chiffre noir est bien plus vaste et protéiforme, comme nous avons pu le constater dans nos développements précédents[1266]. En outre, il est réservé aux actes commis par des agents inconnus de la victime[1267], ce qui exclut tout un pan d'infractions invisibles, notamment celles commises dans la sphère familiale, dont on sait que le taux de reportabilité est très faible et peut tenir notamment, à un sentiment de honte éprouvé par la victime[1268] pour laquelle l'entremise d'un écran pourrait se révéler plus incitative. Mais c'est surtout dans son principe que la pré-plainte interroge quant à sa portée incitative. En effet, celle-ci doit ensuite être validée dans les locaux de la police ou de la gendarmerie par la signature de la victime, grâce à un rendez-vous pris à l'issue du formulaire auprès d'une unité de police ou de gendarmerie de son choix. Certains auteurs[1269] décrivent cette seconde étape comme un dépôt de plainte effectif. Peut-on alors parler d'une pré-plainte ineffective, en ce qu'elle ne constitue qu'un simple dispositif de pré-remplissage de documents procéduraux, permettant un gain de temps sur place pour la victime, et d'optimisation du temps pour les agents de police ou de gendarmerie ; mais en aucun cas un moyen d'inciter à la révélation de sa victimisation ? On peut même songer à certains égards, qu'il ne fait qu'alourdir les formalités imposées à la victime[1270].

178. ***PHAROS***. C'est en 2009[1271] qu'une première plateforme officielle de signalement voit le jour sous l'acronyme PHAROS[1272]. Cette plateforme est intégrée à l'Office central de lutte contre la criminalité liée aux technologies de l'information et de la communication (OCLCTIC). De la sorte, elle est réservée aux signalements de contenus en ligne ou de sites internet

---

[1261] Sur le site www.pre-plainte-en-ligne.gouv.fr.

[1262] Décr. n°2008-1109 du 29 oct. 2008 portant création à titre expérimental d'un traitement automatisé dénommé « pré-plainte en ligne ».

[1263] Décr. n°2018-388 du 24 mai 2018 relatif au traitement automatisé de données à caractère personnel dénommé « pré-plainte en ligne ».

[1264] Du délit de provocation à la discrimination, à la haine ou à la violence à l'égard d'une personne à raison de son origine ou de son appartenance ou de sa non-appartenance à une ethnie, une nation, une prétendue race ou une religion ou à raison de son sexe, de son orientation sexuelle ou identité de genre ou de son handicap ; du délit de diffamation ou d'injure à l'égard d'une personne à raison de son origine ou de son appartenance ou de sa non-appartenance à une ethnie, une nation, une prétendue race, une religion déterminée ou à raison de son sexe, de son orientation sexuelle ou de son identité de genre ou de son handicap ; de discrimination *:* C. pén., art. 225-1 et 225-1-1.

[1265] M. Danti-Juan, « Discriminations », Rép. pén. et de proc. pén., juillet 2019, n°56.

[1266] Cf. § n°60 et s.

[1267] Décr. n°2008-1109 du 29 oct. 2008 portant création à titre expérimental d'un traitement automatisé dénommé « pré-plainte en ligne », art. 1er 1° ; Décr. du 24 mai 2018 *précit*., art. 1er.

[1268] Cf. § n°96.

[1269] A. Portmann, « Bilan du dispositif de pré-plainte en ligne », Dalloz Actu 15 mai 2013.

[1270] J. Barlatier, « De l'enquête au renseignement, changement de paradigme pour la victime », *op.cit.* : Le lieuteunant-colonel Barlatier admet ainsi que « le télé-service de pré-plainte en ligne (PPEL) n'a pas toujours permis de simplifier les démarches de recueil de la plainte par les administrations. »

[1271] Arrêté du 16 juin 2009, JO 20 juin 2009, p.10068.

[1272] Plateforme d'Harmonisation, d'Analyse, de Recoupement et d'Orientation des Signalements.

illicites. Ainsi limitée à la cybercriminalité elle permet toutefois l'appréhension d'un plus grand panel d'infractions en permettant le signalement de tout type de comportements illicites tant qu'ils sont réalisés par le biais d'internet, ce qui représente de plus en plus de faits avec la dématérialisation grandissante des comportements délictueux[1273]. Lors du signalement, la plateforme propose toutefois à l'internaute une liste d'infractions ou de type d'infractions[1274] dans laquelle il doit cocher celle correspondant au contenu qu'il souhaite signaler. A noter toutefois que la plateforme renvoie à une autre plateforme issue d'un partenariat public-privé pour ce qui concerne le signalement de spams, sources d'escroqueries, d'extorsions ou diverses atteintes aux systèmes de traitement automatisés de données, laquelle se charge de transférer les signalements pertinents aux autorités[1275]. Le signalement sur la plateforme PHAROS peut être anonyme puisqu'ici il ne s'agit que d'un signalement *stricto sensu*, et non d'une plainte. Toutefois, l'adresse IP de l'utilisateur pourrait éventuellement être utilisée afin de l'identifier si nécessaire. Mais cela ne semble pas dissuader les internautes pour autant. Au contraire, un message de rappel aux utilisateurs a dû un temps être affiché sur la plateforme à la suite de signalements de masse, mettant en péril l'efficacité du système[1276]. C'est d'ailleurs pour cette raison, et pour éviter tout risque de dévoiement du dispositif que la plateforme consacrée aux signalements de spams rend obligatoire une inscription afin de pouvoir procéder à un signalement.

179. ***PERCEVAL***. Par la suite en 2018[1277], face au caractère massif de la fraude aux cartes bancaires en ligne, le législateur a acté la création d'une nouvelle plateforme dédiée à ce fléau contemporain, nommée PERCEVAL[1278]. La plateforme[1279] permet non seulement la prise en compte simplifiée d'un contentieux sériel[1280], mais vise surtout à lutter contre l'invisibilité de telles infractions. On note en effet un taux de reportabilité très faible en l'espèce, estimé aux alentours d'une plainte pour deux cents faits commis[1281], notamment en raison des faibles préjudices subis par les victimes et l'indemnisation systématique des opérateurs[1282]. En conséquence, le calcul coûts-

[1273] Cf. nos développements en seconde partie, n°538 et s. et 575 et s.
[1274] L'internaute est contraint de choisir parmi les items suivants : Pédophilie ou corruption de mineur sur internet ; Provocation à la haine en raison de leurs origines, de leur sexe, de leur orientation sexuelle ou de leur handicap ; Menaces ou incitation à la violence ; Trafic illicite (stupéfiants, armes, etc.) ; Acte de cruauté envers les animaux (diffusion d'images ou vidéos) ; Mise en danger des personnes ; Incitation à commettre des infractions ; Spam [pour lequel l'internaute est toutefois renvoyé vers une autre plateforme] ; Injure ou diffamation ; Escroquerie ; Terrorisme : menace ou apologie.
[1275] https://www.signal-spam.fr/.
[1276] https://www.internet-signalement.gouv.fr/.
[1277] Arrêté du 23 mai 2018 portant création d'un traitement automatisé de données à caractère personnel dénommé « plate-forme électronique de recueil des coordonnées bancaires et de leurs conditions d'emploi rapportées par les victimes d'achats frauduleux en ligne » (PERCEVAL).
[1278] « plate-forme électronique de recueil des coordonnées bancaires et de leurs conditions d'emploi rapportées par les victimes d'achats frauduleux en ligne », créée au sein du service central de renseignement criminel (SCRC) de la gendarmerie nationale.
[1279] Accessible via le site « service-public.fr », en authentifiant sa connexion grâce au dispositif « France Connect ».
[1280] Correspondant concrètement aux trois cas de figure suivants (arrêté du 23/05/2018, art. 1er) :
1° Contrefaçon ou falsification d'un instrument de paiement ayant un dispositif de sécurité personnalisé ;
2° Usage ou tentative d'usage, en connaissance de cause, d'un instrument de paiement ayant un dispositif de sécurité personnalisé contrefait ou falsifié ;
3° Acceptation, en connaissance de cause, de recevoir un paiement au moyen d'un instrument de paiement ayant un dispositif de sécurité personnalisé contrefait ou falsifié.
[1281] J. Barlatier, « De l'enquête au renseignement, changement de paradigme pour la victime », *op. cit.*
[1282] *Ibid.*

avantages d'un signalement, voire d'une plainte aux autorités, se règle en défaveur de la transmission de l'information. Dans un avis concernant la création du dispositif, la CNIL notait ainsi « *la baisse importante et constante, depuis 2010, du nombre de plaintes déposées concernant les infractions liées à la compromission ou au recel d'un moyen de paiement sécurisé, prévues et réprimées par l'article L. 163-3 du CMF, compte tenu de la possibilité dont bénéficie la victime d'obtenir le recouvrement du préjudice financier découlant d'un usage frauduleux de sa carte de paiement directement auprès de sa banque, sans obligation d'un dépôt de plainte préalable* »[1283]. Alors que l'on notait moins de 10 000 plaintes par an pour escroquerie à la carte bancaire en ligne, plus de 900 000 signalements ont été effectués sur la plateforme en 2019[1284]. Celle-ci est d'autant plus incitative qu'elle « *permet également de faciliter et d'uniformiser les démarches administratives des victimes auprès de leurs établissements bancaires* »[1285].

180. ***THESEE***. La première plateforme en ligne destinée au dépôt de plaintes et non plus aux simples signalements *stricto sensu* a été créée en 2020[1286], dans l'objectif d'appréhender les « *e-escroqueries* », dont la récurrence a été démultipliée avec le développement des nouvelles technologies et dont le taux de résolution en 2018 était évalué à moins de 2 %[1287]. Même si son nom THESEE[1288], ne fait référence qu'aux escroqueries commises en ligne, sont également concernées le chantage ainsi que l'extorsion connexe à une infraction d'entrave ou d'accès frauduleux à un système de traitement automatisé de données. La plateforme permet à toute victime majeure et capable d'avoir recours à ce téléservice[1289], uniquement dans l'hypothèse où l'auteur de l'infraction lui est inconnu. Si le système séduit en ce qu'il permet de plus de centraliser les informations[1290], alors que les auteurs de ces infractions sur internet les commettent souvent de façon sérielle, sa mise en fonctionnement s'est longtemps fait attendre. Envisagée depuis 2014[1291], et officiellement promulguée six ans plus tard, la plateforme est finalement opérationnelle depuis le 15 mars 2022[1292] sous l'égide de la sous-direction de lutte contre la cybercriminalité[1293]. Le sous-directeur de la lutte contre la cybercriminalité annonçait au mois de mars 2023 qu'en un an 68 365 plaintes validées ainsi que 16 592 signalements traités par les enquêteurs. 75 enquêtes ont été

[1283] Délibération n°2018-146 du 3 mai 2018 portant avis sur un projet d'arrêté portant création d'un traitement automatisé de données à caractère personnel dénommé « plate-forme électronique de recueil des coordonnées bancaires et de leurs conditions d'emploi rapportées par les victimes d'achats frauduleux en ligne » (PERCEVAL, demande d'avis n°2118047).

[1284] J. Barlatier, « De l'enquête au renseignement, changement de paradigme pour la victime », *op.cit.*

[1285] Arrêté du 23 mai 2018, *op. cit.*, art. 1er dernier alinéa.

[1286] Arrêté du 26 juin 2020 portant création d'un traitement automatisé de données à caractère personnel dénommé « traitement harmonisé des enquêtes et des signalements pour les e-escroqueries » (THESEE), JORF n°0160 du 30 juin 2020.

[1287] Étude d'impact, Projet de loi de programmation pour la justice 2018-2022, 19 avr. 2018, NOR : JUST1806695L/Bleue-1 p.195.

[1288] Acronyme de « traitement harmonisé des enquêtes et des signalements pour les e-escroqueries ».

[1289] Accessible sur le site « www.service-public.fr ».

[1290] Arrêté du 26 juin 2020, article 1er 2°.

[1291] Étude d'impact, Projet de loi de programmation pour la justice 2018-2022, 19 avr. 2018, *op.cit.*

[1292] Accessible *via* le site www.service-public.fr, grâce à une identification par le compte FranceConnect.

[1293] SDLC créée par un arrêté du 29 avril 2014 modifiant l'arrêté du 5 août 2009 relatif aux missions et à l'organisation de la direction centrale de la police judiciaire, art. 4. Elle est « composée de l'office central de lutte contre la criminalité liée aux technologies de l'information et de la communication (OCLCTIC), d'une division de la preuve numérique, d'une division de l'anticipation et de l'analyse et d'un bureau de coordination stratégique qui vient soutenir l'ensemble de ces services » :https://www.police-nationale.interieur.gouv.fr/Organisation/Direction-Centrale-de-la-Police-Judiciaire/Lutte-contre-la-criminalite-organisee/Sous-direction-de-lutte-contre-la-cybercriminalite, dernière consultation le 17/05/2023.

initiées depuis mars 2022 pour un préjudice cumulé de 8 640 752 €, laissant présager un succès croissant et partant la révélation de nombre d'infractions jusque-là invisibles.

181. ***La généralisation de la plainte électronique***. Dans le même temps de la création de cette dernière plateforme, le législateur a accéléré la modernisation de la procédure pénale, en actant plus généralement la dématérialisation des plaintes, permettant leur dépôt en ligne[1294], « *suite logique de la pré-plainte en ligne* »[1295]. Le législateur a toutefois fait le choix d'écarter la possibilité d'une application du dispositif à l'ensemble des infractions[1296], pour ne la réserver qu'à une liste réduite d'actes délictueux. La commission des lois avait d'ailleurs souhaité préciser dans la loi que la plainte électronique était exclue pour les crimes et délits commis contre les personnes[1297]. Pour autant, le décret d'application du 24 mai 2019 évoque les infractions d'agressions sexuelles ou d'atteintes sexuelles prévues par les articles 222-22 à 222-31-2 et 227-25 à 227-27-3 du code pénal[1298]. En outre, la circulaire du 9 mai 2019 relative au traitement des violences conjugales[1299] estime que la plainte en ligne vise à donner « *à la victime un nouveau moyen de révéler les faits* »[1300], elle serait donc envisageable pour les infractions de violences et toutes les violences sexuelles intrafamiliales. Une telle solution est à approuver en ce que le contexte familial tend à invisibiliser les comportements délictueux[1301]. Elle est cependant pensée comme un complément à la plainte classique, le code de procédure pénale rappelle ainsi que la plainte dématérialisée n'est pas pour autant obligatoire et n'interdit pas à la victime de demander à être entendue ultérieurement par les enquêteurs, et laisse la même possibilité à ces derniers s'ils estiment cela nécessaire eu égard à la nature ou la gravité des faits[1302].

182. ***Un pas de plus avec la visioplainte***. Une étape a été franchie récemment avec la création d'un dispositif permettant le dépôt de plainte en visio-conférence[1303]. Accessible *via* FranceConnect, comme plusieurs autres des plateformes évoquées précédemment, l'objectif est la facilitation des démarches pour les victimes. Le législateur vise une plus grande accessibilité pour les victimes, lesquelles peuvent recourir au service sur ordinateur, mais également sur tablette ou

---

[1294] Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice créant l'art. art. 15-3-1 du C. proc. pén.

[1295] J.-B. Thierry, « La loi n°2019-222 du 23 mars 2019, loi de réforme pour la justice numérique ? », JCP 2019, ét. 932-938.

[1296] Étude d'impact, Projet de loi de programmation pour la justice 2018-2022, 19 avr. 2018, NOR : JUST1806695L/Bleue-1 p.198, 3.1

[1297] F.-N. Buffet et Y. Détraigne, Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur le projet de loi (procédure accélérée) de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice et sur le projet de loi organique (procédure accélérée) relatif au renforcement de l'organisation des juridictions, n° 11, enregistré à la Présidence du Sénat le 3 octobre 2018, p.177.

[1298] Décret n°2019-507 du 24 mai 2019 - art. 2 portant création de l'art. D8-2-2 3°. La référence à ces infractions étant réitérée à l'article D-8-4 al. 3 issu du même texte.

[1299] Circ. du 9 mai 2019 relative à l'amélioration du traitement des violences conjugales et à la protection des victimes.

[1300] *Ibid.* p.3

[1301] *Ibid.* p.2 ; Enquête « cadre de vie et sécurité », Inter-stats, déc. 2017, p.159 : « La grande majorité des victimes de violences au sein du ménage ne font pas de signalement auprès de la police ou de la gendarmerie. En moyenne entre 2012 et 2016, seules 10 % des victimes de violences au sein de leur ménage déclarent avoir déposé plainte. Cette proportion est de 6 % pour les victimes ayant subi un incident unique et de 12 % pour les victimes ayant subi deux incidents ou plus. ».

[1302] C. proc. pén., art. D 8-2-2 issu du décr. d'application n°2019-507 du 24 mai 2019.

[1303] Loi n° 2023-22 du 24 janvier 2023 d'orientation et de programmation du ministère de l'intérieur.

encore sur leur smartphone, afin de déposer une plainte pour tout type d'infraction. Un déplacement de la victime sera toutefois rendu nécessaire lorsque la plainte vise une personne déterminée, mais la rencontre n'aura pas nécessairement lieu au commissariat de police ou en brigade de gendarmerie, selon les circonstances celle-ci pourra être organisée dans une maison de protection des familles, à son domicile ou encore en milieu hospitalier. Une audition en présentiel pourra également être sollicité par l'enquêteur selon la nature des faits. Si le dispositif fait pour l'instant l'objet d'une expérimentation dans quatorze communes du département des Yvelines depuis le 9 mai 2023, sa généralisation à l'ensemble du territoire français est prévue à l'horizon 2024.

183. ***L'apport indirect des plateformes de communication numérique***. Outre ces plateformes dont l'objet est d'informer les autorités de police et de gendarmerie de faits délictueux, la découverte d'infractions est parfois rendue possible *de facto* par d'autres plateformes. C'est le cas notamment de la plateforme de contact numérique avec la gendarmerie nationale déployée depuis février 2018[1304]. Si cette « *brigade numérique* » n'a pas vocation à recueillir de plaintes ou signalements, mais seulement de répondre aux questions et d'orienter les internautes vers les téléservices idoines, elle peut par le biais de ces sollicitations se saisir de faits constitutifs d'infractions pénales relatés par les usagers[1305]. On notera également la plateforme de signalement des violences sexuelles et sexistes[1306] mise en œuvre depuis le 27 novembre 2018. Ce téléservice permet aux internautes, victimes ou témoins, de prendre contact anonymement, 24 heures sur 24 et sept jours sur sept, avec un policier ou un gendarme formé à l'accueil de victimes de ce type d'infractions. Pensé comme un moyen de « *faciliter la démarche de révélation de ce type d'infractions* »[1307], la plateforme vise l'accompagnement, et de fait, l'incitation au dépôt de plainte dans ce contexte usuellement peu propice à la révélation des faits.

184. ***L'apport des téléservices***. Tous ces téléservices constituent une avancée sur le chemin de la révélation d'infractions à tendance invisible. En effet, ils constituent non seulement un gain de temps pour les justiciables[1308] mais également pour les services de police et de gendarmerie. Les enquêteurs gagnent en outre en efficacité[1309] dans le traitement des signalements et des plaintes, notamment dans le domaine des atteintes aux biens de nature sérielle, comme les e-escroqueries, en permettant la centralisation et ainsi le recoupement des informations entrées sur les plateformes. Ils disposent ainsi « *d'une meilleure compréhension des dynamiques criminelles* »[1310]

[1304] F.-N. Buffet et Y. Détraigne, Rapport sur le projet de loi (procédure accélérée) de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice et sur le projet de loi organique (procédure accélérée) relatif au renforcement de l'organisation des juridictions, n°11, enregistré à la Présidence du Sénat le 3 octobre 2018, p.176.

[1305] Les membres de la brigade étant basés à Rennes, ils transmettront ensuite l'information à l'unité de gendarmerie ou de police compétente : https://www.gendarmerie.interieur.gouv.fr/zooms/ayez-le-reflexe-brigade-numerique.

[1306] Accessible via le site internet « www.service-public.fr » et via l'adresse « www. signalement-violences-sexuelles-sexistes.gouv.fr ».

[1307] Circ. du 9 mai 2019 relative à l'amélioration du traitement des violences conjugales et à la protection des victimes, p.3.

[1308] S. Sontag-Koenig, « Déposer plainte en ligne : simplifier, renforcer mais aussi repenser la physionomie de la plainte », AJ Pén. 2020 p.14 ; J. Barlatier, « De l'enquête au renseignement, changement de paradigme pour la victime », AJ Pén.2020 p.17.

[1309] S. Sontag-Koenig, « Déposer plainte en ligne : simplifier, renforcer mais aussi repenser la physionomie de la plainte », *précit*.

[1310] J. Barlatier, « De l'enquête au renseignement, changement de paradigme pour la victime », *précit.*

leur permettant de gagner en « *proactivité* »[1311] dans un domaine où celle-ci s'avère parfois nécessaire afin de découvrir des faits délictueux. En outre, la dématérialisation des signalements leur permet d'effectuer un tri entre les faits signalés, afin de déterminer lesquels nécessiteront une audition plus approfondie du plaignant. Ainsi un gain de temps qui pourra être consacré aux affaires les plus sensibles[1312]. Pour les victimes, l'évocation des faits par écran interposé peut en outre apparaître rassurant, la plainte en ligne se veut en effet « *un nouveau recours plus intimiste et confidentiel à toutes ces victimes, qui hésitent encore à franchir le difficile premier pas de la révélation des faits* »[1313]. Ce qui semble nécessaire notamment pour les victimes d'infractions sexuelles, souvent freinées dans la révélation des faits par un sentiment de honte vis-à-vis d'une victimation jugée embarrassante[1314], ou qui pourraient craindre leur géolocalisation dans le cadre de violences intrafamiliales. Le dispositif permet de plus de « *désacraliser* » un processus qui peut apparaître effrayant aux yeux d'une victime. Le recours à des plateformes virtuelles s'inscrit de plus dans les habitudes de la jeune génération[1315], consommatrice quotidienne de communication en ligne. De telles plateformes s'avèrent de sorte plus rassurantes pour cette catégorie de la population, mais encore pour les femmes victimes de violences pour qui « *cette simplicité procédurale pourrait avoir une vertu rassurante dont ces victimes ont parfois besoin pour sauter le pas et porter plainte* » [1316].

185. ***Difficultés.*** Mais si ces démarches simplifiées présentent certains avantages, elles ne sont pas sans susciter certaines interrogations. Tout d'abord la généralisation du recours à la plainte électronique par la désacralisation de cet acte grave fait craindre une banalisation voire une systématisation[1317] des dépositions. Ce qui n'est pas souhaitable socialement ni pragmatiquement lorsque l'on envisage ces téléservices comme le moyen d'une gestion managériale des dépositions[1318]. En outre, on sait que le virtuel encourage les comportements abusifs par la distance qu'il semble créer entre l'internaute et la réalité. Le risque est donc de surcroît celui de dénonciations abusives et mensongères par des justiciables décomplexés par l'outil numérique. Toutefois, les textes applicables en cas de dénonciation mensongère et calomnieuse demeurent envisageables dans l'hypothèse de dénonciations numériques[1319]. Le décret d'application du 24 mai 2019[1320] a d'ailleurs pris soin de rappeler dans un nouvel article D. 8-2-6 du code de procédure pénale que toute fausse déclaration lors d'une plainte déposée en ligne est susceptible de poursuites conformément aux dispositions de l'article 434-26 du Code pénal. Reste à savoir si cela s'avèrera suffisamment dissuasif. Par ailleurs, c'est le risque d'une déshumanisation des procédures qui a pu

---

[1311] *Ibid.*
[1312] S. Sontag-Koenig, « Déposer plainte en ligne : simplifier, renforcer mais aussi repenser la physionomie de la plainte », *précit.*
[1313] J. Terlier, Assemblée Nationale, XVe législature, Session ordinaire de 2018-2019, Séance du lundi 18 février 2019 : Programmation 2018-2022 et réforme pour la justice.
[1314] S. Sontag-Koenig, « Déposer plainte en ligne : simplifier, renforcer mais aussi repenser la physionomie de la plainte », *précit.*
[1315] *Ibid.*
[1316] *Ibid.*
[1317] *Ibid.* : craignant d'éventuelles dénonciations « impulsives ».
[1318] J. Barlatier, « De l'enquête au renseignement, changement de paradigme pour la victime », *op.cit.*
[1319] Ainsi de la dénonciation calomnieuse, de la diffamation, voire du faux.
[1320] Décret n°2019-507 du 24 mai 2019 - art. 2.

inquiéter lors de la généralisation de la plainte en ligne[1321]. De même qu'un risque de perte d'informations importantes en l'absence d'échange avec un interlocuteur. Toutefois, le décret de 2019 prévoit la possibilité d'auditionner la victime en complément à sa télédéclaration lorsque les faits le nécessitent[1322]. En outre, le dépôt de plainte ainsi que le signalement numériques ne sont en aucun cas obligatoires, les justiciables préférant déposer sur place pourront toujours se rendre dans les commissariat de police ou de gendarmerie lorsque cela correspondra mieux à leurs besoins. D'où l'atténuation d'une autre crainte évoquée lors de l'élaboration du projet de réforme[1323] : la fracture numérique ou sociale liée à l'usage d'internet. Cependant, dans l'hypothèse de violences domestiques avec l'exercice d'une surveillance renforcée de l'auteur sur la victime, on s'interroge quant à l'existence de dispositifs d'espionnage du téléphone ou de l'ordinateur personnel de la victime. Pourra-t-elle recourir aux dispositifs dématérialisés sans crainte ? Avec ces nouvelles technologies on se retrouve face aux mêmes difficultés que celles empêchant la victime de se déplacer jusqu'au commissariat. La réforme semble toutefois avoir par ailleurs répondu aux craintes relatives aux difficultés probatoires[1324], lorsque l'infraction dénoncée nécessite des constatations ou prélèvements médicaux prompts, en prévoyant que la plateforme de dépôt de plainte devra indiquer à la victime les consignes à suivre afin de permettre la constatation et la conservation des preuves[1325]. Enfin, certains professionnels évoquent les limites techniques des plateformes à disposition des services de police et de gendarmerie desquelles dépendent pourtant le traitement des données sensées faciliter les enquêtes[1326]. Une meilleure proactivité des services d'enquête pourrait en effet être rendue possible grâce à des systèmes de traitement automatisés de données plus perfectionnés[1327].

186. ***Conclusion de la section.*** Face à nombre d'infractions invisibles, la découverte par l'activité des enquêteurs sera difficilement envisageable eu égard à la nature des faits. La collaboration des justiciables s'avère ainsi indispensable dans l'optique de résolution du chiffre noir de la délinquance. De sorte, « *En ce sens, les plaintes et les dénonciations constituent un indispensable moteur de la répression* »[1328] pour le législateur en quête de l'éradication de toute impunité. La collaboration des justiciables est ainsi souhaitable mais ne doit se faire à tout prix. Si la découverte d'infractions invisibles peut être souhaitée, il convient d'insister sur l'opportunité des poursuites, afin de ne pas engorger une justice déjà débordée et d'éviter le risque d'une société judiciarisée à outrance.

[1321] F.-N. Buffet, Y. Détraigne, *Rapport fait au nom de la commission des lois sur le projet de loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice et sur le projet de loi organique relatif au renforcement de l'organisation des juridiction*s, n°11, Sénat, 3 octobre 2018, p.176.

[1322] Art. D.8-2-2 CPP : Cela est même rendu obligatoire concernant les infractions sexuelles prévues par les articles 222-22 à 222-31-2 et 227-25 à 227-27-3 du code pénal.

[1323] F.-N. Buffet et Y. Détraigne, Rapport, *op.cit.*, p.176 : Voire une fraction territoriale eu égard au rapport du défenseur des droits Défenseur des droits, Rapp. : Dématérialisation et inégalités d'accès aux services publics, 2019.

[1324] S. Sontag-Koenig, « Déposer plainte en ligne : simplifier, renforcer mais aussi repenser la physionomie de la plainte », *op.cit.*

[1325] Art. D.8-2 Les consignes sont relativement précises concernant les infractions sexuelles puisque le texte évoque les vêtements portés par la victime au moment des faits lesquels devront être remis au plus tôt au service enquêteur.

[1326] J. Barlatier, « De l'enquête au renseignement, changement de paradigme pour la victime », *op.cit.*

[1327] *Ibid.* : L'auteur déplore « un traitement encore pauvre de la donnée » comparativement aux dispositifs à fins commerciales déployés par les grandes firmes du marché du numérique.

[1328] E. Bonis, « Plainte et dénonciation », Rep. Pén., Dalloz, jan. 2018, n°10.

Ainsi, l'obligation de dénonciation doit être réservée aux cas les plus graves. L'obligation de collaboration avec la justice doit s'envisager comme un moyen de protéger les plus fragiles, les victimes inaptes à rapporter les faits, comme celles dont la situation personnelle, familiale ou encore professionnelle ne le permet pas. Pour autant, la commission des infractions de non-dénonciations étant elle-même invisible, il est malaisé de rendre ces obligations effectives. Le droit pénal pourra difficilement, à lui seul permettre l'application cette prescription légale. La collaboration des justiciables demande une responsabilisation des individus par des campagnes de prévention et l'éducation des individus à l'acceptation de l'idée, encore trop mal perçue, d'une dénonciation des actes d'autrui. En outre, la législation relative aux professionnels soumis au secret est trop absconse pour présenter à ceux-ci une véritable ligne de conduite à suivre lorsqu'ils prennent connaissance de faits illicites graves. Par ailleurs, la question d'une simple autorisation des individus soumis au secret interroge lorsque ces professionnels, par leurs fonctions, ne peuvent apporter aucune assistance indispensable à la protection de la vie des victimes dont ils ont connaissance[1329]. Enfin, les risques de dévoiement par les bénéficiaires de mesures incitatives sont probants, d'autant plus lorsqu'ils bénéficient d'une récompense pour leur collaboration avec la justice. Pour autant, les risques ne doivent faire renoncer totalement au recours aux mesures incitatives. La modernisation procédurale doit par ailleurs être intensifiée et renforcée techniquement et humainement[1330], le numérique faisant partie du quotidien des justiciables, potentielles victimes ou témoins de tels faits. Son usage par la procédure pénale est un véritable « *outil contribuant à lutter contre la non-dénonciation des faits* »[1331], qui doit faire l'objet d'une véritable communication à l'attention des justiciables[1332]. Si le virtuel présente des limites, humaines, techniques, il représente toutefois l'avenir de nos sociétés, déjà bien ancrées dans le numérique. Le droit pénal ne peut ainsi faire l'impasse sur cet outil.

Section 2 : Découvrir les infractions invisibles grâce à l'activité des enquêteurs.

187. Lorsque les autorités de poursuite ne peuvent compter sur la collaboration des justiciables, c'est sur les enquêteurs que repose la découverte des infractions invisibles. Pour ce faire ils pourront mettre en œuvre diverses techniques d'enquête. Dans certaines circonstances, les enquêteurs sont autorisés par les textes à faire œuvre d'une certaine proactivité en ce que les textes visent expressément la recherche d'infractions (**§1**) et non la preuve d'infractions déjà connues comme usuellement. Autorisés ainsi à « *rechercher à l'aveugle l'existence d'un trouble à l'ordre public non encore révélé* »[1333], ils pourront cibler un milieu ou des individus connus pour leur potentiel criminogène[1334] et découvrir des infractions invisibles. Une telle mise au jour intervient parfois également de manière fortuite. Les enquêteurs de la police judiciaire, voire issus d'autres services,

---

[1329] *Quid* de la simple autorisation de révélation pour les ministres du culte ? Quand le professionnel médical se retrouve notamment face au risque de l'absence de soins de la victime de violences conjugales en cas de perte de confiance en son office.

[1330] S. Sontag-Koenig, « Déposer plainte en ligne : simplifier, renforcer mais aussi repenser la physionomie de la plainte », *op.cit*. qui préconise « d'investir aussi dans la formation pluri-professionnelle des enquêteurs qui reçoivent les plaintes ».

[1331] *Ibid.*

[1332] *Ibid. :* Qui estime que les victimes sont encore trop peu informées de l'existence des plateformes en ligne et des services qui leur sont ainsi offerts.

[1333] M. Murbach, « Théorie générale des pouvoirs d'investigation : l'investigation proactive », AJ Pén. 2011 p.506.

[1334] *Ibid. :* « *La condition préalable des investigations proactives est une présomption légale de potentialité de trouble à l'ordre public* ».

peuvent au cours de l'exercice d'une mission présentant d'autres objectifs, mener à la découverte incidente d'infractions jusqu'alors invisibles (**§2**).

§1 : La découverte provoquée d'infractions invisibles

188. La découverte d'infractions invisibles est parfois provoquée par les enquêteurs. Le Code de procédure pénale les autorise en effet, sous certaines conditions, à prendre des actes d'investigation *a priori ex nihilo*. En réalité dans tous les cas de figure, les actes reposent sur une connaissance du terrain et des bandes délinquantes qui seront ciblées par ces mesures. Les textes qui apparaissent comme les plus proactifs au sein du code de procédure pénale sont ceux qui organisent les contrôles d'identité sur réquisition du procureur de la République (**A**). Ceux-ci visent uniquement la recherche d'infractions afin de permettre leur poursuite. Leur capacité à mettre au jour des infractions invisibles est ici indéniable puisqu'elle ressort de l'objectif même visé par le texte. Par ailleurs, le code de procédure pénale organise des infiltrations *lato sensu* (**B**), dont l'objectif est la découverte d'infractions commises au sein de groupes délinquants, dont on peut de sorte soupçonner l'activité délictueuse. Ici, l'invisible devient « *opératoire* »[1335], le recours à l'invisibilisation des enquêteurs permet en effet une appréhension plus aisée de faits délictueux habituellement difficiles à constater, leur permettant de pénétrer des milieux réservés, où le silence est de mise.

A- Les contrôles d'identité sur réquisition du procureur de la République

189. ***Mesures proactives***. Le Code de procédure pénale prévoit quelques rares mesures d'investigation ayant explicitement pour objectif la mise au jour d'infractions. Celles-ci ont toutes lieu dans le cadre des contrôles d'identité sur réquisition, pour lesquels le législateur prévoit que le Procureur de la République peut, « *aux fins de recherche et de poursuite des infractions* »[1336], organiser des contrôles d'identité, mais encore des visites et fouilles. On retrouve ici l'exemple type[1337] de ce que l'on pourrait qualifier d'acte proactif[1338], en ce que les autorités de police peuvent procéder d'office à la recherche d'infractions non encore connues, sorte de « *pouvoir de police ante-inquesta* »[1339].

190. ***Mise au jour d'infractions invisibles.*** Ces contrôles sont inspirés des anciens contrôles sur réquisition[1340] issus de la loi du 12 juillet 1978 tendant à prévenir la conduite d'un véhicule sous l'empire d'un état alcoolique[1341]. Désormais prévus à l'article L234-9 du Code de la route, ces contrôles visant à établir l'état alcoolique peuvent être menés « *même en l'absence*

[1335] D. Déchenaud, « La clandestinité en procédure pénale », *in Mélanges en l'honneur du professeur Jacques-Henri Robert*, LexisNexis, 2012, pp.213-228, spé. n°6.
[1336] C. proc. pén., art. 78-2-2.
[1337] M. Murbach, « Théorie générale des pouvoirs d'investigation : l'investigation proactive », *précit.*
[1338] A propos de l'enquête pénale proactive v. J. Pradel, « De l'enquête pénale proactive : suggestions pour un statut légal », D. 1998 p.57 ; M. Murbach, « Théorie générale des pouvoirs d'investigation : l'investigation proactive », *op.cit.* qui étudie le cas de certains contrôles d'identité sur réquisition en tant qu'actes proactifs.4
[1339] F. Fourment, « Contrôles d'identité : « Contrôlez, contrôlez, il en restera toujours quelque chose » », Gaz. Pal. 14 janv. 2012, p. 8.
[1340] J. Buisson, « Fasc. 20-10 : Contrôles, vérifications et relevés d'identité », *précit.*, n°85.
[1341] Ancien art. L3 du Code de la route. Aujourd'hui l'article L234-9 du même Code prévoit ce contrôle qui s'exercice désormais soit sur réquisition soit à l'initiative des forces de l'ordre.

d'infraction préalable ou d'accident ». En cela ils relèvent de l'investigation proactive par leur visée à la fois préventive mais également parce qu'ils tendent à mettre au jour des infractions dont la fréquence empêche leur découverte systématique. En l'absence d'accident, et partant de la commission d'une infraction plus visible, beaucoup de contrevenants passent ainsi sous les radars de la justice. Si l'objectif premier du législateur était alors la prévention des accidents de la route[1342], partant des infractions routières commises sous l'empire d'un état alcoolique, il permet dans le même temps la découverte d'infractions non connues des autorités. Dans le même esprit, le législateur a prévu des contrôles d'identité sur réquisition mais dans un premier temps a réservé le choix des infractions à l'appréciation du Procureur de la République[1343]. Toutefois, le ministre la justice en 1993 prévoyait que « *le procureur les décidera en liaison étroite avec les services de police judiciaire, en fonction des observations faites dans son ressort sur les phénomènes de délinquance* »[1344]. Ainsi, il ne devrait pas les déterminer au hasard, mais « *en fonction d'une « carte de criminalité » de son ressort* »[1345]. L'objectif était alors « *d'opérer des contrôles plus systématiques en vue de constater certains types d'infractions dans des endroits signalés pour la fréquence à laquelle elles ont été commises* »[1346]. Plus spécifiquement le législateur visait certaines catégories d'infractions telles que « *des infractions à la législation sur les stupéfiants, des faits de recel, de proxénétisme ou de racolage ou encore des infractions à la législation sur l'entrée et le séjour des étrangers en France* »[1347]. Toutes ces infractions présentant une forte propension à l'invisibilité. Certaines de celles-ci ont par la suite été visées par le législateur dans le cadre de contrôles liés cette fois à la recherche d'infractions spécifiques. L'article 78-2-2 prévoit de sorte la recherche d'infractions liées au trafic de stupéfiants[1348], souvent dissimulé, au même titre que d'actes de terrorisme[1349], encore invisibles au stade de leur préparation[1350], des infractions en matière de prolifération d'armes[1351], d'explosifs[1352], trafics dont on connaît l'opacité ainsi que le vol[1353] et le recel[1354], admis au titre des infractions clandestines. Ce faisant par le biais de contrôles d'identité[1355], de visites de véhicules[1356] ou encore l'inspection visuelle des bagages ou à leur fouille[1357]. On peut

---

[1342] Circ. Du 1er août 1978 relative à l'application de la loi n°78-732 du 12 juillet 1978 tendant à prévenir la conduite d'un véhicule sous l'empire d'un état alcoolique et aux conditions d'organisation des opérations de dépistage préventif durant la période estivale 1978, JORF, 3 août 1978, p.2983.
[1343] C. proc. pén., art. 78-2 al. 7.
[1344] Décl. min. just., JO Sénat 30 juin 1993, p. 1787.
[1345] J. Buisson, « Fasc. 20-10 : Contrôles, vérifications et relevés d'identité », JCL Pén., Date du fascicule : 21 oct. 2019, Date de la dernière mise à jour : 25 oct. 2021, n°95 ; Dans le même sens C. Girault, « Contrôles et vérifications d'identité », Rep. Pén. et de proc. pén., Dalloz, janvier 2017, n°45.
[1346] Ch. Bonnet, *Rapport n°381*, Sénat, 23 juin 1993, p.15.
[1347] Citées à titre d'exemple dans la circulaire d'application du texte : Circ. du 21 octobre 1993 relative aux contrôles et vérifications d'identité et aux vérifications de situation des étrangers, BO Intérieur, 4e trimestre 1993, p.33.
[1348] 7° Faits de trafic de stupéfiants mentionnés aux art. 222-34 à 222-38 C. pén.
[1349] 1° Actes de terrorisme mentionnés aux art. 421-1 à 421-6 C. pén.
[1350] Réprimée par l'entreprise individuelle à but terroriste ou l'association de malfaiteurs à but terroriste.
[1351] 2° Infractions en matière de prolifération des armes de destruction massive et de leurs vecteurs mentionnées aux 1° et 2° du I de l'article L. 1333-9, à l'article L. 1333-11, au II des articles L. 1333-13-3 et L. 1333-13-4 et aux articles L. 1333-13-5, L. 2339-14, L. 2339-15, L. 2341-1, L. 2341-2, L. 2341-4, L. 2342-59 et L. 2342-60 du code de la défense ; 3° Infractions en matière d'armes mentionnées à l'art. 222-54 C. pén. et à l'art.L. 317-8 C. séc. inté.
[1352] 4° Infractions en matière d'explosifs mentionnés à l'article 322-11-1 C. pén et à l'art. L. 2353-4 C. déf.
[1353] 5° Infractions de vol mentionnées aux articles 311-3 à 311-11 C. pén.
[1354] 6° Infractions de recel mentionnées aux articles 321-1 et 321-2 C. pén.
[1355] C. proc. pén., art. 78-2-2 I.
[1356] C. proc. pén., art. 78-2-2 II.
[1357] C. proc. pén., art. 78-2-2 III.

encore citer l'article 78-2-5 qui permet, sur réquisitions, l'inspection visuelle des bagages des personnes et leur fouille ainsi que la visite des véhicules dans le but de rechercher l'infraction prévue à l'article 431-10 du code pénal[1358], l'invisibilité du port d'arme pouvant parfois être souhaitée par l'agent pour pouvoir en faire usage ultérieurement. Enfin, l'article 78-2-1 vise à détecter les infractions relatives au travail dissimulé et l'emploi irrégulier de main-d'œuvre étrangère[1359], infraction invisible *de facto*. Il prévoit en effet la possibilité de contrôler l'identité des personnes occupées, dans certains lieux à usage professionnel[1360], dans le but de vérifier qu'elles figurent sur le registre du personnel ou qu'elles ont fait l'objet de déclarations préalables à l'embauche. Sont ainsi visées « *des formes graves ou insidieuses de criminalité* »[1361], dont la majorité a une forte propension à l'invisibilité. Le contrôle d'identité offre ainsi la possibilité aux forces de l'ordre de recourir à des mesures d'investigation à spectre relativement large, avec une mise œuvre plus simple que d'autres mesures telles que les perquisitions[1362]. Ils ont de sorte un accès plus aisé à des infractions qu'ils n'auraient peut-être pas pu découvrir en l'absence de soupçons objectifs à l'encontre d'individus désignés.

191. ***Conditions strictes pour une mise en œuvre parfois dévoyée.*** La découverte pourra avoir ainsi avoir lieu grâce à plusieurs actes d'investigation dans le cadre de ces contrôles d'identité. Les réquisitions prévoyant ce cadre doivent êtres écrites et comporter certaines mentions obligatoires. Ainsi, même lorsque le texte ne limite pas le champ d'application de la mesure[1363], la réquisition doit indiquer les infractions recherchées par le Procureur de la République[1364]. Le magistrat doit de plus préciser les lieux soumis à ce contrôle. Aucune précision n'ayant été faite à ce sujet dans les textes[1365], il est admis que l'opération ait lieu dans des lieux privés[1366], à condition que l'accès observe les conditions légales habituelles. Cependant, il faut noter que le Conseil constitutionnel avait formulé une réserve d'interprétation concernant la conformité de l'alinéa 7 de l'article 78-2[1367]. Afin de garantir la légalité de l'opération, le choix du lieu doit donc présenter un lien avec les infractions visées par la réquisition, notamment « *au regard de la délinquance qui est susceptible d'y être observée* »[1368]. Concernant les opérations menées sur le fondement de l'article 78-2-1, seuls les lieux à usage professionnel, ainsi que dans leurs annexes et dépendances, sauf s'ils constituent un domicile, peuvent faire l'objet de tels contrôles, à condition qu'y soient en cours des activités de construction, de production, de transformation, de réparation, de prestation de services ou de commercialisation. En outre la réquisition doit dans tous les cas préciser la date ainsi que la durée de la mesure. Dans le cadre de l'opération fondée sur l'article 78-2-2 la mesure ne peut

[1358] Le fait de participer à une manifestation ou à une réunion publique en étant porteur d'une arme.
[1359] Les infractions visées par l'article sont celles des articles L. 5221-8, L. 5221-11, L. 8221-1, L. 8221-2, L. 8251-1 du code du travail.
[1360] Où sont en cours des activités de construction, de production, de transformation, de réparation, de prestation de services ou de commercialisation.
[1361] C. Girault, « Contrôles et vérifications d'identité », *op. cit*. n°53.
[1362] *Ibid*., n°61 : Dans le cadre de l'art.78-2-1 C. proc. pén. les forces de police sont autorisées à pénétrer de nuit dans les lieux à usage professionnel et ce sans le consentement des intéressés.
[1363] C. proc. pén., art. 78-2 al. 7.
[1364] *Ibid*., al. 6.
[1365] Allant dans le sens d'une autorisation de mener l'opération dans les lieux privés, on peut souligner qu'un amendement visant l'interdiction du contrôle dans certains lieux privés a été rejeté par les parlementaires : JO Sénat CR 30 juin 1993, p. 1816 s.
[1366] A l'exclusion des domiciles.
[1367] Cons. const. 24 janv. 2017, n°2016-606/607 QPC, n°23.
[1368] C. Girault, « Contrôles et vérifications d'identité », *op. cit.,* n°46.

d'ailleurs excéder 24 heures prorogeables par décision expresse et motivée[1369]. Ici encore, le Conseil constitutionnel réserve la légalité de la mesure au lien avec l'infraction recherchée[1370]. La réquisition est de sorte triplement limitée afin de limiter l'atteinte aux libertés fondamentales de l'individu contrôlé. Pourtant, le Conseil constitutionnel a dû rappeler à l'ordre les magistrats par suite de pratiques consistant à multiplier les réquisitions dans un même lieu les faisant s'enchaîner successivement. Ces contrôles menés *de facto* de manière ininterrompue ont été censurés par le Conseil constitutionnel qui dénonce cette pratique « *de contrôles généralisés dans le temps ou dans l'espace* »[1371]. La découverte d'infractions invisibles ne doit se faire au prix des libertés fondamentales. En revanche, il n'y a aucune restriction concernant les personnes pouvant être contrôlées, à partir du moment où elles se trouvent dans le périmètre déterminé au moment de l'opération. La proactivité de la mesure réside dans cette exception : il n'est pas nécessaire de démontrer l'existence de raisons plausibles de soupçonner que la personne a commis l'infraction visée par la réquisition. En outre, pour le Conseil constitutionnel, cela constitue une garantie contre toute dérive discriminatoire[1372], puisque tout individu présent sur les lieux au moment du contrôle peut faire l'objet d'un contrôle[1373]. La mesure apparaît ainsi comme un véritable « *lancer de filet* »[1374]. Il faut noter toutefois que dans le cadre de l'article 78-2-1 du code de procédure pénale, seules les personnes « *occupées* », terme « *vague* »[1375], mais interprété généralement comme l'exercice d'une activité professionnelle[1376] peuvent voir leur identité contrôlée, l'objectif étant de comparer avec les noms figurant sur le registre du personnel pour mettre « *en lumière des infractions de travail dissimulé* »[1377]. La jurisprudence exige que cette activité soit concomitante au contrôle d'identité, elle ne peut ainsi relever de constatations ou déclarations ultérieures[1378].

192. ***Contrôles, visites et fouilles***. Dans les mêmes conditions et pour rechercher les mêmes infractions, l'article 78-2-2 du code de procédure pénale prévoit que le contrôle d'identité peut se voir associer une inspection visuelle voire une fouille de bagages[1379], ainsi que la visite de véhicules[1380] mais également de navires, bateaux, engins flottants, établissements flottants et matériels flottants se trouvant dans la mer territoriale, sur les lacs et plans d'eau[1381], occupés par des personnes dont l'identité est ainsi contrôlée. La question s'est posée de savoir si la rédaction du texte, dissociant les contrôles d'identité dans un I des actes coercitifs dans les II, III et III bis suivants ne signifiait pas que ces actes puissent être menés indépendamment, soit hors du cadre du contrôle d'identité. Mais la lecture des travaux préparatoires va à l'encontre d'une telle appréciation, les

---

[1369] Cass. crim., 13 sept. 2017, n° 17-83.986, JurisData n°2017-018131 ; note A. Maron et M. Haas, «Le ruisseau qui veut se faire aussi gros que le fleuve (s'enfla si bien qu'il creva) », Dr. pén. 2017, comm. 167.
[1370] Cons. const. 24 janv. 2017, n°2016-606/607 QPC, n°23.
[1371] *Ibid.* ; v. égal. Cass., civ. 1ère, 14 mars 2018, n°17-14.424, D. actu., 29 mars 2018, obs. S. Fucini ; Pourtant on note toujours de telles pratiques de la part du Parquet v. not. Grenoble, 6 juill. 2022, n°1478GJ.
[1372] Cons. const. 24 janv. 2017, *précit.*, n°26.
[1373] Mais l'on pourrait objecter la réalité des contrôles au faciès, dérive abordée en *infra.* n°195.
[1374] E. Picard, « Les contrôles d'identité au regard des droits fondamentaux : des régimes inutilement hétéroclites », RFDA 1994, p.959, spé. P.967.
[1375] A. Maron, C. Haas, « Occupée à ne rien faire… », Dr. pén. 2010, comm. 28.
[1376] C. Girault, « Contrôles et vérifications d'identité », *op. cit.*, n°64 : « occupées » à l'exercice d'une activité ou d'un travail.
[1377] A. Maron, C. Haas, « Occupée à ne rien faire… », *précit.*
[1378] Cass., civ. 1ère, 6 janv. 2010, n°08-15.513, Bull. crim. 2010 n°2 ; obs. A. Maron et C. Haas, « Occupée à ne rien faire… », *op. cit.*
[1379] C. proc. pén., art.78-2-2 II.
[1380] C. proc. pén., art.78-2-2 III.
[1381] C. proc. pén., art.78-2-2 III bis.

parlementaires ayant pensé ces actes comme pouvant être menés en sus des contrôles d'identité. S'appuyant également sur la jurisprudence[1382], la doctrine estime ainsi que ces actes coercitifs « *ne peuvent être entrepris que consécutivement à un contrôle d'identité* »[1383]. Le doute était toutefois permis, la rédaction maladroite du texte, réécrit à l'occasion de l'ajout de ces actes coercitifs, mériterait la précision que ceux-ci peuvent uniquement venir s'adjoindre au contrôle prévu à titre principal au I.

193. ***Modalités du contrôle d'identité***. Les agents habilités à effectuer un contrôle d'identité requis diffèrent selon les hypothèses. Les articles 78-2 al. 7 et 78-2-1 permettent aux OPJ et sous leur responsabilité les APJ et un nombre restreints d'APJA, ceux uniquement désignés à l'article 21 1°. Un nombre plus élargi d'APJA, ceux désignés aux 1° 1°bis et 1°ter du même article peuvent effectuer le même contrôle dans le cadre des articles 78-2-2 qui vise globalement des infractions graves liées au terrorisme ou encore au trafic de stupéfiant, mais également dans le cadre de l'article 75-2-5 concernant le port illicite d'arme lors d'une manifestation. Mais l'indétermination de l'article 78-2 al. 7 n'exclut pas pour autant que d'autres infractions parmi le plus graves puissent être ainsi visées. En outre, l'article 78-2-2 I procède par ailleurs par renvoi aux autres conditions prévues par l'article 78-2 al. 7. Il n'est pour autant pas certain qu'une telle différence ait une réelle signification, certains auteurs blâment ainsi les réécritures successives des textes[1384].

194. ***Modalités des actes coercitifs***. Les visites pourront s'effectuer à l'encontre de tout véhicule ou navire présent dans la zone déterminée par la réquisition à l'exception toutefois de ceux *« spécialement aménagés à usage d'habitation et effectivement utilisés comme résidence »*[1385], les deux conditions étant cumulatives. Concernant les navires, la fouille « *comprend l'inspection des extérieurs ainsi que des cales, des soutes et des locaux »*[1386] *à l'exception de ceux aménagés en locaux d'habitation.* En effet, concernant les lieux à usage d'habitation, compte tenu de l'intrusion dans la vie privée qui en résulte, ce sont les règles plus strictes régissant les perquisitions et visites domiciliaires qui devront s'appliquer[1387]. Les visites et fouilles devront s'exercer en la présence du conducteur ou du propriétaire du véhicule, ou du capitaine ou de son représentant concernant les navires. Toutefois, lorsqu'il s'agit d'un véhicule, le texte prévoit qu'à défaut une personne peut être requise à cet effet par l'OPJ ou l'APJ, à condition qu'elle ne relève pas de son autorité administrative. Par exception, si la visite comporte des risques graves[1388] pour la sécurité des personnes et des biens, la présence d'une personne extérieure ne sera plus requise. Pour certains auteurs, en l'absence de contrôle de l'identité du conducteur ou du propriétaire absent, la visite du véhicule est ainsi menée à titre principal[1389]. De sorte, il existerait finalement une certaine indépendance entre les deux opérations, à tel point qu'ils estiment « *plus judicieux de reconnaître une autonomie de régimes entre les deux opérations de police et de consacrer aux visites de véhicules et à la fouille des bagages un*

[1382] Cass. crim., avis, 12 janv. 2016, n° 14-25.068, JurisData n°2016-004612 ; Cass. civ. 1ère, 16 mars 2016, n°14-25.068, JurisData n°2016-004928.
[1383] J. Buisson, « Fasc. 20-10 : Contrôles, vérifications et relevés d'identité », *op.cit.*, n°107.
[1384] *Ibid.*, n°109.
[1385] Concernant les navires : C. proc. pén., art.78-2-2, III bis, al. 4 ; Concernant les véhicules : C. proc. pén., art. 78-2-2, II, dernier alinéa.
[1386] C. proc. pén., art.78-2-2III bis al. 3.
[1387] C. proc. pén., art.78-2-2 II al. 4 concernant les véhicules et 78-2-2 III bis al. 4 concernant les navires.
[1388] La gravité devant être motivée par l'OPJ. Le juge l'appréciera en cas de contestation ultérieure.
[1389] C. Girault, « Contrôles et vérifications d'identité », *op. cit.*, n°54.

chapitre distinct au sein du titre II du code de procédure pénale »[1390]. Toutefois on s'interroge sur les garanties pouvant offrir une telle autonomie, face aux règles prévues dans le cadre des perquisitions. L'absence de contrôle effectif peut en outre être perçue comme la simple absence de la mesure d'investigation, le cadre du contrôle d'identité devant être maintenu. En outre, une telle précision n'est pas réitérée concernant les navires, il semble donc qu'une visite ne peut donc avoir lieu en l'absence du capitaine ou de son représentant dans le cadre de l'article 78-2-2 III bis, et donc ne peut avoir lieu à titre autonome[1391]. Concernant l'inspection visuelle et la fouille des bagages, devant avoir lieu en présence de leur propriétaire, rien n'est indiqué sur la possibilité de recourir à un témoin. Mais pour la doctrine, une telle fouille pourrait tout de même avoir lieu, « *malgré la carence légale, le formalisme d'authentification imposerait à l'OPJ la réquisition d'un témoin* »[1392]. Cette doctrine certes autorisée s'éloigne toutefois de l'interprétation *in favorem* à privilégier. En raison du caractère particulièrement intrusif et contraignant des visites et fouilles comparativement aux contrôles d'identité, seuls les OPJ sont autorisés à procéder à l'opération, les APJ et certains APJA désignés[1393] se limitant à un rôle d'assistance. Il en va de même concernant l'inspection visuelle et la fouille des bagages[1394]. En outre, les visites, inspections visuelles et fouilles détachées de tout contrôle d'identité ont été autorisées par le législateur[1395] aux seules de fin de recherche et de poursuite du délit prévu à l'article 431-10 du code pénal, pouvant être menées sous la responsabilité d'un OPJ par les APJ et APJA désignés[1396]. Validée par le Conseil constitutionnel, la mesure n'est pas sans susciter la critique de certains auteurs, s'interrogeant « *sur la pertinence et l'utilité d'un tel texte organisant une contrainte forte en dehors de tout contrôle d'identité* », qui auraient ainsi préféré qu'il fut ajouté à « *l'article 78-2-2, en se situant dans l'exécution d'un contrôle d'identité* »[1397]. Par ailleurs, la restriction à la liberté d'aller et venir[1398] résultant de la nécessité de la présence de l'individu concerné lors de l'inspection visuelle, de la fouille ou encore des visites, implique que l'individu ne pourra être retenu que le temps strictement nécessaire à cette opération, dans la limite de 12 heures concernant les navires[1399]. La durée est laissée à l'appréciation souveraine du juge, ainsi uniquement en cas de contestation. Les textes prévoient l'obligation pour les forces de l'ordre de rédiger un procès-verbal lorsque le propriétaire d'un bagage ou du véhicule fouillé le demande, en l'absence de propriétaire ou de conducteur du véhicule, ou en cas de découverte d'une infraction dans ce cadre. Mais s'agissant de la visite de navires, rien n'a été précisé à ce sujet[1400]. Sans doute une nouvelle lacune rédactionnelle, en tout état de cause l'article 19 du code de procédure pénale leur fait obligation de rédiger un procès-verbal lors de la découverte d'une infraction. Le procès-verbal ne semble toutefois étonnement pas obligatoire en l'absence d'une telle découverte. Alors que « *le*

[1390] *Ibid.*; H. Vlamynck, *Droit de la police*, 7ème éd., Vuibert, 2021, n°296 évoquant deux procédures autonomes.
[1391] Pour J. Buisson, « Fasc. 20-10 : Contrôles, vérifications et relevés d'identité », *op.cit.*, n°117, c'est la définition étendue du capitaine qui expliquerait l'absence de mention d'un témoin.
[1392] *Ibid.*
[1393] Peuvent également assister les OPJ, les APJA désignés au 1°, 1°bis et 1° ter de l'article 21 C. proc. pén.
[1394] C. proc. pén., art.78-2-2 III al. 1er.
[1395] La loi n° 2019-290 du 10 avril 2019 modifiant l'art. 78-2-5 C. proc. pén.
[1396] Désignés à l'article 21 CPP 1°, 1°bis, 1°ter.
[1397] J. Buisson, « Fasc. 20-10 : Contrôles, vérifications et relevés d'identité », *op.cit.*, n°117.
[1398] *Ibid.*, n°116.
[1399] Concernant les véhicules C. proc. pén., art.78-2-2, II, al. 2, concernant les navires C. proc. pén., art.78-2-2, III bis, al. 5) et concernant les bagages C. proc. pén., art.78-2-2, III, al. 2.
[1400] La doctrine s'en étonne, v. not. J. Buisson, « Fasc. 20-10 : Contrôles, vérifications et relevés d'identité », *op.cit.*, n°118.

procès-verbal est le moyen du contrôle de l'autorité judiciaire »[1401], un tel oubli est regrettable lors de la mise en œuvre d'une mesure coercitive[1402].

195. ***Difficultés***. Ces contrôles sur réquisition sont considérés par le législateur comme des actes de police judiciaire. Or pour la doctrine, rien n'est si évident. L'objectif affiché est la recherche et la poursuite d'infractions, suivant les réquisitions d'un procureur de la République, à qui l'article 41 du code de procédure pénale confie une telle mission[1403]. Mais en réalité ces opérations confinent à la mission de police administrative. En effet, tout d'abord il s'agit de mesures, parfois coercitives, qui consistent à rechercher des infractions dont on ne connaît pas l'existence. Tout au plus pouvons-nous admettre la probabilité de la commission de ce type d'infractions dans les lieux ciblés en raison d'une carte de délinquance établie grâce aux historiques des services de police. De plus, ces mesures sont le plus souvent prises par suite de cas rapportés d'actes de délinquance, dont les auteurs n'ont souvent pas pu être identifiés, afin de les retrouver et, surtout, de mettre en œuvre une opération marquante pour les populations des zones visées. Il s'agit à la fois de rassurer une population face à la délinquance subie dans leur voisinage, mais en même temps de prévenir la réitération des faits en rappelant aux délinquants la présence des forces de l'ordre. Or, cela s'apparente plutôt aux missions préventives de police administrative, auxquelles on a pu confier des missions coercitives grâce à leur ordonnancement artificiel dans le champ des actes de police judiciaire. Ce qui est problématique, d'autant que le contrôle d'identité se présente comme « *un véritable instrument de politique criminelle* »[1404] fluctuant au gré des priorités établies par le gouvernement. Comme le rappelle un auteur, « *la réquisition d'un magistrat ne suffit pas à qualifier de police judiciaire un acte de police* »[1405], d'autant qu'il s'agit d'un magistrat qui n'est pas indépendant, au contraire de ce que le professeur Pradel préconisait concernant les actes de police proactive[1406]. Le champ d'application de ces opérations pose également question. A l'origine consacré à la lutte contre le terrorisme, l'article 78-2-2 a vu la liste des infractions visées s'allonger par la suite, pour admettre notamment l'infraction simple de vol, le recel, ou encore détacher les trafics d'armes et de stupéfiants visés par le texte de tout lien avec les réseaux terroristes. Les objectifs initiaux du législateur se sont ainsi obscurcis à mesure de l'élargissement de son champ d'application, au point que certains auteurs imaginent qu'« *une telle disposition pourrait voir son champ d'application s'étendre avant que le procureur de la République ne retrouve finalement, comme dans le cadre du septième alinéa de l'article 78-2 du code de procédure pénale, la liberté de délimiter lui-même le cadre de ses réquisitions* »[1407]. S'agissant de mesures proactives, on peut s'interroger sur la nécessité de celles-ci face aux infractions les moins graves. Le professeur Pradel préconisait une application réservée aux faits les plus graves[1408], pourtant, le législateur ouvre la mesure à de nombreuses infractions, voire toutes, avec l'article 78-2 al.7 qui réserve le choix au procureur de la République, les contraventions peuvent donc faire l'objet de ses réquisitions. En outre, si tout individu présent sur les lieux déterminés peut faire l'objet d'un contrôle, cela ne signifie

---

[1401] *Ibid.*
[1402] *Ibid.*
[1403] En son premier alinéa : Le procureur de la République procède ou fait procéder à tous les actes nécessaires à la recherche et à la poursuite des infractions à la loi pénale.
[1404] C. Girault, « Contrôles et vérifications d'identité », *op. cit.*, n°20.
[1405] J. Buisson, « Fasc. 20-10 : Contrôles, vérifications et relevés d'identité », *op.cit.*, n°85.
[1406] J. Pradel, « De l'enquête pénale proactive : suggestions pour un statut légal », D., 1998 p.57.
[1407] C. Girault, « Contrôles et vérifications d'identité », *op. cit.*, n°56.
[1408] J. Pradel, « De l'enquête pénale proactive : suggestions pour un statut légal », *op. cit.*

pas pour autant que tout le monde en fait effectivement l'objet. Ce qui apparaît donc comme un gage d'égalité entre les citoyens[1409] est en même temps à l'origine de potentielles discriminations. Il revient en effet aux forces de l'ordre de faire un choix quant aux individus qu'elles soumettent à ces contrôles. Or, il y a là le risque avéré[1410] de contrôles dits « *au faciès* »[1411]. En ciblant une population[1412], on laisse dans l'ombre les autres, au détriment de la possible découverte d'infractions qu'elles auraient pu commettre, et dont les actes peuvent déjà faire l'objet d'une invisibilisation due notamment à des privilèges sociaux[1413]. Enfin, certains auteurs voient les contrôles sur réquisition un moyen de commettre un « *détournement de procédure légalement autorisé* »[1414]. D'autant que les procédures incidentes est actée tant par le législateur que par la jurisprudence[1415], alors que certains soulignent que « *le libéralisme des dispositions applicables aux contrôles d'identité* » fait s'effondrer l'édifice procédural censé protéger les libertés individuelles en inversant le principe : c'est l'exercice des pouvoirs de police qui permettra de révéler la flagrance[1416]. Ces contrôles ne nécessitant pas l'existence de raisons objectives de soupçonner les individus qui y sont soumis d'avoir commis l'infraction recherchée, leur mise en œuvre est donc plus souple (hormis l'exigence de réquisitions) que celle des contrôles classiques. Ainsi, il deviendrait possible « *d'utiliser le contrôle requis pour contourner les conditions d'exécution des autres cas de contrôles d'identité et s'affranchir du seuil de garantie normalement applicable* »[1417] comme le révèle une circulaire d'application datant de 2006 invitant à organiser de tels contrôles notamment à proximité de foyers et centres d'hébergement[1418] afin de permettre l'interpellation d'individus en situation irrégulière[1419].

B- L'infiltration *lato sensu*

196. Par ailleurs, les enquêteurs peuvent provoquer la découverte d'infractions jusqu'alors invisibles grâce à plusieurs outils leur permettant l'observation renforcée de groupes d'individus, par la dissimulation de leur qualité. C'est la technique spéciale d'enquête constituant la surveillance (**1**) qui a la première permis des filatures à l'insu d'individus suspects, permettant dès

---

[1409] Cons. const. 24 janv. 2017, *op.cit.*, n°26.

[1410] V. not. Crim. 3 nov. 2016, n°15-85.548 ; note C. Benelli de Bénazé, « Contrôles d'identité au faciès : entre nullités et responsabilités », D. Actu., 18 nov. 2016 ; J.-H. Robert, C. Claverie-Rousset, S. Detraz et J.-B. Perrier, « Droit pénal et procédure pénale », JCP G n°13, 27 mars 2017, doctr. 355 ; V. égal. Human Rights Watch, La base de l'humiliation : les contrôles d'identité abusifs en France, Rapport janv. 2012.

[1411] V. not. J. Karsenti, « Contrôles d'identité : comment lutter contre le contrôle au faciès ? », Gaz. Pal. 14 janv. 2012, p. 19.

[1412] V. not. sur les facteurs déterminants du contrôle mis en exergue par l'étude « Police et minorités visibles : les contrôles d'identité à Paris », de l'Open Society Justice Initiative, publiée en 2009 : F. Fourment, « Les contrôles d'identité à l'épreuve de l'enquête sociologique - Entretien avec René Lévy », Gaz. Pal. 14 janv. 2012, p. 21 : « Le principal facteur est l'apparence physique des individus : ceux qui paraissent appartenir à une minorité (noirs ou maghrébins) ont une probabilité beaucoup plus forte d'être contrôlés ».

[1413] L. Mucchielli, *L'invention de la violence. Des peurs, des chiffres, des faits*, Fayard, 2011, p.183.

[1414] C. Girault, « Contrôles et vérifications d'identité », *op. cit.*, n°50.

[1415] Cass. crim., 15 févr. 2005, n°04-87191, 04-87192 et 04-87193 : Bull. crim. 2005, n°57 ; RSC 2005, p. 862, note A. Cerf-Hollender ; RSC 2006, p. 408, note J. Buisson ; Cass. crim., 4 mai 2010, n°09-84248

[1416] Alors que l'auteur rappelle que « Ce n'est pas la mise en œuvre de pouvoirs d'enquête de flagrance qui peut permettre à la police judiciaire de révéler la flagrance, mais la situation de flagrance qui autorise la police judiciaire à recourir à l'utilisation de ces pouvoirs d'enquête » : F. Fourment, « Contrôles d'identité : « Contrôlez, contrôlez, il en restera toujours quelque chose » », Gaz. Pal. 14 janv. 2012, p. 8.

[1417] *Ibid.*

[1418] Circ. 21 févr. 2006, NOR : JUSD0630020C, CRIM 06.5/E1,. ; V. égal. CE 7 févr. 2007, req. n°292607.

[1419] A ce sujet v. not. F. Fourment, « Contrôles d'identité : « Contrôlez, contrôlez, il en restera toujours quelque chose » », *précit.*

lors la découverte d'infractions inconnues des autorités. Une barrière a par la suite été franchie[1420] avec la validation par le législateur de la pratique de l'infiltration (**2)**, laquelle a connu un renouveau grâce à sa transposition dans l'espace numérique (**3**).

1- La surveillance, ou l'ancêtre des outils d'invisibilisation des enquêteurs

197. ***Un outil pour la découverte d'infractions invisibles***. Considérée comme « *le plus ancien acte de police* »[1421], la surveillance, par son caractère subreptice, est un outil au service de la découverte d'infractions invisibles. En effet, la technique spéciale d'enquête est réalisée à l'insu de l'individu surveillé, ainsi il ne sait qu'il fait l'objet de soupçons et vaque à ses activités infractionnelles sans rechercher la dissimulation de ses actes outre mesure. L'absence de limitation temporelle et la possibilité d'une extension spatiale de la surveillance décuple par ailleurs les occasions pour les enquêteurs de constater un comportement infractionnel. Sans invisibilisation des enquêteurs chargés de la surveillance et, partant, des soupçons qu'ils nourrissent à l'égard de l'individu surveillé, l'infraction aurait pu passer inaperçue aux yeux des enquêteurs, son invisibilité résultant d'un manque d'attention à l'égard des activités de l'individu, et/ou d'un comportement d'autant plus opacifié par celui-ci connaissant l'existence de soupçons à son égard. En outre, la surveillance d'individus peut permettre par ailleurs, la découverte d'infractions commises par d'autres individus non visés à l'origine par la technique d'enquête.

Sous le terme de surveillance, le code de procédure pénale englobe deux sortes d'actes : la filature qui consiste à « *suivre une personne dans tous ses déplacements* »[1422], ou plus précisément « *à suivre les mouvements et comportements de ceux qui sont soupçonnés de préparer où commettre une action* »[1423], mais également la surveillance de l'acheminement des biens issus de la commission d'une infraction, ou permettant la commission de celle-ci. De la sorte, soit les enquêteurs soupçonnent un individu d'être l'auteur d'activités délictueuses, ce qui leur permettra grâce à cette technique d'enquête de découvrir ladite infraction. Soit la surveillance des produits ou des moyens de commission d'une infraction leur permettra la découverte de l'auteur d'un fait délictueux. De sorte, un enquêteur n'est pas autorisé à recourir à la surveillance d'individus visés au hasard. La technique spéciale d'enquête trouve un équivalent en matière de droits douaniers puisque l'article 67 bis du code des douanes permet aux agents des douanes habilités pour constater les délits douaniers punis d'une peine d'au moins deux ans d'emprisonnement de procéder à des mesures de surveillance des individus soupçonnés d'être auteurs d'infractions douanières, ainsi qu'à la surveillance de l'acheminement d'objets issus ou permettant la commission d'infractions.

198. ***Priorité donnée à la mesure***. La découverte de l'infraction soupçonnée paraît primordiale aux yeux du législateur en ce qu'il donne priorité à la mesure de surveillance notamment grâce à l'article 706-80-1 du code de procédure pénale, lequel permet la suspension du contrôle et de l'interpellation de l'individu surveillé envisagé par tout fonctionnaire ou agent public, « *afin de ne pas compromettre la poursuite des investigations* »[1424]. Ainsi, le texte fait prévaloir la découverte de l'infraction invisible alors même qu'une autre infraction aurait pu être constatée. Il en va de même

[1420] Selon l'expression employée par A. Gallois, « L'infiltration », Procédures, n°5, mai 2014, alerte n°19.
[1421] S. Guinchard, J. Buisson, *Procédure pénale,* LexisNexis,15ème éd. 2022, n°1141.
[1422] *Ibid*.
[1423] F. Fourment, É. Camous, *Procédure pénale*, Bruylant, 16ème éd., 2023, n°396.
[1424] Art. 706-80-1 al 1er CPP. Ici il est nécessaire d'obtenir une autorisation du procureur de la République chargé de l'enquête ou du juge d'instruction saisi, qui en avise préalablement le parquet.

concernant la surveillance de l'acheminement d'objets, dont le contrôle et la saisie peuvent être suspendus dans le but de ne pas entraver la mesure de surveillance[1425]. Toujours dans ce cadre, les officiers de police peuvent même se substituer aux prestataires des services postaux et opérateurs de fret lorsque les nécessités de l'enquête ou de l'instruction l'exigent[1426]. L'extension de la compétence territoriale des OPJ marque également la priorité donnée à la découverte de l'infraction à l'origine de la surveillance puisque l'article 706-80[1427] du code de procédure pénale prévoit que celle-ci ne fait l'objet que d'une simple information au procureur de la République, transmise par « *tout moyen* » à laquelle celui-ci pourra par la suite s'opposer[1428]. De sorte que « *juridiquement, c'est le défaut d'opposition du procureur, et non pas l'avis donné* » qui légitimera la mesure, « *cette non-opposition exprim[ant] donc une autorisation implicite* »[1429]. Ainsi, la mesure ne pouvant attendre une autorisation, « *peu compatible avec la réactivité nécessaire* »[1430], peut être mise en œuvre au préalable par les enquêteurs *proprio motu*, ne faisant l'objet que d'un contrôle *a posteriori* par le procureur de la République[1431]. L'article 694-6 du code de procédure pénale permet également, sous réserve de conditions cette fois-ci plus strictes[1432], une poursuite de la mesure de surveillance à l'étranger. De sorte, il apparaît que rien ne doit entraver la mesure de surveillance eu égard aux capacités révélatrices dont elle fait preuve.

199. ***Questionnement du fondement légal***. Si le code de procédure pénale encadre l'extension de la compétence territoriale des OPJ et APJ placés sous leur autorité lors de la mise en œuvre de la surveillance, celle-ci ne fait toutefois pas l'objet d'un texte spécifique lorsque l'officier de police agit dans le cadre de sa compétence territoriale. Validée de longue date par la jurisprudence, estimant notamment que les actes de surveillance ne nécessitaient aucune autorisation préalable[1433] sur la voie publique[1434], les auteurs estiment qu'elle trouve sa légitimité dans l'article 14 du code de procédure pénale constituant un « *fondement légal suffisant* »[1435], en ce qu'il permet « *la recherche des auteurs d'infractions ce qui constitue la mission même confiée à la police judiciaire* ». La mesure demeure légitime en l'absence de fondement textuel car elle opère en l'« *absence de contrainte étatique* », et « *dès lors qu'elle n'implique aucune coercition ou contrainte* »[1436]. Pour certains auteurs, même si l'on peut déplorer le risque d'atteinte à la vie privée,

---

[1425] C. proc. pén., art. 706-80-1 al 2 : toujours sous réserve de l'autorisation du procureur de la République chargé de l'enquête ou du juge d'instruction saisi, qui en avise préalablement le parquet.
[1426] C. proc. pén., art. 706-80-2 al 1er : sous réserve de l'autorisation du procureur de la République chargé de l'enquête ou du juge d'instruction saisi, qui en avise préalablement le parquet.
[1427] Pour certains auteurs, la réforme du 23 mars 2019 à travers la modification de l'article 18 al. 3 a rendu la disposition de l'article 706-80 quelque peu obsolète, puisque ledit texte prévoit un mécanisme similaire d'extension de compétence, grâce à la simple information du « *procureur de la République saisi de l'enquête ou le juge d'instruction* » leur permettant de se « *transporter sur toute l'étendue du territoire national, à l'effet d'y poursuivre leurs investigations et de procéder à des auditions, perquisitions et saisies* » : A ce propos v. S. Guinchard, J. Buisson, *Procédure pénale*, *op. cit.*, n°1144.
[1428] C. proc. pén., art. 706-80.
[1429] S. Guinchard, J. Buisson, *Procédure pénale*, *op. cit.*, n°1143.
[1430] F. Desportes, L. Lazerges-Cousquer, *Traité de procédure pénale*, Economica, 4ème éd., 2016, n°919.
[1431] F. Fourment, É. Camous, *Procédure pénale*, *op.cit.*, n°397.
[1432] La mesure doit cette fois-ci faire l'objet d'une autorisation par le procureur de la République chargé de l'enquête, dans les conditions prévues par les conventions internationales.
[1433] Cass., crim. 11 mai 1993 n°93-80.932.
[1434] A défaut d'une loi qui l'aménagerait : Cass., crim. 21 mars 2007, n°06-89.444, Bull. crim. 2007 n°89 ; Cass., crim. 27 mai 2009, n°09-82.115, Bull. crim. 2009 n°108 ; Cass. crim. 15 avr. 2015, n°14-87.620, Bull. crim. n°91.
[1435] F. Desportes, L. Lazerges-Cousquer, *Traité de procédure pénale*, *précit.*, n°2282.
[1436] *Ibid.*

celle-ci « *limitée, demeure proportionnée* », car justifiée par la mission confiée par l'article 14 du code[1437].

En dehors de la limite territoriale, aisément repoussée, on l'a vu, grâce à l'article 706-80 du code de procédure pénale, la mesure de surveillance ne fait l'objet d'aucune limitation temporelle, d'ailleurs la jurisprudence a déjà validé la surveillance ininterrompue d'individus soupçonnés de commettre des infractions à la législation sur les stupéfiants ayant donné lieu à l'ouverture d'une enquête de flagrance[1438]. En outre, le texte de l'article 706-80 prévoit une limite matérielle quant à la nature des infractions recherchées[1439], lesquelles renvoient à des domaines propices à l'opacité des comportements délictueux[1440]. Mais s'agissant d'un texte spécifique qui s'applique lors de l'extension exceptionnelle de la mesure au niveau territorial, on pourrait donc penser qu'une mesure de surveillance pourrait être mise en œuvre dans la stricte limite de la compétence territoriale de l'officier de police sans que l'infraction soupçonnée ne fasse partie de la liste donnée à l'article précité. De même, la notion d'individus suspectés telle que définie par l'article 706-80 de manière classique comme les « *personnes contre lesquelles il existe une ou plusieurs raisons plausibles de les soupçonner d'avoir commis l'un des crimes et délits entrant dans le champ d'application* »[1441] prévu par le texte, pourrait trouver à s'appliquer plus souplement lorsque l'officier de police agira dans le cadre de sa circonscription, alors même que la définition textuelle comporte déjà une certaine subjectivité. Malgré une limite matérielle quant aux moyens à disposition des officiers de police, limitant le caractère intrusif de la mesure, le risque subsiste de l'arbitraire dans la décision de la mise en œuvre de la surveillance par les officiers de police. À la manière des très critiquées écoutes « *à filet dérivant* », la surveillance pourrait donc faire l'objet d'une critique de sa légitimité par l'absence de proportionnalité voire de nécessité de la mesure. Toutefois de telles critiques ne pourraient émerger que lorsque la surveillance aura donné lieu à la découverte d'une infraction, car en raison de la nature invisible de la mesure aux yeux des individus concernés, ceux-ci pourraient être amenés à ne jamais apprendre l'existence de celle-ci. L'illicéité de la mesure demeurant, de sorte, invisible.

2- L'infiltration, véritable outil d'invisibilisation des enquêteurs

200. ***Une surveillance renforcée*****.** L'infiltration marque une étape supplémentaire dans la possibilité offerte aux enquêteurs d'« *assurer une présence auprès des personnes soupçonnées, sans […] dévoiler leur qualité* »[1442]. Qualifiée de « *surveillance proactive* »[1443], cette

---

[1437] F. Desportes, L. Lazerges-Cousquer, *Traité de procédure pénale*, *op. cit*, n°2282.
[1438] Cass., crim., 4 fév. 1991 n°90-81.370 ; v.égal. Cass., crim., 4 fév.1991, n°90-81.806.
[1439] Infractions des art. 706-73 et 706-73-1 ou 706-74 ; infractions assimilées à la criminalité organisée : art. 628-8, 706-1-1, 706-1-2, 706-2-2, 706-72, ainsi qu'à l'art 706-1, certains délits du C. prop. int.
W. Jeandidier, « Criminalité et délinquance organisées », Rép. pén. et de proc. pén., jan. 2017, actualisation : juin 2019, n°28 : la surveillance est notamment aussi prévue en matière de délinquance économique et financière, du moins pour certaines infractions (C. pr. pén., art. 706-1, 706-1-1 et 706-1-2).
[1440] V. not. association de malfaiteurs ; travail dissimulé ; participation à la tenue d'une maison de jeux d'argent et de hasard ; administration d'une plateforme en ligne pour permettre la cession de produits, de contenus ou de services dont la cession, l'offre, l'acquisition ou la détention sont manifestement illicites ; viol ; traite des êtres humains ; abus de faiblesse en bande organisée…
[1441] C. proc. pén., art. 706-80 al. 1er.
[1442] E. Verny, *Procédure pénale*, Dalloz, 8ème éd., 2022, n°240.
[1443] F. Fourment, É. Camous, *Procédure pénale*, *op. cit*., titre noyé du § n°398. V. également W. Jeandidier, « Criminalité et délinquance organisées », Rep. Pén., janvier 2017, actualisation juin 2019, D., n°29 : qui définit

technique spéciale d'investigation peut être regardée comme « *une modalité de surveillance beaucoup plus élaborée* »[1444]. En effet, à la différence de la surveillance limitée matériellement, puisque consistant en une simple observation extérieure des individus soupçonnés, l'infiltration quant à elle permet le recours à une investigation en interne[1445] de groupements délictueux, et partant, d'actes bien plus intrusifs. L'article 706- 82 du code de procédure pénale autorise ainsi les officiers de police judiciaire ou agent de police judiciaire spécialement habilités[1446] à adopter un comportement délictueux tel l'acquisition ou le transport de biens ou d'informations tirés de la commission ou servant à la réalisation d'infractions[1447]. Ils peuvent également utiliser ou mettre à disposition des délinquants tout moyen permettant la réalisation de ces infractions, ainsi de leur possible complicité de ces infractions. Pour certains auteurs, le législateur a manqué de prudence lors de la rédaction de cette autorisation, puisque si les atteintes à la vie ou à l'intégrité des personnes sont exclues lorsqu'elles sont commises en tant qu'auteur, les comportements décrits dans les cas de complicité pourraient quant à eux permettre de telles atteintes, pourtant parmi les plus graves[1448]. Ils bénéficieront malgré tout d'une exonération de leur responsabilité pour la réalisation de ces infractions, laquelle pourra également s'étendre pour le premier cas aux éventuels complices requis par lesdits agents pour permettre cette opération d'infiltration. Cette technique d'investigation est issue de la pratique de la police nationale, abandonnée au début des années 1970 à cause de sa dangerosité pour les officiers impliqués et des difficultés découlant de son absence d'encadrement[1449]. C'est le législateur qui l'a par la suite fait renaître, d'abord dans le cadre de la lutte contre les infractions en matière de stupéfiants, pour la mise en œuvre de ce que l'on appelle couramment le « *coup d'achat* »[1450], avant de circonscrire les contours de la technique spéciale d'infiltration. Finalement, la technique d'investigation consiste pour officier un ou agent de police judiciaire à entrer « *dans une équipe de criminels ou délinquants pour en suivre les agissements et recueillir les indices nécessaires à leur mise en cause, au besoin en commettant des infractions* »[1451]. Ainsi, l'objectif est la découverte d'infractions invisibles, dont l'on suspecte l'existence en raison de la connaissance de l'existence de ces groupements délinquants au fonctionnement opaque. En raison de son caractère plus intrusif, la mesure répond à des conditions plus strictes. Plus question d'une simple information, l'infiltration doit faire l'objet d'une autorisation du procureur de la République, ou après avis de ce dernier, du juge d'instruction, délivrée par écrit et spécialement motivée[1452] à peine de nullité. L'autorisation doit respecter le champ d'application de la mesure et n'intervenir que

---

l'infiltration comme l'acte consistant « à surveiller des personnes suspectées […] », la qualifiant de « variété de surveillance ».

[1444] F. Fourment, É. Camous, *Procédure pénale*, *op.cit.*, n°398.

[1445] V. dans le même sens W. Jeandidier, « Criminalité et délinquance organisées », Rep. Pén., janvier 2017, actualisation juin 2019, n°29 qui distingue l'infiltration « variété de surveillance » de cette dernière par leurs caractères respectivement interne et externe.

[1446] A propos de l'habilitation des officiers de police, v. *Ibid*., n°31.

[1447] En somme une appréhension du recel des actes commis par les individus objet de cette surveillance renforcée.

[1448] F. Desportes, L. Lazerges-Cousquer, *Traité de procédure pénale*, *op. cit*., n°2286 qui s'interrogent « peut-être aurait-il fallu fixer des bornes plus visibles ».

[1449] S. Guinchard, J. Buisson, *Procédure pénale*, *op. cit*., n°658.

[1450] *Ibid.* ; procédure prévue par C. proc. pén., art. 706-32.

[1451] Définition de S. guinchard, J. Buisson, *Procédure pénale, op.cit.*, n°658 qui estiment « défectueuse » la définition du code.

[1452] C. proc. pén., art. 706-83 al. 1er ; Cependant, l'art. 706-32 dernier al. permet une application plus souple de la technique d'investigation concernant les infractions relatives aux stupéfiants, l'autorisation pouvant être donnée par tout moyen, et sans qu'une motivation spéciale soit exigée par le texte.

lorsque l'enquête ou l'instruction concernant l'une de ces infractions le nécessite[1453]. Ainsi, « *la logique de l'infiltration postule des circonstances exceptionnelles : dangerosité particulière de la bande organisée, difficultés probatoires notamment », ainsi d'« affaires singulièrement complexes et de grande envergure* » [1454]. L'autorisation fait l'objet d'une limite temporelle de quatre mois pouvant être renouvelée, plusieurs fois comme le sous-entend la formule employée par le texte[1455], toutefois et notamment pour des raisons de sécurité de l'agent infiltré, le magistrat l'ayant autorisé peut décider à tout moment de la fin de la mesure[1456].

201. ***Un outil pour la découverte d'infractions invisibles.*** Cette technique spéciale d'enquête est de nature à permettre la révélation d'infractions invisibles aux autorités de police. En effet, le champ d'application de la technique d'investigation s'articule autour des principales infractions considérées comme difficiles à appréhender car « *souvent commises dans la plus grande discrétion* »[1457]. Ainsi, l'infiltration a dans un premier temps visé des infractions commises en bande organisée[1458] ainsi que des infractions douanières[1459], ou encore l'association de malfaiteurs lorsqu'elle a pour objet la préparation de certaines infractions mentionnées par le texte[1460], puis a maintes fois été étendue, notamment aux infractions relatives à la lutte contre la corruption[1461] eu égard au « *caractère occulte des infractions concernée*s »[1462]. Ont par la suite notamment été ajoutées par le législateur des infractions en matière économique et financière[1463], dont on connait également la nature opaque. Le champ d'application de l'infiltration ne s'arrête pas à ces catégories, il est extrêmement large et le mouvement extensif de son domaine d'application[1464] pourrait perdurer comme le fait remarquer Alexandre Gallois étant donné « *que les catégories d'infractions précitées sont élastiques* »[1465]. D'ailleurs, les articles 706- 73 et 706- 73- 1 auxquels l'article 706- 81 renvoie, font partie d'une sous-section du code intitulée largement « *de la procédure applicable à la criminalité et à la délinquance organisées et aux crimes* ». On pourrait donc envisager l'insertion d'autres crimes difficiles à découvrir ou d'autres infractions commises en bande organisée dont la réalisation serait occulte. Par ailleurs on note que l'article 706- 81 fait référence aux « *personnes*

[1453] C. proc. pén., art. 706-81 al. 1er.
[1454] W. Jeandidier, « Criminalité et délinquance organisées », Rep. Pén., jan. 2017, actualisation juin 2019, n°33.
[1455] En ce sens, *Ibid.*
[1456] C. proc. pén., art. 706- 83 al. 3.
[1457] E. Verny, *Procédure pénale*, *op.cit.*, n°242.
[1458] Loi du 9 mars 2004, n°2004-204 et étendue à d'autres infractions commises en bande organisée par la loi du 29 octobre 2007, n° 2007-1544 de lutte contre la contrefaçon et plus récemment la loi du 24 janvier 2023 n°2023-22, art. 16, ajoutant l'infraction d'abus de faiblesse commise en bande organisée.
[1459] Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004, *précit.* (C. douanes, art. 67 bis).
[1460] Infractions mentionnées du 1° au 14° de l'article 706-73 et et 17° depuis la loi du 5 janvier 2011, n°2011-13 art. 5-1.
[1461] Loi du 13 nov. 2007, n°2007-1598, relative à la lutte contre la corruption pour la corruption et le trafic d'influence.
[1462] A. Gallois, « L'infiltration », Procédures n°5, mai 2014, alerte 19.
[1463] Loi du 6 déc. 2013, n°2013-1117 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière : art. 706-1-1 et 706-1-2.
[1464] L'art. 706-73 a fait l'objet d'un peu moins de 10 modifications depuis sa création en 2004 : loi du 23 janv. 2006, n°2006-64 ; loi du 5 janv. 2011, n°2011-13 ; ; loi du 14 mars 2011, n°2011-266, loi du 15 nov. 2013, n°2013-1029 ; loi du 3 juin 2016, n°2016-731, ord. du 16 déc. 2020, n°2020-1733 ; loi du 30 oct. 2017, n°2017-1510 . Concernant l'art. 706- 73- 1 : loi du 3 juin 2016, n°2016-731 ; loi du 8 août 2016, n°2016-1087 ; loi du 28 fév. 2017, n°2017-257 ; ord. du 2 oct. 2019, n°2019- 1015, loi du 30 octobre 2017 n°2017- 1510. Art. auxquels il faut ajouter les art. 706-1-1 et 706-1- 2 créé par la loi du 6 décembre 2013, n°2013-1117 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière.
[1465] A. Gallois, « L'infiltration », *précit.*

suspectées de commettre un crime ou un délit », l'emploi du présent dans le texte laisse supposer que la mesure ne sera envisageable qu'afin de permettre la découverte d'infraction en cours, pourtant elle permettra bien souvent la découverte d'infractions commises antérieurement, ou faisant l'objet d'une préparation en cours[1466]. Si l'invisibilité joue contre les enquêteurs dans le cadre de nombreuses infractions visées par ces textes, l'infiltration vise à rééquilibrer les forces en présence en mettant l'invisibilité au service de l'enquête. Elle permet en effet de dissimuler la qualité de l'officier ou de l'agent de police judiciaire infiltré qui bénéficiera de surcroît d'une identité d'emprunt[1467]. Ainsi intégré au sein de réseaux criminels, l'agent infiltré obtient une visibilité des infractions commises par ceux-ci. De sorte devenu témoin direct[1468], il peut se substituer aux nombreux témoins silencieux, membres ou proches de ces groupements. L'agent de police vient suppléer aux individus témoins inaptes ou rétifs à l'idée de dénoncer lesdites infractions. Il est d'ailleurs soumis à une obligation de dénonciation de tout crime, délits et contraventions dont il pourrait avoir connaissance[1469]. En outre, la technique d'investigation est elle-même rendue invisible au dossier afin de renforcer son efficacité[1470]. Le législateur a en effet prévu que l'autorisation de la mesure ne soit versée au dossier de la procédure qu'après achèvement de l'opération[1471], et seuls les éléments strictement nécessaires à la constatation des infractions et ne compromettant pas la sécurité de l'agent infiltré et des personnes requises par lui pourront y figurer[1472].

202. ***La protection renforcée des agents infiltrés.*** D'ailleurs, les agents infiltrés bénéficient d'une protection renforcée. Outre l'invisibilisation de leur véritable identité et de l'existence de la mesure dans le dossier de procédure durant l'opération, l'officier de police judiciaire responsable du déroulement de l'opération d'infiltration est le seul pouvant être entendu en qualité de témoin[1473], afin de renforcer l'anonymat de l'agent infiltré. Dans l'hypothèse où la personne mise en cause pourrait demander une confrontation avec l'agent infiltré[1474], le législateur a prévu un dispositif spécial permettant à l'agent garantir la protection de son identité. Par renvoi à la procédure de l'article 706-61 prévue dans le cadre de la protection des témoins, l'agent peut bénéficier d'un dispositif permettant son audition à distance, avec recours à un procédé technique permettant la modification de sa voix[1475]. De plus l'article 706-86, prévoit expressément que « *les questions posées à l'agent infiltré à l'occasion de cette confrontation ne doivent pas avoir pour objet ni pour effet de*

[1466] La préparation d'infractions peut être prise en compte dans certains cas en tant qu'infraction en train de se commettre, notamment par le biais de l'infraction d'association de malfaiteurs prévue par les textes.
[1467] C. proc. pén., art. 706-81 al. 2.
[1468] F. Desportes, L. Lazerges-Cousquer, *Traité de procédure pénale*, Economica, 4e éd., 2016, n°573.
[1469] Les OPJ sont tenus d'informer sans délai le procureur de la République par C. pr. pén., art. 19. Les agents de police municipale sont également tenus à cette obligation par l'art. 21-2 : ils rendent compte de cette information à tout OPJ de la police nationale ou de la gendarmerie nationale territorialement compétent. Les APJA sont soumis à la même obligation à l'art. 21 al. 9 : ils doivent transmettre l'information à leur chef hiérarchique. Aucune mention de cette obligation concernant les APJ n'apparaît dans l'art. 20 qui leur est consacré.
[1470] F. Desportes, L. Lazerges-Cousquer, *Traité de procédure pénale*, *op.cit.*, n°2289.
[1471] C. pr. pén., art. 706- 83 dernier al.
[1472] C. pr. pén., art. 706-81 al.3.
[1473] C. pr. pén., art. 706-86, al. 1er.
[1474] C. pr. pén., art. 706-86 al 2 : Toutefois, s'il ressort du rapport mentionné au troisième al. de l'art. 706-81 que la personne mise en examen ou comparaissant devant la juridiction de jugement est directement mise en cause par des constatations effectuées par un agent ayant personnellement réalisé les opérations d'infiltration, cette personne peut demander à être confrontée avec cet agent dans les conditions prévues par l'art.706-61.
[1475] C. pr. pén., art. 706-61 al. 1er.

révéler, directement ou indirectement, sa véritable identité »[1476]. Pour renforcer encore plus la protection de l'identité des agents infiltrés, le législateur a en outre créé un délit de révélation de l'identité d'emprunt[1477], lequel est aggravé graduellement lorsque la révélation a causé une atteinte à l'intégrité de l'agent ou même d'un membre de sa famille[1478], voire la mort des mêmes personnes[1479]. Dans cette dernière hypothèse, le législateur a permis le cumul de l'infraction aggravée avec l'infraction d'atteinte à la vie correspondante prévue par le code pénal[1480], renforçant d'autant plus la répression. Ainsi, on constate qu'effectivement « *la loi a tout mis en œuvre pour que l'agent infiltré demeure dans l'ombre* »[1481]. Par ailleurs, le législateur a souhaité garantir la sécurité de l'agent lors de la cessation de la mesure d'infiltration. Celle-ci peut être modulée afin qu'elle intervienne dans des conditions assurant sa sécurité[1482]. En effet, l'agent peut poursuivre les activités mentionnées à l'article 706-82 jusqu'à quatre mois après la cessation de la mesure, sans besoin d'aucune autorisation, le faisant seul juge de la nécessité d'une telle prolongation[1483]. A l'issue de ce délai, le magistrat ayant délivré l'autorisation peut, si nécessaire, autoriser une prolongation pour une durée de quatre mois supplémentaires[1484]. De sorte, la dangerosité de la technique spéciale d'investigation est prise en compte par le législateur, de même que la nécessité pour l'agent de se conformer aux comportements délictueux des membres du groupe qu'il infiltre, d'où le fait justificatif admis[1485] pour la commission de certaines infractions commises pour permettre le bon déroulement de la mesure. Cette protection contre la mise en œuvre de sa responsabilité pénale impliquant implicitement la même protection à l'encontre de la mise en œuvre de sa responsabilité civile[1486].

203. ***Le respect des droits des individus suspectés.*** La technique spéciale d'enquête permet de sorte une assez large marge de manœuvre pour les enquêteurs. Elle est rendue possible par l'application du principe de liberté de la preuve[1487], que l'on admet notamment eu égard au fait que « *les délinquants agissent le plus souvent dans le secret, en recourant à des artifices pour rendre plus difficile le travail de la justice* »[1488]. Certains vont même plus loin, estimant qu'« il y a aussi, *avec l'infiltration, l'idée que la fin justifie les moyens* »[1489]. Mais si la technique d'enquête est si

---

[1476] C. pr. pén., art. 706-86, al. 2 ; F. Desportes, L. Lazerges-Cousquer, *Traité de procédure pénale*, *op.cit.*, n°2286 : estiment le texte conforme à la jurisprudence de la CEDH, 23 avril 1997 van Mechelen et autres c./ Pays-Bas.

[1477] C. pr. pén., art. 706-84, al. 2 : cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende

[1478] Lorsque cette révélation a causé des violences, coups et blessures à l'encontre de ces personnes ou de leurs conjoints, enfants et ascendants directs, les peines sont portées à sept ans d'emprisonnement et 100 000 euros d'amende : C. pr. pén., art. 760-84, al. 3.

[1479] Lorsque cette révélation a causé la mort de ces personnes ou de leurs conjoints, enfants et ascendants directs, les peines sont portées à dix ans d'emprisonnement et 150 000 euros d'amende : C. pr. pén., art. 706-84, al. 4.

[1480] C. pr. pén., art. 706-84, al. 4 : « sans préjudice, le cas échéant, de l'application des dispositions du chapitre 1er du titre II du livre II du code pénal » : soit les atteintes intentionnelles, voire non-intentionnelles à la vie lorsque l'individu ayant révélé l'identité n'aura pas pris part à l'infraction commise contre la victime mais que sa révélation aura permis une telle atteinte.

[1481] W. Jeandidier, « Criminalité et délinquance organisées », *op.cit.*, n°35.

[1482] C. pr. pén., art. 706-85.

[1483] *Ibid.*

[1484] *Ibid.*

[1485] C. pr. pén., art. 706-82.

[1486] W. Jeandidier, « Criminalité et délinquance organisées », *op.cit.*, n°30.

[1487] C. pr. pén., art. 427.

[1488] Ph. Bonfils, J. Lasserre Capdeville, « Tentative de clarification de la loyauté de la preuve en matière pénale », *in* V. Malabat, B. de Lamy, M. Giacopelli, *La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale*, Opinio doctorum, Dalloz, 2009, pp.247-256, §7.

[1489] A. Gallois, « L'infiltration », Procédures, n°5, mai 2014, alerte n°19.

protectrice des enquêteurs, elle ne peut se concevoir que dans la mesure où elle permet également la garantie des droits des individus suspectés, en application du principe de légalité de la preuve. C'est ainsi le principe de loyauté qui vient contrebalancer la mesure. Faute de texte[1490] et partant de définition légale[1491], la doctrine estime que le principe de loyauté renvoie à « *une manière d'être dans la recherche des preuves, conforme au respect des droits de l'individu et à la dignité de la justice* »[1492]. De sorte, il aurait « *pour objet d'interdire à celui qui administre la preuve de l'utilisation de procédés déloyaux, de ruses ou de stratagèmes* »[1493]. Entendue ainsi, elle laisse sous-entendre l'interdiction du recours à des méthodes clandestines[1494], telle que l'infiltration, qui consiste à la mise en œuvre d'un stratagème destiné à dissimuler la qualité d'un agent de police afin de lui permettre de gagner la confiance d'individus suspectés et glaner des preuves à leur insu, technique pourtant admise dans le Code de procédure pénale, par le législateur, soumis au respect dudit principe[1495]. En réalité, le principe est plus nuancé, pour des raisons pragmatiques, car « *l'efficacité des investigations suppose le plus souvent qu'elles soient conduites de manière discrète, voire secrète, et parfois même, en trompant les personnes qui en sont l'objet* »[1496]. La Cour de cassation nuance elle aussi le recours aux stratagèmes policiers, lesquels sont admis lorsqu'ils ne visent pas à contourner une règle de procédure[1497]. De sorte, la CEDH admet le recours à des méthodes clandestines, telles l'infiltration, reconnaissant « *la nécessité de garder secrètes des méthodes policières de recherche des infractions* »[1498]. Le droit à un procès équitable[1499] reste sauf, tant que l'agent infiltré ne provoque pas la commission de l'infraction par la suite reprochée au délinquant[1500]. C'est à dire qu'il n'exerce pas « *des pressions pour que le suspect commette précisément à ce moment-là une infraction qu'il n'aurait probablement pas commises sans cela* »[1501]. La provocation à l'infraction est jugée contraire au droit au procès équitable[1502], et prohibée par la jurisprudence interne[1503]. Pour cela, le législateur a tenu à préciser que les actes autorisés à l'article 706-82 ne pouvaient, « *à peine de nullité* »,

---

[1490] A. Lepage, « Les provocations sur Internet (Loyauté de la preuve et nouvelle technologies : entre exigences et efficacité répressive) », *in* S. Guinchard et J. Buisson (dir.), *Les transformations de la justice pénale, Cycle de conférences 2013 à la Cour de cassation*, Dalloz, 2014, p. 231 à 245, n°2 et 3 : qui le déplore ; dans le même sens v. égal. P. Couvrat et G Giudiccelli-Delage, « Une nouvelle procédure pénale ? », RSC 2001, p.139.

[1491] F. Desportes, L. Lazerges-Cousquer, *Traité de procédure pénale*, *op. cit.*, n°569 : v. à propos du projet de définition avorté au sein de l'art. préliminaire du CPP.

[1492] P. Bouzat, « La loyauté dans la rechercher des preuves », *in Problèmes contemporains de procédure pénale*, Mélanges L. Hugueney, Sirey, 1964, p. 172.

[1493] S. Guinchard, J. Buisson, *Procédure pénale*, *op. cit.*, n°569 ; v. déf. similaire chez F. Fourment, É. Camous, *Procédure pénale*, Bruylant, 16ème éd., 2023, n°33.

[1494] F. Desportes, L. Lazerges-Cousquer, *Traité de procédure pénale*, *op. cit.*, n°570.

[1495] *Ibid.*

[1496] *Ibid.*

[1497] Cass., ass. plén., 9 déc. 2019, n°18-86.767, Gaz. Pal., 12 mai 2020, p. 55 obs. F. Fourment ; v. égal. P. Maistre du Chambon, « La régularité des « provocations policières » : l'évolution de la jurisprudence », JCP G n°51, 27 déc. 1989, doctr. 3422.

[1498] C. Ambroise-Castérot, « Recherche et administration des preuves en procédure pénale : la quête du Graal de la Vérité », AJ Pén. 2005 p.261 à propos de CEDH, 23 mai 2017, n°67496/10 et 52936/12, Van Wesenbeeck c/ Belgique.

[1499] Art. 6§1 CSDH auquel la Cour rattache le principe de loyauté : CEDH 12 juill. 1988, n°10862/84, Schenk c/ Suisse, et 6 déc. 1988, n°10590/83, Barberà Messegué et Jabardo c/ Espagne ; puis en formation de grande chambre : CEDH, gde ch., 5 févr. 2008, n°74420/01, Ramanauskas c/ Lituanie, RSC 2008. 692, chron. J.-P. Marguénaud et D. Roets.

[1500] CEDH section 1, 21 mars 2002 calabro contre Italie ; Teixera de castro contre Portugal, 9 juin 1998 §39.

[1501] M.-L. Rassat, *Traité de procédure pénale*, PUF, 2001, n°215.

[1502] *Ibid.* ; CEDH, 27 oct. 2004, Edwards et Lewis, c/ RU, req. n°39647/98 et 40461/98, § 46.

[1503] Cass. crim., 17 oct. 1991, Dr. pénal 1992, comm. n°27; Cass. crim., 27 févr. 1996, D. 1996, p. 346, note Guéry.

constituer une provocation à l'infraction[1504]. Certains auteurs ont envisagé qu'il fût autorisé par la loi à outrepasser ce principe, « *pour rendre encore plus crédible l'agent infiltré, avec à la clé le jeu du fait justificatif de l'autorisation de la loi* »[1505], dans l'optique de rendre la technique d'investigation d'autant plus efficiente pour permettre la répression d'individus usant de la ruse pour échapper à la loi. Toutefois, cette hypothèse est rapidement balayée par les mêmes auteurs, qui soulignent avec justesse les difficultés éthiques engendrées par une telle hypothèse qui reviendrait à faire « *contribuer un agent des forces de l'ordre à la commission de nouvelles infractions, à accroître la délinquance en provoquant les membres d'une bande, en les guidant* »[1506] alors même que l'objectif de la mesure est la diminution de cette délinquance invisible. Les agents doivent se contenter d'adopter une attitude « *passive* »[1507], se contentant de provoquer à la preuve des infractions dont ils sont amenés à être témoins. En outre, leur seul témoignage ne pourra être admis comme fondement à une condamnation, le contradictoire ne pouvant être respecté à cause de l'anonymat de l'agent infiltré[1508]. Pour découvrir une infraction invisible, la fin ne doit pas justifier n'importe quel moyen.

3- L'enquête sous pseudonyme, une infiltration 2.0

204. ***Une Cyber-infiltration.*** Enfin, c'est grâce à l'enquête sous pseudonyme que le législateur continue le développement d'outils propices à la découverte d'infractions invisibles. Malgré une « *appellation légale feutrée* »[1509], l'enquête sous pseudonyme constitue ce que l'on a pu appeler une « *cyber-infiltration* »[1510], « *infiltration informatique* »[1511], ou « *numérique* »[1512], car elle est construite sur le modèle de la technique d'investigation[1513] : tout comme pour l'infiltration, des agents et officiers de police judiciaire, spécialement habilités[1514] sont autorisés à dissimuler leur identité[1515] afin d'approcher et de confondre des individus suspectés de commettre des infractions, au besoin en commettant des actes illicites pour lesquels ils bénéficient d'une irresponsabilité pénale[1516]. Mais dans cette hypothèse, les enquêteurs travaillent par le biais des communications électroniques. La technique vient ainsi compléter le dispositif[1517] présenté précédemment pour s'adapter aux évolutions contemporaines de la délinquance. Qualifiée d'« *infiltration qualifiée* »[1518]

[1504] C. pr. pén., art. 706-81 al.2 *in fine*.
[1505] W. Jeandidier, « Criminalité et délinquance organisées », Rep. Pén., jan. 2017, actualisation juin 2019, n°29.
[1506] *Ibid.*
[1507] F. Desportes, L. Lazerges-Cousquer, *Traité de procédure pénale*, *op. cit*., n°575.
[1508] C. pr. pén., art. 706-87, al. 1.
[1509] G. Dumenil, « La nécessité urgente d'encadrer procéduralement la mesure de cyber-infiltration », Dr. pén. n°9, sept. 2018, étude 22.
[1510] V. Maldonado, *Numérique, renseignement et vie privée* : *De nouveaux défis pour le droit*, rapp. Sénat n°663, 27 juin 2014 ; Circ. de présentation de la loi n°2014-1353 renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme, 5 déc. 2014, n°CRIM/2011-23/G1 ; V. pour une critique de l'emploi de cette terminologie : M. Quéméner, « Fasc. 1110 : Infiltrations Numériques », Jcl Comm., 4 fév. 2015, dernière mise à jour le 3 juil. 2019, n°17.
[1511] W. Jeandidier, « Criminalité et délinquance organisées », *op.cit.*, n°37.
[1512] A. Gallois, « L'infiltration », *op.cit.*
[1513] En ce sens, v. F. Desportes, L. Lazerges-Cousquer, *Traité de procédure pénale*, *op. cit*., n°2296-4 ; Y. Mayaud, « Terrorisme – Poursuites et indemnisation », Rép. pén. et de proc. pén., fév. 2020, actualisation nov. 2021, n°138.
[1514] C. pr. pén., art. 230-46, 1er al.
[1515] V. M. Quéméner, « Fasc.1110 : Infiltrations Numériques », *op. cit*., n°26, concernant la procédure d'attribution de pseudonyme.
[1516] C. pr. pén., art. 230-46.
[1517] E. Verny, *Procédure pénale*, Dalloz, 8ème éd., 2022, n°244.
[1518] Y. Mayaud, « Terrorisme – Poursuites et indemnisation », *op. cit*., n°138.

par certains, cela reviendrait-il à dire que l'infiltration constituerait une version « *simple* » de cette technique d'enquête ? Cela impliquerait de sorte une gradation dans la gravité des faits à découvrir ou des actes accomplis par les enquêteurs. Depuis la loi du 23 mars 2019, les infractions visées par la technique d'investigation ne sont pas forcément plus graves, au contraire, puisque tout délit puni d'emprisonnement et commis par la voie numérique peut suffire. C'est la ruse découlant du procédé employé qui pourrait justifier une telle présentation, la commission par la voie numérique rend l'appréhension des faits délictueux plus difficile par la dématérialisation des comportements et leur volume considérablement multiplié par les techniques numériques. Ce qui explique un champ d'application de la mesure plus large et des conditions plus souples[1519], étendues encore récemment[1520]. La technique d'enquête n'est régie que par un seul article, lequel prévoit que l'habilitation des enquêteurs est organisée par un arrêté du ministre de la Justice et du ministre de l'Intérieur, texte à valeur inférieure au décret prévu dans le cadre d'une infiltration. De plus ici l'autorisation ne vise pas globalement la technique d'enquête mais ponctuellement la commission de fait délictueux, seules les conditions de nécessité de l'enquête ou de l'instruction et l'objectif de constatation de crimes et de délits cumulativement visé dans le cadre de l'infiltration sont ici prévus. En outre, l'autorisation requise pour la commission d'infractions nécessaires à la réussite de la mesure pourra être donnée par tout moyen[1521] et non plus par écrit spécialement motivé[1522]. La mesure ne fait par ailleurs pas l'objet d'une limitation temporelle, à la différence de l'infiltration. Enfin, le rapport de synthèse versé au dossier de la procédure dans le cadre d'une infiltration n'est ici pas exigé par l'article 230-46 du Code de procédure pénale. S'il y a une « *quadruple garantie procédurale* »[1523] pour l'infiltration, son pendant numérique n'en comporte qu'une[1524]. De sorte, il y a une inégalité entre les suspects visés par la technique d'enquête classique ou sa version numérique. Pour certains, il y a là le risque d'un dévoiement de la procédure afin de bénéficier du régime plus clément de la cyber-infiltration[1525]. Le risque est accru depuis la facilitation du recours à la technique du « *coup d'achat* » par la réforme du 24 janvier 2023. Désormais, les enquêteurs peuvent, comme dans le cadre de l'infiltration[1526], mettre des moyens juridiques ou financiers, des moyens de transport, de dépôt, d'hébergement, de conservation et de télécommunication au service des individus suspectés[1527], mais là encore, à la différence de l'infiltration classique, grâce à une autorisation donnée par tout moyen[1528].

205. ***Une veille policière renforcée.*** L'espace numérique bénéficie d'une infiltration adaptée à son univers dématérialisé, mais également d'une surveillance digitale, à bien distinguer de l'enquête sous pseudonyme. De la même façon que la surveillance ne fait pas l'objet de textes spécifiques, la veille policière résulte des autorisations issues des articles généraux 12 et 41 du

---

[1519] En ce sens, F. Desportes, L. Lazerges-Cousquer, *Traité de procédure pénale*, *op. cit*., n°2296-4.
[1520] Loi du 24 janvier 2023, d'orientation et de programmation du ministère de l'intérieur, n°2023-22.
[1521] C. pr. pén., art. 230-46.
[1522] C. pr. pén., art. 706-83.
[1523] G. Dumenil, « La nécessité urgente d'encadrer procéduralement la mesure de cyber-infiltration », Dr. pén., n°9, sept. 2018, ét. 22 : avec l'autorisation judiciaire préalable, la motivation écrite et détaillée de la mesure, le rapport de synthèse versé au dossier de la procédure et la stricte limitation temporelle.
[1524] En plus des garanties fondamentales, découlant notamment du principe de loyauté.
[1525] *Ibid.* ; Dans le même sens v. M. Quéméner, « Fasc. 1110 : Infiltrations Numériques », *op. cit*., n°55.
[1526] C. pr. pén., art. 706-82 2°.
[1527] C. pr. pén., art. 230-46 4° ; En revanche, le Ccel a fort heureusement censuré la disposition consistant à permettre les acquisitions et la transmission de contenus licites sans l'autorisation d'un magistrat, en raison de l'atteinte portée au droit à un procès équitable : v. Cons. const., 19 janv. 2023, n° 2022-846 DC, cons. n°45.
[1528] C. pr. pén., art. 230-46, al. 6.

Code de procédure pénale[1529]. Si elle nécessite toutefois le recours à des pseudonymes pour les enquêteurs, en revanche elle ne donne lieu à aucun acte d'investigation et reste limitée, à la manière de la surveillance, aux simples constatations que les agents pourront faire en navigant sur internet.

206. ***Un outil pour la découverte d'infractions invisibles.*** Là encore, la technique d'enquête digitale est à même de permettre la découverte d'infractions invisibles. Son champ d'application, aujourd'hui très large, visait à l'origine uniquement des faits graves tels la traite des êtres humains, le proxénétisme et le recours à la prostitution des mineurs[1530]. Etendu à de multiples reprises[1531], le législateur a finalement décidé d'autoriser la mesure à tous les crimes et délits commis par la voie des communications électroniques[1532]. Si les infractions visées à l'origine sont souvent commises dans l'ombre, il faut dire que toute infraction commise par le biais numérique peut s'avérer plus difficile à découvrir que lors de sa commission matérielle traditionnelle. La dématérialisation des faits, le recours à des réseaux dissimulés, tels les dark nets, la démultiplication de la potentialité délictuelle et parfois la faible propension des internautes à signaler les faits[1533] contribue à l'invisibilisation des faits délictueux commis sur les réseaux numériques, alors même que nombre d'infractions peuvent être commises en tout ou en partie par ce biais[1534]. La doctrine le souligne, « *la poursuite et la répression de la cybercriminalité se heurtent à de nombreux obstacles : extraterritorialité et rapidité des réseaux, fugacité et volatilité des données qui constituent des freins à l'efficacité répressive* »[1535]. Il était de sorte nécessaire de procéder à l'adoption d'un champ d'application suffisamment large pour appréhender tous les comportements délictueux difficiles à découvrir. La technique d'enquête a ainsi intégré les dispositions communes du livre premier du Code de procédure pénale, devenant une technique d'enquête de droit commun, à la différence des deux précédentes techniques étudiées, lesquelles relèvent quant à elle d'un droit d'exception. Avec un pseudonyme, et bénéficiant de surcroît de l'anonymat conféré par les réseaux numériques, l'enquêteur dupe les internautes délinquants en invisibilisant sa qualité. Il peut par ce stratagème, approcher des individus suspects, en participant à des échanges électroniques avec ceux-ci, dans l'objectif d'extraire ou conserver toute preuve ou donnée concernant ces individus. Sur autorisation, il pourra renforcer sa couverture, et accroître ses chances d'obtenir des preuves en adoptant un comportement délictueux[1536].

207. ***Difficulté du respect du principe de loyauté et du respect de la vie privée.*** Si « *la dimension numérique vient complexifier de surcroît les enquêtes avec la nécessité du recours à des méthodes d'investigation de nature intrusive* »[1537], la jurisprudence n'a pas assoupli ses exigences

---

[1529] M. Quéméner, « Fasc. 1110 : Infiltrations Numériques », *op. cit.*, n°19.
[1530] Loi du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance, n° 2007-297.
[1531] V. A. Lepage, « Un de droit pénal des nouvelles technologies », Dr. pén. n°12, déc. 2011, chron. 10, n°10 : pour une critique de ces élargissements successifs.
[1532] A noter que la technique est également envisageable dans le cadre d'infractions douanières : C. douanes, art. 67 bis 1 : sont maintenues les dispositions de l'art. 59 de la loi n°2010-476 du 12 mai 2010, ainsi que celles des articles 67 bis-1 A et 67 bis-1 du code des douanes.
[1533] Ce qu'une récente loi n° 2023-566 du 7 juillet 2023 visant à instaurer une majorité numérique et à lutter contre la haine en ligne, ambitionne d'améliorer concernant le domaine des réseaux sociaux en imposant à ceux-ci qu'ils mettent en place un système de signalement des contenus publiés sur leurs plateformes.
[1534] A. Gallois, « L'infiltration », *op. cit.*
[1535] M. Quéméner, *in* S. Guinchard et J. Buisson (dir.), *Les transformations de la justice pénale, Cycle de conférences 2013 à la Cour de cassation*, Dalloz, 2014, p. 247 à 259, spé. p.248.
[1536] Art. 230-46 3° et 4°.
[1537] M. Quéméner, *in Les transformations de la justice pénale*, *précit.*, p.247.

quant au respect du principe de loyauté[1538]. Les actes ainsi autorisés par l'article 230-46 doivent donc, tout comme dans le cadre de l'infiltration classique, ne pas constituer de provocation à l'infraction[1539]. Mais certains[1540] font remarquer que la rédaction du texte issu de la réforme de 2019[1541] ne rappelle la règle que concernant le 3° de l'article[1542], et depuis la loi du 24 janvier 2023[1543] concernant le 4°, soit l'autorisation de commission d'infractions et leur complicité. Pourtant, les actes prévus au 1° et 2° du texte, notamment la participation aux échanges électroniques, peuvent être l'occasion d'une telle provocation. Toutefois, si le principe de loyauté s'impose en principe directeur de la procédure pénale, on peut considérer qu'il doit s'appliquer à l'ensemble des textes du Code, peu important que le législateur en fasse précisément mention. En outre, la rédaction de l'article 230-46 ne soumet à autorisation que la commission d'infractions visée au 3°. Or, certains le soulignent, les actes prévus au 2° consistant en l'extraction et la conservation de données personnelles ne sont pas soumis à une telle autorisation, malgré le risque d'atteinte au droit au respect de la vie privée, au sein duquel la CEDH intègre la protection contre l'utilisation non souhaitée de ses données personnelles[1544]. On pourrait toutefois tempérer dans les hypothèses où l'enquêteur se retrouve témoin de faits délictueux. La découverte d'infractions difficiles à découvrir semble prendre le pas sur le respect de la vie privée dans l'esprit du législateur[1545].

§2 : La découverte fortuite d'infractions invisibles

208. Il arrive qu'à l'occasion d'actes n'ayant pas pour objectif la découverte d'infractions inconnues des autorités, celles-ci soient tout de même mises au jour. Une telle découverte tient à l'intrusivité des moyens mis en œuvre et pose la question de la validité d'une telle constatation et de la procédure en découlant. Cette découverte fortuite peut intervenir lors d'actes d'investigations accomplis par la police judiciaire, voire les agents des services douaniers (**A**). Mais elle peut également avoir lieu lors des activités menées par les services de Renseignement (**B**). Dans ce cas la découverte est facilitée par les pouvoirs intrusifs, et parfois coercitifs, octroyés à ces services par le législateur. La porosité entre les activités en théorie préventives de ces derniers et la mission répressive de la police judiciaire interroge d'autant plus quant à la légitimité de ces découvertes.

[1538] A ce sujet v. A. Lepage, « Les provocations sur Internet » *op.cit.*, n°5 et 16 s. : qui estime même qu'elle s'est montrée plus rigoureuse dans cette hypothèse.

[1539] Cass. crim., 7 févr. 2007, n°06-87.753, JurisData n°2007-037763; Bull. crim. 2007, n°37; Procédures 2007, comm. 147, obs. J. Buisson; Comm. com. électr. 2007, comm. 147 ; Rev. pénit. 2007, p.673, obs. E. Verny; Rev. sc. crim. 2007, p.331, obs. R. Finielz et p. 560, obs. J. Francillon; Rev. sc. crim. 2008, p. 663, obs. J. Buisson; V. aussi dans cette affaire Cass. crim., 4 juin 2008, n°08-81.045, JurisData n°2008-044296, Bull. crim. 2008, n°141 ; RSC 2008, p. 621, obs. J. Francillon ; JCP G 2009, II, 10009, note F. Fourment ; Comm. com. électr. 2008, comm. 106 ; Cass. crim., 30 avr. 2014, n°13-88.162: JurisData n°2014-008634 ; D. 2014, pan. p.1739, obs. J. Pradel ; AJP. 2014, p.374, obs. P. de Combles de Nayves ; Comm. com. électr. 2014, comm. 73 et les obs.

[1540] G. Dumenil, « La nécessité urgente d'encadrer procéduralement la mesure de cyber-infiltration », Dr. pén. n°9, sept. 2018, ét. 22.

[1541] Reconnue conforme à la Constitution par une décision du Cons. const. 21 mars 2019, no 2019-778 DC, §154 à 157.

[1542] Alors qu'elle était visée plus largement par l'ancien texte.

[1543] Loi du 24 janvier 2023, d'orientation et de programmation du ministère de l'intérieur, n°2023-22.

[1544] G. Dumenil, « La nécessité urgente d'encadrer procéduralement la mesure de cyber-infiltration », *précit.*

[1545] V. dans un autre domaine la censure de l'article 77-1-1 CPP par le Conseil constitutionnel : Cons. const. 3 déc. 2021, n°2021-952 QPC.

A- La découverte incidente par les activités des services policiers et douaniers

209. Des infractions invisibles pourront être découvertes au détour de la mise en œuvre de certains actes d'investigation. La question se pose alors de l'avenir des procédures concernant ces infractions, d'autant plus lorsque les actes initiaux auront été justifiés par des objectifs différents. C'est la question de la validité des procédures incidentes qui est ainsi posée lors de chacune de ces découvertes.

210. ***La découverte d'infractions invisibles.*** Lors de la réalisation de tout acte de procédure, les forces de l'ordre peuvent mettre en œuvre des pouvoirs plus ou moins intrusifs fondées sur un objectif spécifique venant légitimer l'acte. Or, au cours de la mise en œuvre de ces opérations, des infractions non connues, ainsi différentes de celles justifiant l'acte, peuvent être découvertes. Plus l'acte sera intrusif, plus il y a de chances que celui-ci permette une telle découverte. Elle pourra intervenir lors de la mise en œuvre d'actes de police judiciaire, mais également au cours de certains actes de police administrative « *à finalité répressive* »[1546] tels des contrôles douaniers, des contrôles d'identité, des perquisitions etc… Ainsi d'une « *recherche d'indices qui peut aboutir à la découverte d'autres preuves d'autres infractions dont la Justice n'aurait peut-être jamais eu connaissance sans cette perquisition* »[1547].

211. ***L'obligation d'information du Parquet.*** La découverte incidente d'une infraction s'impose à l'autorité en ayant pris connaissance en vertu des obligations pesant sur les fonctionnaires. En vertu de l'article 40 du code de procédure pénale, « *Toute autorité constituée, tout officier public ou fonctionnaire qui, dans l'exercice de ses fonctions, acquiert la connaissance d'un crime ou d'un délit est tenu d'en donner avis sans délai au procureur de la République et de transmettre à ce magistrat tous les renseignements, procès-verbaux et actes qui y sont relatifs* ». En outre, dans le cadre d'une instruction, si le juge est saisi *in rem*, l'article 80 I prévoit que « *Lorsque des faits, non visés au réquisitoire, sont portés à la connaissance du juge d'instruction, celui-ci doit immédiatement communiquer au procureur de la République les plaintes ou les procès-verbaux qui les constatent* ». Par ailleurs, dans l'hypothèse où l'infraction découverte incidemment serait flagrante, les autorités de police judiciaire sont tenues d'informer le procureur de la République par l'article 54 al. 1er. De sorte qu'il n'est donc pas possible de passer sous silence la découverte d'une infraction sous prétexte que celle-ci n'était pas visée dans l'acte justifiant l'opération ayant conduit à sa découverte. Ainsi, une découverte incidente devra toujours faire l'objet d'un signalement auprès du Procureur de la République, auquel appartiendra le choix de l'opportunité des poursuites[1548].

212. ***Le cas des procédures exorbitantes du droit commun.*** Le code de procédure pénale prévoit parfois le cas de découvertes incidentes dans le cadre d'actes d'investigation intrusifs. Il s'agit des hypothèses de contrôles d'identité sur réquisition[1549], des perquisitions[1550], de la géolocalisation[1551], de la captation d'images[1552], de l'accès aux données informatiques[1553], ainsi que

[1546] F. Fourment, « Irrépressibles procédures incidentes », Gaz. Pal. 19 juill. 2016, n°27, p. 80.
[1547] E. Camous, « Les procédures incidentes : le point de vue d'un magistrat du parquet », Gaz. Pal. 19 juill. 2016, n° 27, p.70.
[1548] A ce propos v. E. Camous, « Les procédures incidentes : le point de vue d'un magistrat du parquet », *op.cit.*
[1549] C. pr. pén., art. 78-2, 78-2-2 et 78-2-5.
[1550] C. pr. pén., art. 76 al. 4 *in fine* et 706-93 al. 2nd.
[1551] C. pr. pén., art. 230-37 al. 2nd.

l'ensemble des techniques spéciales d'enquêtes prévues aux articles 706-95-11 à 706-102-5 du code de procédure pénale[1554]. Dans chaque hypothèse, les textes prévoient que le fait que ces opérations révèlent des infractions autres que celles visées par le magistrat à l'initiative de celles-ci, ne constitue pas une cause de nullité des procédures incidentes. Ainsi une telle découverte est licite et des poursuites envisageables pour ces faits. En réalité une telle précision légale n'était pas nécessaire, puisqu'il s'agit là d'un principe ancien. Il semble ainsi que le législateur fasse preuve d'une particulière précaution s'agissant de ces actes exceptionnels afin d'empêcher la nullité des procédures qui en découleraient. Il semble de sorte affirmer la pérennité du principe en dehors des procédures de droit commun.

213. ***Légitimité de la découverte.*** La découverte incidente soulève une première difficulté quant à sa légitimité. En effet, dans nombre d'hypothèses une telle découverte n'aurait pu avoir lieu sans le recours aux opérations intrusives menées dans un autre objectif. Or, la légitimité de ces opérations est fondée sur l'objectif qui leur est attribué. Ainsi du contrôle douanier fondé sur les articles 60 et 60 bis du code des douanes : Il n'est pas possible de recourir à un contrôle douanier concernant une infraction au Code de la route alors que ceux-ci n'ont pas compétence en matière douanière[1555]. De même pour une sonorisation[1556] laquelle ne peut avoir lieu qu'en matière de criminalité organisée. Le recours à cette technique extrêmement intrusive ne peut avoir lieu pour la recherche d'autres infractions[1557]. Il en va encore de même concernant les contrôles d'identité administratifs[1558], lesquels ne peuvent être mis en œuvre que dans un objectif préventif. Le caractère coercitif ou intrusif de ces mesures est justifié par la recherche d'une infraction dont il existe des raisons plausibles de soupçonner la commission. Ou dans le cadre des contrôles d'identité sur réquisition, où de tels indices ne sont pas nécessaire, la mesure se voit justifiée par l'existence d'une présomption factuelle[1559] tirée de l'expérience et de la connaissance des activités délictueuses du ressort du Procureur à l'origine de la mesure. Lorsque l'infraction découverte présente un lien avec l'infraction visée par l'acte support de l'opération, la découverte peut sembler toutefois plus légitime en ce que la procédure incidente aide « *à la compréhension d'un phénomène criminel unique* »[1560]. Mais encore faut-il définir ce lien, au risque d'en avoir une définition très large.

Ainsi, la question se pose de la légitimité d'une telle découverte lorsque l'infraction mise au jour n'était pas visée, et de surcroît lorsqu'elle ne pouvait légalement faire l'objet de l'opération ayant permis sa découverte. Mais la question est du reste balayée par le Conseil constitutionnel qui admet, à propos des contrôles d'identité sur réquisition de l'article 78-2 al. 7, que les découvertes incidentes sont valides, « *Le fait que le contrôle d'identité révèle des infractions autres que celles visées dans les réquisitions du procureur de la République ne constitue pas une cause de nullité des*

[1552] C. pr. pén., art. 230-47.
[1553] C. pr. pén., art. 706-95-1, 706-95-2.
[1554] C. pr. pén., art. 706-95-14.
[1555] Cass., crim 18 décembre 1989, Bull. crim. 1989, n°485.
[1556] C. pr. pén., art. 706-96 et s. CPP.
[1557] Cass. crim., 18 juin 2019, n°19-80015, D. actu., 9 juill. 2019, obs. Goetz D. ; Dr. pén. 2019, comm. 156, obs. F. Fourment.
[1558] C. pr. pén., art. 78-2; 78-2-4.
[1559] M. Murbach, « Théorie générale des pouvoirs d'investigation : l'investigation proactive », AJ Pén. 2011 p.506.
[1560] E. Camous, « Les procédures incidentes : le point de vue d'un magistrat du parquet », Gaz. Pal. 19 juill. 2016, n°27, p. 70.

procédures incidentes »[1561]. La saisine du Conseil constitutionnel arguait que la validité de telles procédures méconnaîtrait la liberté individuelle dont la protection est garantie par l'article 66 de la Constitution, en privant l'autorité judiciaire d'une maîtrise effective de l'opération, puisque la procédure irait ainsi au-delà de ses réquisitions. Pour les Sages de la Haute juridiction, les autorités de police judiciaire doivent relever les infractions même non visées par les réquisitions eu égard aux missions répressives qui leurs sont confiées. Comme l'explique M. le professeur Fourment, le Conseil constitutionnel semble dans cette décision indiquer qu'« *un fonctionnaire de police judiciaire ne peut être empêché de réagir à la constatation d'une infraction flagrante et de mettre en œuvre les pouvoirs d'enquête qu'il tient de cette procédure, sous le contrôle idoine, pour chaque pouvoir considéré, du procureur de la République* »[1562]. La liberté individuelle serait ainsi garantie par le contrôle que conserve le procureur de la République sur cette découverte. La formule employée par la Haute juridiction laisse de surcroît penser que *« le raisonnement vaut d'être dupliqué pour les autres contrôles d'identité comprenant une telle clause, pour les autres opérations prévoyant également cette clause et, enfin – et surtout –, dans le silence même du code* »[1563]. La Cour de cassation a d'ailleurs repris la solution à propos d'une infraction flagrante découverte dans le cadre d'une instruction pour d'autres faits : « *il ne peut être reproché à l'officier de police judiciaire qui, au cours de l'exécution d'une commission rogatoire, découvre, comme en l'espèce, des faits délictueux distincts de ceux qui sont compris dans la saisine du juge d'instruction, d'user des pouvoirs qu'il tient des articles 53 et suivants du Code de procédure pénale* »[1564]. S'il est dans ces deux affaires question d'infractions flagrantes découvertes incidemment, la jurisprudence s'applique de même lorsque les faits découverts nécessitent l'ouverture d'enquête préliminaire ou d'une instruction. La Cour de cassation a ainsi pu rappeler que « *lorsque des officiers de police judiciaire découvrent au cours de l'exécution d'une commission rogatoire des faits délictueux étrangers à la saisine du juge d'instruction, il ne leur est pas interdit de procéder à des investigations sur ces faits en mettant en œuvre les pouvoirs qu'ils tiennent des règles prévues par les articles 53 à 78 du Code de procédure pénale pour l'enquête préliminaire ou de flagrance* »[1565]. Le pouvoir d'opportunité du Procureur auxquels les faits devront être rapportés restera tout de même entier[1566].

214. ***Risque de détournement de procédure.*** La question du respect des libertés individuelles resurgit toutefois à l'aune du risque de détournement de procédure que peuvent représenter les procédures incidentes. Peu souvent étudié, il s'agit d'une « *forme de fraude à la loi consistant, pour les agents de l'autorité publique, à se placer faussement dans le champ d'application d'une disposition légale à seule fin de mettre en œuvre des pouvoirs conférés par celle-ci, dont ils n'auraient pas disposé s'ils s'étaient conformés à la loi* »[1567]. Or en l'espèce, la procédure incidente permet la poursuite d'une infraction découverte grâce à un cadre ou des actes procéduraux

---

[1561] Cons. const., 5 août 1993, n° 93-23 DC, cons. 6 ; D. 1993, p. 272, note Mayer D. ; AJDA 1993, p. 815, note P. Wachsmann ; RFDC 1993, p. 835, note L. Favoreu.
[1562] F. Fourment, « Irrépressibles procédures incidentes », Gaz. Pal. 19 juill. 2016, n°27, p. 80.
[1563] *Ibid.*
[1564] Cass. crim., 30 avr. 2014, n°08-85410 ; Cass. crim., 30 avr. 2014, n°12-85115 : Bull. crim. 2014, n°118 ; Gaz. Pal. 29 juill. 2014, n° 188, p. 35, note F. Fourment.
[1565] Ass. plén., 22 novembre 2002, pourvoi n° 92-82.460, Bull. crim. 2002, Ass. plén., n°2.
[1566] Les OPJ devant dans ce cas de figure informer de la découverte le juge d'instruction : Cass., crim. 14 janv. 1992, n°91-85.864, Bull. crim. 1992 n°13 ; RSC 1993 p.130 obs. A. Braunschweig ; et le Procureur : Cass., crim. 9 févr. 1993, n°92-85.415, Bull. crim. 1993 n°66; Cass. crim. 21 févr. 1995, n°94-83.336, Bull. crim. 1995 n°75; D. 1995. 320, obs. J. Pradel.
[1567] F. Desportes, L. Lazerges-Cousquer, *Traité de procédure pénale*, Economica, 4ème éd., 2016, n°577.

d'ordinaire inapplicables à celle-ci, car non visée par le législateur ou le magistrat à l'origine de l'acte, alors même que cette infraction n'a été découverte qu'à raison du procédé employé. De sorte, certains soulignent congrûment que « *la procédure incidente peut très facilement se transformer en cheval de Troie procédural propre à déborder et perturber les frontières de compétence dessinées par la loi* »[1568]. Or, comme a pu le rappeler la Cour de cassation, « *les pouvoirs d'investigation conférés aux officiers et agents de police judiciaire ou à certains fonctionnaires par des lois spéciales ne peuvent être exercés que dans les conditions et dans les limites fixées par les textes qui les prévoient, sans qu'il leur soit permis de mettre en œuvre, par un détournement de procédure, des pouvoirs que la loi ne leur a pas reconnus* »[1569].

Lorsque le législateur précise dans certains textes que « *le fait que l'opération révèle des infractions autres [que celles visées par l'acte] ne constitue pas une cause de nullité des procédures incidentes* », c'est au détournement de procédure qu'il fait implicitement référence. Actant tacitement de l'existence d'un tel risque, il insiste sur la légalité de ces procédures, semblant permettre de sorte la réalisation d'opérations à spectre extrêmement large. Toute infraction découverte, quelles que soit les conditions de mise en œuvre de l'opération à l'origine de sa mise au jour, pourra faire l'objet d'une procédure incidente. La précision ainsi apportée concernant les contrôles d'identité de l'article 78-2 al. 7 a été validée par le Conseil constitutionnel saisi *a priori*, arguant du respect des libertés individuelles grâce au contrôle d'opportunité du Procureur[1570]. Mais en 2004, le Conseil constitutionnel a, dans une décision concernant un futur article 706-104 du CPP, invalidé la même formule utilisée par le législateur. Prévoyant que « *Le fait qu'à l'issue de l'enquête ou de l'information ou devant la juridiction de jugement la circonstance aggravante de bande organisée ne soit pas retenue ne constitue pas une cause de nullité des actes régulièrement accomplis en application des dispositions du présent titre* »[1571], le texte a été censuré par les Sages de la Haute juridiction. Il comportait selon les requérants, le risque de pratique abusive ou de détournement de procédure[1572], ce que le Conseil constitutionnel approuve implicitement en accueillant leurs prétentions, ajoutant que « *si le législateur pouvait exonérer de nullité les actes d'enquête ou d'instruction dès lors que la circonstance aggravante de bande organisée paraissait caractérisée à la date où ils ont été autorisés, il ne pouvait exonérer, de façon générale, des actes qui auraient été autorisés en méconnaissance des exigences susmentionnées* »[1573]. Il y a bien là le risque d'« *affecter gravement l'exercice de droits et libertés constitutionnellement protégés, tels que la liberté individuelle, l'inviolabilité du domicile et le secret de la vie privée* »[1574]. Le Conseil constitutionnel acte ici du risque engendré par l'emploi d'une formule si large, pourtant, nombreuses sont les occurrences dans d'autres textes, lesquels n'ont pas fait l'objet d'une saisine *a priori*[1575]. La solution semble s'opposer à celle rendue concernant les contrôles d'identité, mais à y regarder de plus près, elle pourrait s'expliquer par une nuance. Concernant ces derniers, c'est la possibilité pour les forces de l'ordre d'user de leurs pouvoirs dans un cadre prévu pour la recherche d'autres infractions qui

---

[1568] E. Camous, « Les procédures incidentes : le point de vue d'un magistrat du parquet », Gaz. Pal. 19 juill. 2016, n°27, p. 70.
[1569] Cass., crim., 18 déc. 1989, n°89-81.659, Bull. crim. 1989, n°485 ; JCP 1990.II.21530-21531 note P. Chambon ; Cass. crim., 11 mai 1992 Gaz. Pal., 1993.I.244 note J. Pannier.
[1570] Cons. const., 5 août 1993, n°93-23 DC, cons. 6.
[1571] Cons. const., décision du 2 mars 2004, n°2004-492 DC, cons. 67.
[1572] *Ibid*., cons. 68.
[1573] *Ibid*., cons. 70.
[1574] *Ibid*., cons. 69.
[1575] F. Fourment, « Irrépressibles procédures incidentes », Gaz. Pal. 19 juill. 2016, n°27, p. 80.

était mis en cause. Alors que dans cette dernière décision c'est plutôt l'acte support et l'intention du magistrat au moment de sa rédaction dont il est question.

Quoiqu'il en soit, la précision du législateur dans certains textes n'est toutefois qu'une précaution puisque la procédure incidente ne sera valide que « *dès lors que c'est légalement qu'ils ont eu accès aux éléments d'information qui en ont révélé l'existence et qu'il n'y a pas eu de détournement de procédure* »[1576]. En effet, « *les pouvoirs d'investigation accordés aux O.P.J. ou à certains fonctionnaires sont strictement délimités par la loi de sorte que tous ces agents ne sauraient sortir de ces limites pour appréhender des infractions dans un but de plus grande efficacité* »[1577]. L'acte support ne peut viser de mauvaise foi une infraction pour permettre la mise en œuvre de pouvoirs exorbitants au bénéfice de la recherche d'une autre infraction, laquelle ne permettrait pas une telle opération. Le détournement de procédure semble toutefois n'apparaître que comme une construction doctrinale sans réelle portée en pratique. Qualifié d'« *Arlésienne de la procédure pénale* »[1578] par M. le professeur Fourment, il faut en effet constater que rares sont les arrêts qui admettent la nullité d'un acte de procédure sur ce fondement[1579]. Plus subtilement, la jurisprudence fait dériver la question sur la notion d'insuffisance de motivation. La Cour de cassation a pu toutefois affirmer qu'il s'agissait d'un motif recevable, dont elle a pu définir les contours dans le cadre d'une mesure exorbitante de sonorisation, estimant « *qu'une mesure de sonorisation dans un lieu privé peut être autorisée si les nécessités de l'enquête relative à une infraction prévue par les articles 706-73 ou 706-73-1 du [CPP] l'exigent et hors le cas d'un détournement de procédure ; que l'existence d'un tel détournement s'entend en pareil cas du fait, pour des agents publics, de se placer faussement et à dessein dans le champ d'application des articles 706-73 et 706-73-1 précités, à seule fin de mettre en œuvre les pouvoirs conférés par les articles 706-96 et 706-96-1 [CPP], dont ils n'auraient pu disposer autrement* »[1580]. Mais alors même qu'elle avait défini et admis la recevabilité du motif de détournement de procédure, la Cour de cassation l'a écarté au profit de l'insuffisance de motivation[1581], plus simple à démontrer. En effet, puisqu' « *au stade de l'enquête, il ne s'agit pas d'acquérir des certitudes mais de se déterminer en fonction de l'apparence. Il importe donc seulement de retenir une qualification vraisemblable en l'état des éléments d'information recueillis* »[1582]. Les qualifications envisagées ne reposent ainsi que sur des suppositions et en aucun cas une certitude. Il faudra donc démontrer la mauvaise foi lors de la rédaction de l'acte pour pouvoir retenir le détournement de procédure. Toutefois, hors cas manifestes, une telle preuve sera difficile à rapporter. On comprend alors que lui soit préféré le motif d'insuffisance de motivation, bien plus aisé à contrôler. Néanmoins, il ne faudrait pas pêcher par excès de facilité, la solution rendue dans cet arrêt laisse croire que « *le détournement de procédure de sonorisation n'est peut-être bien qu'un exercice de pensée…* »[1583]. Pourtant, et plus largement, il semble que le détournement de procédure procède d'une véritable ruse, d'un stratagème[1584], révélant une véritable intentionnalité, soit d'un manquement plus grave de la part des autorités, quand le manque de motivation ne pourrait

---

[1576] F. Desportes, L. Lazerges-Cousquer, *Traité de procédure pénale*, Economica, 4ème éd., 2016, n°1574.
[1577] J. Pradel, *Procédure pénale*, 19ème éd., 2017, n°465.
[1578] F. Fourment, « Le détournement de procédure, sans détour », Gaz. Pal. 19 nov. 2019, n°40, p. 53.
[1579] Parmi les rares occurrences : Cass., crim., 18 déc. 1989, n°89-81.659, Bull. crim. 1989 n°485 ; Cass. crim. 17 oct. 1994, Bull. crim. 1994 n°333 ; Cass., crim. 3 oct. 1996, Bull. crim. 1996, n°345 ; Cass., crim. 31 jan. 2006, Bull. crim. 2006, n°30 ; Dr. pén. 2006 note A. Maron.
[1580] Cass. crim., 18 juin 2019, n°19-80015, *op. cit.*
[1581] F. Fourment, « Le détournement de procédure, sans détour », *op. cit.*
[1582] F. Desportes, L. Lazerges-Cousquer, *Traité de procédure pénale*, *op. cit.*, n°1574.
[1583] F. Fourment, « Le détournement de procédure, sans détour », *op. cit.*
[1584] J. Pradel, *Procédure pénale*, *op.cit.*, n°463 et 465.

procéder que d'un manque de diligence[1585]. Il n'y a donc que de « *maigres* » limites[1586] à la validité de ces procédures incidentes, dès lors que la légalité de l'acte support des actes accomplis par la suite sera démontrée. Même le recours à la CEDH sera ici inutile, le recours au droit conventionnel n'étant possible que dans des hypothèses étrangères à la nôtre, à savoir « *(i) l'obtention de l'élément de preuve par un traitement contraire à l'article 3 de la Convention, (ii) la provocation policière à la commission d'une infraction, (iii) et la méconnaissance du droit de se taire et de ne pas contribuer à sa propre incrimination* »[1587].

B- La découverte par l'activité des services de renseignement

215. Une étape semble franchie avec le recours à la police administrative dans des conditions s'apparentant de plus en plus à la mission de la police judiciaire. En ayant recours aux artifices de l'invisibilité, la police administrative, par ses services de renseignement, à désormais accès à des pouvoirs d'investigation tellement intrusifs qu'ils permettent la découverte d'infractions.

216. ***Du renseignement en droit pénal ?*** Evoquer les prérogatives des services de renseignement dans une étude de droit pénal peut sembler hors de propos, la limite entre police judiciaire et administrative étant strictement énoncée par les textes, et rappelée explicitement par le Conseil constitutionnel[1588]. La police administrative, et pour ce qui nous intéresse ici, ses services de renseignement, est cantonnée à des missions préventives, quand seul le pouvoir judiciaire peut s'atteler à la répression, et partant, à la constatation d'infractions[1589]. Pourtant, la frontière est loin d'être si évidente en pratique[1590], et la majorité de la doctrine s'accorde à souligner son ambiguïté[1591], certains estimant le recours au critère finaliste inadapté, notamment dans le cadre du renseignement[1592]. Non seulement les deux missions peuvent tour à tour être exercées par les mêmes agents, dont les actes seront qualifiés en fonction de leur nature. Mais surtout, les prérogatives judiciaires et administratives n'ont de cesse été étendues. Le droit pénal se veut de plus en plus préventif : n'acceptant plus la commission de certaines infractions, le législateur tente de repousser de plus en plus tôt la répression afin d'empêcher la réalisation du dommage redouté. En cela, il permet l'appréhension judiciaire de ce que l'on aurait pu auparavant identifier comme de simples indices d'une menace qui pourrait éventuellement être mise à exécution dans un futur plus ou moins proche. Or, à ce stade, seule la police administrative devrait en théorie pouvoir intervenir.

[1585] On pourrait de sorte faire le parallèle avec les infractions intentionnelles et non-intentionnelles…
[1586] Selon l'expression de F. Fourment, « Irrépressibles procédures incidentes », *op. cit.*
[1587] *Ibid.*
[1588] Cons. const., 23 juillet 2015, décision n°2015-713 DC, §9.
[1589] C. pr. pén., art. 14.
[1590] Cass., crim., 1er avril 2015, n°14-87.647, D. 2015. 867 note T. Herran, « La distinction police administrative et police judiciaire à l'épreuve de l'entraide policière internationale », D. 2015 p.1880 : pour qui l'arrêt témoigne « *une nouvelle fois, de la porosité de la distinction entre acte de police judiciaire et acte de police administrative* ».
[1591] S. Guinchard, J. Buisson, *Procédure pénale*, *op. cit.*, n°678 ; R. Parizot, « Surveiller et prévenir… à quel prix ? », JCP G n°41, 5 oct. 2015, doctr. 1077 ; T. Herran, « La distinction police administrative et police judiciaire à l'épreuve de l'entraide policière internationale », *précit.*; N. Catelan, « Les nouveaux textes relatifs au renseignement : un moindre mal », RSC 2015 p.922 ; A. Brunel, « État d'urgence et renseignement : retour sur la répartition des contentieux », AJ Pén. 2017 p.475 ; G. Roussel, « Le régime des techniques de renseignement », AJ Pén., 2015 p.520 ; A. Lepage, « Un de droit pénal des nouvelles technologies », Dr. pén. n°12, déc. 2015, chron. 10, §6.
[1592] A. Brunel, « État d'urgence et renseignement : retour sur la répartition des contentieux », *précit.*

Le rapprochement entre les deux autorités se fait également sentir en sens inverse. Le législateur a en effet donné aux services de renseignement de véritables pouvoirs d'investigation, en autorisant le recours à de multiples techniques d'enquêtes intrusives. Qu'il a, d'ailleurs, dans une chronologie surprenante, par la suite également octroyés à la police judiciaire. De sorte, les mêmes techniques d'investigation peuvent être mises en œuvre « *soit consécutivement à la commission objectivement vraisemblable d'une infraction, soit pour rechercher l'existence éventuelle d'une infraction dont aucun indice n'indique la commission à l'instant où elle est accomplie* »[1593]. Or, seule la suspicion objectivement vraisemblable de l'existence d'une infraction devrait en principe justifier l'emploi de techniques attentatoires à la vie privée. De telles mesures devraient donc être cantonnées à la mission de constatation des infractions dévolue à la police judiciaire. Comme certains ont d'ailleurs déjà pu le démontrer, on peut aujourd'hui se trouver confrontés à des situations dans lesquelles un même individu pourra tout à la fois être identifié comme une « *menace* » nécessitant la mise en œuvre de mesures de police administrative, mais également comme un délinquant dont la répression relève de la police judiciaire[1594]. On comprend donc que l'évolution sécuritaire contemporaine a contribué à une confusion des genres, avec l'émergence de « *mesures mixtes, mesures parallèles, voire concurrentes susceptibles d'être déclenchées par un même comportement* »[1595], d'où la nécessité d'aborder la question des services de renseignements quand il s'agit de déterminer les moyens procéduraux à même de permettre la découverte d'infractions jusqu'alors invisibles. Tout comme la plainte, les dénonciations ou les infiltrations *lato sensu*, le renseignement fait partie du « *nuancier de processus par lesquels un fait illicite peut être rapporté aux forces de l'ordre* »[1596].

217. ***La découverte incidente…*** Les objectifs assignés aux techniques de renseignement sont prévus à l'article L811-3 du CSI, dont on note principalement la prévention, notamment d'actes de terrorisme, de la criminalité ou délinquance organisée ou encore de la prolifération d'armes de destruction massive. De la sorte, elles n'ont en théorie pas pour dessein la découverte d'infractions. Le Conseil constitutionnel s'est montré clair à ce sujet, estimant que « *le recueil de renseignement au moyen des techniques définies au titre V du livre VIII du code de la sécurité intérieure par les services spécialisés de renseignement […] ne peut être mis en œuvre pour constater des infractions à la loi pénale, en rassembler les preuves ou en rechercher les auteurs* »[1597]. Pourtant, si tel n'en est pas l'objectif, la mise en œuvre de telles techniques peut inévitablement avoir pour effet la découverte d'infractions non encore connues des services de police et de gendarmerie[1598]. Toute affirmation contraire serait irréaliste. En effet, la nature intrusive des

---

[1593] S. Guinchard, J. Buisson, *Procédure pénale*, *op. cit.*, n°678.

[1594] R. Parizot, « Surveiller et prévenir… à quel prix ? », *op. cit.*: « une personne préalablement identifiée comme présentant une menace » terroriste peut faire l'objet d'un recueil en temps réel de ses données de connexion (L. n°2015-912, art. 5 ; CSI, art. L. 851-2 créé), alors qu'elle pourrait déjà également, le cas échéant, faire l'objet d'une procédure pénale pour l'infraction d'entreprise individuelle terroriste telle que prévue, en des termes larges, par l'article 421-2-6 du Code pénal introduit par la loi n°2014-1353 du 13 novembre 2014 renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme ». Dans le même sens v. N. Catelan, « Les nouveaux textes relatifs au renseignement : un moindre mal », *op. cit.*

[1595] J. Alix, O. Cahn, « Mutations de l'antiterrorisme et émergence d'un droit répressif de la sécurité nationale », RSC 2017 p.845.

[1596] J. Barlatier, « De l'enquête au renseignement, changement de paradigme pour la victime », AJ Pén. 2020 p.17 : qui cite spécifiquement la plainte, le signalement, la dénonciation au même titre que le renseignement.

[1597] Cons. const., 23 juill. 2015, décision n°2015-713 DC §9.

[1598] En ce sens, v. F. Fourment, « La loi « Renseignement », le renseignement incident de commission d'une infraction et l'autorité judiciaire », Gaz. Pal. 26 janv. 2016, n°4, p. 75 ; R. Parizot, « Surveiller et prévenir… à

techniques de recueil de renseignement implique une telle exploration de la sphère privée des individus visés qu'une telle découverte sera inexorable. Leur « *quasi-gémellité* »[1599] avec les techniques d'enquête spéciales réservées à la police judiciaire n'en est que la preuve supplémentaire de leur capacité à mettre au jour des comportements délictueux. Si la police judiciaire a recours aux mêmes méthodes pour recueillir des preuves de la commission objectivement vraisemblable d'une infraction, une telle information ne pourra, le cas échéant, échapper à la vigilance des services de renseignement. Les techniques employées dans ce contexte vont au-delà de celles étudiées précédemment. En effet, les enquêteurs ne pouvaient alors que procéder à une observation extérieure des individus visés par les mesures, aidés par l'invisibilisation de leur qualité afin de gagner la confiance de ceux-ci et entrer dans leur cercle privé. Toutefois, seuls les actes et propos tenus devant l'agent spécialisé pouvaient être recueillis. Avec les techniques de renseignement, c'est à l'insu des individus que l'agent a accès à ces informations, il n'est plus question de ce que l'individu a choisi de partager avec d'autres membres de son réseau ou des internautes inconnus. Il ne peut y avoir la moindre méfiance de celui-ci car la méthode ne consiste plus à tromper sa confiance, mais à pénétrer son intimité. Ainsi, grâce à l'accès aux données de connexion autorisé par l'article L851-1 du CSI, les agents peuvent obtenir des opérateurs de communications électroniques, des fournisseurs d'accès à internet, ainsi que des hébergeurs de sites internet qu'ils leur communiquent les métadonnées concernant les individus visés par la mesure. Celles-ci, sans toutefois révéler le contenu des connexions[1600], permettent toutefois « *de tirer des conclusions très précises concernant la vie privée des personnes dont les données ont été conservées, telles que les habitudes de la vie quotidienne, les lieux de séjour permanents ou temporaires, les déplacements journaliers ou autres, les activités exercées, les relations sociales de ces personnes et les milieux sociaux fréquentés par celles-ci* »[1601]. En cas de prévention du terrorisme, le recueil de ces données peut même être autorisé en temps réel[1602]. Les services de renseignement peuvent encore avoir recours à la géolocalisation en temps réel[1603], ou à un IMSI-catcher permettant l'identification de toutes cartes SIM et boîtiers se connectant au réseau mobile[1604] dans la zone couverte par cette antenne relais fictive[1605]. Allant plus loin encore, le Code de la sécurité intérieure autorise les agents à procéder à des interceptions de sécurité, autrement dit des interceptions de correspondances émises par la voie des communications électroniques, pouvant même être étendues à l'« *entourage* »[1606] de la personne visée par la mesure[1607], en ayant recours à un IMSI-catcher pour les cas les plus graves[1608]. En outre, de façon

---

quel prix ? », *op. cit.*; T. Herran, « Renseignement et nullité des actes de procédure », Gaz. Pal. 26 jan. 2016, n°4, p.78.

[1599] Gildas Roussel, « Le régime des techniques de renseignement », AJ Pén. 2015 p.520.

[1600] R. Parizot, « Surveiller et prévenir… à quel prix ? », *op. cit.*; N. Catelan, « Les nouveaux textes relatifs au renseignement : un moindre mal », RSC 2015 p.922.

[1601] CJUE, gr. ch., 8 avr. 2014, aff. C-293/12 et aff. C-594/12, Digital Rights Ireland Ltd c/ Minister for Communications, Marine and Natural Resources et a., JurisData n°2014-008774, n°27.

[1602] C. séc. int., art. L851-2.

[1603] C. séc. int., art. L851-5.

[1604] C. séc. int., art. L851-6.

[1605] N. Catelan, « Les nouveaux textes relatifs au renseignement : un moindre mal », *précit.*

[1606] Alors même que la notion n'a pas été définie, ce qui n'est pas sans rappeler les démêlés de la notion de famille lors de la définition de l'inceste dans le code pénal… A propos de la notion d'entourage, v. O. Desaulnay et R. Ollard., « Le renseignement français n'est plus hors-la-loi », Dr. pén. n° 9, sept. 2015, ét. n°17, § n°13 ; N. Catelan, « Les nouveaux textes relatifs au renseignement : un moindre mal », *précit.*; X. Latour, « La loi relative au renseignement : un État de surveillance ? », JCP A n°40, 5 oct. 2015, 2286.

[1607] C. séc. int., art. L852-1 I.

[1608] C. séc. int., art. L852-1 II.

subsidiaire, il est possible de recourir à des sonorisations et captations d'images[1609], comme à la captation de données informatiques[1610], lorsque les renseignements ne pourront être obtenus à l'aide des autres moyens autorisés par la loi. Technique prévue à l'origine au bénéfice de la police judiciaire dans le strict cadre d'une instruction ouverte en matière de criminalité et délinquance organisée[1611]. De la sorte, ces techniques constituent de véritables « *filets de pêche* »[1612]. Par le biais d'atteintes au secret des correspondances[1613], au traitements automatisés de données[1614], la captation des paroles et de l'image d'autrui[1615], voire la violation de domicile[1616] lorsque la mise en œuvre de techniques ainsi présentées le nécessite, les services de renseignement peuvent en effet avoir accès à une vision très large et précise de la vie privée des individus visés par ces techniques intrusives. Difficile donc, de passer à côté d'une infraction le cas échéant, même en respectant les objectifs fixés par la loi. De sorte, les auteurs l'avaient souligné dès la promulgation de la loi du 24 juillet 2015, « *si les informations recueillies par les services spécialisés de renseignement ne peuvent pas directement servir de preuve pour une infraction commise, elles permettront (et permettent déjà) de faire démarrer une enquête ou une instruction* »[1617]. C'est pourquoi Monsieur le professeur Fourment estime que dans ce cas de figure, les techniques de renseignement auront eu un résultat de police judiciaire, ce qui ne trahirait pas la décision du Conseil constitutionnel, si l'on estime que l'emploi de la préposition « *pour* » dans son considérant n°9 désigne uniquement le but recherché et non la découverte incidente[1618].

218. ***D'infractions invisibles…*** Ces « *renseignements incidents de commission d'une infraction* »[1619], pourront permettre la découverte d'infractions invisibles. En effet, si à première vue le renseignement vise principalement la prévention du terrorisme, donc d'infractions conçues pour instaurer la terreur, et partant être vues du plus grand nombre, sa temporalité permet de saisir ces comportements au moment où ils demeurent encore invisibles. C'est toute l'étape de préparation de l'infraction terroriste qui pourra être découverte par ces techniques préventives. Or, le droit pénal a intégré une telle logique, puisqu'avec « *le séquençage* »[1620] de ces comportements délictueux, il a parfois fait remonter la répression au stade des actes préparatoires, permettant ainsi la répression prématurément. De sorte, c'est l'ensemble des infractions-obstacle aux infractions terroristes qui peuvent être découvertes par les services de renseignement[1621]. Or, nul doute que les

---

[1609] C. séc. int., art. L853-1.
[1610] C. séc. int., art. L853-2. Cette fois le contenu des connexions est accessible par les agents.
[1611] C. pr. pén., art. 706-96 et s., art. 706-102-1 et s.
[1612] F. Fourment, « La loi « Renseignement », le renseignement incident de commission d'une infraction et l'autorité judiciaire », Gaz. Pal. 26 janv. 2016, n°4, p. 75.
[1613] Certes ici l'agent est de bonne foi, l'article 226-15 C. pén. ne lui serait donc pas applicable, mais l'élément matériel est bien caractérisé.
[1614] Rendu licite par autorisation de la loi.
[1615] Ici licite en principe à l'inverse de ce qui est prohibé aux articles 226-1s C. pén.
[1616] Rendue licite par autorisation de la loi.
[1617] R. Parizot, « Surveiller et prévenir… à quel prix ? », JCP G n°41, 5 cctobre 2015, doctr. 1077.
[1618] V. pour une analyse plus détaillé des articles de la loi concernant la transcription de tels renseignements : F. Fourment, « La loi « Renseignement », le renseignement incident de commission d'une infraction et l'autorité judiciaire », Gaz. Pal. 26 janv. 2016, n°4, p.75.
[1619] F. Fourment, « La loi « Renseignement », le renseignement incident de commission d'une infraction et l'autorité judiciaire », *op. cit.*
[1620] *Ibid.*
[1621] En ce sens R. Parizot, « Surveiller et prévenir… à quel prix ? », *précit.* ; N. Catelan, « Les nouveaux textes relatifs au renseignement : un moindre mal », *op. cit.* : évoquant l'entreprise individuelle terroriste et l'association de malfaiteurs à but terroriste.

individus mèneront une telle préparation dans l'ombre, afin d'être sûrs de pouvoir mener leur projet jusqu'au bout. Cette phase invisible des infractions à but terroriste est de sorte appréhendée par les infractions « *infra terroristes* »[1622] d'association de malfaiteurs en relation avec une entreprise terroriste[1623], « *qui constitue encore aujourd'hui le pilier de la répression pénale en matière terroriste* »[1624], ou encore l'entreprise individuelle terroriste[1625], le recrutement aux fins d'action terroriste[1626]... Ou encore toute autre infraction périphérique : le financement du terrorisme[1627], l'entrave aux blocage de sites faisant l'apologie du terrorisme[1628], l'approvisionnement en armes etc... Le renseignement poursuivant également l'objectif de prévention de la criminalité et délinquance organisée, c'est de la même façon que pourra être découverte l'infraction générale d'association de malfaiteurs, voire d'autres infractions commises dans le cadre de ces organisations dont on connaît l'opacité. En outre, les techniques touchant à l'intimité de la vie privée, nul doute qu'une infraction commise dans la sphère intime, telle des violences intra-familiales, et dont la reportabilité est faible pourrait être ainsi découverte ainsi que toute autre infraction volontairement dissimulée par l'individu visé par la mesure.

219. ***Le recours à l'invisibilité***. Ces découvertes sont rendues possible grâce à l'invisibilité des agents et des techniques qu'ils emploient. Là encore, ils agissent sous couvert d'anonymat[1629], leur identité et leur qualité est invisible dans les décisions et les autres actes pris par les autorités administratives au sein des services de renseignement[1630] et les actes réglementaires et individuels les concernant « *sont pris dans des conditions qui garantissent la préservation de l'anonymat des agents* »[1631]. Tout acte transmis aux autorités judiciaires dans le cadre de poursuites pénales sera donc *a fortiori* « *blanchi* », c'est-à-dire « *expurgé des indications qui rendraient possible l'identification de son rédacteur, de ses sources et des techniques au moyen desquelles les renseignements qui y figurent ont été obtenus* »[1632]. L'identité de l'agent ainsi que la technique au cours de laquelle l'information aura pu être recueillie sera ainsi invisibilisée. D'ailleurs, l'article L881-1 du CSI incrimine la révélation de la mise en œuvre d'une technique de recueil de renseignement par une personne y concourant. Les agents ainsi indiscrets risqueront les peines applicables au titre de l'atteinte au secret professionnel[1633]. Par ailleurs, à la manière des agents infiltrés sur les réseaux électroniques, les services de renseignement peuvent à certaines conditions recourir à une identité d'emprunt voire à une fausse qualité[1634]. Leur anonymat est encore une fois renforcé puisque l'article 413-13 du code pénal incrimine la révélation de toute information pouvant conduire directement

---

[1622] D'après l'expression d'O. Cahn, « Sauriez-vous reconnaître le terroriste ? », Grief, n° 4, 2017, Dalloz/Ed. EHESS, p. 127-138.
[1623] C. pén., art. 421-2-1.
[1624] J. Alix, O. Cahn, « Mutations de l'antiterrorisme et émergence d'un droit répressif de la sécurité nationale », RSC 2017 p.845.
[1625] C. pén., art. 421-2-6.
[1626] C. pén., art. 421-2-4.
[1627] C. pén., art. 421-2-2.
[1628] C. pén., art. 421-2-5-1.
[1629] Chapitre Ier : De la protection du secret de la défense nationale et de l'anonymat des agents, Articles L861-1 à L861-3.
[1630] C. séc. int., art. L861-1 al.3.
[1631] C. séc. int., art. L861-1 al. 1er.
[1632] B.-L. Combrade, « Les notes blanches des services de renseignement », RFDA 2019 p.1103.
[1633] C. séc. int., art. L881-1 prévoit que l'infraction est punie des peines mentionnées aux articles 226-13, 226-14 et 226-31 du code pénal.
[1634]C. séc. int., art. L861-2.

voire indirectement à la révélation de l'identité réelle ou fictive d'un agent de renseignement[1635]. Infraction aggravée, là aussi, lorsque cette révélation aura causé une atteinte à l'intégrité physique ou psychique[1636] ou la mort[1637] de l'agent ou de membres de sa famille[1638]. A noter que le législateur est d'autant plus sévère ici puisque la simple révélation accidentelle commise par une personne dépositaire de l'information en raison de sa fonction ou d'une mission temporaire ou permanente est réprimée et punissable d'une peine allant jusqu'à trois ans d'emprisonnement et 45 000 euros d'amende[1639]. Par ailleurs, même si le législateur a pris le soin de rappeler que les agents « *sont pénalement responsables de leurs actes dans les conditions définies au titre II du livre Ier du code pénal* »[1640], l'illicéité de certains de leurs actes est pourtant invisibilisée dans deux cas de figure. Leur responsabilité pénale est en effet exclue lorsque dans le cadre d'une infiltration électronique, ils participeront à des échanges électroniques avec des individus dans le cadre de la prévention des actes prévus à l'article L811-3, mais il leur est encore permis d'extraire, acquérir ou conserver des données concernant ces derniers ou provoquant directement à la commission d'actes de terrorisme ou en faisant l'apologie, données qu'ils pourront même transmettre en réponse à une demande expresse[1641], sauf à ce qu'ils constituent une provocation à l'infraction[1642]. En outre, l'article 323-8 du Code pénal exclut du champ d'application des infractions résultant d'atteintes aux systèmes de traitement automatisé de données les mesures mises en œuvre par les agents des services de renseignement hors du territoire national. Dans le cadre national, ils seront protégés par le fait justificatif de l'autorisation de la loi tant qu'ils demeureront dans le cadre fixé par la loi.

220. ***Une difficile légitimité de l'usage du renseignement dans les procédures judiciaires***. Les pouvoirs d'investigation sont usuellement légitimés par le fait qu'ils sont employés à l'encontre d'individus pour lesquels il existe des raisons plausibles de les soupçonner d'avoir commis une infraction. Or, en confiant de telles prérogatives aux mains de la police administrative, on permet aux agents de cibler des individus en raison de la menace hypothétique qu'ils pourraient représenter en raison d'un passé judiciaire particulier, de l'appartenance à certaines mouvances… Soit d'un comportement de sorte équivoque. En réponse à une potentielle menace, le législateur en a ainsi créé une pour les libertés individuelles, d'autant plus effective que certaines des techniques pouvant être mises en œuvre ont une portée beaucoup plus large que la seule personne ciblée par les services de renseignement. Rappelons à ce titre que l'article L851-2 du CSI vise l'entourage d'une personne concernée sans en donner une quelconque définition, laissant alors le champ libre aux services de renseignement pour étendre considérablement le champ d'application de la mesure[1643].

[1635] C. pén., art. 413-13 al. 1er : cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 € d'amende.
[1636] *Ibid.* al. 2 : sept ans d'emprisonnement et à 100 000 € d'amende.
[1637] *Ibid.* al. 3 : Dix ans d'emprisonnement et 150 000 euros d'amende cumulables le cas échéant avec les infractions d'atteinte à la vie prévue au chapitre 1er du titre 2 du livre 2. La précision n'étant pas faite à l'alinéa précédent concernant les atteintes à l'intégrité physique ou psychique, il semblerait qu'un tel cumul soit donc exclu…
[1638] C. pén., art. 413-13 al. 2 et 3 : Conjoint, partenaire, ascendants directs ou descendants.
[1639] *Ibid.* al. 4.
[1640] C. séc. int., art. L862-2.
[1641] C. séc. int., art. L863-1.
[1642] C. séc. int., art. L863-1 dernier al.: auquel cas ils encourent d'un an d'emprisonnement et de 30 000 € d'amende.
[1643] X. Latour, « La loi relative au renseignement : un État de surveillance ? », JCP A n°40, 5 oct. 2015, 2286, n°13 : L'auteur s'interroge sur un élargissement au-delà du N+1 soit les membres de la famille, personnes à proximité directe, tout en rappelant que jusqu'alors le CNCIS a toujours refusé catégoriquement de dépasser le

En outre, le recours à l'IMSI Catcher permet de saisir des informations concernant toute personne se trouvant dans le périmètre utile du dispositif, soit potentiellement nombre d'individus n'ayant que peu ou pas de liens avec l'individu visé, tout comme la surveillance satellitaire, *« encore moins ciblée et qui permet d'intercepter toutes les correspondances émises ou reçues par voie satellitaire dans un périmètre déterminé sans aucun filtre* » que celui exercé par le même service de renseignement, et de surcroît *a posteriori*[1644]. Allant encore plus loin, le législateur a pérennisé le recours au procédé dit des « *boîtes noires* », ayant recours à des algorithmes pour détecter une menace terroriste grâce au traitement des données de connexion des internautes et au contenu des échanges électroniques[1645]. Alors même que le dispositif alors prévu de manière temporaire lors de sa promulgation en 2015[1646] faisait déjà l'objet de critiques de la doctrine, relevant le risque avéré du « *développement d'un recueil indistinct de renseignements auprès de personnes, non clairement identifiées, totalement étrangères aux finalités poursuivies* »[1647]. Si « *la condition préalable des investigations proactives est une présomption légale de potentialité de trouble à l'ordre public* »[1648], cela signifie-t-il que le législateur considère l'ensemble des internautes comme présentant une telle potentialité ? Le législateur décomplexé par ce domaine d'intervention, justifie une telle anticipation par la gravité des infractions qu'il cherche à empêcher. Pour autant, une « *surveillance préventive* »[1649] demeure-t-elle légitime lorsqu'elle est ainsi applicable à un nombre de plus en plus important d'individus[1650], au fur et à mesure de l'évolution des techniques et de leur pérennisation au sein de notre droit ? En outre, les agents des services de renseignement étant soumis à l'article 40 du Code de procédure pénale, toute infraction connue par eux au cours de leurs missions doit en principe être signalée aux autorités judiciaires[1651]. Or, aucune distinction n'est ainsi faite selon la gravité des faits dont ils ont connaissance, de sorte que, par le recours à des techniques intrusives de prévention justifiées par l'anticipation d'un risque d'infraction terroriste ou de criminalité organisée, pourront naître des procédures judiciaires pour toute autre infraction découverte à cette occasion. Alors même qu'en cas de soupçons elles n'auraient pu faire l'objet de telles mesures intrusives. Le procédé demeure

---

niveau N+1 tout en l'accordant que très exceptionnellement (ex. : l'admission d'écoute sur la compagne de M. Coulibaly, Hayat Boumedienne), cf. note n°17.

[1644] F. Safi, « La loi du 30 juillet 2021 relative à la prévention d'actes de terrorisme et au renseignement. Entre pérennisation et extension de l'exception… », JCP G n°40, 4 oct. 2021, 1012 : Conformément au II de l'article 13 de la loi n°2021-998 du 30 juillet 2021, le dispositif est applicable à titre expérimental jusqu'au 31 juillet 2025, le Gouvernement devant adresser au Parlement un rapport d'évaluation sur l'application de ces dispositions au plus tard six mois avant cette échéance, comme ce fut le cas pour les boîtes noires et nombre d'autres dispositifs intrusifs pérennisés par la suite …

[1645] C. séc. int., art. L851-3. Même si l'efficacité du dispositif est remise en question, il reste que son usage demeure autorisé, et qu'en l'état des risques de « *faux-positifs* » ont été identifié par des chercheurs de l'INRIA qu'ils relatent dans une note du 30 avril 2015, au risque d'inquiéter des individus innocents et de laisser dans l'ombre les autres...

[1646] A l'origine conçue comme une mesure exceptionnelle et temporaire dont la mise en œuvre était autorisée jusqu'au 31 décembre 2018 puis jusqu'au 31 décembre 2020, délai ensuite prorogé jusqu'au 31 décembre 2021.

[1647] X. Latour, « La loi relative au renseignement : un État de surveillance ? », *op. cit.*

[1648] M. Murbach, « Théorie générale des pouvoirs d'investigation : l'investigation proactive », *op. cit.*

[1649] X. Latour, « La loi relative au renseignement : un État de surveillance ? », *op. cit.*

[1650] Certaines professions demeurent heureusement exclues de ces procédés, reste à déterminer ce qui relève du privé ou du professionnel…

[1651] F. Fourment, « La loi « Renseignement », le renseignement incident de commission d'une infraction et l'autorité judiciaire », Gaz. Pal. 26 janv. 2016, n°4, p.75 ; v. égal. la réponse de M. le ministre de l'Intérieur à l'avis de la CNCDH et la justification du retrait de l'amendement n°298, Ass. nat., 9 avr. 2015 ; V. égal. la circulaire qui nomme ces documents transmis spontanément sur le fondement de l'article 40 CPP des « notes de judiciarisation » : Min. de la justice, Les modalités de transmission d'informations et de renseignements pénitentiaires entre l'administration pénitentiaire, le service du renseignement pénitentiaire et l'autorité judiciaire, 3 août 2018, CRIM/2018-9/GI-03.08.2018, p.8.

également critiquable lorsque les infractions découvertes et ainsi signalées rejoignent l'objectif préventif des services de renseignement[1652]. En effet, ce procédé laisse le sentiment d'assister à « *un mécanisme circulaire d'auto-légitimation des répressions administratives et judiciaire, le tout reposant le plus souvent sur la même « note blanche » des services de renseignement* »[1653]. Or, ces dernières ne sont pas sans susciter de difficultés quant à leur appréhension par le juge pénal, si elles ne peuvent fonder une décision de condamnation à elles seules, elles sont admises au titre de preuve à condition de faire l'objet d'une discussion contradictoire, alors même que nombre d'informations contenues dans ces notes auront été effacées, au nom du secret défense. Finalement, les infractions découvertes par ce biais et transmises à l'autorité judiciaire afin de participer à la répression des individus concernés l'auront été au prix du respect de principes fondamentaux du droit pénal. Le principe de précaution prend ainsi le pas sur le principe de réactivité du droit pénal, alors que « *l'article 5 de la DDHC, […] limite l'interventionnisme législatif en matière pénale aux « actions nuisibles à la société », formule interprétée comme impliquant nécessairement un trouble effectif à l'ordre public* »[1654]. Et le droit au respect de la vie privée cède face aux exigences sécuritaires du législateur contemporain.

221. ***Conclusion de la section.*** Les infractions invisibles peuvent être mises au jour par l'activité des enquêteurs. L'activité des enquêteurs est même parfois indispensable tant la propension à la révélation des faits est faible. Cela suppose au préalable que soient notamment identifiées les infractions à potentiel invisible. Au-delà d'une connaissance générale de ces infractions, cela suppose une connaissance de terrain. Les lieux et entités criminogènes identifiés, il sera plus aisé pour les enquêteurs d'orienter leurs opérations afin de parvenir à mettre au jour une délinquance dont on peut supposer l'existence. Le législateur ne peut se passer de ces moyens d'investigation pour permettre la répression de faits commis en toute opacité. Toutefois, ces découvertes ne doivent se faire à tout prix, et surtout pas au prix du respect des libertés individuelles. Or, la tendance est à l'élargissement du champ d'application des mesures intrusives et coercitives permettant ces découvertes, pourtant légitimées autrefois par leur application aux faits les plus graves. Ainsi de la technique de l'infiltration, dont la version numérique a même migré des techniques spéciales aux techniques générales au sein du Code de procédure pénale. Le contrôle d'identité sur réquisition interroge également quant à sa justification conjoncturelle. Ne se rapproche-t-on pas ici du système de police prédictive anglo-saxon, lequel permet grâce au recours à des algorithmes, de prédire le risque de commission d'infractions dans une zone et à un moment donnés ? La technique est toutefois critiquable car elle repose sur le recueil et le traitement de données à caractère personnel et est donc potentiellement attentatoire aux libertés. Sans se perdre en conjonctures cette fois, la découverte, même fortuite, d'infractions jusqu'alors invisibles n'est pas sans susciter d'inquiétudes. Si la découverte imprévue peut parfois tenir à la Providence, il semble toutefois que certaines mises au jour ne tiennent qu'à un détournement de procédures exorbitantes afin de bénéficier de leur caractère extrêmement intrusif. Plus inquiétant encore, la tendance contemporaine à la maximisation des pouvoirs de police administrative, toujours plus intrusifs et coercitifs, qui sous une apparence uniquement préventive, ne pourront que permettre la découverte

[1652] Prévention du terrorisme, de la criminalité et la délinquance organisée, de la prolifération d'armes de destruction massive.
[1653] J. Alix, O. Cahn, « Mutations de l'antiterrorisme et émergence d'un droit répressif de la sécurité nationale », RSC 2017 p.845.
[1654] *Ibid*., note n°34.

d’infractions, lesquelles ne pourront être ignorées par la justice que dans les rares cas d’illicéité flagrante de la procédure support à l’opération.

Conclusion du chapitre

222. A l'issue de ces développements, on constate que le droit pénal *lato sensu* a prouvé sa capacité à permettre la mise au jour d'infractions jusqu'alors demeurées invisibles. Pour ce faire, la collaboration des individus ayant connaissance d'une telle infraction est complémentaire à l'action des enquêteurs lorsqu'une telle révélation ne sera pas intervenue pour diverses raisons. Toutefois, il faut raison garder et l'objectif répressif ne doit être atteint que dans le strict respect des principes fondamentaux de la matière pénale. Pourtant, le législateur contemporain n'a de cesse que de répondre aux attentes démesurées d'une population nourrie d'informations anxiogènes, qui ne supporte pas l'idée d'une quelconque impunité. Ainsi apparaissent justifiés les élargissement du champ d'application de mesures de procédure pénale parmi les plus intrusives et les plus coercitives, parfois même mises entre les mains d'une police qui n'a d'administrative plus que le nom. Alors même que dans le même temps, le droit pénal peine à se faire suffisamment directif face à nombre d'individus au courant de l'existence d'infractions parmi les plus graves. Les professionnels soumis au secret ne bénéficient pas d'un cadre suffisamment clair pour les aider à prendre les décisions nécessaires dans un tel contexte, et l'on s'interroge sur ce privilège encore accordé à des professions pour lesquelles la balance coûts-avantages du secret gardé ne semble pas pencher du côté de la préservation de la santé physique et psychique de la victime concernée. L'incitation à la collaboration avec la justice peine également à démontrer son efficience par un manque de garanties accordées à la protection de ceux qui dénoncent. Il semble donc que l'accent soit mis sur la découverte grâce à la procédure pénale et à l'activité des enquêteurs, au risque de rogner sur les libertés fondamentales pour ne laisser aucune infraction impunie.

Conclusion du titre

223. Une fois levé le voile sur l'existence d'un chiffre noir de la délinquance, le législateur est à même de faire les choix idoines pour permettre de mettre un frein à cette criminalité difficile à appréhender. La connaissance des domaines propices à l'invisibilisation des comportements délictueux est un préalable indispensable à toute politique répressive. L'opacité de certaines infractions est parfois due à des circonstances qui doivent être jugées intolérables par le législateur : raisons sociologiques favorisant certaines catégories de la population protégées de tout soupçons, terreur des victimes, ruse de certains délinquants… Pour cela, il apparaît légitime de vouloir mettre un terme à une opacité criminogène. Il convient donc d'approfondir la question de ces infractions invisibles afin de déjouer les mécanismes favorisant leur invisibilité. Pour autant, la découverte de ces infractions ne doit se faire en respectant tout d'abord les principe de nécessité et proportionnalité. Seules les infractions les plus graves doivent faire l'objet de moyens pénaux et procéduraux spéciaux pour permettre leur répression. Si l'anticipation de certains comportements peut éventuellement s'envisager, cela ne doit se faire qu'avec parcimonie, pour les cas les plus graves et les comportements que l'on peut séquencer sans dénaturer la matière pénale sensée n'intervenir qu'en dernier recours. Une telle quête de répression s'accompagne toutefois, presque inévitablement, de risques plus élevés pour le respect des libertés fondamentales. Une fois la collaboration des individus au courant sollicitée, c'est l'activité des enquêteurs qui semble plus efficace, mais seulement en raison de pouvoirs toujours plus intrusifs qui leurs sont accordés dans

des conditions toujours plus élargies. Une fois les obstacles à leur découverte si difficilement soulevés, l'objectif du législateur semble être de garantir l'effectivité des poursuites pour ces faits. Or, il est des secrets bien gardés qui ne refont surface qu'une fois la prescription de l'action publique acquise. Cette hypothèse combattue en jurisprudence a été renforcée par le travail du législateur.

Titre 2 : La poursuite des infractions invisibles : l'obstacle de la prescription de l'action publique

224. ***Le temps et l'infraction invisible*.** Le cheminement de la procédure[1655] pénale est entravé par la commission d'infractions invisibles. Leur délicate mise au jour empêche le droit pénal de faire son œuvre, et leur découverte est loin de résoudre ces difficultés. En effet, si l'invisibilité n'est souvent que temporaire, celle-ci aura toutefois duré généralement trop longtemps pour que la procédure pénale puisse faire son œuvre, la prescription étant entre temps passée par là. On comprend alors que le temps soit apprécié en procédure tantôt de manière objective, tantôt de manière subjective. D'une part la procédure vient établir des règles techniques, tenant compte de l'écoulement objectif du temps. C'est le cas notamment lorsqu'elle fixe les règles de computations des délais qui la rythment. De cette manière, la procédure établit une « *véritable philosophie de l'agir-à-temps* »[1656]. Le temps dicte l'action des justiciables. Il ne se contente pas « d'épouser *une réalité qu'il aiderait à se dévoiler : il dicte au réel sa loi, à la mesure des impératifs du droit* »[1657]. Il semble ainsi que « *le sujet de droit [soit] pris dans le temps comme dans une toile d'araignée, incapable de dessiner lui-même sa propre trajectoire* »[1658]. Toutefois, le temps est parfois appréhendé de manière subjective par la procédure, afin de s'adapter à la perception du temps de certains justiciables. Réalisant ainsi le « *fantasme humain de négation du temps* »[1659], le législateur peut par exemple, remonter le temps en élaborant des lois à effet rétroactif. Si le temps peut régir le droit, il peut également le servir grâce à des stratégies l'instrumentalisant. A l'opposé de l'exigence de célérité de la réponse pénale, il est ainsi de plus en plus courant de nos jours que des requérants demandent au juge pénal de faire fi de l'œuvre du temps afin de juger des individus pour des faits anciens. Cette ambigüité dans les demandes faites à la procédure pénale fait écho à cette relation complexe qu'a l'individu avec le temps. Poussé par sa perception subjective de l'écoulement du temps, et souhaitant s'émanciper de son emprise, il cherche tous les stratagèmes pour pouvoir le manipuler à son avantage.

225. ***La prescription au centre des critiques*.** Il semble en effet que la société n'accepte plus que la possibilité de répondre à un comportement délictueux soit limitée dans le temps. Les individus n'acceptent plus que le temps ait un effet destructeur de droits. Et ce d'autant plus quand ce droit est celui qui leur permet d'obtenir réparation contre l'auteur d'une infraction les ayant touchés de près ou de loin, ou encore celui qui permet au ministère public d'engager des poursuites pour obtenir une condamnation de l'auteur de l'infraction. C'est la question de la prescription des actions civile et, surtout, publique qui se pose ainsi. S'il avait pu être admis que « *« passer l'épreuve du temps » pour la justice, c'est […] admettre les effets du temps qui font que tout s'émousse, que l'on oublie, que l'on pardonne, mais aussi que les choses et les êtres apparaissent sous un éclairage nouveau et que le temps leur redonne une véritable place* »[1660], il semble désormais

---

[1655] Le terme procédure provient du terme latin *procedere*, lequel signifie avancer.
[1656] D. Alland, S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy PUF, 2003, v. « Temps » par D. Gutmann, p.1473.
[1657] *Ibid.*
[1658] *Ibid.*
[1659] *Ibid.*
[1660] J.-F. Burgelin, « La situation spécifique de la matière pénale », *in* J.-M. Coulon, M.-A. Frison-Roche (dir.), *Le temps dans la procédure*, Dalloz Thèmes et Commentaires, 1996, p.37.

que cela ne corresponde plus aux attentes des individus. Dans une société qui prône le souvenir, et qui rejette avec ferveur toute impunité, l'institution légale n'a de cesse d'être remise en cause. L'action publique n'est toutefois pas illimitée, le législateur a prévu que celle-ci puisse être éteinte du fait de divers événements énumérés à l'article 6 du Code de procédure pénale. La prescription est le mode d'extinction de l'action publique le plus emblématique, en ce qu'elle cristallise l'attention de la doctrine, suscitant de nombreuses interrogations chez les auteurs[1661]. Elle constitue en effet *« une cause d'extinction de cette action par l'effet de l'écoulement d'une période de temps depuis le jour de la commission de l'infraction* »[1662]. La prescription de l'action publique n'existe qu'en raison de l'effet érosif du temps, alors même que les individus ont par essence du mal à accepter l'emprise du temps sur leurs vies. Cette institution est « *l'institution du droit pénal qui affirme, de la manière la plus concrète, la force et la puissance du temps qui s'écoule. Parce qu'un certain laps de temps s'est écoulé depuis la réalisation de l'infraction, le délinquant acquiert un droit à l'impunité* »[1663]. On comprend donc aisément qu'elle fasse l'objet nombreuses critiques, certaines se soldant parfois par la mise en œuvre de techniques d'évitement.

226. ***La prescription des infractions clandestines.*** D'ailleurs, un mécanisme particulier permettant de moduler artificiellement l'écoulement du temps, retient l'attention depuis sa création il y a bientôt un siècle. La jurisprudence a, en effet depuis les années 1930 développé une théorie permettant de faire fi de l'écoulement du temps afin de pouvoir juger des individus pour des agissements anciens. Ainsi, grâce à la création prétorienne, le temps n'a plus de prise sur le droit de poursuite. Cependant le mécanisme imaginé par la Cour de cassation intervient uniquement dans l'hypothèse d'infractions bien spécifiques, que sont les infractions dites « *clandestines* », que l'on peut admettre au titre d'une sous-catégorie d'infractions invisibles. Il s'agit en effet d'infractions inconnues des autorités qui répondent de plus à des critères restrictifs définis pas la jurisprudence, puis à une définition posée tardivement par le législateur. Celles-ci bénéficient donc d'un régime de prescription dérogatoire, du seul fait de leur clandestinité. Si la définition de cette notion d'« *infraction clandestine* » fait partie de l'objet de notre étude et sera par conséquent précisée en *infra*[1664], il convient d'ores et déjà d'indiquer qu'il s'agit d'infractions n'ayant pu être découvertes avant l'échéance du délai de prescription fixé par le législateur. Dans cette hypothèse, les juges répressifs ont contourné les règles de computation du délai de prescription, en estimant que le point de départ, normalement fixé au jour de la commission de l'infraction devait être repoussé au jour de la découverte de celle-ci. En consacrant une nouvelle date de naissance pour ce type d'infraction, la jurisprudence évite l'obstacle de la prescription. La jurisprudence semble ainsi consacrer l'expression selon laquelle « *le temps est père de vérité* » au détriment du respect de « *la marche, [de] l'œuvre souveraine du temps* »[1665]. Ainsi, le temps autrefois « *dominateur* »[1666], qui s'imposait au juge et aux parties, est désormais « *dominé* »[1667] par la jurisprudence qui en module artificiellement le cours. Comme l'a souligné le professeur Varinard, « *il est sans doute bien peu d'institutions de notre droit*

[1661] A. Merle et R. Vitu, *Traité de droit criminel. Tome 2, Procédure pénale*, Cujas, 5ème éd., 2001, n°45 ; M.-L. Rassat, *Traité de procédure pénale*, PUF, 2001, n°296.
[1662] F. Desportes, L. Lazerges-Cousquer, *Traité de procédure pénale*, Economica, 4ème éd., 2015, n°966.
[1663] J. Pradel, A. Varinard, *Les grands arrêts de la procédure pénale*, Dalloz, 10ème éd. 2020, p.105, §1.
[1664] V. *infra* n°241 et s.
[1665] J.-L.-E. Ortolan, *Eléments de droit pénal*, 4ème éd., Plon et Cie, 1875, TII, §1857 cité par A. Mihman, *Juger à temps. Le juste temps de la réponse pénale*, L'Harmattan, 2008, n°372.
[1666] J.-M. Coulon, « Les solutions relatives à l'office du juge », *in* J.-M. Coulon, M.-A. Frison-Roche (dir.), *Le temps dans la procédure*, *op. cit.*, pp.57-65.
[1667] *Ibid.*

criminel dont la portée a été réduite de façon aussi systématique par une véritable politique jurisprudentielle »[1668]. En effet, cette jurisprudence n'est pas isolée. Les juges répressifs s'efforcent depuis longtemps de multiplier les stratagèmes afin de faire échec, lorsqu'ils le jugent opportun, à l'acquisition de la prescription. Il en va ainsi lorsque la jurisprudence interprète largement la notion d'acte interruptif de prescription, laquelle permet l'anéantissement du délai déjà couru, de sorte qu'un nouveau délai recommence en entier[1669]. Tels que l'énonçaient les articles 7,8 et 9 anciens du Code de procédure pénale, « *tout acte de poursuite et d'instruction interrompt la prescription des crimes et des délits* »[1670]. La formule, au demeurant imprécise, a permis à la jurisprudence d'interpréter largement les actes pouvant être considérés comme interruptifs de prescription. En outre, tout comme dans l'hypothèse qui nous intéresse, la jurisprudence a de son propre chef élaboré un autre mécanisme permettant de moduler le cours du temps. Transposant *« à la procédure criminelle une règle qu'elle admet en droit civil et qu'exprime l'adage latin contra non valentem agere non currit praescriptio*[1671] »[1672], la jurisprudence répressive arrête ainsi le cours du temps le temps que l'obstacle de droit ou de fait empêchant les parties d'agir soit levé[1673].

227. ***La mise en échec du délai de prescription contre l'invisibilité des faits.*** Nombreux sont donc les moyens à la disposition de la jurisprudence pour faire échec à l'acquisition de la prescription. Toutefois, le report du point de départ des infractions clandestines retient l'attention plus que les autres en ce qu'il est le premier mécanisme élaboré pour prendre en considération les difficultés résultant de l'invisibilité ayant touché l'infraction. En effet, ce mécanisme pourtant désormais ancien[1674] est encore mal connu. Cela s'explique notamment par les nombreuses zones d'ombres qui subsistent autour de la notion d'infraction clandestine et de son régime. En outre, cette création jurisprudentielle était à l'origine quelque peu confidentielle, puisqu'elle n'était réservée qu'à certaines infractions de droit pénal des affaires. Connaissant peu à peu un élargissement de son champ d'application, la création prétorienne a éveillé la curiosité de plus en plus de commentateurs. Cette mise sous le feu des projecteurs a valu à la théorie des infractions clandestines une vague de critiques de la part de la doctrine, regrettant « *que des poursuites pénales puissent être exercées sans aucune limite temporelle* »[1675], et qu'une telle atteinte portée à une institution légale soit le fruit de la seule action du juge. L'attention portée à cette théorie fut telle que le législateur a par une réforme du 27 février 2017[1676], finalement décidé de se prononcer sur la question. Le législateur a alors fait sienne la théorie des infractions clandestines, tout en lui donnant un nouveau souffle. Intervenu afin de corriger « *l'intervention quelque peu erratique du législateur et […] l'interprétation prétorienne extensive de textes parfois imprécis »*[1677], il livre une réforme toutefois encore trop obscure pour régler l'ensemble des difficultés nées de la pratique, et en génère de nouvelles. Toutefois, il s'agit d'une véritable consécration de la théorie prétorienne, pourtant décriée en doctrine, démontrant l'intérêt du législateur pour la répression de faits demeurés

---

[1668] J. Pradel, A. Varinard, *Les grands arrêts de la procédure pénale*, *op. cit*., p.104.
[1669] A. Merle et R. Vitu, *Traité de droit criminel. Tome 2, Procédure pénale*, *op. cit*., n°51.
[1670] *Ibid.* n°52.
[1671] La prescription ne court pas lorsqu'un obstacle empêche les parties d'agir.
[1672] A. Merle et R. Vitu, *Traité de droit criminel. Tome 2, Procédure pénale*, *op. cit*., n°51.
[1673] *Ibid.*
[1674] On date son apparition à un arrêt Cass., crim., 4 janvier 1935, Gaz. Pal. 1935.1.358.
[1675] J. Pradel, A. Varinard, *Les grands arrêts de la procédure pénale*, *op. cit*., p.137, §52.
[1676] Loi n°2017-242 du 27 fév. 2017 portant réforme de la prescription en matière pénale.
[1677] A. Tourret, G. Fenech, *Rapport d'information sur la prescription en matière pénale*, n°2778, Assemblée Nationale, 20 mai 2015, p.7.

invisibles pour les autorités, en raison de leur nature ou d'une ruse de l'auteur. L'impunité résultant d'une telle invisibilité paraît ainsi intolérable au point que l'écoulement du temps n'aura permis d'apaiser la société.

228. ***Une réforme en deux temps***. A première vue, l'article 9-1 du Code de procédure pénale semble venir consacrer la théorie des infractions clandestines, puisqu'il reprend la terminologie utilisée en jurisprudence et confirme le régime dérogatoire des infractions clandestines en autorisant le report de leur point de départ au jour de l'apparition de l'infraction. Mais à bien y regarder, on se rend compte que le législateur est venu dans un second temps apporter des précisions nouvelles tant sur la notion que sur son régime. Il parvient ainsi à réconcilier temps subjectif, en reportant le point de départ au jour de l'apparition de l'infraction, et temps objectif, en fixant une date limite au report du point de départ. Ces innovations ne sont toutefois pas sans impact sur la théorie des infractions clandestines, puisque leur application conduira à des limitations dans sa mise en œuvre, qui n'avaient pas été prévues par la Cour de cassation. De la sorte, il semble que la réforme vienne « *rétabli[r], au moins théoriquement, l'autorité du législateur sur la jurisprudence* »[1678]. Reste qu'en pratique des zones d'ombres subsistent que le juge ne manquera sûrement pas d'éclairer de sa pratique.

229. **Une notion évolutive pour régime d'exception**. Par le biais de la théorie des infractions clandestines est donc actée l'existence d'infractions invisibles, qui mettent au défi les enquêteurs, mais également les règles de la procédure pénale. La prise en compte d'infractions clandestines est un pas dans la reconnaissance de l'existence d'infractions invisibles. Toutefois, l'étude de la notion, et de son régime, nous montrera que tant son acception originelle (**Chapitre 1**) issue de la jurisprudence, que son acception actuelle née de l'intervention du législateur (**Chapitre 2**), ne permettent pas de saisir l'ensemble des infractions que l'on peut qualifier d'invisibles. Une part de ces infractions demeure mise à l'écart, sans que l'on ne dispose de justification à leur exclusion. Le recours à cette notion de clandestinité, aussi obscure que l'idée qu'elle sous-tend semble alors trop restrictive pour rendre compte de l'ensemble des faits demeurés inconnus des autorités, mais également trop large pour justifier de l'exclusion d'une frange de ceux-ci.

[1678] C. Ribeyre, « Loi n° 2017-242 du 27 février 2017 portant réforme de la prescription en matière pénale : enfin adoptée mais bientôt adaptée ! », Lexbase Droit privé, mars 2017.

Chapitre 1 : Une solution prétorienne à la poursuite de certaines infractions invisibles

230. La théorie des infractions clandestines est la première prise en considération de l'existence d'infractions invisibles, dont l'existence est difficile à mettre au jour. La Cour de cassation élabore sa théorie depuis les années 1930[1679]. Ainsi, la théorie telle qu'on la connaît aujourd'hui n'a pas toujours existé sous cette forme. Elle a d'abord évolué au fil des jurisprudences, pour atteindre une certaine stabilité avant que le législateur ne vienne apporter sa pierre à l'édifice. Le recours aux infractions clandestines s'est ancré peu à peu dans la pratique des juridictions, transformant la jurisprudence d'exception en une théorie classique. Toutefois, la théorie a mis du temps à s'installer et à s'imposer en jurisprudence comme une véritable règle générale. L'émergence de la théorie des infractions clandestines (**section 1**) a en effet pris du temps, avant que la théorie jurisprudentielle ne commence à faire son apparition dans les textes législatifs (**section 2**).

Section 1 : La théorie prétorienne des infractions clandestines

231. La Cour de cassation a, au fil de ses décisions, façonné sa théorie des infractions clandestines, déterminant le caractère de cette nouvelle notion (**§1**), mais également son régime (**§2**), pierre angulaire de la construction de cette théorie jurisprudentielle.

§1 : Le caractère des infractions clandestines

232. La nature des infractions clandestines ne peut se comprendre sans un retour aux origines de la notion d'infraction clandestine (**A**), création opportuniste de la jurisprudence cherchant à assurer les poursuites contre des faits découverts tardivement. C'est cette genèse qui éclaire le sens donné à la notion jurisprudentielle (**B**), qui s'avère relever plus de la construction d'un régime dérogatoire que de la théorisation d'une nouvelle notion juridique.

A- Les origines de la notion d'infraction clandestine

233. La notion d'infraction clandestine est donc apparue (**2**) en réaction au principe de la prescription (**1**), institution dont les fondements incertains permettent sa remise en cause et ont fait apparaître un mouvement défavorable à son maintien.

1- Les fondements incertains de la prescription de l'action publique

234. ***L'extinction de l'action publique***. De la commission d'une infraction résultent deux atteintes distinctes. Celle-ci entraîne toujours une atteinte à un intérêt général, celui de la société dont l'ordre vient d'être troublé par l'infraction. Mais il peut également en résulter une atteinte à des intérêts privés, ceux de la victime de l'infraction. Ainsi, deux actions vont pouvoir naître de l'infraction : une action publique en applications des peines, mais également une action

[1679] Cass. crim., 4 jan. 1935, Gaz. Pal. 1935.1.358.

civile, en réparation des dommages causés à la victime[1680]. L'action publique est la pierre angulaire de la procédure pénale, « *l'objet premier* » du procès pénal[1681]. Traditionnellement définie comme « *l'activité procédurale exercée au nom de la société par le ministère public, pour faire constater par le juge compétent le fait punissable, établir la culpabilité du délinquant et obtenir le prononcé de la sanction établie par la loi* »[1682] ou d'une manière plus respectueuse des droits de la personne poursuivie comme « *le pouvoir de s'adresser à une juridiction répressive pour qu'elle décide de la pertinence de la présomption d'innocence dont bénéficie la personne poursuivie, tantôt au regard des charges (juridictions d'instruction), tantôt au regard des preuves (juridictions de jugement) réunies contre elle par le ministère public ou par les parties civiles* »[1683]. L'action publique a donc pour objectif l'application de la loi pénale, elle contribue ainsi à son efficience. Pour que l'action publique puisse être exercée, encore faut-il que celle-ci ne soit pas atteinte d'une cause extinctive. L'extinction de l'action publique constitue *« un obstacle permanent* »[1684] à l'exercice de l'action publique. Comme toute cause d'extinction d'une action en justice, elle « *interdit au demandeur de saisir le tribunal compétent ou une fois le tribunal saisi, empêche toute continuation des poursuites* »[1685]. Le législateur a prévu que plusieurs événements limitativement énumérés pouvaient éteindre l'action exercée par le ministère public, ceux-ci étant énumérés à l'article 6 du Code de procédure pénale. La doctrine a pu proposer diverses classifications de ces causes d'extinction de l'action publique[1686], bien que certains en soulignent le faible intérêt[1687], leur aspect didactique semble toutefois justifier leur mention : selon que les causes soient internes ou externes à l'infraction, qu'elles soient d'origine judiciaire ou extra-judiciaire, propres à l'action publique ou communes aux actions publiques et civiles, qu'elles constituent des modes généraux ou des modes spéciaux d'extinction ne concernant que certaines infractions spécifiques[1688].

235. ***La prescription de l'action publique***. La prescription, sur laquelle va se concentrer notre étude, est une cause externe à l'infraction, d'origine extra-judiciaire, commune aux actions publique et civile, et c'est un mode général qui joue pour toutes les infractions. Elle se définit comme « *un mode d'extinction de l'action publique résultant du non-exercice de celle-ci avant l'expiration du délai fixé par la loi, dont la survenance résulte du seul écoulement du temps* »[1689]. Par le simple effet de l'écoulement du temps, l'exercice de l'action publique va alors être empêché. Ainsi, la prescription de l'action publique « *ôte aux faits poursuivis tout caractère délictueux* » selon les termes de la Cour de cassation[1690]. Les auteurs la rapprochent ainsi de l'amnistie ou de l'abrogation de la loi pénale[1691]. La prescription de l'action publique présente deux caractères. Elle est tout d'abord une mesure d'ordre public, il n'est pas possible d'y déroger, elle est « *nécessairement*

[1680] A. Merle et R. Vitu, *Traité de droit criminel. Tome 2, Procédure pénale*, *op. cit*., n° 23 ; C. proc. pén., art. 1er et 2.
[1681] P. Conte, P. Maistre du Chambon, *Procédure pénale*, 4ème éd., Armand Colin, 2002, n°157.
[1682] A. Merle, R. Vitu, *Traité de droit criminel. Tome 2, Procédure pénale*, *op. cit*., *loc. cit*.
[1683] P. Conte, P. Maistre du Chambon, *Procédure pénale*, *op. cit., n°157.*
[1684] B. Bouloc, *Procédure Pénale*, Précis Dalloz, 2015, 28ème éd., 2021, n°226.
[1685] A. Merle, R. Vitu, *Traité de droit criminel. Tome 2, Procédure pénale*, *op. cit*., n°45.
[1686]A. Merle, R. Vitu, *Traité de droit criminel. Tome 2, Procédure pénale*, *op. cit*., *loc. cit.*
[1687] M.-L. Rassat, *Traité de procédure pénale*, *op. cit*., n°296.
[1688] *Ibid*., B. Bouloc, *Procédure Pénale*, *précit*., n°226.
[1689] G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, 13ème éd., 2020.
[1690] Cass. crim., 27 oct. 1993, Bull. crim. 1993, n°320 ; Cass. crim., 30 oct. 2001, Bull. crim. 2001, n°224.
[1691] F. Desportes, L. Lazerges-Cousquer, *Traité de procédure pénale*, *op. cit.,* n°967 ; A. Merle, R. Vitu, *Traité de droit criminel. Tome 2, Procédure pénale*, *op. cit*., n° 57.

péremptoire »[1692] ainsi les individus ne peuvent y renoncer, mais les juridictions doivent également la relever d'office, et elle pourra être invoquée à tout stade de la procédure, même pour la première fois devant la Cour de cassation. Elle a de plus une portée générale, c'est-à-dire que toutes les infractions sont susceptibles d'être un jour prescrites[1693], et tous les participants à l'infraction bénéficient de son acquisition, la prescription opérant ainsi *in rem*[1694]. Certes, la prescription de l'action publique est une institution classique de notre matière pénale française, cependant son existence ne va pas de soi. En effet, ce « *n'est pas une institution universelle* »[1695]. Si les pays de droit romano-germanique l'ont admise, les pays de Common Law n'ont pas cette tradition de la prescription. Toutefois, les pays anglo-saxons ont fini par lui laisser une place limitée, l'admettant pour les faits les moins graves, et certaines infractions les plus graves[1696]. D'un point de vue historique, la prescription extinctive serait apparue en droit romain dans la *lex Julia de adulteriis* de 17 ou 18 avant Jésus-Christ[1697], à l'époque elle est alors conçue comme « *faisant obstacle à la reconnaissance d'une infraction* »[1698]. Admise également en droit canonique[1699], puis consacrée pendant la période révolutionnaire dans le Code des délits et des peines du 3 brumaire an IV, le code d'instruction criminelle reprendra par la suite l'institution de la prescription de l'action publique. Institution qui fut conservée dans le Code de procédure pénale[1700].

236. ***Fondements de la prescription***. Son intégration dans notre procédure pénale a été justifiée de diverses manières. Tout d'abord, et de manière assez peu convaincante car « *quelque peu naïf* »[1701], des arguments d'ordre psychologique (appelés aussi théorie subjective[1702]) ont pu être évoqués comme fondement à la prescription de l'action publique. Selon ceux-ci, le délinquant ayant commis une infraction et qui n'aurait pas été appréhendé par les autorités vivrait dans la peur perpétuelle d'être un jour rattrapé par ses méfaits. Il subirait ainsi selon l'expression classique une « *insomnie de vingt ans* »[1703], rongé par les remords, lui infliger une sanction des années après la commission des faits lui ferait alors subir une « *double peine* »[1704] que celui-ci ne mériterait pas. Ainsi pour Monsieur le professeur Pradel « *déjà puni une fois ce ne serait que trop de le punir une seconde* »[1705]. De plus, le délinquant qui chercherait à ne pas attirer l'attention des autorités sur lui et son passé[1706], ne récidiverait donc pas, et s'amenderait ainsi par lui-même. De ce fait, pour certains auteurs la prescription jouerait alors comme une sorte de sursis[1707]. Pour Tarde, il y

---

[1692] *Ibid.* n°968. ; *Ibid*.
[1693] Le législateur a toutefois prévu des exceptions, notamment pour certaines infractions spéciales telles que des infractions militaires et les crimes contre l'humanité v. *infra* n°34 et s.
[1694] A. Merle, R. Vitu, *Traité de droit criminel. Tome 2, Procédure pénale*, op. cit., n°57.
[1695] F. Deportes, L. Lazerges-Cousquer, *Traité de procédure pénale*, *op. cit*. n°966.
[1696] J.-J. Hyest, H. Portelli, R. Yung, Pour un droit de la prescription moderne et cohérent, Rapport n° 338, 20 juin 2007.
[1697] B. Bouloc, « Regard sur la prescription pénale », AJ Pénal 2016 p.294.
[1698] *Ibid.*
[1699] *Ibid.*
[1700] *Ibid.*
[1701] F. Fourment, E. Camous, *Procédure pénale*, Bruylant, 16ème éd., 2023, n°564.
[1702] *Ibid.*; M. Giacopelli, « Les raisons de la prescription, propos introductifs », Lexbase Hebdo, édition privée n°686, 2 février 2017.
[1703] F. Desportes, L. Lazerges-Cousquer, *Traité de procédure pénale*, *op. cit,.* n°969 ; A. Merle, R. Vitu, *Traité de droit criminel. Tome 2, Procédure pénale*, *op. cit*., n° 47.
[1704] *Ibid.* n°969 ; *Ibid.*
[1705]J. Pradel, *Procédure pénale*, Cujas, 19ème éd., 2017, n°253.
[1706] *Ibid*.
[1707] M.-L. Rassat, *Traité de procédure pénale*, *op. cit.,* n°297 ; J. Pradel, *Procédure pénale*, *op. cit*., n°253.

aurait de cette façon un changement d'identité du délinquant par son amendement, ainsi, pour certains cela « *revient à sanctionner une autre personne que celle qui a commis l'infraction* ». Cela méconnaîtrait de surcroît le but de resocialisation de la peine[1708].

Par ailleurs, la prescription procéderait d'un choix de politique criminelle (ou théorie objective[1709]). Avec le temps le trouble généré par l'infraction disparaîtrait, la clameur publique ne réclamerait ainsi plus la répression de ce méfait. Les fonctions d'expiation et vindicatives de la peine seraient désormais sans objet[1710]. Pour certains, il en irait même de la paix et de la tranquillité sociale de ne pas raviver le souvenir de l'infraction[1711]. C'est pour ces raisons que l'on a souvent appelé la prescription « *la grande loi de l'oubli* »[1712], préconisant ainsi un droit à l'oubli pour les délinquants dont les méfaits sont trop anciens pour nécessiter une répression. Certains auteurs vont même jusqu'à évoquer l'idée d'un pardon[1713]. Toujours dans l'optique d'une politique criminelle particulière, la prescription permettrait d'occulter à l'opinion publique la démonstration de l'inefficacité du système judiciaire[1714]. Sans cette institution, les justiciables pourraient se rendre compte de « *l'impuissance de l'appareil judiciaire à agir en temps normal* » ce qui engendrerait inquiétude et défiance de la part des citoyens vis-à-vis de la justice. En outre, des arguments d'ordre matériel ont pu être invoqués à l'appui de la prescription (ou théorie procédurale[1715]). L'écoulement du temps engendrerait un dépérissement des preuves, rendant l'œuvre de la justice moins sûre[1716]. Malgré l'évolution des techniques scientifiques, le risque d'erreur judiciaire est toujours redouté[1717], les témoignages risquant d'être moins fiables, les souvenirs des victimes effacés ou inexacts. Enfin, des arguments d'ordre procédural ont pu être développés pour justifier l'institution de la prescription. La prescription interviendrait comme une sanction à l'inaction des autorités, celles-ci perdant alors leur droit de punir, ne l'ayant pas exercé promptement[1718], il y aurait là une renonciation à leur droit de poursuivre[1719]. La prescription serait ainsi un palliatif à la négligence du ministère public[1720]. Mais plus encore, elle constituerait un moyen de pression à l'encontre de celui-ci, pour l'inciter à agir et à accélérer la mise en œuvre des procédures[1721]. L'institution permettrait en outre de répondre aux exigences du procès équitable, celui-ci imposant la tenue du procès dans un délai raisonnable[1722], ce qui ne serait pas le cas d'un procès tardif ouvert plus de vingt ans après la commission des faits. Le

---

[1708] B. Bouloc, « Regard sur la prescription pénale », *précit.*
[1709] *Ibid*.
[1710] F. Desportes, L. Lazerges-Cousquer, *Traité de procédure pénale*, *op. cit..,* n°970 ; A. Merle, R. Vitu, *Traité de droit criminel. Tome 2, Procédure pénale*, *op. cit.,* n° 47.
[1711] B. Bouloc, *Procédure Pénale*, *op. cit*., n°238 ; égal. C. Robaczewski, *Procédure Pénale*, 6ème éd., LGDJ, n°348.
[1712] F. Desportes, L. Lazerges-Cousquer, *Traité de procédure pénale*, *op. cit.,* n° 970 ; A. Merle, R. Vitu, *Traité de droit criminel. Tome 2, Procédure pénale*, *op. cit*., n° 47.
[1713] E. Vergès, *Procédure pénale*, Lexisnexis, Cours, 6ème éd., 2020, n°197 ; C. Robaczewski, *Procédure Pénale*, *précit*., n°348.
[1714] M.-L. Rassat, *Traité de procédure pénale*, *op. cit*., n°297.
[1715]B. Bouloc, « *Regard sur la prescription pénale* », *précit.* ; M. Giacopelli, « *Propos introductifs. Les raisons de la prescription* », *précit.*
[1716] F. Desportes, L. Lazerges-Cousquer, *Traité de procédure pénale*, *op. cit.,* n°971 ; A. Merle, R. Vitu, *Traité de droit criminel. Tome 2, Procédure pénale*, *op. cit*., n° 47.
[1717] B. Bouloc, *Procédure pénale, op. cit.,* n°238.
[1718] *Ibid.*
[1719] B. Bouloc, « *Regard sur la prescription pénale* », *précit.*
[1720] F. Desportes, L. Lazerges-Cousquer, *Traité de procédure pénale*, *op. cit.,* n°972 ; A. Merle, R. Vitu, *Traité de droit criminel. Tome 2, Procédure pénale*, *op. cit.*, n° 47.
[1721] B. Bouloc, « *Regard sur la prescription pénale* », *précit*
[1722] F. Desportes, L. Lazerges-Cousquer, *Traité de procédure pénale*, *op. cit.,* n° 972.

législateur n'a formellement ratifié aucun de ces arguments[1723], à tel point que l'on parle aujourd'hui de « *fondements incertains* »[1724], le législateur n'ayant « *attribué en définitive aucun fondement objectif incontestable à la prescription* »[1725]. Or, c'est cette incertitude qui a engendré les nombreuses discussions doctrinales remettant en question le bien-fondé de l'institution de la prescription.

2- L'apparition de la théorie des infractions clandestines

237. ***Remise en cause prétorienne de la prescription de l'action publique***. C'est dans ce contexte de remise en question de la prescription de l'action publique qu'a pu émerger la théorie des infractions clandestines. En effet, c'est l'hostilité de la jurisprudence à l'égard de cette institution aux fondements incertains qui a poussé les magistrats de la Haute juridiction à développer une théorie capable de faire échec à l'institution légale. L'objectif des stratégies ainsi mises en œuvre par la chambre criminelle de la Cour de cassation était de permettre une répression de faits qui auraient dû, en application des règles légales, être prescrits. Ainsi, s'appuyant sur l'invisibilité des faits pendant la durée du délai de prescription, elle rendait possible la poursuite d'infractions pour lesquelles le ministère public aurait dû être empêché d'agir. Le 4 janvier 1935 la Cour de cassation estime ainsi « *que l'arrêt attaqué en se basant sur les circonstances de la cause que si les faits d'abus de confiance remontent aux années 1927 et 1928 et si le réquisitoire introductif d'instance porte la date du 30 mars 1932, le détournement frauduleux et le préjudice consécutif n'ont pu être constatés qu'au mois de février 1932 et que jusque-là le prévenu par ses réponses dilatoires aux réclamations qui lui étaient adressées par ses créanciers ou en leur nom, avait pu dissimuler son intention délictueuse et empêcher ainsi de constater les éléments du délit ; d'où il suit qu'en rejetant l'exception de prescription opposée par le prévenu l'arrêt attaqué a fait une exacte application de la loi* »[1726]. Elle paralyse ainsi l'application de la prescription de l'action publique en raison de la dissimulation des faits, ayant de sorte recours pour la première fois à ce qui deviendra la théorie incontournable des infractions clandestines.

238. ***Dérogations légales antérieures***. Une théorie aussi audacieuse a pu surprendre, mais on peut comprendre l'apparition de celle-ci à plusieurs égards. En effet, tout d'abord d'autres dérogations au principe de la prescription ont déjà été mises en œuvre par le législateur. Déjà dans l'ancien droit, le législateur l'avait exclue pour les crimes de lèse-majesté[1727]. Puis par une loi du 26 décembre 1964, le législateur contemporain a énoncé l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité, inscrite à l'article 213-5 du Code pénal, excluant ainsi totalement le jeu de la prescription. Des tempéraments à l'institution ont également été créés par la loi, afin de limiter ses conséquences sur la répression. Le législateur a ainsi plusieurs fois allongé le délai de prescription de l'action publique pour certains types d'infractions. Il retarde de la sorte les effets de la prescription pour des infractions liées à la criminalité organisée. C'est le cas pour le délit de participation à une association de malfaiteurs, prévu à l'article 450-1 du Code pénal, lorsque celui-ci est commis en vue de préparer une infraction relative aux stupéfiants[1728]. Il en va de même pour les actes de terrorisme

[1723] *Ibid..,* n°164.
[1724] E. Verges, *Procédure pénale*, *op. cit.,* n°197.
[1725] E. Dreyer, O. Mouysset, *Procédure pénale*, LGDJ-Lextenso, 2ème éd., 2019, n°86.
[1726] Cass. Crim., 4 janvier 1935, Gaz. Palais 1935.1.358.
[1727] A. Merle, R. Vitu, *Traité de droit criminel. Tome 2, Procédure pénale*, *op. ci*t., n° 48.
[1728] C. proc. pén., art. 706-31.

réprimés aux articles 421-1 à 421-5 du Code pénal[1729] et aux infractions connexes prévues à l'article 706-25-1 du Code de procédure pénale. Le délai est également allongé en ce qui concerne les certains crimes et délits commis à l'encontre des mineurs, mentionnés à l'article 706-47 du Code de procédure pénale, à l'article 222-10 du Code pénal, ainsi que pour les délits mentionnés aux articles 222-12, 222-30, 225-7, 225-12-1 et 227-26 du Code pénal. Le législateur a prévu la même dérogation pour ce qui est des crimes d'eugénisme et de clonage prévus aux articles 214-1 à 214-4 du Code pénal (article 215-4 du Code pénal), ce qui s'explique par le fait que ces infractions peuvent apparaître comme le préalable à la commission d'éventuels crimes contre l'humanité pour lesquels le législateur a souhaité exclure le jeu de la prescription[1730]. De plus, le législateur avait également rendu imprescriptibles les infractions de désertion à une bande armée ou à l'ennemi ou en présence de l'ennemi. Mais encore pour les infractions de désertion et d'insoumission dont l'auteur s'est réfugié ou est resté à l'étranger en temps de guerre[1731]. Enfin, le législateur a prévu le même tempérament pour les infractions relatives à la prolifération d'armes de destruction massive et de leurs vecteurs, conformément aux articles 706-167 et 706-175 du Code de procédure pénale. On le perçoit bien au travers ces nombreuses dérogations, le législateur n'a pas pensé l'institution de la prescription comme étant absolue, celle-ci peut donc connaître certains tempéraments.

239. ***Une audace récurrente de la Cour de cassation***. Par ailleurs, si la théorie des infractions clandestines a pu émerger, c'est grâce à l'audace de la Cour de cassation. Audace qui n'est toutefois pas si surprenante en jurisprudence, la Haute juridiction ayant depuis longtemps fait preuve de son volontarisme sur certaines questions, adoptant parfois des interprétations *praeter legem*, voire même *contra legem*, comme c'est le cas en l'espèce. En effet, la Cour de cassation l'a déjà démontré lorsqu'elle validait des modes de preuves innomés, en dehors de tout texte et alors même qu'ils pouvaient entrer en contradiction avec le droit au respect de sa vie privée[1732], ou encore lorsqu'elle a admis au titre d'acte interruptif de prescription de nombreux actes auxquels on pouvait douter que le législateur entendait donner un tel effet[1733]. En outre, la Cour de cassation a finalement légitimé *a posteriori* sa jurisprudence dans quatre arrêts du 20 mai 2011[1734]. Dans les quatre arrêts d'espèce, trois concernaient l'affaire très médiatique dite des emplois fictifs de la mairie de Paris, impliquant un ancien chef de l'État. Était en cause une délinquance astucieuse, impliquant entre autres une complicité d'abus de confiance, une complicité de détournement de fonds publics, un abus de confiance et un abus de biens sociaux. Le dernier arrêt portait sur un assassinat, tout aussi médiatique, il concernait l'affaire dite du « *tueur des Ardennes* ». Dans leur recours, les requérants demandaient la transmission d'une question prioritaire de constitutionnalité à propos des solutions jurisprudentielles visant à écarter la prescription de l'action publique pour certaines infractions, soit en reportant leur point de départ (comme c'est le cas avec la théorie des infractions clandestines), soit en interrompant la prescription d'infractions connexes à celle bénéficiant en premier lieu de ce mécanisme. Ainsi, c'est l'interprétation par la Cour de cassation des articles 7, 8, 9 et 203 du Code de

[1729] A l'exclusion du délit de provocation à commettre des actes de terrorisme prévu a l'article 421-2-5 du CP, v. 706-15-1 dernier alinéa.
[1730] F. Desportes, L. Lazerges-Cousquer, *Traité de procédure pénale*, *op. cit.*, n°980.
[1731] Art. 94 al. 2 du CJM de 1982.
[1732] C'est le cas notamment de la géolocalisation admise par la Cass. crim. le 22 novembre 2011, n° 11-84.308, v. note A. Lepage « *A noter également* », Communication Commerce électronique n° 2, fév. 2012, comm. 21.
[1733] On note par exemple qu'un simple soit-transmis a pu être considéré comme interruptif de prescription dans l'affaire des disparues de l'Yonne, Cass. crim., 20 févr. 2002, v. note P. Maistre du Chambon, « L'hostilité de la Cour de cassation à l'égard de la prescription de l'action publique », JCP G n° 21, 22 mai 2002, II 10075.
[1734] Cass, ass. plén. 20 mai 2011, n°11-90.025, n°11-90.032, n°11-90.033, n°11-90.042.

procédure pénale qui était mise en cause. Pour les requérants, cette interprétation constante de la Cour de cassation violerait notamment le principe de la prescription de l'action publique, qui serait garanti par le bloc de constitutionnalité. La Cour de cassation refuse de transmettre la question prioritaire de constitutionnalité au Conseil Constitutionnel au motif que la question ainsi posée ne serait ni nouvelle, elle ne porterait pas sur l'interprétation d'une disposition constitutionnelle dont le Conseil n'aurait pas eu l'occasion de faire application[1735], ni sérieuse, considérant que celle-ci tend non pas à critiquer la loi mais l'interprétation que la jurisprudence a pu lui donner. Or, le filtre ainsi réalisé par la Cour de cassation « *se mue [en l'espèce] en un prétexte de non-transmission d'autant plus facile que la motivation est concise* »[1736]. La Cour de cassation profite toutefois de l'arrêt pour donner une esquisse de réponse aux requérants, empiétant ainsi sur la compétence du Conseil Constitutionnel. Elle estime notamment que « *la prescription de l'action publique ne revêt pas le caractère d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République et ne procès pas des articles 7 et 8 de la DDHC du 26 août 1789, ni d'aucune disposition, règle ou principe de valeur constitutionnelle* »[1737]. Ainsi, de l'avis des Hauts magistrats, la prescription ne serait fondée sur aucun principe fondamental ni aucune règle de valeur constitutionnelle.

240. ***Des dérogations à la prescription admises par diverses juridictions***. Si une telle prise de position de la Cour de cassation peut être critiquée, il faut toutefois souligner que d'autres juridictions de même envergure n'ont pas imposé la prescription comme un principe fondamental, et ont pu admettre des dérogations à sa mise en œuvre. En 1996, à propos du statut de la Cour pénale internationale, le Conseil d'État avait admis la possibilité pour ledit statut d'exclure le mécanisme de la prescription pour certains crimes « *dont la nature est d'être imprescriptible* »[1738]. Par la suite, toujours à propos du même statut, le Conseil constitutionnel a admis *« qu'aucune règle, ni aucun principe de valeur constitutionnelle, n'interdit l'imprescriptibilité des crimes les plus graves qui touchent l'ensemble de la communauté internationale* »[1739], admettant ainsi l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité. La Cour Européenne des Droits de l'Homme quant à elle, a pu souligner l'absence d'homogénéité entre les États membres concernant les règles régissant les délais de prescription. Impossible donc de retenir un véritable principe instituant la prescription comme fondamentale en matière pénale. En effet, la CEDH tolère que les États membres y aient recours, elle a ainsi pu admettre l'irrecevabilité de l'action civile d'une victime de sévices sexuels dans un arrêt Stubbings c./Royaume-Uni[1740]. Les délais de prescription sont justifiés par la nécessité de préserver la sécurité juridique en fixant un terme aux actions[1741]. Mais elle admet également des tempéraments à la prescription de l'action publique : CEDH 6 décembre 2001 Yagtzilar c./ Grèce et 28 octobre 1998 Perez de Rada Cavanilles c./ Espagne, « le *droit à un tribunal est atteint lorsqu'un juge répressif oppose la prescription à un stade avancé de la procédure, à moins que la prescription ne résulte d'une*

[1735] J. Danet, « L'Assemblée plénière ne transmet pas la question de la constitutionnalité de sa jurisprudence sur la prescription de l'action publique », RSC 2011 p.656.
[1736] B. De Lamy, « La conception constitutionnelle de la légalité pénale et les aléas de la jurisprudence de la chambre criminelle », RSC 2012, p.221.
[1737] Cass, ass. plén. 20 mai 2011, n°11-90.025, n°11-90.032, n°11-90.033, n°11-90.042.
[1738] CE, avis, 29 février 1996, n°385597.
[1739] Cons. const., 22 janvier 1999, n°98-408.
[1740] CEDH 22 octobre 1996, Stubbings c./Royaume-Uni.
[1741] S. Guinchard, J. Buisson, *Procédure pénale*, Lexisnexis, 15ème éd., 2022, n°1487 ; CEDH, 11 mars 2014 Howald Mour et autres c./ Suisse, n°52067/10 et41072/11, §72 considérant qu'elle apporte une « garantie de la sécurité juridique car elle fixe un terme aux actions en mettant les défendeurs potentiels à l'abri de poursuites tardives, difficiles à contrer ».

négligence de la partie poursuivante »[1742]. Ainsi, le principe de la prescription n'étant imposé en tant que principe fondamental ni sur le plan national ni dans des dispositions supranationales, la Haute juridiction s'est permis d'élaborer une jurisprudence audacieuse, pour répondre en équité à des infractions astucieuses. Dans un contexte d'hostilité au principe même de la prescription[1743], la Cour de cassation s'est engouffrée dans une brèche qui lui a permis de développer sa théorie des infractions clandestines, lui permettant d'écarter de manière temporaire le jeu de l'institution légale afin de rendre au ministère public l'exercice de son action.

B- La notion d'infraction clandestine

241. La notion d'infraction clandestine est donc venue au secours de procédures qui auraient, en principe, du s'écrouler face à l'acquisition de la prescription de l'action publique. Cette notion aux effets redoutables n'a toutefois pas fait l'objet d'une définition claire et précise de la part des magistrats qui en sont à l'origine. Laissant ainsi à la doctrine le soin d'en définir autant que possible les contours, au gré des évolutions de la notion dans la jurisprudence de la Cour de cassation. Or, on ne peut faire usage d'un mécanisme sans en comprendre le sens. La théorie des infractions clandestines ne doit pas seulement être étudiée pour ses effets, il est de prime abord nécessaire d'en définir la notion (**1**), et les caractères (**2**) afin de mieux en mesurer l'intérêt vis-à-vis de la notion d'invisible objet de notre étude.

1- La définition de la notion d'infraction clandestine

242. Ainsi, il convient de définir ce à quoi renvoie la notion d'infraction clandestine. Si la jurisprudence, pourtant à l'origine de la notion, ne l'a jamais définie, l'on peut tenter de dégager une définition à partir des nombreux arrêts d'espèce et de l'œuvre doctrinale.

243. ***Les contours de la notion d'infraction clandestine***. Rappelons tout d'abord que le terme de clandestinité provient du latin *clandestinus*, dérivé du terme *clam*, signifiant « *en cachette* »[1744], la clandestinité renverrait alors à ce qui se fait à la dérobée, donc à un acte secret. Les dictionnaires généraux font directement le lien entre clandestinité et droit[1745], pour le dictionnaire Littré, la clandestinité serait un « *terme de droit* », renvoyant à une « *chose faite en secret, contrairement à la loi* ». La clandestinité serait donc inexorablement liée au droit, et par conséquent à la matière pénale. Pourtant, la doctrine a pu souligner le paradoxe d'un tel lien entre clandestinité et procédure pénale[1746]. En effet, la procédure pénale a pour objectif la recherche de la vérité, tout en étant soumise aux principes de publicité et de contradictoire[1747]. Or, la clandestinité représente tout l'inverse, elle suppose des actes commis dans l'ombre, invisibles pour les autorités de poursuite, à mille lieux de ces exigences de transparence. La clandestinité renvoie à un acte qui ne s'extériorise

[1742] *Ibid.*
[1743] E. Dreyer, O. Mouysset, *Procédure pénale*, *op.cit.,* n°90, C. Ambroise-Casterot, Ph. Bonfils, *Procédure pénale*, PUF, 4ème éd., 2022, n°181 ; J.-F. Burgelin « Pour l'unification des délais de prescription en droit pénal », *in Mélanges Jean-Claude Soyer, L'honnête homme et le droit*, LGDJ, 2000, p.49 ; P. Maistre du Chambon, « L'hostilité de la Cour de cassation à l'égard de la prescription de l'action publique », *précit.*
[1744] Dictionnaire Littré consulté en ligne : www.littre.org
[1745] V. Claret-Tournier, *La clandestinité en matière pénale*, Thèse, Grenoble, 2012, n°2.
[1746] D. Déchenaud, « *La clandestinité en procédure pénale* », *in Mélanges en l'honneur du professeur Jacques-Henri Robert*, Lexisnexis, 2012, pp.213-228.
[1747] *Ibid.*

pas, qui n'est pas publique, et se déroule même parfois à l'insu des personnes concernées[1748]. Quant à l'infraction, il s'agit d'une action ou omission prohibée par la loi sous la menace d'une peine. Ainsi, si l'on croise finalement les deux notions, l'infraction clandestine serait donc une action ou omission prohibée par la loi réalisée dans le secret, à l'abri des regards. Toutefois cette acception n'est pas satisfaisante, car la théorie des infractions clandestines ne concernait, à l'origine, que certaines catégories d'infractions, une telle définition serait alors trop large, d'autant qu'on ne sait quels sont ces regards aveugles. S'agit-il uniquement des autorités ? Ou les victimes ? Voire de simples tiers à l'infraction ? Quand la notion objet de notre étude renvoie largement à l'aveuglement de seules autorités, ici les applications jurisprudentielles semblent plus restreintes, sans que l'on ne dispose d'une véritable règle immuable[1749]. De plus, celle-ci manque de précision dans une matière régie par le principe de légalité criminelle[1750]. La Cour de cassation n'a toutefois pas pris le temps de définir les contours de la notion dont elle s'est servie pour créer un régime dérogatoire à la prescription. Comme l'écrit Monsieur le professeur Vergès, *«la jurisprudence sur les infractions clandestines a évolué au cas par cas, de sorte que nul ne pouvait connaître les contours de cette catégorie d'infractions* »[1751]. L'infraction clandestine serait ainsi la prise en compte de l'invisibilité de certains actes délictueux par la jurisprudence, afin d'en permettre la répression lors de leur découverte. Notion opportuniste donc, toutefois des énoncés laconiques de la Cour de cassation, les auteurs ont tenté de faire émerger une définition.

244. ***Infractions clandestines par réalisation***. Au regard de la jurisprudence actuelle de la Cour de cassation, on remarque que la notion d'infraction clandestine se décline en deux catégories : elle reconnaît d'une part des infractions clandestines par nature, et d'autre part elle a admis des infractions clandestines par réalisation. Tout d'abord, l'infraction clandestine en général a pu être définie de diverses manières par la doctrine ; certains ont estimé qu'il s'agissait d'une « *infraction dont le caractère occulte et clandestin rend sa révélation tardive* »[1752] ; pour d'autres, il s'agissait d'une *« infraction difficile à découvrir* »[1753]. L'infraction ainsi masquée risquant de n'être découverte qu'après la prescription de l'action publique acquise. La définition la plus aboutie a été élaborée par Monsieur Lecuyer, selon qui l'infraction clandestine est « *celle dont les agissements délictueux sont, en fait ou en droit, dissimulés, maintenant la victime et le ministère public dans l'ignorance de son existence* »[1754]. Il est ainsi confirmé que la notion est plus restreinte que celle d'invisibilité, la victime ne devant dans tous les cas ne pas avoir à tout le moins pu constater l'infraction. Toutefois, l'on ne sait si un tiers témoin pourrait empêcher le recours à une telle qualification, d'autant qu'on le verra, certaines infractions admises au titre des infractions clandestines sont loin de ne laisser aucune trace dans tous les cas de figure. Deux sortes d'agissements clandestins répondent à la définition ainsi donnée de l'infraction clandestine : La Cour de cassation reconnaît d'une part l'existence d'infractions clandestines par réalisation. Appelées

---

[1748] V. plus en détail à ce sujet D. Déchenaud, « *La clandestinité en procédure pénale* », *précit.* ; et V. Claret-Tournier, *La clandestinité en matière pénale*, n°10 à 14.

[1749] L'article 9-1 du CPP viendra plus tard apporter sa propre définition, confirmant cette restrictivité.

[1750] V. *infra* n°302 et s.

[1751] Dans une ancienne édition de son cours de Procédure pénale : E. Vergès, *Procédure pénale*, LexisNexis, 4ème éd., 2014, n°175.

[1752] Dans une ancienne édition de son manuel de Procédure pénale : F. Fourment, *Procédure pénale*, Bruylant, 14ème éd., 2013, n°379. Les auteurs se référant désormais à la définition légale.

[1753] M.-L. Rassat, *Traité de procédure pénale*, *op. cit.* n°300.

[1754] G. Lecuyer, « La clandestinité de l'infraction comme justification du retard de la prescription de l'action publique », Droit pénal n°11, nov. 2005, étude 14.

également infractions clandestines « *par montage* »[1755], ou encore infractions clandestines « *par dissimulation* »[1756], ou « *par leur mode de commission* » [1757], « *par circonstance* »[1758], voire « *infractions dissimulées* », dans ce type d'infractions « *la clandestinité dépend des circonstances* »[1759]. Elle sera « *déterminée au cas par cas, selon que le délinquant aura ou non œuvré à masquer son forfait* »[1760]. En effet, les infractions clandestines par réalisation supposent que l'auteur se soit « *livré à une manœuvre pour en cacher la commission* »[1761]. L'auteur de l'infraction a donc mis en œuvre des stratagèmes pour dissimuler ses actes. Pour le Professeur Pradel, la dissimulation ainsi mise en œuvre consiste en « *le fait de cacher la réalité des faits par des artifices pour empêcher le Parquet et les victimes de les connaître et donc d'agir* »[1762]. Ici, « *dissimuler implique une action positive et une « manœuvre caractérisée »* »[1763]. Ce sont donc les modalités de la commission de l'infraction qui la rendent clandestine. Pour ces infractions c'est donc *« seulement en cas de manœuvres* »[1764] que l'application du régime dérogatoire élaboré par la jurisprudence sera admise. Les juges du fond devant alors « *caractériser concrètement* » la dissimulation[1765]. Cette catégorie « *constitue le vivier historique des infractions clandestines* »[1766], celle par laquelle la jurisprudence a pu entamer son œuvre créatrice. En effet, dans la toute première décision que l'on attribue à la théorie des infractions clandestines, la Cour de cassation fait référence aux manœuvres mises en œuvre par le prévenu pour dissimuler ses agissements : « *le prévenu par ses réponses dilatoires aux réclamations qui lui étaient adressées par ses créanciers ou en leur nom, avait pu dissimuler son intention délictueuse* »[1767]. L'invisibilité résultée ne participait pas de l'essence même de l'infraction, mais procédait d'actes postérieurs à l'agissement délictueux.

245. ***Infractions clandestines par nature***. Ce n'est que des années plus tard que la Cour de cassation a décidé d'élargir le spectre de la notion d'infraction clandestine, en créant un second type d'infraction clandestine, les infractions clandestines par nature. Si dans un premier temps, la Cour de cassation exigeait la caractérisation de ruses visant à cacher ses agissements, elle a dans un second temps admis l'existence d'infractions qualifiées de plein droit de clandestines, en raison de leur définition[1768]. La jurisprudence a donc créé d'autre part les infractions clandestines par nature. Au début des années 1970, la jurisprudence commence à évoquer la « *nature spéciale* » de certaines infractions, d'abord pour l'abus de biens sociaux[1769], puis elle le réitère pour l'abus de confiance. Il semblerait que la première décision faisant état de la nature clandestine de l'abus de

---

[1755] Y. Mayaud, « *Des innocents oubliés, victimes de la prescription* », Recueil Dalloz 2013 p.2673.
[1756] M. Carrasco-Daeron, *La dissimulation en matière pénale*, Thèse, LGDJ, 2016.
[1757] D. Dechenaud, « *La clandestinité en procédure pénale* », *précit.*
[1758] V. Claret-Tournier, *La clandestinité en matière pénale*, *op.cit. loc. cit.*
[1759] G. Lecuyer, « La clandestinité de l'infraction comme justification du retard de la prescription de l'action publique », *précit.*
[1760] Dans une ancienne édition de son manuel de Procédure pénale : J. Pradel, *Procédure pénale*, Cujas, 18ème éd., 2015, n°242.
[1761] Dans une ancienne édition de leur manuel de Procédure pénale : S. Guinchard, J. Buisson, *Procédure pénale,* 10ème éd., 2014, n°1343.
[1762] J. Pradel, *Procédure pénale*, *op. cit.,* n°263.
[1763] B. Bouloc, « *Regard sur la prescription pénale* », *précit.*
[1764] M.-L. Rassat, *Traité de procédure pénale*, *op. cit.* n°300.
[1765] Cass. crim, 10 avril 2002, Bull. Crim. n°85.
[1766] G. Lecuyer, « La clandestinité de l'infraction comme justification du retard de la prescription de l'action publique », Droit pénal n°11, nov.2005, étude 14.
[1767] Cass., crim. 4 janvier 1935, Gaz. Palais 1935.1.358.
[1768] M.-L. Rassat, *Traité de procédure pénale*, *op. cit.* n°300.
[1769] S. Roth, *Clandestinité et prescription de l'action publique*, Thèse, Strasbourg, 2013, n°640.

confiance date du 18 juillet 1974[1770], lequel, on le verra a ainsi subi une évolution importante, tout comme l'abus de biens sociaux. La notion a par la suite été étendue à d'autres infractions, mais pour Monsieur le professeur Véron, ce n'est finalement qu'en 1997 que la Cour de cassation a pu formuler « *cette idée en des termes qui peuvent valoir énoncé d'un principe général* »[1771]. La Haute juridiction énonce en effet dans cette décision que « *la clandestinité est un élément constitutif essentiel du délit* », celle-ci étant « *inhérente au délit* ». L'infraction clandestine par nature est donc une infraction dont « *la clandestinité est un élément constitutif* »[1772], c'est « *celle qui contient, dans ses éléments constitutifs une dissimulation qui empêche sa révélation ou sa constatation* »[1773]. La « *clandestinité participe de la définition du comportement punissable* »[1774], elle est « *inhérente à l'infraction* »[1775], ce qui justifie donc l'application « *de plein droit* »[1776] du régime dérogatoire à la prescription élaboré par la jurisprudence. L'infraction clandestine par nature présente un avantage certain en matière de charge de la preuve. En effet, contrairement à l'infraction dissimulée la clandestinité n'a pas à être prouvée, « *à partir du moment où cette clandestinité est intrinsèquement attribuée par les textes aux faits en cause, il n'est alors plus nécessaire de prouver que les faits ont ensuite été commis dans la clandestinité* »[1777], le travail du ministère public s'en trouve ainsi simplifié. Une terminologie variable a pu être utilisée par la doctrine pour désigner cette catégorie d'infractions clandestines. Celles-ci ont pu être présentées comme des infractions « *occultes* ». On a pu également évoquer le terme d'infraction clandestine « *par définition* »[1778]. Tous ces termes peuvent être considérés comme synonymes. En revanche certains auteurs utilisent le terme d'infraction clandestine pour désigner les infractions que nous appellerons dans notre étude infractions clandestines par nature. Utilisant ainsi à l'inverse le terme d'infractions occultes d'une manière générique pour désigner les deux catégories d'infractions. Cette terminologie ne sera pas celle retenue dans notre étude.

2- Les caractères de la notion d'infraction clandestine

246. ***Intentionnalité ou non-intentionnalité de la clandestinité***. La doctrine a pu s'interroger quant au point de savoir si la clandestinité de l'infraction devait être intentionnelle ou non. Pour Monsieur Lecuyer c'est une décision du 7 juillet 2005[1779] concernant la prescription du délit de tromperie qui nous renseigne sur la question[1780]. Dans cette affaire très médiatisée dite des « *hormones de croissance* », les juges du fond avaient rejeté l'exception de la prescription soulevée par la défense, en se fondant sur la clandestinité de l'infraction. Se pourvoyant alors en cassation, les

---

[1770] B. Challe, « art 7 à 9 – Fascicule 20 : Action publique – Prescription », Jcl, Procédure pénale, n°41 : Cass. crim. 18 juillet 1974, Bull. crim. 1974 n°258 ; F. Desportes, L. Lazerges-Cousquer, *Traité de procédure pénale, op. cit*., n°996 : Cass. crim 11 février 1981, Bull. Crim. n°53.

[1771] M. Véron, « Clandestinité et prescription », Droit Pénal, 1998 chron. 16.

[1772] S. Guinchard, J. Buisson, *Procédure pénale*, *op. cit.* , n°1503 ; J. Pradel, *Procédure pénale, op. cit*. n°262 ; F. Desportes, L. Lazerges-Cousquer, *Traité de procédure pénale, op. cit*., n°995.

[1773] Dans une ancienne édition de son cours de Procédure pénale : E. Vergès, *Procédure pénale*, 4ème éd., 2014, n°175. L'auteur se référant désormais à la définition légale.

[1774] D. Dechenaud, « *La clandestinité en procédure pénale* », *précit.*

[1775] F. Desportes, L. Lazerges-Cousquer, *Traité de procédure pénale, op. cit*., n°995.

[1776] M.-L. Rassat, *Traité de procédure pénale*, *op. cit.* n°300.

[1777] V. Claret-Tournier, *La clandestinité en matière pénale*, *op.cit*. n°48.

[1778] G. Lecuyer, « La clandestinité de l'infraction comme justification du retard de la prescription de l'action publique », *précit.*

[1779]Cass. crim. 7 juillet 2005, n°05-81119.

[1780] G. Lecuyer, « La clandestinité de l'infraction comme justification du retard de la prescription de l'action publique », *précit.*

demandeurs au pourvoi, estimaient que la clandestinité résultait d'un « *acte nécessairement intentionnel* », ce qui semble logique en cas d'infraction dissimulée, mais discutable concernant les infractions occultes, les juges auraient donc dû caractériser l'intention des prévenus de dissimuler leur acte, ce qui constituerait un *« préalable nécessaire à toute constatation de dissimulation de l'infraction par la personne mise en examen* »[1781]. Pour les demandeurs, « *il ne pouvait y avoir de clandestinité involontaire* »[1782]. La Cour de cassation approuve toutefois la chambre de l'instruction, rejetant le moyen ainsi avancé. Pour elle, les juges du fond n'avaient pas à déterminer si la clandestinité résultant de l'infraction était intentionnelle ou non. Une telle solution avait déjà pu être constatée dans une affaire datant de 2008, laquelle avait admis la dissimulation « *inopinée résultant d'une révélation tardive de la matérialité de l'infraction* »[1783]. Ainsi, point de subjectivité en matière de clandestinité, celle-ci est « *purement objective* »[1784], seule la matérialité de l'infraction entre en jeu pour pouvoir retenir la qualification d'infraction clandestine. Selon un auteur, cette position est assez paradoxale[1785]. En effet, si la théorie des infractions clandestines a été mise en œuvre à l'origine, c'est pour mettre un frein à une délinquance astucieuse, dont les stratagèmes permettaient d'obtenir le bénéfice de la prescription. Or, en admettant l'objectivité de la clandestinité, « *cela revient à admettre que la clandestinité puisse opérer à l'insu de l'agent* »[1786], ce qui contredit l'essence même de la théorie prétorienne. La question est d'autant plus problématique pour ce qui est de la catégorie des infractions clandestines par nature, pour lesquelles aucune manœuvre dissimulatrice n'a besoin d'être caractérisée. Encore que l'on pourrait admettre que la clandestinité étant un élément constitutif de l'infraction, l'intention d'occulter ces actes ses déduirait de la caractérisation des éléments constitutifs de l'infraction. On établirait ainsi une sorte de présomption, certainement irréfragable, d'intention dissimulatrice. A l'inverse, l'on pourrait considérer plus aisément pour les infractions clandestines par montage que la réalisation de manœuvres tendant à dissimuler l'infraction extérioriserait cette intention. La jurisprudence ayant d'ailleurs très largement recourt à l'élément matériel pour caractériser l'existence de l'élément moral de l'infraction[1787]. On pourrait alors distinguer l'ensemble des infractions invisibles pour lesquelles l'intentionnalité n'entre pas forcément en ligne de compte, des infractions clandestines par dissimulation, infractions invisibles dont l'invisibilité est toujours recherchée par l'auteur[1788]. Reste que la question de l'élément moral de l'infraction clandestine pose ainsi problème, et cette difficulté devait encore être soulevée lors de la réforme du 27 février 2017, qui renforça les interrogations en la matière.

247. ***Clandestinité et durée d'exécution de l'infraction***. Par ailleurs, certains ont pu s'interroger sur le point de savoir si la clandestinité était une question de nature ou de caractère des infractions. Pour Monsieur le professeur Fourment, ce ne serait pas *« le caractère de l'infraction*

[1781] Cass., crim., 7 juillet 2005, n°05-81119.

[1782] G. Lecuyer, « La clandestinité de l'infraction comme justification du retard de la prescription de l'action publique », *précit.*

[1783] Dans une ancienne édition de leur manuel de Procédure pénale : S. Guinchard, J. Buisson, *Procédure pénale,* 10ème éd., 2014, faisant référence à Cass. crim 3 juin 2008 n°07-80240 et 07-80241.

[1784] G. Lecuyer, « La clandestinité de l'infraction comme justification du retard de la prescription de l'action publique », *précit.*

[1785] *Ibid.*

[1786] *Ibid.*

[1787] La Cour de cassation déduit très souvent l'intention de tuer de la partie du corps visée par l'auteur, elle a ainsi pu admettre que « *la vulnérabilité de la région du corps de la victime vers laquelle le tir s'est trouvé dirigé* » extériorisait l'*animus necandi*. Cass., crim., 18 juin 1991, n°91-82.033, v. note G. Levasseur, « *Homicide volontaire. Animus necandi* », RSC 1992 p.73.

[1788] D'autres pouvant par exemple simplement tirer profit de circonstances propices à l'invisibilité des faits.

qui conditionne sa clandestinité, mais sa nature »[1789]. Il se positionne ainsi par suite d'un arrêt de la chambre criminelle du 12 juillet 2016[1790], dans lequel la Cour de cassation rejette l'application de la théorie des infractions clandestines au délit d'organisation frauduleuse d'insolvabilité. Pour lui, ce rejet s'explique par la nature de l'infraction. Il convient toutefois de souligner que le terme de caractère utilisé par l'auteur peut porter à confusion. En effet, le « *caractère* » de l'infraction auquel fait référence Monsieur le professeur Fourment renvoie à la classification distinguant les infractions instantanées, qui s'exécutent en un trait de temps, des infractions continues « *qui supposent une action qui se prolonge dans le temps* »[1791] ou successives, constituées par des actes successifs répétés formant une unité. Or, il s'agit là pour nous de la nature des infractions, puisque le caractère instantané ou continu de celles-ci est immuable. L'auteur est de prime abord surpris par le rejet de la Cour de cassation dans cette affaire, parce qu'en règle générale, les infractions instantanées, telles l'organisation frauduleuse d'insolvabilité bénéficient d'une telle dérogation[1792]. La doctrine a ainsi souvent associé les infractions clandestines aux infractions ayant un caractère instantané[1793]. S'il est vrai que la théorie prétorienne a pu venir au secours de ce type d'infractions pour lesquelles aucune autre dérogation n'avait pu être admise pour éviter la prescription, il n'en résulte pas une qualification automatique d'infraction clandestine pour les infractions instantanées. De plus, il semble que la Cour de cassation n'ait pas souhaité limiter sa théorie aux seules infractions instantanées. Des infractions continues ou complexes ont pu être considérées comme clandestines. Cela a ainsi été admis notamment pour la corruption [1794] ou le délit de trafic d'influence[1795]. Ainsi, il semble que la nature instantanée de l'infraction ne soit pas une condition nécessaire à sa clandestinité. Dans le cadre des infractions occultes, l'on peut toutefois admettre que le fait que la clandestinité soit induite par leurs éléments constitutifs, fait de la clandestinité une question de nature. D'où la confusion dans l'usage des termes « *caractère* » et « *nature* » par l'auteur précédemment cité. Quoiqu'il en soit, il faut retenir que l'instantanéité de l'infraction n'est pas une condition nécessaire à l'admission de sa clandestinité. En outre, pour les infractions dissimulées, la clandestinité n'est pas intrinsèque, elle ne résulte pas de l'essence même de l'acte, puisqu'elle résulte de manœuvres de l'auteur. La clandestinité ne constitue donc pour les infractions dissimulées qu'une modalité de commission de celles-ci, une coloration donnée à l'infraction par les agissements de l'auteur. Enfin, certains auteurs ont pu redouter que le « *schéma classique* » distinguant les infractions instantanées des infractions continues ou successives ne soit à terme remplacé par un nouveau schéma résultant de la distinction entre infractions clandestines et infractions apparentes (non clandestines)[1796]. Qu'on pourrait nommer infractions invisibles et infractions apparentes en tenant compte de l'ensemble des faits délictueux inconnus. Pour Monsieur le professeur Véron, ce système « *qui vient se juxtaposer à l'ancien* » pourrait venir « *se substituer totalement à lui* »[1797]. Toutefois, il semble que la Cour de cassation ne soit pas disposée à faire disparaître ces catégories

---

[1789] F. Fourment, « Variation sur la prescription de l'action publique », Gaz. Pal., n° 34, oct. 2016, p.57.
[1790] Cass. crim., 12 juillet 2016, n°15-80923.
[1791] B. Bouloc, *Procédure Pénale*, Précis Dalloz, 28ème éd., 2022, n°244.
[1792] F. Fourment « Variation sur la prescription de l'action publique », Gaz. Pal., n° 34, oct. 2016, p.57, pour qui de nombreuses infractions instantanées ont déjà participé de cette « jurisprudence ».
[1793] A. Donnier « Prescription et clandestinité : la troublante décision de la Cour de cassation », D. 2005 p.2998 ; S. Guinchard, J. Buisson, *Procédure Pénale*, *op. cit.,* n°1498 et 1504, A. Merle et R. Vitu, *Traité de droit criminel. Tome 2, Procédure pénale*, *op. cit*., n°50.
[1794] Cass. Crim., 6 mai 2009 n°08-84.107.
[1795] Cass. Crim., 19 mars 2008 bull crim 2008 n°71.
[1796] M. Véron, « Clandestinité et prescription », *op.cit.*
[1797] *Ibid.*

classiques au profit de sa théorie des infractions clandestines. La jurisprudence a pu rappeler que « *si la tromperie est une infraction instantanée, elle n'en constitue pas moins un délit clandestin par nature* »[1798]. Ainsi, le caractère instantané de l'infraction n'exclut pas sa nature clandestine. Donc, les notions peuvent cohabiter, sans s'exclure l'une et l'autre. Ainsi, si la clandestinité « *se trouve désormais associée au classement général des crimes et des délits* »[1799]celles-ci sont « *à prendre en compte au même titre que les infractions simples, complexes, instantanées ou continues…* »[1800]. De plus, si concurrence il devait y avoir, celle-ci n'existerait que pour les infractions dissimulées, puisque la clandestinité des infractions occultes résulte de leur nature, et non d'un éventuel caractère.

Finalement, la notion d'infraction clandestine demeure assez confuse en jurisprudence, comme en doctrine, où nombreuses sont les contradictions. Cela s'explique encore par le fait que la jurisprudence a préféré s'intéresser plus spécifiquement au régime des infractions clandestines, qu'à la notion en elle-même.

§2 : Le régime des infractions clandestines

248. L'infraction clandestine a été réalisée à l'insu de la victime et des autorités, ce qui justifie, selon la jurisprudence, l'application d'un régime dérogatoire en matière de prescription de l'action publique (**A**). L'application de ce régime exceptionnel reste toutefois sous le contrôle de la Cour de cassation (**B**).

A- La prescription des infractions clandestines

249. Le régime de prescription des infractions originellement prévu par le législateur (**1**) est exceptionnellement écarté lorsque la clandestinité de l'infraction aura été admise par la Cour de cassation (**2**).

1- Le régime de principe de la prescription de l'action publique

250. ***Principe du point de départ de la prescription de l'action publique***. La théorie des infractions clandestines a été créée en réaction à l'institution de la prescription de l'action publique, qui entraînait l'impossibilité de poursuivre certaines infractions dites astucieuses, puisque celles-ci étaient parfois prescrites avant même que la victime et le ministère public aient pu en prendre connaissance. Les juges ont alors cherché un moyen de contourner l'institution pour parvenir à poursuivre tout de même ces infractions. Quand on s'intéresse à la prescription de l'action publique, deux données sont à connaître : la durée du délai de prescription et le point de départ de celui-ci. C'est en jouant sur l'un ou sur l'autre que l'on pourra éviter à une infraction de subir les affres du temps de manière trop précipitée. La durée du délai de prescription étant fixée précisément par le législateur pour chaque catégorie d'infractions[1801], il était plus aisé pour la jurisprudence de moduler le point de départ du délai de prescription. En principe, à l'origine, l'article 7 du Code de procédure pénale prévoyait que le délai de prescription commençait à courir « *du jour*

[1798] Cass. crim. 7 juillet 2005, Bull. crim. n°206.
[1799] Y. Mayaud, « *La simulation ou dissimulation d'enfant, une clandestinité reconnue* », RSC 2004 p.883.
[1800] *Ibid.*
[1801] Les articles 7,8 et 9 du Code de procédure pénale prévoyaient respectivement une durée de 10 ans pour les crimes, 3 ans pour les délits et un an pour les contraventions. La réforme du 27 février 2017 est venue doubler les délais pour les crimes et les délits.

où le crime a été commis », les articles 8 concernant les délits et 9 concernant les crimes, faisaient tous deux directement référence au mode de computation énoncé à l'article 7 du Code de procédure pénale[1802]. Ainsi « *il en résulte qu'il n'existe donc pas de différence, selon la gravité des faits incriminés, pour déterminer le point de départ de leur délai de prescription* »[1803]. Pour toutes les infractions le point de départ du délai de prescription se situe au jour de la commission de l'infraction, c'est-à-dire « *au jour de l'accomplissement de tous les éléments constitutifs* »[1804] de celle-ci. Toutefois, la jurisprudence exclut ce jour en lui-même (le *dies a quo*) du délai[1805], la prescription démarre ainsi le lendemain de la commission de l'infraction à zéro heure[1806]. Cependant, cela a pu être critiqué par certains auteurs pour lesquels ce jour doit être compris dans le délai, « *puisque des poursuites seraient possibles même ce jour-là* »[1807]. Tel n'a pas été le retenu par la doctrine majoritaire, et la jurisprudence semble continuer à appliquer cette règle. Ainsi défini, le point de départ retenu doit être le même pour tous les participants à l'infraction, qu'ils soient co-auteurs ou complices, et ce *« même si l'activité délictueuse de certains a pris fin antérieurement* »[1808].

251. ***Point de départ et durée d'exécution de l'infraction***. Une fois le principe posé, reste encore à déterminer à quel moment l'infraction est consommée. Or, « *la détermination de la date de constitution de l'infraction est une question de droit pénal* »[1809]. Elle dépend en effet du caractère instantané, permanent, continu, répété ou habituel de l'infraction. Pour ce qui est des infractions instantanées, celles-ci se réalisent « *en un trait de temps* »[1810]. Le point de départ de leur délai de prescription court alors le lendemain du jour de leur commission. C'est notamment le cas du meurtre. Toutefois, s'il s'agit d'une infraction de résultat, qui exige pour sa consommation la réalisation d'un dommage, le point de départ du délai sera fixé au jour de la réalisation du préjudice[1811]. Tel est le cas du délit de violences volontaires. Les infractions permanentes quant à elles s'exécutent également en un trait de temps, mais produisent des effets qui se prolongent dans le temps sans nouvelle intervention de l'auteur. Ici la règle est également simple, le point de départ du délai de prescription sera fixé au jour de la commission de l'infraction[1812]. C'est le cas de la construction sans permis[1813]. Concernant les infractions continues, il s'agit d'infractions « *constituées d'un seul élément matériel qui se prolonge dans le temps du fait de la volonté réitérée du délinquant* »[1814]. Le point de départ de leur délai de prescription est donc fixé au jour où *« l'état*

[1802] Article 8 ancien : « *En matière de délit, la prescription de l'action publique est de trois années révolues ; elle s'accomplit selon les distinctions spécifiées à l'article précédent* ». Article 9 ancien : « *En matière de contravention, la prescription de l'action publique est d'une année révolue ; elle s'accomplit selon les distinctions spécifiées à l'article 7* ». Depuis la réforme du 27 février 2017, les articles 7, 8 et 9 énoncent chacun que le délai commence à courir « *à compter du jour où l'infraction a été commise* ».
[1803] E. Dreyer, O. Mouysset, *Procédure pénale*, *op. cit*., n°88.
[1804] *Ibid.*
[1805] S. Guinchard, J. Buisson, Procédure Pénale, *op. cit.,* n°1496 ; J. Pradel, *Procédure pénale, op. cit.* n°257 : Cass. crim 8 septembre 1988 Bull. crim. n°227 ; Cass. crim., 2 février 1893 ; B. Bouloc, *Procédure pénale, op. cit.* n°242.
[1806] Jean Pradel, *Procédure pénale*, op. cit., n°239.
[1807] A. Merle, R. Vitu, *Traité de droit criminel. Tome 2, Procédure pénale*, *op. cit*., n°50 citant : F. Helie *Traité d'instruction criminelle*, II, n°1067.
[1808] A. Merle, R. Vitu, *Traité de droit criminel. Tome 2, Procédure pénale*, *op. cit., loc.cit.*
[1809] P. Conte, P. Maistre Du Chambon, *Procédure pénale*, *op. cit.,* n°165.
[1810] J. Pradel, *Procédure pénale*, *op.cit*., n°258.
[1811] *Ibid.*
[1812] F. Desportes, L. Lazerges-Cousquer, *Traité de procédure pénale*, *op. cit.,* n°984.
[1813] X. Pin, *Droit pénal général*, Cours Dalloz, 14ème éd., 2023, n°106.
[1814] F. Desportes, L. Lazerges-Cousquer, *Traité de procédure pénale*, *op. cit.,* n°987.

délictueux prend fin »[1815]. C'est le cas par exemple du délit de recel. Les infractions répétées (ou continuées) quant à elles supposent des « *actes successifs répétés formant cependant une unité tant par le dessein de l'agent que par le droit violé* »[1816]. Malgré la pluralité d'actes, l'unité entre ceux-ci est telle, que l'on soumet l'infraction répétée aux règles de l'infraction continue[1817]. Le point de départ du délai de prescription sera ainsi fixé au jour de la cessation de l'activité délictueuse. Tel est le cas de la dissimulation persistante de revenus imposables. Quant aux infractions d'habitude, celles-ci « *nécessitent la réalisation de plusieurs actes identiques, qui pris isolément, ne sont pas punissables* »[1818]. Le délai de prescription commencera alors à courir au jour du dernier acte constitutif de l'infraction[1819], peu importe le délai séparant les deux actes constitutifs de l'habitude[1820]. Tel est le cas de l'exercice illégal de la médecine[1821]. Les infractions clandestines dérogent à ces règles de principe puisque la jurisprudence déplace leur point de départ à une date postérieure à leur consommation[1822].

2- Le régime d'exception des infractions clandestines

252. ***Report du point de départ du délai de prescription de l'action publique***. Par exception, les infractions qualifiées de clandestines par la Cour de cassation verront leur point de départ reporté « *non au jour de leur matérialité constitutive* »[1823], mais « *au jour où l'infraction est apparue et a pu être constatée dans des conditions permettant l'exercice de l'action publique* »[1824]. C'est aux juges du fond qu'il appartiendra *« de rechercher à quelle date ont pu être constatés les faits […] et leur appréciation est souveraine dès lors que les motifs ne contiennent ni insuffisance ni contradiction* »[1825]. Ainsi, la jurisprudence estime que puisque la clandestinité de l'infraction a empêché la victime et le ministère public d'en avoir connaissance, on ne peut en conséquence leur opposer la prescription de l'action publique. On ne peut reprocher la négligence d'une partie ignorante, « *on ne peut en effet envisager une poursuite que lorsque les faits sont connus du poursuivant* »[1826]. Là encore, on constate que l'infraction clandestine ne vise qu'une frange des infractions invisibles. Pourtant, l'on doute que l'on pourrait légitimement reprocher à une victime qui connaissait les faits de ne pas les avoir dénoncés lorsque par exemple elle se trouvait en situation de vulnérabilité, d'emprise ou dans le cadre de circonstances affectant gravement sa capacité ou sa possibilité d'aller porter les faits à la connaissance des autorités. Quoiqu'il en soit, en reléguant ainsi « *artificiellement le point de départ du délai de prescription à une date ultérieure à celle qui devrait,*

[1815] J. Pradel, *Procédure pénale*, *op. cit.*, n°258.
[1816] B. Bouloc, *Droit pénal général*, Précis Dalloz, 27ème éd., 2021, n°240.
[1817] *Ibid.*
[1818] F. Desportes, L. Lazerges-Cousquer, *Traité de procédure pénale*, *op. cit.,* n°988.
[1819] A. Merle, R. Vitu, *Traité de droit criminel. Tome 2, Procédure pénale*, *op. cit.,* n°50.
[1820] J. Pradel, *Procédure pénale*, *op.cit.*, n°258.
[1821] X. Pin, *Droit pénal général*, *op. cit.* n°108.
[1822] V. par ex. Cass. crim., 11 sept. 2019, n°18-83.484, §21 dans lequel les magistrats de la chambre criminelle retoque les juges du fond quant à la qualification d'infraction continue retenue pour justifier une fixation tardive du point de départ de la prescription de l'action publique du délit de blanchiment, lequel constitue une infraction clandestine.
[1823] Y. Mayaud, « *Huit infanticides couverts par la prescription !* », RSC 2013 p.803.
[1824] Cass. Crim., 27 février 1993.
[1825] Cass. Crim., 11 février 1981, Bull. crim. 1981 n°53, 2e arrêt.
[1826] Dans une ancienne édition de son manuel de Procédure pénale, désormais remodelé suivant la réforme de la prescription survenue en 2017 : J. Pradel, *Procédure pénale*, Cujas, 18ème éd., 2015, n°242.

en principe, être retenue aux termes de la loi »[1827], la Cour de cassation exprime son hostilité à l'institution de la prescription[1828] en créant, en dehors de toute prévision légale, un point de départ spécifique pour la prescription des infractions clandestines. De sorte qu'une fois l'infraction qualifiée de clandestine, son caractère instantané, permanent, continu, répété ou habituel n'importera plus. Quel que soit son caractère, sa prescription commencera à courir au jour où l'infraction sera apparue à la victime ou au ministère public.

253. ***Infractions clandestines et infractions continues***. Certains auteurs ont considéré que la théorie des infractions clandestines permettait alors de traiter des infractions instantanées comme si elles étaient continues[1829]. On appliquerait ainsi le régime de prescription des infractions continues aux infractions instantanées dont l'existence aurait été dissimulée à la victime et au ministère public. Le point de départ du délai de prescription des infractions continues est fixé au jour où *« l'état délictueux prend fin* »[1830]. Or, dans le cas d'une infraction clandestine, on peut considérer que la prescription commencera à courir le jour où la clandestinité de l'infraction prendra fin. Cette clandestinité correspondrait alors à un état délictueux, qui ne serait toutefois pas toujours incriminé comme tel dans le texte prévoyant l'infraction. En effet, dans le cas des infractions dissimulées, la clandestinité n'est pas un élément constitutif de l'infraction mais un acte postérieur à la réalisation de celle-ci. Cette idée semble alors difficilement applicable pour les infractions dissimulées[1831]. De plus, comme nous avons pu le souligner antérieurement, les infractions instantanées ne sont pas les seules à avoir été qualifiées de clandestines par la jurisprudence. On peut cependant s'interroger sur l'intérêt de la théorie des infractions clandestines lorsqu'elle s'attache à une infraction continue, dont le point de départ est déjà retardé. Toutefois, la théorie peut conserver une utilité dans des hypothèses dans lesquelles l'état délictueux cesserait, sans toutefois que la victime et le ministère public n'aient eu connaissance de l'existence de l'infraction. Pour certains auteurs, la théorie des infractions clandestines constituerait à l'inverse un « *palliatif* » à l'impossibilité de reconnaitre l'infraction comme continue[1832]. Allant plus loin encore, certains auteurs ont pu considérer que les infractions clandestines par nature étaient nécessairement des infractions continues[1833], or comme le souligne Monsieur Mihman, cette vision traduirait « *une confusion entre les éléments constitutifs d'une infraction et les effets ou conséquences de cette dernière. […] la clandestinité n'induit pas nécessairement que l'élément matériel de l'infraction se prolonge dans le temps* »[1834].

254. ***Hostilité de la Cour de cassation envers la prescription de l'action publique***. Grâce au report du point de départ du délai de prescription, une infraction découverte des années après sa commission, pourra faire l'objet de poursuites, même si ce laps de temps est supérieur à la durée légalement prévue. Le report du point de départ permet donc d'agir au-delà du délai initialement prévu pour le type d'infraction concerné. Cette technique va bien plus loin qu'un simple

---

[1827] E. Dreyer, O. Mouysset, *Procédure pénale*, *op. cit*., n°90.
[1828] C. Ambroise-Casterot, Ph. Bonfils, *Procédure Pénale*, *op.cit*. n°181 ; E. Dreyer, O. Mouysset, *Procédure pénale*, *op. cit*., *loc. cit*.
[1829] P. Conte, P. Maistre Du Chambon, *Procédure pénale*, *op. cit.,* n°165.
[1830] J. Pradel, *Procédure pénale*, *op. cit.,* n°258.
[1831] V. également V. Claret-Tournier, *La clandestinité en matière pénale*, *op. cit.,* n°49.
[1832] Y. Mayaud, « *Le délit de blessures involontaires, une infraction clandestine ?* », RSC 2008 p.903.
[1833] G. Lecuyer, « La clandestinité de l'infraction comme justification du retard de la prescription de l'action publique », », Droit pénal n°11, nov. 2005, étude 14.
[1834] A. Mihman, *Juger à temps. Le juste temps de la réponse pénale*, *op. cit*. n°374.

allongement du délai de prescription. En effet, la jurisprudence n'avait prévu aucune limite temporelle au report du point de départ[1835]. Une infraction clandestine pouvait donc être poursuivie des décennies après sa commission. C'est cette conséquence qui a justifié la création de la théorie prétorienne. L'objectif de la Cour de cassation était en effet de parvenir à paralyser l'action de la prescription pour des infractions dont le délai de prescription prévu par le législateur lui semblait trop court en raison des modalités de leur commission. L'attention portée au régime de la prescription de ces infractions dites clandestines est telle que l'on peut se demander si la Cour de cassation n'a pas raisonné à l'envers, partant du régime pour déterminer la notion d'infraction clandestine. D'ailleurs, si l'on parvient à déterminer les modalités de prescription de celle-ci, on a pu voir que la notion demeure parfois assez floue. Ainsi, la Cour de cassation ne semble pas avoir « *découvert* »[1836] la notion d'infraction clandestine, mais l'a plutôt créée de toutes pièces pour combattre encore une fois une institution qu'elle n'apprécie guère. La jurisprudence a par ailleurs maintes fois combattu l'institution par ses larges interprétations de mécanismes destinés à paralyser le cours de la prescription. Toutefois, il convient de ne pas confondre la théorie des infractions clandestines avec ces mécanismes que sont l'interruption et la suspension de la prescription de l'action publique. La prescription de l'action publique peut ainsi être interrompue si des actes de poursuite ou d'instruction ont été réalisés[1837]. Elle aura pour conséquence l'effacement du temps écoulé avant sa survenance[1838]. Le délai repartira à zéro. La suspension quant à elle suspend le cours de la prescription en cas d'obstacles de droit ou de fait, le temps d'ores et déjà écoulé n'est pas effacé, mais comme pour l'interruption, la durée du délai de prescription s'en trouve allongée. Les deux mécanismes entraînent ainsi la même conséquence que la théorie des infractions clandestines, toutefois ils ne peuvent s'appliquer dans l'hypothèse d'une infraction clandestine. En effet, celle-ci n'étant pas connue de la victime et du ministère public, aucun acte de poursuite n'aura pu être réalisé avant qu'elle n'apparaisse, ce qui exclut le jeu du mécanisme interruptif. De plus, pour suspendre un délai, encore faut-il que celui-ci ait commencé à courir, la suspension semble ainsi également exclue en la matière.

255. ***Confusions avec le mécanisme de suspension du délai de prescription***. Toutefois, des confusions ont parfois lieu entre la théorie prétorienne et le mécanisme de suspension du délai de prescription. Le trouble est notamment entretenu par le manque de clarté de la Cour de cassation quant au fondement de sa théorie des infractions clandestines. En effet, de nombreux auteurs ces dernières années ont pu l'attribuer à l'adage *contra non valentem agere non currit praescriptio*[1839]. Toutefois, cette maxime est également classiquement invoquée comme fondement au mécanisme de la suspension du délai de prescription. L'adage à l'origine civiliste est en effet souvent invoqué pour justifier le recours à la théorie des infractions clandestines, comme un moyen de rattacher la théorie qui résulte d'une simple création prétorienne à un fondement qui se voudrait incontestable. Pourtant, comme a pu le rappeler le Doyen Carbonnier, la règle *contra non valentem agere non currit praescriptio* est imprécise, on ne sait exactement ce qu'il faut comprendre par impossibilité d'agir, et plus encore, on ne sait avec certitude quel procédé technique permet

[1835] Les choses ont changé avec la réforme du 27 février 2017, v. nos développements en infra n°317 et s.
[1836] *Contra* V. Claret-Tournier, *La clandestinité en matière pénale*, *op. cit.*, n°211.
[1837] C. proc. Pén., art.7 ancien, art.9-2 depuis le 1er mars 2017.
[1838] B. Bouloc, *Procédure pénale, op.cit.*, n°186.
[1839] S. Guinchard, J. Buisson, *Procédure pénale*, *op. cit.*, n°1503 ; J. Pradel, *Procédure pénale*, *op. cit.,* n°263.

d'empêcher ainsi l'accomplissement de la prescription[1840]. Pour l'auteur, la technique qui répondrait avec le plus d'exactitude à l'adage consisterait en une restitution contre les effets d'une prescription accomplie, qui serait tenue après coup pour non avenue. De plus, celui-ci affirme que le caractère exceptionnel de la règle n'est pas compatible avec un allongement automatique et aveugle des délais de prescription. Or, le report du point de départ du délai de prescription peut conduire à une telle solution, puisqu'aucune limite n'est fixée par la jurisprudence au report du point de départ. L'adage ne semble alors pas le fondement adéquat à cette théorie jurisprudentielle. De plus, comme l'a souligné Madame le professeur Darsonville[1841], cette confusion a été récemment entretenue par la Cour de cassation dans son arrêt d'assemblée plénière du 7 novembre 2014. Dans cet arrêt très célèbre portant sur l'affaire dite de « *l'octuple infanticide* », l'assemblée plénière, par suite du refus de la chambre criminelle de retenir la clandestinité des meurtres, a alors utilisé le mécanisme de la suspension afin d'éviter l'impunité de l'auteur. Or, pour l'assemblée plénière la dissimulation des grossesses puis des meurtres des nouveau-nés aurait constitué un obstacle de fait justifiant la suspension du délai de prescription dès la commission des faits, et donc avant même que celui-ci ait commencé à courir. Mais c'est confondre là report du point de départ et suspension, le premier mécanisme étant destiné à éviter que la prescription ne commence à courir dès la commission des faits, alors que le second est censé venir suspendre un délai qui a déjà commencé à s'écouler. « *Comment suspendre ce qui n'a donc pas encore démarré ?* »[1842]. Au gré de décisions d'opportunité, « *la répartition entre le report du point de départ et la suspension [se fait] poreuse et aléatoire* »[1843]. A tel point que certains auteurs ont pu considérer que le report du point de départ de la prescription des infractions clandestines constituait en réalité « *une suspension déguisée* »[1844], ou encore une « *suspension ab initio* »[1845]. Allant encore plus loin dans l'amalgame, certains ont même pu affirmer que la jurisprudence avait pu assurer que les délits de « *simulation et dissimulation de grossesse étaient des infractions clandestines justifiant la suspension du délai de prescription* »[1846]. Enfin, si le mécanisme de la suspension est applicable à toutes les infractions, à l'inverse la théorie prétorienne n'a été appliquée qu'à une liste d'infractions dont la Cour de cassation reste maîtresse.

B- Les applications jurisprudentielles de la théorie des infractions clandestines

256. Comme l'a souligné un auteur, « *Le modus operandi de la chambre criminelle est d'enfermer les infractions clandestines dans une liste dont elle seule conserve la clé* »[1847]. En effet, la Cour de cassation n'a admis la clandestinité que pour certaines infractions, excluant ainsi nombre d'infractions que nous pouvons considérer comme invisibles. Toutefois, la liste s'est étoffée au fil du temps (**1**). En revanche, certaines infractions sont demeurées exclues de la théorie prétorienne (**2**), sans que l'on ne parvienne toujours à justifier leur mise à l'écart.

[1840] J. Carbonnier, « La *règle contra non valentem agere non currit praescriptio* », Revue critique de la jurisprudence en matière civile, administratif, commerciale et criminelle, 1937, p.155-194.
[1841] A. Darsonville, « Prescription de l'action publique : l'urgence de repenser « un système en crise » », note sous ass. plén. 7 nov. 2014, AJ Pénal 2015, p.36.
[1842] *Ibid.*
[1843] *Ibid.*
[1844] A. Mihman, *Juger à temps. Le juste temps de la réponse pénale, op. cit*. n°64.
[1845] *Ibid.*
[1846] Ph. Bonfils, « *Clandestinité de l'infanticide et suspension de la prescription* », Droit de la famille n°1, janv. 2015, comm. 24.
[1847] G. Lecuyer, « *La clandestinité de l'infraction comme justification du retard de la prescription de l'action publique* », *op.cit.*

1- Les infractions admises au titre d'infractions clandestines

257. A l'origine, la théorie prétorienne a été utilisée par la Cour de cassation pour permettre la poursuite d'infractions relatives à la criminalité d'affaires demeurées invisibles trop longtemps pour permettre leur poursuite. Toutefois, grâce à une notion aux contours flous, la jurisprudence a pu faire entrer dans le champ de sa théorie de nombreuses infractions, contre les biens mais également contre les personnes. Le manque de clarté de sa notion d'infraction clandestine lui a ainsi permis de moduler à sa guise son champ d'application. La théorie autrefois cantonnée au droit pénal des affaires, a ainsi pu faire « tache *d'huile* »[1848]. Si l'on parle communément d'« *infractions* » clandestines, il convient toutefois de préciser le terme. En effet, la Cour de cassation semble réserver sa théorie aux seuls délits. L'acception semble donc plus restrictive que celle d'infraction invisible en ce que les contraventions n'ont jamais fait l'objet d'une application du mécanisme prétorien, et les crimes ont été expressément exclus. Il conviendrait alors, pour être plus précis de parler de la théorie prétorienne des « *délits clandestins* ». Reste toutefois que la réforme du 27 février 2017 a remis en question cette idée, ce qui nous pousse à conserver le terme générique d'« *infractions clandestines* ». On ne pourra recenser exhaustivement tous les délits admis par la Cour de cassation comme clandestins. Toutefois nous tenterons d'en dégager les plus importants parmi ceux retenus comme clandestins par nature (**a**) et ceux reconnus clandestins par réalisation (**b**).

a- Les infractions reconnues clandestines par nature

258. ***La tromperie***. Parmi les infractions dont la clandestinité intrinsèque a été reconnue par la jurisprudence on note notamment les infractions relatives à la tromperie *lato sensu*[1849]. C'est dans l'arrêt du 7 juillet 2005[1850] à propos de l'affaire dite des « *hormones de croissance* » que la Cour de cassation a admis le délit de tromperie[1851] au titre des infractions occultes. Le point de départ du délit de tromperie est classiquement fixé au jour de la livraison du produit ou de la prestation de service[1852], l'infraction étant instantanée, aucun report du point de départ n'était jusqu'alors admis. Pour la Haute juridiction toutefois, « *si la tromperie est une infraction instantanée, elle n'en constitue pas moins un délit clandestin par nature, en ce qu'il a pour but de laisser le contractant dans l'ignorance des caractéristiques réelles d'un produit et que, dès lors, le délai de prescription commence à courir du jour où le délit apparaît et peut être constaté dans des conditions permettant l'exercice de l'action publique* ». Il s'agit là d'un « *revirement spectaculaire de jurisprudence* »[1853]. En effet, jusqu'alors, la Cour de cassation avait toujours refusé d'appliquer sa théorie des infractions clandestines au délit de tromperie[1854]. Il aura donc fallu qu'un scandale sanitaire d'envergure intervienne pour que la Cour de cassation se saisisse de l'opportunité

[1848] J. Larguier, note sous CA Bordeaux, 9 octobre 1962, JCP G 1963, II, 13128.
[1849] G. Lecuyer, « *La clandestinité de l'infraction comme justification du retard de la prescription de l'action publique* », *op.cit.*
[1850] Cass, crim. 7 juillet 2005, n°05-81.119.
[1851] C. conso.n art. L213-1.
[1852] G. Lecuyer, « *La clandestinité de l'infraction comme justification du retard de la prescription de l'action publique* », *op.cit.*
[1853] S. Roth, *Clandestinité et prescription de l'action publique, op. cit*., n°83.
[1854] Cass. Crim., 10 juin 1980 n°79-90652, 21 nov. 1983 n°82-91794 ; Cass. Crim., 17 juin 1991 n°89-85957 ; Cass. Crim., 2 juil.1997 n°96-85755 cités par S. Roth, *Clandestinité et prescription de l'action publique, op. cit*., n°83.

d'appliquer sa théorie au délit de tromperie et revienne sur une jurisprudence pourtant stable. Pour certains auteurs, toutefois cette solution était prévisible, « *le basculement [étant] rendu vraisemblable par sa ressemblance avec la publicité trompeuse*[1855] ». En effet, le délit[1856] est depuis longtemps admis par la jurisprudence au titre des infractions clandestines par nature, qui estime que « *le délai de prescription de l'action publique n'avait pu commencer à courir tant que les victimes n'avaient pas été en mesure de constater le défaut de conformité entre ce qui était promis et ce qui était réalisé* »[1857]. La tromperie constituant en quelque sorte la finalité de la pratique commerciale trompeuse, puisque la victime aura finalement contracté en ignorant le défaut de conformité entre le produit ou le service acheté et celui promis à l'origine, il était logique que la Cour de cassation finisse par admettre la clandestinité inhérente à ce délit.

259. ***Atteintes à la personnalité***. Des atteintes à la personnalité ont également été admises au titre d'infractions clandestines par nature. C'est tout d'abord le cas de l'atteinte à l'intimité de la vie privée[1858] et de la mise en mémoire informatisée de données nominatives[1859]. Les deux infractions ont été admises dans la catégorie des infractions occultes par une même décision du 4 mars 1997[1860]. Là encore il s'agissait d'une affaire extrêmement médiatisée, concernant le scandale politique dit de « *la cellule antiterroriste de l'Elysée* », impliquant des hauts fonctionnaires, des membres des cabinets du président de la République et du premier ministre ainsi que des hauts gradés des corps de police et de gendarmerie. Tous auraient participé de près ou de loin à la réalisation d'écoutes illégales d'avocats, de journalistes ou encore d'artistes. Les opérations ayant eu lieu entre 1983 et 1986, seul le report du point de départ de la prescription après la révélation de ces agissements étant intervenue en 1992 pouvait sauver l'affaire de l'extinction de l'action publique. La Cour de cassation a alors estimé que « *les articles 368 ancien et 226-1 nouveau du Code pénal font de la clandestinité un élément constitutif essentiel du délit d'atteinte à l'intimité de la vie privée d'autrui, qui n'est caractérisé que lorsque la personne, dont les paroles ont été enregistrées sans son consentement est informée de leur captation ou de leur transmission, […] Que la clandestinité est, de même, inhérente au délit, repris de la loi du 6 janvier 1978 dans l'article 226-19, constitué par la mise en mémoire informatisée, sans l'accord exprès de l'intéressé, de données nominatives faisant apparaître, notamment, ses opinions politiques, philosophiques ou religieuses ; Qu'ainsi, sauf à retirer son effectivité à la loi, ces 2 infractions ne peuvent être prescrites avant qu'elles aient pu être constatées en tous leurs éléments et que soit révélée, aux victimes, l'atteinte qui a pu être portée à leurs droits* ». Cette solution qui peut sembler relever de l'opportunité a toutefois été réitérée par la suite par la Haute juridiction[1861]. On retrouve de plus dans cette catégorie les délits de simulation et dissimulation d'enfant[1862]. Admis au titre d'infraction occulte en 2004[1863], ils consistent en le fait de simuler la naissance d'un enfant par une mère fictive, et à l'inverse de dissimuler une maternité par la mère réelle[1864]. La Cour de cassation énonce pour la première fois dans cette affaire, que ces infractions constituent des « *infractions clandestines par nature* ». En effet, l'enfant ainsi privé de son

[1855] Devenue pratique commerciale trompeuse depuis la loi du 4 août 2008.
[1856] Incriminé à l'article L121-1 du Code de la consommation.
[1857] Cass. crim., 20 février 1986, Bull. crim. 1986 n°70.
[1858] C. pén., art. 226-1 du Code pénal.
[1859] C. pén., art. 226-19 du Code pénal.
[1860] Cass. crim., 4 mars 1997, Bull. crim. 1997 n°83.
[1861] Cass. crim., 8 juin 1999 n°97-82834 ; Cass. crim., 30 septembre 2008, n°07-82249.
[1862] Incriminé à l'article 227-13 du Code pénal.
[1863] Cass. crim., 23 juin 2004, n°03-82.371.
[1864] Cass. crim., 12 janvier 2000, Bull. crim. n°21.

véritable état civil ne pouvait avoir connaissance de sa véritable filiation. Rejetant l'argument de la suspension du délai de prescription par un obstacle résultant de la minorité de la victime, la Cour de cassation préfère appliquer sa théorie des infractions clandestines aux délits instantanés de simulation et dissimulation d'enfant. Elle écarte ainsi le mécanisme de la suspension, estimant que « *la minorité de la victime ne constitue un obstacle de droit […] que dans les cas prévus à l'article 8 du Code de procédure pénale, ce qui n'est pas le cas* »[1865] en l'espèce.

260. ***Infractions astucieuses***. Quant aux infractions liées à la criminalité astucieuse, c'est l'épineuse question du délit d'abus de confiance qui doit être abordée. En effet, si certains considèrent que l'abus de confiance est un des premiers à avoir été reconnu comme clandestin par nature[1866], d'autres estiment qu'il ne devrait pas faire partie de cette catégorie[1867]. Les divergences doctrinales à ce sujet proviennent également, encore une fois, du manque de précision de la Cour de cassation dans sa jurisprudence des infractions clandestines. En effet, si dans sa toute première décision concernant l'abus de confiance[1868], la Haute juridiction a fait référence à la dissimulation des agissements de l'auteur de l'infraction, par la suite celle-ci a dans plusieurs affaires énoncé d'une façon péremptoire que « *la prescription de l'abus de confiance ne commence à courir qu'à compter de la date à laquelle le détournement a pu être constaté dans des conditions permettant l'exercice de l'action publique* »[1869]. Il semblait alors que le délit était devenu clandestin par nature. Toutefois dans d'autres affaires par la suite, la jurisprudence a tenu à démontrer l'existence de manœuvres dissimulatrices[1870]. En outre, les auteurs soulignent que lorsque les juges semblent percevoir une clandestinité par nature de l'abus de confiance, celle-ci ne correspond pas au texte d'incrimination, lequel ne prévoit aucune manœuvre occulte[1871].

261. Enfin, on pourrait encore citer au titre des infractions occultes notamment le délit de détournement de fonds publics[1872], ou encore le délit de malversation[1873].

b- Les infractions reconnues clandestines par réalisation

262. Si l'on peut avoir l'impression que toutes les infractions sont susceptibles d'être un jour accompagnées de manœuvres visant leur dissimulation, la Cour de cassation a toutefois admis la qualification d'infraction dissimulée d'une manière beaucoup plus restrictive.

263. ***Droit pénal des affaires***. Parmi les infractions dont la clandestinité a été admise en cas d'actes de dissimulation, on retrouve certaines infractions relatives à la criminalité d'affaires. L'abus de biens sociaux figure dans cette catégorie d'infractions dissimulées. Il a, comme l'abus de confiance, subi l'irrégularité prétorienne, avant de se stabiliser à la fin des années 1990. Son

---

[1865] P. Bonfils, « *La simulation et la dissimulation d'enfant sont des infractions clandestines* », Revue juridique Personnes et Famille, n°11, 1er novembre 2004.
[1866] S. Roth, *Clandestinité et prescription de l'action publique*, *op.cit.* ; B. Challe, « art 7 à 9 – Fascicule 20 : Action publique – Prescription », Jcl, Procédure pénale, n°54.
[1867] V. Claret-Tournier, *La clandestinité en matière pénale*, *op. cit.,* n°43.
[1868] Cass. crim., 4 janvier 1935, Gazette du Palais 1935,1, jurisprudence p.353.
[1869] Cass. Crim., 18 juillet 1974, Bull. crim. 1974 n°258; Cass. crim. 14 octobre 2015 n°14-84.489.
[1870]Cass. Crim., 12 novembre 2015, n°14-85.720 ; Cass. Crim., 16 décembre 2015 n°14-83.189.
[1871] V. Claret-Tournier, *La clandestinité en matière pénale*, *op. cit.,* n°43.
[1872]Cass. Crim., 2 décembre 2009, n°09-81.967.
[1873] Cass. Crim., 20 juillet 1982, Bull. crim. 1982 n°195; Cass. crim., 9 février 2005, n°03-85.508.

évolution s'est faite en trois étapes[1874]. Tout d'abord, par un arrêt du 7 décembre 1967[1875], la Cour de cassation a transposé « *à l'abus de biens sociaux, par analogie, la solution appliquée à l'abus de confiance depuis 1935* »[1876]. Elle juge en effet que le point de départ de la prescription devait être fixé au jour où ce délit est apparu et a pu être constaté. Puis, par un arrêt du 10 août 1981[1877], la Haute juridiction est venue préciser sa jurisprudence, en spécifiant que le point de départ devait être fixé, certes au jour où le délit est apparu et a pu être constaté, mais cela dans des conditions permettant l'exercice de l'action publique. « *C'est-à-dire par les seules personnes habilitées à mettre cette action en mouvement : les victimes et le ministère public* »[1878]. Cette solution a perduré jusqu'à la fin des années 1990. Jusqu'alors, il semblait ainsi que l'abus de biens sociaux fasse plutôt partie de la catégorie des infractions occultes, le report du point de départ du fait de sa clandestinité semblant être admis de manière automatique. Aux prises avec de nombreuses critiques doctrinales[1879], la Cour de cassation a finalement fait évoluer une dernière fois sa jurisprudence concernant l'abus de biens sociaux. Par un arrêt du 5 mai 1997[1880], la Haute juridiction consacre l'abus de biens sociaux dans la catégorie des infractions dissimulées, à la grande satisfaction de la majorité de la doctrine[1881]. En effet, elle décide désormais que le point de départ du délai de prescription est fixé, « *sauf dissimulation, […] à compter de la présentation des comptes annuels de l'exercice* ». Ainsi, *« le délit est présumé être révélé à la date de la présentation des comptes annuels* »[1882]. Le point de départ pourra toutefois, par exception, être retardé au jour de l'apparition de l'infraction si des manœuvres visant à dissimuler ces agissements sont caractérisées. La jurisprudence est venue par la suite fournir des exemples d'agissements pouvant caractériser une dissimulation, au gré des affaires soumises à son contrôles, furent ainsi admis l'omission de certaines formalités prévues par le Code de commerce ou encore diverses manipulations ou artifices comptables[1883]. On pourrait citer également les infractions de corruption[1884], le trafic d'influence[1885] ou encore le délit de favoritisme[1886]. Mais il convient de s'intéresser plus amplement à la question du délit de blessures involontaires.

264. ***Blessures par imprudence***. Rares sont les infractions contre les personnes admises au titre des infractions clandestines. En effet, on l'a vu, si la Cour de cassation a initié sa théorie avec l'infraction d'abus de confiance, elle a continué dans cette lignée, en incluant dans celle-ci d'autres infractions de droit pénal des affaires, ou d'infractions contre les biens. L'éventuelle reconnaissance d'une infraction contre les personnes dans cette catégorie serait le signe d'une

---

[1874] B. Challe, « art 7 à 9 – Fascicule 20 : Action publique – Prescription », *op.cit.*, n°54.
[1875] Cass. Crim., 7 décembre 1967, Bull. crim. n°321.
[1876] A. Lienhard, « *Les particularités de la prescription de l'abus de biens sociaux* », AJ Pénal 2006 p.295.
[1877] Cass. Crim., 10 août 1981, Bull. crim. n°244.
[1878] B. Challe, Jurisclasseur, *op.cit*, n°54.
[1879] V. par exemple B. Bouloc, « *Le dévoiement de l'abus de biens sociaux* », RJ com. 1995 p.301 ; M.Véron, « *L'abus de biens sociaux, évolution ou dérive ?* », Gaz. Pal. 1996, I, p.623.
[1880] Cass. Crim., 5 mai 1997, Bull. crim. 1997, n°159.
[1881] B. Bouloc, « Stabilisation du point de départ de la prescription du délit d'abus de biens sociaux », Revue des sociétés 2001 p.873 ;
[1882] B. Challe, Jurisclasseur, *op.cit.* n°54.
[1883] *Ibid.* n°56 ; V. égal. R. Salomon, « Pot-pourri autour de l'abus de biens sociaux », Droit des sociétés n° 10, oct. 2021, comm. 127 qui résume bien l'évolution jurisprudentielle et liste nombre d'hypothèses admises au titre de la dissimulation.
[1884] Cass. Crim., 6 mai 2009, n°08-84.107.
[1885] Cass. Crim., 19 mars 2008, Bull. crim. 2008, n°71.
[1886] L'atteinte à la liberté d'accès et à l'égalité des candidats dans les marchés publics a été admise au titre d'infraction clandestine par un arrêt de la Cass. crim., du 27 octobre 1999, Bull. crim. 1999, n°238 ; égal. Cass. crim., 24 juin 2020, n°19-81.724, JurisData n° 2020-009048, §27.

avancée significative de la jurisprudence en matière d'infractions clandestines, tant l'absence de cette catégorie d'infractions dans les applications de la théorie prétorienne peut interroger. C'est un arrêt de la chambre criminelle du 3 juin 2008[1887] qui a redonné de l'espoir à certains auteurs. En l'espèce, un individu était atteint d'une leucémie myéloïde qu'il attribuait à une exposition prolongée à des produits toxiques qu'il avait été amené à manipuler sur son lieu de travail entre 1978 et 1996. Sa maladie s'était déclarée en 1998, mais ce n'est qu'en 2000 que des certificats médicaux ont établi pour la première fois un lien entre cette activité professionnelle et la maladie de la victime. Celle-ci avait par la suite porté plainte en 2005. Devant la chambre criminelle de la Cour de cassation, la victime contestait la prescription de l'infraction de blessures involontaires. La Haute juridiction rejette le pourvoi, mais « *uniquement sur une question factuelle* »[1888]. En effet, pour la victime, ce ne serait qu'en 2004 que l'origine de sa maladie aurait été véritablement établie, et donc le délai de prescription commencé. Toutefois, la Cour de cassation, comme les juges du fond, retient la date de 2001, sa plainte intervenant quatre ans plus tard, l'infraction était donc déjà prescrite[1889]. Toutefois, ce faisant, la Cour de cassation semble admettre la fixation du point de départ, non plus au jour de la réalisation du dommage, comme il est de coutume en matière de blessures involontaires[1890], mais au jour de la découverte de l'infraction par la victime. En effet, pour les juges, l'infraction était prescrite en 2004, or la jurisprudence traditionnelle aurait retenu la date de 2001 (soit trois ans après que la maladie s'est déclarée). Pour certains auteurs[1891], il est clair que cet arrêt « *[emprunte] la logique des infractions clandestines* »[1892]. En prenant en compte la « *date à laquelle la partie civile a pu prendre conscience l'origine de sa maladie* », la Cour de cassation semble ainsi, implicitement, admettre qu'une infraction contre les personnes puisse être dissimulée. Toutefois cette jurisprudence restant isolée, il ne semble pas possible de conclure sur la clandestinité de l'infraction de blessures involontaires, et encore moins sur la question des atteintes aux personnes, à propos desquelles la jurisprudence semble encore frileuse à les faire entrer dans le champ d'application de sa théorie[1893].

265. ***Recel***. Enfin, il convient de dire un mot de l'infraction de recel. Si celle-ci a été créée par le législateur comme une infraction autonome, son passé d'acte de complicité est revenu sur le devant de la scène avec l'application de la théorie prétorienne. En effet, dès 1997[1894], la Cour de cassation a admis que la prescription du recel d'abus de biens sociaux ne commençait à courir qu'au jour de la découverte du délit d'abus de biens sociaux dont il procède. Cette jurisprudence a rapidement été étendue au recel d'abus de confiance, par une décision du 7 mai 2002[1895]. Ainsi, les juges semblent avoir « *fait prévaloir le caractère du délit de conséquence de l'infraction de recel sur celui de délit autonome* ». Cette solution a valu de nombreuses critiques à la Cour de cassation, les

[1887] Cass. Crim., 3 juin 2008, n°07-80.241.
[1888] A. Darsonville, « *Les blessures involontaires, une nouvelle infraction clandestine ?* », D. 2008 p.2003.
[1889] L'article 8 ancien du Code de procédure pénale prévoyant une prescription triennale en matière de délits.
[1890] Y. Mayaud, « *Le délit de blessures involontaires, une infraction clandestine ?* », *précit.*
[1891] *Ibid.* ; A. Darsonville, « *Les blessures involontaires, une nouvelle infraction clandestine ?* », précit.
[1892] Y. Mayaud, « *Le délit de blessures involontaires, une infraction clandestine ?* », RSC 2008 p.903.
[1893] Voir nos développements en *infra*.
[1894] Cass. crim., 6 février 1997, Bull. crim. n°48.
[1895] « *Le recel du produit d'un abus de confiance ne saurait se prescrire avant que l'infraction dont il procède soit apparue et ait pu être constatée dans des conditions permettant l'exercice de l'action publique* » Cass. Crim., 7 mai 2002 n°02-80.797.

auteurs lui reprochant de contrer la volonté du législateur de faire du recel une véritable infraction autonome[1896]. Toutefois la jurisprudence semble maintenir sa position.

2- Les infractions dont la clandestinité a été rejetée par la jurisprudence

266. Si le champ d'application de la théorie prétorienne s'est ainsi grandement élargi depuis les années 1930, la Cour de cassation a toutefois explicitement exclu certaines infractions du bénéfice de son mécanisme.

a- Les infractions contre les personnes

267. C'est tout d'abord le cas des infractions contre les personnes[1897]. La jurisprudence refuse en effet de reporter le point de départ des crimes commis contre les personnes.

268. ***Homicides intentionnels***. C'est tout d'abord le cas des homicides volontaires. Dès 2006, la Cour de cassation a eu à répondre de la question de l'application du report du point de départ pour un meurtre. Elle énonce ainsi que « *c'est à tort que la chambre de l'instruction a retenu que le point de départ de la prescription avait été reporté à la date à laquelle le ministère public avait eu connaissance de la découverte du cadavre* »[1898]. En l'espèce une personne dont la disparition avait été signalée aux services de police en 1994 avait été retrouvée morte en 2005, à la suite de quoi le ministère public avait requis l'ouverture d'une information judiciaire pour meurtre. Le juge d'instruction avait alors « *[poursuivi] l'œuvre [du] courant jurisprudentiel amorcé à propos des infractions clandestines* »[1899]. La Cour de cassation rejette cette argumentation de manière péremptoire. Toutefois, dans cette affaire il est possible que le signalement de la disparition de la victime ait pu jouer un rôle. En effet, on peut considérer que les autorités auraient dès lors du accomplir des actes visant à rechercher si cette disparition était en lien avec une activité criminelle. Cette décision semble cependant n'avoir qu'une portée limitée, d'autant que la Haute juridiction s'appuie également sur les difficultés à dater la mort de la victime à ce stade de l'instruction. L'on pourrait se demander alors si une disparition non signalée pourrait éventuellement justifier le report du point de départ de la prescription. Toutefois la Cour de cassation est venue par la suite affirmer qu'un meurtre, même dans le cas de disparitions non signalées, ne pouvait être qualifié de clandestin. C'est dans l'affaire extrêmement médiatisée dite de « *l'octuple infanticide »,* dans « *un arrêt à contre-courant des tendances actuelles de la prescription* »[1900] que la Haute juridiction a ainsi réitéré sa position. En l'espèce à la suite de travaux dans le jardin d'une propriété, son nouveau propriétaire avait trouvé deux cadavres de nouveau-nés, à la suite de quoi une enquête avait révélé que ceux-ci étaient les enfants de l'ancienne propriétaire, dont l'obésité avait dissimulé les grossesses, et qui a du reste avoué en avoir tué six autres. Le décès des nouveau-nés étant intervenu

---

[1896] J.-F. Renucci, « *Abus de biens sociaux : prescription et constitution de partie civile* », RSC 1998 p.336 ; B. Bouloc, « *Colloque l'entreprise et le droit pénal* », Gaz. Palais 10-12 mars 2002, p.12 qui réclame même son abandon.

[1897] A l'exception peut-être des blessures par imprudence, cf. nos développements en *supra* n°264.

[1898] Cass. crim., 19 septembre 2006, n°06-83.963.

[1899] E. Verges, « chronique de procédure pénale », RPDP, 2006, pp.174-176.

[1900] J. Pradel, « *Une surprenante décision sur la prescription de l'action publique en cas de dissimulation des faits* », AJ Pénal 2014 p.30.

concomitamment avec leur naissance, la majorité des homicides étaient prescrits[1901], toutefois, face à une affaire à ce point hors du commun, les juges du fond ont estimé que le point de départ du délai de prescription devait être reporté au jour de la découverte des premiers cadavres. Dans un arrêt du 16 octobre 2013[1902], la chambre criminelle, pour rejeter l'application de la théorie prétorienne, énonce qu'« *en matière de crime, l'action publique se prescrit par dix années révolues à compter du jour où le crime a été commis* ». Exigeant ainsi une application stricte de la lettre de l'article 7 du Code de procédure pénale, la Cour de cassation adopte un discours incohérent, puisque sa propre théorie, par définition, déroge à la lettre du Code de procédure pénale. La résistance des juges de renvoi a par la suite poussé l'assemblée plénière à rejeter à nouveau l'application de la théorie des infractions clandestines par un arrêt du 7 novembre 2014. Celle-ci a toutefois admis la suspension *ab initio* du délai de prescription, rendant la frontière entre les deux mécanismes d'autant plus floue[1903], à tel point que certains auteurs avaient pu penser que l'assemblée plénière avait finalement admis l'application de la théorie[1904]. S'il semblait évident encore une fois que l'homicide ne pouvait constituer une infraction clandestine par nature, la dissimulation des grossesses et des meurtres concomitants ayant empêché quiconque de s'inquiéter de la disparition des nouveau-nés, il semblait plausible d'admettre le caractère dissimulé de l'infraction.

269. ***Viol***. Autre crime exclu du bénéfice de la théorie prétorienne, le viol, la Cour de cassation estimant qu'« *aucun texte et aucune décision de justice n'ont fixé le point de départ du délai de prescription à la date à laquelle la victime en avait eu connaissance* »[1905]. Dans cette affaire, la victime avait porté plainte en 2011 pour des faits commis en 1977. Celle-ci avait alors justifié ce dépôt de plainte tardif[1906] par une amnésie médicalement constatée. Le juge d'instruction avait alors rendu une ordonnance de refus d'informer sur le fondement de la prescription, ce que la Cour de cassation a par la suite validé. Toutefois, il semble que la décision soit en l'espèce légitime. En effet, aucun élément du texte d'incrimination ne laisse apparaître que la clandestinité soit un élément constitutif de l'infraction. Le crime de viol ne saurait donc être une infraction clandestine par nature. Par ailleurs, il semble qu'en l'espèce il ne puisse pas non plus être une infraction dissimulée, puisque l'ignorance de la victime résulte d'une amnésie. Or, on ne saurait affirmer que l'amnésie ait été la conséquence de manœuvres de la part de l'auteur. L'ignorance de la victime et des autorités ne résulte que de faits extérieurs à la personne de l'auteur. En l'absence d'agissements tendant à dissimuler l'infraction, celle-ci ne peut donc logiquement être reconnue comme dissimulée. Si la plupart des auteurs considère que les crimes, par leur gravité, devraient être admis *a fortiori* dans le champ d'application de la théorie des infractions clandestines[1907], d'autres ont pu souligner que

---

[1901] Il subsiste un doute sur la date de commission des faits pour l'un des nouveau-nés. Pour plus de détails à ce propos voir : S. Detraz, « Pas de report du point de départ de la prescription de l'action publique en matière criminelle, JCP G, n°50, 9 décembre 2013, p.1309 ; C. Ribeyre, chronique de procédure pénale, RPDP n°2 avril-juin 2015, p.343.

[1902] Cass. crim., 16 octobre 2013, n°13-85.232.

[1903] Cf. nos observations *supra* n°123 et s.

[1904] A.-S. Chavent-Leclere, « *Revirement de jurisprudence : la clandestinité de l'homicide volontaire permet le report du point de départ de la prescription au jour de la découverte du cadavre* », Procédures n°12, déc.2014, comm.326.

[1905] Cass. crim., 18 décembre 2013, n°13-81129.

[1906] Plus de 32 ans après les faits, ceux-ci devant alors en principe être prescris malgré les délais allongés prévus en la matière : vingt ans à compter de la majorité de la victime.

[1907] J.-Y. Maréchal, « *Prescription du meurtre : « Couvrez ces cadavres que je ne saurais voir »* », Droit pénal n°12, déc. 2013, étude 18 ; A. Varinard, « *La prescription de l'action publique, une institution à réformer* », *in Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire, Mélanges offerts à Jean Pradel*, Cujas, 2006 p.626.

« *lorsqu'il s'agit de crimes, infractions pour lesquelles le délai de prescription est plus long que pour les délits et pour lesquelles, eu égard à leur gravité, l'inventivité de la jurisprudence est la plus condamnable* »[1908].

270. ***Homicide non-intentionnel, omission de porter secours, mise en danger délibéré d'autrui***. Par ailleurs, la jurisprudence a également refusé d'appliquer sa théorie au délit d'homicide involontaire. Dans une décision du 17 mars 2009[1909] la Cour de cassation affirme en effet que « *les délits d'homicide involontaire, d'abstention volontaire de porter secours à autrui et mise en danger d'autrui ne constituent pas des infractions clandestines par nature* ». Si les textes d'incrimination ne semblent en effet pas faire mention d'une dissimulation inhérente aux délits, les circonstances de l'affaire auraient pu laisser penser qu'une clandestinité par réalisation aurait pu être admise par la jurisprudence. En effet, les faits de l'espèce sont assez similaires à ceux évoqués pour le cas des blessures par imprudence[1910]. En l'espèce une personne est décédée en 1993 d'un cancer du côlon apparu en 1989. En 2001, lors de la fermeture d'un incinérateur situé à proximité du lieu de résidence de la victime il est apparu que sa pathologie avait pu être engendrée par la pollution par dioxine générée par l'usine voisine. Son mari a donc décidé de déposer plainte et de se constituer partie civile en 2002, à la suite de quoi une information judiciaire a été ouverte. Ainsi, comme l'a souligné Madame Claret-Tournier, « *cet arrêt peut rendre perplexe »*[1911]. En effet, dans l'affaire de 2008 concernant des blessures involontaires*, « la Cour de cassation avait pourtant laissé entrevoir la possibilité d'une appréciation du point de départ du délai de la prescription à compter de la connaissance des faits et de leur lien de causalité avec le dommage qu'en a la victime* ». La Cour de cassation semble ainsi réaffirmer qu'en matière d'infraction contre les personnes, il n'y a point d'infraction clandestine. La portée de la décision du 3 juin 2008, et l'espoir qui en était résulté semble ainsi réduit à néant. La Cour de cassation semble en effet exclure également les délits commis contre les personnes.

271. ***Incompatibilité des infractions contre l'intégrité physique ?*** Finalement, l'interrogation sur le refus de la jurisprudence d'admettre les infractions contre l'intégrité physique dans le champ d'application de la théorie des infractions clandestines a pu trouver un début de réponse. En effet, Monsieur le professeur Ribeyre estime qu'« *Un crime contre l'intégrité physique d'autrui ne peut pas être clandestin, précisément parce que l'acte matériel suppose une certaine extériorisation du résultat dirigée vers le corps d'autrui* »[1912]. On pourrait, par analogie, étendre cette réflexion aux délits commis contre l'intégrité physique d'autrui. Toute infraction nécessite une certaine extériorisation pour atteindre la matérialité requise pour être considérée comme telle, c'est le cas pour chacune des infractions admises au titre des infractions clandestines. Mais on peut comprendre la formule comme faisant référence au fait que la victime aura toujours connaissance de l'infraction, ce qui est contraire à la définition doctrinale selon laquelle l'invisibilité des faits doit être cumulative pour la victime et les autorités. En ce cas, il est impossible d'admettre ces infractions au titre des infractions clandestines, quand bien même elles pourraient être considérées comme invisible lorsque les faits demeureront inconnus de la justice. On s'interroge toutefois sur la

[1908] C. Ribeyre, « Chronique de procédure pénale », RPDP n°2 avril-juin 2015, p.343.
[1909] Cass. crim., 17 mars 2009, *n° 08-80.129.*
[1910] V. nos développements en *supra* n°264.
[1911] V. Claret-Tournier, *La clandestinité en matière pénale, op. cit.,* n°266
[1912] C. Ribeyre, « Chronique de procédure pénale », *op.cit.*

généralité de cette formule, l'infraction de meurtre pose notamment question, puisque si la victime a eu connaissance des faits elle ne pourra de toute évidence pas les porter à la connaissance des autorités. De plus la question demeure de savoir si la détention d'informations par des tiers, ne serait-ce que de la disparition de la victime, exclut l'infraction de cette définition, puisque seuls sont mentionnées la victime et les autorités. Ici encore, la notion d'infraction invisible semble donc plus aisée à appliquer aux faits.

b- Les infractions contre les biens

272. La Cour de cassation a également exclu du champ d'application de la théorie prétorienne certaines infractions contre les biens.

273. ***Escroquerie***. Ce fut le cas notamment du délit d'escroquerie. Par un arrêt du 27 mai 1991[1913], la Haute juridiction censure les juges du fond d'avoir appliqué la théorie des infractions clandestines à l'escroquerie. Pourtant, les auteurs ont rappelé l'analogie entre ce délit et d'autres infractions contre les biens qui à l'inverse ont pu bénéficier de la qualification de clandestines[1914]. En effet, l'escroquerie constitue une tromperie au sens large, puisque cette infraction procède « *par un maquillage de la réalité* »[1915]. Pourtant, à l'inverse du délit de tromperie, la Cour de cassation ne reporte pas le point de départ du délai de prescription de l'escroquerie, lequel est fixé au jour de la remise des fonds, valeurs ou bien quelconque[1916]. Cependant, à l'appui d'une telle décision, il a pu être invoqué le fait que « *la nature complexe de ces infractions retarde suffisamment la prescription pour que la jurisprudence puisse faire l'économie d'une entorse à l'article 7 du Code de procédure pénale* »[1917]. Plutôt que d'avoir recours une fois de plus à sa théorie vivement critiquée par la doctrine, la Cour de cassation a préféré utiliser le critère, globalement bien accueilli, de la complexité de l'infraction.

274. ***Tromperie lato sensu***. Par ailleurs, le refus a également été opposé aux infractions de faux témoignage[1918], d'abus de faiblesse[1919] et d'usage de faux[1920], tous trois pourtant considérés également comme des infractions de tromperie *lato sensu*[1921]. De sorte, ce monopole de la Cour de cassation a été très critiqué par la doctrine décelant de nombreuses incohérences dans l'admission ou le rejet du caractère clandestin de certaines infractions. Il semble en effet que la création de ce régime dérogatoire, et par conséquent de la notion d'infraction clandestine, découle plutôt de choix d'opportunité pour des infractions dont on sait qu'elles sont souvent découvertes tardivement et pour lesquelles les juges ont souhaité sauver la procédure. Malgré tout, la théorie

---

[1913] Cass. Crim., 27 mai 1991, Bull. crim. 1991, n°222.
[1914] G. Lecuyer, « *La clandestinité de l'infraction comme justification du retard de la prescription de l'action publique* », *op.cit.*
[1915] *Ibid.*
[1916] B. Challe, *Jurisclasseur, op.cit*. n°33.
[1917] G. Lecuyer, « *La clandestinité de l'infraction comme justification du retard de la prescription de l'action publique* », *précit.*
[1918]Cass. Crim., 17 décembre 2002, Bull. crim. 2002, n°24.
[1919]Cass. Crim., 5 octobre 2004, Bull. crim. 2004, n°233.
[1920]Cass. Crim., 27 mai 1991, Bull. crim. 1991, n°222.
[1921] G. Lecuyer, « *La clandestinité de l'infraction comme justification du retard de la prescription de l'action publique* », *op.cit.*

jurisprudentielle a pu convaincre le législateur, lequel a peu à peu intégré le mécanisme prétorien à travers plusieurs lois.

Section 2 : La légalisation progressive de la théorie prétorienne

275. Le législateur a finalement reconnu la légitimité de la théorie des infractions clandestines (**§1**) en l'intégrant progressivement au sein du code pénal (**§2**).

§1 : Une théorie légitime

276. Malgré ses imperfections, la théorie des infractions clandestines peut toutefois apparaître légitime en ce qu'elle prévoit un régime exorbitant du droit commun pour répondre aux difficultés nées de circonstances particulières (**A**), dont les règles pourraient être admissibles d'un point de vue juridique (**B**).

A- Une théorie factuellement justifiée

277. ***Intérêt pratique***. Si la théorie des infractions clandestines a connu un tel succès jurisprudentiel[1922], ce n'est pas un hasard, puisqu'en évitant « *une utilisation trop brutale des règles sur la prescription* »[1923], celle-ci répond en effet à de nombreuses attentes. La théorie prétorienne répond tout d'abord aux nécessités de la pratique[1924]. Cet « *intérêt pratique indiscutable* »[1925], a été souligné dès l'origine. Carrive, dans une note sous ce que l'on retient comme le premier arrêt illustrant l'émergence de la théorie, estime qu'« *au point de vue pratique on ne peut qu'applaudir à cet arrêt* »[1926]. En effet, généralement s'il y a clandestinité, c'est que l'auteur disposait d'une certaine maîtrise sur les éléments constitutifs de l'infraction, au détriment du ministère public et de l'éventuelle victime. C'est très souvent le cas pour les infractions d'affaires, qui sont au cœur du développement de la théorie. Dans le cadre d'un abus de confiance, il peut être « très *difficile de contrôler dans certaines circonstances l'emploi de fonds confiés à un tiers* »[1927]. Il en va de même en matière d'abus de biens sociaux, puisque « *les dirigeants de l'entreprise, sont ceux qui ont les moyens de le dissimuler et de maintenir dans l'ignorance les victimes qu'ils représentent, les actionnaires propriétaires du capital social* »[1928]. Leur position au sein de l'entreprise facilite le passage à l'acte mais également la possibilité de dissimuler leur méfait[1929] : « *Caisses noires, artifices comptables, comptabilité occulte, société écran et fausses factures sont autant d'instruments pour masquer la matérialité du délit* »[1930]. La clandestinité reconnue de l'infraction permet alors de pallier ces difficultés pratiques. Elle joue comme une *« contrepartie aux difficultés de preuve* »[1931].

[1922] C. Ambroise-Casterot, P. Bonfils, *Procédure pénale, op.cit*. n°181.
[1923] R. Merle, A. Vitu, *Traité de droit criminel. Tome 2, Procédure pénale*, *op. cit*., n°50.
[1924] J. Lelieur, « La prescription des infractions de corruption », D. 2008 p.1076.
[1925] E. Carrive, Note sous Cass, crim 4 janvier 1935, RSC 1936 p.86-87.
[1926] *Ibid.*
[1927] *Ibid.*
[1928] J.-F. Burgelin, « *Pour l'unification des délais de prescription en droit pénal* », in *Mélanges Jean-Claude Soyer, L'honnête homme et le droit*, LGDJ, 2000, p.49.
[1929] *Ibid.*
[1930] *Ibid.*
[1931] J. Pradel, *Procédure pénale, op. cit.* n°263.

278. ***Effectivité de la loi pénale***. Le mécanisme créé par la jurisprudence permet en outre de défendre une certaine exemplarité de la justice. En effet, en prescrivant l'action publique face à des faits pourtant avérés, mais révélés tardivement, on risque un « *amenuisement de l'exemplarité de la justice criminelle* »[1932]. La justice donne l'impression de ne pas être capable de répondre aux agissements de ces individus, sous le seul prétexte de la dissimulation de ceux-ci, alors même que c'est le propre de l'autorité judiciaire de mettre au jour l'existence d'agissements pénalement répréhensibles. « *La représentation d'une action pénale efficace* »[1933] semble ainsi remise en question. La théorie des infractions clandestines viendrait donc en renfort, afin de redonner son aura à la justice pénale. De plus, selon les propres mots de la Cour de cassation, la théorie des infractions clandestines assure « *l'effectivité de la loi pénale* »[1934]. En effet, le fait que ces infractions « *ne puissent être prescrites avant qu'elles aient pu être constatées en tous leurs éléments et que soit révélée aux victimes l'atteinte qui a pu être portée à leurs droits* »[1935] permet à la justice pénale de suivre son cours et d'appliquer, le cas échéant, la loi pénale en condamnant les individus s'étant rendus coupables d'infractions. Madame Claret-Tournier souligne de plus la légitimité d'une telle théorie dans l'hypothèse d'infractions clandestines par nature, selon elle, « *la loi pénale de fond définissant l'infraction se verrait complètement dénaturée si l'on ne tenait pas compte de la clandestinité inhérente au délit en question* »[1936]. La théorie prétorienne semble répondre ainsi à des exigences répressives[1937], puisque l'on permet la poursuite, et donc la condamnation d'infractions pour lesquelles, en principe, le ministère public aurait dû se voir opposer une fin de non-recevoir. Pour un auteur, retarder ainsi « *artificiellement l'écoulement du temps* » permettrait d'assurer « *une meilleure répression des infractions* »[1938]. La théorie permet de cette manière de répondre à cette exigence de « *systématisation de la réponse pénale* » que l'on observe depuis quelques décennies[1939].

279. ***Adaptation au degré de « dangerosité » de l'auteur***. La théorie est par ailleurs d'autant plus justifiée quant au comportement adopté par l'auteur. Dès l'origine, Carrive l'avait en effet souligné, « *il serait singulièrement immoral qu'un prévenu qui ajoute des mensonges à ses détournements échappât ainsi aux justes conséquences de son acte délictueux* »[1940]. En effet, la clandestinité de l'infraction implique souvent en plus de la commission des agissements constitutifs de celle-ci, la réalisation de manœuvres dissimulatrices. Ainsi, « *l'auteur a commis une deuxième malhonnêteté* »[1941], laquelle ne saurait alors lui permettre d'« *invoquer le bénéfice de la*

[1932] G. Lecuyer, « *La clandestinité de l'infraction comme justification du retard de la prescription de l'action publique* », *précit.*
[1933] B. Bouloc, *Procédure pénale*, Précis Dalloz, 19e édition, 2004, n°204 cité par G. Lecuyer, « *La clandestinité de l'infraction comme justification du retard de la prescription de l'action publique* », *précit.*
[1934] Cass, crim. 4 mars 1997, Bull. crim. 1997, n°83.
[1935] G. Lecuyer, « *La clandestinité de l'infraction comme justification du retard de la prescription de l'action publique* », *précit.* ; B. Bouloc, « Remarques sur l'évolution de la prescription de l'action *publique* », *in Propos impertinents de droit des affaires, Mélanges en l'honneur de Christian Gavalda*, Dalloz, 2001.
[1936] V. Claret-Tournier, *La clandestinité en matière pénale, op. cit*. n°243.
[1937] A. Gogorza, « *Infractions clandestines et prescription de l'action publique* », Revue de droit des transports n°6, Juin 2009, comm. 123.
[1938] E. Dreyer, O. Mouysset, *Procédure pénale, op. cit.* n°90.
[1939] A. Tourret, G. Fenech, Rapport d'information sur la prescription en matière pénale, n°2778, *op. cit. p.13* citant M. Robert, procureur général près la cour d'appel de Versailles, dans sa contribution écrite.
[1940] E. Carrive, Note sous Cass, crim 4 janvier 1935, *précit.*
[1941] H. Matsopoulou, « L'oubli en droit pénal », *in Mélanges dédiés à Bernard Bouloc, Les droits et le droit, Dalloz 2007, p.771.*

prescription »[1942]. L'auteur adopte un comportement deux fois plus répréhensible, lequel sera sanctionné, grâce à la théorie prétorienne, par l'incrimination retenue, mais également par le rejet de l'exception de prescription. Se pose par ailleurs la question du potentiel criminogène de ces individus. En effet, pour les auteurs, les individus pouvant ainsi échapper à la répression sont souvent *« les plus habiles ou les plus pervers »*[1943]. C'est d'ailleurs souvent le cas dans le domaine de la criminalité d'affaires. Accompagnant le développement de la vie des affaires[1944], cette délinquance d'affaires est une délinquance d'astuce[1945], laquelle est « *peu connue et peu sanctionnée* »[1946]. De nombreux auteurs se sont intéressés à la question de cette « *criminalité en col blanc* ». Sutherland soulignait déjà en 1940 le comportement particulier de cette catégorie d'auteurs d'infractions, qui profitent de leur position et de leur statut pour invisibiliser leurs actes. Il constatait ainsi « *la répétition des infractions, le mépris pour la police et pour l'Etat en général* »[1947]. Plus généralement, les infractions clandestines, qu'elles soient le fait d'infractions d'affaires ou non, nécessitent la réalisation d'actes voués à camoufler l'existence de l'infraction. L'auteur d'une infraction clandestine présente ainsi un degré supplémentaire de « *dangerosité* » en ce qu'il ne se contente pas de commettre un méfait, mais s'emploie à le maquiller pour assurer son impunité. C'est la raison pour laquelle la pensée positiviste italienne contestait l'institution de la prescription « *sur le terrain de l'utilité sociale et de la défense de la société contre le délinquant* »[1948]. En effet, d'après les penseurs du XIXème siècle, « *le temps n'atténue, ni ne supprime, le danger que le délinquant représente pour la société* »[1949]. Ils souhaitaient donc exclure les infractions les plus graves du champ d'application de la prescription de l'action publique[1950]. La théorie jurisprudentielle semble alors répondre pour partie à cette vision en refusant d'accorder le bénéfice de la prescription aux auteurs d'infractions clandestines.

280. ***Attentes de l'opinion publique***. Le bénéfice de la prescription accordé à ces individus pourrait en outre apparaître injuste. Notamment dans le domaine des infractions d'affaires, très fréquemment clandestines, alors même que « *l'opinion publique […] appelle de ses vœux une moralisation de la vie économique et du monde des affaires* »[1951] une décision retenant la prescription de l'action publique apparaîtrait comme une décision de faveur envers les dirigeants sociaux. Il semble de plus que d'une manière générale, le bénéfice résultant de l'extinction de l'action publique est véritablement vécu comme une injustice[1952]. A l'inverse de ce que l'on a pu avancer au crédit de l'institution légale, il semble qu'admettre la prescription d'infractions clandestines causerait « *un trouble plus important que celui qui aurait pu être causé par la tenue d'un*

[1942] J. Pradel « *Une surprenante décision sur la prescription de l'action publique en cas de dissimulation des faits* », *précit*.
[1943] F. Desportes, L. Lazerges-Cousquer, *Traité de procédure pénale, op. cit.,* n°973.
[1944] R. Gassin, P. Bonfils, S. Cimamonti, *Criminologie*, Précis Dalloz, 7ème éd., octobre 2011, n°394.
[1945] *Ibid.* n°523.
[1946] L. Mucchielli, « La criminalité : une construction sociale », Sciences humaines, vol. 123, n°1, 2002, p. 26.
[1947] E. Sutherland, *White Collar Crime*, 1940 cité par *Ibid.*
[1948] B. Bouloc, *Procédure pénale, op. cit*., n°239.
[1949] *Ibid.* ; H. Matsopoulou, « *L'oubli en droit pénal* », *op.cit.* ; J. Pradel, *Procédure pénale*, *op. cit.* n°253.
[1950] F. Desportes, L. Lazerges-Cousquer, *Traité de procédure pénale, op. cit.,* n°973 ; J. Pradel, *Procédure pénale*, *op. cit.* n°253 ; C. Beccaria, *Traité des délits et des peines*, éd. du bicentenaire, Paris 1966.
[1951] J.-F. Burgelin, « Pour l'unification des délais de prescription en droit pénale », *op.cit.*
[1952] E. Gallardo, « L'action publique doit-elle subir les affres du temps ? », Lexbase Hebdo, éd. privée n°686, 2 fév. 2017 ; A. Tourret, G. Fenech, *Rapport d'information sur la prescription en matière pénale*, n°2778, *op. cit.,* p.13.

procès éloigné des faits »[1953]. L'application de la théorie a ainsi pu apparaître d'autant plus justifiée lorsque celle-ci a été appliquée dans le cadre d'affaire très médiatisées révélant des scandales sanitaires[1954], politiques[1955] ou financiers[1956]. Les *« effets de la médiatisation et de l'internet sur le sentiment de proximité et la réactivité de l'État et des juges en matière de répression* »[1957] ont de plus pu contribuer à l'élaboration de la théorie des infractions clandestines. Sans cette dernière, l'admission de la prescription dans de telles affaires aurait provoqué un tollé dans l'opinion publique déjà choquée par la révélation de tels agissements. Par ailleurs, l'évolution de la société et *« la primauté donnée à l'individu et à la protection de son intégrité* »[1958] ont contribué à l'attribution d'une place de plus en plus croissante aux victimes dans la procédure pénale, ce qui vient encore appuyer la théorie prétorienne. En effet, les individus ayant dissimulé leurs méfaits sont très souvent face à des « *tiers sans défense* »[1959], le report du point de départ est donc souvent « *le seul moyen de protéger* »[1960] la victime. Au-delà des simples exigences de protection de la victime, il semble que celle-ci ait pris une place majeure au sein de la procédure pénale. Placée au cœur du procès pénal, la victime « *intéressée non seulement par la manifestation de la vérité mais aussi par le prononcé d'une sanction* »[1961], ressentirait la prescription de l'action publique comme un obstacle à ce que justice lui soit rendue[1962]. Pour un auteur, « *la notion même de prescription n'est plus regardée comme un élément tenant à la situation qui doit être faite au criminel mais comme traduisant le regard porté sur le préjudice causé à la victime* »[1963]. L'évolution de la place de la victime en matière pénale est telle qu'elle vient influencer l'application des règles de procédure pénale afin de rendre effective sa protection, quelles que soient les circonstances entourant la commission de l'infraction. Protection qui passe, en l'espèce, à travers la tenue d'un procès pénal pouvant conduire au prononcé d'une sanction. Plus encore, avec « *l'allongement de l'espérance de vie et [à] la modification des valeurs protégées socialement* »[1964], les victimes ne semblent plus enclines à accorder un pardon du seul fait de l'écoulement du temps. A l'oubli celles-ci opposent désormais le devoir de mémoire[1965]. L'expression originellement employée pour désigner une « *injonction à se souvenir* »[1966] d'événements historiques tragiques[1967] connaît ainsi un glissement de sens assez critiquable. Il semble quoiqu'il en soit que la « *grande loi de l'oubli* » soit aujourd'hui dépassée, elle n'apparaît plus

---

[1953] *Ibid.* ; *Ibid.* : Pour l'Union syndicale des magistrats, « *le dogme fondateur de la prescription, selon lequel la tranquillité publique serait troublée par des poursuites tardives, est largement remis en question, voire inversé, le bénéfice de ce droit à l'oubli* [n'étant] *plus admis, le temps n'atténuant pas le danger que les délinquants représentent pour la société* ».

[1954] Cass., crim., 7 juillet 2005, n° 05-81119.

[1955] Cass., crim., 30 septembre 2008, n°07-82249.

[1956] Cass., crim., 27 octobre 1999, Bull. crim. 1999 n°238.

[1957] A. Tourret, G. Fenech, *Rapport d'information sur la prescription en matière pénale*, n°2778, *op. cit., p.13* citant M. Robert, procureur général près la cour d'appel de Versailles, dans sa contribution écrite.

[1958] *Ibid.*

[1959] J. Pradel, *Procédure pénale, op. cit*. n°263.

[1960] M. Veron, « Visite à la cour du roi Pétaud, ou les errements de la prescription en matière pénale », *in Etudes offertes à Jacques Dupichot, Liber amicorum*, Bruylant, 2004 p.501-517.

[1961] D. Boccon-Gibod, « *Les exigences contradictoires d'un régime raisonné de la prescription de l'action publique* » AJ Pénal 2016 p.297.

[1962] *Ibid.*

[1963] *Ibid.*

[1964] A. Tourret, G. Fenech, Rapport d'information sur la prescription en matière pénale, n°2778, *op. cit., p*.15.

[1965] D. Salas, *La volonté de punir. Essai sur le populisme pénal,* Hachette Littératures, 2005, p. 12 : « *au nom d'un devoir de mémoire envers les victimes, une " volonté de punir " envahit les sociétés démocratiques* ».

[1966] P. Ricoeur, *La mémoire, l'histoire, l'oubli*, collection L'ordre philosophique, Seuil, 2000.

[1967] Elle est apparue pour inciter au souvenir des atrocités de la Seconde Guerre Mondiale et notamment de la Shoah.

« *dans notre société, tout à la fois société médiatique et de mémoire, comme une loi sociale si évidente* »[1968]. A l'heure du numérique et de l'hypermédiatisation, la société est devenue hypermnésique, il n'y a plus de place pour une quelconque omission, tout est constamment rappelé à nos souvenirs. L'institution légale est ainsi de plus en plus perçue « *comme un abandon par la justice de ses devoirs, un signe d'indifférence, le déni d'une reconnaissance des victimes, un manquement à un devoir de mémoire* »[1969]. Ainsi il semble inadmissible pour les victimes, voire pour la société tout entière, qu'un individu ayant commis une infraction puisse bénéficier d'une institution fondée sur l'oubli pour échapper aux poursuites. Désormais, « *l'oubli d'affaires pénales risque davantage […] de heurter l'opinion publique que de conduire à l'apaisement* »[1970].

281. ***Lutte contre le risque de récidive***. Pour le premier président de la Cour de cassation, il y a là « *le sentiment d'un divorce entre cette institution permettant au délinquant d'échapper à une poursuite ou à sa peine, et l'honnête homme chez qui la prescription paraît heurter le sens inné d'une justice voulant que le coupable réponde de ses actes* »[1971]. La théorie des infractions clandestines, en rendant les poursuites possibles malgré la découverte tardive des agissements délictueux permet donc d'éviter l'impunité d'un trop grand nombre de délinquants[1972]. Il y a là un moyen de faire assumer à l'auteur les conséquences de ses actes, il ne peut ainsi plus espérer « *échapper à sa responsabilité pénale* »[1973]. Michel Foucault le soulignait, le droit pénal doit contribuer à « *faire en sorte que le malfaiteur ne puisse avoir ni l'envie de recommencer ni la possibilité d'avoir des imitateurs* »[1974]. Or, en lui permettant de se réfugier derrière le rempart de la prescription, qu'il aura de surcroît lui-même entretenu, on entretient l'idée d'une impunité, risquant ainsi d'inciter l'individu à réitérer ses agissements, voire à d'autres individus de l'imiter. L'absence de sanction de ces individus empêche le droit pénal, et la sanction pénale, de remplir ses rôles rétributif et préventif. Ainsi, certains auteurs estiment qu'en laissant la prescription agir, on inciterait à la commission d'infractions ou à la récidive. En effet, cette immunité résultant du jeu de la prescription « *a pu […] renforcer [le délinquant] dans un sentiment d'impunité et l'inciter, au contraire, à en commettre de nouvelles* »[1975]. L'Union syndicale des magistrats a pu le constater, ce sentiment d'impunité « *peut renforcer la détermination criminelle de certains auteurs* »[1976]. Cela peut s'expliquer notamment par le fait que « *l'absence de poursuite a empêché d'appliquer tout de suite à l'intéressé les mesures qui auraient été propres à le détourner de la délinquance* »[1977]. Or, « *il n'est pas moins nécessaire de [le] traiter parce que [sa] faute n'a été révélée que tardivement* »[1978]. Si l'ensemble de ces arguments ne repose que sur des considérations d'ordre moral, il ne faut toutefois

---

[1968] A. Tourret, G. Fenech, *Rapport d'information sur la prescription en matière pénale*, n°2778, *op. cit*., p.13 citant J.-C. Marin Et J. Danet, Contributions écrites.
[1969] A. Tourret, G. Fenech, *Rapport d'information sur la prescription en matière pénale*, n°2778, *op. cit*., *p.15.*
[1970] J. Pradel, « Une surprenante décision sur la prescription de l'action publique en cas de dissimulation des faits », *op.cit.*
[1971] A. Tourret, G. Fenech, *Rapport d'information sur la prescription en matière pénale*, n°2778, *op. cit*. p.16 citant B. Louvel, Contributions écrites.
[1972] *Ibid*. p.13 ; E. Dreyer, O. Mouysset, *Procédure pénale, op.cit.,* n°89.
[1973] D. Dechenaud, « *La clandestinité en procédure pénale* », *op.cit.*
[1974] M. Foucault, *Surveiller et punir*, Gallimard, 1975 cité par E. Daoud, « La prescription des infractions occultes ou dissimulées en droit pénal des affaires : à la poursuite du temps perdu », Droit pénal n°5, Mai 2017, dossier 3.
[1975] M.-L. Rassat, *Traité de procédure pénale, op. cit*. n°297.2.
[1976] A. Tourret, G. Fenech, *Rapport d'information sur la prescription en matière pénale*, n°2778, *op. cit*. p.13.
[1977] M.-L. Rassat, *Traité de procédure pénale, op. cit* n°297.2.
[1978] J. Pradel, *Procédure pénale, op. cit* n°253.

pas sous-estimer l'influence qu'ils peuvent avoir en matière pénale puisque comme l'a souligné le professeur Larguier, « *c'est un domaine où sont plus indissociables qu'ailleurs les valeurs sociales et les règles de droit qui se fondent sur elles* »[1979]. Finalement, sur un plan moral, la théorie des infractions clandestines semble donc s'appuyer sur de solides arguments. Mais il semble également que l'on pourrait admettre la théorie d'un point de vue juridique.

B- Une théorie juridiquement admissible

282. ***Remise en cause prétorienne et doctrinale des fondements de la prescription***. On l'aura remarqué si la théorie semble être justifiée, c'est parce que l'institution de la prescription telle que présentée originellement ne convainc pas totalement. C'est donc la remise en cause de l'institution qui rend la théorie admissible. Ainsi, si l'institution légale s'opposant à la théorie des infractions clandestines n'est plus justifiée, la théorie devient juridiquement admissible. La lutte[1980] contre la prescription de l'action publique semble généralisée de nos jours : la majorité de la doctrine[1981] ainsi que la jurisprudence expriment régulièrement leur hostilité vis-à-vis de l'institution légale. Le Conseil constitutionnel a même récemment refusé toute valeur constitutionnelle au principe de la prescription[1982]. De sorte qu'un auteur la compare désormais à un « *colosse aux pieds d'argile* »[1983]. L'on a pu évoquer ainsi la remise en cause de la « *stabilité* » de la prescription[1984]. Cependant, il apparaît que la prescription a dès l'origine été sous le feu des critiques. En effet, l'institution a toujours été contestée notamment par une partie de la doctrine[1985]. Mais aujourd'hui l'hostilité est telle que l'on a pu parler de « *crise de la prescription* »[1986]. Certains soulignent même le fait que « *la partie des manuels de procédure pénale consacrée aux fondements de la prescription n'a cessé de se réduire au fil des éditions successives* »[1987]. Un degré dans la lutte contre l'institution légale a pu être franchi avec l'extériorisation de cette hostilité par le développement par la Cour de cassation de mécanismes destinés à la tenir en échec. Ce sont ces prises de position jurisprudentielles ainsi que les écrits doctrinaux qui ont donné de l'ampleur au phénomène qui n'est pourtant pas nouveau. L'ensemble des arguments évoqués au soutien de la prescription ont ainsi été remis en cause par une partie de la doctrine.

283. ***Remise en cause de l'idée d'une double peine***. L'on peut tout d'abord évoquer l'idée d'une double peine vécue par l'auteur jugé et condamné tardivement pour ses méfaits, laquelle est totalement battue en brèche. En effet, les auteurs évoquent à ce sujet une vision empreinte d'un certain « *romantisme juridique* »[1988]. Ce fondement est aujourd'hui totalement

---

[1979] J. Larguier, « Mort et transfiguration du droit pénal », in *Aspects nouveaux de la pensée juridique – recueil d'études en hommage à Marc Ancel,* tome 2, A. Pedone, 1975 p.127.
[1980] C. Ambroise-Casterot, P. Bonfils, *Procédure Pénale*, *op. cit*., n°187.
[1981] M.-L. Rassat, *Traité de procédure pénale, op. cit*. n°297.3.
[1982] Décision n° 2019-785 QPC du 24 mai 2019, cons. n°6.
[1983] E. Gallardo, « *L'action publique doit-elle subir les affres du temps* », *précit.*
[1984] J.-J. Hyest, H. Portelli, R. Yung, *Pour un droit de la prescription moderne et cohérent*, Rapport n° 338, 20 juin 2007, p.12.
[1985] M. Carrasco-Daeron, *dissimulation en matière pénale*, *op. cit.*, n°558 selon qui elle n'a jamais fait l'unanimité.
[1986] M. Veron, « Clandestinité et prescription », *op.cit.*
[1987] J.-J. Hyest, H. Portelli, R. Yung, *Pour un droit de la prescription moderne et cohérent*, Rapport n° 338*, op. cit*, p.12.
[1988] J. Pradel, *Procédure pénale, op. cit*., n°253 ; J. Pradel « Une surprenante décision sur la prescription de l'action publique en cas de dissimulation des faits », *op.cit*.

discrédité, car « *infirmé par les données de la psychologie judiciaire, chaque délinquant réagissant à sa manière, le temps n'étant pas le même pour tous* »[1989]. Si cette idée de « *l'insomnie de vingt ans* » apparaît de nos jours comme un argument totalement dépassé[1990], elle était déjà à l'époque jugée par certains comme « *puérile* » et « *routinière* »[1991]. A l'évidence un tel postulat ne pouvait tenir, l'on ne peut en effet affirmer naïvement que d'une manière générale que tous les auteurs d'infractions sont rongés par les remords. Par ailleurs, s'il y avait toutefois une certaine « *inquiétude* »[1992] du délinquant, il faut souligner qu'« *en tout état de cause, aussi pénible soit-elle, l'insomnie […] n'apparaît tout de même pas comme l'exact équivalent d'une condamnation pénale* »[1993].

284. ***Remise en cause de l'argument du dépérissement des preuves***. Autre fondement remis en cause, celui du dépérissement des preuves. Cet argument est grandement fragilisé aujourd'hui du fait des progrès scientifiques. La recherche des preuves est de nos jours facilitée grâce aux nouvelles techniques d'investigations comme l'analyse des traces ADN, des empreintes papillaires, les divers enregistrements[1994] etc… D'après Monsieur Frédéric Dupuch, directeur de l'Institut national de police scientifique, l'évolution des techniques permet aujourd'hui « *d'exploiter non seulement des traces " riches " (sang, sperme, salive), mais aussi des traces faibles, pauvres en ADN, et de l'ADN dégradé (…) notamment des " traces de contact " issues de seuls frottements ou touchers* »[1995]. De plus, la science permet désormais de conserver les preuves pendant de nombreuses années[1996] grâce notamment à une « *amélioration des conditions de conservation des scellés criminels* »[1997]. A tel point que le ministère de la justice lui-même a, par une circulaire du 13 décembre 2011, mis en garde les juridictions contre la destruction trop précoce des scellés : « *compte tenu des progrès réalisés ces dernières années en matière de police technique et scientifique, une aliénation ou une destruction systématique des objets placés sous scellés et non restitués, à l'issue d'un délai de six mois, peut être de nature à faire obstacle à la réouverture et la résolution d'affaires qui n'ont pu être élucidées »*[1998]. Grâce à l'amélioration des techniques d'investigation, une affaire peut être résolue des années après la commission des faits. Le colonel François Daoust, directeur de l'Institut de recherche criminelle de la gendarmerie nationale, affirme ainsi que « *la recherche d'un résultat scientifique robuste et déterminant est possible au-delà des délais de prescription de l'action publique en matière de crime* »[1999]. Plus encore, il semblerait que le temps puisse favoriser, dans certains cas, la découverte de la vérité. Certains auteurs estiment en effet qu'« *il est assez réducteur de considérer que l'écoulement du temps aurait nécessairement un*

[1989] *Ibid.*
[1990] D. Boccon-Gibod, « Les exigences contradictoires d'un régime raisonné de la prescription de l'action publique » *op.cit.*
[1991] J. Ortolan, *Eléments de droit pénal*, 4ème édition, Plon et compagnie, Maresq Ainé, 1875, §1851 cité par A. Mihman, *Juger à temps. Le juste temps de la réponse pénale*, *op. cit*. p.523.
[1992] J.-J. Hyest, H. Portelli, R. Yung, *Pour un droit de la prescription moderne et cohérent*, Rapport n° 338, *op. cit*, p.12.
[1993] F. Desportes, L. Lazerges-Cousquer, *Traité de procédure pénale, op. cit.,* n°960.
[1994] J. Pradel, *Procédure pénale, op. cit*., n°253 ; J. Pradel « *Une surprenante décision sur la prescription de l'action publique en cas de dissimulation des faits* », *précit.* ; D. Boccon-Gibod, *« Les exigences contradictoires d'un régime raisonné de la prescription de l'action publique » précit.* ; A. Tourret, G. Fenech, *Rapport d'information sur la prescription en matière pénale*, n°2778, *op. cit*., p.14.
[1995] A. Tourret, G. Fenech, *Rapport d'information sur la prescription en matière pénale*, n°2778, *op. cit*. p.14.
[1996] J. Pradel « *Une surprenante décision sur la prescription de l'action publique en cas de dissimulation des faits* », *précit.* ; E. Gallardo, « *L'action publique doit-elle subir les affres du temps* », *précit*.
[1997] A. Tourret, G. Fenech, *Rapport d'information sur la prescription en matière pénale*, n°2778, *op. cit*., p.14.
[1998] *Ibid.*
[1999] *Ibid.*

effet corrosif sur la vérité »[2000]. En effet, grâce à des avancées technologiques toujours plus poussées, « *qui sait si les traces de l'infraction ne livreront pas, à la faveur de nouveaux moyens d'investigation, les éléments permettant de découvrir l'auteur des faits ?* »[2001]. Les spécialistes attendent d'ailleurs *« des progrès encore plus considérables […] à un horizon assez proche* »[2002]. L'argument relatif aux preuves est ainsi largement remis en question, et les avancées technologiques remettent ainsi en cause la brièveté du délai dans certaines affaires. En effet, pour des infractions astucieuses, ou impliquant une dissimulation des faits, la prescription peut être trop rapidement acquise[2003], d'où la nécessité de recourir au mécanisme prétorien du report du point de départ.

285. ***Remise en cause du principe d'une sanction de la négligence des autorités***. L'idée d'une sanction de la négligence des autorités de poursuites a en outre été remise en question. C'est d'ailleurs sur ce point que s'appuie principalement la théorie des infractions clandestines[2004]. En effet, lorsque l'infraction est clandestine par nature ou par réalisation, celle-ci est demeurée masquée aux yeux des autorités. Or, comment reprocher aux autorités leur inaction lorsque celles-ci n'étaient pas en mesure de connaître l'existence d'une infraction ? Le parquet a en effet été mis dans *« l'impossibilité d'agir en raison de la dissimulation* »[2005] de l'infraction. C'est cette « *ignorance légitime* »[2006] qui explique son inertie. Ainsi, il n'y a pas de négligence de sa part, l'on ne peut donc légitimement lui retirer son droit d'agir. Sur ce point le mécanisme créé par la théorie prétorienne en ce qu'il reporte le point de départ de la prescription *« au jour de la découverte de l'infraction dans des conditions permettant l'exercice de l'action publique* »[2007] est tout à fait « *conforme au bon sens* »[2008]. Ces arguments expliquent également la remise en cause de l'idée d'un nécessaire oubli de l'infraction découverte tardivement. En effet, « *comment pourrait-on oublier ce que l'on n'a jamais su ?* »[2009]. C'est en toute logique que Monsieur le professeur Pradel affirme donc que « *si les faits ont été cachés et si l'on n'a pu les connaître que longtemps après leur commission, la loi de l'oubli ne s'applique* »[2010].

286. ***Objectivité prétorienne dans la fixation du point de départ***. On le voit, les fondements de la prescription ne sont pas figés dans le marbre, l'institution légale n'est pas absolue, et peut s'adapter à l'évolution de la société et des techniques. Ainsi, la création d'une telle dérogation au principe de la prescription est tout à fait concevable. Au-delà de ces arguments, il semble que l'objectivité désormais retenue par la Cour de cassation vienne légitimer le recours au

---

[2000] F. Desportes, L. Lazerges-Cousquer, *Traité de procédure pénale, op. cit.,* n°971.
[2001] J.-J. Hyest, H. Portelli, R. Yung, *Pour un droit de la prescription moderne et cohérent*, Rapport n° 338*, op. cit*. p.13.
[2002] A. Tourret, G. Fenech, *Rapport d'information sur la prescription en matière pénale*, n°2778, *op. cit*. p.14.
[2003] A. Donnier, « *Prescription et clandestinité : la troublante décision de la Cour de cassation* », *précit.*; M. Veron, « *Visite à la cour du roi Pétaud, ou les errements de la prescription en matière pénale* », *précit.*
[2004] G. Lecuyer, « *La clandestinité de l'infraction comme justification du retard de la prescription de l'action publique* », *précit.*
[2005] F. Desportes, L. Lazerges-Cousquer, *Traité de procédure pénale, op. cit.,* n°993.
[2006] A. Gogorza, « Infractions clandestines et prescription de l'action publique », Revue de droit des transports n°6, Juin 2009, comm. 123.
[2007] Cass., crim., 27 octobre 1999, Bull. crim. 1999 n°238.
[2008] J. Pradel, « *Une surprenante décision sur la prescription de l'action publique en cas de dissimulation des faits* », *précit.*
[2009] E. Raschel, « Le report de la prescription : comprendre », Lexbase édition privée n°686, 2 février 2017.
[2010] J. Pradel, « Une surprenante décision sur la prescription de l'action publique en cas de dissimulation des faits », *op.cit.*

report du point de départ. En effet, *« la jurisprudence ne prend pas en considération le jour où la victime a eu connaissance »*[2011] de l'infraction. Un tel critère, beaucoup trop subjectif risquerait d'entraîner des abus de la part de certaines victimes. On ne peut laisser un tel pouvoir dans les mains de celles-ci, c'est pourquoi la jurisprudence retient la date à laquelle l'infraction est apparue dans des conditions permettant la mise en mouvement de l'action publique.

287. ***Une solution qui n'est pas nouvelle***. Il convient enfin de rappeler que l'idée d'un report du point de départ en cas d'infractions camouflées à la vue des autorités et de la victime n'est pas si novatrice en droit français. Déjà sous l'Ancien régime, la prescription de certaines infractions était retardée au jour où la victime avait pu en avoir connaissance. Tel était le cas des « *injures dites en l'absence de la personne offensée et non connues aussitôt qu'elles ont été proférées* »[2012]. Le mécanisme d'exception créé par la Cour de cassation était en réalité déjà prévu par le législateur du XVIIIème siècle comme un principe général. En effet, le Code pénal de 1791[2013], puis les articles 9 et 10 du Code du 3 brumaire an IV fixaient le point de départ du délai de prescription au jour où le Parquet en a eu connaissance et s'est trouvé dans la possibilité d'engager les poursuites[2014]. Tel était alors le principe pour l'ensemble des infractions. Toute infraction ayant souffert d'invisibilité pouvait donc en bénéficier, peu importe l'origine de cette imperceptibilité. Le critère a par la suite été remplacé par celui du jour de la commission des faits, mais l'idée avait pu être à nouveau évoquée lors de l'élaboration du projet de Code d'instruction criminelle de 1949, laquelle aurait été insérée à un article 6[2015]. Finalement une telle jurisprudence pourrait être admise au sein de notre procédure pénale, tel a déjà été le cas. Si les procédés employés de nos jours par les juges sont critiquables[2016], il semble que l'audace des magistrats de la Haute juridiction soit toutefois volontairement « *provocatrice, destinée à susciter une réforme législative* »[2017].

§2 : Une théorie confirmée par le législateur

288. L'institution de la prescription de l'action publique perdure dans notre procédure pénale, toutefois, de plus en plus de dérogations au principe sont introduites, tantôt par la jurisprudence, tantôt à l'initiative du législateur. Ainsi, l'on a pu assister à maintes reprises à l'allongement des délais de prescription de certaines infractions, à une modification du point de départ dans certaines hypothèses ou encore à l'ouverture d'un nouveau délai à compter de la majorité de la victime[2018]. Il semblait donc envisageable qu'une réforme vienne consacrer la théorie prétorienne. Il était d'ailleurs souhaitable que le législateur vienne fixer, et surtout clarifier les règles en la matière. Cependant cette volonté s'est heurtée à de nombreuses réticences, tant de la part des gouvernements successifs que du législateur. Il a fallu ainsi parcourir un long chemin pour que la théorie ancienne soit finalement entendue par le législateur, et que soient ainsi légalement reconnues une partie des infractions invisibles. Cette lente évolution a abouti à intégration

---

[2011] H. Matsopoulou, « L'oubli en droit pénal », *op.cit.*
[2012] D. Jousse, *Traité de la justice criminelle*, Tome III, Debure Père, 1771, p.685 cité par A. Mihman, *Juger à temps. Le juste temps de la réponse pénale, op. cit.*, n°373.
[2013] A. Mihman, *Juger à temps. Le juste temps de la réponse pénale, op. cit.*, n°373.
[2014] R. Merle, A. Vitu, *Traité de droit criminel. Tome 2, Procédure pénale, op. cit.*, n°47 ; J. Pradel, *Procédure pénale, op. cit.*, n°236.
[2015] *Ibid.*
[2016] V. *infra n°241 et s.* nos développements sur la question du pouvoir créateur du juge.
[2017] D. Déchenaud, « La clandestinité en procédure pénale », *op.cit.*
[2018] J. Pradel, *Procédure pénale, op. cit.*, n°259.

progressive de la théorie, dans un premier temps à ce que l'on pourrait à première vue considérer comme une admission partielle de la théorie des infractions clandestines (**A**), pour enfin, par la réforme du 27 février 2017 acter ce qui apparaît comme une admission totale du mécanisme prétorien par le législateur (**B**).

A- Une admission partielle avant la réforme du 27 février 2017

289. ***Des occasions manquées***. S'il l'on commence à entrevoir en 2011 une brèche dans la position ferme du législateur à l'encore de la théorie des infractions clandestines, celle-ci aura mis plusieurs années à émerger. En effet, alors que la doctrine réclamait dès l'origine que le législateur se prononce sur la question des infractions clandestines[2019], le contexte même de crise de la prescription n'a pas convaincu le législateur à agir. Or, le flou existant autour de la notion de clandestinité et sa contradiction avec les règles légales rendaient une clarification par le législateur des plus bienvenues. Les occasions ont pourtant été nombreuses de s'exprimer sur le sujet[2020]. Dès 1949, le projet de Code d'instruction criminelle porté par la Commission Donnedieu de Vabres proposait d'intégrer dans celui-ci une exception au principe de la fixation du point de départ de la prescription de l'action publique au jour de la commission des faits. Si c'est le mécanisme de la suspension qui avait alors été préféré à celui du report, le projet faisait toutefois référence à la clandestinité de l'infraction puisque le délai de prescription était suspendu « *tant que le ministère public n'a pas pu avoir connaissance de l'infraction et la poursuivre* »[2021]. Ce projet n'a toutefois pas abouti. L'on peut citer également un rapport d'information du Sénat paru en 2007[2022] portant sur le régime des prescriptions civiles et pénales dans lequel « *la Commission des lois du Sénat avait préconisé de « consacrer dans la loi la jurisprudence de la Cour de cassation tendant, pour les infractions occultes ou dissimulées, à repousser le point de départ du délai de prescription au jour où l'infraction est révélée »* »[2023]. Ces préconisations sont restées lettre morte et seule les recommandations portant sur la prescription en matière civile ont finalement donné lieu à une réforme[2024]. L'avant-projet de réforme du Code de procédure pénale publié le 1er mars 2010 avait enfin envisagé la question des infractions clandestines. Toutefois le report du point de départ était alors limité aux seules atteintes volontaires à la vie et les excluait expressément pour les autres infractions[2025]. Une telle rédaction aurait alors conduit à la remise en cause de la jurisprudence de la Cour de cassation, ce qui a engendré un tollé chez une grande partie de la doctrine[2026]. En effet, les auteurs redoutaient que le mécanisme prétorien qui fut particulièrement utile au ministère public lors des derniers scandales sanitaires et politico-financiers ne soit ainsi illégitimement supprimé[2027]. A l'issue de nombreuses discussions à ce sujet, et d'un avis rendu par la Cour de cassation déplorant

[2019] M. Véron, « Prescription : cessation de l'état d'ignorance », Droit pénal n°3, mars 2003, comm. 29.
[2020] S. Roth, *Clandestinité et prescription de l'action publique, op. cit*., n°512.
[2021] *Ibid.* n°485.
[2022] J.-J. Hyest, H. Portelli, R. Yung, *Pour un droit de la prescription moderne et cohérent*, Rapport n° 338*, op. cit*.
[2023] J. Buisson, « La loi n° 2011-267 du 14 mars 2011 d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure », Procédures n°5, mai 2011, étude 5.
[2024] Loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile.
[2025] S. Roth, *Clandestinité et prescription de l'action publique, op. cit*., n°492.
[2026] V. notamment D. Déchenaud, « Nouvelles menaces sur le droit pénal des affaires. Libres propos au sujet de l'avant-projet. Libres propos au sujet de l'avant-projet du futur Code de procédure pénale », Droit pénal n°6, juin 2010, étude 13, selon qui l'avant-projet affaiblirait la répression et constituerait ainsi une menace pour le droit pénal des affaires.
[2027] S. Roth, *Clandestinité et prescription de l'action publique, op. cit*., n°493.

une telle réforme[2028], la garde des sceaux de l'époque avait finalement accepté de consacrer la théorie prétorienne[2029]. Toutefois, à cause de la proximité de la fin de la législature, le projet avait été reporté, de peur que le Parlement n'ait le temps de se prononcer sur l'ensemble des amendements du texte[2030]. Ainsi, le législateur ne s'est finalement jamais véritablement prononcé sur la question, alors même qu'elle avait, de plus, pu être soulevée ponctuellement à propos de certaines infractions spécifiques (la banqueroute, l'organisation frauduleuse d'insolvabilité, la corruption…[2031]).

290. ***Premier pas avec la LOPPSI 2***. Finalement, c'est avec la loi du 14 mars 2011 dite d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure (ou LOPPSI 2)[2032], que la réticence passée du législateur à admettre la théorie des infractions clandestines paraît avoir été dépassée. Le législateur semble à première vue venir consacrer la théorie des infractions clandestines. Cependant si consécration il y a, celle-ci demeure partielle. Dans cette loi « *fourre-tout* »[2033], un amendement sénatorial[2034] est venu pour la première fois consacrer un mécanisme qui semble directement inspiré de la théorie jurisprudentielle. Celui-ci ajoutait un troisième alinéa à l'article 8 du Code de procédure pénale prévoyant que « *Le délai de prescription de l'action publique des délits mentionnés aux articles 223-15-2, 311-3, 311-4, 313-1, 313-2, 314-1, 314-2, 314-3, 314-6 et 321-1 du code pénal, commis à l'encontre d'une personne vulnérable du fait de son âge, d'une maladie, d'une infirmité, d'une déficience physique ou psychique ou de son état de grossesse, court à compter du jour où l'infraction apparaît à la victime dans des conditions permettant l'exercice de l'action publique*. »[2035]. Cet amendement est notamment le fruit de l'intérêt grandissant du législateur pour la catégorie des personnes dites vulnérables. Autrefois oubliées du Code pénal au profit des seuls mineurs[2036], les personnes vulnérables étaient depuis quelques années l'objet d'une protection de plus en plus renforcée par le législateur. La vulnérabilité a en effet été érigée tour à tour en tant que circonstance aggravante de certaines infractions d'atteinte aux personnes, mais également en tant qu'élément constitutif de certaines incriminations, ou encore l'objet d'obligation de dénonciation d'infractions aux autorités judiciaires[2037]. Une dernière étape a donc été franchie avec la loi de 2011, puisque dès lors, la vulnérabilité, combinée à la clandestinité, permettait le

---

[2028] D. Demonpion, « Réforme de la procédure pénale – Pour les hauts magistrats de la Cour de cassation, MAM doit revoir sa copie », Le Point, 16 avril 2010 cité par S. Roth, *Clandestinité et prescription de l'action publique, op. cit.*, n°493.

[2029] L. De Charrette, M.-A. Lombard-Latune, « Alliot Marie : La réforme pénale sera appliquée mi-2011 », Le Figaro, 20 avril 2010, p.12. cité S. Roth, *Clandestinité et prescription de l'action publique, op. cit.*, n°493.

[2030] S. Roth, *Clandestinité et prescription de l'action publique, op. cit.*, n°493.

[2031] V. plus en détail sur ces questions S. Roth, *Clandestinité et prescription de l'action publique, op. cit.*, n° 405 et s. 500 et s., 507 et s.

[2032] Loi n° 2011-267 du 14 mars 2011 d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure, JORF n°0062 du 15 mars 2011 p. 4582.

[2033] S. Roth, *Clandestinité et prescription de l'action publique, op. cit.*, n°516.

[2034]Amendement n° 62 rectifié *ter*, présenté par M. Demuynck, Mmes Procaccia Et Melot, Mm. Dallier, Dassault, Beaumont Et Lorrain, Mmmes Beaufils Et Henneron, Mm. Leleux Et Becot, Mmes Debre Et Dupont, Mm. Bailly, Pierre, Milon, Fournier, Houel, Trucy, Etienne, Cointat Et Guerry.

[2035] Art. 48 de la loi n°2011-267 modifiant l'article 8 du CPP.

[2036] « Le sort des personnes vulnérables autres que les mineurs n'avait nullement retenu l'attention des rédacteurs des Codes pénaux de 1790 et de 1810 » : F. Terryn, *Les qualités personnelles de la victime en droit criminel*, thèse, Université de Franche-Comté, 2007, n°179, p.123 Cité par S. Roth, *Clandestinité et prescription de l'action publique, op. cit.*, n°518.

[2037] Pour plus de détails sur le sujet, v ; S. Roth, *Clandestinité et prescription de l'action publique, op. cit.*, n°519 à 521.

report du point de départ de la prescription de certaines infractions. Ainsi, le législateur a démontré encore une fois, par un régime de faveur, son souhait de protéger les personnes vulnérables. Comme l'a souligné un auteur, « *quand le législateur veut prouver l'intérêt qu'il porte à certaines catégories de victimes, il instaure un régime spécial de prescription pour écarter l'obstacle de l'écoulement du temps* »[2038]. Avec cette modification de l'article 8 du Code de procédure pénale, le législateur a eu le sentiment de venir consacrer une partie de la jurisprudence. En effet, lors des débats parlementaires, il a été affirmé que celui-ci « *[tendait] à consacrer cette jurisprudence* »[2039]. Les sénateurs s'appuyant alors sur le rapport de 2007[2040], rappelant que celui-ci « *avait [...] préconisé de consacrer dans la loi la jurisprudence de la Cour de cassation sur les infractions occultes ou dissimulées* »[2041]. Le législateur semblait finalement enclin à admettre la théorie prétorienne, ou du moins partiellement. En effet, seules certaines infractions limitativement énumérées à l'alinéa ainsi créé pouvaient voir leur point de départ reporté, et ce à condition que la victime soit considérée comme une personne vulnérable. Toutefois, l'intention ainsi exprimée du législateur ne trouvait pas totalement écho dans cette réforme. Si les auteurs ont pu souligner la proximité entre les mécanismes prétorien et légal[2042], la doctrine[2043] s'est également empressée de souligner les incohérences entre le nouvel article et le discours du législateur.

291. ***Divergences entre vulnérabilité et clandestinité***. En effet, à la lecture du texte, il apparaît que « *le dispositif législatif ne s'accorde pas avec la jurisprudence* »[2044]. Tout d'abord les conditions requises par l'article 8 différaient de celles habituellement exigées en jurisprudence. Pour accorder le report du point de départ du délai de prescription, la jurisprudence exige que l'infraction soit clandestine, que cette clandestinité soit inhérente à l'infraction ou qu'elle résulte du comportement de l'auteur. Le mécanisme légal quant à lui vient ajouter des conditions nouvelles. L'infraction devant avoir été commise à l'encontre d'une personne considérée comme vulnérable, la vulnérabilité étant entendue strictement du fait de l'« *âge, d'une maladie, d'une infirmité, d'une déficience physique ou psychique ou [d'un] état de grossesse »*[2045]. C'est de cette vulnérabilité que le législateur déduit la clandestinité de l'infraction. La clandestinité n'est plus le fait d'un comportement de l'auteur, ou des éléments constitutifs de l'infraction, mais découle d'une qualité personnelle de la victime[2046]. Ainsi, comme le souligne un auteur, « *ce n'est donc pas le*

[2038] D. Boccon-Gibod, « Les exigences contradictoires d'un régime raisonné de la prescription de l'action publique » *précit.*

[2039] J.-P. Courtois, rapporteur, Séance du 10 septembre 2010, Compte rendu intégral des débats en ligne : http://www.senat.fr/seances/s201009/s20100910/s20100910004.html#section637.

[2040] J.-J. Hyest, H. Portelli, R.Yung, Pour un droit de la prescription moderne et cohérent, Rapport n° 338, *op. cit.*

[2041] J.-P. Courtois, rapporteur, Séance du 10 septembre 2010, *précit.*

[2042] J. Buisson, « La loi n° 2011-267 du 14 mars 2011 d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure », *précit. ;* C. Ribeyre, « LOPPSI II : de nouvelles règles au service de la répression », Droit pénal n° 7-8, juillet 2011, étude 10. ; Ph. Bonfils, « Loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure. Loi n° 2011-267 du 14 mars 2011 », RSC 2011, p. 440 et s.

[2043] S. Roth, *Clandestinité et prescription de l'action publique*, *op. cit.* n°522 et s., M. Carrasco-Daeron, *La dissimulation en matière pénale*, *op. cit.* n°600 et s., ; V. Claret-Tournier, *La clandestinité en matière pénale, op. cit.* n°175 et s. ; C. De Jacobet De Nombel, « *L'article 8, alinéa 3 du Code de procédure pénale, cas de report de la prescription fondé sur la clandestinité de l'infraction ?* », Droit pénal n°2, Février 2013, étude 3.

[2044] S. Roth, *Clandestinité et prescription de l'action publique*, *op. cit.* n°527.

[2045] C. proc. pén., art. 8 al 3.

[2046] S. Roth, *Clandestinité et prescription de l'action publique*, *op. cit.* n°529.

comportement de l'auteur qui a empêché la victime de percevoir le délit, mais sa fragilité »[2047]. Allant même plus loin, le texte n'exigeait plus que les agissements de l'auteur aient été camouflés, « *il suffit qu'ils n'aient pas été perçus par la victime* »[2048]. De cette manière il semble que la dissimulation cesse « *d'être un élément de définition de l'infraction* » clandestine[2049]. Pour certains auteurs « *le constat ne serait toutefois pas nouveau* »[2050]. En effet, ils semblent estimer que le report du point de départ au jour de la majorité de la victime institué par le législateur pour certaines infractions, est lui aussi fondé sur la clandestinité de celles-ci[2051]. Or, pour Madame de Jacobet de Nombel, dans ces hypothèses, le report se fonde sur la qualité de la victime. Ainsi, il ne suppose pas son ignorance, « *on ne saurait donc invoquer ce cas de figure pour relativiser les conséquences qui résultent de l'article 8 alinéa 3* »[2052]. Il semble en outre que le texte n'exige pas que le lien de causalité entre la vulnérabilité et la clandestinité soit prouvé[2053]. Il y aurait ainsi une sorte de présomption irréfragable de clandestinité lorsque les infractions visées par le texte sont commises à l'encontre de personnes dites vulnérables. Mais peut-on affirmer qu'il existe une telle automaticité ? Il est vrai que la vulnérabilité « *est souvent exploitée par l'auteur de l'infraction* »[2054], et peut ainsi devenir une « *source de clandestinité* »[2055]. La vulnérabilité, « *signe d'un déséquilibre excessif dans un rapport de force* »[2056] peut en effet entretenir la clandestinité[2057]. Toutefois, il aurait peut-être été plus opportun d'élargir ici la notion à l'invisibilité plus largement, puisqu'ici le texte semble *in fine* exclure la condition de non-connaissance de l'infraction par la victime elle-même. Ce qui semble logique, sa vulnérabilité pouvant être à la fois une cause de cette non-connaissance des faits, mais parfois également une cause de non-reportabilité des faits. En outre, le recours à la notion de victime vulnérable soulève des difficultés en ce qu'elle ne vise que certains individus déterminés *en supra*, et exclut les personnes qui se trouvent de fait dans un cadre qui les place en situation de vulnérabilité. On pense ainsi aux personnes victimes de violences domestiques, qui ne seraient ni en situation de minorité, ni dans l'hypothèse d'une déficience physique ou psychique, l'emprise n'étant par ailleurs pas admise à ce dernier titre. La disposition aurait pu être la bienvenue toutefois, mais en juxtaposant la notion de vulnérabilité à celle de clandestinité, elle fondait le mécanisme sur « *deux notions aux contours flous* »[2058]. Elle concourait ainsi à la complexification d'un mécanisme déjà peu clair. La notion de vulnérabilité posait de plus problème, le texte étant « *guère explicite quant à la nécessité de démontrer distinctement cette qualité* »[2059]. Pour les auteurs il semblait alors que de l'âge, la maladie, une infirmité, une déficience physique ou psychique ou l'état de grossesse on

---

[2047] C. De Jacobet De Nombel, « *L'article 8, alinéa 3 du Code de procédure pénale, cas de report de la prescription fondé sur la clandestinité de l'infraction ?* », *op.cit.*
[2048] *Ibid.*
[2049] *Ibid.*
[2050] *Ibid.*
[2051] D. Déchenaud, « La clandestinité en procédure pénale », *op.cit.* ; V. Claret-Tournier, *La clandestinité en matière pénale*, *op. cit.* n°175 et s., A. Mihman, *Juger à temps. Le juste temps de la réponse pénale, op. cit.* n°381.
[2052] C. De Jacobet De Nombel, « *L'article 8, alinéa 3 du Code de procédure pénale, cas de report de la prescription fondé sur la clandestinité de l'infraction ?* », *op.cit.*
[2053] *Ibid.*
[2054] V. Claret-Tournier, *La clandestinité en matière pénale*, *op. cit.* n°176.
[2055] *Ibid.*
[2056] X. Pin, « La vulnérabilité en matière pénale », *in Vulnérabilité et droit,* PUG, 2000, p. 119 et s. spéc. p. 122 ; V. Claret-Tournier, *La clandestinité en matière pénale*, *op. cit.* n°177.
[2057] V. Claret-Tournier, *La clandestinité en matière pénale*, *op. cit.* n°175.
[2058] *Ibid.*
[2059] C. De Jacobet De Nombel, « L'article 8, alinéa 3 du Code de procédure pénale, cas de report de la prescription fondé sur la clandestinité de l'infraction ? », *op.cit.*

présumait un état de vulnérabilité, laquelle « *n'aurait dès lors pas à être spécialement établie* »[2060]. Or, une telle déduction est critiquable, on ne saurait affirmer que ces caractéristiques engendrent automatiquement une telle fragilité, ni que celles-ci recoupent l'ensemble des individus fragiles.

292. ***Difficultés relatives au champ d'application***. L'alinéa inséré à l'article 8 du Code de procédure pénale posait également problème au regard de son champ d'application. En effet, seules quelques infractions limitativement énumérées par le texte pouvaient bénéficier du report du point de départ de la prescription. Il est vrai que la Cour de cassation limite les infractions pouvant faire l'objet d'un tel mécanisme, mais la liste fixée par le législateur était beaucoup plus restrictive, et de surcroît ne correspondait pas à celle établie par la jurisprudence. En effet, comme l'a souligné un auteur, seuls « *l'abus de confiance et la destruction ou le détournement d'objets saisis se retrouvent dans les deux dispositifs* »[2061]. En outre, *« la justification de l'exclusion ou de l'inclusion du champ d'application d'un certain nombre d'infractions* »[2062] a pu interroger. En effet, seuls l'abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de la situation de faiblesse d'autrui[2063], le vol simple[2064], le vol aggravé relevant de l'article 311-4 du Code pénal, l'escroquerie simple[2065] et aggravée[2066], l'abus de confiance simple et aggravé[2067], la destruction ou le détournement d'objets saisis en gage[2068] ainsi que le recel[2069] étaient spécifiquement visés par ce nouvel alinéa. Il est légitime de se demander sur quels critères cette liste avait été établie. D'autant plus, comme cela a été justement souligné, que « *dès lors que le report de la prescription se justifie par l'idée que la victime, restée dans l'ignorance de l'infraction du fait de sa vulnérabilité, […] il devrait concerner n'importe quelle infraction* »[2070]. Pourquoi se limiter à ces infractions alors que toutes les autres sont susceptibles d'être commises à l'encontre d'une personne vulnérable ? La liste était d'autant plus critiquable que certaines infractions inclues dans le champ d'application du mécanisme légal en étaient exclues sous leur forme aggravée[2071]. En effet, si l'on interprétait strictement le texte, seules les infractions spécifiquement visées pouvaient bénéficier d'un report du point de départ. Or, *« le législateur n'a pas autorisé le report de la prescription de ces infractions en les désignant par leur nature mais par l'article qui les incrimine* »[2072]. Ainsi par exemple un recel commis de façon habituelle ou en utilisant les facilités que procure l'exercice d'une activité professionnelle, ou encore commis en bande organisée[2073] ne pouvait pas bénéficier du mécanisme légal quand bien même il était commis à

[2060] C. De Jacobet De Nombel, « L'article 8, alinéa 3 du Code de procédure pénale, cas de report de la prescription fondé sur la clandestinité de l'infraction ? », *op.cit.*
[2061] S. Roth, *Clandestinité et prescription de l'action publique*, *op. cit.* n°530.
[2062] M. Carrasco-Daeron, *La dissimulation en matière pénale*, *op. cit.* n°693.
[2063] C. pén., art. 223-15-2.
[2064] C. pén., art. 311-3.
[2065] C. pén., art. 313-1.
[2066] C. pén., art. 313-2.
[2067] C. pén., art. 314-1,314-2 et 314-3.
[2068] C. pén., art. 311-6.
[2069] C. pén., art. 321-1.
[2070] C. De Jacobet De Nombel, « *L'article 8, alinéa 3 du Code de procédure pénale, cas de report de la prescription fondé sur la clandestinité de l'infraction ?* », *op.cit.*
[2071] *Ibid.* ; S. Roth, *Clandestinité et prescription de l'action publique*, *op. cit.* n°532 ; M. Carrasco- Daeron, *La dissimulation en matière pénale*, *op. cit.* n°604.
[2072] S. Roth, *Clandestinité et prescription de l'action publique*, *op. cit.* n°532, V. également C. De Jacobet De Nombel, « *L'article 8, alinéa 3 du Code de procédure pénale, cas de report de la prescription fondé sur la clandestinité de l'infraction ?* », *précit.*
[2073] Circonstances aggravantes prévues à l'article 321-2 du CP, lequel n'est pas spécifiquement visé par l'article 8 alinéa 3 du CPP.

l'encontre d'une personne vulnérable. Cela était d'autant plus critiquable puisque « *ces infractions comportent parmi leurs causes d'aggravation la vulnérabilité de la victime ; autrement dit la vulnérabilité, qui est de nature à accroître la peine attachée à ces infractions, est paradoxalement incapable d'en différer la prescription* »[2074]. Cette « *regrettable* »[2075] solution, dénoncée par la doctrine, a été d'autant plus critiquée par celle-ci que le texte ne visait que les délits. En effet, l'alinéa étant inséré à l'article 8 du Code de procédure pénale, article concernant la prescription des délits, le législateur a ainsi démontré son intention de ne faire bénéficier le mécanisme qu'à ce type d'infraction uniquement. Les contraventions en étaient ainsi exclues, tout comme les crimes. A donc été réactivée au moment de la promulgation de ce nouvel alinéa l'ensemble des critiques faites à l'encontre de la Cour de cassation laquelle exclue également les crimes du champ d'application de sa théorie. Cette exclusion qualifiée de curieuse[2076], ou encore de choquante[2077] soulevait encore la question d'un régime plus favorable pour les infractions les plus graves, alors que de simples délits pouvaient bénéficier à l'inverse du mécanisme du report du point de départ. Néanmoins, cette fois-ci le législateur avait véritablement reproduit la jurisprudence.

293. ***Subjectivité de la fixation du point de départ***. En outre, un autre problème se posait concernant les conséquences du mécanisme créé par le législateur. En effet, si la jurisprudence reportait le point de départ au jour où l'infraction est apparue et a pu être constatée dans des circonstances permettant l'exercice de l'action publique, le législateur a préféré opter pour une formulation plus large. Le texte retenait effectivement la date à laquelle *« l'infraction apparaît à la victime dans des conditions permettant l'exercice de l'action publique »*[2078]. Ainsi, on a assisté à une subjectivation du point de départ. D'une part parce que l'on retenait le jour où l'infraction est effectivement apparue à la victime, et non plus le jour où celle-ci était en mesure d'en prendre connaissance. Comme l'a souligné un auteur, avec cette solution, « *la prescription ne court pas même si cette dernière était parfaitement en mesure de la connaître* »[2079]. De cette manière, « *la connaissance de l'infraction est appréciée in concreto* »[2080]. Pour Madame de Jacobet de Nombel une telle appréciation était logique. En effet, l'interprétation *in abstracto* habituellement retenue par le législateur « *ne permet pas de transposer au bon père de famille* » les déficiences psychiques de la victime, seules des déficiences physiques pourraient être prises en compte avec cette méthode[2081]. Seul le recours à une appréciation *in concreto* permet alors de prendre en compte ces déficiences psychiques. En cela, l'auteur estime donc que « *le particularisme que présente l'article 8 alinéa 3 sur ce point se justifie […] parfaitement* »[2082]. Mais la subjectivation du report du point de départ se constatait également d'autre part par le fait que seule la victime était concernée par l'apparition de l'infraction, peu importe que le ministère public en ait eu connaissance ou non. Comme l'a souligné

[2074] C. De Jacobet De Nombel, « *L'article 8, alinéa 3 du Code de procédure pénale, cas de report de la prescription fondé sur la clandestinité de l'infraction ?* », *op.cit.*
[2075] S. Roth, *Clandestinité et prescription de l'action publique*, *op. cit.* n°532.
[2076] *Ibid*. n°531.
[2077] C. De Jacobet De Nombel, « *L'article 8, alinéa 3 du Code de procédure pénale, cas de report de la prescription fondé sur la clandestinité de l'infraction ?* », *op.cit.*
[2078] C. proc. pén., art.8 al. 3.
[2079] C. De Jacobet De Nombel, « *L'article 8, alinéa 3 du Code de procédure pénale, cas de report de la prescription fondé sur la clandestinité de l'infraction ?* », *op.cit.*
[2080] V. Claret-Tournier, *La clandestinité en matière pénale*, *op. cit.* n°187.
[2081] C. De Jacobet De Nombel, « *L'article 8, alinéa 3 du Code de procédure pénale, cas de report de la prescription fondé sur la clandestinité de l'infraction ?* », *op.cit.*
[2082] *Ibid.*

Madame Roth, la victime, « *elle seule est à même […] de rompre la clandestinité entourant l'infraction, le ministère public semble donc exclu du dispositif* »[2083]. Ainsi, si le législateur affirmait avoir repris la même formulation que la jurisprudence[2084], l'on peut aisément objecter que cette affirmation est fausse, la formule de la Cour de cassation étant on l'a vu, beaucoup moins large et plus objective que celle retenue par le législateur.

294. ***Simple infléchissement du législateur***. Les différences entre la loi de 2011 et la jurisprudence de la Cour de cassation étaient telles que certains ont pu se demander si la construction prétorienne ne venait pas ainsi d'être condamnée par le législateur[2085]. En effet, en consacrant la clandestinité de cette manière, le législateur aurait pu signifier sa volonté de venir limiter la théorie prétorienne. L'article 8 alinéa 3 aurait pu être considéré comme la « *seule règle sur laquelle le juge pouvait s'appuyer pour repousser le point de départ des infractions clandestines* »[2086]. Toutefois, ces inquiétudes ont vite été balayées, par le législateur lui-même. Celui-ci dès les débats parlementaires a affirmé qu'« *il ne s'agit pas ici de créer des interprétations a contrario. La jurisprudence de la Cour de cassation continuera à s'appliquer à l'ensemble des infractions, quelle que soit la qualité de la victime* »[2087]. Ce qu'il a confirmé par la suite dans les mêmes termes dans la circulaire du 28 juillet 2011 relative à la présentation des dispositions de droit pénal général et de procédure pénale générale de la loi n° 2011-267 du 14 mars 2011 d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure[2088], rappelant « *qu'il s'agissait en l'espèce de consacrer une partie de cette jurisprudence sans pour autant remettre en cause le reste de celle-ci* ». La jurisprudence ultérieure a en outre continué à appliquer sa théorie telle qu'elle l'avait originellement élaborée. Malgré le fait que le législateur ait évoqué la « *filiation* »[2089] de son dispositif avec la théorie prétorienne, il apparaît qu'il ne s'agit pas en réalité d'une véritable consécration, quand bien même fût-elle partielle, du mécanisme jurisprudentiel. En réalité pour les auteurs, il s'agirait plutôt d'un ajout à la pratique de la Cour de cassation[2090], ou d'une « *simple précision apportée à la jurisprudence antérieure* » laquelle « *n'a jamais été imaginée par la jurisprudence* »[2091]. Ainsi le législateur aurait « *peut-être souhaité étendre la jurisprudence à une situation jusque-là méconnue sans pour autant condamner le domaine qui était antérieurement le sien* »[2092]. Toutefois la disposition légale demeurait critiquable, puisqu'elle dénaturait la notion d'infraction clandestine telle que conçue par la jurisprudence et lui enlevait de la cohérence[2093]. Elle concourait ainsi à la complexification du régime des infractions clandestines par la juxtaposition de ces deux dispositifs. La notion d'infraction invisible semblerait donc permettre de rendre sa cohérence à l'ensemble de ces dispositions, la restrictivité des conditions de l'infraction clandestine pouvant s'expliquer par le

---

[2083] S. Roth, *Clandestinité et prescription de l'action publique*, *op. cit* n°535.
[2084] La circulaire du Ministère de la Justice affirme en effet que « l'article 48 de la loi reprend exactement les termes employés par la Cour de cassation dans ses décisions ».
[2085] S. Roth, *Clandestinité et prescription de l'action publique*, *op. cit* n°537.
[2086] *Ibid.*
[2087] J.-P. Courtois, Séance du 10 septembre 2010, compte rendu intégral des débats, *op.cit*.
[2088] BO du ministère de la justice et des libertés.
[2089] Circulaire du 28 juillet 2011 relative à la présentation des dispositions de droit pénal général et de procédure pénale générale de la loi n° 2011-267 du 14 mars 2011 d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure
[2090] M. Carrasco- Daeron, *La dissimulation en matière pénale*, *op. cit.* n°601.
[2091] C. De Jacobet De Nombel, « *L'article 8, alinéa 3 du Code de procédure pénale, cas de report de la prescription fondé sur la clandestinité de l'infraction ?* », *op.cit.*
[2092] *Ibid.*
[2093] *Ibid.*

fait qu'elle constitue une sous-catégorie d'infractions invisibles, à ce titre répondant à des critères supplémentaires. Plus largement encore c'est le régime la prescription en général qui s'est trouvé ainsi obscurcit, alors même que « *le millefeuille de règles relatives à la prescription de l'action publique est dénoncé depuis longtemps comme l'un des facteurs de la crise que traverse l'institution* »[2094]. Finalement, si la réforme de 2011 ne constitue pas une réelle consécration de la théorie des infractions clandestines, l'on peut du moins considérer qu'il s'agissait d'un premier pas, d'un infléchissement[2095] de la position du législateur, laissant entrevoir une fenêtre de tir pour réforme plus conséquente.

B- Une admission totale par la réforme du 27 février 2017

295. ***Une prise de position légale sollicitée par la doctrine***. Face à une complexification de plus en plus prégnante du régime de la prescription, le législateur a finalement réagi en initiant une réforme d'envergure. L'objectif clairement annoncé était la clarification des règles de prescription de l'action publique, laquelle passait nécessairement par une véritable prise de position sur la théorie des infractions clandestines. Si l'on a pu penser lors de l'élaboration de la loi relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, dit Sapin II[2096], que la théorie des infractions clandestines allait être consacrée par le législateur, l'amendement le prévoyant a été par deux fois supprimé par le Sénat[2097]. Ce n'est finalement qu'en février 2017, dans une réforme portant plus spécifiquement sur la prescription en matière pénale que la validation du mécanisme prétorien a eu lieu. Le texte finalement promulgué le 27 février 2017 répond ainsi aux appels du pied de la Cour de cassation, mais également de la doctrine, qui réclamait depuis longtemps que le Parlement légifère sur la question des infractions clandestines et sur la prescription en général. La réforme de 2011 n'avait pas réussi à répondre aux attentes de la doctrine qui souhaitait une réponse plus générale du législateur par une confirmation totale ou un rejet explicite de la théorie jurisprudentielle. Plus de réforme partielle, liée à des faits divers ayant défrayé la chronique, c'est une réforme globale qui était demandée par la doctrine, unanime sur ce point[2098]. De nombreuses solutions avaient alors pu être envisagées par les auteurs. Pour Monsieur le professeur Véron, il était nécessaire de dire si le report du point de départ de la prescription des infractions clandestines était légal ou non. Si tel était le cas, il fallait ajouter l'exception du report du point de départ au sein du Code de procédure pénale en la généralisation à l'ensemble des infractions[2099]. A l'inverse, il conviendrait de conserver le principe de la fixation du point de départ au jour de la commission de l'infraction, tout en allongeant les délais de prescription[2100], lesquels apparaissent désormais insuffisants. Certains auteurs se sont prononcés en faveur de la confirmation de la théorie prétorienne, mais à condition également que celle-ci soit généralisée à d'autres domaines du droit pénal que celui des infractions à caractère économique ou financier[2101]. Pour

---

[2094] S. Roth, *Clandestinité et prescription de l'action publique*, *op. cit.,* n°539.
[2095] *Ibid*. n°542.
[2096] Loin° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique.
[2097] J.-B. Thierry, « La réforme de la prescription pénale : simplifier ? », Lexbase Hebdo, éd. privée n°686, 2 fév.2017.
[2098] A. Darsonville, « Prescription de l'action publique : l'urgence de repenser « un système en crise », AJ Pénal 2015 p.36.
[2099] M. Véron, « Prescription : cessation de l'état d'ignorance », *op.cit.*
[2100] M. Véron, « Clandestinité et prescription », *op.cit.*
[2101] Y Mayaud, « Huit infanticides couverts par la prescription ! », *op.cit.*

Madame Carrasco-Daëron, tout en « *conservant la commission en tant que référentiel* »[2102], il conviendrait ainsi de retourner au fondement révolutionnaire, de la négligence des autorités de poursuites, afin de consacrer l'exception prétorienne. Ce « *mouvement inverse* » de notre procédure pénale devrait être accompagné par un allongement des délais de prescription, ainsi que par la fixation d'un délai butoir « *afin de sécuriser la procédure pénale* »[2103]. D'autres, moins favorables à la théorie prétorienne ont estimé qu'il fallait introduire *« le principe de la prescription absolue* » afin d'éviter des poursuites trop tardives[2104]. Madame le professeur Darsonville a par ailleurs proposé de concevoir une cause légale de suspension de droit commun, laquelle permettrait de remplacer le mécanisme du report du point de départ de la prescription des infractions clandestines, qui, selon elle, entraîne souvent un dévoiement de la matérialité de ces infractions[2105]. Monsieur Mihman proposait quant à lui un régime plus complexe, lequel conserverait le principe de la fixation du point de départ de la prescription au jour de la commission des faits, mais doublerait le délai de prescription pour les infractions dissimulées sous réserve qu'un acte interruptif de prescription soit intervenu dans un délai d'un an à partir du jour où l'infraction est apparue ou a pu être constatée pour la première fois dans des conditions permettant l'exercice de l'action publique. La prescription étant acquise au plus tard, sous réserve de suspension, dans les cinq ans qui suivent ce délai[2106]. Ainsi, qu'ils soient plutôt en faveur de la confirmation de la théorie jurisprudentielle ou qu'ils y soient opposés, les auteurs sont en majorité favorables au maintien de l'institution, laquelle avait pu sembler mise en danger par la jurisprudence de la Cour de cassation. Ils estiment en général qu'une suppression de celle-ci serait trop radicale et ne répondrait ni aux attentes de la société ni aux exigences de sécurité juridique[2107].

296. ***Genèse de la réforme***. La réforme du 27 février 2017 est dans le même esprit, elle réaffirme l'attachement du législateur à l'institution de la prescription, tout en admettant la théorie des infractions clandestines d'une manière générale. C'est une proposition de loi des députés Georges Fenech et Alain Tourret qui a abouti à la promulgation de la loi n°2017-242 portant réforme de la prescription en matière pénale. Dès le mois de janvier 2015 la commission des lois de l'Assemblée nationale avait créé une mission d'information sur la prescription en matière pénale. La proposition de loi n'intervenait alors pas *ex nihilo*, les auteurs se sont en effets intéressés à ce qu'un certain nombre de parlementaires avaient déjà ébauché : tant dans les propositions des rapports Coulon[2108] et Mazeaud[2109] lesquels préconisaient de mettre un frein d'arrêt à la jurisprudence sur les infractions clandestines, mais également dans le rapport d'information de Messieurs Hyest, Portelli et Yung, du 20 juin 2007[2110] lequel envisageait la consécration de la théorie prétorienne au sein du Code de procédure pénale. Constatant l'échec de leurs prédécesseurs, et l'urgence à agir en la matière, les députés ont souhaité mettre en œuvre une réforme en profondeur, afin de retrouver un

---

[2102] M. Carrasco- Daeron, *La dissimulation en matière pénale*, *op. cit.* n°697.
[2103] *Ibid*. n°696.
[2104] B. Bouloc, « Remarques sur l'évolution de la prescription de l'action publique », *op.cit.*
[2105] A. Darsonville, « Prescription de l'action publique : l'urgence de repenser « un système en crise », *op.cit.*
[2106] A. Mihman, *Juger à temps. Le juste temps de la réponse pénale*, *op. cit.* n°379.
[2107] M. Carrasco- Daeron, *La dissimulation en matière pénale*, *op. cit.* n°698.
[2108] J.-M. Coulon, *La dépénalisation de la vie des affaires, rapport remis au garde des sceaux*, janvier 2008.
[2109] P. Mazeaud, *Proposition de loi relative à la prescription du délit d'abus de biens sociaux*, n° 2335, 6 novembre *1995.*
[2110] J.-J. Hyest, H. Portelli, R. Yung, *Pour un droit de la prescription moderne et cohérent*, Rapport n° 338, *op. cit.*

« équilibre entre le droit à la sécurité et celui à un procès équitable »[2111]. La loi a été le fruit de longs mois de travail, et peu s'en est fallu qu'elle reste, comme les précédents projets, lettre morte. En effet, un désaccord entre le Sénat et l'Assemblée nationale à propos du délai de prescription des infractions de presses commises sur internet a ralenti le processus législatif, alors même que la fin de la législature approchait à grands pas[2112]. A l'inverse de ce qui a eu lieu en 2012, la réforme a finalement pu aboutir grâce à la ténacité des parlementaires. Cette loi tant attendue est ainsi venue réformer les règles de la prescription en matière pénale, tant pour la prescription de l'action publique, que pour celle de la peine. Les auteurs de la proposition se sont fondés sur la perception du temps telle qu'elle est désormais ressentie au XXIème siècle[2113], constatant le fait que « *la justice recherche, sans le dire expressément, tous les moyens pour écarter la prescription* »[2114], institution aujourd'hui à bout de souffle. Ils souhaitaient alors « *mettre fin à l'insécurité juridique découlant de ces incohérences et incertitudes* »[2115], tout en adaptant la prescription à l'évolution de la société. Les députés estiment ainsi que c'est l'occasion de « *sauver la prescription* » alors qu'en ce moment *« tout va dans le sens de la disparition* » de l'institution[2116].

297. ***La consécration de la théorie prétorienne***. Pour ce qui est de la prescription de l'action publique qui nous intéresse ici, la loi du 27 février 2017 a modifié tout d'abord les délais de prescription. Les délais en matière de crimes et de délits sont désormais multipliés par deux, soit vingt ans pour les crimes et six ans pour les délits. La question du mode de computation a été également en partie réglée[2117], puisque le législateur s'est enfin véritablement prononcé sur la jurisprudence qu'il a décidé de consacrer, tant sur le mécanisme de la suspension que sur celui du report du point de départ de la prescription. Les auteurs de la proposition de loi avaient en effet considéré qu'il était *« indispensable d'entériner la jurisprudence de la Cour de cassation en particulier pour tout ce qui concerne les délits occultes »*[2118]. La consécration de la théorie des infractions clandestines est, avec la définition des actes interruptifs de prescription, l'apport principal de cette loi. Le législateur a enfin pris position sur la théorie des infractions clandestines, qu'il choisit de valider et de généraliser. Pour les députés auteurs de la proposition de loi, si « *la Cour de cassation a décidé de se prononcer contra legem, contre la loi qu'elle est normalement dans l'obligation d'appliquer, […] avec une [telle] continuité dans son opposition* »[2119], c'est que ce mécanisme devait alors inviter à réfléchir sur la question des infractions clandestines. Finalement, le Parlement a été

[2111] A. Tourret, *Compte rendu intégral de la première séance du jeudi 10 mars 2016*, AN.
[2112] C. Ribeyre, « Loi n° 2017-242 du 27 février 2017 portant réforme de la prescription en matière pénale : enfin adoptée mais bientôt adaptée ! » *précit.* ; A. Mihman, « La réforme de la prescription de l'action publique », Gaz. Palais, 7 mars 2017, n° 10, p. 14.
[2113] J. Buisson, « La réforme de la prescription en matière pénale par la loi n°2017-242 du 27 février 2017 », Procédures n°4, avril 2017, étude 20.
[2114] *Ibid.*
[2115] *Ibid.*
[2116] A. Tourret, *Compte rendu intégral de la première séance du jeudi 10 mars 2016*, AN.
[2117] J. Leblois-Happe, « La réforme de la prescription, enfin ! Loi n°2017-242 du 27 février 2017 », JCP G n°15, 10 avril 2017, doctr. 424 : l'auteur souligne que « *la réforme laisse toute entière la question du sort des infractions dont la date précise de commission ne peut être déterminée* », de plus le législateur « *n'a pas davantage retranscrit l'application modulée de la règle par la jurisprudence en fonction de la nature matérielle de l'infraction (instantanée, complexe, continue, d'habitude*) ». Un autre auteur souligne également que rien n'est précisé non plus quant à la jurisprudence écartant *le dies a quo* du calcul du délai. V. à ce sujet E. Vergès, « La prescription de l'action publique rénovée. A propos de la loi n°2017-242 du 27 février 2017 portant réforme de la prescription en matière pénale », RSC 2017, p.91.
[2118] A. Tourret, *Compte rendu intégral de la première séance du jeudi 10 mars 2016*, AN.
[2119] *Ibid.*

convaincu de son utilité. S'en remettant à l'avis des juges qui avaient estimé nécessaire la création d'un tel mécanisme, les parlementaires ont estimé que « *la remise en cause de la théorie prétorienne aurait encouragé la délinquance opaque et habile et entravé la répression des infractions les plus « astucieuses »* »[2120]. Ainsi, un nouvel article 9-1 a été inséré dans le Code de procédure pénale, lequel prévoit désormais que « *Par dérogation au premier alinéa des articles 7 et 8 du présent code, le délai de prescription de l'action publique de l'infraction occulte ou dissimulée court à compter du jour où l'infraction est apparue et a pu être constatée dans des conditions permettant la mise en mouvement ou l'exercice de l'action publique* ». Si le principe de la fixation du point de départ au jour de la commission de l'infraction est réaffirmé dans les articles précédents, l'exception jurisprudentielle est désormais consacrée, de façon plus générale, puisque les crimes en bénéficient également. Le législateur répond ainsi au débat doctrinal sur l'exclusion des crimes du mécanisme du report du point de départ. Par ailleurs, avec la consécration généralisée de la théorie prétorienne, le mécanisme introduit au troisième alinéa de l'article 8 par la loi du 14 mars 2011 est devenu obsolète. Ce texte, complexe et critiqué pour sa trop grande subjectivité[2121] a donc logiquement été supprimé par la loi du 27 février 2017.

[2120] Circ. du 28 février 2017 présentant les dispositions de la loi n°2017-242 du 27 février 2017 portant réforme de la prescription en matière pénale.
[2121] C. Ribeyre, « Loi n° 2017-242 du 27 février 2017 portant réforme de la prescription en matière pénale : enfin adoptée mais bientôt adaptée ! », *op.cit.*

Conclusion du chapitre

298. En conclusion, l'on constate que finalement, plus de quatre-vingt-dix ans après la création de la théorie extrêmement critiquée des infractions clandestines, celle-ci se retrouve consacrée par le législateur, lequel a repris pratiquement la même formulation que celle utilisée par les magistrats de la Cour de cassation. L'invisibilité de certaines infractions est de sorte prise en compte par le législateur qui acte de la nécessité d'un traitement spécifique des infractions difficiles à découvrir. Leur découverte tardive et l'impunité qui en découle est combattue par le législateur qui semble partant reconnaître l'existence d'une gravité particulière à ces infractions nécessitant la mise en place d'un régime répressif dérogatoire. Toutefois, si le principe d'un report du point de départ pour les infractions dont l'opacité est telle que ni les autorités de poursuite ni les victimes ont pu en avoir connaissance a ainsi été validé par le législateur, il convient de se rendre compte que cette apparente consécration n'en est pas totalement une. En effet, par son intervention le législateur vient fixer des limites à une théorie, qui malgré un fondement compréhensible, demeure très discutable, faisant par son intervention, une fois de plus évoluer la théorie prétorienne.

Chapitre 2 : La solution législative à la poursuite de certaines infractions invisibles

299. Si la théorie des infractions clandestines a été validée sur son principe, le législateur a cependant tenu à l'encadrer (**Section 1**) au moyen de dispositions qui semblent entraîner une modification du mécanisme, entraînant ainsi une évolution de la notion et de son régime (**Section 2**).

Section 1 : L'encadrement de la théorie prétorienne

300. La validation de la théorie des infractions clandestines par le législateur n'a pas consisté en une simple transposition du mécanisme prétorien dans le Code de procédure pénale (**§2**). En effet, en légiférant, les parlementaires n'ont pas souhaité reproduire purement et simplement la théorie prétorienne. Une telle intervention du législateur était devenue nécessaire face aux imperfections de la théorie des infractions clandestines (**§1**).

§1 : Une intervention législative nécessaire

301. La théorie des infractions clandestines a principalement été décriée au regard de l'atteinte qu'elle porte à l'institution de la prescription. Et cela d'autant plus qu'elle s'inscrit dans un contexte d'hostilité à l'égard de celle-ci, exprimé tant par certaines jurisprudences développées par la Cour de cassation que par la doctrine. Mais finalement, si la suppression de la prescription avait pu être souhaitée par certains auteurs[2122], le législateur est venu réaffirmer son attachement à l'institution. Présentée comme ignorée des législations étrangères, il apparaît en réalité que certains pays disposent de mécanismes similaires, lesquels « *prévoient des limites au-delà desquelles les poursuites seraient déloyales, et donc impossibles* »[2123]. La suppression de l'institution ne pouvait être raisonnablement envisagée. De notre point de vue il ne semble pas que les juges de la Cour de cassation aient, en développant la théorie des infractions clandestines, eu le souhait de signer l'arrêt de mort de l'institution légale. A l'inverse, face à une institution qui pouvait paraître trop rigide, il semble les Hauts magistrats aient souhaité l'adapter à une certaine forme de délinquance, qui par sa ruse, tournait l'institution légale à son avantage. Si la théorie a pu aboutir dans certaines hypothèses à une imprescriptibilité de fait, il ne s'agit que d'un dommage collatéral. D'ailleurs, comme la souligné Madame Claret-Tournier, l'appréciation *in abstracto* retenue par la jurisprudence pour déterminer la date à laquelle les faits sont apparus permet de relativiser ce risque d'imprescriptibilité[2124]. Ainsi, il semble que « *la prescription en elle-même n'a jamais véritablement été mise en cause : ce sont ses modalités qui posent problème* » [2125]. Finalement, il semblerait que la jurisprudence n'ait pas souhaité détruire l'institution légale. En effet, dans ce cas pourquoi la Cour de cassation aurait gardé un tel contrôle sur le champ d'application de sa théorie ? De plus, comment affirmer que la prescription ne doit subir aucune altération alors même que ses fondements ne sont

---

[2122] J. Larguier, note sous CA Paris, 27 mars 1953, JCP 1953, II, n° 7701.
[2123] J.-F. Renucci, « Infractions d'affaires et prescription de l'action publique », D. 1997 p.23 citant l'*abuse process* anglais : M. Delmas-Marty (s/dir.), *Procédures pénales d'Europe*, PUF (Thémis), 1995, p. 169.
[2124] V. Claret-Tournier, *La clandestinité en matière pénale*, *op. cit.* n°287.
[2125] J.-F. Renucci, « Infractions d'affaires et prescription de l'action publique », *op.cit.*

pas clairement établis. Tant que le socle sur lequel repose la prescription sera mouvant, on ne pourra refuser l'évolution des modalités de la prescription. La contrariété avec les règles de computation des délais de prescription n'apparaît ainsi plus comme l'obstacle principal à la transposition pure et simple de la théorie prétorienne. La création jurisprudentielle est plus problématique en ce qu'elle entre en contradiction avec le principe de légalité (**A**) et celui de la séparation des pouvoirs (**B**).

A - Une théorie contraire au principe de la légalité

302. ***L'atteinte à la légalité matérielle***. Si l'idée de la fixation du point de départ d'une infraction invisible au jour de son apparition est tout à fait compréhensible[2126], sa mise œuvre pose toutefois problème. En effet, la théorie des infractions clandestines entre en contradiction avec le principe de légalité criminelle, principe incontournable en matière pénale, et même décrit par Monsieur le professeur Pradel comme une « *règle cardinale, clé de voûte du droit criminel* »[2127]. C'est en réaction à l'hétérogénéité des décisions de justice rendues sous l'ancien droit[2128] que les auteurs de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen décident de consacrer le principe de la légalité des délits et des peines[2129]. Connu sous l'adage latin « *nullum crimen, nulla poena sine lege* », formulé au XIXème siècle par le criminaliste bavarois Feuerbach[2130], ce principe signifie qu'il n'y a ni incrimination ni peine sans texte. Le législateur est ainsi le seul à pouvoir limiter les libertés individuelles. Le principe a été consacré dans le Code pénal dès 1810, et est repris aujourd'hui à l'article 111-3 du Code pénal actuel[2131]. Le principe est d'autant plus incontournable qu'il a valeur constitutionnelle depuis la Constitution de la Vème République, laquelle renvoie directement dans son préambule à la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789. Ce qui a été expressément reconnu par le Conseil constitutionnel dès 1971[2132]. Souvent perçu comme réservé au domaine du droit pénal substantiel, il est en réalité également admis en procédure pénale[2133]. Il a ainsi pu être rattaché à l'article 34 de la Constitution lequel prévoit le monopole du pouvoir législatif pour édicter les lois pénales de fond mais également de forme[2134]. En effet, les origines historiques du principe de légalité en procédure pénale sont plus confuses, et l'on ne peut dater avec certitude la reconnaissance du principe en matière procédurale qu'à partir de la Constitution de 1958[2135]. Le Conseil constitutionnel estime de sorte que le principe de légalité « *s'impose non seulement pour*

[2126] Plusieurs auteurs partagent ce point de vue : J. Leblois-Happe, « La tromperie constitue un délit clandestin par nature, dès lors le délai de prescription de l'action publique court à compter du jour où il apparait », JCP G n°42, 19 octobre 2005, II, 10143 ; Y. Mayaud, « Des innocents oubliés, victimes de la prescription », D. 2013 p.2673.

[2127] J. Pradel, *Droit pénal général*, Cujas, 22ème éd., 2019, n°131.

[2128] V. Claret-Tournier, *La clandestinité en matière pénale*, *op. cit.* n°291.

[2129] Art. 5, 7 et 8 de la DDHC.

[2130] S. Roth, *Clandestinité et prescription de l'action publique*, *op. cit* n°311 ; B. Bouloc, *Droit pénal général*, Précis Dalloz, 27ème éd., 2021, n°105, note de bas de page n°3.

[2131] Art. 111-3 : « *Nul ne peut être puni pour un crime ou pour un délit dont les éléments ne sont pas définis par la loi, ou pour une contravention dont les éléments ne sont pas définis par le règlement.*
Nul ne peut être puni d'une peine qui n'est pas prévue par la loi, si l'infraction est un crime ou un délit, ou par le règlement, si l'infraction est une contravention. ».

[2132] Cons. const. 16 juillet 1971, n°71-44 DC.

[2133] S. Roth, *Clandestinité et prescription de l'action publique*, *op. cit.* n°311, V. Claret-Tournier, *La clandestinité en matière pénale*, *op. cit.* n°291.

[2134] V. Claret-Tournier, *La clandestinité en matière pénale*, *op. cit.* n°311.

[2135] P. Maistre du Chambon, « Le déclin du principe de la légalité en matière pénale », *in Mélanges en l'honneur du doyen Roger Decottignies*, Grenoble, Presses universitaires de Grenoble, 2003, p. 210 cité par S. Roth, *Clandestinité et prescription de l'action publique*, *op. cit.*, n°311.

exclure l'arbitraire dans le prononcé des peines, mais encore pour éviter une rigueur non nécessaire lors de la recherche des auteurs d'infractions »[2136]. De ce fait la formule latine a pu sembler « *incomplète* »[2137], et l'adage a donc été enrichi par les professeurs Merle et Vitu sous la formule « *nullum crimen, nulla poena, nullum judicium sine lege* »[2138], ou encore par Messieurs les professeurs Roland et Boyer sous la formule « *Nullum judex, nullum judicium sine lege* »[2139]. Le principe de la légalité ainsi entendu de manière classique renvoie à ce que l'on a pu appeler « *le principe de textualité* » ou « légalité matérielle », c'est-à-dire à la nécessité du recours à un texte pour pouvoir punir[2140]. Ainsi, conformément à ce qu'exprimait Portalis « *le législateur ne peut frapper sans avertir : s'il en était autrement, la loi, contre son objet essentiel, ne se proposerait donc pas de rendre les hommes meilleurs, mais seulement de les rendre plus malheureux ; ce qui serait contraire à l'essence même des choses* »[2141]. Or, dans le cadre de la théorie des infractions clandestines, aucun texte légal, depuis son émergence dans les années 1930 jusqu'à la réforme du 27 février 2017, ne prévoyait la fixation du point de départ du délai de prescription de ce type d'infractions au jour de leur apparition. Plus encore, les articles du Code de procédure pénale prévoyaient pour toutes les infractions le principe de la fixation du point de départ au jour de la commission des agissements délictueux[2142]. La création prétorienne est donc *contra legem*[2143]. Elle va à l'encontre même de l'esprit du texte. Ainsi, c'est le juge qui désormais frappe sans avertir. Certains ont pu tenter de relativiser ce caractère *contra legem* pour les infractions occultes, puisque la nature clandestine de l'infraction découle d'après la jurisprudence de ses éléments constitutifs[2144]. Il en résulterait ainsi que l'infraction ne serait totalement constituée qu'au jour où cesserait la clandestinité, donc au jour de son apparition[2145]. Cette argumentation, qui permet de contourner la critique, n'apparaît toutefois pas convaincante, puisqu'elle tend à modifier la nature même de l'infraction, en la rendant continue du fait de sa clandestinité. Par ailleurs, le problème se pose toujours pour ce qui est des infractions dissimulées, dont la clandestinité résulte d'agissements perpétrés par l'auteur de l'infraction.

303. ***L'atteinte à la légalité formelle.***. A cette légalité matérielle s'ajoute la légalité formelle. Cette seconde acception du principe de la légalité est issue de la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme (CEDH) relative à l'article 7 de sa convention[2146]. Elle

---

[2136] Cons. const., 2 mars 2004, n°2004-492 DC, cons. n°5.
[2137] S. Roth, *Clandestinité et prescription de l'action publique*, *op. cit.,* n°311.
[2138] R. Merle, A. Vitu, *Traité de droit criminel. Problèmes généraux de la science criminelle*, *Droit pénal général*, Cujas, 7ème éd., Tome 1, janvier 2000.
[2139] H. Roland, L. Boyer, *Adages du droit français, 4e éd. Litec, p. 568 et s. cité par* V. Claret-Tournier, *La clandestinité en matière pénale*, *op. cit. n°291.*
[2140] X. Pin, *Droit pénal général, op. cit*. n°21.
[2141] Portalis, *Discours préliminaire sur le projet de Code civil*, rééd. in Bibl. de philosophie politique et juridique, 1989, p.12.
[2142] C. proc. pén., art. 7 : « *l'action publique se prescrit par dix années révolues à compter du jour où le crime a été commis* », les articles 8 et 9 concernant les délits et les contraventions faisant directement référence au mode de computation prévu dans les dispositions de l'article 7.
[2143] F. Fourment, E. Camous, *Procédure pénale*, Bruylant, 16ème éd., 2023, n°567.
[2144] V. Claret-Tournier, *La clandestinité en matière pénale*, *op. cit.* n°294.
[2145] S. Roth, *Clandestinité et prescription de l'action publique*, *op. cit.,* n°320. Des auteurs soutiennent ce point de vue : G. Lecuyer, « La clandestinité de l'infraction comme justification du retard de la prescription de l'action publique », *précit.* ; J. Larguier, note sous CA Paris 27 mars 1953, *précit.*
[2146] CSDH, art. 7 : « *1. Nul ne peut être condamné pour une action ou une omission qui, au moment où elle a été commise, ne constituait pas une infraction d'après le droit national ou international. De même il n'est infligé aucune peine plus forte que celle qui était applicable au moment où l'infraction a été commise.*

correspond à la « *nécessité pour toute norme pénale, y compris non écrite, d'être conforme à un double principe de prévisibilité (les incriminations doivent être claires et accessibles) et de proportionnalité (les sanctions pénales doivent être mesurées)* »[2147]. En droit interne, le Conseil constitutionnel a recours à des notions similaires. Il estime en effet que la loi pénale doit contenir des incriminations définies *« en des termes suffisamment clairs et précis pour exclure l'arbitraire* ». Il rattache cette exigence « *au principe de clarté de la loi, qui découle de l'article 34 de la Constitution* » et à l'« *objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi qui découle des articles 4, 5, 6 et 16 de la DDHC de 1789* »[2148]. La théorie des infractions clandestines satisfait-elle alors aux exigences posées par les juges de Strasbourg et les sages du Conseil constitutionnel ? La réponse est évidemment négative. On l'a pressenti en étudiant la notion ainsi que son régime, la jurisprudence relative aux infractions clandestines manque de clarté. En effet, la notion même d'infraction clandestine est une notion « *aux contours flous* »[2149]. La Cour de cassation n'a jamais pris le soin de la définir clairement. Or, c'est sur cette notion même qu'elle fait reposer le mécanisme du report du point de départ du délai de prescription. Elle utilise de plus un vocabulaire fluctuant[2150], qui, on l'a vu, entraîne des confusions en doctrine. Il est rare que les auteurs utilisent les mêmes termes pour désigner la même catégorie d'infraction clandestine, ce qui est extrêmement surprenant en matière juridique, où l'on a l'habitude que chaque terme renvoie à une notion spécifique. Les deux catégories d'infractions clandestines sont d'autant moins faciles à appréhender.

304. ***…Par la notion d'infraction occulte***. En ce qui concerne les infractions occultes, la notion semble assez difficile à cerner[2151]. D'autant plus si l'on admet que les infractions admises comme telles « *peuvent être perpétré[e]s de manière occulte, [mais] peuvent tout aussi bien l'être ouvertement* »[2152], et ce alors même que la justification du report automatique de leur point de départ repose sur l'idée d'une clandestinité inhérente à l'infraction. De plus, pour Monsieur le professeur Jacques-Henri Robert, contrairement à ce que l'on pourrait penser, de nombreuses infractions pourraient être admises au titre des infractions occultes. Tel serait le cas « *d'une bonne partie de la criminalité astucieuse dont le ressort est […] la ruse* »[2153].

305. ***…Par la notion d'infraction dissimulée***. Quant aux infractions dissimulées, la jurisprudence n'a jamais précisé quel devait être l'objet de la dissimulation réalisée par l'auteur. Monsieur Saenko a de la sorte pu s'interroger sur la question : « *Au fond, de quelle dissimulation parle-t-on ? Dissimulation de l'élément matériel du délit ? Dissimulation de l'intention coupable ? Dissimulation du produit objectif du délit ? Dissimulation de la conséquence du délit ? Dissimulation de la trace comptable du délit ? Dissimulation des moyens ayant servi à la réalisation du délit ? Et les*

---

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

[2147] X. Pin, *Droit pénal général, op. cit.* n°21.

[2148] *Ibid.* : Cons. const., 16 décembre 1999. n°99-421 ; *Ibid.* n°56 : Cons. const., 19-20 janvier 1981.

[2149] V. Claret-Tournier, *La clandestinité en matière pénale*, *op. cit.* n°211.

[2150] J-Y. Maréchal, « Prescription du meurtre : « Couvrez ces cadavres que je ne saurais voir », *op.cit.*

[2151] J. Leblois-Happe, « La tromperie constitue un délit clandestin par nature, dès lors le délai de prescription de l'action publique court à compter du jour où il apparaît », *précit.*

[2152] *Ibid.*

[2153] J.-H. Robert, « La jurisprudence du sang contaminé appliquée à l'hormone de croissance », Droit Pénal n°9, sept. 2005, comm.132.

questions de ce type pourraient continuer »[2154]. Finalement la notion est si large qu'elle pourrait concerner l'ensemble des infractions. En effet, la majorité de la doctrine a souligné ce fait, les auteurs d'infraction sont plus généralement enclins à dissimuler leurs actes, plutôt qu'à les rendre publics[2155]. Dès lors, « *par petites touches successives, rien n'interdit alors d'étendre de proche en proche la solution […] et d'intégrer de nouvelles infractions – toutes les infractions ? –* »[2156] dans le champ d'application de la théorie jurisprudentielle. Les auteurs avaient dès l'origine saisi le risque engendré par cette catégorie d'infractions clandestines. Carrive, dès 1935 exprimait ses « *inquiétudes* », il avait présagé une telle extension de la théorie et appelait ainsi à la raison et à la limitation de la théorie dans le champ des infractions d'affaires[2157]. Monsieur le professeur Pradel a du reste justement comparé la théorie à une « *boîte de Pandore* »[2158]. Une fois ouverte, c'est le chaos qui devait s'abattre sur la prescription de l'action publique. En effet, le report du point de départ ne constituerait plus une exception, mais deviendrait le principe, alors même qu'il va à l'encontre des dispositions légales. Mais la Cour de cassation a tenu à délimiter strictement la liste des infractions pouvant être dissimulées. Dans les applications jurisprudentielles de la théorie, toutes les infractions ne sont donc pas susceptibles d'être considérées comme clandestines par réalisation. Cette attitude incohérente permet néanmoins d'éviter les reproches évoqués. Toutefois, on peut se demander ce qui pousse la jurisprudence à retenir le caractère clandestin de certaines infractions et à le rejeter pour d'autres car rien dans les décisions rendues par la Cour de cassation ne semble le justifier. Ainsi, *« de façon générale la limite entre les infractions […] profitant d'un report de la prescription et les autres paraît assez arbitrairement tracée* »[2159].

306. … ***Par la difficile distinction entre les deux notions***. En outre, c'est la distinction même entre les deux types d'infractions clandestines créés par la jurisprudence qui n'est pas non plus évidente à saisir[2160]. La Cour de cassation n'a jamais posé une stricte démarcation entre les infractions occultes et les infractions dissimulées, qu'elle n'a pas non plus définies. A l'inverse, « *elle se contente d'en fournir des exemples quand l'occasion se présente* »[2161]. Pour un auteur, elle entretiendrait le flou à dessein : si elle ne « *s'en tient pas à une distinction binaire entre infractions clandestines par nature et infractions dissimulées* », c'est pour pouvoir s'arroger « *la faculté de dire que, pour certaines infractions qui ne correspondent pas exactement à ces notions, le report du point de départ de la prescription peut néanmoins être admis* »[2162]. Quoi qu'il en soit, c'est donc des

---

[2154] L. Saenko, « La notion de dissimulation en matière d'abus de biens sociaux : évolution ou dérive ? », RTD Com. 2005 p.671.

[2155] D.-N. Commaret, « Point de départ du délai de prescription de l'actin publique : des palliatifs jurisprudentiels, faute de réforme législative d'ensemble », RSC 2004 p.897 selon l'auteur dans « l'immense majorité des cas, les auteurs d'infractions préfèrent agir dans l'ombre, l'anonymat et l'absence de témoins leur assurant mieux que la publicité, l'espoir de l'impunité » ; M. Veron, « Clandestinité et prescription », *précit.* Lequel estime que « dans l'immense majorité des cas, les auteurs d'infractions préféreront l'anonymat et la « clandestinité » synonymes d'impunité : « Pas vu…Pas pris ! »». ; J. Leblois-Happe, « La tromperie constitue un délit clandestin par nature, dès lors le délai de prescription de l'action publique court à compter du jour où il apparaît », *op.cit.*: « tout délinquant étant naturellement porté à cacher ses méfaits ».

[2156] M. Véron, « Clandestinité et prescription », *op.cit.*

[2157] E. Carrive, note sous Cass, crim 4 janvier 1935, Gaz. Palais 1935.I.358.

[2158] J.-H. Robert, « La jurisprudence du sang contaminé appliquée à l'hormone de croissance », *op.cit.*

[2159] J. Leblois-Happe, « La tromperie constitue un délit clandestin par nature, dès lors le délai de prescription de l'action publique court à compter du jour où il apparaît », *op.cit.*

[2160] *Ibid.* ; M.-L. Rassat, *Traité de procédure pénale, op. cit.* n°300.

[2161] M. Royo, « La « machine à arrêter le temps » selon la Cour de cassation… », D. 2005 p.1399.

[2162] J.-Y. Maréchal, « Prescription du meurtre : « Couvrez ces cadavres que je ne saurais voir » », Droit pénal n°12, déc. 2013, étude 18.

« *notions fuyantes qui constituent la véritable clé de voûte* » de la théorie des infractions clandestines[2163]. Et c'est pourquoi dès l'origine Carrive préconisait « *de se montrer très prudent dans l'application du principe admis par la Cour de cassation* »[2164].

307. ***Le manque de prévisibilité de la jurisprudence***. Finalement, l'étude de la jurisprudence donne l'impression que la Cour de cassation applique sa théorie de manière totalement aléatoire. En réalité, le recours à la théorie semble plus reposer sur des raisons d'opportunité que sur une logique préalablement établie. En effet, celle-ci ne repose pas sur des critères précis et objectifs. Si tel était le cas, alors « *les mêmes causes devraient produire les mêmes effets* »[2165]. Un vol dissimulé devrait alors voir son point de départ retardé au jour de la découverte de la soustraction frauduleuse, ce qui n'est pourtant pas admis par la jurisprudence. Or, cela revient à « *appliquer des délais de prescription différents [ce qui] conduit alors à consacrer un réel arbitraire dans la répression des infractions* »[2166]. Il résulte de ces constatations que la théorie jurisprudentielle manque de prévisibilité. En effet, du fait de ce manque de clarté et de précision de la part des Hauts magistrats, la théorie ne donne pas la possibilité au justiciable de prédire raisonnablement l'issue de l'action en justice le concernant. D'après la CEDH, la norme est prévisible « *lorsque le justiciable peut savoir, à partir du libellé de la disposition pertinente, et, au besoin, à l'aide de son interprétation par les tribunaux, quels actes ou omissions engagent la responsabilité pénale »*[2167]. Or en l'espèce, le manque de précision et de clarté dans la théorie des infractions clandestines est tel qu'il ne permet à l'évidence pas à l'auteur d'une infraction de savoir à l'avance la date qui sera retenue par les juges pour relever la prescription de celle-ci. En effet, s'il semble établi depuis des décennies que certaines infractions font partie intégrante du champ d'application de la théorie, « *infractions phares* »[2168] telles que l'abus de confiance ou l'abus de biens sociaux ; à l'inverse, certaines infractions autrefois exclues ont fait l'objet de remarquables revirements. Ce fut le cas en matière de tromperie. Alors que la Cour de cassation refusait depuis longtemps de lui appliquer la théorie des infractions clandestines, celle-ci a finalement admis l'infraction dans le champ d'application de la théorie, et d'une manière spectaculaire puisqu'elle a admis que cette clandestinité était inhérente au délit de tromperie[2169]. Intervenant sur fond de scandale sanitaire, il semble que, comme bien souvent, la Cour de cassation ait fait un choix d'opportunité. Dès lors la jurisprudence n'est plus lisible, « *cette attitude jurisprudentielle engendre un risque d'incertitude pénale non admissible dans un Etat démocratique* »[2170]. La sécurité juridique n'est plus assurée, et le risque de l'arbitraire est réel. La Cour de cassation a toutefois affirmé au sujet de sa théorie que « *les règles relatives au point de départ de la prescription sont anciennes, connues, constantes et reposent sur des critères précis et objectifs* »[2171] afin de justifier l'absence de contradiction de celle-ci avec les exigences du Conseil constitutionnel. Une telle affirmation *« revient à dire en d'autres termes que les citoyens en ont connaissance de manière accessible et prévisible et qu'elles répondent en outre aux critères de*

[2163] M. Royo, « La « machine à arrêter le temps » selon la Cour de cassation… », *précit.*
[2164] E. Carrive, note sous Cass, crim 4 janvier 1935, *op.cit.*
[2165] V. Claret-Tournier, *La clandestinité en matière pénale*, *op. cit.* n°296.
[2166] J.-F. Burgelin, « Pour l'unification des délais de prescription en droit pénal », *op.cit.*
[2167] V. Claret-Tournier, *La clandestinité en matière pénale*, *op. cit.* n°843 ; CEDH 24 mars 2004 Radio France c./ France §20.
[2168] V. Claret-Tournier, *La clandestinité en matière pénale*, *op. cit.* n°296.
[2169] Cass., crim., 7 juillet 2005, n° 05-81119.
[2170] V. Claret-Tournier, *La clandestinité en matière pénale*, *op. cit.* n°296.
[2171] Cass, ass. plén. 20 mai 2011, n°11-90.025, n°11-90.032, n°11-90.033, n°11-90.042.

précision et d'objectivité »[2172]. Une telle argumentation ne pouvait pourtant être valablement soutenue au vu du chaos du régime de la théorie prétorienne. Finalement, la théorie des infractions clandestines, qui procède d'une intention compréhensible, est « *desservie les techniques censées en asseoir la légitimité tant il est difficile, voire impossible, de se prononcer sur un critère objectif rendant compte des infractions occultes ou dissimulées, sauf à adhérer à ce que la Cour de cassation veut bien reconnaître comme telles… Une théorie axée sur une imprévisibilité aussi forte, tributaire de l'incertitude, voire du bon vouloir de la chambre criminelle, n'est pas une bonne assise pour le droit* »[2173].

B- Une théorie contraire au principe de séparation des pouvoirs

308. ***Le principe de la séparation des pouvoirs***. Dans la continuité de ce que l'on a pu observer, il faut ajouter que la théorie des infractions clandestines présente l'inconvénient majeur de contrevenir au principe de séparation des pouvoirs. Issu notamment des réflexions de Montesquieu[2174], le principe de séparation des pouvoirs a été consacré à l'article 16 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789[2175]. Selon la théorie de la séparation des pouvoirs, les trois principales fonctions de l'Etat, que sont les pouvoirs exécutif, législatif et judiciaire, doivent être indépendantes les unes et des autres, et partant, exercées par des organes distincts afin de garantir les droits fondamentaux des citoyens. Le constituant de 1958 a conservé le principe. Il a notamment défini le rôle du pouvoir législatif à l'article 34 de la Constitution, selon lequel « *La loi fixe les règles concernant : […] la détermination des crimes et délits ainsi que les peines qui leur sont applicables ; la procédure pénale […]* ». Ainsi, seul le législateur est compétent pour élaborer la loi pénale de fond, mais également la procédure pénale. *A contrario*, le pouvoir exécutif[2176], ainsi que le pouvoir judiciaire ne doivent empiéter sur cette compétence exclusive du pouvoir législatif en édictant des règles pénales. Le juge ne saurait donc disposer d'un quelconque pouvoir créateur, d'autant plus en matière pénale où les enjeux sont graves, puisque c'est la liberté des individus qui est en question. C'est pour cette raison qu'a été introduit en matière pénale le principe de l'interprétation stricte. Ce corollaire du principe de la légalité est expressément prévu à l'article 111-4 du Code pénal[2177]. On déduit traditionnellement de ce principe l'interdiction du raisonnement par analogie. Mais plus largement, il signifie que le juge ne peut ni restreindre, ni élargir le contenu des textes. Comme l'expriment les professeurs Philippe Conte et Patrick Maistre du Chambon : les juges doivent appliquer « *la loi, toute la loi, mais uniquement la loi* »[2178]. Le juge ne peut donc créer du droit, il doit se contenter de l'appliquer. Seul le pouvoir législatif est apte à créer la loi pénale. Si un tel principe peut parfois gêner l'efficacité de la répression, il s'impose toutefois dans un Etat de droit[2179].

309. ***Séparation des pouvoirs et procédure pénale***. Ainsi, concernant la prescription de l'action publique, seul le législateur est à même d'en fixer les modalités. De la sorte,

---

[2172] V. Claret-Tournier, *La clandestinité en matière pénale*, *op. cit.* n°302.
[2173] Y. Mayaud, « Des innocents oubliés, victimes de la prescription », *op.cit.*
[2174] Montesquieu, *De l'esprit des lois*, GF Flammarion, 1979.
[2175] Art. 16 de la DDHC : « Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution ».
[2176] A l'exception du domaine réglementaire, pour lequel le pouvoir exécutif a une compétence déléguée.
[2177] Art. 111-4 du CP : « *La loi pénale est d'interprétation stricte* ».
[2178] P. Conte, P. Maistre du Chambon, *Droit pénal général,* Armand Colin, 7ème éd., 2004, n° 124.
[2179] J.-F. Renucci, « Infractions d'affaires et prescription de l'action publique », *op.cit.*

le juge doit appliquer consciencieusement les prévisions du législateur. Pour certains auteurs toutefois, le principe de l'interprétation stricte ne s'appliquerait pas de la même manière en procédure pénale[2180]. En effet, il a pu être avancé l'argument selon lequel le principe « *s'interprète largement lorsque cela est conforme aux nécessités de la justice ou aux intérêts de la personne poursuivie* »[2181]. Or, comme l'a justement souligné un auteur, cette justification ne tient pas dans le cadre de la théorie des infractions clandestines. En effet, celle-ci ne consiste pas en une interprétation large du texte, mais en une véritable création du juge ; de plus elle ne joue certainement pas en faveur des intérêts de la personne poursuivie[2182]. Cette jurisprudence constitue alors, selon les termes de Portalis, un « *vrai supplément de législation* »[2183]. C'est parce que la Cour de cassation s'est octroyé un tel pouvoir que la théorie des infractions clandestines a tant été décriée par la doctrine.

310. ***Evolution de l'office du juge***. Néanmoins, on pourrait objecter par ailleurs que la CEDH a pu faire évoluer le rôle de la jurisprudence, puisqu'elle adopte une vision différente de l'office du juge. Elle permet en effet au juge de préciser la loi : « *la fonction de décision confiée aux juridictions sert précisément à dissiper les doutes qui pourraient subsister quant à l'interprétation des normes, en tenant compte des évolutions de la pratique quotidienne* »[2184]. Les juges ne sont alors plus cantonnés à ce qu'énonçait Montesquieu : « *la bouche qui prononce les paroles de la loi ; des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur* »[2185]. La jurisprudence élaborée par les juges devient un véritable *« complément de la loi »*[2186]. Or, dans le cadre de la théorie des infractions clandestines, l'argument de la complémentarité de la loi ne tient toujours pas. En effet, si le juge peut venir éclairer un texte par son interprétation, ce n'est qu'à la condition que celui-ci ne soit pas clair. Or, en l'espèce, quoi de plus évident qu'un texte qui prévoit que l'action publique se prescrit à compter du jour où l'infraction a été commise. Comme l'a souligné un auteur, « *toute personne, même non juriste est capable de s'en rendre compte, […] « commettre » et « être constaté », ce n'est pas la même chose* »[2187]. L'interprétation jurisprudentielle des articles 7 et 8 du Code de procédure pénale va à l'encontre même de l'esprit de la loi. En outre, si la jurisprudence peut avoir un rôle dans l'élaboration du droit criminel, « *il ne faut pas oublier que la Cour ne peut pas se prononcer par voie de dispositions générales - à l'inverse du législateur* »[2188]. Or, c'est bel et bien ce que fait le juge lorsqu'il crée la théorie des infractions clandestines et la développe sans interruption, depuis plus de quatre-vingts ans, en l'appliquant à de plus en plus d'infractions. Si le juge s'est vu attribuer un rôle de complément de la loi, « *la limite entre le juge, complément de la loi […] d'une part, et le juge complètement créateur de droit, sortant ainsi de son rôle de simple complément de légalité d'autre*

[2180] S. Roth, *Clandestinité et prescription de l'action publique*, *op. cit.* n°318.
[2181] C. De Jacobet De Nombel, « *L'article 8, alinéa 3 du Code de procédure pénale, cas de report de la prescription fondé sur la clandestinité de l'infraction ?* », *op.cit.*
[2182] S. Roth, *Clandestinité et prescription de l'action publique*, *op. cit.* n°318.
[2183] J.-E.-M. Portalis, « Discours préliminaire sur le projet de Code civil, présenté le 1er pluviose An IX [21 janvier 1801] par la commission nommée par le Gouvernement consulaire », *in J.-E.-M. Portalis, Ecrits et discours juridiques et politiques,* PUAM, 1988, p. 21-63, spéc. p. 26 cité par V. Claret-Tournier, *La clandestinité en matière pénale*, *op. cit. n°297.*
[2184] CEDH 6 oct. 2011, n° 50425/06, Soros c/ France, §52.
[2185] Montesquieu, *De l'esprit des lois*, *op. cit*., p. 301.
[2186] V. Claret-Tournier, *La clandestinité en matière pénale*, *op. cit.* n°303.
[2187] S. Roth, *Clandestinité et prescription de l'action publique*, *op. cit.* n°317 faisant référence à S. Guinchard, « Qui cassera les arrêts de la Cour de cassation ? », in *Etudes offertes à Jacques Dupichot*, Paris, Dalloz, 1999, p.769.
[2188] V. Claret-Tournier, *La clandestinité en matière pénale*, *op. cit.* n°304.

part, est très délicate à tracer »[2189]. Dans le cadre de sa théorie des infractions clandestines, c'est sous couvert d'interprétation que le juge répressif procède depuis des années à l'élaboration de véritables règles de droit, qui ne trouvent pourtant leur fondement dans aucun texte. Si l'intention du juge peut se comprendre – il a souhaité, par sa jurisprudence adapter l'institution légale à une délinquance qui demeure impunie grâce à sa ruse – il convient de rappeler que « *le juge ne saurait refaire la loi* »[2190]. En effet, comme le souligne Madame Mascala, « *si les motifs invoqués sont compréhensibles […] ils ne sauraient à eux seuls permettre au juge de se substituer au législateur* »[2191]. Ce « *pragmatisme* »[2192] souvent réitéré du juge dans l'application de la prescription de l'action publique a été l'objet de vifs reproches de la part de la doctrine. Pour un auteur, le fait « *que telle ou telle décision judiciaire se montre peu respectueuse de la loi, après tout, […] n'est peut-être pas si exceptionnel, mais qu'un ensemble d'arrêts récents importants prenne autant de liberté avec la loi pénale est suffisamment troublant pour être signalé* »[2193]. C'est en effet cette « *sagacité* »[2194] du législateur dans l'application de sa théorie qui a cristallisé l'attention et les critiques de la doctrine. En effet, comme le rappelle Monsieur le professeur Véron, à l'origine « *les auteurs se contentaient de signaler cette exception non justifiée par les textes, mais sans s'y attarder en raison de son domaine restreint. Les choses ont changé lorsque la Cour de cassation a étendu cette solution à d'autres infractions* »[2195]. En faisant évoluer sa jurisprudence de sorte qu'elle ait l'apparence d'une disposition générale, et non plus seulement d'une solution de pure casuistique, la Cour de cassation a brouillé la frontière entre les rôles respectifs des juges et du législateur. Une telle jurisprudence procède alors du « *déclin du principe de la légalité en matière pénale* », puisqu' « *au caractère abstrait et général de la loi, se substitue une casuistique pragmatique évolutive, dans laquelle les juges peuvent puiser une autonomie fonctionnelle, leur permettant de réécrire la procédure pénale* »[2196].

311. ***Une théorie répressive***. En outre, force est de constater que la théorie prétorienne procède d'une volonté répressive évidente. « *Les constructions jurisprudentielles se sont substituées au législateur pour poser des dispositions dérogatoires destinées à assurer une répression plus efficace des infractions clandestines* »[2197], pourtant la question de la nécessité de poursuivre les auteurs de telles infractions relève de la politique criminelle. Alors même que le principe de légalité prône le fait d' « *éviter une rigueur non nécessaire lors de la recherche des auteurs d'infractions* » [2198], le juge répressif fait ici preuve d'un excès de zèle. Avec sa théorie des infractions clandestines, il semble que le juge cherche à tout prix à poursuivre les auteurs usant d'une certaine ruse pour invisibiliser leurs actes délictueux. Pourtant, « *la prescription de l'action publique pose une limite au besoin de justice pénale. Elle affirme donc que d'autres solutions peuvent être trouvées pour rendre*

[2189] *Ibid.* n°305.
[2190] « Avis du Conseil Supérieur de la Magistrature transmis le 16 février 2006 au président de la République », Le monde, 18 et 20 février 2006 cité par A. Prothais, « La tentation pour le juge de refaire la loi pénale », *in Mélanges dédiés à Bernard Bouloc*, p.909-922.
[2191] C. Mascala, « Le dérapage de l'interprétation jurisprudentielle en droit pénal des affaires », D. 2004 p.3050.
[2192] V. Claret-Tournier, *La clandestinité en matière pénale*, *op. cit.* n°289.
[2193] A. Prothais, « La tentation pour le juge de refaire la loi pénale », *précit.*
[2194] G. Lecuyer, « La clandestinité de l'infraction comme justification du retard de la prescription de l'action publique », *précit*.
[2195] M. Véron, « Visite à la cour du roi Pétaud ou Les errements de la prescription en matière pénale », *op.cit*.
[2196] P. Maistre du Chambon, « Le déclin du principe de la légalité en matière pénale », *op.cit.*
[2197] G. Lecuyer, « La clandestinité de l'infraction comme justification du retard de la prescription de l'action publique », *précit*.
[2198] Cons. const., 2 mars 2004, cons. n°5.

justice et rétablir la paix sociale. Elle est une limitation posée par le législateur à la tentation d'une expansion sans fin de la réponse pénale »[2199]. La création prétorienne va à l'encontre cette philosophie puisqu'en l'appliquant le juge permet à la réponse pénale de s'exercer sans aucune limitation temporelle. Comme l'a souligné un auteur, il « *serait [plus] légitime que l'action publique soit guidée par la nécessité de répondre en priorité aux troubles les plus récents et les plus graves à l'ordre public* »[2200]. La prescription devrait pouvoir jouer comme *« un régulateur de l'action judiciaire* »[2201], d'autant plus dans une société dans laquelle l'excès de la réponse pénale se fait de plus en plus prégnant[2202]. Face à ces infractions commises dans l'ombre, « *le remède apporté [par le juge] paraît extrêmement fort* »[2203]. Ainsi, selon l'expression d'un auteur, la jurisprudence est devenue une « *source abusive de droit* »[2204]. De la sorte, « *La doctrine pénaliste se doit de condamner cette attitude sur la base des principes fondamentaux de notre droit pénal que la chambre criminelle bafoue régulièrement* »[2205].

312. ***Une théorie à améliorer***. Néanmoins, il semble que pour certains auteurs, le pouvoir créateur du juge ne serait pas si problématique. En effet, récemment Monsieur le professeur Dreyer a pu reprocher au législateur de venir par son action « *enfermer l'imagination jurisprudentielle dans un cadre strict* »[2206]. Pourtant, c'est le propre même de la matière pénale que d'encadrer l'action du juge, afin de protéger les libertés individuelles. La théorie des infractions clandestines a déchaîné les passions en doctrine, la rendant parfois schizophrène. En effet, alors que certains ont pu vivement critiquer le pouvoir créateur du juge en matière de prescription, les mêmes auteurs sont par la suite venus reprocher à la jurisprudence de limiter le champ d'application de sa théorie. Et ce, le plus souvent, dans le cadre d'affaires tragiques qui ont défrayé la chronique[2207]. Or, on tombe alors dans un travers régulièrement dénoncé par la doctrine à propos de la jurisprudence, à savoir le rendu de décisions fondées uniquement sur des arguments d'opportunité. Finalement, s'il convient d'admettre l'intérêt pratique que peut revêtir la théorie des infractions clandestines, ainsi que la légitimité de la question qu'elle soulève – Que faire face à des individus qui ont astucieusement joué de l'institution légale pour demeurer impunis ? – il faut reconnaître que la construction jurisprudentielle est allée trop loin, en édictant une règle désormais devenue

---

[2199] J. Danet, *La justice pénale entre rituel et management*, PUR, 2010, p.133 cité par A. Darsonville, « Prescription de l'action publique : l'urgence de repenser « un système en crise » », *op.cit.*

[2200] M. Giacopelli, « Les raisons de la prescription, propos introductifs », *op.cit.*

[2201] *Ibid.*

[2202] V. à ce propos Denis D. Salas, *La volonté de punir. Essai sur le populisme pénal, op. cit.* : l'auteur décrit la montée en puissance d'un populisme pénal, tendance à développer une répression de plus en plus forte au nom des victimes au risque de rompre avec les principes fondamentaux qui fondent la démocratie.

[2203] P. Bonfils, « *La simulation et la dissimulation d'enfant sont des infractions clandestines* », *op.cit.*

[2204] L. Saenko, « La notion de dissimulation en matière d'abus de biens sociaux : évolution ou dérive ? », *op.cit.*

[2205] C. Mascala, « Le dérapage de l'interprétation jurisprudentielle en droit pénal des affaires », *op.cit.*

[2206] E. Dreyer, « Réforme de la prescription : le baiser empoisonné », Gaz. Palais, 24 janvier 2017, n°4, p.40.

[2207] Ce fut notamment le cas dans le cadre de l'affaire dite de « l'octuple infanticide », à propos de laquelle de nombreux auteurs ont critiqué la stricte application de l'article 7 du CPP faite par la Cour de cassation, alors qu'ils reprochaient depuis longtemps à la jurisprudence son manque de rigueur dans l'application de cet article. V. en ce sens Y. Mayaud, « Des innocents oubliés, victimes de la prescription », *op.cit.* ; J. Pradel, « Une surprenante décision sur la prescription de l'action publique en cas de dissimulation des faits », *op.cit.*; X. Salvat, « Prescription : ne constituent pas un obstacle insurmontable à l'exercice des poursuites, de nature à reporter le point de départ de la prescription, le secret et l'absence d'indice apparent révélant l'existence physique d'enfants, nés clandestinement et morts dans l'anonymat », RSC 2013, p.933. ; R. Mesa, « Point de départ du délai de prescription de l'action publique : les crimes ne sont pas des infractions clandestines », Gaz. Palais 23/11/2013 n°327. ; J.-Y. Maréchal, « Prescription du meurtre : « couvrez ces cadavres que je ne saurais voir » », *op.cit.*

incontournable en matière de prescription. De plus, en élargissant son champ d'application au gré de scandales sanitaires ou politico-financiers, la jurisprudence est tombée dans le même piège qui guette désormais trop souvent le législateur : l'élaboration de règles « *fait-diversielles* ». Si le juge semble s'emparer peu à peu du pouvoir créateur du législateur, il en récupère également les travers. Or, c'est précisément dans le cadre de ces lois « *fait-diversielles* », rédigées dans l'urgence, et donc obscures, que l'on justifie le pouvoir interprétatif du juge. Mais quand le juge crée une règle qui présente les mêmes défauts qualitatifs, qui doit intervenir ? En l'espèce c'est finalement le législateur, par la réforme du 27 février 2017, qui tout en consacrant le principe du report du point de départ pour les infractions clandestines, a tenté d'apporter une amélioration à la création prétorienne, faisant de sorte évolution la notion et son régime.

§2 : Une réforme au-delà de la simple transposition de la théorie prétorienne

313. Le législateur ne s'est pas contenté de transposer la théorie prétorienne, il a contribué à faire évoluer celle-ci en définissant la notion d'infraction clandestine (**A**) et en restreignant son régime (**B**).

A- Une définition stricte de la notion d'infraction clandestine

314. ***Absence de définition générale de l'infraction clandestine***. Par la loi du 27 février 2017, le législateur vient clarifier la notion d'infraction clandestine en donnant une définition aux infractions occultes et dissimulées, auxquelles on avait pu reprocher par le passé le manque de clarté[2208]. Les deux derniers alinéas du nouvel article 9-1 du Code de procédure pénale viennent ainsi préciser qu'« *Est occulte l'infraction qui, en raison de ses éléments constitutifs, ne peut être connue ni de la victime ni de l'autorité judiciaire* ». Alors qu'« *Est dissimulée l'infraction dont l'auteur accomplit délibérément toute manœuvre caractérisée tendant à en empêcher la découverte* ». En revanche la notion même d'infraction clandestine, qui, on l'a vu, est inconnue du droit, n'est pas définie par le législateur. Il peut donc sembler incohérent de la consacrer sans en apporter une définition. L'on aurait pu définir l'infraction clandestine comme l'infraction dont le caractère invisible a empêché sa révélation aux autorités de poursuites et/ou aux victimes de sorte que le délai de prescription est arrivé à son terme sans que celles-ci n'aient été à même d'exercer leur action en justice. Si une définition générale de la sorte eut été souhaitable, l'on peut regretter que le législateur n'ait seulement définit que les deux sous-catégories d'infractions clandestines, que sont les infractions occultes et dissimulées.

315. ***Réception des notions d'infraction occulte et dissimulée***. Les définitions établies par le législateur reprennent globalement les formulations retenues en jurisprudence, ainsi que celles élaborées en doctrine. En prévoyant de la sorte une définition de chacune des deux catégories d'infractions clandestines, le législateur tente d'enrayer le flou de la distinction entre les deux notions. Concernant les infractions occultes, la référence à une clandestinité de l'infraction existant *« en raison de ses éléments constitutifs »* renvoie bien à ce qu'énonçait la Cour de cassation

[2208] V. not. C. Ambroise-Castérot, « Consommation : l'interruption de la prescription s'étend aux faits de tromperie », RSC 2006, p. 84 : selon qui la distinction entre les deux sortes d'infractions clandestines est « *malaisée* » à mettre en œuvre.

dès les années 1970 : « *la clandestinité est un élément constitutif essentiel du délit* »[2209]. Le législateur consacre bien une clandestinité « *inhérente à l'infraction* »[2210]. Quant aux infractions dissimulées, le constat est le même. Comme la doctrine qui, à la lecture de la jurisprudence, estimait que l'infraction dissimulée supposait « *le fait de cacher la réalité des faits par des artifices pour empêcher le Parquet et les victimes de les connaître et donc d'agir* »[2211], le législateur prévoit que l'auteur de l'infraction *« accomplit délibérément toute manœuvre caractérisée tendant à en empêcher la découverte* ». La notion d'infraction dissimulée ainsi définie a toutefois failli ne pas être consacrée par le législateur. Alors même qu'elle constitue la catégorie par laquelle la théorie des infractions clandestines a vu le jour, elle a été jugée *« trop large »* par le Sénat, qui redoutait qu'elle puisse « *s'appliquer à l'ensemble des infractions puisque nombre de leurs auteurs tentent de les dissimuler aux autorités* ». Le Conseil d'Etat s'est également prononcé en défaveur de la consécration des infractions dissimulées, dans un avis du 1er octobre 2015, il estime en effet, qu'« *une telle qualification est susceptible de s'appliquer à toutes les infractions »*[2212]. La notion d'infraction dissimulée a finalement été adoptée et définie dans les termes même qui avaient suscité de telles critiques. Le législateur n'a de la sorte pas souhaité restreindre le champ d'application de la théorie. A l'inverse même, il considère que « *les nouvelles dispositions de l'article 9-1 sont applicables à l'ensemble des infractions, qu'il s'agisse d'une contravention, d'un délit ou d'un crime. Elles s'appliquent donc désormais dans toutes les hypothèses* »[2213]. Pour le législateur, le caractère clandestin doit donc désormais s'appliquer de la même façon pour toutes les infractions. Si la réforme de la prescription avait consisté en une simple transposition de la jurisprudence, le législateur l'aurait incorporée en l'état dans le Code de procédure pénale. Or, on ne le voit rien qu'avec ces ajouts, les parlementaires ont souhaité apporter leur pierre à l'édifice sur lequel la jurisprudence œuvre depuis presque un siècle. Si les précisions ainsi apportées par le législateur peuvent faire l'objet de critiques, une simple transposition de la création prétorienne aurait entraîné de vifs désaccords. En effet, les critiques développées à l'encontre des faiblesses de la théorie des infractions clandestines ne se seraient pas estompées du seul fait de sa confirmation au sein du Code de procédure pénale. La Cour de cassation serait demeurée libre dans la détermination du champ d'application de sa théorie. Or, par nature la jurisprudence varie et n'est donc pas très accessible[2214], les précisions ajoutées par le législateur visent ainsi à rendre le régime de la prescription plus prévisible.

316. ***Un encadrement de l'intervention du juge***. En outre, par cette précision textuelle, le législateur lie l'intervention du juge, lequel devra en effet, s'en tenir à la lettre du texte. Les juges répressifs doivent désormais motiver leur choix de rejeter ou de faire entrer telle ou telle autre infraction dans le champ d'application de la théorie en se référant à la définition prévue par l'article 9-1 du Code de procédure pénale. La réforme du 27 février 2017 fait d'ailleurs la même chose à propos des actes interruptifs de prescription. En effet, l'article 1er de la loi prévoit la création d'un nouvel article 9-2 inséré dans le Code de procédure pénal, lequel définit précisément les actes susceptibles d'interrompre le cours du délai de prescription de l'action publique. Auparavant c'est la jurisprudence qui décidait du type d'acte pouvant entraîner une telle modulation du mode de computation du délai de prescription. Mais face à une extension opportuniste du champ

[2209] S. Roth, *Clandestinité et prescription de l'action publique*, *op. cit.* n°640.
[2210] F. Desportes, L. Lazerges-Cousquer, *Traité de procédure pénale*, *op. cit.* n°995.
[2211] J. Pradel, *Procédure pénale*, *op. cit.* n°263.
[2212] F.-N. Buffet, *Rapport n°8 portant réforme de la prescription en matière pénale*, 5 octobre 2016 p.12.
[2213] Circulaire du 28 février 2017, *op.cit.*
[2214] X. Pin, *Droit pénal général*, Cours Dalloz, 14ème éd., 2023, n°63.

d'application des actes interruptifs de prescription au par la jurisprudence[2215], le législateur a, comme pour les infractions clandestines, souhaité rendre les règles plus prévisibles, en s'inspirant tout de même de l'œuvre jurisprudentielle. Par cette réforme, le législateur entend véritablement reprendre les rênes en matière de prescription de l'action publique. Par cette réforme, le législateur n'entendait pas se borner *« à adapter les délais de prescription de l'action publique […] aux exigences de répression des infractions et aux attentes des acteurs de la justice et de la société* ». Il désirait précéder à une véritable « *modernisation des règles de computation des délais de prescription de l'action publique* »[2216]. Il ne s'est donc pas contenté d'essayer de clarifier les notions sur lesquelles repose la théorie des infractions clandestines, il a de plus inséré un mécanisme inédit en matière pénale, qui vient restreindre le régime d'exception des infractions clandestines.

B- Un régime de prescription restreint

317. ***Limitation dans le temps du report du point de départ***. La loi du 27 février 2017 vient en effet apporter une limite au mécanisme du report du point de départ pour les infractions clandestines. A l'instar de ce qui a été introduit en matière civile en 2008[2217], les sénateurs ont introduit en première lecture un amendement tendant à créer un délai butoir[2218], lequel a finalement été adopté par les deux assemblées parlementaires. L'alinéa 3 du nouvel article 9-1 est ainsi complété *in fine* : le point de départ du délai de prescription des infractions clandestines est reporté « *sans toutefois que le délai de prescription puisse excéder douze années révolues pour les délits et trente années révolues pour les crimes à compter du jour où l'infraction a été commise* ». Ce délai butoir a été introduit par le Sénat au nom de la « *sécurité juridique* », « *afin que les règles de report du point de départ de la prescription ne conduisent pas à imprescriptibilité de fait* »[2219]. L'amendement sénatorial n'avait rien de nouveau, dès 1995 le député Pierre Mazeaud avait proposé de reporter le point de départ de l'infraction d'abus de bien sociaux au jour de sa découverte, tout en instaurant un délai butoir de six ans à compter du jour de la commission de l'infraction[2220]. Cette proposition alors limitée au délit d'abus de biens sociaux avait par la suite été réitérée en 2007, cette fois pour l'ensemble des infractions clandestines. Le rapport Portelli, Hyest, Yung, pour un droit de la prescription moderne et cohérent[2221] préconisait ainsi « *la conservation et l'élargissement des champs d'application de la jurisprudence de la Cour de cassation en matière d'infractions occultes ou dissimulées* » mais en instaurant *« en contrepartie, la détermination d'un délai butoir à compter de la commission des faits afin de ne pas rendre imprescriptibles de facto certaines infractions* »[2222]. Le rapport prévoyait que *« la durée de ce délai butoir [serait égale] au double de celle de la prescription à compter de la commission des faits* »[2223]. Ce régime est celui retenu par la réforme du 27 février

---

[2215] P. Maistre du Chambon, « *L'hostilité de la Cour de cassation à l'égard de la prescription de l'action publique* », *op.cit.*

[2216] A. Tourret, Rapport sur la proposition de loi (n°2931) portant réforme de la prescription en matière pénale, n°3540, 2 mars 2016, p.16.

[2217] C. civ, art. 2232 issu de la loi n°2008-561 du 17 juin 2008.

[2218] J. Leblois-Happe, « La réforme de la prescription, enfin ! Loi n°2017-242 du 27 février 2017 », *op.cit.*

[2219] J.-J. Urvoas, *Séance du 13 octobre 2016, compte rendu intégral des débats*, *op. cit.*

[2220] P. *Mazeaud*, Proposition de loi relative à la *prescription* du délit d'abus de biens sociaux, n° 2335, 6 novembre *1995.*

[2221] J.-J. Hyest Jean-Jacques, H. Portelli, R. Yung, *Pour un droit de la prescription moderne et cohérent,* Rapport n° 338, *op. cit.*

[2222] *Ibid.*

[2223] *Ibid.*

2017. Les travaux parlementaires précédant la réforme de la prescription en matière pénale font d'ailleurs directement référence à ces recommandations[2224]. L'objectif clairement assumé par le législateur était d'instaurer un « *encadrement plus strict de la règle du report du point de départ de la prescription pour les infractions astucieuses* »[2225]. Pour les parlementaires il s'agit là d'une véritable « *contrepartie de la généralisation de la jurisprudence sur les infractions occultes ou dissimulées* »[2226]. Comme une faveur faite à la jurisprudence de la Cour de cassation, au détriment de la prescription, le législateur estime qu'en retour le report du point de départ du délai de prescription ne doit pas excéder un certain délai. Contrairement au point de départ instauré en matière d'infraction clandestine, au jour de l'apparition des faits, le délai butoir court quant à lui « *à compter de la commission de l'infraction* »[2227]. Ainsi, peu importe que les autorités et les victimes n'aient pas eu connaissance de l'infraction auparavant, à l'issue d'un délai de douze ans pour les délits et de vingt ans pour les crimes, celle-ci sera prescrite. Le point de départ d'une infraction clandestine ne pourra pas être fixé à date postérieure à celle prévue par le délai butoir, sous peine de prescription. De la sorte, la réforme du 27 février 2017 ne fait pas simplement œuvre transactionnelle, il y a là une véritable innovation au sein de la théorie des infractions clandestines. Le jeu de la prescription n'est plus seulement dépendant de l'apparition des faits délictueux, il est de surcroît encadré par un délai supplémentaire. Le délai de prescription devra être entamé au plus tard douze ou vingt ans après la commission du délit ou du crime. Cette nouveauté vient grandement restreindre la théorie prétorienne, laquelle permettait un report du point de départ sans limitation de durée.

318. ***Genèse du délai butoir en droit français***. Ce mécanisme du délai butoir n'était pas une nouveauté en droit français. En effet, il avait d'ores et déjà été consacré en matière civile. Alors « *inspiré, notamment, des droits allemand et* belge »[2228], il n'était pas totalement inconnu du droit français, puisqu'il « *en connaissait par ailleurs quelques applications ponctuelles* »[2229]. La loi du 17 juin 2008 le consacre de manière générale à l'article 2232 selon lequel « *Le report du point de départ, la suspension ou l'interruption de la prescription ne peut avoir pour effet de porter le délai de la prescription extinctive au-delà de vingt ans à compter du jour de la naissance du droit* ». A l'époque sa création avait été justifiée par le législateur pour les mêmes raisons qu'en matière pénale : « *assurer la stabilité des situations juridiques sur le long terme* »[2230]. Il souhaitait en effet que « *l'expiration du délai de prescription extinctive ne soit pas indéfiniment retardée* »[2231], afin d'« *améliorer la prévisibilité du droit de la prescription, et donc la sécurité juridique* »[2232], tout comme c'était le cas en février 2017. Ce délai dit « *butoir* » ou « *secondaire* », par opposition au délai « *primaire* » de prescription[2233], avait à l'époque été l'objet de vifs débats en doctrine, prônant « *la sécurité d'un côté et la protection de l'individu de l'autre* »[2234]. Certains estimaient alors « *que le délai*

[2224] F.-N. Bufffet, *Rapport n°636 portant réforme de la prescription en matière pénale*, 25 mai 2016, p. 13.
[2225] A. Tourret, *Rapport Assemblée Nationale n°4309*, 14 décembre 2016, p.10.
[2226]Circulaire du 28 février 2017, *op.cit.*
[2227] *Ibid.*
[2228] A. Hontebeyrie, Répertoire Dalloz Droit civil, V. Prescription extinctive, n°497.
[2229] *Ibid.*
[2230] V. Lokiec, Répertoire Dalloz Droit civil, V. Délai, n°57.
[2231] *Ibid.*
[2232] A. Hontebeyrie, Répertoire Dalloz Droit civil, *précit*. n°496.
[2233] Y.-M. Laithier, « Le nouveau droit français de la prescription extinctive et le rapport « Limitation of actions » de la Law Commission anglaise », D. 2008. Chron. 2538.
[2234] M. Mignot, « Le délai butoir - Commentaire de l'article 2232 du Code civil issu de la loi du 17 juin 2008 », Gaz. Palais, 26 février 2009, n° 57, p.2.

butoir éloignait la prescription de sa fonction d'ajustement du droit sur le fait, pour l'ancrer dans une logique de « délai pour agir » »[2235]. Il est vrai qu'une certaine sévérité est ainsi exercée à l'encontre de ceux contre qui la prescription court, puisque le point de départ de ce délai butoir est fixé invariablement[2236], mais il permet ainsi « *de sécuriser les relations juridiques en interdisant toute contestation passé le délai* »[2237]. Un auteur de conclure alors : « *On peut estimer qu'il constituera un progrès dans certains cas, mais une injustice dans d'autres cas* »[2238]. Tel est le cas en matière pénale également, le mécanisme garantit la prévisibilité de la date à laquelle les faits seront prescrits, ce qui est un progrès pour les personnes poursuivies, mais il pourra générer des injustices dans d'autres cas. Par exemple, dans l'hypothèse d'un abus de confiance perpétré douze avant que la victime et les autorités en aient eu connaissance, celui-ci sera prescrit, alors que la victime d'un même délit, lequel lui serait apparu onze ans et demi après les faits pourra saisir les autorités afin d'engager des poursuites. En outre, comme en matière pénale, ce délai butoir « *a été conçu comme le pendant du point de départ glissant consacré par ailleurs dans l'article 2224 nouveau du code civil* »[2239]. Ce point de départ « *glissant* », s'apparente en effet au mécanisme du report du point de départ consacré en matière pénale. Il consiste à fixer le point de départ de la prescription extinctive au jour où le titulaire d'un droit a eu connaissance des faits lui permettant de l'exercer[2240]. Si l'on pourrait discuter de la question de savoir s'il s'agit à proprement parler d'un report du point de départ[2241], les deux mécanismes sont toutefois très similaires et la comparaison semble donc permise. En revanche, en matière civile, le « *glissement* » du point de départ est permis d'une manière générale par l'article 2224 du Code civil, alors qu'il n'est réservé qu'à une catégorie bien spécifique d'infractions en matière pénale. Par ailleurs, le délai butoir du Code civil fait également obstacle à la suspension et à l'interruption de la prescription[2242], alors qu'il ne limite que le report du point de départ en matière pénale. Ses effets sont donc beaucoup plus puissants en droit civil, à tel point que certains auteurs considère qu'il ne s'agit pas d'une prescription extinctive spécifique, mais un délai de déchéance, ses effets *« le [rendant] rétif à la qualification de prescription* »[2243]. Le mécanisme prévu en droit civil présente ainsi des dissemblances avec celui qui vient d'être consacré en matière pénale. D'ailleurs, si le champ d'application du délai butoir est restreint, en matière pénale, aux infractions clandestines, en droit civil en revanche, il « *a vocation à s'appliquer à l'ensemble des prescriptions extinctives, y compris celles prévues par d'autres lois et d'autres codes, comme le Code de commerce* »[2244]. Toutefois « *pour des raisons tenant, notamment, à la supériorité de certains intérêts, le législateur de 2008 a exclu l'application du délai butoir dans un certain nombre de cas. […] La plupart de ces exclusions sont énumérées au deuxième alinéa de l'article 2232 du code civil ; d'autres, par des dispositions spéciales* »[2245]. A propos de ces exclusions, des doutes se sont installés dans la doctrine civiliste, laquelle se demandait si le délai butoir pouvait s'appliquer à des prescriptions supérieures à

[2235] A. Hontebeyrie, Répertoire Dalloz Droit civil, *précit*. n°501.
[2236] V. Lokiec Répertoire Dalloz Droit civil, *précit*. n°57.
[2237] M. Mignot, « Le délai butoir - Commentaire de l'article 2232 du Code civil issu de la loi du 17 juin 2008 », *précit*.
[2238] M. Mignot, « Le délai butoir - Commentaire de l'article 2232 du Code civil issu de la loi du 17 juin 2008 », *op.cit*.
[2239] A. Hontebeyrie, Répertoire Dalloz Droit civil, *op.cit*. n°510.
[2240] V. Lokiec Répertoire Dalloz Droit civil, *op.cit*. n°57.
[2241] A. Hontebeyrie, Répertoire Dalloz Droit civil, *op.cit*. n°509.
[2242] *Ibid.* n°502.
[2243] *Ibid.* n°503.
[2244] V. Lokiec Répertoire Dalloz Droit civil, *op.cit*. n°58.
[2245] A. Hontebeyrie, Répertoire Dalloz Droit civil, *op.cit*. n°513.

la durée prévue par le délai butoir[2246]. En matière pénale ces questions ont été réglées dès le lendemain de la promulgation de la loi puisque la circulaire d'application prévoit qu'« *il découle logiquement de la création de ces délais butoirs que les dispositions de l'article 9-1 généralisant le point de départ différé de la prescription sont sans aucune portée pour les délits soumis à une prescription dérogatoire de vingt ans et pour les crimes soumis à une prescription dérogatoire de trente ans* ». Il en résulte donc notamment que les infractions soumises à des délais de prescription allongés ne pourront voir celui-ci écourté par l'effet du délai butoir. Par ailleurs, en matière pénale, l'infraction clandestine ne sera prescrite « *que si, avant l'expiration d'un délai de douze ou trente ans à compter de sa commission, un délit ou un crime occulte ou dissimulé n'a pas été découvert et n'a pas fait l'objet d'un acte interruptif de prescription* »[2247]. La prescription pourra donc être interrompue, même si cela a pour conséquence de rallonger le délai de prescription au-delà de l'échéance prévue par le délai butoir. La circulaire d'application précise en ce sens que « *si un acte interruptif est intervenu avant l'expiration de ces délais butoirs, s'appliquent alors les nouveaux délais de prescription de droit commun de 6 ans et de 20 ans* »[2248]. Rien n'est précisé à propos des causes de suspension du délai de prescription, mais tout porte à croire que celles-ci peuvent jouer normalement même en présence du délai butoir. En ce sens, le rapport du Sénat de 2007 ayant inspiré la réforme prévoyait que « *Le délai butoir serait interrompu au premier acte de poursuite ou d'instruction concernant l'infraction elle-même. Il serait suspendu dans les conditions actuelles dans lesquelles le délai de prescription de l'action publique est suspendu* »[2249]. Ainsi, on le voit bien, le législateur ne s'est pas contenté d'insérer la théorie des infractions clandestines dans l'ordonnancement juridique, il a procédé à des ajouts, qui, on va le voir, ne sont pas sans conséquences sur elle.

[2246] *Ibid.* n°518.
[2247] Circulaire du 28 février 2017, *précit.*
[2248] *Ibid.*
[2249] J.-J. Hyest Jean-Jacques, H. Portelli, R.Yung, *Pour un droit de la prescription moderne et cohérent*, Rapport n° 338, *op. cit.*

Section 2 : la modification de la théorie prétorienne

319. Le législateur n'est pas demeuré neutre face à la théorie des infractions clandestines. Il l'a validée, mais a souhaité dans le même temps procéder à des précisions, et à des ajouts concernant son régime. Il n'a ainsi pas fait simplement œuvre transactionnelle, mais a procédé à une véritable modification de la théorie des infractions clandestines. En effet, si l'on commençait à connaître la théorie prétorienne et son application en jurisprudence malgré sa complexité, les modifications insérées par le législateur engendrent de nouvelles incertitudes. Dès sa promulgation, la loi nouvelle a suscité de nombreuses interrogations en doctrine quant au nouveau régime de prescription qu'elle institue (§1). La modification est telle que l'on peut même s'interroger sur l'avenir de la notion et partant, de la place de la théorie des infractions clandestines au sein des infractions invisibles identifiées dans le cadre de cette étude (§2).

§1 : Des interrogations quant au régime des infractions clandestines

320. La réforme du 27 février interroge quant au mécanisme nouveau du délai butoir qu'elle insère comme contrepoids à l'expansion du champ d'application de la théorie prétorienne (**A**), mais également quant à son application dans le temps, laquelle fait l'objet d'un article spécifique de la loi, qui vient obscurcir ses modalités d'application (**B**).

A- Les incertitudes générées par le mécanisme du délai butoir

321. ***Origine du délai butoir dans la loi de 2017***. Comprenant que l'élargissement du champ d'application du mécanisme du report du point de départ allait engendrer un contentieux conséquent, le législateur a souhaité contrebalancer cette inflation contentieuse en instaurant un délai butoir. Celui-ci a donc pour objectif de limiter le risque représenté par le glissement du point de départ de la prescription[2250], en l'encadrant dans un nouveau délai, dit « *butoir* » de douze ans pour les délits et trente ans pour les crimes qui court à compter du jour de la commission des faits. La rédaction du texte laisse toutefois à désirer[2251] puisqu'elle prévoit que le point de départ du délai est reporté « *sans toutefois que le délai de prescription puisse excéder douze années révolues pour les délits et trente années révolues pour les crimes à compter du jour où l'infraction a été commise* ». Une telle rédaction laisse penser que c'est le délai de prescription qui ne peut excéder douze ou trente ans. Or, il faut comprendre en réalité que c'est le point de départ de la prescription qui ne peut être reporté au-delà de douze ou treize années. En effet, la théorie des infractions clandestines ne rallonge pas le délai de prescription, il sera toujours le même que celui prévu pour l'ensemble des infractions, elle se contente seulement de différer la date à laquelle celui-ci commencera à courir. Le délai de prescription est ainsi, « *pour une infraction donnée, absolument intangible* »[2252]. Une telle interprétation relève de la logique et est d'ailleurs partagée par les auteurs ayant commenté la

---

[2250] E. Vergès, « La prescription de l'action publique rénovée. A propos de la loi n°2017-242 du 27 février 2017 portant réforme de la prescription en matière pénale », RSC 2017 p.91.

[2251] E. Daoud, « La prescription des infractions occultes ou dissimulées en droit pénal des affaires : à la poursuite du temps perdu », Droit pénal n°5, Mai 2017, dossier 3.
; C. Ribeyre, « Loi n° 2017-242 du 27 février 2017 portant réforme de la prescription en matière pénale : enfin adoptée mais bientôt adaptée ! », *op.cit.*

[2252] *Ibid.*

loi[2253]. L'instauration de ce délai butoir a pu être qualifiée d'« *originale* », pourtant un tel mécanisme avait déjà été pu être instauré en matière pénale. En effet, les codes pénaux de 1791 et du 3 brumaire an IV, lesquels fixaient d'une manière générale le point de départ du délai de prescription au jour où le délit avait été connu ou légalement constaté, prévoyaient également un délai butoir[2254]. En revanche, celui-ci ne commençait à courir, de la même façon que le délai de prescription, qu'au jour où le délit était connu ou dûment constaté[2255]. De la sorte, « *le coupable n'avait alors aucune chance de prescrire l'action publique sauf négligence des autorités de poursuite* »[2256]. Cette solution déjà très critiquée à l'époque avait donc poussé le législateur en 1808 à renoncer au report du point de départ[2257]. Ainsi, la solution retenue par le législateur contemporain est plus favorable que celle retenue sous l'ancien droit, mais encore plus que ne l'était la jurisprudence sur les infractions clandestines[2258] laquelle ne prévoyait aucun délai butoir. En effet, une telle limitation temporelle imposée au report du point de départ va à l'encontre de l'essence même de la théorie créée par la Cour de cassation, laquelle repose notamment sur l'absence de négligence de la part des autorités de poursuites. Or, en instituant un délai butoir, le législateur réaffirme son attachement à la « *grande loi de l'oubli* ». Cela semble donc paradoxal, de venir à la fois confirmer et élargir une théorie hostile à ce principe, tout en instituant un mécanisme qui va dans ce sens. Le bien-fondé de l'instauration du délai butoir a donc pu être interrogé par les auteurs. Si l'idée pourrait être intéressante, afin d'éviter des imprescriptibilités de fait[2259], l'on se demande pourquoi une telle faveur est faite à des auteurs d'infractions particulièrement astucieuses. Or, si l'on rappelle que la théorie a été créée pour éviter la prescription trop hâtive « *de délits liés à la vie économique et/ou politique, ce délai butoir est porteur de suspicions, en ce qu'il semble être une faveur faite aux délinquants d'affaires ou aux responsables politiques peu vertueux, faveur particulièrement inappropriée dans le contexte actuel* »[2260]. La presse a également fait part de telles suspicions, un journaliste estime ainsi que si le délai butoir est « *cohérent avec le principe réaffirmé que seuls les crimes contre l'humanité sont imprescriptibles en droit français* », en revanche « *le risque est grand que la loi et le législateur se trouvent accusés de protéger les puissants, si une affaire qui choque l'opinion publique profite de cette absolution procédurale* »[2261].

[2253] C. Ribeyre, « Loi n° 2017-242 du 27 février 2017 portant réforme de la prescription en matière pénale : enfin adoptée mais bientôt adaptée ! », *op.cit.* ; E. Daoud, « La prescription des infractions occultes ou dissimulées en droit pénal des affaires : à la poursuite du temps perdu », *op.cit.* ; J. Maillard, « La réforme de la prescription pénale : une « amnistie » ... occulte et dissimulée ? », Gaz. Palais, 18 avril 2017, n° 15, p. 21 ; A. Mihman, « La réforme de la prescription de l'action publique », Gaz. Palais, 7 mars 2017, n° 10, p. 14. ; J. Leblois-Happe, « La réforme de la prescription, enfin ! Loi n°2017-242 du 27 février 2017 », JCP G n°15, 10 avril 2017, doctr. 424 ; J.-B. Thierry, « La réforme de la prescription pénale : simplifier ? », *précit. ;* L. Griffon-Yarza, « Aspects pratiques de la réforme de la prescription pénale » », Lexbase Hebdo, éd. privée n˚686, 2 fév.2017 ; J. Buisson, « La réforme de la prescription en matière pénale par la loi n°2017-242 du 27 février 2017 », Procédures n°4, avril 2017, étude 20 ; E. Dreyer, « Réforme de la prescription : le baiser empoisonné », Gaz. Palais, 24 janvier 2017, n°4, p.40 ; C. Ingrain, R. Lorrain, « Réforme de la prescription pénale : la mise en œuvre et les conséquences (in)attendues de l'application immédiate de la loi », Dalloz actualité, 20 février 2017.

[2254] A. Mihman, *Juger à temps. Le juste temps de la réponse pénale*, L'Harmattan, 2008, n°373, p.415.

[2255] *Ibid.*

[2256] *Ibid.*

[2257] *Ibid.*

[2258] J. Lasserre-Capdeville, « Le droit régissant la prescription en matière pénale est réformé », AJ Collectivités Territoriales 2017 p.120.

[2259] J.-B. Perrier « L'essentiel et le détail de la réforme de la prescription en matière pénale », D. 2017 p.713.

[2260] *Ibid.*

[2261] J.-B. Jacquin, « Sous la réforme de la prescription couve une braise », Le Monde, 4 mars 2017.

322. ***Une articulation difficile avec les délais de prescription dérogatoires***. Par ailleurs, le délai butoir pose question quant à son articulation avec les infractions pour lesquelles le législateur a prévu un délai de prescription dérogatoire d'une durée supérieure à celle prévue pour ce nouveau mécanisme. Si certains ont pu estimer que « *l'effet de la limite ainsi posée demeure faible, puisque le délai butoir de trente ans correspond au régime de prescription pour les infractions les plus graves* »[2262], il ne faut pas oublier qu'en revanche certains délits se prescrivent par vingt ans soit huit ans après la date d'échéance prévue par le délai butoir. La doctrine a alors souligné qu'il fallait « *excepter évidemment les hypothèses dans lesquelles des délais plus longs sont prévus par la loi, délais de 20 ans ou de 30 ans pour certains délits et crimes* », puisque « *la qualification d'une infraction de « clandestine » ne [peut] être utilisée pour abaisser un délai de prescription* »[2263]. Mais cela signifie-t-il que ces infractions sont exemptes du mécanisme du délai butoir mais peuvent tout de même bénéficier du mécanisme du report du point de départ ? En ce cas, ces infractions pour lesquelles le délai de prescription est déjà particulièrement long risquent de devenir imprescriptibles en faits, « *ce qui peut s'avérer généreux pour les délits concernés* »[2264], ce que le législateur cherchait pourtant à combattre. A l'inverse, faut-il percevoir la consécration légale du report du point de départ comme indissociable de sa contrepartie instituée par le délai butoir ? De la sorte, ces infractions bénéficiant d'un délai de prescription allongé ne pourraient pas se voir appliquer le délai butoir, mais ne pourraient non plus bénéficier du mécanisme du report du point de départ en cas de clandestinité. Or, en ce cas, on exclut les infractions considérées comme les plus graves du champ d'application du mécanisme prétorien, ce qui avait été vivement critiqué par la doctrine[2265]. C'est pourtant la solution que semble retenir la circulaire d'application de la loi, laquelle précise qu'« *il découle logiquement de la création de ces délais butoirs que les dispositions de l'article 9-1 généralisant le point de départ différé de la prescription sont sans aucune portée pour les délits soumis à une prescription dérogatoire de vingt ans et pour les crimes soumis à une prescription dérogatoire de trente ans* »[2266]. En visant plus généralement les « *dispositions* » du nouvel article 9-1, la circulaire exclut bien les délits bénéficiant d'une prescription vicennale ainsi que les crimes bénéficiant d'une prescription trentenaire.

323. ***Une articulation difficile avec les causes d'interruption du délai de prescription***. En outre, l'instauration du délai butoir suscite des interrogations quant à son articulation avec les règles d'interruption du délai de prescription[2267]. En effet, comme le souligne Monsieur Mihman, la qualité rédactionnelle du texte pose encore question, puisque comme le texte parle du « *délai de prescription* » et non du report du point de départ, « *la prescription paraît acquise au plus tard, et en tout état de cause, 12 années révolues pour les délits et 30 années révolues pour les crimes à compter du jour de la commission de l'infraction* »[2268]. Ainsi, l'interruption de la prescription ne pourrait pas jouer à la fois « *parce que ces règles ne peuvent s'appliquer tant que le délai de prescription n'a pas commencé à courir (or le point de départ est reporté au jour de*

[2262] E. Vergès, « La prescription de l'action publique rénovée. A propos de la loi n°2017-242 du 27 février 2017 portant réforme de la prescription en matière pénale », *op.cit.*
[2263] C. Ribeyre, « Loi n° 2017-242 du 27 février 2017 portant réforme de la prescription en matière pénale : enfin adoptée mais bientôt adaptée ! », *op.cit.*
[2264] *Ibid.*
[2265] V. nos développements en *supra* n°266 et s.
[2266] Circulaire 28 février 2017 *op.cit.*
[2267] A. Mihman, « La réforme de la prescription de l'action publique », *op.cit.*
[2268] *Ibid.*

l'apparition des faits…) » ; mais également parce que « *s'agissant d'une prescription absolue, des actes interruptifs ne peuvent interrompre une prescription acquise...* »[2269]. Encore faudrait-il que le délai butoir soit interprété de cette manière par les juridictions répressives. Mais si tel était le cas, le report du point de départ ne présenterait plus aucun avantage dans certaines hypothèses, voire « *il aurait été plus intéressant, […] pour les victimes, que ces infractions se prescrivent selon le droit commun, le délai pouvant être reconduit sans limite par des actes interruptifs de prescription* »[2270]. Mais à bien regarder, il ne semble pas que le législateur ait souhaité paralyser le jeu de l'interruption. En effet, la circulaire d'application de la loi précise qu'« *il résulte de ces délais butoirs que si, avant l'expiration d'un délai de douze ou trente ans à compter de sa commission, un délit ou un crime occulte ou dissimulé n'a pas été découvert et n'a pas fait l'objet d'un acte interruptif de prescription, ces faits seront définitivement prescrits et ne pourront plus donner lieu à poursuite* ». L'interruption peut donc venir paralyser le cours de la prescription, en dépit du délai butoir. La circulaire précise d'ailleurs que « *si un acte interruptif est intervenu avant l'expiration de ces délais butoirs, s'appliquent alors les nouveaux délais de prescription de droit commun de 6 ans et de 20 ans* »[2271]. Seul le point de départ de la prescription doit être fixé avant l'échéance du délai butoir, peu importe qu'une acte interruptif de prescription repousse la date à laquelle l'infraction sera prescrite au-delà des douze ou trente ans prévus par le délai butoir.

324. ***Une articulation difficile avec les causes de suspension du délai de prescription.*** Enfin, un autre mécanisme affectant le cours de la prescription se retrouve aux prises avec le délai butoir. En effet, la loi du 27 février 2017 vient également confirmer la jurisprudence relative au mécanisme de suspension du délai de prescription. Ainsi un nouvel article 9-3 du Code de procédure pénale énonce désormais que *« Tout obstacle de droit, prévu par la loi, ou tout obstacle de fait insurmontable et assimilable à la force majeure, qui rend impossible la mise en mouvement ou l'exercice de l'action publique suspend la prescription* ». De la sorte, le législateur vient notamment confirmer la jurisprudence relative à « *l'octuple infanticide* »[2272], celle-là même qui avait pourtant entretenu les confusions entre le report du point du départ et la suspension en validant une suspension *ab initio*[2273]. Certains auteurs ont d'ailleurs eu du mal à distinguer les deux mécanismes, ainsi certains ont affirmé que « *l'Assemblée plénière de la Cour de cassation avait consacré, en date du 7 novembre 2014*[2274]*[…], la notion d'infraction clandestine en matière d'infractions aux personnes en reportant le point de départ de la prescription au jour de la découverte d'enfants tués et dissimulés à leur naissance* »[2275], quand l'arrêt faisait le choix d'une suspension *ab initio*. Un arrêt de la chambre criminelle du 13 décembre 2017[2276] peut interroger quant à la pérennité de la solution rendue dans l'affaire de l'octuple infanticide en ce qu'en l'espèce, la dissimulation du meurtre et du corps de la victime par l'auteur n'a pas été admis ni au titre d'une infraction clandestine, ni au titre d'une suspension du délai de prescription. Toutefois dans cette affaire, la famille de la victime avait effectué une procédure de signalement, l'entrave à la découverte du crime était donc moins

[2269] *Ibid.*
[2270] *Ibid.*
[2271] Circulaire 28 février 2017, *op.cit.*
[2272] C. Ribeyre, « Loi n° 2017-242 du 27 février 2017 portant réforme de la prescription en matière pénale : enfin adoptée mais bientôt adaptée ! », *op.cit.*
[2273] V. *supra* n°255 et s.
[2274] Cass. ass. plén., 7 nov. 2014, n° 14-83.739 dit de « l'octuple infanticide ».
[2275] A.-S. Chavent-Leclère, « Notion d'infraction dissimulée », Procédures n° 2, Février 2018, comm. 59.
[2276] Cass. crim., 13 déc. 2017, n° 17-83.330.

insurmontable que dans l'hypothèse précédente où la naissance des victime avait été dissimulée. Pour un auteur, il pourrait y avoir ainsi « *un risque que la dissimulation soit assimilée à une cause de suspension du délai de prescription* » puisque le texte évoque « *un obstacle assimilable à la force majeure, et non de force majeure, stricto sensu* »[2277]. De sorte, le recours à la suspension deviendrait même plus intéressant que l'application de la théorie des infractions clandestines pour les infractions révélées au-delà du délai butoir. En effet, la suspension, si elle peut jouer *ab initio*, permettrait la mise en pause du délai de prescription dès la commission de l'infraction, pour une durée indéterminée. Cette durée pouvant de sorte aller au-delà du délai butoir, de manière presque illimitée. Il serait donc possible de cette façon de contourner le délai butoir institué par la loi du 27 février 2017. Ainsi, « *on se rend bien compte que la notion de délai-butoir risque d'être la source d'importantes incertitudes et de contentieux* »[2278], mais ce n'est pas la seule, puisque l'application dans le temps de la loi nouvelle suscite déjà de nombreuses interrogations.

B- Les incertitudes générées par l'article 4 de la loi du 27 février 2017

325. ***Le principe de l'article 112-2 du code pénal***. La question de l'application dans le temps des lois de procédure, et plus particulièrement, de prescription, a longtemps fait débat[2279]. Mais elle est aujourd'hui résolue par l'article 112-2 du Code pénal. Depuis la loi du 9 mars 2004, celui-ci énonce le principe selon lequel les lois de procédure « *sont applicables immédiatement à la répression des infractions commises avant leur entrée en vigueur : […], Lorsque les prescriptions ne sont pas acquises, les lois relatives à la prescription de l'action publique et à la prescription des peines* ». Ainsi en principe les lois de prescription sont d'application immédiate, mais uniquement pour les infractions qui ne sont pas d'ores et déjà prescrites. Confirmant la jurisprudence selon laquelle on ne peut faire renaître un délai expiré[2280], le Code pénal prévoit ainsi qu'une nouvelle loi de prescription ne peut avoir pour effet de rouvrir une affaire prescrite sous l'empire de la loi ancienne et de la jurisprudence alors applicable[2281]. Si « *les prescriptions acquises ne seront pas remises en cause* »[2282], en revanche la loi nouvelle pourrait s'appliquer à toutes les autres infractions pour lesquelles la prescription n'était pas acquise. De la sorte, le délai butoir pourrait prescrire des infractions qui n'auraient pas été prescrites sous l'empire de la jurisprudence antérieure à la réforme.

326. ***L'exception à l'article 112-2 du code pénal.*** Toutefois, les parlementaires ont exprimé le souhait que « *cette loi ne [soit] pas considérée comme une loi de procédure d'application*

[2277] J.-B. Thierry, « La réforme de la prescription pénale : simplifier ? », *op.cit.*
[2278] A. Mihman, « La réforme de la prescription de l'action publique », *op.cit.*
[2279] A. Merle, R. Vitu, *Traité de droit criminel. Tome 2, Procédure pénale*, *op. cit*., n°283 cité par C. Ingrain, R. Lorrain, « Réforme de la prescription pénale : la mise en œuvre et les conséquences (in)attendues de l'application immédiate de la loi », *op.cit.*
[2280] E. Dreyer, « Les conflits de lois de prescription dans le temps », Gaz. du Palais, 19 mai 2015, n° 139, p. 31. ; V. également Cass. crim., 16 mai 1931, Gaz. Pal. Rec.1931, 2, p. 178 ; Cass. crim., 14 mai 1991, n° 90-83783 : Bull. crim., n° 203.
[2281] Le terme de « loi » est interprété largement par la CEDH, laquelle englobe les textes législatifs ainsi que l'interprétation qui en est faite par les juges. C. Ingrain, R. Lorrain, « Réforme de la prescription pénale : la mise en œuvre et les conséquences (in)attendues de l'application immédiate de la loi », *op.cit.*
[2282] J.-B. Thierry, « La réforme de la prescription pénale : simplifier ? », *op.cit.*

immédiate. Ainsi ne pourra-t-elle s'appliquer qu'aux faits qui se produiront après son adoption »[2283]. L'objectif du législateur était d'éviter que l'application immédiate du nouvel article 9-1 ne conduise à prescrire des « *infractions pour lesquelles l'action publique a déjà été valablement mise en mouvement, dans des hypothèses où, pour des infractions occultes ou dissimulées, les poursuites auraient été engagées plus de douze ou trente ans après les faits* »[2284]. On aurait pu dès lors se référer à la jurisprudence de la Cour de cassation « *dans des cas où la prescription avait été réduite alors que des poursuites avaient déjà été engagées* »[2285]. Mais la réforme créant le délai butoir génère une situation d'une complexité supérieure à celles déjà envisagées par la Cour de cassation[2286]. Le législateur a donc créé une disposition transitoire pour résoudre les difficultés liées à l'application du délai butoir. Ainsi, l'article 4 de la loi du 27 février 2017 prévoit que « *La présente loi ne peut avoir pour effet de prescrire des infractions qui, au moment de son entrée en vigueur, avaient valablement donné lieu à la mise en mouvement ou à l'exercice de l'action publique à une date à laquelle, en vertu des dispositions législatives alors applicables et conformément à leur interprétation jurisprudentielle, la prescription n'était pas acquise* ». Le texte ainsi adopté est finalement « *moins clair que ce qu'il était permis d'espérer* »[2287]. En effet, il a été l'objet de nombreuses interrogations de la part des commentateurs[2288]. Il résulte de la lecture de cette disposition transitoire que si une infraction clandestine commise avant l'entrée en vigueur de la loi, avait donné lieu à des poursuites, valablement déclenchées en raison de la jurisprudence alors applicable, la loi nouvelle ne lui sera pas appliquée[2289]. L'applicabilité immédiate de la loi de prescription est donc écartée dans cette hypothèse comme l'avait souhaité le député à l'origine de la réforme, Georges Fenech, lequel avait annoncé : « *ce dispositif ne s'appliquera pas pour les infractions qui ont déjà fait l'objet de poursuite à l'heure où je parle* »[2290]. Ainsi pour que la loi nouvelle soit d'application immédiate, la condition posée par l'article 112-2[2291] devra être respectée mais également l'article 4 de la loi nouvelle lequel ajoute la condition cumulative de l'absence de mise en mouvement de l'action publique[2292]. En revanche, si l'on lit l'article 4 *a contrario*, il semble qu'une infraction clandestine découverte avant l'entrée en vigueur de la loi, et non encore prescrite sous l'empire de la loi ancienne[2293], se verra appliquer la loi nouvelle de façon immédiate si celle-ci n'a pas fait l'objet de poursuites. Ainsi, le délai butoir pourra venir prescrire une infraction qui ne l'aurait pas été sous l'empire de la loi ancienne. Dès lors, on peut considérer que la disposition transitoire déroge à l'article 112-2 du Code pénal, en

---

[2283] Déclaration du 14 février 2017 du député A. Tourret, cité par C. Ingrain, R. Lorrain, « Réforme de la prescription pénale : la mise en œuvre et les conséquences (in)attendues de l'application immédiate de la loi », *op.cit.*

[2284] Séance du 11 octobre 2016 cité par *Ibid.*

[2285] *Ibid.*

[2286] *Ibid.*

[2287] *Ibid.*

[2288] *Ibid.* ; J.-B. Thierry, « La réforme de la prescription pénale : simplifier ? », *op.cit.* ; C. Ribeyre, « Loi n° 2017-242 du 27 février 2017 portant réforme de la prescription en matière pénale : enfin adoptée mais bientôt adaptée ! », *op.cit.* ; A. Mihman, « La réforme de la prescription de l'action publique », Gaz. Palais, 7 mars 2017, n° 10, p. 14.

[2289] C. Ingrain, R. Lorrain, « Réforme de la prescription pénale : la mise en œuvre et les conséquences (in)attendues de l'application immédiate de la loi », *op.cit.* ; pour une application en jurisprudence v. not. Cass., criminelle, crim., 9 janvier 2019, 17-83.587.

[2290] C. Fleuriot, « Les délais de prescription en matière pénale vont doubler. Proposition de loi portant réforme de la prescription en matière pénale », Dalloz actualité, 17 février 2017.

[2291] De l'absence d'une prescription déjà acquise.

[2292] C. Ingrain, R. Lorrain, « Réforme de la prescription pénale : la mise en œuvre et les conséquences (in)attendues de l'application immédiate de la loi », *op.cit.*

[2293] *Lato sensu.*

ce qu'elle y intègre « *une once de rétroactivité qui n'était pas prévue par les textes* », et en ce sens est plus favorable à la personne poursuivie[2294]. Certains ont pu regretter que le législateur n'ait pas prévu un dispositif similaire à celui qui était anciennement prévu à l'article 112-2, lequel excluait l'application immédiate des lois de prescription aggravant la situation de l'intéressé[2295]. L'auteur estime ainsi que le législateur considère sa loi comme plus douce. Certes, si l'on se place du côté des délinquants, la loi nouvelle est plus douce, puisqu'en cas d'infraction clandestine, le point de départ du délai de prescription ne pourra pas être repoussé indéfiniment et donc l'infraction pourra au bout d'un certain temps être prescrite. Mais celle-ci procède également à l'allongement des délais de prescription des crimes et délits. En revanche si l'on se place du côté des autorités de poursuites et de la victime, alors la loi paraît plus sévère que la jurisprudence puisque ceux-ci ne disposent désormais plus seulement que de douze ou trente ans pour découvrir l'existence de l'infraction, alors même qu'ils n'étaient pas limités temporellement auparavant. Tout dépend donc du côté duquel on se place.

327. ***Ratio legis***. D'après la circulaire d'application, la disposition transitoire a pour objectif de faire en sorte que les dispositions issues de la réforme « *ne puissent pas être comprises comme susceptibles de remettre en cause la validité des procédures en cours* ». Or, il semble que cet objectif ne soit pas totalement atteint. En effet, le texte évoque « *la mise en mouvement ou […] l'exercice de l'action publique ».* La mise en mouvement de l'action publique peut être définie comme *« le fait de porter cette action devant une juridiction répressive par l'un des moyens prévus à cet effet par la loi »*[2296]. Tandis que la poursuite renvoie à « *la saisine d'une juridiction d'instruction ou de jugement par l'exercice du droit de l'action publique* »[2297]. Ainsi, seule la saisine d'un juge du siège permettra à l'infraction clandestine commise avant l'entrée en vigueur de la loi de ne pas se voir appliquer le délai butoir. Les affaires faisant l'objet d'une enquête préliminaire ne semblent donc pas concernées par la disposition transitoire[2298]. De la sorte, « *le législateur a […] restreint l'inapplicabilité* » du délai butoir à la seule hypothèse d'une infraction ayant déjà fait l'objet de la saisine d'un juge du siège avant l'entrée en vigueur de la loi nouvelle. Au moment du vote de cet amendement, il a pu sembler à certains que l'article 4 de la nouvelle loi incitait « *les praticiens à appliquer le délai butoir aux enquêtes en cours au moment de l'entrée en vigueur de la loi […] en faisant fi d'éventuels actes interruptifs intervenus antérieurement à la loi nouvelle* »[2299]. Ainsi, afin d'éviter la prescription de certaines affaires, « le *parquet national financier, lequel a justifié l'ouverture d'une information judiciaire portant sur les faits de détournements de fonds publics reprochés à un ancien premier ministre devenu candidat à l'élection présidentielle en raison de l'ancienneté des faits et de l'exigence de la mise en œuvre de l'action publique résultant de l'article 4*

[2294] C. Ingrain, R. Lorrain, « Réforme de la prescription pénale : la mise en œuvre et les conséquences (in)attendues de l'application immédiate de la loi », *op.cit.*

[2295] J.-B. Thierry, « La réforme de la prescription pénale : simplifier ? », *op.cit.*

[2296] Rép. Pen., v°Action Publique, par F. Molins, n°55 cité par C. Ingrain et R. Lorrain, Réforme de la prescription pénale : la mise en œuvre et les conséquences (in)attendues de l'application immédiate de la loi, Dalloz Actu., 20 février 2017.

[2297] S. Guinchard, J. Buisson, *Procédure Pénale*, LexisNexis, 9ème éd., 2013, p.983 cité par C. Ingrain et R. Lorrain, Réforme de la prescription pénale : la mise en œuvre et les conséquences (in)attendues de l'application immédiate de la loi, Dalloz Actu., 20 février 2017.

[2298] C. Ingrain, R. Lorrain, « Réforme de la prescription pénale : la mise en œuvre et les conséquences (in)attendues de l'application immédiate de la loi », *op.cit.* ; E. Daoud, « La prescription des infractions occultes ou dissimulées en droit pénal des affaires : à la poursuite du temps perdu », *op.cit.*

[2299] *Ibid.*

de la loi adoptée définitivement le 16 févier 2017 »[2300]. L'objectif clairement assumé était donc d'éviter « la *prescription de certains faits, due non pas à l'inaction des autorités de poursuites mais à l'action du législateur* »[2301]. Toutefois, la circulaire d'application de la loi a par la suite énoncé que « *cet article n'implique cependant pas que l'interruption de la prescription par des actes d'enquête émanant du ministère public ou des procès-verbaux dressés par la police judiciaire tendant effectivement à la recherche et à la poursuite de leurs auteurs serait remise en cause en l'absence de mise en mouvement de l'action publique intervenue avant l'entrée en vigueur de la loi* ». Celle-ci s'inspire directement de « la jurisprudence traditionnelle [laquelle] estime ainsi, en cas de correctionnalisation légale de faits criminels, désormais prescrits par 3 ans au lieu de 10 ans, que l'entrée en vigueur d'une nouvelle prescription plus courte « *ne saurait avoir pour effet de remettre en cause l'interruption de la prescription déjà réalisée à cette date* »[2302] » [2303]. Finalement, si la Cour de cassation retient une telle interprétation, somme toute légitime, ne se verront appliquer immédiatement la loi nouvelle, et donc le délai butoir, que les infractions clandestines commises avant l'entrée en vigueur de la loi et n'ayant fait l'objet ni de poursuites, ni de tout acte interruptif de prescription. Par ailleurs, il nous semblerait logique que l'interruption intervenue avant le délai butoir fera recommencer le délai de prescription à zéro sans que ce nouveau délai ne soit impacté par le délai butoir qui aura déjà fait son œuvre. La même solution devrait également être admise concernant un acte suspensif.

328. ***QPC***. En outre, un magistrat a pu estimer qu'il ne faisait « *aucun doute qu'une question prioritaire de constitutionnalité sera déposée* ». Selon lui, la disposition transitoire introduirait en effet « *une discrimination évidente entre les justiciables, les uns ayant un droit automatique à la règle des 12-30 ans, les autres en étant privés du seul fait de la date à laquelle les poursuites auront été engagées, à l'encontre de ce que dit l'article 112-2 du Code pénal* »[2304]. Pour lui la différence de traitement ne serait aucunement justifiée, les situations n'étant pas différentes, et la différence de traitement sans aucun rapport avec l'objet de la loi du 27 février 2017[2305]. Sa prédiction s'est avérée juste puisque par la suite plusieurs questions prioritaires de constitutionnalité ont été déposées. Deux première questions ont dans un premier temps été posées à la chambre criminelle, laquelle a refusé de transmettre ces QPC dans deux arrêts en date du 28 juin 2017[2306]. Un premier requérant alléguait du non-respect du principe d'égalité garanti par l'article 6 de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen. Les Hauts magistrats ont estimé que la question posée ne présentait « *pas un caractère sérieux, dès lors que la différence de traitement qui en résulte, entre des personnes ayant commis les mêmes crimes ou délits aux mêmes dates, selon l'intervention ou non d'actes de mise en mouvement ou d'exercice de l'action publique, est en rapport direct avec la loi dont l'objet est de prévoir les conditions d'acquisition de la prescription de l'action publique* »[2307]. Le

---

[2300] E. Daoud, « La prescription des infractions occultes ou dissimulées en droit pénal des affaires : à la poursuite du temps perdu », *op.cit*.
[2301] J.-B. Perrier « L'essentiel et le détail de la réforme de la prescription en matière pénale », *op.cit*.
[2302] Cass. crim.29 avril 1997, Bull. crim, n°155.
[2303] Circulaire du 28 février 2017, *précit*.
[2304] J. Maillard, « La réforme de la prescription pénale : une « amnistie » ... occulte et dissimulée ? », *op.cit.*
[2305] A l'opposé donc, de ce qu'exige le Conseil constitutionnel pour admettre une différence de traitement : « *Le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général, pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport avec l'objet de la loi qui l'établit*. »
[2306] Cass., crim. 28 juin 2017, n° 17-90.010 et n° 17-81.510.
[2307] Cass., crim. 28 juin 2017, n° 17-90.010.

second requérant arguait quant à lui non seulement du non-respect du même principe d'égalité, mais également au principe de rétroactivité *in mitius* consacré par l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, ainsi que de la garantie des droits et la présomption d'innocence affirmées aux articles 16 et 9 de la même déclaration. Au premier argument avancé par la chambre criminelle dans l'arrêt précédent, celle-ci ajoute ici que la disposition à laquelle il est fait grief « *ayant vocation à aménager dans le temps les conséquences de la modification des règles relatives à la prescription des crimes et délits qui a pour seul effet de faire obstacle à l'exercice des poursuites, est étrangère aux droits et libertés garantis par l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme définissant les principes de légalité criminelle et de nécessité des peines* ». En outre, elle ajoute que « *si, selon l'article 9 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, tout homme est présumé innocent tant qu'il n'a pas été déclaré coupable, l'application des règles de la prescription de l'action publique est sans incidence sur la présomption d'innocence* »[2308]. C'est finalement par un arrêt du 2 juin 2021[2309] que la chambre criminelle accepte de transmettre la QPC d'un requérant arguant de la contrariété de l'article 4 de la loi de 2017 avec les exigences relatives à la prescription de l'action publique[2310], le principe de légalité et la séparation des pouvoirs[2311], ainsi qu'au principe de précision, d'intelligibilité et de prévisibilité de la loi[2312]. Ce revirement intervient après une décision du Conseil constitutionnel du 24 mai 2019[2313] dans laquelle il décide pour la première fois qu'« *il résulte du principe de nécessité des peines, protégé par l'article 8 de la Déclaration de 1789, et de la garantie des droits, proclamée par l'article 16 de la même déclaration, un principe selon lequel, en matière pénale, il appartient au législateur, afin de tenir compte des conséquences attachées à l'écoulement du temps, de fixer des règles relatives à la prescription de l'action publique qui ne soient pas manifestement inadaptées à la nature ou à la gravité des infractions* ». Ainsi, les règles de prescription devraient respecter le principe de nécessité. Partant, le Conseil constitutionnel contredit la Cour de cassation qui refusait de voir un lien entre l'article 8 de la DDDHC de 1789 et le droit à la prescription dans son arrêt du 28 juin 2017. Sachant que de cet article découlent les principes de non-rétroactivité de la loi pénale plus sévère, et de rétroactivité *in mitius*[2314], lequel s'est vu conférer valeur constitutionnelle depuis 1981[2315]. Le doute était donc permis quant à une potentielle contradiction de l'article 4 de la loi de 2017 avec le principe de nécessité des peines protégé à l'article 8 de la DDHC. En effet, la solution de 2019 couplée à celle de 1981 énonçant que le fait de ne pas appliquer la loi nouvelle plus douce aux infractions commises sous l'empire de la loi ancienne « *revient à permettre au juge de prononcer les peines prévues par la loi ancienne et qui, selon l'appréciation même du législateur, ne sont plus nécessaires* »[2316] questionnait l'exception prévue à l'application de la loi dans le temps prévue par cet article. Ainsi, dans leur arrêt du 2 juin 2021, les Hauts-magistrats, estiment que le sérieux de la question réside en ce que l'article 4 de la loi du 2017

[2308] Crim. 28 juin 2017, n° 17-81.510.
[2309] Crim., 2 juin 2021, n°21-80.726.
[2310] Qui découle des articles 8 et 16 de la DDHC.
[2311] Découlant de l'article 34 de la Constitution.
[2312] Qui découle des articles 34 de la Constitution, 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789.
[2313] Cons. const. 24 mai 2019, n° 2019-785 QPC, D. 2019. 1815, et les obs., note J.-B. Perrier ; *ibid*. 1626, obs. J. Pradel ; *ibid*. 2020. 1324, obs. E. Debaets et N. Jacquinot ; AJ pénal 2019. 398, obs. S. Papillon ; Constitutions 2019. 305, Décision ; Dr. pénal 2019. 26, obs. Conte.
[2314] S. Goudjil, « Exclusion de l'application immédiate de dispositions relatives à la prescription de l'action publique », Dalloz actualité 01 octobre 2021.
[2315] Cons. const. 20 janv. 1981, n° 80-127 DC, Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes.
[2316] *Ibid.*

« *qui fait obstacle à l'application immédiate des dispositions plus douces de l'article 9-1, alinéa 3, du code de procédure pénale, [instaurant le délai butoir] est susceptible de ne pas être adapté à la nature ou à la gravité des infractions* ». Ils se réfèrent ainsi « *aux exigences relatives à la prescription de l'action publique qui découlent des articles 8 et 16* » de la DDHC, telles qu'énoncées dans la décision du Conseil constitutionnel du 24 mai 2019[2317] qu'ils citent également. Il revenait donc notamment au Conseil constitutionnel de déterminer si le principe de rétroactivité *in mitius* devait s'appliquer à une loi de prescription. Or, il estime dans une décision QPC du 2 juin 2021 que les dispositions de l'article 4 de la loi de 2017 « *n'instituent ni une infraction ni une peine* »[2318], dès lors le principe de rétroactivité *in mitius* ne peut s'appliquer à celles-ci, le Conseil réservant son application uniquement à des règles de fond conformément à sa jurisprudence antérieure[2319]. L'arrêt de 2019 n'aura pas modifié l'appréhension qu'il fait des lois de prescription, malgré leur rattachement constitutionnel nouveau. Il confirme ainsi la nature procédurale des lois de prescriptions[2320]. Par ailleurs, le Conseil constitutionnel estime que les dispositions contestées ont « *pour seul objet d'organiser les conditions d'application dans le temps de la loi du 27 février 2017, et non de fixer des règles relatives à la prescription de l'action publique* »[2321]. Dès lors, il juge que le principe selon lequel il appartient au législateur de fixer des règles relatives à la prescription de l'action publique qui ne soient pas manifestement inadaptées à la nature ou à la gravité des infractions[2322] ne s'applique pas à l'article 4 de la loi de 2017. La contradiction entre l'objectif affiché de la loi, éviter l'imprescriptibilité de fait, et les conséquences contraires de ces dispositions n'est ainsi pas discuté[2323]. Toutefois, la question du respect du principe de nécessité aurait pu être davantage discutée, eu égard au principe qu'il édicte lui-même selon lequel il convient d'« *éviter une rigueur non nécessaire lors de la recherche des auteurs d'infractions* » [2324]. En outre, les Sages de la rue Montpensier écartent le grief de la méconnaissance du principe d'égalité devant la loi sans autre précision. Pourtant, au-delà de la simple organisation de l'application de la loi dans le temps, ces dispositions créent une véritable différence entre les infractions clandestines selon qu'elles aient donné lieu ou non à la saisine d'un juge, disposition visiblement utilitaire, prévue pour sauver les procédures en cours. Le Conseil constitutionnel se retranche ainsi derrière le caractère organisationnel de ces dispositions pour ne pas avoir à les confronter au principe d'égalité.

§2 : L'avenir de la théorie des infractions clandestines

329. Finalement, par suite de la réforme, les incertitudes sont grandes quant à l'avenir de la théorie des infractions clandestines. L'on ne sait encore déterminer toutes les conséquences de la loi du 27 février 2017 sur la notion d'infraction clandestine (**A**), mais la théorie pourrait peut-être trouver un nouveau souffle grâce à de nouvelles implications (**B**).

[2317] Cons. const., 24 mai 2019, n° 2019-785 QPC.
[2318] Cons. const. , cons. n°10.
[2319] S. Goudjil, « Exclusion de l'application immédiate de dispositions relatives à la prescription de l'action publique », Dalloz actualité 01 octobre 2021 qui cite Cons. const. 30 juill. 2010, n° 2010-19/27 QPC, Constitutions 2010. 595, obs. C. de La Mardière.
[2320] Ccel, Décision n° 2021-926 QPC du 9 septembre 2021, Commentaire de la décision p.15.
[2321] Cons. const. , cons. n°12.
[2322] Découlant du principe de nécessité des peines, protégé par l'article 8 de la Déclaration de 1789, et de la garantie des droits, proclamée par l'article 16 de la même déclaration.
[2323] Comme le soulevait le requérant qui estimait que partant le législateur aurait méconnu les principes de précision, d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi.
[2324] Cons. const., 2 mars 2004, cons. n°5.

A- La notion d'infraction clandestine remise en question

330. ***La question des contraventions***. En consacrant la théorie des infractions clandestines, le législateur a souhaité préciser les notions d'infractions occultes et dissimulées en s'inspirant de la jurisprudence. Toutefois, ces définitions légales ne sont pas si neutres, et engendrent de nombreux questionnements, à la fois ceux qui préexistaient à la réforme mais sont désormais amplifiés, mais également de nouvelles interrogations issues de la rédaction de ces définitions. Un élément dans la rédaction de l'article 9-1 du Code de procédure pénale a tout d'abord retenu notre attention. Le texte précise en son troisième alinéa que le report du point de départ s'applique « *par dérogation au premier alinéa des articles 7 et 8* » du même code. Il renvoie ainsi au principe de la fixation du point de départ au jour de la commission de l'infraction, tant dans l'hypothèse d'un crime (à l'article 7) que d'un délit (à l'article 8). Si cette formulation semble claire, elle s'obscurcit une fois rapprochée de la circulaire d'application publiée le lendemain de l'adoption de la loi. En effet, celle-ci énonce que « *les nouvelles dispositions de l'article 9-1 sont applicables à l'ensemble des infractions, qu'il s'agisse d'une contravention, d'un délit ou d'un crime* »[2325]. Certains auteurs ont repris cette affirmation par la suite[2326], pourtant il semble que la circulaire soit en contradiction avec la lettre du texte. En effet, à aucun moment l'article 9-1 ne fait référence aux contraventions dont le mode de computation est prévu à l'article 9 du Code de procédure pénale lequel énonce désormais que « *l'action publique des contraventions se prescrit par une année révolue à compter du jour où l'infraction a été commise* ». Alors que la rédaction antérieure prévoyait que la prescription, en matière contraventionnelle, *« s'accomplit selon les distinctions spécifiées à l'article 7* ». Si la version antérieure du texte avait été conservée, l'on aurait pu considérer, par renvoi, que les contraventions pouvaient bénéficier du régime des infractions clandestines. Or tel n'est plus le cas avec la nouvelle rédaction. De plus, le délai butoir introduit par la réforme ne prévoit un tel délai que pour les délits (douze ans) et les crimes (trente ans). Ainsi, soit il s'agit encore d'un indice permettant d'affirmer que les contraventions sont totalement exclues de la théorie des infractions clandestines, soit le législateur admet le risque d'imprescriptibilité de fait pour les contraventions. Or, il serait très étonnant de le permettre pour les infractions les moins graves et de l'interdire pour les infractions les plus graves[2327]. A première vue donc, le législateur ne semble donc viser que les crimes et les délits lorsqu'il consacre la possibilité de reporter le point de départ de la prescription. Il n'est pas certain que le législateur ait souhaité volontairement écarter les contraventions du champ d'application de la théorie. D'autant plus que la circulaire d'application semble affirmer que tel est l'esprit de la réforme : rendre la jurisprudence sur les infractions clandestines « *applicable à l'ensemble des infractions* »[2328]. Cela pourrait donc tout simplement être le fait d'un oubli, d'un manque de rigueur qui ne serait pas étonnant, d'autant plus qu'à cause du calendrier législatif, les travaux parlementaires ont dû être accélérés pour permettre à la loi d'être adoptée avant la fin de la législature.

331. ***La question des crimes***. En outre, la consécration du report du point de départ en matière délictuelle ainsi en qu'en matière criminelle a été volontairement prévue en

[2325] Circulaire du 28 février 2017, *op.cit*.
[2326] L. Griffon-Yarza, « Aspects pratiques de la réforme de la prescription pénale », Droit pénal n° 5, mai 2017, dossier 2.
[2327] J. Maillard, « La réforme de la prescription pénale : une « amnistie » ... occulte et dissimulée ? », Gaz. Palais, 18 avril 2017, n° 15, p. 21.
[2328] Circulaire du 28 février 2017, *op.cit*.

termes généraux, de sorte que l'ensemble des délits et des crimes puissent bénéficier de cette exception. Telle était la volonté du législateur, lequel a notamment par maintes fois insisté sur sa volonté de faire entrer les crimes dans le champ d'application de la jurisprudence relative aux infractions clandestines[2329]. La circulaire d'application est de plus venue préciser que les nouvelles dispositions s'appliquent « *désormais dans toutes les hypothèses, y compris celles dans lesquelles, par le passé, la Cour de cassation avait refusé de différer le point de départ de la prescription* »[2330]. Ainsi, le législateur contribue à une extension considérable du champ d'application de la théorie prétorienne, alors même que le principal reproche fait à la jurisprudence était l'accroissement des infractions admises au titre d'infractions clandestines. Si certains avaient souhaité que le mécanisme soit réservé à certaines infractions spécifiques du droit des affaires[2331], le législateur fait ici tout l'inverse. L'on peut considérer qu'il va ainsi « *jusqu'au bout de [la] logique* »[2332] en généralisant la théorie créée par la Cour de cassation. Toutefois, une telle généralisation de la théorie, multiplie les incertitudes quant aux infractions susceptibles d'être qualifiées de clandestines. Si l'on est désormais sûrs qu'elle puisse s'appliquer aux crimes, reste encore à déterminer lesquels.

332. ***Incertitudes sur la notion d'infraction occulte***. Par ailleurs, les notions d'infractions occultes et dissimulées telles que définies par le législateur ont fait naître des incertitudes. D'une part, des doutes quant à la notion d'infractions occultes ont pu émerger. En effet, le nouvel article 9-1 du Code de procédure pénale les définit comme « *l'infraction qui, en raison de ses éléments constitutifs, ne peut être connue ni de la victime ni de l'autorité judiciaire* »[2333]. Tout d'abord, une incertitude doit être signalée quant aux éléments constitutifs ainsi visés par le texte. En effet, « *l'on peut se demander si la clandestinité appartient à ce que l'on nomme classiquement l'élément moral ou bien à l'élément matériel* »[2334]. Si la question pouvait se poser avant la réforme, celle-ci a désormais plus de poids du fait du manque de précision du législateur. Si l'élément matériel semble pouvoir être naturellement l'objet de cette clandestinité, rien ne semble empêcher que l'on admette que la clandestinité résulte de l'élément moral de l'infraction. Toutefois cela engendrerait « *un risque trop grand de subjectivité dans la recherche des éléments de l'infraction* »[2335]. Comme le souligne un auteur, « *cela reviendrait à confondre clandestinité et discrétion de l'auteur, tant il est bien évident qu'hormis de rares exceptions, un auteur d'infraction va tenter de cacher son méfait le plus sûrement et le plus longtemps possible* »[2336]. De plus, la preuve n'en serait que plus complexe à rapporter, de la sorte la clandestinité pourrait apparaître ou disparaître en cours de procédure[2337]. En outre, l'analyse microcosmique de l'infraction nous le révèlera[2338], mais l'élément moral de l'infraction présente une nature intrinsèquement invisible. En sorte que l'élément moral ne peut être considéré comme la source de l'invisibilité de l'infraction sous peine d'admettre le caractère occulte de l'ensemble des infractions. Toutes pourraient partant profiter du tempérament à l'institution de la

---

[2329] A. Tourret, G. Fenech, *Rapport d'information sur la prescription en matière pénale*, n°2778, *op.cit.*
[2330] Circulaire du 28 février 2017, *précit*.
[2331] E. Carrive, Note sous Cass, crim 4 janvier 1935, *op.cit.*
[2332] A. Mihman, « La réforme de la prescription de l'action publique », Gaz. Palais, 7 mars 2017, n° 10, p. 14.
[2333] C. proc. pén., art. 9-1, al. 4.
[2334] V. Claret-Tournier, *La clandestinité en matière pénale*, *op. cit.* n°32.
[2335] *Ibid.*
[2336] *Ibid.*
[2337] J. Maillard, « La réforme de la prescription pénale : une « amnistie »... occulte et dissimulée ? », *op.cit.*
[2338] V. nos développements en seconde partie, *infra*, n°351 et s.

prescription de l'action publique qu'il permet[2339]. Or, à l'évidence, ce n'est pas ce que visait le législateur en adoptant cette définition. De plus, on ne saurait admettre d'automaticité entre invisibilité de l'élément moral de l'infraction et invisibilité macrocosmique de celle-ci. L'usage du pluriel dans le texte pourrait indiquer le caractère cumulatif de la source de l'invisibilité à rechercher à la fois dans l'aspect moral et dans l'aspect matériel de l'infraction. Mais là encore, la référence à l'élément moral est superflue eu égard à sa nature. La source de cette invisibilité serait donc à rechercher dans l'élément matériel de l'infraction uniquement. Mais dans ce cas, l'infraction occulte ne serait-elle pas une infraction qui ne peut se commettre que de façon dissimulée, car définie ainsi par le législateur ? La différence avec la catégorie des infractions dissimulées résultant dans la possibilité pour celles-ci d'être réprimées en dehors de tout acte de dissimulation. L'incertitude est conséquente en la matière, mais tel n'est pas le seul doute qui nous parvient à la lecture du nouvel article 9-1. En effet, si l'on considère en outre qu'est, dans cette catégorie, visée l'infraction « *non apparente du fait même de sa définition* »[2340], qui ne peut donc « *se commettre ostensiblement* »[2341], alors se pose la question de l'avenir de la jurisprudence de la Cour de cassation qui consacrait en tant qu'infraction occulte, certaines infractions pour lesquelles *« rien dans leur définition ne s'oppose à ce qu'[elles] soient perpétré[e]s ouvertement* »[2342]. En effet, il semble logique qu'une infraction considérée comme occulte par nature le soit dans toutes circonstances. La question se pose donc notamment pour le délit d'abus de confiance[2343], qui peut tout à fait être perpétré au vu et au su de la victime et des autorités. Encore que son appartenance à cette catégorie ait pu être discutée[2344]. Mais la question pourrait se poser également pour l'altération de preuves[2345], définie comme « *le fait, en vue de faire obstacle à la manifestation de la vérité : 1° De modifier l'état des lieux d'un crime ou d'un délit soit par l'altération, la falsification ou l'effacement des traces ou indices, soit par l'apport, le déplacement ou la suppression d'objets quelconques ; 2° De détruire, soustraire, receler ou altérer un document public ou privé ou un objet de nature à faciliter la découverte d'un crime ou d'un délit, la recherche des preuves ou la condamnation des coupables* ». Aucun élément de son incrimination ne permet de considérer que ce délit ne peut être commis que d'une manière opaque. Son caractère occulte pourrait donc être remis en cause par la définition légale. Toutefois, la circulaire d'application prévoit que si la notion d'infraction occulte « *sera nécessairement cantonnée à certains crimes ou délits […], la jurisprudence pourra être conduite à étendre les cas existants* »[2346]. Il semblerait donc que la loi nouvelle ne tende pas à modifier la liste d'infractions validée par le Cour de cassation, mais seulement à l'étendre. Telle est la volonté du législateur, reste encore à déterminer si la jurisprudence sera du même avis. En outre, l'expression consacrée par le législateur selon laquelle l'infraction « *ne peut être connue ni de la victime ni de l'autorité judiciaire* » interroge. En effet, la formulation laisse entendre que les deux sont cumulatifs. L'infraction ne peut être déclarée occulte que si l'autorité judiciaire mais également la victime, s'il y en a une, ignorent les faits. De sorte, on rejoint les auteurs qui estiment que la définition posée par le législateur est trop

[2339] V. Claret-Tournier, *La clandestinité en matière pénale, op. cit*., n°32 qui exprime cette idée plus largement à propos de la clandestinité de l'infraction.
[2340] J. Leblois-Happe, « La réforme de la prescription, enfin ! Loi n°2017-242 du 27 février 2017 », *op.cit.*
[2341] *Ibid.*
[2342] *Ibid.*
[2343] C. pén, art. Art. 314-1.
[2344] V. *supra* n°260 et 263.
[2345] C. pén, art. 434-4.
[2346] Circulaire du 28 février 2017, *op.cit.*

restrictive puisque, elle « *ne parait pas cerner toutes les hypothèses d'infractions occultes* »[2347]. En effet pour l'auteur, « *une infraction peut être occulte à raison non pas de ses éléments constitutifs mais des conditions de son exécution* »[2348], ce qui rejoint les hypothèses d'infractions invisibles évoquées dans cette étude. L'auteur invoque à ce titre l'exemple des violences intrafamiliales, lesquelles ne pourraient être dénoncées par un enfant en bas âge. Le caractère illicite du fait subi peut lui demeurer invisible en raison de son âge ou le contexte influer sur la propension de celui-ci à reporter les faits à un adulte ou aux autorités. Ainsi, une auteure a pu distinguer ce qu'elle a désigné comme une « *clandestinité relative* », dans laquelle seule l'autorité judiciaire ignore les faits délictueux, face à la « *clandestinité absolue* », hypothèse dans laquelle la victime ignore l'infraction tout comme l'autorité judiciaire[2349]. Pour l'auteure, les abus commis à l'encontre de victimes se sentant menacées par l'auteur et craignant de ce fait des représailles font partie ainsi partie d'une sous-catégorie d'infractions clandestines. L'hypothèse est restreinte en ce que l'étude porte sur les abus en droit pénal mais la distinction opérée mériterait d'être envisagée d'une manière plus générale vis-à-vis des infractions appartenant à cette nouvelle catégorie. Cependant les catégories d'infractions clandestines semblent là encore trop restreintes. Il ne peut y avoir d'infraction occulte si le contexte n'est pas spécifiquement visé par l'incrimination, sauf à considérer que les circonstances aggravantes visant les victimes vulnérables ou un contexte familial viennent ajouter à l'incrimination en visant un contexte propice à l'opacité des faits… ce qui semble encore très éloigné de la définition légale. On pourrait seulement envisager la dissimulation mais uniquement lorsque l'auteur aura accompli en connaissance de cause des manœuvres tendant à l'invisibilisation des faits, et non lorsqu'il aura seulement profité de ce contexte propice à la non-révélation de l'infraction… Pour prendre en compte ces situations, il conviendrait d'élargir la notion non plus à la clandestinité telle qu'envisagée par la jurisprudence et le législateur jusqu'alors, mais plus largement à l'invisibilité, seule à même de circonscrire l'ensemble des hypothèses de non-connaissance des faits par l'autorité judiciaire. Ainsi, il apparaît donc que les conditions de la commission de l'infraction ne peuvent être prises en compte dans cette catégorie d'infractions clandestines d'après la définition retenue. En effet, les infractions occultes sont rendues invisibles en raison de leur définition même et ne doivent pas être apparues aux yeux des victimes. A tout le moins pourrait-on donc considérer que ce contexte particulier puisse parfois constituer une dissimulation rendant l'infraction alors clandestine par réalisation, puisque le texte ne semble pas exiger le cumul d'invisibilité pour les autorités et la victime. Le texte énonce seulement que la dissimulation tend « *à en empêcher la découverte* » sans en préciser le destinataire de cette dissimulation, rendant ainsi la qualification d'infraction occulte bien plus stricte que cette dernière. Mais reste à déterminer ce qui peut concrètement être considéré comme une manœuvre dissimulatrice.

333. ***Incertitude sur la notion d'infraction dissimulée***. C'est d'ailleurs, d'autre part, la notion d'infraction dissimulée telle que consacrée par le législateur qui suscite également des interrogations. Selon le nouvel article 9-1, « *est dissimulée l'infraction dont l'auteur accomplit délibérément toute manœuvre caractérisée tendant à en empêcher la découverte* »[2350]. Dans cette

[2347] J. Buisson, « La réforme de la prescription en matière pénale par la loi n°2017-242 du 27 février 2017 », *op.cit.*
[2348] *Ibid.*
[2349] E. Lajus-Thizion, *L'abus en droit pénal*, Thèse, Université Bordeaux IV, 2009, Dalloz, 2011, n°470.
[2350] C. proc. pén., art.9-1, al. 5.

catégorie, comme c'était déjà le cas avant la réforme, « *le libellé de l'incrimination est […] indifférent* »[2351].

En revanche, des doutes apparaissent quant aux agissements ainsi visés. En effet, les termes employés par le législateur manquent grandement de précision, « *qu'est-ce qu'une « manœuvre » au sens de la loi ? En quoi doit-elle être « caractérisée » ? Quel est précisément le sens de l'adverbe « délibérément » ?* »[2352]. La définition ne semble ainsi pas permettre une plus grande prévisibilité pour les justiciables. A l'inverse même, elle « *laisse place à l'interprétation large du juge* »[2353], alors même que c'est ce que la doctrine dénonçait et que le législateur entendait limiter en s'engageant dans une telle réforme. Plus spécifiquement, certains se sont demandé si l'utilisation du singulier était faite à dessein, « *de sorte qu'un seul acte de dissimulation [serait] suffisant* »[2354]. Le fait qu'un amendement, par la suite retiré, ait proposé de remplacer le terme par l'expression « *plusieurs manœuvres* » plaide en ce sens[2355]. Quoiqu'il en soit, il faudra que les juges du fond motivent *« précisément l'existence des manœuvres d'occultation* »[2356]. Les juges de la chambre criminelle semblent y être attentifs dans les quelques décisions intervenues depuis l'entrée en vigueur de la loi de février 2017[2357].

Par ailleurs l'expression employée évoquant une manœuvre « *tendant à en empêcher la découverte* », laisse supposer qu'à la différence de l'infraction occulte pour laquelle l'infraction doit avoir effectivement été inconnue de la victime et de l'autorité judiciaire[2358], l'infraction dissimulée pourrait n'être qu'une infraction que l'auteur a tenté de dissimuler. Peu importerait alors, si cette appréciation était retenue, que l'auteur ait échoué à invisibiliser les faits dès lors que la tentative de cette dissimulation était rapportée. Certes, dans si l'on en vient à étudier la prescription, c'est que la clandestinité aura fini par s'évaporer, mais dans cette hypothèse, elle n'aura jamais eu lieu. De plus, en l'absence de précision textuelle, il faudra certainement admettre que la manœuvre dissimulatrice pourra avoir lieu à tout moment, et non seulement après les faits délictueux. La définition de l'article 9-1 ne pose en effet aucune limitation temporelle et l'on peut donc imaginer des manœuvres avant, concomitamment, aussi bien qu'après la réalisation de l'acte délictueux.

En outre, l'on peut se demander si la dissimulation doit forcément être intentionnelle ? Le doute préexistait à la réforme, on l'a vu[2359], la Cour de cassation avait pu admettre que le caractère intentionnel ou non de la clandestinité était inopérant. Le caractère clandestin avait de

---

[2351] J. Leblois-Happe, « La réforme de la prescription, enfin ! Loi n°2017-242 du 27 février 2017 », *op.cit.*
[2352] *Ibid.*
[2353] J.-B. Thierry, « La réforme de la prescription pénale : simplifier ? », *op.cit.*
[2354] *Ibid.*
[2355] *Ibid.*
[2356] A. Mihman, « La réforme de la prescription de l'action publique », *op.cit.*
[2357] Cass. crim., 25 nov. 2020, n°19-85.091, JurisData n°2020-019134 : censurant une cour d'appel ayant retenu le report du point de départ du délai de prescription au jour de la dénonciation des faits au procureur de la République effectuée par l'un des créanciers de l'entreprise « sans mieux caractériser l'existence d'une dissimulation de nature à retarder le point de départ de la prescription » ; Crim. 18 janv. 2023, n°22-82.465 : « le seul fait pour le prévenu de ne pas avoir remis la comptabilité au liquidateur étant insuffisant pour caractériser la dissimulation » ; Comp. Cass. crim. 12 avr. 2022, n° 21-83.696, F-B, AJDA 2022. 776 ; D. 2022. 1347, note P. Collet ; AJ pénal 2022. 381, obs. C. Courtin ; RSC 2022. 635, obs. P.-J. Delage ; RTD Com. 2022 p.898, obs. B. Bouloc, §9-10 qui relève la justification détaillée d'une dissimulation de l'infraction de dépôt illégal de déchets, résultant de l'enfouissement de déchets, certains cachés sous plusieurs centimètres de remblais, leur existence étant ignorée des utilisateurs des terrains et leur présence n'apparaissant aucune facture.
[2358] C. proc. pén., art.9-1, al. 3 : « ne peut être connue ni de la victime ni de l'autorité judiciaire ».
[2359] V. *supra* n° 61 et s.

plus été admis pour une dissimulation « *inopinée* »[2360]. Il semblait donc qu'une dissimulation ayant opéré à l'insu de l'auteur de l'infraction puisse permettre l'application du report du point de départ. Toutefois, la loi prévoit désormais que l'infraction dissimulée est celle dont l'auteur accomplit « *délibérément* » des manœuvres dissimulatrices. Or, agir délibérément implique une certaine résolution de l'auteur, d'ailleurs l'étymologie du terme délibérer renvoie au terme latin *deliberare*, lequel signifie « *réfléchir mûrement, discuter sur un sujet et prendre une décision* »[2361]. Il semblerait donc qu'il soit mis un terme à l'hésitation sur le sujet, si tant est que la Cour de cassation l'interprète de la même façon, la dissimulation devra donc résulter d'une véritable intention de l'auteur. Certains estiment que la soustraction de l'acte à la vue d'autrui doit être volontaire[2362], toutefois volonté et intention ne renvoient pas à la même chose. L'intention est une volonté orientée vers une fin, alors que la volonté renvoie plus largement à la faculté de faire un choix[2363]. Ici il semblerait que l'auteur doive avoir souhaité les conséquences de ses agissements, c'est-à-dire la dissimulation de ses méfaits à la victime et aux autorités. Or, en ce cas, certaines infractions dont on sait la faible reportabilité, comme les violences intrafamiliales par exemple, ne pourront se voir qualifiées d'infractions dissimulées puisque l'invisibilité des faits résulte non s'un stratagème de l'auteur mais d'un contexte, des conditions de réalisation de l'infraction[2364] dont celui-ci ne fait que profiter. En l'absence de véritables manœuvres, mais également en l'absence d'invisibilité intrinsèque des éléments constitutifs, ces infractions ne pourront être qualifiées d'infraction clandestine, ni par dissimulation, ni par nature. Si concernant les mineurs une protection leur est accordée en ce que les délais de prescriptions sont allongés et leur point de départ retardé à la majorité concernant les infractions les plus graves[2365], on laisse toujours de côté certaines infractions, et certaines victimes, jeunes majeurs, conjoint, personnes vulnérables… pour lesquelles un report du point de départ n'est pas envisageable[2366]. Pourtant, la « *dangerosité* » d'un tel comportement est toute autant préoccupante, sa fréquence et sa faible reportabilité suscite un sentiment d'impunité chez l'auteur qui se sent protégé par le contexte dans lequel il agit, il semblerait donc légitime de permettre une répression même tardive de tels actes.

L'auteur doit donc avoir accompli une manœuvre caractérisée, mais qu'est-ce qu'une manœuvre ? S'agit-il d'un acte positif ou peut-il s'agir d'une simple omission ? Certains se posent légitimement la question[2367], quand d'autres sont plus affirmatifs. Certains auteurs déduisent que « *Le terme « manoeuvre », associé à l'adjectif « caractérisée » et à sa nature de nécessairement volontaire (« délibérément ») évoque clairement une matérialité positive* »[2368], quand d'autres affirment que les « *manoeuvres peuvent consister en des actions ou omissions* »[2369]. La jurisprudence avait pu admettre que les manœuvres consistent en des actes d'omission, comme en des

---

[2360] Dans une ancienne édition de leur manuel de Procédure pénale : S. Guinchard, J. Buisson, *Procédure pénale,* 10ème éd., 2014, n°1343 citant Crim 3 juin 2008 n° 07-80240 07-80241.
[2361] Centre national de ressources textuelles et lexicales, *op.cit.*
[2362] J. Leblois-Happe, « La réforme de la prescription, enfin ! Loi n°2017-242 du 27 février 2017 », *op.cit.*
[2363] Centre national de ressources textuelles et lexicales, *op.cit.*
[2364] J. Buisson, « La réforme de la prescription en matière pénale par la loi n°2017-242 du 27 février 2017 », *op.cit.*
[2365] C. proc. pén. art. 706-47 ; 706-16 ; 706-26, 9-1 al.2.
[2366] V. nos observations en *infra* sur les alternatives possibles.
[2367] J.-B. Thierry, « La réforme de la prescription pénale : simplifier ? », *op.cit.*
[2368] L. Saenko, « Abus de biens sociaux : ne pas remettre sa comptabilité au liquidateur ne vaut pas dissimulation ! », RTD Com. 2023 p.243.
[2369] Ph. Collet, « L'intérêt modeste de la notion d'infraction dissimulée », D. 2022 p.1347.

abstentions[2370] à condition que celles-ci traduisent « *sans ambigüité la volonté de l'auteur de cacher les faits délictueux* »[2371]. Là encore c'est le terme « *délibérément* » qui interroge. Un acte délibéré est-il forcément un acte positif ? Ou peut-on admettre qu'une omission soit délibérée ? Là encore les juges devront trancher. Le rapport à l'origine de la proposition de loi prévoyait que « *ces manœuvres particulières peuvent consister « en des actes d'omission ou en des abstentions traduisant sans ambiguïté la volonté de l'auteur de cacher les faits délictueux »* »[2372]. Or en ce cas, le nombre d'infractions pouvant être qualifiées de dissimulées risque d'augmenter de façon exponentielle. En effet, on ne perçoit que très peu de cas dans lesquels les auteurs d'infractions n'auront pas commis d'acte tendant à dissimuler leur acte, puisque par exemple, l'on pourrait considérer qu'« *une omission qui traduit sans ambiguïté la volonté de cacher les faits* » pourrait résulter du simple « *fait de ne pas aller se dénoncer...* »[2373]. Finalement le terme « *délibérément* » suscite de nombreuses interrogations et devra nécessairement être précisé par la jurisprudence, afin qu'elle détermine notamment s'il renvoie à l'intention de l'auteur, ou bien au type d'action réalisée par celui-ci.

Dès la promulgation du texte, nombreux étaient ceux redoutant une inflation conséquente du nombre d'infractions pouvant être considérées comme dissimulées[2374]. Et ce au vu de ces définitions légales, lesquelles pourraient faire l'objet d'une appréciation souple de la part de la jurisprudence[2375]. L'inquiétude est d'autant plus fondée que la circulaire d'application de la loi énonce elle-même que *« la notion d'infraction dissimulée aura vocation, si les conditions de la dissimulation telle que définie par la loi sont remplies, à être utilisée pour de nombreuses infractions autres que celles ayant déjà donné lieu à une jurisprudence reportant le point de départ du délai* »[2376]. Or, les conditions énoncées par la loi sont telles qu'elles risquent d'être dans la grande majorité des cas remplies. A tel point que certains craignent que la notion puisse s'appliquer à toutes les infractions[2377]. Certains s'interrogent par exemple de l'application de la réforme concernant les infractions au droit de l'urbanisme[2378]. De la sorte, il est vrai que le champ d'application de la notion d'infraction dissimulée peut sembler vertigineux[2379]. Or, avec de tels risques d'élargissement exponentiel des infractions concernées par l'exception désormais légale, ne risque-t-on pas de renverser le principe de fixation du point de départ ? Une telle situation irait totalement à l'encontre de la volonté du législateur. Ainsi, en matière d'infractions dissimulées « *la définition manque de précision* »[2380]. De la sorte, comme pour les infractions occultes, « *l'interprétation judiciaire sera également nécessaire pour déterminer les contours de cette clandestinité par dissimulation* »[2381]. L'on

---

[2370] J. Buisson, « La réforme de la prescription en matière pénale par la loi n°2017-242 du 27 février 2017 », *opcit.,* citant Cass. crim. 25 février 2004 n°03-82.048.
[2371] Cass. crim. 14 janvier 2004 n°03-82.492 cité par *Ibid.*
[2372] J.-B. Thierry, « La réforme de la prescription pénale : simplifier ? », *op.cit.*
[2373] J.-B. Thierry, « La réforme de la prescription pénale : simplifier ? », *op.cit.*
[2374] L. Griffon-Yarza, « Aspects pratiques de la réforme de la prescription pénale », *op.cit.*
[2375] A. Darsonville, « Prescription de l'action publique : l'urgence de repenser « un système en crise » », note sous ass. plén. 7 nov. 2014, AJ Pénal 2015, p.36.
[2376] Circulaire du 28 février 2017, *précit.*.
[2377] E. Daoud, « La prescription des infractions occultes ou dissimulées en droit pénal des affaires : à la poursuite du temps perdu », *op.cit.* ; J.-B. Thierry, « La réforme de la prescription pénale : simplifier ? », *op.cit.*
[2378] V. Zalewski-Sicard, « La réforme de la prescription pénale et son impact en droit de la construction et de l'urbanisme », Construction - Urbanisme n° 6, Juin 2017, alerte 35.
[2379] *Ibid.*
[2380] C. Ribeyre, « Loi n° 2017-242 du 27 février 2017 portant réforme de la prescription en matière pénale : enfin adoptée mais bientôt adaptée ! », Lexbase Droit privé, mars 2017.
[2381] J. Leblois-Happe, « La réforme de la prescription, enfin ! Loi n°2017-242 du 27 février 2017 », JCP G n°15, 10 avril 2017, doctr. 424.

peut donc présager « *un contentieux important* »[2382]. De la sorte, « même *si la jurisprudence reste inflexible sur les infractions les plus « sensibles » ([notamment] l'abus de biens sociaux), la multiplication des recours viendra retarder l'issue des procédures, pendant que tournera l'horloge inexorable du délai butoir qui sera le lot de consolation venant mettre un terme aux procédures fleuve qui s'annoncent* »[2383]. On a d'ailleurs pu constater récemment[2384] l'un des premiers élargissements dans le domaine des infractions à l'environnement. La Cour de cassation a en effet approuvé la solution de la cour d'appel de Caen ayant repoussé le point de départ du délai de prescription de l'infraction d'abandon de déchets dans des conditions contraires aux dispositions du Code de l'environnement[2385]. Si l'on peut admettre que l'auteur et/ou les agissements délictueux en ce domaine peuvent faire l'objet d'une certaine clandestinité, en revanche l'on pouvait s'interroger sur la possible admission de ces infractions au rang des infractions clandestines. Dans bien des hypothèses, l'on peut soupçonner une infraction eu égard au résultat perceptible de l'atteinte à l'environnement : pollution visuelle, sonore, olfactive, dépérissement de la faune ou la flore… Mais l'argument semble réversible pour certains auteurs soulignant paradoxalement qu'en la matière « *l'enjeu apparaît essentiel puisqu'en matière de pollution, l'apparition du dommage est souvent le seul signal visible du délit* »[2386], mais encore que « *les infractions sont souvent clandestines et ne sont majoritairement révélées que par l'apparition des dommages environnementaux* »[2387]. Encore une fois, on remarque qu'une définition de l'infraction clandestine, plus générale et englobant les deux catégories qui la subdivisent auraient été bien utile afin d'identifier clairement ce qui constitue la clandestinité. Pour certains auteurs toutefois, l'élargissement n'en serait pas réellement un[2388], percevant en cette décision « *une continuité* », en ce que le délit retenu au titre d'infraction clandestine « *est lui aussi une infractions d'affaires, dans la mesure où cette « branche du droit pénal » qu'est le droit pénal des affaires ne sanctionne pas seulement « les atteintes à l'ordre financier, économique » ou même « social », mais également celles à l'ordre « écologique », incluant donc, en cela, des atteintes « à la qualité de la vie »*[2389] »[2390]. Quand d'autres notent avec cette décision, la démonstration du « *caractère ouvert* » de la notion d'infraction dissimulée, laquelle permet « *d'embrasser des infractions n'ayant pas encore bénéficié du régime dérogatoire de prescription* »[2391]. Certains perçoivent en outre une « *généralité de la formule* » employée par la Haute juridiction, dont se déduirait la possible extension de la solution à toute infraction portant atteinte à l'environnement[2392].

[2382] A. Mihman, « La réforme de la prescription de l'action publique », *op.cit.*
[2383] J. Maillard, « La réforme de la prescription pénale : une « amnistie »... occulte et dissimulée ? », *op.cit.*
[2384] Cass. crim. 12 avr. 2022, n° 21-83.696, (Décision attaquée : Cour d'appel de Caen ch. corr. 19 avril 2021), AJDA 2022. 776 ; D. 2022. 1347, note P. Collet ; AJ pénal 2022. 381, obs. C. Courtin ; RSC 2022. 635, obs. P.-J. Delage ; RTD Com. 2022 p.898, obs. B. Bouloc ; Procédures n°6, Juin 2022, comm. 153 note A.-S. Chavent-Leclère.
[2385] C. environnement, art. L.541-6.
[2386] D. Pamart, « Abandon de déchet illégaux, l'émergence d'une infraction occulte », Droit rural n° 505, Août 2022, comm. 110.
[2387] *Ibid.*
[2388] *Contra* v. Ph. Collet, « L'intérêt modeste de la notion d'infraction dissimulée », D. 2022 p.1347 : évoquant une « extension » du nombre des infractions visées.
[2389] L'auteur cite l'ouvrage de M. Delmas-Marty et G. Giudicelli-Delage (dir.), *Droit pénal des affaires*, PUF, coll. « Thémis droit privé », 4ème éd., 2000, p. 12-13.
[2390] P.-J. Delage, « Le délit de dépôt illégal de déchets dangereux est susceptible de dissimulation », RSC 2022 p.635.
[2391] Ph. Collet, « L'intérêt modeste de la notion d'infraction dissimulée », D. 2022 p.1347.
[2392] D. Pamart, « Abandon de déchet illégaux, l'émergence d'une infraction occulte », Droit rural n° 505, Août 2022, comm. 110

On pourra souligner par ailleurs que la distinction entre infraction dissimulée et infraction occulte semble encore difficile à déterminer, eu égard aux hésitations concernant chacune des deux définitions. La Cour de cassation a déjà dû reprendre la décision de juges du fond à plusieurs reprises, ayant notamment admis la clandestinité pour l'infraction de contrefaçon, nouvellement admise au titre des infractions clandestines, mais la qualifiant par erreur d'infraction occulte, et non d'infraction dissimulée[2393]. Dans l'affaire concernant l'abandon de déchets, preuve est encore faite de cette difficile distinction par les juges. La cour d'appel avait en effet retenu le « *caractère occulte se traduisant par la dissimulation du dépôt de ces déchets dangereux, certains étant enfouis comme sur le premier site visé par la plainte, d'autres dissimulés sous une quarantaine de centimètres de remblais, d'autres encore servant eux-mêmes de remblais sur un terrain destiné à être cultivé* » étant ajouté que « *l'existence de ces déchets était ignorée des utilisateurs de ces terrains, leur présence dans les remblais n'apparaissant pas sur les factures et les enquêteurs n'ayant pu retracer leur cheminement et leur importance qu'à travers la comptabilité analytique de la société* »[2394] et repoussé le point de départ du délai de prescription de l'action publique au jour de la dénonciation des faits par une association de défense de l'environnement. L'expression retenue par les juges du fond démontre la confusion dans l'esprit des magistrats, employant le terme « *occulte* » comme ils emploieraient la notion de « *clandestin* »[2395], en dépit de près d'un siècle de construction jurisprudentielle et d'une codification des notions ainsi définies. La Cour de cassation ne relève pas la confusion, même si elle situe sa solution dans le sillon exclusif de l'infraction dissimulée, énonçant que « *le délai de prescription de l'action publique ne commence à courir, en cas de dissimulation destinée à empêcher la connaissance de l'infraction, qu'à partir du jour où celle-ci est apparue et a pu être constatée dans des conditions permettant l'exercice des poursuites* »[2396]. Pour un auteur, soulignant que « *La chambre criminelle a passé sous silence le concept d'infraction occulte pour se fonder exclusivement sur la dissimulation* », un tel ajustement de la qualification retenue n'aurait pas d'incidence en ce que « *les deux qualifications bénéficiant d'un régime identique s'agissant de la prescription* »[2397]. Or, c'est là oublier que la qualification d'infraction occulte, en ce qu'elle renvoie aux éléments constitutifs de l'infraction, aurait signifié que le régime dérogatoire de prescription pourrait à l'avenir s'appliquer automatiquement à cette infraction. Or, ce n'est pas ce qui est retenu en l'espèce, la chambre criminelle retient bien une dissimulation, renvoyant aux constatations des juges du fond sur les conditions dans lesquelles l'infraction a été commise[2398]. Le report du point de départ n'est donc pas systématique concernant cette infraction, pour laquelle il faudra démontrer de la même manière qu'en l'espèce, l'existence de la manœuvre caractérisée. Une autre confirmation de l'importance de cette distinction est intervenue par le biais d'un arrêt de la Cour de cassation, laquelle a opéré une distinction au sein de l'infraction de blanchiment[2399]. Elle admet en effet le

[2393] V. par ex. Cass., crim., 20 janvier 2021, n°19-82.456.
[2394] Cass., crim. 12 avr. 2022, n°21-83.696, *op.cit.*, §9-10.
[2395] V. égal. à ce titre l'intitulé de l'article rédigé par un auteur, lui-même magistrat, à propos de cet arrêt : D. Pamart, « Abandon de déchet illégaux, l'émergence d'une infraction occulte », Droit rural n° 505, Août 2022, comm. 110.
[2396] Cass., crim. 12 avr. 2022, n°21-83.696, *op.cit.*, §13.
[2397] Ph. Collet, « L'intérêt modeste de la notion d'infraction dissimulée », D. 2022 p.1347.
[2398] Cass., crim. 12 avr. 2022, n°21-83.696, *op.cit.*, §9-10.
[2399] Cass. crim., 11 sept. 2019, n° 18-81.980, n° 18-82.430, n° 18-81.067, n° 18-81.040 et n° 18-84.144 ; Dr. fisc. 2019, n° 40, comm. 390, note F. Le Mentec. JurisData n° 2019-015452 ; Dr. fisc. 2019, n° 38, act. 398. – V. N. Jacquot et N. Guilland, « Vers une balkanisation du contentieux fiscal ? Réflexions sur les nouveaux contours de l'office du juge pénal en matière de fraude fiscale. À propos de Cass. crim., 11 sept. 2019, n° 18-81.980, n° 18-82.430, n° 18-81.067, n° 18-81.040 et n° 18-84.144 », Dr. fisc. 2019, n° 43, étude 412 ; M. Stoclet, « La Cour de

caractère occulte de l'infraction uniquement lorsque le délit consiste « *à faciliter la justification mensongère de l'origine de biens ou de revenus ou à apporter un concours à une opération de dissimulation du produit direct ou indirect d'un crime ou d'un délit* » puisqu'en ce cas « *le blanchiment a pour objet de masquer le bénéficiaire ou le caractère illicite des fonds ou des biens sur lesquels il porte* » [2400]. En revanche « *lorsqu'il consiste à apporter son concours à une opération de placement ou de conversion du produit direct ou indirect d'un crime ou d'un délit* », l'infraction ne pourra être admise au titre des infractions clandestines que si la preuve d'une dissimulation est rapportée. Dans le même sens doit être souligné l'arrêt de la chambre criminelle par lequel les juges énoncent dans un premier temps qu'« *en cas d'ouverture d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire, constitue notamment le délit de banqueroute le fait d'avoir détourné tout ou partie de l'actif du débiteur. Dans cette hypothèse, au regard de ses éléments constitutifs, ce délit ne constitue pas une infraction occulte par nature* »[2401] pour ensuite admettre la possibilité d'une dissimulation de celui-ci, laquelle n'avait pas été suffisamment caractérisée par les juges du fond[2402].

334. ***Vers une extension du champ d'application de l'infraction clandestine ?*** Certaines infractions, autrefois écartées par la jurisprudence du champ d'application du mécanisme dérogatoire, feront ainsi certainement l'objet de contentieux. La circulaire d'application le prévoit d'ores et déjà en citant *« les délits de faux ou de violation du secret professionnel »* au titre des infractions, autrefois exclues, qui pourront désormais bénéficier du mécanisme du report du point de départ. La banqueroute a ainsi finalement été admise au titre des infractions clandestines, dans la catégorie des infractions dissimulées[2403]. La doctrine avait pu jusqu'alors s'étonner de l'absence de décision en ce sens[2404]. Par ailleurs, cela sera sûrement aussi le cas dans l'hypothèse d'infractions contre les personnes, et notamment de l'homicide, à l'encontre duquel la Cour de cassation avait réitéré plusieurs fois une position ambigüe[2405]. Désormais, avec la théorie telle que modifiée par le législateur, il semble qu'un meurtre puisse être qualifié d'infraction dissimulée. Ainsi, il « *paraît aujourd'hui se prescrire à compter du jour de la découverte du cadavre ou, à tout le moins, du jour où l'infraction est apparue et a pu être constatée dans des conditions permettant la mise en mouvement de l'action publique* »[2406], contrairement à la jurisprudence antérieure. Toutefois, il n'est pas certain

---

cassation apporte des précisions sur le cumul des sanctions fiscales et pénales pour fraude fiscale », Dr. fisc. 2019, n° 40, act. 420 ; R. Salomon, « Droit pénal fiscal », Droit fiscal n°46, 15 nov. 2019, 437.

[2400] Cass. crim., 11 sept. 2019, n°18-83.484, §15.

[2401] Cass. crim., 25 nov. 2020, n° 19-85.091, JurisData n°2020-019134, §10.

[2402] *Ibid. §18* : v. égal. §14. « le délai de prescription court, en application du dernier des textes susvisés, à compter de la date de commission des faits, sauf s'il est établi que l'infraction a été délibérément dissimulée ».

[2403] Même si elle rejette la dissimulation en l'espèce, faute de manœuvre caractérisée et censure la cour d'appel, laquelle a statué en faveur de la dissimulation, retenant la dénonciation des faits délictueux au Procureur de la République par l'un des créanciers de l'entreprise « sans mieux caractériser l'existence d'une dissimulation de nature à retarder le point de départ de la prescription » : Cass. crim., 25 nov. 2020, n° 19-85.091, JurisData n°2020-019134, spé. §14 ; R. Salomon, « Banqueroute et détermination du point de départ de la prescription », Droit des sociétés n° 1, janv. 2021, comm. 14 ; J.-H. Robert, « Un utile obiter dictum », Droit pénal n° 1, janv. 2021, comm. 11 ; A. Cerf-Hollender, « Importantes précisions sur le point de départ du délai de prescription du délit de banqueroute par détournement de l'actif », Lettre d'actualité des Procédures collectives civiles et commerciales n° 3, févr. 2021, alerte 41.

[2404] E. Raschel, « Art. 7 à 9-3 - Fasc. 20 : ACTION PUBLIQUE. – Prescription », JCl. Procédure pénale, 1er oct.2018, mise à jour du 25 août 2023, n°127.

[2405] V. *supra* n°268.

[2406] A. Mihman, « La réforme de la prescription de l'action publique », *op.cit.*

que la jurisprudence cède aussi aisément sur la question des crimes contre les personnes[2407] eu égard à la ténacité dont elle a fait preuve dans l'élaboration de sa théorie jurisprudentielle.

335. ***Une infraction occulte dissimulée ?*** Enfin, il faut signaler qu'après avoir rappelé les définitions légales des infractions occultes et dissimulées, la circulaire d'application de la loi précise qu'« *il peut évidemment arriver qu'une infraction soit à la fois occulte et dissimulée* »[2408]. Cette remarque, dénuée de toute autre précision mérite qu'on s'y attarde. En effet, il est vrai que certaines infractions occultes peuvent de surcroît être dissimulées. Ainsi, l'auteur d'une infraction dont la clandestinité est inhérente à celle-ci peut, en *sus*, accomplir des manœuvres tendant à en empêcher la découverte. La clandestinité inhérente à l'infraction rend de telles manœuvres superflues, mais pas impossibles pour un auteur extrêmement précautionneux. Ainsi, toutes les infractions clandestines par nature pourraient éventuellement faire l'objet de dissimulations. Mais l'inverse n'est pas vrai. Toutes les infractions dissimulées ne sont pas forcément occultes, puisque cela nécessite que l'infraction contienne dans ses éléments constitutifs une opacité permettant de la qualifier comme telle. Ainsi que le législateur ait fait de la dissimulation un élément de l'infraction, un ou le mode de commission de l'infraction. Donc, si toutes les infractions occultes peuvent être dissimulées, en revanche toutes les infractions dissimulées ne sauraient être occultes. Ainsi, si « *le législateur ne semble pas […] avoir mesuré toute la portée* »[2409] de ses définitions des notions d'infractions occultes et dissimulées, il semble qu'il n'ait pas perçu non plus le poids de son intervention dans le régime des infractions clandestines.

B- D'autres implications pour la théorie des infractions clandestines ?

336. ***Une réforme en contradiction avec l'esprit de la théorie prétorienne***. Le suspens persiste quant à la réception par la jurisprudence des évolutions induites par la loi du 27 février 2017. En effet, « *la brièveté du texte contraste avec la portée de ses dispositions* »[2410]. Si le législateur avait pour ambition de répondre aux critiques adressées à la jurisprudence[2411], il n'y est pas totalement parvenu et de surcroît n'a pas mesuré la portée des modifications qu'il a apportées. Or, la souplesse avec laquelle la Cour de cassation a, depuis plus de quatre-vingt-dix ans, appliqué sa théorie laisse augurer des remous dans l'application du nouvel article 9-1 du Code de procédure pénale. En effet, si le fait d'entériner des définitions des notions d'infractions occultes et dissimulées, ainsi que la création d'un délai butoir avait pour objectif de limiter l'atteinte portée par la théorie à la prescription de l'action publique, l'on peut être portée à croire que la Cour de cassation risque de ne pas approuver ces modifications. Il semble en effet que la réforme entre en contradiction avec l'esprit de la théorie des infractions clandestines. L'objectif de la Cour de cassation était d'éviter que le ministère public et la victime ne se retrouvent contraints de renoncer à leurs actions, à cause de la ruse de certains délinquants. Et ce alors même qu'ils n'avaient pas été négligents. Or, désormais, la loi interdit de repousser le point de départ de la prescription au-delà d'un certain délai. Ils devront dès lors faire preuve d'encore plus de vigilance pour mettre au jour des infractions qui sont pourtant considérées comme extrêmement complexes à découvrir. La réforme fait fi du jour de l'apparition

[2407] Cass. crim., 13 déc. 2017, n° 17-83.330 : à l'attendu lapidaire qui écarte la clandestinité pour un meurtre dissimulé (ainsi que le corps de la victime) pendant plus de dix ans.
[2408] Circulaire du 28 février 2017, *op.cit.*
[2409] J. Maillard, « La réforme de la prescription pénale : une « amnistie »... occulte et dissimulée ? », *op.cit.*
[2410] J. Leblois-Happe, « La réforme de la prescription, enfin ! Loi n°2017-242 du 27 février 2017 », *op.cit.*
[2411] *Ibid.*

des faits, puisqu'elle fixe une limite absolue au report du point de départ. Or, *« l'expérience prouve qu'afin de faire échec à une prescription à laquelle elle est hostile par principe, la jurisprudence n'hésite pas à tordre le droit pour répondre à des considérations de pure opportunité* »[2412]. De plus, pour un auteur, il semble prévisible que la Cour de cassation tente de s'émanciper du carcan imposé par le législateur. Il estime en effet qu'il y a peu de chances qu'elle tranche « *dans le sens qui nous paraît devoir juridiquement s'imposer et non dans celui-ci auquel elle incline en opportunité* »[2413]. D'autant plus que la circulaire d'application fait plusieurs fois référence à « *l'appréciation souveraine de la Cour de cassation* »[2414]. La réforme risque donc d'être reçue assez sévèrement par la Cour de cassation, laquelle, on l'imagine, ne manquera pas trouver des subterfuges afin de faire échec aux obstacles ainsi érigés par le législateur. D'ailleurs, la décision du Conseil constitutionnel en date du 24 mai 2019[2415] ne manquera pas d'inspirer les juridictions pénales en ce qu'elle constitue « *une nouvelle consécration de la possibilité de contourner les règles relatives à la prescription* »[2416]. Pour la Haute juridiction, le législateur doit tenir compte du principe de proportionnalité protégé par les articles 8 et 16 de la DDHC. Ainsi, il lui appartient, « *afin de tenir compte des conséquences attachées à l'écoulement du temps, de fixer des règles relatives à la prescription de l'action publique qui ne soient pas manifestement inadaptées à la nature ou à la gravité des infractions* »[2417]. Les juges pourraient alors arguer de la proportion ou de la disproportion du délai dans une hypothèse donnée, afin d'écarter l'application du texte.

337. ***Recevoir la théorie pour mieux la contrôler ?*** En consacrant une théorie aussi discutable, sans être parvenu à trouver une solution aux diverses critiques, certains auteurs ont pu se demander pourquoi le législateur a finalement choisi d'entériner une jurisprudence *contra legem*[2418], « *alors qu'il était possible à l'inverse de la censurer* »[2419]. Mais finalement, en légiférant sur la théorie, n'était-ce pas le meilleur moyen de garder la main dessus ? Le législateur aurait pu essayer de réaffirmer le principe selon lequel le point de départ du délai de prescription est d'une manière intangible fixé au jour de la commission des faits, mais celui-ci se serait toujours heurté à la jurisprudence. En effet, rappelons que c'est de son « *interprétation* » de l'article 7 ancien du Code de procédure pénal, lequel fixait le point de départ au jour de la commission de l'infraction, que la Cour de cassation a déduit la possibilité de reporter le point de départ de certaines infractions en raison de leur caractère clandestin. L'intervention du législateur aura-t-elle vraiment permis de « *museler* » l'imagination des juges comme le redoutait un auteur[2420] ? Il est encore trop tôt pour le savoir. Mais s'il faut avoir recours à une réforme pour endiguer la jurisprudence, c'est bien la preuve que le juge n'est plus la simple « *bouche la loi* », il a su, au fil du temps s'arroger un pouvoir beaucoup plus important. Ainsi, il pourra tout aussi bien s'émanciper de la loi nouvelle pour parvenir à ses objectifs. De la sorte, si la réforme va encore « *nourrir des débats doctrinaux* », elle risque également

---

[2412] L. Griffon-Yarza, « Aspects pratiques de la réforme de la prescription pénale », *op.cit.*
[2413] E. Daoud, « La prescription des infractions occultes ou dissimulées en droit pénal des affaires : à la poursuite du temps perdu », *op.cit*.
[2414] *Ibid.*
[2415] Décision n° 2019-785 QPC du 24 mai 2019.
[2416] J.-B. Perrier, « La constitutionnalité des règles relatives à la prescription des infractions continues », D. 2019. 1815.
[2417] Décision n° 2019-785 QPC du 24 mai 2019, cons. n°7.
[2418] A. Darsonville, « Recul du point de départ de la prescription de l'action publique et suspension du délai : le flou actuel et à venir ? », *op.cit.* ; J.-B. Thierry, « La réforme de la prescription pénale : simplifier ? », *op.cit.*
[2419] *Ibid.*
[2420] E. Dreyer, « Réforme de la prescription : le baiser empoisonné », Gaz. Palais, 24 janvier 2017, n°4, p.40

d'engendrer une « *nouvelle jurisprudence* », comme le redoute un magistrat[2421]. On l'a vu, le report du point de départ s'est déjà soldé par un échec par le passé, ainsi pour qu'il perdure aujourd'hui faut-il véritablement améliorer son régime. Et notamment éviter que l'ensemble des infractions puissent entrer dans son champ d'application. Comme le professeur Larguier l'avait suggéré, peut-être ne faudrait-il tenir compte que de « *l'excès de dissimulation* » de la part de l'auteur[2422], ce qui légitimerait la mise à l'écart du délai de prescription en respectant le principe constitutionnel de proportionnalité de la sanction. Cela permettrait de plus d'exclure les hypothèses courantes d'auteurs tentant de cacher l'existence de leur méfait, sans toutefois avoir recours à de véritables stratagèmes, qu'il conviendrait alors de définir. La liste strictement établie par la Cour de cassation laisse supposer que celle-ci fera preuve de raison dans l'élargissement du champ d'application du mécanisme. Toutefois de plus en plus de justiciables tenteront d'obtenir le bénéfice de cette exception désormais légale, au risque d'encombrer encore plus des juridictions déjà débordées. Or, en consacrant la jurisprudence relative à la suspension du cours de la prescription, il semble que le législateur ait créé une faille dans laquelle la Cour de cassation risque de s'engouffrer. En effet, si la notion d'obstacle insurmontable est interprétée largement par la jurisprudence, comme on peut aisément l'imaginer, il est possible alors que « *dès lors qu'il sera jugé qu'un obstacle insurmontable a rendu impossible l'action publique, la prescription sera jugée comme ayant été suspendue (en réalité n'ayant pas commencé de courir)* »[2423]. Or, un auteur perçoit là le « *germe de l'imprescriptibilité* »[2424]. Ainsi, l'on pourrait imaginer que pour éviter la limite imposée par le délai butoir, la Cour de cassation pourrait avoir recours au mécanisme de la suspension, qu'elle appliquerait *ab initio*. De la sorte, elle pourrait répondre à l'objectif qu'elle s'était fixé en créant la théorie des infractions clandestines, c'est-à-dire d'éviter que la prescription ne puisse courir tant que les autorités de poursuite et la victime n'en ont pas eu connaissance. D'ailleurs, c'est bien l'objectif poursuivi par le législateur lorsqu'il suspend les délais de prescription, et partant, le délai butoir, durant la pandémie du covid-19[2425].

338. ***D'autres solutions possibles face à l'invisibilité de l'infraction***… Si une telle solution venait à être adoptée, il conviendrait de réfléchir alors sur l'opportunité d'avoir recours au mécanisme du report du point de départ. Ne pourrait-on pas avoir recours à d'autres mécanismes, moins choquants que ce report artificiel du point de départ, pour tenir compte de la ruse de certains auteurs ? Ce serait l'occasion également d'élargir le spectre et de saisir l'ensemble des infractions invisibles. Encore faudra-t-il dans premier temps établir une définition stricte des infractions dites invisibles et déterminer si l'ensemble d'entre elles sont éligibles à ces mécanismes.

[2421] L. Griffon-Yarza, « Aspects pratiques de la réforme de la prescription pénale », *op.cit.*

[2422] J. Larguier, « Le point de départ de la prescription en matière d'abus de biens sociaux », *in Mélanges Secrétan*, Université de Lausanne, Corbay, 1964, p.167 cité par A. Mihman, *Juger à temps. Le juste temps de la réponse pénale*, *op. cit*. n°65.

[2423] E. Daoud, « La prescription des infractions occultes ou dissimulées en droit pénal des affaires : à la poursuite du temps perdu », *op.cit*.

[2424] *Ibid.*

[2425] V. L'ordonnance n° 2020-303 du 25 mars 2020, portant adaptation de règles de procédure pénale sur le fondement de la loi n°2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de Covid-19 ; note C. Ribeyre, « La procédure pénale à l'épreuve de l'état d'urgence sanitaire », Dr. pén. n° 5, Mai 2020, 3, §32 à propos du délai butoir ; C. Ingrain, R. Lorrain, « État d'urgence sanitaire : quelques difficultés pratiques consécutives à l'ordonnance n° 2020-303 », Dalloz actualité, 27 mars 2020.

339. ***…Jouer sur la durée du délai de prescription***. Il serait possible tout d'abord de décider, que les infractions invisibles, c'est-à-dire inconnues des autorités et dont la reportabilité est faible, voient leur délai de prescription multiplié par deux, ce qui reviendrait au même que la solution retenue par le législateur, tout en simplifiant les règles.

340. ***…Valider la suspension ab initio***. L'on pourrait autrement, décider que l'invisibilité de l'infraction constitue un obstacle insurmontable, et donc légaliser le principe selon lequel la suspension peut intervenir dès la commission de l'infraction, soit *ab initio*. Une telle solution peut se heurter à la critique selon laquelle l'on ne peut suspendre ce qui n'a pas commencé à courir. Mais cette solution respecte mieux la réalité de l'infraction qui va vieillir, et permet de ne pas multiplier les mécanismes affectant le cours de la prescription. Et cela permettrait en outre d'éviter une jurisprudence d'opportunité, laquelle se réfèrera au report du point de départ lorsque le délai butoir ne posera pas de problème, ou s'orientera plutôt vers la suspension du délai de prescription lorsque ce délai sera dépassé. Il n'y aurait ainsi plus de « *point de départ à géométrie variable* »[2426], celui-ci serait le même pour toutes les infractions.

341. ***…Jouer sur la nature/le caractère des infractions.*** Dans le cadre de l'affaire Barbarin, c'est sous l'angle de la nature de l'infraction que s'est jouée la question de la prescription de l'infraction invisible aux yeux des autorités d'autant qu'elles ne connaissaient pas l'existence de l'infraction que l'individu était tenu de dénoncer. Cela suppose de se demander pendant combien de temps peut-on permettre le maintien de l'obligation de dénoncer, et ainsi la découverte d'infractions invisibles ? De la nature de l'infraction ainsi retenue dépendront alors les règles de prescriptions applicables. Si la nature de l'article 434-1 ne semble pas faire débat[2427], en revanche, concernant l'article 434-3 la question avait déjà été discutée en doctrine. Mais la Cour de cassation vient apporter une réponse pour la première fois dans cet arrêt du 14 avril 2021. Toutefois, elle n'apporte pas toutes les réponses nécessaires à la bonne compréhension de l'article plusieurs fois remanié après les faits délictueux qui l'intéressent. La chambre criminelle avait admis en 2009 la nature instantanée de la non-dénonciation de mauvais traitements[2428]. Pourtant, certains remettaient déjà en question cette solution, estimant qu'une telle affirmation n'est pas si évidente au regard de l'historique de l'incrimination, puisque les articles 434-1 et 434-3 « *ont abandonné la précision qui figurait dans l'ancien article 62 selon laquelle la dénonciation devait intervenir « aussitôt »* »[2429]. Ajoutant en outre que cette infraction, participant des entraves à la justice, répond également à l'application des règles de prescription spécifiques aux infractions clandestines[2430] dont le point de départ est reporté au jour de la découverte des faits délictueux. L'auteur estime de plus que l'objectif

---

[2426] M. Delmas-Marty, *Droit pénal des affaires*, Thémis, PUF, 1990, t.1, p.211 cité par L. Saenko, « La notion de dissimulation en matière d'abus de biens sociaux : évolution ou dérive ? », *op.cit.*

[2427] Il s'agit d'une infraction instantanée.

[2428] Cass. crim. 7 avr. 2009, n° 09-80.655: JurisData n°2009-047951; Bull. crim. n° 66; Dr. pén. 2009, comm. 91, note M. Véron: « le délit de non-dénonciation de mauvais traitements sur mineur de 15 ans, prévu et puni par l'article 434-3 du code pénal, est un délit instantané dont la prescription court à compter du jour où le prévenu a eu connaissance des faits ». On y retrouve les prémices dans Cass. crim.17 nov. 1993, n° 93-80.466, Bull. crim. n° 347 ; RSC 1994. 332, obs. G. Levasseur.

[2429] Ph. Bonfils, « Art. 434-3 - Fasc. 20 : Non-dénonciation de mauvais traitements à un mineur ou à une personne vulnérable », Date du fascicule : 5 Août 2017, Date de la dernière mise à jour : 31 Mai 2021, Jcl pénal, LexisNexis, n°37.

[2430] Comme il a pu être jugé à propos de l'article 434-4 : Cass. crim., 16 mai 2012, n ° 11-83.834 : JurisData n° 2012-010048 ; Dr. pén. 2012, comm. 114, obs. M. Véron ; Bull. crim. n° 123; Cass. crim., 17 déc. 2002 n° 01-87.178: JurisData n° 2002-017217; Dr. pén. 2003, comm. 29, obs. M. Véron.

de l'incrimination étant de permettre la connaissance et la poursuite des mauvais traitements, il est possible de considérer que l'infraction est continue, sans toutefois employer le terme. Il ne s'agirait donc que d'une décision isolée pour l'auteur. Pourtant, Monsieur l'avocat général Petitprez a pu souligner que la comparaison avec les autres entraves à la justice, et notamment l'article 434-4 n'était pas convaincante en ce que la jurisprudence certes admettait le caractère clandestin de l'infraction, mais tout en la qualifiant d'infraction instantanée[2431]. D'ailleurs il semblait peu convainquant de lier les deux notions, le report du point de départ de la prescription des infractions clandestines pouvant intéresser tant des infractions instantanées que des infractions continues[2432]. D'ailleurs l'arrêt du 14 avril 2021 vient confirmer la précédente interprétation de la chambre criminelle en admettant la nature instantanée de l'infraction au moment de la commission des faits[2433]. Les Hauts magistrats énoncent ainsi que le délit « *prévu et puni par l'article 434-3 du code pénal, dans sa rédaction applicable en la cause, était un délit instantané ».* L'emploi de l'imparfait laisse toutefois entendre que le délit n'aurait plus aujourd'hui la même nature. Certains auteurs y ont ainsi vu la confirmation de ce que la loi du 3 août 2018 aurait transformé l'article 434-3 en une infraction continue[2434]. En effet, à la suite de la réforme de 2018, la majorité de la doctrine a estimé que le passage des termes « *ayant eu connaissance…* [des faits] », à « *ayant connaissance* », ainsi que l'ajout dans l'incrimination du fait « *de continuer à ne pas en informer ces autorités tant que ces infractions n'ont pas cessé* » exprimait la volonté du législateur de rendre l'infraction continue[2435]. A l'appui de cette interprétation certains invoquent la circulaire d'application de la loi[2436] qui énonce que « *La définition de ce délit est par ailleurs modifiée : sont désormais réprimés non seulement le fait de ne pas informer les autorités judiciaires ou administratives, mais également le fait de continuer à ne pas informer ces autorités tant que ces infractions n'ont pas cessé. L'infraction devient ainsi un délit continu, pour lequel la prescription ne commence à courir que lorsque cessent les infractions qui auraient dû être dénoncées.* »[2437]. Or, il semble que si l'infraction « *devient ainsi* » un délit continu, cela découle de la première phrase *in fine*, qui évoque l'ajout dans l'incrimination du fait de continuer à de pas dénoncer lorsque les infractions continuent à se produire. En outre, les débats parlementaires font apparaître que le souhait du législateur était seulement de reporter le point de

---

[2431] Cour de cassation, Avis de M. Ph. Petitprez, avocat général (chambre criminelle), Arrêt n°484 du 14 avril 2021, pourvoi n° V 20-81.196, p.10 ; il cite à l'appui de cela C. Hardouin-Le Goff, JurisClasseur pénal, fasc. 20 : altération des preuves, § 32.

[2432] Cass., crim., 11 septembre 2019, 18-83.484.

[2433] Soit ici en 2010.

[2434] H. Matsopoulou, « L'obligation de dénoncer n'est pas « éternelle ! » », La Semaine Juridique Edition Générale n° 22, 31 Mai 2021, 575 ; Ph. Bonfils, « Entre continuité et rupture : la loi du 3 août 2018 sur les violences sexuelles et sexistes », JCP G 2018, 975 ; H. Matsopoulou, « Les nouvelles règles de prescription applicables aux crimes et délits sexuels commis sur des mineurs », JCP G n° 19-20, 10 mai 2021, 514.

[2435] Ph. Bonfils, « Entre continuité et rupture : la loi du 3 août 2018 sur les violences sexuelles et sexistes », JCP G n° 39, 24 sept. 2018, 975 ; C. Dounot, E.-C. Frety, « Un cardinal condamné pour l'exemple ? Regards croisés sur la non-dénonciation de mauvais traitements », Droit pénal n° 9, Septembre 2019, 19 ; Ph. Bonfils, Entre continuité et rupture : la loi du 3 août 2018 sur les violences sexuelles et sexistes : JCP G 2018, 975 ; H. Matsopoulou, « L'obligation de dénoncer n'est pas « éternelle ! » », JCP G n° 22, 31 Mai 2021, 575 ; H. Matsopoulou , « Les nouvelles règles de prescription applicables aux crimes et délits sexuels commis sur des mineurs », JCP G n° 19-20, 10 Mai 2021, 514 ; J.-P. Vial, « Lutte contre les violences sexuelles dans le sport : coup de projecteur sur le cadre juridique de la prévention », AJ Pénal 2020 p.286 ; G. Beaussonie, « L'égalité entre les femmes et les hommes », RSC 2018, p. 945.

[2436] H. Matsopoulou, « Les nouvelles règles de prescription applicables aux crimes et délits sexuels commis sur des mineurs », JCP G n° 19-20, 10 Mai 2021, 514.

[2437] Présentation de la loi n°2018-703 du 3 août 2018 renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes, Circulaire d'application CRIM/2018-10/H2-03.09.2018, 3 septembre 2018, p.11.

départ de la prescription dans certains cas de figure[2438]. Il nous semble donc peu évident que l'ajout de ce mode de commission ait contribué à changer totalement la nature de l'infraction[2439]. En effet, il semble seulement que la réforme ait conduit à créer deux cas de figure différents eu égard à la prescription de l'infraction, et partant, à la nature de celle-ci. Comme le souligne Mme le professeur Fournier, le texte distingue désormais l'hypothèse dans laquelle l'infraction a cessée, de celle dans laquelle l'infraction se renouvelle[2440]. Pour l'auteur, eu égard au mode de consommation de l'infraction, celle-ci demeure une infraction instantanée, le fait de ne pas informer les autorités s'exécutant bien en un trait de temps[2441], « l*e délit se commet donc par la non-dénonciation dès que l'information est reçue et non transmise* »[2442]. Il est vrai que le changement opéré par la nouvelle rédaction de l'article, n'impacte en réalité que la temporalité de l'infraction à dénoncer : dans la seconde hypothèse, ce sont les faits à dénoncer qui s'inscrivent dans le temps par leur renouvellement et non l'obligation de dénoncer[2443]. Ainsi pour M. le professeur Dreyer, il y aurait en ce cas de figure « *des délits successifs de non-dénonciation* »[2444] se renouvelant au gré du renouvellement de l'infraction à dénoncer. Il pourrait y avoir ici la consécration de « *l'hypothèse d'une infraction continuée* »[2445], comme l'évoquait l'avocat général Petitprez[2446], en ce que l'absence de prescription de la dernière permet la poursuite de toutes les autres, mais l'auteur estime que le texte n'est pas suffisamment clair à ce sujet pour que l'on retienne cette hypothèse[2447]. D'ailleurs rien ne précise si l'infraction doit continuer à se commettre à l'égard de la même victime[2448], auquel cas il y a une infraction unique en cas de non-dénonciation, dont le point de départ serait fixé à la date de cessation de l'infraction à dénoncer, ou si l'on peut prendre en considération des victimes multiples, ce qui renverrait à une succession d'infractions de non-dénonciation, ce qui pose la question de l'infraction continuée[2449]. La rédaction telle qu'actée par la réforme de 2018 interroge quant à ce cas de figure, certains y voient ainsi une infraction de non-dénonciation de mauvais traitements qui serait à la fois instantanée et continue[2450], quand d'autres perçoivent désormais une

---

[2438] Cour de cassation, Avis de M. Ph. Petitprez, avocat général (chambre criminelle), Arrêt n°484 du 14 avril 2021, pourvoi n° V 20-81.196, p.11-12.

[2439] En ce sens, G. Roujou De Boubée, « L'affaire Barbarin. Non-dénonciation d'agression sexuelle sur mineur : à propos de l'arrêt de la cour d'appel de Lyon du 30 janvier 2020 », Recueil Dalloz 2020 p.1238 ; S. Fournier, « Non dénonciation de mauvais traitements à un mineur ou à une personne vulnérable : caractère instantané ou continu du délit et finalité de l'incrimination », RPDP, n° 2, avril-juin 2021 ; E. Dreyer, « Retour sur la non-dénonciation d'infractions commises sur mineur ou personne vulnérable », Gaz. Pal. 11 mai 2021, n° 18 ; + Cour de cassation, Avis de M. Ph. Petitprez*, op. cit.*

[2440] S. Fournier, « Non dénonciation de mauvais traitements à un mineur ou à une personne vulnérable : caractère instantané ou continu du délit et finalité de l'incrimination », RPDP, n° 2, avril-juin 2021.

[2441] *Ibid.*

[2442] G. Roujou de Boubée, « L'affaire Barbarin. Non-dénonciation d'agression sexuelle sur mineur : à propos de l'arrêt de la cour d'appel de Lyon du 30 janvier 2020 », D. 2020 p.1238.

[2443] E. Dreyer, « Retour sur la non-dénonciation d'infractions commises sur mineur ou personne vulnérable », Gaz. Pal. 11 mai 2021, n° 18.

[2444] *Ibid.*

[2445] *Ibid.*

[2446] Cour de cassation, Avis de M. Ph. Petitprez, *op. cit.,* p.12 qui évoque la non-dénonciation continuée

[2447] E. Dreyer, « Retour sur la non-dénonciation d'infractions commises sur mineur ou personne vulnérable », *précit. loc.cit.*

[2448] *Ibid.* ; Ph. Bonfils, « Art. 434-3 - Fasc. 20 : Non-dénonciation de mauvais traitements à un mineur ou à une personne vulnérable », *op. cit.*

[2449] E. Dreyer, « Retour sur la non-dénonciation d'infractions commises sur mineur ou personne vulnérable », *op.cit.*

[2450] M. Bouchet, « Coup de projecteur sur le recul silencieux de l'infraction continue en droit pénal », RSC 2020, p. 871 qui voit un mode de commission instantanée par la non-révélation de faits passées et un monde continu en cas de faits qui durent. Elle s'interroge sur le point de savoir si toutes les infractions ne pourraient d'ailleurs pas

infraction « *quasi-continue* », car le point de départ, en cas de renouvellement de l'infraction à dénoncer, n'est pas fixé au jour où le délit de non-dénonciation a cessé mais au jour où l'infraction d'origine a cessé, faisant démarrer la prescription du délit de conséquence[2451]. Si l'infraction nous paraît demeurer instantanée dans l'hypothèse classique, la réforme de 2018 nous semble toutefois avoir seulement reporté le point de départ de la prescription en cas de renouvellement de l'infraction, en raison de la connexité des faits, sans que la nature de l'infraction de l'article 434-3 n'en soit pour autant changée.

342. ***…Prévoir des reports légaux du point de départ.*** Dans le cadre de cette affaire, la loi du 21 avril 2021[2452] semble toutefois accréditer la nature instantanée de l'infraction. En effet, le législateur a par cette loi, décidé de reporter le point de départ de la prescription du délit de non-dénonciation de maltraitances à la date de la majorité de la victime et pour un délai augmenté à dix ans en cas de délit d'agression ou d'atteinte sexuelle et vingt ans en cas de viol. Si le législateur a jugé nécessaire de repousser et d'allonger le délai de prescription, c'est alors que l'infraction était bien instantanée, sans quoi une telle modification était superflue[2453]. Reste qu'on comprend mal pourquoi toute une catégorie de victime et d'infractions visées par le texte ont été exclues de cette réforme[2454]. Les maltraitances, tout comme les victimes vulnérables font l'objet d'une invisibilité importante, l'incitation à la dénonciation est donc tout autant nécessaire dans ces cas de figure. Une nouvelle intervention du législateur paraît finalement nécessaire afin tant de clarifier la nature de l'infraction, que d'uniformiser la protection accordée aux victimes. L'overdose législative[2455] dont cet article a fait l'objet[2456] démontre bien les limites du législateur actuel, à la rédaction trop pressée et imprécise, fruit d'une réflexion insuffisamment approfondie, qu'il semble lui-même reconnaître implicitement car retouchant le texte plusieurs fois « *au sein d'une même législature, le Parlement, par cette agitation normative, reconnaît les carences de son propre travail* »[2457].

343. ***…Envisager des circonstances aggravantes.*** En outre, si l'on estime que les auteurs d'infractions clandestines ont une « *dangerosité* » supérieure à celle des délinquants moins rusés, il serait possible d'envisager que la dissimulation constitue une circonstance aggravante permettant ainsi d'augmenter la peine encourue. Pour cela, l'étude d'impact devra obligatoirement s'accompagner de travaux de recherches en criminologie, portant sur les auteurs d'infractions opaques. En effet, à l'heure actuelle, seule la délinquance en col blanc, est abordée en criminologie,

---

présenter cette ambivalence en fonction de leur mode de commission, comme Garçon l'évoquait à propos du vol instantané ou par branchement continu.

[2451] J.-B. Perrier, F. Rousseau, « Le renforcement de la répression des infractions sexuelles contre les mineurs », RSC 2021 p.454.

[2452] Loi n°2021-478 du 21 avril 2021 visant à protéger les mineurs des crimes et délits sexuels et de l'inceste.

[2453] Cour de cassation, Avis de M. Ph. Petitprez, op. cit., p.12 ; A. Darsonville, « La fin de la mise en cause du cardinal Barbarin et le renouveau du délit de non-dénonciation de mauvais traitements », AJ Pénal 2021 p.257 ; Contra. H.Matsopoulou, « Les nouvelles règles de prescription applicables aux crimes et délits sexuels commis sur des mineurs », JCP G n° 19-20, 10 mai 2021, 514.

[2454] A. Darsonville, « La fin de la mise en cause du cardinal Barbarin et le renouveau du délit de non-dénonciation de mauvais traitements », précit.

[2455] Expression de F. Debove, « L'overdose législative » : Dr. pén. 2004, étude 12.

[2456] Loi n°98-468 du 17 juin 1998 - art. 15, JORF 18 juin 1998 ; Ordonnance n°2000-916 du 19 septembre 2000 - art. 3, JORF 22 septembre 2000 en vigueur le 1er janvier 2002 ; Loi n°2016-297 du 14 mars 2016 - art. 46 ; °2018-703 du 3 août 2018 - art. 1 et 5.

[2457] J.-B. Perrier, F. Rousseau, « Le renforcement de la répression des infractions sexuelles contre les mineurs », RSC 2021 p.454.

or, on l'a vu tout au long de notre étude, le monde des affaires n'est pas le seul milieu dans lequel l'on peut trouver des infractions clandestines.

344. ***D'autres notions plus opportunes ?*** Par ailleurs, le recours aux notions floues de clandestinité, occulte et dissimulation pourrait être évité en passant par des notions d'ores et déjà connues du droit pénal. En effet, certains auteurs ont estimé notamment que la notion d'infraction clandestine reposait en fait sur la notion de mensonge, laquelle est déjà connue du droit pénal[2458]. La notion de clandestinité par nature serait donc redondante avec l'idée du mensonge punissable, puisque selon ces auteurs, « *le mensonge, par action ou par omission, rend naturellement l'infraction clandestine* »[2459]. D'autres auteurs ont estimé que c'est la notion d'infraction complexe qui devrait être utilisée à la place de la notion d'infraction occulte. La notion d'infraction complexe désigne une infraction « *composée de plusieurs actes matériels de nature différente, lesdits éléments ne constituant pas, pris isolément, des infractions* »[2460]. Or, selon Madame Claret-Tournier, « *il serait possible d'admettre que l'élément clandestinité est un élément de nature différente, non punissable en tant que tel, mais étant partie intégrante de ladite infraction* ». De la sorte, l'on pourrait avoir recours à la notion d'infraction complexe pour désigner les infractions clandestines. L'intérêt du recours à cette notion « *est que le cours du délai de la prescription de l'action publique ne débutera qu'au jour du dernier acte caractérisant l'infraction complexe. Ainsi en est-il par exemple de l'escroquerie dont la dernière remise constitue le point de départ du délai de la prescription de l'action publique* »[2461]. On parviendrait donc à la même solution en utilisant cette notion, mais en évitant de passer l'usage d'une notion inconnue du droit. Mais la fixation du dernier acte matériel semble délicate à établir en la matière, notamment en cas d'infraction occulte, pour laquelle la clandestinité sera souvent concomitante aux autres actes matériels.

345. ***Le recours à l'invisible***. Par ailleurs, la notion d'infraction clandestine semble trop restreinte vis-à-vis de l'ensemble des infractions commises et demeurant invisibles aux yeux des autorités. *Quid* notamment des infractions visibles aux yeux des victimes mais qui ne peuvent dénoncer les faits aux autorités pour diverses raisons liée à un contexte familial, social, mental, des peurs de représailles etc… ? L'auteur qui profiterait du contexte familial, voire de son emprise, pour commettre des violences qu'il sait qu'elles resteront impunies présente une « *dangerosité* » dont il serait légitime de tenir compte, or en ce cas, il semble que la théorie des infractions clandestines ne lui soit pas applicable. Pourtant, dans le cadre de certains abus de biens sociaux ou abus de confiance, il semble que l'auteur profite également d'un contexte qui lui est favorable. Finalement il semble donc que l'on puisse légitimement se demander si la théorie prétorienne revêt toujours un intérêt. Si son régime de prescription pose ainsi question, la théorie pourrait peut-être trouver un renouveau grâce à de nouvelles implications. C'est la prescription des infractions clandestines qui a cristallisé l'attention, et surtout les critiques. Mais nombreux ont été ceux qui ont reconnu l'intérêt de la prise en compte de la particularité de ces infractions. En effet, il est opportun de reconnaître que certains auteurs d'infractions présentent un degré de ruse important, afin de mieux les appréhender. Mais peut-être faudrait-il prendre en compte les spécificités de ce type d'infractions

---

[2458] S. Roth *Clandestinité et prescription de l'action publique*, *op. cit.* n°703 ; A. Donnier, « Prescription et clandestinité : la troublante décision de la Cour de cassation », *op.cit.*
[2459] A. Donnier, « Prescription et clandestinité : la troublante décision de la Cour de cassation », *op.cit.*
[2460] V. Claret-Tournier, *La clandestinité en matière pénale*, *op. cit.* n°51.
[2461] *Ibid.*

dans d'autres hypothèses que seulement celle de la prescription. Il s'agirait ainsi de prendre le contrepied de la création prétorienne, c'est-à-dire de partir de la notion pour construire un régime cohérent. En outre, il serait judicieux d'élargir la notion à celle d'infraction invisible, qui prend en compte un panel plus large d'infractions, englobant les infractions clandestines, sans pour autant laisser de côté des infractions récurrentes et souvent inconnues des autorités, telles les violences intrafamiliales, dont les effets délétères sur les individus et la faible reportabilité n'est plus à démontrer.

Conclusion du chapitre

346. En conclusion, nous pouvons affirmer que la réforme du 27 février 2017 ne vient pas consacrer la théorie des infractions clandestines. L'étude de la création prétorienne montre que celle-ci a subi des modifications par cette réforme. Le législateur a souhaité moduler son régime, mais également fixer les contours d'une notion encore trop floue. Il n'a ainsi pas simplement transposé la théorie jurisprudentielle, mais a souhaité faire œuvre transactionnelle entre la Cour de cassation et les détracteurs de la théorie. Si l'idée même de la prise en compte des infractions commises d'une manière clandestine est intéressante et tout à fait légitime, c'est sa mise en œuvre qui nous paraît plus problématique. Tant sa création et son application opportuniste par les juridictions répressives, que les modifications apportées par le législateur, lequel n'a pas réussi à éclairer toutes les zones d'ombres de la théorie. Ainsi, « *déjà complexe malgré le vœu des concepteurs de la réforme, le nouveau régime de prescription devient byzantin* »[2462]. De sorte que les projecteurs sont braqués sur la jurisprudence, en effet, d'aucuns soulignent notamment concernant l'infraction dissimulée, que « *chaque décision venant en préciser le champ d'application reste précieuse, tant la notion continue d'être floue* », malgré l'intervention du législateur[2463]. Si la circulaire d'application expliquait que les nouvelles dispositions de la loi de février 2017 « *s'appliquent à toutes les hypothèses, y compris celles dans lesquelles, par le passé, la Cour de cassation avait refusé de différer le point de départ de la prescription* »[2464]. Certains ont souligné, que cette loi ne fait que prendre « *acte de la jurisprudence constante et se contente juste de la reprendre* »[2465]. De sorte que, ainsi que l'avait remarqué Monsieur le professeur Mayaud, « *Le dernier mot revient finalement aux juridictions, à qui incombe de déterminer les infractions entrant dans l'une ou l'autre de ces catégories* »[2466], on en revient donc à la situation initiale concernant le champ d'application de la notion d'infraction clandestine. La définition des notions actée par le législateur ne convainc donc pas en ce qu'on redoute à la fois une trop grande extension du champ d'application du régime dérogatoire, en même temps qu'elle ne permet pas d'appréhender d'autres infractions touchées par une invisibilité tout aussi paralysante pour l'autorité judiciaire.

[2462] J. Maillard, « La réforme de la prescription pénale : une « amnistie »... occulte et dissimulée ? », *op.cit.*

[2463] A.-S. Chavent-Leclère, « Retard du point de départ de la prescription en cas d'infraction environnementale dissimulée », Procédures n° 6, Juin 2022, comm. 153.

[2464] Circ. du 28 févr. 2017 présentant les dispositions de la loi n° 2017-242 du 27 févr. 2017 portant réforme de la prescription en matière pénale, BOMJ 31 mars 2017, p.4

[2465] Ph. Collet, « L'intérêt modeste de la notion d'infraction dissimulée », D. 2022 p.1347.

[2466] Y. Mayaud, *Droit pénal général*, 7ème éd., PUF, 2021, n° 202.

Conclusion du Titre 2

347. Finalement, en prenant un peu de recul sur cette théorie, celle-ci soulève des interrogations plus profondes. En effet, l'étude de la création jurisprudentielle interroge quant à l'institution de la prescription. Si la question de sa persistance en matière pénale ne fait guère de doute, ce sont ses fondements qu'il convient de redéfinir. Tant que la prescription de l'action publique reposera sur une assise si fragile, celle-ci pourra être malmenée tant par la jurisprudence que par le législateur. Soit la prescription constitue une sanction à la négligence des autorités de poursuites et de la victime, ce qui permet de dynamiser la mise en œuvre des procédures. Dès lors l'exclusion de la prescription pour des infractions demeurée invisibles en raison de la ruse du délinquant, et alors que les autorités et la victime ont fait preuve de diligence, semble tout à fait légitime. Soit la prescription repose sur le dépérissement des preuves et l'oubli, en tant que mécanisme nécessaire à la paix sociale en raison de l'effacement du trouble causé par l'infraction par l'effet du temps. En ce cas, la dérogation actée pour les infractions clandestines ne semble plus légitime. La solution doit se trouver dans la médiane. Ainsi l'exception à la prescription résultant de l'invisibilité des infractions ne doit intervenir que lorsque les autorités n'ont pas fait preuve de négligence et ont été placées dans l'impossibilité de mettre l'action publique en mouvement, et ce concernant les infractions invisibles les plus graves.

Conclusion de la Partie 1

348. Finalement, il nous semble qu'il conviendrait d'élaborer une étude d'impact afin de prendre une mesure précise du phénomène des infractions invisibles. Il conviendrait ainsi de mener des recherches d'envergure afin d'établir quantitativement, mais également qualitativement le poids du phénomène des infractions invisibles. Comme nous avons tenté de répertorier les hypothèses d'invisibilité les plus répandues, en répertoriant notamment les méthodes les plus souvent utilisées par les auteurs d'infractions invisibles, ainsi que les infractions les plus impactées par celle-ci. Ainsi l'élargissement du champ d'application de la théorie au-delà du droit pénal des affaires pourrait être légitimé. En outre, il serait utile d'essayer de mesurer en moyenne, le temps que mettent ces infractions clandestines à apparaître. Un tel travail pourrait s'appuyer les affaires d'ores et déjà connues, mais également sur des enquêtes d'auto-confession. Un tel travail de recherche aurait dû être mené en amont de la réforme sur la prescription, ce qui aurait permis de légitimer l'action du législateur, et de déterminer les orientations à donner à la théorie. Une fois un tel travail accompli, il sera possible de mieux connaître les tenants et les aboutissants de cette forme de criminalité. Dès lors, l'on pourrait réfléchir à la légitimité de la mise en place de mécanismes en amont des poursuites, avec les infractions obstacles, en fonction des infractions les plus concernées et de leur gravité. L'on pourrait par ailleurs estimer que le droit pénal ne doit pas être le seul à intervenir et instaurer des obligations en droit civil, en droit commercial ou encore en droit des sociétés, lesquelles pourraient réduire les risques d'infraction, le droit pénal n'intervenant alors qu'en dernier ressort, conformément au principe de subsidiarité qui gouverne la matière[2467]. L'on pourrait éventuellement envisager la question de la prévention auprès de personnes « *à risque* », c'est-à-dire sujettes à subir ce genre d'infractions, en fonction des résultats obtenus par l'étude d'impact. Elle permettrait également d'affiner les techniques d'investigations étudiées, en fonction des domaines les plus propices à l'invisibilité.

349. Au-delà de la question des fondements de la prescription, c'est celle de la nécessité de la réponse pénale qui se pose. La répression doit-elle intervenir en toutes circonstances ? Le sens de la peine est souvent questionné à propos de la durée des peines prononcées. Mais la question de l'opportunité de la peine doit également être mise en parallèle, l'enjeu est ici le même. En effet, *« si l'on ne fait que punir sans se sentir tenu par l'obligation de rendre acceptable le sens de la peine, le déni de responsabilité se généralise »*[2468]. Par ces mots, Olivier Abel souligne un élément clé pourtant trop souvent oublié du droit pénal : la peine n'est utile que si elle fait sens. En effet, une peine dont le sens ne serait pas compris par le condamné perdrait toute légitimité à ses yeux, ne permettant ainsi pas à ce dernier une remise en question pourtant nécessaire à sa réinsertion. Or, est-ce qu'une peine prononcée tardivement peut encore faire sens ? L'on peut légitimement se demander si une répression tardive est opportune. Doit-on forcément poursuivre toute infraction, la ruse employée suffit-elle à justifier un report indéfini de la sanction ? La peine répondra-t-elle à sa mission préventive ? Sa rétribution est-elle acquise ? L'individualisation de la peine peut alors tempérer ces interrogations. Toutefois, ce sont en outre les fondements de la justice qui sont remis en question par la tenue d'un procès tardif. En effet, la Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales en son article 6 reconnaît à

[2467] E. Dreyer, *Droit pénal général*, 6ème éd., 2021, LexisNexis, n°86 s.
[2468] O. Abel, « Sens et non sens de la peine », Études théologiques et religieuses, 2005/2 (Tome 80), p.177-187.

tout « *accusé* » le droit d'être jugé dans un délai raisonnable[2469]. Alors même que l'on prône depuis quelques années les vertus des poursuites accélérées, et de la tenue d'un procès presque immédiatement après la commission des faits, l'on vient ici, à l'inverse revendiquer la nécessité de juger un individu plusieurs décennies après la commission des faits. Le fatalisme n'est plus de mise de nos jours, la société n'accepte pas de tourner la page. « *Dans [cette] société médiatisée et « connectée », les attentes en matière de justice sont grandissantes. L'impossible poursuite de faits trop anciens en raison de la prescription de l'action publique est aujourd'hui difficilement acceptée* »[2470], il faut sanctionner tout, tout le temps. L'ère de l'excès pénal[2471] est bel et bien arrivée. Le droit pénal est désormais une réponse à tout, et l'action répressive est plébiscitée par une population qui ne veut rien oublier. Ce qui conduit inexorablement à un engorgement des juridictions répressives, entache la qualité de la justice qui y est rendue et la fait à nouveau tomber dans les travers des procès tardifs. Ne serait-il pas plus raisonnable que de poursuivre moins, mais de rendre de meilleures décisions ? Une réponse pénale raisonnée répondrait de surcroît mieux aux objectifs de réduction du taux de criminalité, en parvenant, par des décisions plus abouties, à mieux réinsérer les auteurs d'infractions.

350. Au-delà du point de vue de l'auteur de l'infraction, c'est pour la victime que la tenue d'un procès tardif peut être problématique. Depuis plusieurs années l'on constate l'importance accrue de la place de la victime dans le procès pénal[2472]. Les victimes revendiquent leur présence dans le processus répressif, mais il n'est pas certain qu'il en aille toujours de leur intérêt. En effet, si les victimes sont naturellement, et légitimement, enclines à exiger la tenue d'un procès, il semble pourtant que la prescription constitue « *une mesure pertinente du point de vue victimologique* »[2473]. En effet, pour le professeur Cario, « *retarder en prolongeant ou reportant de manière excessive l'acquisition de la prescription, la clôture de l'affaire criminelle par défaut de preuves indiscutables risque fortement de plonger la victime dans une plainte infinie* »[2474]. En effet, « *à chaque nouvel acte, elle est amenée à « redire » les faits, à « revivre », […] les souffrances consécutives au crime subi par elle-même et/ou par l'un de ses proches. Comment entrer dans le deuil de ce qui s'est effectivement passé, comment « vivre avec » les répercussions du crime de manière apaisée, comment parcourir plus généralement le long chemin de la restauration s'il est à ce point semé d'embûches ?* »[2475]. Pourtant, celles-ci rechignent généralement à entendre ce discours. Les victimes cherchent souvent dans le procès pénal un effet qui ne semble pourtant qu'hypothétique. L'« *effet thérapeutique du procès pénal* » est la pierre angulaire des exigences répressives des victimes. En effet, « *certaines victimes attachent au procès pénal une force symbolique, voire thérapeutique. Des psychiatres vont même jusqu'à affirmer que le procès pénal est nécessaire aux victimes pour engager leur « travail de deuil » ; il aurait donc, en plus, un effet cathartique* »[2476]. Mais cet effet est l'objet de controverses, Robert Badinter rappelait à ce propos que « *la justice pénale n'a pas pour mission d'être une thérapie de la souffrance des victimes. Elle a une fonction répressive,*

[2469] J. Leblois-Happe, « La réforme de la prescription, enfin ! Loi n°2017-242 du 27 février 2017 », *op.cit*
[2470] A. Mihman, « La réforme de la prescription de l'action publique », *op.cit.*
[2471] V. D. Salas, *La volonté de punir. Essai sur le populisme pénal*, *op. cit.*
[2472] C. Ribeyre (dir.), *La victime de l'infraction pénale*, Acte de colloque, Dalloz, mai 2016.
[2473] R. Cario, « La prescription de l'action publique. Au-delà du victimaire et du sécuritaire : le souci de la restauration des personnes », D. 2007 p.1798.
[2474] *Ibid.*
[2475] *Ibid*.
[2476] J. Gallois, S. Goudjil, M. Majorczyk, A. Oudaoud, L. Pignatel, « L'effet thérapeutique du procès pénal » in C. Ribeyre (dir.), *La victime de l'infraction pénale*, *précit.* p.158.

dissuasive et expressive, car elle exprime les valeurs de la société. Mais elle ne saurait avoir une finalité thérapeutique »[2477]. De la sorte, « *s'il convient effectivement de mettre des mots sur les souffrances des victimes, il paraît opportun de se demander s'il revient réellement au procès pénal de soigner ces maux* »[2478]. Et c'est à ce stade que la justice restaurative, récemment incorporée dans le droit positif[2479] pourrait avoir un rôle à jouer[2480]. Certains ont par ailleurs alerté sur le risque qu'une telle recherche conduise « *au déséquilibre du procès pénal* »[2481]. En effet, pour ces auteurs, « *à vouloir trop rechercher l'effet thérapeutique du procès pénal, le danger est grand de tomber dans une forme d'obstination déraisonnable* » [2482]. Le risque est grand pour la victime de souffrir d'une victimisation secondaire engendrée par la tenue d'un procès. Elles sont en effet les premières à courir le risque de subir les conséquences néfastes d'une telle obstination. Et pourtant beaucoup d'entre elles s'obstinent dans une recherche illusoire[2483] d'un effet invisible du procès pénal sur leurs souffrances. Cet effet qui n'a encore jamais été constaté, elles le recherchent d'autant plus lorsqu'elles sont confrontées à des infractions qui elles-mêmes sont demeurées invisibles pendant de longues années. Comme si l'invisible devait à tout prix être condamné, les victimes s'engagent paradoxalement dans une quête pour obtenir le soulagement imperceptible qu'elles croient pouvoir obtenir du procès pénal. Mais ce que l'on ne peut percevoir est-il d'autant plus dangereux ? Le trouble causé à la société par la commission de l'infraction est-il exacerbé par l'invisibilité de ces agissements ? De la sorte, l'invisible doit-il être appréhendé par le droit pénal ? L'on note ainsi la potentielle influence que peuvent réciproquement avoir l'invisible et le droit pénal l'un sur l'autre. La réponse se trouve à mi-chemin entre une impunité totale des auteurs de telles infractions et la répression tardive de l'ensemble d'entre eux. Il convient de mettre en œuvre des mécanismes légitimes, justifiés par la gravité des infractions commises ainsi que par la ruse et la lâcheté des individus dissimulant ou profitant d'un statut, d'une emprise, d'un contexte pour commettre ces actes délictueux.

[2477] A. Salles, « Robert Badinter : « Ne pas confondre justice et thérapie », Le Monde, 8 septembre 2007.
[2478] J. Gallois, S. Goudjil, M. Majorczyk, A. Oudaoud, L. Pignatel, « L'effet thérapeutique du procès pénal » in C. Ribeyre (dir.), *La victime de l'infraction pénale*, *op.cit.* p.168.
[2479] C. pén., art. 10-1 issu de la loi n° 2014- 896 du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales.
[2480] V. à ce propos R. Cario, « La prescription de l'action publique. Au-delà du victimaire et du sécuritaire : le souci de la restauration des personnes », *op.cit*. et J. Gallois, S. Goudjil, M. Majorczyk, A. Oudaoud, L. Pignatel, « L'effet thérapeutique du procès pénal » in C. Ribeyre (dir.), *La victime de l'infraction pénale*, *op.cit.* p.166.
[2481] *Ibid*. p.163.
[2482] *Ibid*. p.168.
[2483] *Ibid*. p.163.

Partie 2 : L'invisibilité de l'infraction

351. ***De l'invisibilité des infractions à l'invisibilité de l'infraction***. De l'invisibilité des infractions peut émerger l'idée d'une invisibilité de l'infraction-incrimination. Le législateur en 2017 a reconnu l'existence d'une partie des infractions invisibles par le truchement de la consécration de la théorie prétorienne des infractions clandestines[2484]. Il a dès lors souhaité définir les notions employées en doctrine et en jurisprudence. Et c'est ainsi que l'idée d'une invisibilité dans l'infraction a pu naître. Dans le nouvel article 9-1 du code de procédure pénale, le législateur énonce qu'« *est occulte l'infraction qui, en raison de ses éléments constitutifs, ne peut être connue ni de la victime ni de l'autorité judiciaire* »[2485]. De sorte, il faudrait rechercher au sein des éléments constitutifs des infractions invisibles, l'origine de cette invisibilité. De là l'interrogation est permise : existe-t-il au sein de l'infraction-incrimination, des composantes par essence invisibles ? On songe immédiatement à la culpabilité puisque la faute relève de la pensée intérieure à l'agent, invisible par nature, laquelle peut ne pas s'apparenter à son extériorisation que traduit l'élément matériel. D'ailleurs, pour Le Conseil constitutionnel la preuve de l'intention ne peut s'induire du seul élément matériel[2486]. C'est dire que l'aspect moral de l'infraction revêt une existence propre et doit être constaté à ce titre, malgré les difficultés que représentent la prise en considération par le droit de la psyché humaine. La rationalité de la matière se heurte, on le verra, à l'irrationnalité du mécanisme de la pensée humaine. Le cerveau, ce « *chaudron bouillonnant* »[2487] s'intègre mal dans les carcans juridiques. L'élément matériel semble alors éloigné de ces préoccupations liées à l'invisible. Pourtant, il est depuis toujours des infractions portant sur des objets intangibles ou commises par des moyens invisibles. L'exemple le plus connu est celui du vol d'énergie, mais la question relève d'un champ bien plus vaste, et là encore, la psyché humaine interviendra lorsque celle-ci constitue la cible de l'auteur souhaitant atteindre l'intégrité psychique de sa victime et/ou lorsque ce dernier recours à des moyens de manipulation mentale. Les problématiques touchant à l'élément matériel s'étoffent de plus via le développement croissant de la dématérialisation dans nos sociétés qui priorisent le virtuel au réel. Dans ces hypothèses, l'approche différera de celle qui a induit nos réflexions. En effet, si dans le cadre des infractions clandestines, cette invisibilité micro-infractionnelle doit conduire à une invisibilité macro-infractionnelle, dans les hypothèses qui suivront, l'existence de cette invisibilité intrinsèque pourra intervenir sans pour autant qu'il en résulte dans tous les cas une invisibilité globale de l'infraction, soit de l'infraction-acte.

352. ***Annonce de plan*.** Le texte d'incrimination décrit l'infraction en détaillant ses aspects intellectuels et matériels. Ce ne sont donc que ces deux éléments que nous retiendrons comme constitutifs, à l'instar de la majorité de la doctrine[2488]. L'invisibilité sera de sorte recherchée dans les composantes de l'élément moral **(Titre 1)**, élément par principe invisible en ce qu'il a trait à l'esprit humain, puis dans celles de l'élément matériel **(Titre 2)**, qui peut également, bien qu'exceptionnellement, présenter un aspect invisible.

[2484] Loi n° 2017-242 du 27 février 2017 portant réforme de la prescription en matière pénale, art. 1er.
[2485] C. proc. pén., art. 9-1 al. 3.
[2486] Cons. const. 6 avr. 2017, n° 2017- 625 QPC ; J. Larguier, Ph. Conte, P. Maistre du Chambon, *Droit pénal général*, 24ème éd., Mémento Dalloz, 2022, p.47.
[2487] R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel. Tome I, op. cit.*, n°574 qui évoquent un « chaudron de sorcière ».
[2488] V. nos développements introductifs sur la définition de l'infraction et de son contenu, n°35 et s.

Titre 1 : L'invisibilité dans l'élément moral

353. ***Contenu de l'élément moral.*** C'est tout d'abord au sein de l'élément moral qu'il faut rechercher tout trace d'invisibilité. Cet élément, dédié à l'étude de la psychologie du délinquant en lien avec l'acte commis, apparaît comme le siège idéal de l'invisibilité. En effet, quoi de plus invisible que la psyché humaine ? L'étude de l'élément démontrera les difficultés à sonder l'esprit du délinquant et les solutions mises en œuvre pour parvenir à prouver la constitution d'un élément indispensable de l'infraction. Contredit originellement par les tenants de la doctrine objectiviste, l'élément moral de l'infraction n'est plus guère remis en cause de nos jours. C'est que « *les actes délictueux ne sont pas des péchés par eux-mêmes. Ils ne le deviennent que par l'intention de celui qui le commet* »[2489]. Sous un vocable certes aujourd'hui désuet, on ne peut qu'adhérer à cette présentation. L'élément moral est un composant impérieux au sein des éléments constitutifs de l'infraction[2490]. Toutefois là encore, le contenu de cet élément constitutif fait l'objet de querelles doctrinales, à ce jour irrésolues. Merle et Vitu évoquaient d'ailleurs à ce propos « *un inépuisable champ de controverses* »[2491]. Là encore, cela peut s'expliquer par le caractère imparfait de la théorie de l'infraction[2492]. Toute explication abstraite de l'infraction présentera le défaut de la défectuosité. Impossible de traduire rationnellement cet événement, il ne peut y avoir que parti pris et choix de la solution apparaissant à cet instant comme la plus cohérente. Globalement il s'agit de déterminer si l'imputabilité doit cohabiter avec l'étude de la culpabilité, « *plus petit dénominateur commun* »[2493], au sein de l'élément moral.

354. ***La question de l'imputabilité***. A ce titre, il convient de bien déterminer ce à quoi correspond la notion. L'imputabilité est elle aussi sujet à nombreux débats, assombrissant d'autant plus une notion déjà difficile à cerner. Difficile en effet, de distinguer la notion d'autres termes en apparences voisins, tels la responsabilité et la culpabilité[2494]. Dans le langage courant, la responsabilité correspond à l'« *obligation qu'a une personne de répondre de ses actes* »[2495]. Ce qui s'apparente à la définition juridique proposée par la doctrine, qui la considère comme « *l'obligation de répondre de ses actes délictueux et de subir la peine qui leur est attachée par la loi* » [2496]. Tandis que l'imputabilité, cantonnée à des définitions spéciales dans le domaine financier ou juridique, renvoie pour le domaine qui nous intéresse, à une « *responsabilité qu'on peut imputer à quelqu'un d'un délit,*

[2489] Abelard, *Etiques*, chapitre V *in Oeuvres choisies d'Abelard*, Aubier, p.154 cité par R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel. Tome I*, 7ème éd., 1997, n°572.

[2490] En ce sens v. J.-Y. Maréchal, « Art. 121-3 - Fasc. 20 : Élément moral de l'infraction », JCl Pénal, Date du fascicule : 5 déc. 2019, Date de la dernière mise à jour : 23 févr. 2023, §6 : « La question de la culpabilité présente une importance considérable en matière pénale et fait l'objet de nombreux travaux et de multiples controverses doctrinales. Il convient de relever, en revanche, que, devant les tribunaux, l'élément moral des infractions n'est qu'assez rarement discuté même si les problèmes liés aux fautes non intentionnelles ont donné lieu à une jurisprudence volumineuse ces dernières années ».

[2491] R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel. Tome I*, *op.cit.,* n°572.

[2492] V. nos développements introductifs sur la définition de l'infraction et de son contenu, n°35 et s.

[2493] L'expression est originellement employée pour désigner le dol général au sein des infractions intentionnelles : F. Desportes, F. Le Gunehec, *Droit pénal général*, 16ème éd., Economica, 2009, n°471.

[2494] R. Ottenhof, « Imputabilité, culpabilité, et responsabilité en droit pénal », Archives de politique criminelle, n°22, Pedone, 2000, §4.

[2495] Dictionnaire de l'Académie française en ligne, 9ème éd. : http://www.dictionnaire-academie.fr/article/A9R2099.

[2496] R. Ottenhof, « Imputabilité, culpabilité, et responsabilité en droit pénal », *précit.*, §8.

d'un crime »[2497]. On sent déjà la nuance entre les deux termes, si la responsabilité ressort d'une « *obligation* » de répondre de ses actes, l'imputabilité est la « *possibilité* » de retenir la responsabilité d'un individu pour la commission d'un acte infractionnel. L'imputabilité renverrait ainsi à une capacité. En permettant de retenir une responsabilité, elle s'apparenterait à une composante de celle-ci. A ces deux notions vient s'adjoindre celle de culpabilité, qui au sens commun renvoie à la « *culpa* », soit l'« *état de celui qui a commis une faute* »[2498]. Au sens large, l'individu déclaré coupable est celui qui sera désigné comme le responsable d'une infraction. Ainsi, la doctrine soulignait à bon escient que les termes « *« Responsabilité », « culpabilité », « imputabilité », « capacité pénale » sont des notions dont l'emploi par les auteurs ne va pas sans quelque confusion* »[2499]. Pourtant le sens donné à ces notions n'est pas sans conséquences. Toutefois, la notion d'imputabilité n'est pas définie par le Code pénal, et le terme n'y apparaît d'ailleurs même pas. Si on le retrouve au sein d'autres codes[2500], c'est toutefois dans un sens qui diffère de celui retenu en droit pénal, moins technique, n'évoquant qu'un lien de paternité entre des conséquences dommageables et un agent désigné. Ce que l'on désignera plutôt sous la notion objective d'imputation[2501].

355. ***Imputabilité, responsabilité, culpabilité***. Les contours de l'imputabilité sont d'abord établis en fonction de ceux retenus pour les notions voisines de responsabilité, et de culpabilité. Le rapport entre ces trois notions « *qui se lient et se complètent* »[2502], a pu être établi par Garraud : L'homme n'est responsable « *du fait illicite qu'il a matériellement commis que lorsque ce fait lui est imputable, c'est-à-dire qu'on peut le mettre à son compte* »[2503]. Or, pour pouvoir retenir un acte au compte d'un individu, « *il faut que l'agent ait commis une faute (culpa), qu'il soit coupable* »[2504]. La doctrine, se fondant sur l'étymologie latine du terme[2505], s'accorde sur une définition générale de l'imputabilité comme *« la possibilité de mettre une infraction « sur le compte » débiteur d'une personne* »[2506], or, de ce point de départ, les présentations divergent selon les auteurs, conformément au sens qu'ils donnent aux concepts d'imputabilité, de culpabilité et de responsabilité. Le lien entre ces notions est tel que certains parlent d'une véritable « *trinité* »[2507]. Toutefois, si les notions peuvent présenter une relation d'interdépendance, et à ce titre susciter des confusions, d'autres termes ont pu venir brouiller les frontières et renforcer le flou autour de la notion d'imputabilité.

356. ***Imputabilité et responsabilité***. Si l'infraction est le « *fait générateur de la responsabilité pénale* »[2508], alors, lorsque la doctrine affirme que « *la base irréductible de la responsabilité* » se trouve dans le caractère volontaire du fait infractionnel[2509], plusieurs

---

[2497] Dictionnaire de l'Académie française en ligne, 9ème éd. : http://www.dictionnaire-academie.fr/article/A9I0526
[2498] Dictionnaire de l'Académie française en ligne, 9ème éd. : http://www.dictionnaire-academie.fr/article/A9C5276.
[2499] G. Levasseur, « L'imputabilité des infractions en droit français », RDPC 1968-1969, p.389.
[2500] C. de l'environnement, C. des pensions civiles et militaires de retraite, C. des pensions militaires d'invalidité et des victimes de guerre, C. général de la fonction publique, de l'aviation civile, de commerce, de l'éducation, C. du service national, C. séc. Soc., C. santé pub., C. des transports, C. des assurances, C. du sport.
[2501] Comp. J.-H. Robert, *Droit pénal général*, PUF, 6ème éd., 2005, p.286 et s.
[2502] R. Garraud, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, *Tome Ier*, 3ème éd., Sirey, 1913, n°88.
[2503] I*bid*.
[2504] *Ibid.*
[2505] Du verbe latin *imputare* signifiant « mettre au compte de ».
[2506] R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel. Tome I*, *op. cit*., n°616.
[2507] R. Ottenhof, « Imputabilité, culpabilité, et responsabilité en droit pénal », *op.cit.,* §22.
[2508] E. Dreyer, *Droit pénal général*, LexisNexis, 6ème éd., 2021, n°225 et 260.
[2509] R. Garraud, P. Garraud, *Précis de droit criminel*, Sirey, 15ème éd., 1934, n°89.

interprétations sont possibles : la volonté, autrement dit, l'imputabilité est soit une composante de l'infraction, soit une condition de celle-ci. Si la place de l'imputabilité dans la théorie de l'infraction sera discutée ultérieurement, on peut d'ores et déjà affirmer que la responsabilité, étroitement liée à l'imputabilité, ne peut y être réduite. L'imputabilité rend la responsabilité possible sous réserve que les autres conditions de la responsabilité pénale soient bien remplies.

357. ***Imputation et imputabilité***. La tâche se complique lorsque d'autres notions entrent en jeu. Pour certains auteurs classiques[2510], l'individu est responsable dès lors qu'il y a une « *relation de participation matérielle et psychologique* »[2511] entre les faits infractionnels et l'agent. L'imputabilité semble alors réduite à néant, absorbée par la culpabilité, désignée comme la participation psychologique, en ce qu'elle révèle l'adhésion à l'acte, voire à ses conséquences. Dépouillant l'imputabilité « *d'autonomie réelle* »[2512], cette conception est décriée notamment par Merle et Vitu qui invitent à parler dans cette hypothèse d'une imputation de la responsabilité[2513]. Mais là encore, la doctrine est loin d'être unanime quant au sens à donner à cette notion[2514]. Pour certains auteurs, le terme d'imputation renverrait seulement à l'attribution de l'acte matériel à un individu. L'imputation est ainsi une opération « *purement matérielle, [qui] renvoie à la causalité* »[2515]. Tandis que d'autres adhèrent à la conception mêlant à la fois aspects psycho-moraux et lien matériel[2516]. Souvent, les auteurs utilisent les termes d'imputabilité et d'imputation indifféremment dans leurs manuels, tout en ne s'accordant pas sur ce que recouvrent ces notions. M. le professeur Pin apporte une nuance entre les modalités d'imputation, qu'il désigne comme l'imputation objective, renvoyant aux différents modes de commission de l'infraction[2517], et les conditions d'imputation, lesquelles recouvrent l'étude des causes de non-imputabilité[2518]. L'imputabilité correspondrait de sorte, en négatif, à une imputation subjective. D'autres considèrent que l'imputation correspond à la responsabilité, il s'agirait du même concept, perçu tantôt du côté du juge, tantôt du côté du justiciable[2519].

358. ***Imputabilité et culpabilité***. Pour d'autres auteurs modernes, c'est l'imputabilité qui vient absorber la culpabilité[2520]. Cependant un autre courant doctrinal estime qu'en *sus* de l'établissement d'une relation d'imputation, il faut, pour retenir la responsabilité de l'auteur, que l'agent ait été imputable, c'est-à-dire qu'il ait eu la capacité de comprendre et vouloir l'acte accompli[2521]. Il est donc ici question des facultés mentales de l'agent ayant accompli un acte fautif, concept de sorte autonome de celui de culpabilité. En effet, l'imputabilité s'apparente à une « *qualité*

[2510] R. Garraud, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, *Tome I*^{er}, *op. cit.*, n°218-268 ; R. Legros, *L'élément moral dans les infractions*, Sirey, 1952, p.46.
[2511] R. Ottenhof, « Imputabilité, culpabilité, et responsabilité en droit pénal », *op. cit.*, §9 ; R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel. Tome I*, op. cit. n°616.
[2512] R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel. Tome I*, *op. cit.* n°616.
[2513] *Ibid.*
[2514] J. Pradel, *Droit pénal général*, Cujas, 22ème éd., 2019, n°508.
[2515] Ph. Conte, P. Maistre du Chambon, *Droit pénal général*, Armand Colin, 7ème éd., 2004 n°350.
[2516] J. Pradel, *Droit pénal général*, *précit.*, n°508.
[2517] Coaction, complicité, auteur moral, dirigeant, personne morale…
[2518] X. Pin, *Droit pénal général*, Dalloz, 14ème éd., 2023, n°308 et s.
[2519] J.-H. Robert, *Droit pénal général*, PUF, 6ème éd., 2005, p.286-287.
[2520] V. R. Ottenhof, « Imputabilité, culpabilité, et responsabilité en droit pénal », *op.cit.,* §11 citant à ce titre E. Daskalakis, « Réflexions sur la responsabilité pénale », PUF, 1974.
[2521] *Ibid*., §10.

fondamentale de la structure mentale du délinquant »[2522]. Alors qu'au sens strict, la culpabilité renvoie à la « *culpa* », soit la faute, qu'elle soit intentionnelle ou non-intentionnelle, telle qu'elle sera étudiée dans le chapitre suivant. Ainsi, à « *l'exercice irrégulier des facultés mentales intactes* »[2523]. L'étude de l'imputabilité impose la vérification de la possession par l'agent de toutes ses facultés mentales, tandis que la vérification de la culpabilité *stricto sensu* renvoie à l'analyse de l'emploi de ces facultés mentales.

359. ***Imputabilité et capacité pénale[2524]***. Certains auteurs modernes issus d'un courant doctrinal d'inspiration criminologique ont proposé le remplacement de la notion d'imputabilité par celle de capacité pénale[2525]. Toutefois, la notion ne renvoie qu'à « *l'aptitude d'un délinquant à bénéficier de la sanction après son jugement* »[2526]. Alors que l'on considère l'imputabilité comme une condition de la responsabilité et donc de l'application d'une sanction. Il s'agirait donc de la capacité à recevoir une peine. Avec la capacité pénale, le curseur se trouve ainsi déplacé à l'issue du processus du jugement sur la culpabilité *lato sensu*. Si l'imputabilité interroge la légitimité de la peine, la capacité pénale interroge plutôt quant à elle l'efficacité et le sens de la peine. Elle induit le principe d'individualisation des peines puisqu'elle instaure la recherche de la meilleure peine permettant la resocialisation du délinquant. Dès lors, « *l'imputabilité permet de vérifier s'il y a lieu à sanction, la capacité pénale guide le juge dans le choix du type de sanction* »[2527]. Même en admettant cette notion d'origine criminologique au sein du droit pénal général, l'imputabilité ne perd donc pas de son impérative nécessité.

360. ***Imputabilité et théorisation de l'infraction.*** On comprend ainsi ce que rappelait Ottenhof, « *selon les définitions adoptées par les auteurs, les conséquences juridiques vont radicalement différer* »[2528]. Pour expliquer la solution légale constatée, à savoir l'impunité de l'agent, les auteurs n'ont pas recours aux même définitions, ni à la même conceptualisation des rapports entre imputabilité, culpabilité et responsabilité. Pour parvenir à donner de la cohérence à ces concepts, ils analysent les rares et concises formules légales, ainsi qu'une jurisprudence confuse, quitte à « *recourir à des artifices ou, à tout le moins, utiliser des formules particulières* »[2529]. Les répercussions de l'imputabilité ou de circonstances venant l'exclure sur la constitution de l'infraction et sur l'aptitude à la peine, sont de sorte appréhendées de manière très variées, mais « *ne révèlent pas seulement la difficulté de se mettre d'accord sur la portée des mots ; elles traduisent en réalité de profondes divergences sur la notion même d'infraction* »[2530]. La théorisation de l'infraction comme un phénomène objectif conduit dès lors à sa dissociation de la notion de responsabilité. Cela conduisant à une étude

---

[2522] R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel. Tome I*, *op. cit.*, n°616.
[2523] R. Ottenhof, « Imputabilité, culpabilité, et responsabilité en droit pénal », *op.cit*, §10 à partir des réflexions de R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel. Tome I*, *op. cit.*, n°616.
[2524] Pour une étude plus approfondie et élargie de la notion v. C. Margaine, *La capacité pénale*, Thèse, Université Montesquieu-Bordeaux IV, 2011, not. n°342 et s. pour une étude de la notion au sens strict comme envisagée ici.
[2525] Notion issue des réflexions de V. V. Stanciu, « La capacité pénale », RDPC, 1938 p.854 ; M. Ancel, *La défense sociale nouvelle : un mouvement de politique criminelle humaniste*, Cujas, 1954, p.107 ; Kempe, « La nouvelle théorie de la responsabilité pénale, Le point de vue du criminologue », *in* J. Léauté (dir.), *La criminologie et la philosophie pénale de l'Ecole d'Utrecht*, Cujas,1959, p.107 ; L. Ségur, « Le délinquant et le droit pénal positif », *in Mélanges de droit, d'histoire et d'économie offerts à M. Laborde-Lacoste*, éd. Bière, 1963, p.25-26.
[2526] R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel. Tome I*, op. cit., n°617.
[2527] *Ibid.*
[2528] R. Ottenhof, « Imputabilité, culpabilité, et responsabilité en droit pénal », *op.cit.*, §13.
[2529] *Ibid.*, §14.
[2530] *Ibid.*, §15.

distincte de l'infraction par sa matérialité et de la responsabilité *via* l'imputabilité et de la culpabilité[2531]. En revanche, chez les auteurs partisans de la thèse subjective, l'infraction comporte un élément moral, mais là encore les doctrines divergent, qui intègrent cumulativement l'imputabilité ou seulement la culpabilité, étudiant à nouveau l'imputabilité au titre de la responsabilité.

361. Exclusion de l'imputabilité. Nous ne pouvions dans tous les cas concevoir l'imputabilité comme faisant l'objet d'une étude postérieure à celle de l'infraction. En effet, la possession de toutes ses facultés mentales par l'agent est un préalable nécessaire à l'étude de la faute. Il ne peut faire un mauvais usage de ses facultés s'il n'en a pas la pleine maîtrise ou n'a pas atteint un développement complet de celles-ci. De sorte, nous n'adhérons pas à la présentation qui consiste à placer l'étude de l'imputabilité postérieurement à celle de la faute. En outre, il résulte de ce point qu'aucune infraction ne peut exister lorsqu'il y a abolition des facultés mentales. De là deux options sont possibles : soit l'imputabilité fait partie de l'élément moral, donc en son absence l'élément ne peut être constitué et partant l'infraction elle-même ; soit l'imputabilité est un préalable nécessaire à l'existence de toute infraction[2532], de sorte qu'en l'absence de cette condition on ne saurait permettre l'étude de la constitution de l'infraction. Si la première option a pu avoir notre préférence de prime abord, une étude approfondie de la question nous amené à lui préférer la seconde. En pratique, chaque élément constitutif de l'infraction devrait faire l'objet d'une analyse du juge afin de déterminer son existence conformément aux exigences légales. Il en est ainsi en principe concernant l'élément matériel, et concernant la faute, peu important que les modalités de preuve puissent être aménagées en pratique par le recours à la présomption. Or, pour ce qui est l'imputabilité, celle-ci est légalement présumée[2533]. Le législateur n'aborde d'ailleurs la question qu'indirectement *via* les causes de non-imputabilité. Ces causes rangées parmi les causes d'irresponsabilité pénale, dites subjectives, eu égard à leur rapport à la psyché de l'agent, n'apparaissent que comme le simple négatif de l'imputabilité. De sorte que si l'imputabilité était une composante de l'élément moral, le législateur aurait consacré des causes exonératoires inutilement, puisqu'en l'absence de tout composant d'un élément constitutif, l'infraction ne saurait être constituée. On ne saurait en effet admettre au titre d'une cause d'irresponsabilité, le fait que l'agent ait agit sans intention dans le cadre de l'étude d'une infraction intentionnelle, ou sans faute qualifiée pour l'infraction d'imprudence reprochée à l'auteur indirect, ou encore en l'absence de soustraction dans le cadre d'un vol. Pour redonner du sens à l'approche de l'imputabilité consacrée par le législateur il faut également s'intéresser aux autres causes d'irresponsabilité qu'il consacre. Les causes dites objectives, organisent la paralysie du texte légal en reconnaissant l'utilité de l'acte accompli. Ici il n'y a plus lieu de parler d'infraction, même si les éléments constitutifs pourraient être virtuellement réunis, parce que le texte qui les fonde n'a plus lieu de s'appliquer, il est rendu inapplicable dans le cadre de ces faits justificatifs[2534]. Or sans texte d'incrimination, pas d'infraction possible. Le point commun entre les causes objectives et subjectives semble résider en ce point : il n'y a pas d'infraction possible parce qu'un élément préalable manque qui rend la répression illégitime. Pour l'un il s'agit du texte d'incrimination, pour l'autre la sanité et la liberté d'esprit de l'agent. De cela il en découle également que dans les deux cas il n'y a pas d'infraction,

[2531] *Ibid.*, §16.
[2532] Proposition formulée par E. Dreyer, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n°714 et 836 et s. rappelant les réflexions d'Ortolan, sur l'ordre des priorités pour le juge : J. Ortolan, *Eléments de droit pénal*, Plon, 5ème éd., 1886, tome 1, p.103, n°225.
[2533] A l'exception des mineurs de 13 ans présumés non capables de discernement : C. jus. pén. mineurs, art. L11-1.
[2534] Ce qui rend l'existence d'un élément légal d'autant plus critiquable pour les mêmes raisons.

ce qui est communément admis concernant les causes objectives, mais sujet à débat concernant les causes de non-imputabilité. Or, on ne saurait admettre qu'un individu dont les facultés mentales auraient été abolies puisse commettre une faute qui requière l'exercice de ces mêmes facultés. Ainsi, si l'invisibilité de l'imputabilité pouvait être envisagée, le cadre strict de l'infraction, et partant de ses éléments constitutifs, choisi pour cette étude nous imposait d'exclure cette question de nos développements.

362. ***Annonce de plan.*** L'élément moral réduit à l'étude de l'attitude intellectuelle[2535] de l'individu poursuivi, appelée communément la faute, il faudra constater que l'invisibilité de celle-ci est un véritable obstacle à sa définition, et partant à sa compréhension (**chapitre 1**). La pratique n'est pas sans souffrir de cette invisibilité, puisqu'elle révèle le caractère délicat de la preuve de la culpabilité intellectuelle (**chapitre 2**), laquelle donne donc lieu à certains aménagements.

[2535] X. Pin, « La notion de faute en droit pénal (121-3=0 ?) », *in Droit pénal : le temps des réformes.* Actes du colloque des 7,8 et 9 octobre 2009 à l'Université de Montesquieu Bordeaux IV, 2011, p.95.

Chapitre 1 : La faute, notion insaisissable

363. L'invisibilité se trouve tout d'abord au sein de l'élément moral, dans la faute, qu'elle soit intentionnelle ou non-intentionnelle. En effet, elle correspond à l'état d'esprit de l'agent vis-à-vis d'un acte qui lui est reproché, celle-ci est donc par nature imperceptible par toute personne extérieure à ce dernier ; l'acte n'étant qu'une traduction imparfaite de la pensée de l'individu. De plus, l'agent lui-même aura parfois du mal à déterminer quel était précisément son état d'esprit lors du passage à l'acte. Difficile en effet, même pour l'individu concerné, de rationaliser l'activité bouillonnante du cerveau humain[2536]. Ainsi, « *aucune notion ne semble plus difficile à définir que celle de la faute* » puisqu'elle « *est toujours plus ou moins une affaire de ressenti* »[2537]. Pourtant, comme la notion de faute pénale est utilisée usuellement en droit pénal, elle pourrait au premier regard ne pas poser trop de difficultés. Mais, elle n'a pas encore livré tous ses secrets[2538]. La notion reste difficile à saisir, ce qui rend la tâche de sa définition très complexe pour le pénaliste, qui de surcroît, doit l'appliquer dans un second temps pour déterminer s'il peut ou non y avoir une infraction. Ainsi Monsieur le professeur Robert souligne les difficultés propres à la matière en rappelant que « *la représentation mentale du réel est le sujet de plusieurs disciplines : la philosophie, la psychiatrie, la psychologie, notamment. Toutes concordent pour affirmer qu'elle est variable en précision et qu'il y a mille façons différentes pour un homme de se jeter dans l'action. C'est une grave question que de savoir si le droit doit tenir compte de ces nuances* »[2539]. L'enjeu de la définition des notion d'imprudence (**section 1**) et d'intention (**section 2**) est alors bien perceptible.

Section 1 : La faute d'imprudence, notion insaisissable

364. La notion de faute est parfois envisagée restrictivement comme la seule faute d'imprudence, laquelle s'opposerait alors au dol[2540]. Cette présentation bien trop réduite de la faute pénale peine à convaincre en ce qu'elle efface les rapports entre intention et imprudence. Toutes deux participent de l'attitude intellectuelle[2541] de l'agent face à l'acte matériel commis. Parler d'une faute pénale englobant le dol et l'imprudence permet d'envisager une véritable échelle, une gradation dans la gravité de l'attitude intellectuelle de celui-ci, à commencer par l'attitude la moins grave : la faute d'imprudence. La faute d'imprudence est une notion complexe, « *techniquement obscure* »[2542], qui a fait l'objet d'une appréhension évolutive et fluctuante par le législateur et la jurisprudence « *car la notion est délicate à cerner, qui recèle nombre de difficultés redoutables* »[2543]. Le législateur n'a

---

[2536] R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel. Tome I, op. cit.*, n°574 qui évoquent un chaudron de sorcière.
[2537] X. Pin, « La notion de faute en droit pénal (121-3=0 ?) », *précit.,* p.95.
[2538] Et l'on se demande si nous serons un jour en mesure de les percer à jour. Peut-être, avec l'avancée des techniques scientifiques, quoique l'état de l'art dans la matière des neurosciences semble aujourd'hui nous indiquer que le chemin est encore long… cf. nos développements du chapitre suivant, n°523 et s.
[2539] J.-H. Robert, Droit pénal général, PUF, 6ème éd., 2005, p.322.
[2540] X. Pin, « La notion de faute en droit pénal (121-3=0 ?) », *op.cit.,* p.96 citant les dictionnaires Cornu et Capitant ; Ainsi v. not. R. Bernardini, M. Dalloz, *Droit criminel, Vol. II, L'infraction et la responsabilité, op.cit.*, p.203, n°453 : ils évoquent la faute pénale pour évoquer uniquement la faute non intentionnelle ; *Contra*. V. not. A.-C. Dana, *Essai sur la notion d'infraction pénale*, Thèse, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1982, n°455 qui évoque les fautes intentionnelles.
[2541] X. Pin, « La notion de faute en droit pénal (121-3=0 ?) », *op.cit.,* p.95.
[2542] G. Giudicelli-Delage, « La sanction de l'imprudence », *in Mélanges offerts à Pierre Couvrat. La sanction du droit*, PUF, 2001, p.523.
[2543] Ph. Conte, « Les messieurs Jourdain dans les palais de la République : variation sur l'article 121- 3 du code pénal et ses avatars », *in Mélanges en l'honneur du professeur Jacques-Henri Robert*, LexisNexis, 2012, p.137.

d'ailleurs pas adopté de véritable définition de la faute d'imprudence d'une manière générale[2544], se contentant d'une énumération peu éclairante. Il convient alors d'en étudier la genèse (**§1**) afin de mieux saisir l'échelle interne à la faute d'imprudence (**§2**) dessinée au gré des réformes législatives.

§1 : Genèse de la faute d'imprudence

365. La faute d'imprudence est la faute la plus commise au quotidien. Qui n'a jamais montré un peu de légèreté dans l'appréciation des circonstances, a omis quelques règles de prudence, voire a pu négliger ces règles, par étourderie, à cause de la fatigue ou encore en évaluant mal la situation ? L'appréhension de cette faute triviale par le droit pénal a subi une longue évolution (**A**), qui n'a sans doute pas encore atteint une solution définitive[2545]. Le législateur et la jurisprudence n'ont eu de cesse d'osciller entre clémence et sévérité à l'égard des auteurs d'imprudences, au gré notamment de considérations utilitaires liées à l'indemnisation des nombreuses victimes de ces accidents de la vie, que l'on constate à travers le rapport établi entre fautes civiles et fautes pénales d'imprudence (**B**).

A- L'évolution de la notion de faute d'imprudence

366. ***Historique.*** La répression de l'imprudence dommageable est une idée ancienne, déjà admise par le droit romain, puis par l'ancien droit français[2546]. Le code pénal de 1810 prévoyait ainsi sa répression, en la cantonnant toutefois aux cas de l'homicide, des blessures et de l'incendie commis par imprudence[2547]. Pour les défenseurs de cette répression, la justification tient notamment en ce que cette forme de délinquance, « *loin de relever de la fatalité, [elle] est en réalité l'affaire de tous* »[2548]. C'est la sécurité publique[2549] qui est en jeu, par le fait d'une « *manifestation d'indifférence* » aux valeurs sociales[2550] protégées par la loi pénale. Il ne s'agit pas de sanctionner le malchanceux, ici point de « *comportements irréprochables à propos desquels le hasard amènerait l'agent à endosser une injuste irresponsabilité pénale* »[2551]. Les individus se doivent d'adopter une conduite prudente et avisée pour assurer la sécurité publique tel qu'imposé par un « *devoir élémentaire de sociabilité, les règles de son art, ou, plus nettement encore, la loi ou le règlement* »[2552]. Toutefois, l'indifférence n'équivalant pas la « *résistance* » aux valeurs sociales[2553] protégées, la répression de ces comportements se doit d'être plus pondérée que lorsque le même dommage aura été causé de manière intentionnelle. En outre, il convient de réserver la répression aux seules « *hypothèses les plus significatives* »[2554] de cette désinvolture intolérable. Les infractions non-

---

[2544] H. Renout, F. Fourment, *Droit pénal général*, Larcier, 18ème éd., 2013, p.152.
[2545] En tout cas on l'espère au vu des nombreuses zones d'ombre qui subsistent encore.
[2546] R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel. Tome I*, *op. cit.* n°602 ; D. Jousse, *Traité de la justice criminelle de France*, t.II, 1171, p.606 ; O. Décima, S. Detraz, E. Verny, *Droit pénal général*, 5ème éd., LGDJ, Cours, 2022, n°404. Malgré l'opposition de quelques auteurs : R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel. Tome I*, *op. cit.* n°602 citant Almendingen, *Juristiche Schriften*, 1803.II.2 ; G. Tarde, « Crimes, délits et contraventions » *in Etudes de psychologie sociale*, 1898 p.317 ; Gramatica, *La irracionalita della colpa nel diritto pénale*, Gênes, 1929.
[2547] C. pén. 1810, art. 319, 320 et R. 40-4° ; R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel. Tome I*, *op. cit.*, n°602 ; Ph. Salvage, « L'imprudence en droit pénal », JCP G n°50, 11 déc. 1996, doctr. 3984, §4.
[2548] Ph. Salvage, « L'imprudence en droit pénal », *précit.*, §27.
[2549] B. Bouloc, *Droit pénal général*, 27ème éd., Précis Dallos, 2021, n°298.
[2550] Y. Mayaud, *Droit pénal général*, 7ème éd., PUF, 2021, n°260.
[2551] M. Herzog-Evans, *Droit pénal général*, 2ème éd., Vuibert, 2009, n°279.
[2552] E. Dreyer, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n°896.
[2553] Y. Mayaud, *Droit pénal général*, *précit.*, n°260.
[2554] *Ibid.*

intentionnelles ne représentaient ainsi à l'origine qu'une minorité parmi les infractions du Code et restreintes à un domaine strict. Il faut dire que ces incriminations relèvent de l'exception, comme le souligne la formule adoptée par le code pénal[2555], le droit pénal ne s'intéressant en principe qu'aux comportements les plus graves[2556]. C'est l'évolution des techniques avec notamment l'avènement de l'industrialisation et surtout de la circulation automobile[2557], grands pourvoyeurs d'accidents souvent gravement dommageables, qui a attisé l'intérêt du législateur pour la répression des comportements imprudents. Ces faits perçus alors comme une véritable « *catastrophe sociale* » statistiquement plus importante que les homicides et blessures intentionnels[2558], se sont confirmés être « *la forme la plus importante de la criminalité* » au cours du XXème siècle[2559] par le nombre de victimes occasionnées. A l'origine, ce n'est ainsi que l'imprudence dommageable qui a fait l'objet d'une répression. Des auteurs se sont toutefois insurgés contre l'exigence d'une telle circonstance transformant de sorte la répression en « *une sanction de hasard* »[2560]. L'occurrence d'un résultat ne découlant pas du comportement de l'auteur mais d'un aléa, avec une sanction comme mesure de sa fortune. En réalité, pour les auteurs, il s'agit non de réprimer un résultat mais une prise de risque résultant d'une imprévoyance[2561] intolérable. Ainsi pour le professeur Larguier, *« dans une civilisation technique où les imprudences peuvent avoir des conséquences dangereuses […], il est des fautes d'imprudence qu'il faudrait pouvoir punir, parfois même en l'absence de résultat (surtout en cas d'imprudence consciente) avec autant de rigueur que les fautes d'intention* »[2562]. Le législateur a entendu ces recommandations, en instaurant une telle répression d'abord concernant des cas limités[2563], puis des contraventions réprimant les violences non-intentionnelles dont il n'est résulté aucune ITT, enfin d'une manière générale avec la mise en danger d'autrui[2564]. Désormais « *la plus grande partie de l'article 121-3 du Code pénal est consacrée […] à la culpabilité non intentionnelle* »[2565], alors qu'elle ne relève en principe que de l'exception. Preuve de l'importance accordée à cette forme de délinquance, devenue un considérable « *objet d'étude et une source de jurisprudence très importants* » à laquelle la doctrine accorde des développements de plus en plus conséquents[2566]. Toutefois, contrairement aux préconisations du professeur Larguier, le législateur a opté pour des peines sans commune mesure avec celles encourues pour les mêmes résultats causés par un acte intentionnel. Les infractions d'imprudence demeurent plus faiblement sanctionnées que les infractions intentionnelles en raison de la moindre gravité de l'attitude intellectuelle de l'agent qui ne manifeste pas d'hostilité aux valeurs

---

[2555] C. pén., art. 121-3 : qui pose le principe de l'intention au premier alinéa puis introduit les exceptions par l'adverbe « toutefois » au deuxième alinéa.
[2556] E. Dreyer, *Droit pénal général*, *op. cit*., n°891; O. Décima, S. Detraz, E. Verny, *Droit pénal général*, *op.cit*., n°404.
[2557] R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel. Tome I*, *op. cit*. n°602 ; E. Dreyer, *Droit pénal général*, *op. cit*., n°891.
[2558] R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel. Tome I, op. cit*. n°602.
[2559] Ph. Salvage, « L'imprudence en droit pénal », JCP G n°50, 11 déc. 1996, doctr. 3984, §2.
[2560] A. Chavanne et M.-C. Fayard, « Les délits d'imprudence », RSC 1975, p. 5 cités par Ph. Salvage, « L'imprudence en droit pénal », *précit*., §9.
[2561] *Contra*. J.-Y. Maréchal, « Art. 121-3 - Fasc. 20 : Élément moral de l'infraction », *op.cit*., n° 70.
[2562] Ph. Salvage, « L'imprudence en droit pénal », *op.cit*., §9 ; J. Larguier, Ph. Conte, P. Maistre du Chambon, *Droit pénal général*, 24ème éd., Mémento Dalloz, 2022, p.54.
[2563] Ph. Salvage, « L'imprudence en droit pénal », *op.cit*., §17.
[2564] *Ibid*. : C. pén. art. R. 622-7, 222-21, R. 625-5. Mais peut-on vraiment dire en ce cas que le résultat est inexistant ? Ou ne parvient-il pas au seuil minimal fixé par la médecine légale pour engendrer un jour d'ITT ?
[2565] J.-Y. Maréchal, « Fasc. 20 - Élément moral de l'infraction », JCP, 5 déc. 2019, n°60.
[2566] *Ibid.*

sociales protégées mais un simple défaut de prudence, voire une simple indifférence, qui, aussi grave soit-elle, ne peut être équivalente à la faute intentionnelle[2567].

367. ***Imprécision de la notion.*** La notion d'imprudence, pourtant « *ancestrale* »[2568], n'est pas aussi évidente qu'il n'y paraît. Issue du terme latin *imprudentia* signifiant tout à la fois « *ignorance, manque de connaissance ; absence de préméditation* », elle renvoie dans le langage courant à un « *défaut de prudence* »[2569]. Si l'on peut ainsi entrevoir « *les innombrables petits malheurs et surtout les grands drames dont elle est de plus en plus souvent la cause* »[2570], la définir sur un plan moral soulève nombre de difficultés. Déjà au début du XXème siècle, Roux estimait qu'il n'y avait pas de « *théorie plus remplie d'obscurité* »[2571]. Ce qui était encore déploré à la fin du XXème siècle : « *insupportable incertitude qui entoure une notion à laquelle on veut reconnaître pourtant un rôle si capital dans le processus d'incrimination* »[2572]. Plus récemment, les auteurs ont pu confirmer l'imprécision de cette notion, « *mouvante, complexe et très discutée* »[2573]. Pour Messieurs les professeurs Conte et Maistre du Chambon « *La difficulté provient entre autres du fait que le même terme sert à désigner à la fois l'acte matériel d'imprudence et l'état d'esprit qui en a permis la réalisation : On commet une imprudence par… imprudence* »[2574]. Cela a pu provoquer la confusion en doctrine, qui a pu définir la faute d'imprudence comme le fait de ne pas accompli les diligences normales, mais on renvoie ici à un acte[2575]. Il convient toutefois de bien différencier l'un de l'autre afin de pouvoir déterminer l'élément moral requis pour constituer l'infraction. L'imprudence n'a cependant jamais fait l'objet d'une définition générale de la part du législateur[2576] qui s'est d'abord contenté de décrire la notion en employant plusieurs expressions, avec d'ailleurs « *un grand luxe verbal* »[2577]. Le code de 1810 renvoyait ainsi à la « *maladresse, imprudence, inattention, négligence ou inobservation des règlements* »[2578]. Il évoquait également le « *défaut de précaution* »[2579], ou encore « *le défaut de réparation ou d'entretien* »[2580]. Il s'agit alors « *d'expressions synonymes de la même réalité fautive* »[2581], par lesquelles le législateur essayait d'embrasser une réalité complexe, toutefois saisie d'une manière uniforme, conception s'étant par la suite « *révélée inadaptée* »[2582]. Le code pénal de 1992 est par la suite venu préciser le principe de l'inobservation des règlements en utilisant la formule désormais classique du « *manquement à une obligation de sécurité ou de prudence imposée*

[2567] Toutefois, une attention particulière doit être apportée aux fautes dites intermédiaires, plus graves que les fautes d'imprudence, et qui se rapprochent de l'intention sans toutefois lui correspondre parfaitement. Elles seront étudiées en *infra*, n°378 et s.
[2568] Ph. Salvage, « L'imprudence en droit pénal », *op.cit.*, §2.
[2569] Dictionnaire de l'Académie française en ligne, 9ème éd. https://academie.atilf.fr/9/consulter/imprudence?page=1.
[2570] Ph. Salvage, « L'imprudence en droit pénal », *op.cit.*, §2.
[2571] Cité par Ph. Conte, P. Maistre du Chambon, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n°385.
[2572] A.-C. Dana, Essai sur la notion d'infraction pénale, Thèse, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1982, n°273.
[2573] M.-Ch. Sordino, *Droit pénal général*, 6ème éd.., Ellipses, 2016, p.138.
[2574] Ph. Conte, P. Maistre du Chambon, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n°385 ; Qui acquiesce : G. Giudicelli-Delage, « La sanction de l'imprudence », *in Mélanges offerts à Pierre Couvrat. La sanction du droit*, PUF, 2001, p.526.
[2575] V. not. J.-Y. Maréchal, « Art. 121-3 - Fasc. 20 : Élément moral de l'infraction », *op.cit.*, n°70-71.
[2576] B. Bouloc, *Droit pénal général*, *op.cit.*, n°297.
[2577] R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel. Tome I*, *op. cit.*, n°603.
[2578] C. pén. anc., art 319.
[2579] C. pén. anc., art. R.34, 3°.
[2580] C. pén. anc., art. R.34, 4°.
[2581] Y. Mayaud, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n°261.
[2582] *Ibid.*

par la loi ou les règlements »[2583] mais également y ajouter le « *manquement délibéré* » à une telle obligation[2584]. Ce faisant, le législateur a commencé à scinder la faute d'imprudence en divers degrés de gravité, ce qu'il parachèvera avec la loi du 10 juillet 2000. De manière générale, les auteurs considèrent donc que l'imprudence, au sens de l'attitude psychologique « *consiste donc soit à ne pas prévoir les conséquences dommageables de l'acte que l'on accomplit - ou à ne pas croire qu'elles pourront se produire - soit à ne pas prendre les précautions nécessaires pour les empêcher de survenir* »[2585].

368. ***Distinction de la faute intentionnelle***. De sorte, la différence avec l'intention se situe dans l'état d'esprit de l'agent vis-à-vis du résultat dommageable[2586]. Comme un négatif de l'intention[2587], l'imprudence requière une absence d'adhésion à ce résultat, quand l'intention nécessite le souhait d'atteindre celui-ci. Ainsi, « *si l'intention est tension de la volonté, l'imprudence est la volonté non tendue* »[2588].

369. ***Vocabulaire légal inadéquat.*** Le recours à la notion de volonté est toutefois venu obscurcir les frontières entre culpabilité et imputabilité. En effet, en considérant que « *le résultat n'est pas imputable à la volonté positive de l'agent mais plutôt une faute d'intelligence, soit une inertie de la volonté* »[2589], la doctrine classique[2590], suivie par le législateur, a pu utiliser le terme d'infractions « *involontaires* » pour désigner les incriminations d'imprudence. Toutefois, une telle formule prête à confusion en ce qu'elle occulte toute manifestation de volonté[2591] et semble supposer que l'agent a agi sans volonté. Pourtant, pour que l'on puisse envisager une infraction, l'auteur doit avoir eu la possession puis l'exercice libre et éclairé de ses facultés mentales. Comme l'a énoncé Decocq, « *A défaut de volonté, le fait de l'homme ne constitue pas un acte, mais un événement* »[2592]. Ainsi, même dans le cadre d'une infraction d'imprudence, l'agent a agi volontairement. Sa volonté n'est toutefois tendue que vers l'action ou l'inaction, et non vers les conséquences de celles-ci[2593], comme l'exige l'intention. On préfèrera alors l'expression d'infraction non-intentionnelle. Certains auteurs sont allés plus loin, rapprochant infraction intentionnelle et infraction non-intentionnelle, lesquelles supposeraient une manifestation de volonté similaire, la nuance se situant simplement dans le principe d'une unité de volonté portant à la fois sur l'acte et son résultat, chez l'une, et d'une dissociation de celle-ci chez l'autre, étrangère aux conséquences de l'acte[2594]. Pour Herzog, « *si l'agent pouvait et devait prévoir les conséquences de son acte, et s'il ne l'a pas fait, c'est parce qu'il ne l'a pas voulu* »[2595].

[2583] L'article général 121-3 ne fait toutefois pas mention de la maladresse et de l'inattention, toutefois employés dans les articles spéciaux 221-6 s. et 222-19 s. et R625-2 qui opèrent par renvoi à ce dernier.
[2584] C. pén., art. 223-1.
[2585] R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel. Tome I*, *op. cit.*, n°603.
[2586] V. *contra.* J.-Y. Maréchal, « Art. 121-3 - Fasc. 20 : Élément moral de l'infraction », *op.cit.*, n°69.
[2587] Ph. Conte, P. Maistre du Chambon, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n°385.
[2588] *Ibid.*
[2589] R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel. Tome I*, *op. cit.*, n°603.
[2590] *Ibid.*
[2591] *Ibid.*
[2592] A. Decocq, *Droit pénal général*, Armand Colin, 1971, p.201.
[2593] En ce sens J. Leroy, *Droit pénal général*, 9ème éd., LGDJ, 2022, n° 394 ; B. Bouloc, *Droit pénal général*, *op.cit.*, n°274 ; H. Renout, F. Fourment, *Droit pénal général*, Larcier, 18ème éd., 2013, p.152.
[2594] J.-B. Herzog, « La prévention des infractions involontaires » *in* A. Besson (dir.), *La prévention des infractions contre la vie et l'intégrité de la personne humaine*, t.I, M. Ancel, Cujas, 1956, p.217cité par R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel. Tome I*, op. cit. n°603.
[2595] *Ibid.*

Il rapproche ainsi drastiquement faute intentionnelle et faute non-intentionnelle. En réalité, sa présentation s'apparente à la description de fautes intermédiaires. Il faut dire que si le législateur a dans un premier temps décrit la faute d'imprudence d'une façon unitaire, « *uniforme, c'est-à-dire toujours identique à elle-même, sans différence aucune permettant de la situer au sein d'une hiérarchie* »[2596]. Celle-ci recouvre toutefois différents degrés selon que le risque pris par l'agent au moment de la mise en action de sa volonté était conscient ou non. Il en découle alors la distinction entre les notions classiques d'imprévoyance conscience et inconsciente.

370. ***Hiérarchisation de l'imprudence.*** Ce n'est toutefois pas cette dichotomie qui aura été retenue par le législateur, qui scinda l'imprudence en deux sortes de fautes, simple ou qualifiées, selon un critère utilitariste. C'est en effet afin, notamment, de limiter la responsabilité pénale des élus[2597], que la loi du 10 juillet 2000[2598] est venue consacrer une hiérarchisation des fautes d'imprudence, en fonction du degré de causalité la reliant au résultat dommageable. Ainsi, en cas de causalité indirecte, il faut rapporter la preuve d'une faute grave, dite qualifiée, qu'elle soit délibérée ou caractérisée, afin de pouvoir entrer en condamnation. En revanche la causalité directe[2599] nécessite une faute simple d'imprudence telle que prévue jusqu'alors[2600]. Au sein même des fautes qualifiées, on perçoit une hiérarchisation entre la faute caractérisée et la faute délibérée[2601], cette dernière constituant de plus une circonstance aggravante. Partant, le législateur a procédé à une dépénalisation partielle de la faute d'imprudence concernant les auteurs indirects de faits dommageables. Pour certains auteurs[2602], cette solution est la bienvenue en ce que la pénalisation de la faute simple exprimerait une sévérité excessive du législateur vis-à-vis de comportements courants, relevant de l'étourderie, de l'erreur humaine classique, qualifiées par certains de « *poussières de faute* ». De sorte, il ne s'agit pas tant de comportements intolérables en ce qu'ils expriment d'indifférence sociale, mais une passivité inconsciente face à un risque incalculé dont la répression, notamment par une peine privative de liberté, peut sembler disproportionnée. Toutefois, il a pu être souligné le caractère obscur de la distinction opérée. En effet, en calquant « *la responsabilité pénale de l'imprudent sur la distance séparant son acte du dommage qui en est issu* », le législateur a se serait inspiré d'une théorie « *passablement fruste* » de la *causa proxima*[2603]. Les auteurs désapprouvent ainsi la réforme, d'une

---

[2596] Y. Mayaud, *Droit pénal général*, PUF, 7ème éd., 2021, n°261.

[2597] Après avoir dans un premier temps par la loi du 13 mai 1996 tenté de répondre à ces attentes en exonérant l'auteur des faits qui a accompli les diligences normales compte tenu de la nature des missions ou des fonctions, des compétences, du pouvoir et des moyens dont il disposait, formule remplacée par la loi Fauchon par la formule positive selon laquelle la faute doit être appréciée en fonction pas accompli les diligences normales, compte tenu de la nature des missions, des fonctions ou des compétences, ou du pouvoir ou des moyens dont il disposait. C'est désormais au autorités d'établir le fait que l'agent n'a pas satisfait à ces exigences et plus à ce dernier de démontrer qu'il entre dans le cadre du critère exonératoire. En *sus* de dispositions spéciales insérées dans le Code des collectivités territoriales concernant les personnes ayant reçu délégation de pouvoirs pour des faits non intentionnels commis dans le cadre de l'exercice de leurs fonctions protégées de toute poursuite lorsqu'elles ont a accompli de telles diligences, la solution a été généralisée et rendue applicable à tous les justiciables peu important leurs fonctions.

[2598] Loi n°2000-647 du 10 juillet 2000 tendant à préciser la définition des délits non intentionnels, dite « loi Fauchon ».

[2599] Laquelle n'a toutefois pas fait l'objet d'une définition légale, au risque de difficultés d'appréciation et d'une interprétation extensive de celle-ci afin d'éviter les conditions plus exigeantes de la faute qualifiée v. à ce propos J.-P. Vial, « Loi Fauchon : il faut remettre l'ouvrage sur le métier ! », AJ Pén. 2012 p.84.

[2600] C. pén., art. 121-3 al.3.

[2601] En ce sens : Y. Mayaud, « Retour sur la culpabilité non intentionnelle en droit pénal… », D. 2000 p.603 ; Une partie de la doctrine s'oppose cependant à ce point de vue, cf. nos développements en *infra*, n°394.

[2602] Y. Mayaud, « Retour sur la culpabilité non intentionnelle en droit pénal… », D. 2000 p.603.

[2603] Ph. Conte, P. Maistre du Chambon, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n°386.

part en raison des critères abscons posés à l'alinéa 4 de l'article 121-3, laissant une large marge de manœuvre aux juges dans l'appréciation de la causalité, mais également en considération de la théorie l'ayant inspirée, « *fausse à force d'être simpliste* », puisqu' « *une cause éloignée peut être, évidemment, le facteur décisif d'un préjudice* »[2604]. En outre, la dépénalisation opérée n'est que partielle, ne visant que les auteurs indirects. Ont ainsi été visés les maires et autres élus. Or de cette façon, l'exemption vise les individus chargés « *de responsabilités sociales et en mesure d'agir par l'intermédiaire des ordres* »[2605] donnés à autrui, soit ceux qui ont le plus de pouvoir entre leurs mains pour mettre en œuvre des pratiques les plus prudentes et avisées. Ainsi, « *le poids de sa faute est reporté sur le « lampiste »* »[2606], pour lequel la faute la plus légère pourra être retenue. Si cette présentation peut être nuancée par l'appréciation *in abstracto* circonstanciée[2607] de ces fautes, et notamment par le fait que la jurisprudence aura tendance à se montrer plus sévère envers les auteurs indirects professionnels, cela n'altère pas la critique qui peut être adressée aux motivations du législateur lors de l'adoption de cette loi et au caractère équivoque du critère de la distance causale[2608]. On partage alors l'interrogation doctrinale : « *Celui qui est « en bout de chaîne » serait-il nécessairement plus coupable pour qu'une faute ordinaire suffise à engager sa responsabilité ?* », alors qu'il n'est qu'un simple exécutant ?

B- Faute d'imprudence pénale et faute d'imprudence civile

371. ***Parallèle entre les deux fautes***. La loi du 10 juillet 2000 fait également l'objet d'observations critiques relativement aux conséquences nébuleuses qu'elle a impliquées vis-à-vis du principe séculaire de l'unité des fautes civile et pénale, qui n'ont toujours pas à ce jour été totalement réglées. La comparaison ancienne entre faute civile et pénale provient notamment du fait que le législateur a employé les mêmes termes afin de désigner les deux fautes. En effet l'article 1241 du Code civil évoque l'imprudence et la négligence, comme le fait notamment l'article 121-3 du code pénal lorsqu'il définit largement la faute d'imprudence. De là les commentateurs ont pu s'interroger quant au sens à donner à ces définitions similaires. Soit cela signifie que le contenu des fautes pénale et civile est le même, en ce cas on peut parler d'unité des fautes, soit les termes font l'objet d'appréciations différentes dans les deux matières et en ce cas on parle plutôt d'une dualité des fautes pénale et civile. En l'absence de précisions de la part du législateur, ce sont les juges qui se sont employés à résoudre la question.

[2604] *Ibid.*

[2605] *Ibid.*

[2606] Ph. Conte, « Le lampiste et la mort », droit pénal n° 1, janv. 2001, chron. 2 ; ce à quoi acquiesce J.-P. Vial, « Loi Fauchon : il faut remettre l'ouvrage sur le métier ! », AJ Pén. 2012 p.84.

[2607] L'ajout par le législateur de la référence aux diligences accomplies par l'agent ne nous semble en effet pas propice à une appréciation *in concreto*, on rejoint ici l'argument de M. le professeur Pin pour qui « les diligences ne se comprennent qu'en tenant compte des missions, des fonctions ou des compétences de l'intéressé, lesquelles sont forcément décrites à partir de définitions théoriques » cf. X. Pin, « La notion de faute en droit pénal (121-3=0 ?) », *op cit.* Avis semble-t-il partagé par G. Giudicelli-Delage, « La sanction de l'imprudence », *in Mélanges offerts à Pierre Couvrat. La sanction du droit*, PUF, 2001, p.532 qui estime « contradictoire de vouloir imposer aux juges une appréciation *in concreto* sur le fondement de « diligences normales », ces termes renvoyant nécessaire à un modèle abstrait de référence ». *Contra* v. not. H. Renout, F. Fourment, *Droit pénal général, op.cit.*, p.153-155.

[2608] Pour Y. Mayaud, « Retour sur la culpabilité non intentionnelle en droit pénal… », D. 2000 p.603 : il ne faut pas se cacher que les applications qui en seront faites ne seront pas toujours dictées par l'évidence, tant la maîtrise d'une causalité passe par de subtiles nuances ; En ce sens égal. v. J.-P. Vial, « Loi Fauchon : il faut remettre l'ouvrage sur le métier ! », AJ Pén. 2012 p.84.

372. ***Ancien principe d'unité des fautes.*** Si le principe retenu originellement est souvent présenté comme celui de l'unité des fautes, qui aura perduré pendant presque un siècle, il faut toutefois rappeler que tel n'était pas le sens d'une jurisprudence plus ancienne. En effet, ce n'est qu'au XIXème siècle que les juges ont opté pour l'identité des fautes civile et pénale. Durant le siècle précédent les fautes étaient duelles[2609]. La jurisprudence retenait alors une différence de gravité entre les deux fautes[2610]. La question d'une potentielle unité des fautes ne se posait pas car elle ne présentait alors pas d'intérêt pratique : les juges répressifs n'étaient saisis que des fautes les plus graves, qui ne représentaient alors qu'une minorité du contentieux, le reste étant orienté vers les juges civils qui facilitaient l'indemnisation des victimes par leur interprétation large de la faute[2611]. C'est l'augmentation du contentieux, avec des faits de plus en plus complexes et aux conséquences plus dommageables depuis la révolution industrielle qui a accru l'intérêt pour les victimes d'aller devant le juge pénal[2612]. Au début du XXème siècle, étant donné qu'« *aucun critère net de distinction n'a permis d'établir une différence* »[2613], la jurisprudence décrète alors l'unité des fautes civiles et pénales qui n'aura par la suite jamais été remis directement en cause par le législateur. C'est l'arrêt Brochet et Deschamps du 18 décembre 1912[2614] qui est retenu par la doctrine comme marquant l'avènement de la théorie unitaire. Celui-ci ne l'évoque toutefois qu'indirectement, le juge civil se contentant d'énoncer que le code pénal réprime l'imprudence « *sans que la légèreté de la faute commise puisse avoir d'autre effet que celui d'atténuer la peine encourue* ». C'est dire donc que la faute pénale s'apprécie aussi largement que la faute civile qui se contente de simples « *poussières de faute* ». La chambre criminelle a par la suite exprimé le même principe, cette fois sans détour, en énonçant que « *la faute pénale d'imprudence se confond[ant] avec la faute quasi délictuelle civile* »[2615].

373. ***Raison d'être du principe de l'unité des fautes***. La solution retenue s'explique par des raisons d'opportunité. En effet, en vertu du principe de l'autorité de la chose jugée au pénal sur le civil, les victimes ne pouvaient obtenir réparation de leur préjudice lorsqu'aucune faute pénale ne pouvait être retenue. Le droit civil ne prévoyait alors pas encore les mécanismes d'indemnisation sans faute tels qu'on les connaît aujourd'hui, il n'y avait donc aucun autre fondement envisageable pour que les victimes puissent obtenir réparation[2616]. Face à des dommages de plus en plus graves liés au développement de l'industrialisation et de la circulation routière, il est devenu indispensable pour les juges de proclamer l'identité des fautes afin de permettre la réparation du préjudice subi par les victimes. En l'absence de précisions dans les textes du code pénal, le juge pénal a de sorte pu apprécier largement la faute d'imprudence afin de la faire correspondre à la faute civile[2617]. Ainsi, c'est paradoxalement la règle formelle de l'autorité de la chose jugée au pénal sur le civil, qui a conduit à ce que « *le civil sur le fond dict[e] sa solution au pénal* »[2618] dans l'objectif d'une large indemnisation des victimes d'imprudence.

[2609] E. Dreyer, *Droit pénal général*, *op. cit*., n°899.
[2610] Cass., civ. 14 nov. 1898, S. 1902.1.27 ; J. Pradel, *Droit pénal général*, *op.cit.*, n°579, note n°1.
[2611] E. Dreyer, *Droit pénal général*, *op. cit*., n°899.
[2612] *Ibid.*
[2613] M.-Ch. Sordino, *Droit pénal général*, *op.cit*., p.147.
[2614] Cass., civ. 2e, 18 déc. 1912, « Brochet et Deschamps », S .1914.1.249 note R. Morel ; D. 1915.1.17 ; Gaz. Pal. 1913.1.107 ; J. Pradel., A. Varinard, *Les grands arrêts de droit pénal général*, Dalloz, 12ème éd., 2021, n°41.
[2615] Cass., crim. 6 juil. 1934, « Gouron » ; J. Pradel, A. Varinard, *Les grands arrêts de droit pénal général*, *précit*., n°41.
[2616] E. Dreyer, *Droit pénal général*, *op. cit*., n°899.
[2617] O. Décima, S. Detraz, E. Verny, *Droit pénal général*, *op.cit*., n°411.
[2618] E. Dreyer, *Droit pénal général*, *op. cit*., n°899.

374. ***Conséquences néfastes du principe de l'unité des fautes.*** Ainsi, la solution retenue par la jurisprudence présentait de nombreux inconvénients. Le principe a en effet incité à la sévérité des juges répressifs afin de permettre l'indemnisation au civil d'une majorité de victimes. Or, le droit pénal est un droit subsidiaire, il ne devrait donc frapper d'une condamnation qu'en dernier recours et à l'encontre des comportements les plus graves. La *culpa levissima* retenue par le juge pénal[2619] à cette époque[2620] venait ainsi contredire le principe de l'*ultima ratio*. Etaient donc réprimées des « *maladresses susceptibles d'être commises par tout bon père de famille, dès lors que l'on ne désigne pas, par-là, un être infaillible et parfait* »[2621]. Pourtant, il convient d'affirmer qu'« *Une faute très légère n'est que l'expression d'une défaillance toujours possible, et non point le signe d'une délinquance avérée* »[2622]. Ainsi la doctrine a pu rapidement dénoncer une dénaturation du procès pénal[2623] devenu un « *instrument au service d'intérêts civils* »[2624]. Le système ne permettait plus le rendu d'une justice nuancée[2625] et donc raisonnée, en l'application d'une solution extrême ne permettant au choix qu'un cumul des responsabilités ou l'absence totale de responsabilité. En outre, les auteurs ont souligné les différentes fonctions de ces deux sortes de fautes : punitive pour l'une, réparatrice pour l'autre[2626].

375. ***Affaiblissement du principe.*** La contestation doctrinale n'a pas entraîné de prise en compte totale de ces arguments. Toutefois, elle a pu dans un premier temps influencer un affaiblissement du principe de l'unité des fautes civile et pénale. C'est d'abord une question procédurale qui a pu annoncer un tel amoindrissement du principe *via* le terme mis à la prescription unique des procédures civile et pénale. Le législateur est notamment intervenu par une loi du 8 juillet 1983[2627], par laquelle il a permis au juge du tribunal correctionnel d'allouer réparation des dommages sur le fondement des règles de droit civil alors qu'il aura prononcé une relaxe[2628]. Le développement de la responsabilité objective en droit civil[2629] a également pu participer à un contournement[2630] du

---

[2619] O. Décima, S. Detraz, E. Verny, *Droit pénal général*, *op.cit.*, n°411 : Ils citent en ce sens H. Donnedieu de Vabres, *Traité élémentaire de droit criminel et de législation pénale comparée*, 3ème éd., n°128 ou encore G. Vidal et J. Magnol, *Cours de droit criminel et de science pénitentiaire*, 9ème éd., I, p.198 ; Y. Mayaud, « Retour sur la culpabilité non intentionnelle en droit pénal… », D. 2000 p.603.

[2620] V. not. Cass., crim., 18 déc. 1912, S. 1914, I,249 note R.-L. Morel, dans lequel les juges estiment que « la légèreté de la faute commise ne peut avoir d'autres effets que celui d'atténuer la peine encourue ».

[2621] E. Dreyer, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n°900.

[2622] Y. Mayaud, « Retour sur la culpabilité non intentionnelle en droit pénal… », *op.cit.*

[2623] R. Bernardini, M. Dalloz, *Droit criminel, Vol. II, L'infraction et la responsabilité*, 5ème éd., Bruylant, 2023, n°468.

[2624] J. Pradel, *Droit pénal général*, *op.cit.*, n°579 renvoyant à l'article de R. Houin au JCP 1956,II, 9224 ; V ; également Y. Mayaud, « Retour sur la culpabilité non intentionnelle en droit pénal… », *op.cit.*, pour qui « le résultat de la conception unitaire des deux fautes, le principe de leur identité, doublé de la primauté du criminel sur le civil, ayant eu pour conséquence d'orienter l'application de la faute pénale sur des considérations plus indemnitaires que répressives ».

[2625] J. Pradel, *Droit pénal général*, *op.cit.*, n°579 renvoyant notamment à A. Pirovano, note au D. 1966 P.344.

[2626] *Ibid.* ; J.-Ch. Saint-Pau, « La responsabilité pénale réparatrice et la responsabilité civile punitive ? », Responsabilité civile et assurances n° 5, Mai 2013, dossier 23, §5.

[2627] Loi n°83-608 du 8 juillet 1983, renforçant la protection des victimes d'infraction.

[2628] C. proc. pén., art. 470-1. L'ordonnance n°58-1296 1958-12-23 l'avait déjà prévu concernant l'acquittement, C. proc. pén., art. 372 ; Loi 72-5 1972-01-03 art. 1 JORF 5 janvier 1972 en vigueur le 30 juin 1972 concernant les contraventions à l'article 528-1 CPP, qui écarte l'autorité de la chose jugée de l'ordonnance pénale à l'égard de l'action civile en réparation des dommages causés par l'infraction.

[2629] V. not. la loi n°85-677 du 5 juillet 1985 tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation.

[2630] E. Dreyer, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n°901.

principe, en permettant l'allocation de dommages et intérêts en l'absence du constat d'une faute pénale, qui demeure « *le fondement exclusif* » de la responsabilité pénale[2631] à la différence du droit civil. Toutefois, certains tempèrent le caractère « *annonciateur* » de ces textes, en ce qu'ils ne constituent encore une fois qu'une mesure de faveur à l'égard des victimes et non un véritable changement de paradigme[2632].

376. ***La loi du 10 juillet 2000[2633].*** C'est par la suite la loi du 10 juillet 2000 qui a pu être présentée comme venant véritablement « *rompre avec la théorie unitaire des fautes civile et pénale* »[2634], *via* la création par celle-ci de l'article 4-1 du Code de procédure pénale. Toutefois, cette présentation doit être tempérée puisque « *La dissociation des fautes pénale et civile est le résultat d'une disposition de procédure, et non d'une affirmation substantielle* »[2635]. Ce n'est qu'indirectement que le texte adopté par le législateur a concerné la question la théorie des fautes pénale et civile. L'objectif du texte n'étant que de parvenir à une dépénalisation partielle des élus, aucune réflexion d'ampleur sur la question de la coordination des fautes n'a été menée lors de la réforme[2636]. L'article cité prévoit ainsi que « *l'absence de faute pénale non intentionnelle au sens de l'article 121-3 du code pénal ne fait pas obstacle à l'exercice d'un dommage* », mais ce uniquement sur les fondements, soit de l'article 1241 du code civil, prévoyant la responsabilité pour imprudence ou négligence, soit de l'article L. 452-1 du code de la sécurité sociale prévoyant la faute inexcusable. L'objectif pour le législateur était alors probablement de régler les questions procédurales liées à la dépénalisation partielle de l'auteur indirect[2637], puisqu'en l'absence de faute qualifiée la responsabilité pénale ne peut être engagée, alors qu'une faute simple, admise au titre de la responsabilité civile pourrait être retenue. Il n'y aurait donc là que la question de causalité et non d'appréciation des fautes[2638]. Conscient du principe unitaire, il s'agirait là, pour le législateur, de rassurer les victimes sur leur possible indemnisation[2639] et de sorte d'éviter les critiques d'une moindre protection de celles-ci par l'effet d'une réforme pensée avant tout comme une faveur accordée notamment à des responsables politiques. Ainsi, pour certains, le principe unitaire ne serait que « *partiellement écarté* » par la réforme, en ne visant que le « *seul cas de la causalité indirecte* », et uniquement concernant les personnes physiques[2640]. Toutefois, il convient de ne pas distinguer là où le texte ne distingue pas. Or, rien ne précise dans le texte que celui-ci ne vient régir que les cas de relaxes de l'auteur indirect. Il est donc possible d'interpréter plus largement le texte et d'admettre qu'il puisse régir le cas d'une causalité directe, et donc d'une relaxe pour absence de caractérisation d'une faute pénale simple, ce

---

[2631] O. Décima, S. Detraz, E. Verny, *Droit pénal général*, *op.cit.*, n°411.
[2632] J. Pradel, *Droit pénal général*, *op.cit.*, n°580.
[2633] Loi n° 2000-647 du 10 juillet 2000 tendant à préciser la définition des délits non intentionnels, dite « loi Fauchon ».
[2634] Y. Mayaud, « Retour sur la culpabilité non intentionnelle en droit pénal… », *op. cit.* ; J. Leroy, *Droit pénal général*, *op.cit.,* n°429.
[2635] Y. Mayaud, « Retour sur la culpabilité non intentionnelle en droit pénal… », *op. cit.*
[2636] F. Desportes et F. Le Gunehec, *Droit pénal général*, *op.cit.*, n°498-7 : pour qui les débats parlementaires n'ont pas été d'une parfaite clarté à ce sujet et estiment ainsi que la dualité des fautes n'a pas été envisagée sauf dans le cas d'une causalité indirecte.
[2637] *Ibid.*
[2638] J. Pradel, « De la véritable portée de la loi du 10 juillet 2000 », D. 2000, point de vue n°29.
[2639] En ce sens v. O. Décima, S. Detraz, E. Verny, *Droit pénal général*, *op.cit.*, n°411.
[2640] R. Bernardini, M. Dalloz, *Droit criminel, Vol. II, L'infraction et la responsabilité*, *op.cit.*, n°468 : Ils citent à l'appui de leur argument B. Bouloc, *Droit pénal général, op.cit.*, n°302 et J. Pradel, *Droit pénal général, op.cit.*, n°582 ; En ce sens v. M.-Ch. Sordino, *Droit pénal général*, op.cit., p.147 ; F. Desportes et F. Le Gunehec, *Droit pénal général*, *op.cit.*, n°498-7 qui nuancent toutefois estimant que la jurisprudence a pu dépasser la loi.

qui viendrait donc totalement dissocier fautes civile et pénale. C'est la jurisprudence civile qui a adopté une telle position. Ainsi, par un arrêt du 30 janvier 2001[2641], d'une manière indirecte, la première chambre civile de la Cour de cassation a admis la distinction des fautes civiles et pénales. Elle a ainsi énoncé que « *la déclaration par le juge répressif de l'absence de faute pénale non intentionnelle ne fait pas obstacle à la reconnaissance d'une faute inexcusable en application de l'article L. 452-1 du Code de la sécurité sociale ou à ce que le juge civil retienne une faute civile d'imprudence ou de négligence* »[2642]. Cependant, les faits de l'espèce ayant été commis antérieurement à la réforme, ce n'est pas l'article 4-1 qui se voit ainsi directement appliqué. Revirement de jurisprudence pour certains[2643], ou application anticipée du texte pour d'autres[2644], il n'en demeure pas moins que l'abandon du principe n'est proclamé que par le juge civil.

On le retrouve ainsi, cette fois sans équivoque, dans un arrêt ultérieur datant du 16 septembre 2003[2645], qui énonce que en précisant que « *l'article 4-1 du Code de procédure pénale dissocie la faute civile de la faute pénale non intentionnelle* ». Toutefois, certains soulignent que les arrêts rendus par le juge civil ne concernent que la causalité indirecte[2646]. La question de la responsabilité civile est ainsi plus souvent posée à propos de la faute inexcusable. Or, celle-ci est considérée comme une faute grave, mais d'une gravité inférieure à la faute caractérisée[2647], laquelle se trouve hiérarchiquement la plus faible parmi les fautes qualifiées créées par le droit pénal[2648]. Cependant cette interprétation de la gravité de la faute inexcusable peut être remise en cause, en ce que « *compte tenu de l'analyse faite par la Chambre criminelle de la faute caractérisée, la différence entre cette faute et la faute inexcusable est, en la matière, quasi indiscernable* »[2649]. Cela est à combiner au fait que le juge civil ne vient pas apporter de limite à cette circonstance dans les formules larges qu'il emploie. Ainsi, on peut s'interroger : s'agit-il d'une véritable limite interprétative ou d'un défaut d'opportunité ? Les victimes ont en effet pu être découragées de porter l'affaire au civil par suite de la négation par le juge pénal de l'existence d'une faute simple. Par ailleurs, du côté de la chambre criminelle et des juridictions pénales, les juges ne semblent pas avoir pris acte d'une dissociation totale des fautes. Il semble en effet qu'ils continuent à interpréter largement la faute pénale[2650]. Or, s'il y a véritablement distinction des fautes civile et pénale, puisque celles-ci sont de même nature[2651], il faudrait que l'on admette que la faute pénale simple est d'une gravité supérieure à la faute civile légère. Ce que les juridictions n'ont pas admis, et que le législateur n'a pas entrepris puisque la formules des textes d'incrimination sont restées inchangées sur ce point[2652]. Il semblerait donc qu'il ne soit résulté de cette réforme qu'une atténuation du principe par le travail de la jurisprudence civile[2653].

[2641] Cass., civ. 1ère, 30 jan. 2001, « Beauchêne », Bull. crim. 2001, n°19 ; J. Pradel, A. Varinard, *Les grands arrêts de droit pénal général*, *op.cit.*, n°41.
[2642] *Ibid.*
[2643] F. Desportes et F. Le Gunehec, *Droit pénal général*, *op.cit.*, n°498-7.
[2644] J. Pradel, *Droit pénal général*, *op.cit.*, n°581.
[2645] Cass., civ. 2ème, 16 sept. 2003, Bull. crim. 2003, n°263.
[2646] O. Décima, S. Detraz, E. Verny, *Droit pénal général*, *op.cit.*, n°411.
[2647] F. Desportes et F. Le Gunehec, *Droit pénal général*, *op.cit.*, n°498-7 : Pour eux, cette faute comporte des exigences plus faciles à remplir que celles concernant la faute pénale caractérisée. Le juge civil peut donc estimer qu'il y a une faute inexcusable sans contredire le juge pénal, qui a estimé qu'il n'y avait pas de faute caractérisée.
[2648] V. *infra,* n°388-389 et 396.
[2649] F. Desportes et F. Le Gunehec, *Droit pénal général*, *op.cit.*, n°498-7. Donc, de ce point de vue, ils estiment que l'article reviendrait bien en réalité à abolir l'autorité au civil de la décision de relaxe.
[2650] E. Dreyer, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n°904.
[2651] *Ibid.*, n°902.
[2652] *Ibid.*, n°904.
[2653] X. Pin, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n°220, renvoyant à Cass., civ. 1ère, 30 janv. 2001, Bull. civ. I, n°19.

377. ***Intérêt de la question***. La question de la différence entre fautes civile et pénale interroge la place de l'imprudence au sein du droit pénal. Avec une conception unitaire, on l'a vu, on assiste à une sévérité accrue du juge répressif afin de satisfaire des questions indemnitaires. Or, est-ce le rôle du droit pénal d'intervenir, et partant, de sanctionner, parfois par une peine privative de liberté, uniquement dans l'optique de permettre la réparation le dommage subi par la victime ? Les fautes civile et pénale n'ont en effet pas le même objet, ainsi de la réparation pour l'une et de la répression pour l'autre. Le juge pénal est-il alors légitime à n'intervenir que dans l'objectif indemnitaire ? Il semble évident que non. Et pourtant la faute pénale continue d'être interprétée largement, sanctionnant des fautes légères au mépris du principe de subsidiarité du droit pénal, ou, lorsque la solution paraît excessive aux yeux des juges, en niant l'existence de la faute quand elle semble pourtant admise[2654], au risque d'empêcher la mise en œuvre de la responsabilité civile. Plus qu'une question formelle, il s'agit de mettre en perspective les différentes options existantes lorsqu'une imprudence dommageable a été commise. Cela afin de respecter les principes fondamentaux du droit pénal et d'éviter l'engorgement des juridictions répressives par un contentieux résultant de risques de la vie courante ; causés par des fautes anodines, pouvant être commises quotidiennement par tout individu prudent et avisé, à la différence des fautes graves et exceptionnelles commises par des individus particulièrement imprudents ou négligents dont l'attitude inhabituelle appelle l'engagement de leur responsabilité pénale. L'indemnisation de la victime ne devrait jamais être le moteur de la répression pénale. D'autant plus lorsque la répression dépend de la survenance d'un dommage non recherché dont la survenue dépend d'un concours de circonstances, qui, dans certaines hypothèses pourra se révéler favorable à son auteur, lui évitant la mise en jeu de sa responsabilité, alors que le même comportement aura pu dans d'autres hypothèses entraîner un dommage et partant la condamnation de l'individu.

§2 : Les différents degrés de l'imprudence

378. Par la loi du 10 juillet 2000, le législateur est toutefois venu dépénaliser la faute simple dans le cadre d'une causalité indirecte. De sorte, il a procédé à la différenciation de plusieurs degrés d'imprudence ou de négligence. Il s'agit là d'un véritable progrès du droit pénal qui vient reconnaître « *que la non-intention se prête à de subtiles distinctions* »[2655]. La répression ne sera que plus légitime dès lors que celle-ci sera proportionnée au degré de gravité de l'imprudence. Ainsi, pour Monsieur le professeur Mayaud, « *plus la culpabilité est le reflet de la psychologie du délinquant, mieux elle répond à l'impératif de justice qui sert de fondement à la répression* ». Le législateur par le biais de la réforme a souhaité distinguer la faute ordinaire (**A**), véritable « *plancher de la matière* »[2656], des fautes qualifiées (**B**), qu'elles soient caractérisée ou délibérée.

[2654] Cass., crim., 26 nov. 2002, Bull. crim. n°211, Dr pén. 2003, comm. 45, obs. M. Véron.
[2655] Y. Mayaud, « Retour sur la culpabilité non intentionnelle en droit pénal… », D. 2000 p.603.
[2656] A. Sériaux, « L'appréciation de la faute pénale d'imprudence en droit français contemporain », RSC 201, p.231.

A- La faute ordinaire

379. ***Définition légale.*** Pendant longtemps la faute pénale d'imprudence n'a été conçue que d'une manière unitaire. Or, de la sorte, la faute simple[2657] suffisait à retenir la responsabilité pénale de l'agent. Elle est donc la première à avoir été envisagée par le législateur, et la seule jusqu'à l'entrée en vigueur du Code pénal de 1994. C'est sans doute pourquoi sa définition se confond souvent avec la définition générale de la faute d'imprudence. Toutefois à la définition de la notion de faute simple, le législateur a préféré l'énumération en retenant à l'article 121-3 alinéa 3, la « *faute d'imprudence, de négligence ou de manquement à une obligation de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement* », auxquels les textes spéciaux viennent ajouter la « *maladresse* »[2658], et l'« *inattention* »[2659], conservés de l'ancien code pénal. Partant, le législateur a semblé vouloir embrasser les manifestations les plus diverses[2660] d'un état d'esprit qu'il n'a pu se résoudre à définir.

380. ***Confusions avec la matérialité.*** La formule retenue par le législateur pour cette faute « *la plus courante* »[2661] se révèle toutefois « *assez maladroite* »[2662]. Tout d'abord par la redondance[2663] de certaines expressions, en effet, diversité n'est pas généralisation. Ainsi une liste d'illustrations n'a jamais fait œuvre de définition, en l'absence de laquelle il revient donc aux juges de faire œuvre interprétative. Or, la jurisprudence a tendance à définir la faute d'imprudence en se référant plutôt à la matérialité de l'acte plutôt qu'à l'attitude psychologique de l'agent[2664]. De sorte, la doctrine a tendance à reproduire ces définitions matérielles[2665] alors même qu'elle étudie la culpabilité, évoquant globalement le comportement ou l'abstention différant de l'attitude de l'individu normalement prudent et avisé placé dans la même situation[2666].

381. ***Deux sortes de fautes.*** Les formules retenues par le code pénal laissent entrevoir deux sortes de fautes : la faute d'imprudence ou de négligence auxquelles on rattache la maladresse et l'inattention, ainsi que la faute résultant du manquement à une obligation légale de prudence ou de sécurité. La première renvoie à deux matérialités différentes, positive ou négatives, mais à un état d'esprit similaire[2667] d'un individu imprévoyant, qui manque d'attention, résultant en une absence de calcul des répercussions[2668] prévisibles d'une situation. Quant à la seconde, elle

---

[2657] V. cependant la présentation d'E. Dreyer, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n°892, qui emploie le terme de faute simple pour désigner tout à la fois la faute ordinaire et la faute caractérisée.
[2658] 221-6, 221-6-1, 222-19, 222-19-1, 222-20-1, R625-2
[2659] *Ibid.*
[2660] En ce sens, v. E. Dreyer, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n°894.
[2661] M.-Ch. Sordino, *Droit pénal général*, *op.cit.,* p.139.
[2662] E. Dreyer, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n°894.
[2663] En ce sens, v. X. Pin, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n°216.
[2664] J.-H. Robert, *Droit pénal général*, *op. cit.,* p.331 ; R. Bernardini, M. Dalloz, *Droit criminel, Vol. II, L'infraction et la responsabilité*, *op.cit.,* n°456.
[2665] En ce sens, v. O. Décima, S. Detraz, E. Verny, *Droit pénal général*, *op.cit.*, n°406 ; v. des auteurs qui ont recours à ce type de définition matérielles : R. Bernardini, M. Dalloz, *Droit criminel, Vol. II, L'infraction et la responsabilité*, *op.cit.*, n°454-455.
[2666] Inspiré également de la formule du texte, ajoutée en 1996 et modifiée par la loi Fauchon en 2000, afin d'atténuer la répression, selon laquelle il faut établir que l'auteur des faits n'a pas accompli les diligences normales compte tenu, le cas échéant, de la nature de ses missions ou de ses fonctions, de ses compétences ainsi que du pouvoir et des moyens dont il disposait.
[2667] En ce sens, v. E. Dreyer, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n°895.
[2668] V. les définitions des termes négligence : https://www.cnrtl.fr/definition/négligence et à rebours, de prudence https://www.cnrtl.fr/definition/prudence

correspondrait intellectuellement à l'absence de prise en considération d'une obligation légale incombant à l'agent dans une situation donnée. Ce dernier, dans le cadre de la faute simple omet l'injonction dans sa prise de décision[2669]. Il y aura là une première faute « *vague* », laissée à l'appréciation des juges[2670], et une second « *précise* »[2671], plus aisée à établir par la simple violation d'un texte[2672].

382. ***Une culpa levissima ?*** Pour certains auteurs, la réforme du 10 juillet 2000 aurait mis fin à la répression de la *culpa levissima*[2673]. Toutefois, si le législateur a élevé les seuils concernant la faute requise pour engager la responsabilité de l'auteur indirect, concernant l'auteur direct, la formulation de la faute simple requise n'a subi aucune modification[2674]. Et la jurisprudence pénale n'a pas proclamé à son tour la dissociation des fautes, et semble apprécier la faute toujours aussi largement[2675], quitte à prôner l'absence totale de faute lorsque la solution lui apparaît excessive[2676]. De sorte que l'on ne saurait affirmer que la répression de cette faute soit désormais rendue impossible, même si cette solution serait à l'évidence nécessaire. Ainsi pour certains, seule une réforme claire permettrait d'assurer la fin de la répression pénale des « *poussières de faute* »[2677]. D'ailleurs la circulaire d'application de la loi Fauchon estime que « *l'exigence d'une faute caractérisée exclut donc les fautes ordinaires, simples, bénignes, fugaces, fugitives, les « poussières de faute »* »[2678]. Il y aurait donc bien identité entre *culpa levissima* et faute ordinaire. Ce qui expliquerait les velléités de certains, prompts une dépénalisation de cette faute, défaillance qui pourrait être considérée comme légalement admissible[2679].

383. ***Définition générale.*** Finalement, définie globalement, la faute simple renverrait donc à un relâchement de la vigilance[2680]. On reproche ainsi à l'agent de « *ne pas s'être trouvé dans un certain état de tension morale que les circonstances recommandaient* »[2681]. Il y a eu une imprévoyance et une indiscipline[2682] de sa part : un manque de calcul des conséquences de son acte, cela « *alors qu'un devoir élémentaire de sociabilité, les règles de son art, ou plus nettement encore, la*

[2669] Alors qu'il en fait délibérément abstraction dans le cadre de la faute aggravée dite délibérée.
[2670] J.-H. Robert, *Droit pénal général*, *op. cit.,* p.333.
[2671] *Ibid.*
[2672] E. Dreyer, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n°895.
[2673] Y. Mayaud, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n°262-263.
[2674] Si ce n'est le remaniement de la formule selon laquelle la faute s'apprécie eu égard aux « *diligences normales* » de l'agent placé dans les mêmes conditions.
[2675] E. Dreyer, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n°904 ; J.-Ch. Saint-Pau, « La responsabilité pénale réparatrice et la responsabilité civile punitive ? », Resp. civ. et assurances n° 5, Mai 2013, dossier 23, n°8.
[2676] E. Dreyer, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n°904 : Cass., crim., 26 nov. 2002, Bull. crim. n°211, Dr pén. 2003, comm. 45, obs. M. Véron.
[2677] J.-Ch. Saint-Pau, « La responsabilité pénale réparatrice et la responsabilité civile punitive ? », *précit.*, n°8.
[2678] Circulaire du 11 oct. 2000, *Présentation des dispositions de la loi n° 2000-647 du 10 juillet 2000 tendant à préciser la définition des délits non intentionnels*, B.O. Min. justice, n°80, CRIM 2000-09 F1/11-10-2000, NOR : JUSD0030175C, §1.2.2.
[2679] G. Giudicelli-Delage, « La sanction de l'imprudence », *op. cit.*, p.533-534 : reprenant l'expression de M. le Professeur Mayaud lorsqu'il évoque une défaillance inadmissible concernant la faute caractérisée, lui étant directement supérieure en gravité.
[2680] X. Pin, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n°216 ; E. Dreyer, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n°896 qui évoque un relâchement de l'attention.
[2681] P. Fauconnet, *La responsabilité, étude de sociologie*, 2ème éd., Alcan, 1928, p.371.
[2682] F. Desportes et F. Le Gunehec, *Droit pénal général*, *op.cit.*, n° 488-489.

loi ou le règlement lui imposaient de rester sur ses gardes, de prendre des précautions »[2683]. Toutefois, en aucun cas l'agent n'a conscience du risque qu'il cause, sa défaillance lui échappe[2684].

384. ***Imprudence inconsciente.*** De sorte, la faute ordinaire constitue l'exemple type (et le seul que l'on puisse affirmer avec certitude[2685]) de l'imprudence inconsciente. L'agent « *n'a pas du tout envisagé qu'un risque pouvait se produire* » [2686] et « *cause ainsi un dommage qu'il n'a ni prévu ni de désiré* » [2687]. Ce qui est reproché à l'auteur c'est d'ailleurs ce manque de prévoyance[2688], le fait que l'agent n'ait pas ou mal évolué « *le pouvoir maléfique de son comportement* »[2689] cela alors qu'il était possible pour lui de l'envisager au moment de l'action.

B- Les fautes qualifiées

385. Le législateur a introduit une gradation des fautes par la création de la catégorie des fautes qualifiées, fautes plus graves que la faute ordinaire, et seules à même d'engager la responsabilité de l'auteur indirect. Toutefois la présentation retenue laisse à désirer tant elle recèle d'incertitudes, plongeant les notions de faute caractérisée (**1**) et de faute délibérée (**2**) dans un flou ne semblant s'estomper plus de vingt ans après la promulgation de la loi. Plus encore, la définition des notions est si équivoque que l'on ne sait plus hiérarchiser les fautes d'imprudence avec certitude, laissant une large marge de manœuvre aux juges, au risque d'un traitement différencié des justiciables, hypothèse juridiquement illicite et moralement condamnable, mais rejoignant cependant la volonté affirmée du législateur de favoriser les décideurs publics par l'introduction de ces notions.

1- La faute caractérisée

386. La faute caractérisée demeure la faute non-intentionnelle la plus obscure à ce jour. Sa définition maladroite et ambiguë[2690] est source de nombreuses interrogations irrésolues tant en jurisprudence qu'en doctrine. C'est en étudiant la genèse de la création de cette notion par le législateur que l'on pourra mieux appréhender sa définition (**a**), toutefois il faut constater que le sens de la formule employée par l'article 121-3 d'une gravité que l'auteur « *ne pouvait ignorer* » demeure incertaine (**b**).

a- Aux origines de la faute caractérisée

387. ***Genèse.*** La faute caractérisée est la seconde faute admise par le législateur comme permettant la mise en jeu de la responsabilité pénale de l'auteur indirect d'une infraction non intentionnelle. A l'origine, seule la faute délibérée avait été envisagée. Or, eu égard à l'étroitesse de la formulation retenue par le législateur pour décrire cette faute, et face aux critiques émergeant de la

---

[2683] E. Dreyer, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n°896.
[2684] Y. Mayaud, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n°262.
[2685] Quoique l'on trouve chez Mme le professeur Giudicelli-Delage une opinion inverse : G. Giudicelli-Delage, « La sanction de l'imprudence », *op. cit.*, p.529 : l'auteur estime que la faute ordinaire pourrait recouvrir des hypothèses d'imprévoyances conscientes légères comme des hypothèses d'imprévoyances inconscientes.
[2686] M. Herzog-Evans, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n°280.
[2687] Ph. Salvage, *Droit pénal général*, PUG, 8ème éd., 2016, n°102.
[2688] En ce sens E. Dreyer, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n°893 évoquant l'absence de prise de risque consciente.
[2689] L. Rousvoal, *L'infraction composite, essai sur la complexité en droit pénal*, thèse, Rennes, p.169, n°316.
[2690] M.-L. Rassat, *Droit pénal spécial*, Précis Dalloz, 2018, 8ème éd., n° 375.

part des associations de victimes, les parlementaires ont fait le choix d'une seconde faute afin de compléter l'arsenal répressif. La circulaire d'application de la loi Fauchon explique ainsi que face à un concept de faute délibérée risquant « *d'être trop réducteur* »[2691], le législateur a introduit une seconde faute recouvrant notamment les hypothèses de « *certains comportements, même non délibérés, pouvant en effet être la cause indirecte d'un dommage et présenter un caractère particulièrement grave qui justifierait une condamnation pénale* »[2692]. On voit par ailleurs, là encore, la difficulté du législateur à distinguer l'élément matériel de l'élément moral lorsqu'il s'agit d'évoquer l'infraction non intentionnelle.

388. ***Une faute « caractérisée ».*** L'article 121-3 al. 4 prévoit donc que la responsabilité des personnes physiques, auteur indirect pourra de sorte être engagée lorsque celles-ci ont « *commis une faute caractérisée et qui exposait autrui à un risque d'une particulière gravité qu'elles ne pouvaient ignorer* ». L'alinéa 4 renvoyant à l'alinéa précédent, c'est en toute logique que la circulaire estime que « *La notion de faute caractérisée doit s'entendre comme l'exigence d'une imprudence, d'une négligence ou d'un manquement à une obligation de prudence ou de sécurité* »[2693], à la différence près que cette faute doit présenter « *une caractérisation particulière* »[2694]. Toutefois, la formule du texte laisse songeur à plusieurs titres. D'abord s'agissant de cette caractérisation ; certains ont d'ailleurs pu se demander « *par quoi* »[2695] la faute devait ainsi être caractérisée. A ce titre la circulaire, en rapportant les diverses expressions employées dans les rapports du Sénat et de l'Assemblée Nationale, semble répondre à la question en indiquant que la faute « *devait présenter un « certain degré de gravité »[2696], un caractère « bien marqué », un caractère « affirmé »* [2697]*, une « particulière évidence », une « particulière intensité »*[2698] »[2699]. C'est la gravité de la faute qui viendrait de sorte caractériser celle-ci. Pour Monsieur le Professeur Conte, le terme caractérisé, renverrait de sorte à la fois au fond et à la forme, et plus précisément à la preuve. La faute et sa preuve doivent être évidentes[2700].

La formule légale n'est toutefois pas limpide. Il faut dire que « *ce qualificatif n'a été retenu que tardivement au cours des débats parlementaires* »[2701], après le recours à d'autres expressions telles que « *inexcusable* », ou « *d'une exceptionnelle gravité* »[2702], n'ayant pas remporté l'adhésion des parlementaires. Les comptes rendus des débats font notamment apparaître que la dernière expression, inspirée du concept de faute inexcusable, « *donne à tort l'impression que cette faute caractérisée ne pourra en pratique être retenue que de façon exceptionnelle et que, par principe, les*

[2691] Circ. de présentation des dispositions de la loi n° 2000-647 du 10 juillet 2000 tendant à préciser la définition des délits non intentionnels, crim 2000-09 f1/11-10-2000, BO du min. de la Justice, n° 80 (1er oct. - 31 déc. 2000).
[2692] *Ibid.*
[2693] Circulaire de présentation des dispositions de la loi n° 2000-647 du 10 juillet 2000, *op. cit.*
[2694] *Ibid.*
[2695] M.-L. Rassat, *Droit pénal spécial*, *op.cit.*, n°375.
[2696] JO Sénat 28 juin 2000, p. 4497 ; R. Dosière, *Rapport tendant à préciser la définition des délits non intentionnels*, Assemblée Nationale, 29 juin 2000, p.10.
[2697] JO Sénat 28 juin 2000, p. 4499 ; R. Dosière, *Rapport tendant à préciser la définition des délits non intentionnels*, *précit.*, p222.
[2698] R. Dosière, *Rapport tendant à préciser la définition des délits non intentionnels*, *précit.*, p. 6220.
[2699] Circulaire de présentation des dispositions de la loi n° 2000-647 du 10 juillet 2000, *op. cit.*
[2700] Ph. Conte, *Droit pénal spécial*, 6ème éd., LexisNexis, 2019, n°78 : Il souligne les contradictions de la jurisprudence sur ce point citant nombre d'arrêts retenant la faute caractérisée malgré l'absence d'évidence de la gravité de la faute commise v. note de bas de page 108 p.56.
[2701] M. Pralus, « Réflexions autour de l'élément moral des délits », Dr. pén. n° 12, déc. 2002, chron. 41.
[2702] V. J. Pradel, *Droit pénal général*, *op.cit.*, n°572 citant R. Dosière, *Rapport tendant à préciser la définition des délits non intentionnels,* Assemblée Nationale, n°2266, 22 mars 2000, pp.41 et s.

auteurs indirects d'un dommage seraient pénalement irresponsables »[2703], ce qui allait à l'encontre de l'objectif assigné à la création de cette seconde faute en ce qu'elle « *avait une résonance particulièrement fâcheuse pour les victimes* »[2704]. Même s'il a pu être constaté que la jurisprudence, dans le cadre de la faute inexcusable, n'interprétait pas l'expression de manière si restrictive, le choix a été fait d'exclure l'expression qui aurait rendu la réforme trop impopulaire[2705]. En outre, c'est malgré des doutes partagés[2706] à propos de l'expression « *caractérisée* », que le terme a été validé, faute de mieux, et surtout afin de mettre un terme à des débats ayant « *déjà dépassé la niche parlementaire* ». C'est donc pour s'assurer de l'adoption du texte avant la fin de la session parlementaire que l'emploi du terme « *caractérisée* » a été retenu, apparaissant comme un choix par défaut, loin de susciter la pleine adhésion chez les parlementaires, certains admettant ainsi le caractère imparfait du texte voté : « *on n'a pas réussi à me démontrer ce qu'était une faute caractérisée* »[2707] admettait alors l'un d'entre eux à l'issue des débats. Malgré tout, les débats font état de tentatives de définition, sans toutefois de succès. Ainsi, le rapporteur de la loi, expliquait lors des discussions au Sénat qu'il s'agissait d'une faute grave, se référant au langage commun, il expliquait ainsi que les éléments composants la faute étaient « *marqués* »[2708]. D'autres ont pu ajouter, sans apporter plus de clarté, qu'il s'agissait d'« *une faute qui présente tous les éléments de la faute et dont les caractéristiques et la consistance - comportement de négligence ou d'imprudence, par exemple - sont bien établies* »[2709]. Par une définition en clair-obscur il a pu être expliqué que la faute ne correspondait pas à une faute ordinaire, « *il ne s'agit donc pas de physionomies banales »,* ainsi, ce n'est *« pas n'importe quelle faute* »[2710]. Se satisfaisant presque d'une définition par la négative[2711], on ne peut plus succincte de surcroît, une définition précise de la notion n'aura pu être formulée lors des débats. La difficulté de définition tient peut-être à ce que sa conception est le fruit *« d'un compromis politique entre le Sénat, l'Assemblée nationale et le gouvernement* »[2712], résultant de diverses inspirations, pour lesquelles il a pu être souligné les ressembles et dissemblances[2713], sans toutefois que celles-ci aient pu permettre le dessin de contours nets de la notion.

[2703] E. Guigou, Compte-rendu des débats, Sénat, Séance du 28 juin 2000 http://www.senat.fr/seances/s200006/s20000628/sc20000628004.html, dernière consultation le 26/05/2023.

[2704] P. Fauchon Compte-rendu des débats, Sénat, Séance du 28 juin 2000 http://www.senat.fr/seances/s200006/s20000628/sc20000628004.html, dernière consultation le 26/05/2023.

[2705] V. not. *Ibid*., qui estime que si « en réalité la jurisprudence n'entend pas les termes « exceptionnelle gravité » d'une manière aussi restrictive. Il n'en demeure pas moins que, contenus dans une loi qui intéresse évidemment tous nos concitoyens, ils risqueraient d'avoir un effet qui pourrait être considéré comme regrettable » ; F. Desportes et F. Le Gunehec, *Droit pénal général*, *op.cit.*, n°498-2 : qui expliquent que « plusieurs associations de victimes ont fait connaître dans les médias qu'elles s'opposaient fermement à une telle réforme, qu'elle dénonçait comme une amnistie déguisée en faveur des décideurs publics à leur mise en cause dans des affaires de santé publique ».

[2706] Compte-rendu des débats, Sénat, Séance du 28 juin 2000, *précit.*

[2707] J. Larché, président de la commission des lois, Compte-rendu des débats, Sénat, Séance du 28 juin 2000, p.12 ; V. également en *Ibid.* les propos du rapporteur de la loi P. Fauchon à propos de la notion de faute caractérisée admettant « On ne sait pas très bien ce que c'est, je le reconnais ».

[2708] P. Fauchon Compte-rendu des débats, Sénat, Séance du 28 juin 2000 http://www.senat.fr/seances/s200006/s20000628/sc20000628004.html

[2709] E. Guigou Compte-rendu des débats, Sénat, Séance du 28 juin 2000 http://www.senat.fr/seances/s200006/s20000628/sc20000628004.html

[2710] P. Fauchon Compte-rendu des débats, Sénat, Séance du 28 juin 2000 http://www.senat.fr/seances/s200006/s20000628/sc20000628004.html

[2711] « On sait tout de même ce que ce n'est pas, et c'est déjà important. » : P. Fauchon Compte-rendu des débats, Sénat, Séance du 28 juin 2000 : http://www.senat.fr/seances/s200006/s20000628/sc20000628004.html.

[2712] F. Desportes et F. Le Gunehec, *Droit pénal général*, *op.cit.*, n°498-2.

[2713] V. A. Ponseille, « La faute caractérisée en droit pénal », RSC 2003 p.79 et nos développements en *infra* n°389.

389. ***Inspirations.*** On l'a vu, la faute caractérisée a pu être inspirée par la faute inexcusable prévue à l'article L.452-1 du code de la sécurité sociale. Comme la faute caractérisée, il s'agit d'une faute grave, toutefois non définie par le Code. La jurisprudence a pu la définir comme « *une faute d'une gravité exceptionnelle, dérivant d'un acte ou d'une omission volontaires, de la conscience du danger que devait en avoir son auteur, de l'absence de toute cause justificative et se distinguant par le défaut d'un élément intentionnel de la faute intentionnelle* »[2714]. Cette faute grave exige donc la connaissance par l'agent du risque découlant de son acte[2715]. Dans les deux cas l'agent a exposé autrui à un risque, mais la comparaison s'arrête là, d'autant que les débats parlementaires font état de la volonté du législateur de distinguer les deux notions. On parle d'une conscience qu'*« avait ou aurait dû avoir »*[2716] l'individu auteur de la faute inexcusable, la preuve étant aménagée depuis des arrêts de 2002, alors que l'auteur d'une faute caractérisée « *ne pouvait ignorer* »[2717] ce risque. On pourrait songer à une différence d'appréciation en pratique, mais la question n'est pas tranchée en doctrine ni en jurisprudence[2718] concernant la faute caractérisée. Certains ont pu estimer en outre qu'elles ne présentaient pas le même degré de gravité, sans pour autant que leur hiérarchie ne fasse consensus[2719]. C'est l'article 4-1 du Code de procédure pénale qui semble acter la distinction des deux, pour certains auteurs, sans dissociation des deux fautes, l'intérêt de cet article serait en effet réduit puisque les juridictions civiles ne pourraient octroyer réparation sur le fondement de la faute issue de l'article L.452-1 lorsque l'auteur indirect d'une infraction non-intentionnelle aura été relaxé[2720]. La jurisprudence retient d'ailleurs que l'absence de faute pénale non intentionnelle ne fait pas obstacle à la reconnaissance d'une faute inexcusable[2721]. On pourrait alors établir une différence de degré entre les deux, la faute inexcusable semblant ainsi moins grave que la faute caractérisée.

Véritable « *mosaïque* »[2722], la faute caractérisée emprunte également à d'autres fautes, à commencer par la faute ordinaire. C'est ce que souligne la circulaire d'application de la loi lorsqu'elle rappelle que « *La notion de faute caractérisée doit s'entendre comme l'exigence d'une imprudence, d'une négligence ou d'un manquement à une obligation de prudence ou de sécurité* »[2723]. La distinction entre les deux notions tient principalement à une différence de gravité entre les deux fautes, aux conséquences juridiques distinctes[2724].

[2714] Cass. ch. réunies, 15 juill. 1941, « Veuve Villa », Bull. ch. réunies n° 183, p. 329 ; JCP 1964, II, 1705, note J. Mihura ; D. 1941, 117, note A. Rouast. Cass. soc., 5 avr. 1990, n° 87-16.817, Somm. SS 1990, p. 4445. En matière de virus HIV : Cass. soc., 15 oct. 1998, JurisData n° 1998-003799 ; TPS 1998, comm. 408.

[2715] A. Ponseille, « La faute caractérisée en droit pénal », RSC 2003 p.79 ; Cass. soc., 27 juin 2002, JurisData n° 2002-014992 ; TPS 2002, comm. 314, 1er arrêt, obs. X. Prétot. Cass. soc., 6 févr. 2003, TPS 2003, comm. 151, obs. X. Prétot ; JurisData n° 2003-017530 ; Cass., civ. 2e, 16 sept. 2003, n° 02-30.670 ; TPS 2003, comm. 372, 1er arrêt, obs. X. Prétot ; JCP E 2004, 877, n° 19, note D. Asquinazi-Bailleux.

[2716] Cass, soc. 28 févr. 2002, n°00-11.793 facilitant la preuve de la faute inexcusable en cas de violation d'un obligation de sécurité s'imposant à l'employeur.

[2717] C. pén., art. 121-3 al.4.

[2718] V. Ph. Conte, *Droit pénal spécial*, *op.cit*., n°78.

[2719] V. E. Fortis, « La nouvelle définition des délits non intentionnels par la loi du 10 juillet 2000. Les conséquences de la loi du 10 juillet 2000 en droit pénal », RSC 2001 p.737 qui semble la décrire la faute inexcusable comme plus grave.

[2720] *Ibid.*

[2721] Cass., soc., 28 mars 2002, n°00-11.627.

[2722] E. Fortis, « La nouvelle définition des délits non intentionnels par la loi du 10 juillet 2000 », *précit.*

[2723] Circ. de présentation des dispositions de la loi n° 2000-647 du 10 juillet 2000 tendant à préciser la définition des délits non intentionnels, crim 2000-09 f1/11-10-2000, bulletin officiel du ministère de la justice, n° 80 (1er octobre - 31 décembre 2000).

[2724] A. Ponseille, « La faute caractérisée en droit pénal », *op.cit.*

Enfin, certains ont questionné une possible affiliation de la faute caractérisée à la faute délibérée[2725], il faut dire que les deux fautes constituent des fautes qualifiées à même d'engager la responsabilité de l'auteur indirect. Certains ajoutent le critère de l'évidence de la faute. Ainsi Madame Ponseille fait le rapprochement entre les termes « *caractérisée* » et « *manifestement délibérée* » lesquels témoigneraient d'une fautivité univoque[2726]. Toutefois la faute délibérée est bien plus circonscrite, l'agent doit avoir violé un texte – de surcroît spécial –, ce qui n'est pas obligatoire concernant la faute caractérisée. Quant à la culpabilité de l'agent, elle diffère là aussi, puisque cette faute requière une attitude « *délibérée* », une violation recherchée, intentionnelle, de la norme qui n'est pas exigée pour la faute caractérisée. En effet, « *l'auteur d'une faute caractérisée n'est pas animé par une volonté de transgression d'une norme textuelle* »[2727]. En outre, sa gravité semble supérieure à celle de la faute caractérisée puisqu'elle fait encourir une peine aggravée. Finalement là encore, on perçoit ce que la faute caractérisée n'est pas, mais ce qu'elle est reste dans l'ombre.

390. ***Définitions jurisprudentielles.*** La jurisprudence a toutefois pu dans un premier temps s'inspirer des travaux parlementaires pour définir la notion. Ainsi, la cour d'appel de Poitiers a pu retenir qu'« *A la lumière des observations formulées devant l'Assemblée Nationale et le Sénat, il est possible de dire que pour revêtir les traits d'une faute caractérisée, la faute […] doit apparaître avec une particulière évidence, une particulière intensité, sa constance doit être bien établie, elle doit correspondre à un comportement présentant un caractère blâmable, inadmissible ; en outre l'extrême gravité du dommage et ses conséquences ne sont pas de nature à qualifier a posteriori la gravité de la faute* »[2728]. Dans la même affaire les juges du premier degré, avaient similairement retenu que la faute caractérisée constituait « *une faute dont tous les éléments sont bien marqués et d'une certaine gravité, ce qui indique que l'imprudence ou la négligence doit présenter une particulière évidence. Elle consiste à exposer autrui en toute connaissance de cause, que ce soit par un acte positif ou une abstention grave, à un danger* »[2729]. La chambre criminelle quant à elle ne risque pas à de telles définitions, se contentant de laisser aux juges du fond « *le soin de qualifier des comportements que le législateur ne peut énumérer a priori de façon exhaustive* »[2730]. Mais comme un auteur a pu justement le souligner « *si les tribunaux ont en effet la faculté légitime de qualifier les faits qui leur sont soumis au regard d'une notion générale, encore faut-il que ladite notion soit d'abord clairement définie par la loi ; à défaut, la juridiction […] se trouve, pour appliquer le texte, dans l'obligation d'en terminer elle-même l'étendue, opération qui excède sa tâche et relève des attributions du législateur* ». Pourtant, la Cour de cassation persiste et signe, et rejette au passage la question prioritaire de constitutionnalité portant notamment sur la conformité de l'article 121-3 alinéa 4 avec le principe de légalité. Pour la Haute juridiction, la faute caractérisée est définie en des termes suffisamment clairs et précis pour exclure

---

[2725] E. Fortis, « La nouvelle définition des délits non intentionnels par la loi du 10 juillet 2000. Les conséquences de la loi du 10 juillet 2000 en droit pénal », *précit.* ; V. égal. A. Ponseille, « La faute caractérisée en droit pénal », *précit.*

[2726] A. Ponseille, « La faute caractérisée en droit pénal », *op.cit.*

[2727] J. Pradel, *Droit pénal général*, *op.cit.*, n°572. Le terme volonté ici est inexact, « intention » aurait été plus approprié.

[2728] C.A. de Poitiers, 2 février 2001, n°00/00762.

[2729] T. corr. La Rochelle, 7 sept. 2000, D. 2000, IR p. 250 ; dans un sens similaire, V. CA Poitiers, 2 févr. 2001, JCP, éd. G, 2001.II.10534, note Ph. Salvage.

[2730] Cass., crim. 24 sept. 2013, n°12-87.059 ; JCP G 2013, 1176 note S. Détraz ; D.2013.2443 note Henniou-Jacquet ; D.2013.2714 obs. G. Roujou de Boubée.

l'arbitraire. Il faut dire que, comme cela a pu être souligné par les commentateurs[2731], le Conseil constitutionnel[2732], comme la Cour européenne des droits de l'homme[2733], estiment que le principe de légalité criminelle est sauf dès lors que la jurisprudence a déjà apporté des précisions sur le texte en cause. Toutefois, on l'a vu, la jurisprudence est loin d'avoir apporté les éclairages nécessaires pour que l'on puisse considérer la définition de la faute caractérisée comme claire et précise[2734]. Finalement, de ces définitions équivoques, il résulte « *une jurisprudence essentiellement faite de casuistique, bien difficile à synthétiser* »[2735]. Plus encore, de cette définition ambiguë, il résulte « *un champ d'application aléatoire* »[2736].

391. ***Définitions doctrinales.*** La doctrine a voulu approfondir la réflexion à propos de cette faute afin de préciser une définition légale insatisfaisante. C'est d'abord en décortiquant la formule du texte que les auteurs ont tenté de mieux saisir cette faute. La formule légale selon laquelle les auteurs d'une telles faute ont « *commis une faute caractérisée et qui exposait autrui à un risque d'une particulière gravité qu'elles ne pouvaient ignorer* »[2737] appelle plusieurs conditions. Nous en retiendrons deux strictement relatives à la dimension intellectuelle de la faute en cela la gravité de la faute et la connaissance du risque. Auxquelles il faut ajouter la nature du risque causé ou encore le fait que l'agent « *n'a rien fait pour empêcher la survenue de ce péril, ou agi avec retard ou de manière inadaptée* »[2738], que nous rattachons à la dimension matérielle de l'infraction non-intentionnelle.

392. ***La gravité de la faute.*** La seule certitude qui peut résulter de l'étude des débats parlementaires, est celle de la gravité de la faute. Si la faute peut relever d'une imprudence, d'une négligence ou d'un manquement à une obligation légale comme la faute ordinaire, elle relève ici d'un degré de gravité supérieur[2739] à cette dernière. De là l'évidence évoquée lors des débats[2740], la gravité de l'imprudence est telle que sa nature fautive ne devrait faire aucun doute[2741]. Il s'agirait ainsi d'une faute simple[2742] « *revêtue d'une certaine importance pour ce qu'elle représente de défaillances inadmissibles* »[2743], à l'inverse de la faute ordinaire qui renvoie à la défaillance humaine classique. Ici,

---

[2731] P. Hennion-Jacquet, « Le refus de renvoi d'une QPC relative à la faute caractérisée : l'article 121-3, alinéa 4, du code pénal est clair, précis et favorable à l'auteur indirect », D. 2013 p.2443, §11.
[2732] Cons. const., 13 janv. 2011, n° 2010-85 QPC, D. 2011. 415 ; Cons. const., déc. 2 mars 2004, n°2004-492 DC, JurisData n°2004-269979.
[2733] CEDH 10 oct. 2006, n° 40403/02, *Pessino* c/ *France*, D. 2007. 124 ; *CEDH, 15 nov. 1996, n° 17862/91, Cantoni c/ France.*
[2734] En ce sens v. S. Detraz, « Clarté, précision et adéquation de la notion de faute caractérisée », JCP G n° 46, 11 Novembre 2013, 1176, qui s'interroge par ailleurs sur le sens que la Ccel accorde à cette exigence de clarté et de précision, lequel peut inférer divers degrés.
[2735] J.-Y. Maréchal, « Art. 121-3 - Fasc. 20 : Élément moral de l'infraction », *op.cit.*, n°90.
[2736] S. Detraz, « Clarté, précision et adéquation de la notion de faute caractérisée », *précit.*
[2737] C. pén., art. 121-3 al. 4.
[2738] M. Herzog-Evans, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n°287; en ce sens v. égal. J. Pradel, *Droit pénal général*, *op.cit.*, n°573.
[2739] E. Dreyer, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n°906 ; A. Ponseille, « La faute caractérisée en droit pénal », RSC 2003 p.79.
[2740] R. Dosière, *Rapport tendant à préciser la définition des délits non intentionnels*, *op.cit.*, p. 6220 notait en effet que l'adjectif « caractérisé » signifie qu'il doit être démontré que la négligence reprochée soit bien marquée, présente une particulière évidence, une particulière intensité.
[2741] V. S. Fournier, *Droit pénal général*, 2ème éd., LexisNexis, 2021, n°188 qui évoque une faute patente.
[2742] V. Y. Mayaud, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n°268 qui parle d'une faute classique ; V. Dreyer n°896 et s. qui la classe avec la faute ordinaire au sein des fautes simples.
[2743] Y. Mayaud, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n°268.

la défaillance est jugée inacceptable[2744], inadmissible[2745], grossière[2746], cela « *à raison soit des circonstances de l'acte, soit des fonctions exercées par l'agent* »[2747]. Elle est de sorte parfois comparée à la faute lourde du droit civil[2748].

Lors des débats parlementaires, la ministre de la justice avait expliqué que la gravité de la faute pourrait « *dans la plupart des cas* » être déduite de « *l'imminence et de la gravité du risque* »[2749]. Mais elle tempère ensuite en ajoutant que cela « *ne sera toutefois pas systématique* », en rappelant « *qu'il peut arriver qu'une faute très fugace ou de caractère très fugitif expose autrui à un risque important sans que les tribunaux estiment pour autant qu'il s'agit là d'une faute caractérisée* »[2750]. Cette présentation résultait de la formule alors retenue d'une faute caractérisée « *en ce qu'elle* » exposait autrui à un risque d'une particulière gravité. Cette formule a été retoquée au Sénat, le rapporteur de la loi soulignant notamment qu'une telle formule aboutissait à « *définir de façon peut-être encore plus large qu'aujourd'hui la faute d'imprudence et de négligence* »[2751]. En effet, formulé ainsi, n'importe quelle faute, peu important sa gravité aurait pu être à l'origine d'un risque particulièrement grave, l'absence même de faute pouvait être appréhendée puisque c'est de la gravité du risque que découlait la qualification de faute. Ainsi, gravité de la faute, gravité du risque, et même le cas échéant, gravité du dommage sont trois éléments distincts qui ne peuvent être réduits les uns aux autres[2752] et les deux derniers peuvent voir leur gravité différer selon des circonstances extérieures à l'agent[2753]. De sorte que le juge devrait, avec la formule consacrée étudier distinctement chacune de ces circonstances[2754], ce qui n'est toutefois pas toujours le cas en pratique.

b- Une formule incertaine

393. ***La connaissance du risque.*** Il est en outre un débat complexe et semble-t-il irrésolu, en raison de l'obscurité du texte, concernant la connaissance par l'agent du risque auquel il a pu exposer autrui. A quoi renvoie l'expression « *ne pouvait ignorer* » ? Autrement dit, c'est la question

---

[2744] E. Dreyer, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n°906 ; J. Pradel, *Droit pénal général*, *op.cit.*, n°573 ; J.-Ch. Saint-Pau, « La faute caractérisée de l'auteur indirect d'un homicide involontaire : une faute supplétive et subjective », JCP G n° 15, 18 avril 2022, 485 ; E. Fortis, « La nouvelle définition des délits non intentionnels par la loi du 10 juillet 2000. Les conséquences de la loi du 10 juillet 2000 en droit pénal », RSC 2001 p.737.

[2745] S. Fournier, *Droit pénal général*, *précit.*, n°188.

[2746] E. Dreyer, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n°906 ; M. Pralus, « Réflexions autour de l'élément moral des délits », dr. pén. n°12, déc. 2002, chr. n°41 ; E. Guigou Compte-rendu des débats, Sénat, Séance du 28 juin 2000 http://www.senat.fr/seances/s200006/s20000628/sc20000628004.html ; J. Pradel, *Droit pénal général*, *op.cit.*, n°573; J.-Ch. Saint-Pau, « La faute caractérisée de l'auteur indirect d'un homicide involontaire : une faute supplétive et subjective », *précit.*

[2747] E. Dreyer, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n°906.

[2748] J. Pradel, *Droit pénal général*, *op.cit.*, n°573 ; E. Dreyer, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n°906 ; J.-Ch. Saint-Pau, « La faute caractérisée de l'auteur indirect d'un homicide involontaire : une faute supplétive et subjective », *précit.*

[2749] E. Guigou Compte-rendu des débats, Sénat, Séance du 28 juin 2000 http://www.senat.fr/seances/s200006/s20000628/sc20000628004.html.

[2750] *Ibid.*

[2751] P. Fauchon, Compte-rendu des débats, Sénat, Séance du 28 juin 2000 http://www.senat.fr/seances/s200006/s20000628/sc20000628004.html.

[2752] En ce sens v. E. Dreyer, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n°907 concernant gravité de la faute et gravité du risque.

[2753] Comp. O. Décima, S. Detraz, E. Verny, *Droit pénal général*, *op.cit.*, n°418.

[2754] En ce sens v. J.-P. Vial, « Loi Fauchon : il faut remettre l'ouvrage sur le métier ! », AJ Pénal 2012 p.84

de la nature consciente ou inconsciente de l'imprévoyance[2755] qui appelle des solutions diamétralement opposées selon les auteurs, et dont la confusion est entretenue par la jurisprudence.

L'imprévoyance consciente a été présentée par Merle et Vitu comme l'imprudence ou la négligence « *fruit d'un acte de volonté conscient et délibéré* »[2756]. Les auteurs de tels imprévoyances « *ont eu conscience des dangers que comportait leur attitude* »[2757]. Ils ont « *pris le risque de provoquer un dommage en espérant que ce dommage ne se produira pas* »[2758]. De sorte, l'agent refuse intellectuellement sa concrétisation[2759], voire pense simplement que le risque ne se réalisera pas[2760]. Ainsi, on peut la résumer sous la formule efficace du Professeur Salvage estimant que « *l'individu a voulu un acte, qu'il en a prévu le résultat comme possible mais qu'il n'a pas désiré celui-ci* »[2761]. C'est la question de la prévision du résultat qui se pose dans cette hypothèse[2762].

Merle et Vitu ont ensuite pu expliquer que l'imprévoyance inconsciente renvoyait quant à elle aux « *hypothèses dans lesquelles le comportement dangereux de l'auteur du dommage est imputable à l'inattention, à la maladresse ou à une simple méprise* »[2763]. Selon eux, « *dans ces cas-là, tout est involontaire : le dommage et l'acte qui l'a occasionné* »[2764]. Pour eux, cela justifie que l'on parle ici de délits involontaires. Toutefois il convient de rappeler la distinction essentielle entre volonté et intention. En outre, l'acte est ici voulu, c'est uniquement le risque et le dommage qu'il génère qui n'a pas été désiré par l'agent. Nous préférons donc dire qu'ici tout est non intentionnel car l'agent a bien fait preuve de volonté, qui est le minimum intellectuel requis pour toute infraction. C'est la question de la prévisibilité du résultat qui se pose dans cette hypothèse[2765]. On reproche en effet à l'agent de ne pas avoir prévu les conséquences de son acte, alors que celles-ci étaient prévisibles. La doctrine le définit parfois comme le fait que l'agent « *tout en voulant quelque chose, agit de manière différente et cause ainsi un dommage qu'il n'a ni prévu ni désiré* »[2766], qui nous apparaît toutefois quelque peu réducteur[2767] en ce que l'agent a pu agir conformément à ce qu'il souhaitait tout en causant de la même façon un dommage ni prévu ni désiré.

C'est souvent l'exemple de la faute délibérée ou du délit de mise en danger délibéré d'autrui[2768] qui est donné comme illustration de l'application légale de l'imprévoyance consciente[2769]. Toutefois, la question se pose de la classification de la faute caractérisée au sein de ces imprévoyances graves. En effet, la question de la connaissance du risque est posée systématiquement par la doctrine

---

[2755] V. contra J.-Y. Maréchal, « Art. 121-3 - Fasc. 20 : Élément moral de l'infraction », *op.cit.*, n°70 qui s'oppose à l'usage d'une telle distinction, estimant qu'il ne s'agit que d'une création doctrinale qui ne se retrouve pas dans les applications jurisprudentielles, voire que la Cour de cassation l'aurait contredite, en ne citant toutefois qu'un arrêt ancien de 1971.

[2756] R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel. Tome I*, *op. cit.* n°604.

[2757] *Ibid.*

[2758] *Ibid.*

[2759] J. Leroy, *Droit pénal général*, *op.cit.,* n°420.

[2760] En ce sens, v. O. Décima, S. Detraz, E. Verny, *Droit pénal général*, *op.cit.*, n°413.

[2761] Ph. Salvage, *Droit pénal général*, 8ème éd., PUG, 2016, n°101.

[2762] V. Ph. Conte, P. Maistre du Chambon, *Droit pénal général, op. cit.,*n°390.

[2763] R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel. Tome I*, *op. cit.*, n°605.

[2764] *Ibid.*

[2765] J. Leroy, *Droit pénal général*, *op.cit.,* n°422 ; V. égal. Ph. Conte, P. Maistre du Chambon, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n°390.

[2766] Ph. Salvage, *Droit pénal général*, *précit.*, n°102.

[2767] La formule semble renvoyer uniquement à l'inattention et la maladresse, mais omettre l'imprudence ou la négligence.

[2768] Ce qui pourra être discuté selon le point de vue adopté qui considère l'imprévoyance consciente comme correspondant au dol éventuel, ou, plus nuancé, qui la considère comme étant une faute d'une gravité inférieure, v. *infra* n°405.

[2769] J. Leroy, *Droit pénal général*, *op.cit.,* n°420.

lorsqu'elle étudie cette faute. Pour autant, il n'est pas automatiquement fait le lien entre cette connaissance et la catégorie d'imprévoyance correspondante. Il faut dire que la classification de la faute caractérisée dans l'une ou l'autre des catégories se révèle complexe tant la formule retenue par le législateur est « *ambigüe* »[2770]. Deux conceptions principales s'opposent à ce sujet, qui ont très clairement pu être théorisées par des auteurs : la doctrine aurait tantôt une approche objective, tantôt une approche subjective de la faute caractérisée[2771].

394. ***Conception objective*.** La conception objective de la faute caractérisée « *consiste à définir la faute caractérisée à partir de la seule gravité objective des circonstances de l'acte ou du risque engendré* »[2772]. Dans cette hypothèse la formule « *qu'il ne pouvait ignorer* » signifie que l'agent aurait dû envisager les conséquences prévisibles de son comportement. Il y a donc ici une imprévoyance inconsciente. La faute est toutefois plus grave que la faute ordinaire puisque compte tenu des circonstances, de la nature de ses missions ou de ses fonctions, de ses compétences ainsi que du pouvoir et des moyens dont disposait l'auteur, il aurait dû envisager des conséquences qui apparaissaient comme évidentes[2773]. Cette conception s'imposerait, selon ses défenseurs, en raison de l'interprétation *in abstracto* circonstanciée exigée par le code[2774]. En outre, parmi les partisans de cette conception[2775], certains[2776] ont relevé que l'alinéa 4 de l'article 121- 3 du code pénal débute par une référence à la faute ordinaire de l'alinéa précédent, ce qui attesterait de l'identité de nature de ces fautes. Mais pour d'autres auteurs, le fait que la faute caractérisée soit prévue au sein du même alinéa que celui qui évoque la faute délibérée, conçue de manière certaine comme une imprudence consciente, ne suffit donc pas à convaincre que la faute caractérisée a la même nature qu'une imprudence ordinaire[2777]. Pour ces auteurs, cette hypothèse présente l'inconvénient de conduire les juges à déduire la gravité de la faute de la gravité du dommage effectivement causé, puisqu'elle consiste à « *définir la faute caractérisée à partir de la seule gravité objective des circonstances de l'acte ou du risque engendré* » La faute serait donc systématiquement caractérisée en cas de dommages graves[2778].

395. ***Conception subjective*.** Quant à la conception subjective, celle-ci -ci consiste à affirmer que l'agent avait conscience du risque qu'il créait[2779]. L'expression « *ne pouvait ignorer* » signifierait donc que l'agent avait connaissance du risque engendré. Il y aurait donc ici une imprudence consciente[2780]. Avec une telle conception, on rapproche la faute caractérisée de la faute délibérée[2781].

[2770] O. Décima, S. Detraz, E. Verny, *Droit pénal général*, *op.cit.*, n°418.
[2771] *Ibid.*, n°419-420 ; J.-Ch. Saint-Pau, « La faute caractérisée de l'auteur indirect d'un homicide involontaire : une faute supplétive et subjective », JCP G n° 15, 18 Avril 2022, 485 pour qui la formule ambiguë *« ne pouvait ignorer »* autorise deux interprétations, objective et subjective.
[2772] O. Décima, S. Detraz, E. Verny, *Droit pénal général*, *op.cit.*, n°420.
[2773] E. Dreyer, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n°907.
[2774] *Ibid.*
[2775] *Ibid.* ; A. Sériaux, « L'appréciation de la faute pénale d'imprudence en droit français contemporain », RSC 201, p.231 ; Ph. Conte, *Droit pénal spécial*, *op.cit.*, n°78.
[2776] E. Dreyer, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n°907.
[2777] O. Décima, S. Detraz, E. Verny, *Droit pénal général*, *op.cit.*, n°420 note de bas de page n°257.
[2778] *Ibid.*, n°420.
[2779] O. Décima, S. Detraz, E. Verny, *Droit pénal général*, *op.cit.*, n°419 ; V. Malabat, *Droit pénal spécial,* Hypercours Dalloz, 10ème éd., 2022, n° 204.
[2780] *Ibid.* ; *Ibid.*
[2781] E. Dreyer, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n°907 ; O. Décima, S. Detraz, E. Verny, *Droit pénal général*, *op.cit.*, n°419.

Ce qui permettrait au juge de « *passer outre la définition restrictive* »[2782] de cette dernière. Certains auteurs admettent la légitimité[2783] de cette subsidiarité[2784] des fautes qualifiées, eu égard à la restrictivité de la faute délibérée, alors qu'une faute grave engendrant de tels risques peut intervenir en l'absence de violation d'une norme spéciale. Toutefois, cette conception entraîne de nombreuses difficultés. Elle exclurait d'abord la mise en jeu de la responsabilité d'auteurs de fautes graves lorsque ceux-ci n'avaient pas conscience des risques engendrés[2785], alors même qu'ils l'auraient dû. En outre, cette conception, en exigeant une connaissance du risque génèrerait des difficultés de preuve[2786]. En effet, dans cette hypothèse, la faute s'apprécierait *in concreto* et nécessiterait la preuve de la connaissance effective des risques générés par l'agent[2787], à la manière de la faute délibérée, dont la preuve est toutefois simplifiée au travers la transgression consciente de normes spéciales, de prudence et de sécurité qui « *permet d'établir, chez son auteur, la prise en considération au moins implicite des risques encourus par autrui* »[2788]. Enfin, c'est surtout une incohérence[2789] dans l'articulation des fautes qui a pu être soulignée. À quoi sert en effet la faute délibérée si la faute caractérisée s'apprécie si largement qu'elle peut l'absorber ? Le seul intérêt de la faute délibérée résiderait alors dans son caractère aggravé, mais en ce cas, pourquoi ne pas avoir créé la seule faute caractérisée pour permettre d'engager la responsabilité de l'auteur indirect, avec la circonstance aggravante en cas de violation délibérée d'une obligation particulière de sécurité ou de prudence ? Malgré les interrogations, une partie de la doctrine est toutefois ouvertement favorable à cette conception subjective[2790].

396. ***Conception hybride.*** Face à la complexité du débat, certains ont proposé une solution de compromis : la faute caractérisée serait en réalité une faute mixte[2791], hybride[2792]. Les auteurs[2793] proposent à l'appui de cette conception le fait que cette faute est inspirée de la faute inexcusable du droit social. Or, pour eux, cette dernière peut être établie soit par la conscience du danger auquel le salarié était soumis par l'employeur, soit par la gravité du risque auquel le salarié était exposé. Gravité telle que l'employeur devait en avoir conscience.

[2782] E. Dreyer, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n°907 ; O. Décima, S. Detraz, E. Verny, *Droit pénal général*, *op.cit.*, n°419.
[2783] *Ibid.*
[2784] A. Ponseille, « La faute caractérisée en droit pénal », RSC 2003 p.79.
[2785] O. Décima, S. Detraz, E. Verny, *Droit pénal général*, *op.cit.*, n°419.
[2786] E. Dreyer, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n°907.
[2787] *Ibid.* ; V. Malabat, *Droit pénal spécial*, *précit.*, n° 204 : qui y est favorable.
[2788] A. Sériaux, « L'appréciation de la faute pénale d'imprudence en droit français contemporain », RSC 2017 p.231.
[2789] O. Décima, S. Detraz, E. Verny, *Droit pénal général*, *op.cit.*, n°419.
[2790] J.-Ch. Saint-Pau, « La faute caractérisée de l'auteur indirect d'un homicide involontaire : une faute supplétive et subjective », JCP G n° 15, 18 Avril 2022, 485 ; V. Malabat, *Droit pénal spécial*, Dalloz, *op.cit.*, n° 204 ; J. Pradel, *Droit pénal général*, *op.cit.*, n° 573 ; Y. Mayaud, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n°268 ; G. Giudicelli-Delage, « La sanction de l'imprudence », *in Mélanges offerts à Pierre Couvrat. La sanction du droit*, PUF, 2001, p.528.
[2791] O. Décima, S. Detraz, E. Verny, *Droit pénal général*, *op.cit.*, n°422.
[2792] J.-Ch. Saint-Pau, « La faute caractérisée de l'auteur indirect d'un homicide involontaire : une faute supplétive et subjective », JCP G n° 15, 18 Avril 2022, 485 ; O. Décima, S. Detraz, E. Verny, *Droit pénal général*, *op.cit.*, n°422.
[2793] O. Décima, S. Detraz, E. Verny, *Droit pénal général*, *op.cit.*, n°422.

397. ***Une simple règle de preuve ?*** Enfin, un auteur[2794] a tenté de résoudre la difficulté en soumettant l'hypothèse d'une simple règle probatoire en la formule « *ne pouvait ignorer* ». Ainsi, la faute devrait être appréciée *in concreto*, ce qui suppose donc la preuve de la connaissance des risques par l'agent, laquelle se verrait de sorte simplifiée par l'expression, qui renverrait ainsi à une présomption[2795] découlant des compétences de l'agent et des circonstances entourant le dommage.

398. ***Solutions jurisprudentielles.*** L'étude de la jurisprudence ne vient pas clore le débat puisque les juges semblent avoir une appréciation variable de la question selon la qualité des individus poursuivis. Il semblerait que la jurisprudence retienne majoritairement la conception objective concernant les chefs d'entreprise[2796], déduisant « *de la nature et de la gravité des manquements aux obligations de prudence et de sécurité commis, le fait que l'employeur ne peut pas ignorer le risque qu'il fait courir aux salariés* »[2797]. Certains magistrats ont pu le justifier par le fait que la connaissance du risque peut être attendue de leur part eu égard au fait que « *sauf délégation expresse, l'employeur est personnellement astreint à évaluer les risques, à les prévenir* », et alors que, de plus, « *de nombreux manquements à des obligations de sécurité sont, par eux-mêmes, pénalement sanctionnés* » [2798]. La chambre criminelle a ainsi pu censurer la décision de relaxe des juges du fond en considérant qu'« *en se prononçant ainsi, alors qu'elle ne pouvait, sans se contredire, constater que le prévenu avait commis une faute caractérisée et exposant autrui à un risque d'une particulière gravité en ne veillant pas personnellement au respect de la réglementation relative à la sécurité des machines dangereuses virgule et relaxer celui-ci virgule au motif qu'il pouvait ignorer le risque découlant de ce manquement, la Cour d'appel n'a pas donné de base légale à cette décision* »[2799]. De sorte, il semble extrêmement délicat, si ce n'est « *interdit* »[2800] pour les chefs d'entreprise de démontrer qu'ils ignoraient le risque auquel ils exposaient leurs salariés[2801]. Ils peinent en effet à faire admettre leur ignorance des risques, la Cour de cassation considérant qu'il est requis d'eux qu'ils veillent « *personnellement à la stricte et constante application de la réglementation en matière d'hygiène et de sécurité* »[2802]. Par cette quasi-systématisation de la répression, ils apparaissent alors comme des « *coupables nécessaires* »[2803]. En revanche, concernant les décideurs publics[2804], la jurisprudence a eu

---

[2794] J.-Ch. Saint-Pau, « La faute caractérisée de l'auteur indirect d'un homicide involontaire : une faute supplétive et subjective », JCP G n° 15, 18 Avril 2022, 485.
[2795] En ce sens J. Pradel, *Droit pénal général*, *op.cit.*, n° 573.
[2796] Cass. crim., 5 mars 2002, n° 01-86.053, JurisData n° 2002-013973 ; Cass. crim., 11 févr. 2003, n° 02-85.810 : JurisData n° 2003-017994, Bull. crim. n° 28; RSC 2003, p. 801, obs. G. Giudicelli-Delage.
[2797] J.-Y. Maréchal, « Art. 121-3 - Fasc. 20 : Élément moral de l'infraction », *op.cit.*, n°91.
[2798] B. Cotte et D. Guihal, La loi Fauchon, cinq ans de mise en œuvre jurisprudentielle : Dr. pén. 2006, étude 6, n° 46 Citant D.-N. Commaret, « La responsabilité pénale des décideurs en matière de délits non intentionnels depuis la loi du 10 juillet 2000 », Gaz. Pal. 11 sept. 2004, p. 9.
[2799] Cass. crim., 11 févr. 2003, n° 02-85.810, JurisData n° 2003-017994, Bull. crim. n° 28; RSC 2003, p. 801, obs. G. Giudicelli-Delage.
[2800] J.-Y. Maréchal, « Art. 121-3 - Fasc. 20 : Élément moral de l'infraction », *op.cit.*, n°91.
[2801] S. Fournier, *Droit pénal général*, *op.cit.*, n°188 ; Ph. Conte, « Un droit en trompe-l'œil », Dr. pén. n°7-8, juillet 2020, étude 19 spéc. note de bas de page n°14 ; J.-Y. Maréchal, « Art. 121-3 - Fasc. 20 : Élément moral de l'infraction », *op.cit.*, n°91 ; V. not. Cass. crim., 5 mars 2002, n° 01-86.053, JurisData n° 2002-013973 ; Cass., crim., 27 Mai 2015, n° 13-87.616.
[2802] Cass., crim. 11 mai 2010, n°09-86.045 ; Cass. crim. 9 nov. 2010 n°10-82.153 note Dr. pén. 2011 n°18.
[2803] Ph. Conte, *Droit pénal spécial*, *op.cit.*, n°78.
[2804] P. Morvan, « L'irrésistible ascension de la faute caractérisée : l'assaut avorté du législateur contre l'échelle de la culpabilité », *in Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire, Mélanges offerts à Jean Pradel*, Cujas, 2006, pp.443-472.

tendance à retenir une conception subjective[2805]. La solution peut surprendre[2806] puisque tous les individus sont égaux devant la loi et que le texte n'introduit pas un tel principe ni ne le justifie. Pourtant des magistrats ont tenté de justifier cette position, en s'appuyant sur « *le vœu du Gouvernement et du Parlement* »[2807], cela rejoint la volonté de dépénalisation des infractions non-intentionnelles commises notamment par les élus[2808], ce qui peine tout de même à convaincre de la légitimité de la solution. Certains ont toutefois pu noter un infléchissement de la jurisprudence tendant à appliquer la solution jusqu'alors réservée aux décideurs privés aux décideurs publics[2809]. Les juges ont alors tenu en échec l'objectif de dépénalisation de la loi du 10 juillet 2000[2810]. Mais globalement, la jurisprudence ne tranche pas, et l'on retrouve tour à tour une imprévoyance inconsciente[2811], ou consciente[2812]. Finalement, la question n'est de sorte *« pas nettement tranchée* »[2813] par la jurisprudence qui laisse le doute subsister.

399. ***Appréciation large de la faute.*** Dans le flou de la définition de cette notion, la jurisprudence fait parfois preuve d'une grande sévérité dans l'application du texte, retenant une appréciation extensive de la faute caractérisée[2814]. Tout d'abord, la jurisprudence a pu, dans certains arrêts, admettre la faute caractérisée lorsque l'agent avait conscience des risques, souvent comme une solution de repli, lorsque les critères trop restrictifs de la faute délibérée, notamment l'exigence

[2805] V. not. Cass., crim. 4 juin 2002, D. 2003 p.95 note Petit et p.244 note Roujou de Boubée
[2806] J.-Y. Maréchal, « Art. 121-3 - Fasc. 20 : Élément moral de l'infraction », *op.cit.*, n°91 qui la juge peu cohérente.
[2807] B. Cotte et D. Guihal, « La loi Fauchon, cinq ans de mise en œuvre jurisprudentielle », Dr. pén. 2006, étude 6, n° 46.
[2808] Circ. du 11 oct. 2000 qui précise que les conséquences pratiques de la loi devront particulièrement concerner les décideurs publics.
[2809] P. Morvan, « L'irrésistible ascension de la faute caractérisée : l'assaut avorté du législateur contre l'échelle de la culpabilité », *précit.*, p.468 et s. ; Cass., crim. 11 juin 2003, n°121, RSC 2003 p.784, obs. Y. Mayaud.
[2810] *Ibid.* p.468 et s. ; X. Pin, « La notion de faute en droit pénal (121-3=0 ?) », *op.cit.*, p.105.
[2811] Cette ignorance du risque a été jugée fautive, lorsqu'elle procède d'une totale désinvolture de l'élu *:* Cass. crim., 11 juin 2003, n° 02-82.622, Juris-Data n°2003-019714 ; Bull. crim. n° 121 ; RSC 2003, p. 784, obs. Y. Mayaud.
[2812] Ph. Conte, « Un droit en trompe-l'œil », §5 *op. cit.* V. not. Cass. crim., 4 juin 2002, n° 01-81.280, JurisData n n°2002-014850 ; Bull. crim. n° 127 : D. 2003, p. 95, note S. Petit *;* J. Pradel, *Droit pénal général*, *op.cit.*, n°573 cite la Cour d'appel de Paris qui voit dans la faute caractérisée un risque grave pour autrui et une conscience de ce risque : CA Paris 31 oct. 2017 n°15/07/483, JCP G jan. 2018 n°107, obs. Rousseau et n°108 obs. Parance à propos de l'affaire AZF.
[2813] S. Fournier, *Droit pénal général*, *op.cit.*, n°188.
[2814] V. en ce sens J.-P. Vial, « Loi Fauchon : il faut remettre l'ouvrage sur le métier ! », AJ Pénal 2012 p.84.

de spécialité du texte violé, n'était pas remplie[2815] aboutissant à une véritable porosité[2816], voire fongibilité des deux fautes[2817]. « *Illogisme* »[2818], ou « *une véritable dénaturation* »[2819] de la faute caractérisée, devenue faute supplétive[2820]. S'il y a là une différence de nature entre les deux concepts il n'est pas légitime de pouvoir passer si aisément de l'un à l'autre. Cependant il n'y aurait pas de différence de degré pour certains, mais simplement un domaine d'application différent[2821], ce qui autoriserait un tel basculement. En outre, la solution ne remplit pas les objectifs assignés par le législateur lors de l'élaboration de la loi[2822], notamment de participer à la dépénalisation partielle concernant les auteurs indirects, l'application jurisprudentielle de cette faute tend à faciliter l'engagement de leur responsabilité[2823]. C'est principalement les chefs d'entreprise qui se voient de sorte opposer une condamnation « *quasi-automatique* »[2824].

Par ailleurs, de façon critiquable[2825], les juges ont pu admettre que de simples fautes ordinaires pouvaient constituer une faute caractérisée, dans la mesure où plusieurs d'entre elles

---

[2815] V. not. Cass. crim., 8 févr. 2022, n° 21-83.708, JurisData n°2022-001630 note J.-Ch. Saint-Pau, « La faute caractérisée de l'auteur indirect d'un homicide involontaire: une faute supplétive et subjective », JCP G n° 15, 18 Avril 2022, 485; Cass., srim. 15 oct. 2002, Bull. crim. n° 186 Cass., crim. 15 oct.2002 Bull. n°186, Dr. pén. 2003 comm. 4 obs. M. Véron ; Cass. crim. 18 mars 2003 Bull. n°71 concernant un maire qui connaissait parfaitement la configuration des lieux et dont le résultat était un accident prévisible ; Cass. crim. 2 déc. 2003, ; Bull. n°231, Dr. pén. 2004 comm. 17 obs. M. Véron à propos d'un maire personnellement informé d'un danger et qui n'a rien fait pour éviter qu'il ne se réalise ; Cass. crim. 31 janv.2006, JCP G 2006,II, 10079, note E. Dreyer à propos d'un chef d'entreprise qui avait été informé du danger que présentait un chantier sans échafaudage et qui n'a pas réagi avant qu'une chute ne se produise ; Cass. crim. 6 nov. 2018, RSC 2019 p.433 obs. P. Mistretta, à propos d'un médecin ayant agi en connaissance de cause malgré les risques connu du traitement prodigué ; Cass. crim., 21 août 2011, n° 10-88.093, JurisData n° 2011-020379 ; Dr. pén. 2011, comm. 147 à propos d'un chef d'entreprise qui a persisté à mettre en place un dispositif insuffisant de sécurité après un premier accident ; Cass. crim., 15 oct. 2019, n° 17-87.329, JurisData n° 2019-018190 ; Dr. pén. 2019, comm. 198, obs. Ph. Conte, concernant un chef de chantier condamné pour avoir conduit un salarié dans une zone dangereuse ; Encore en présence d'une obligation *particulière* de prudence ou de sécurité d'origine légale ou réglementaire, la jurisprudence n'hésite pas à admettre que sa violation peut constituer une faute caractérisée : Cass. crim., 18 sept. 2001, n° 01-80.360, JurisData n° 2001-011335 ; Cass. crim., 13 sept. 2005, n° 04-85.736, JurisData n° 2005-029902, Bull. crim., n° 224 Ph. Conte, « Porosité entre la faute caractérisée et la faute délibérée », Dr. pén. n°4, avril 2022, comm.61 ; Cass. crim., 8 févr. 2022, n° 21-83.708, JurisData n° 2022-001630.

[2816] Ph. Conte, « Porosité entre la faute caractérisée et la faute délibérée », Dr. pén. n°4, avril 2022, comm.610.

[2817] J.-Ch. Saint-Pau, « La faute caractérisée de l'auteur indirect d'un homicide involontaire : une faute supplétive et subjective », JCP G n° 15, 18 Avril 2022, 485.

[2818] E. Fortis, « La nouvelle définition des délits non intentionnels par la loi du 10 juillet 2000. Les conséquences de la loi du 10 juillet 2000 en droit pénal », RSC 2001 p.737.

[2819] E. Dreyer, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n°908.

[2820] J.-P. Vial, « Loi Fauchon : il faut remettre l'ouvrage sur le métier ! », AJ Pénal 2012 p.84 ; J.-Ch. Saint-Pau, « La faute caractérisée de l'auteur indirect d'un homicide involontaire : une faute supplétive et subjective », JCP G n° 15, 18 Avril 2022, 485.

[2821] M. Pralus, « Réflexions autour de l'élément moral des délits », Droit pénal n° 12, déc. 2002, chron. 41.

[2822] Ph. Conte, « Porosité entre la faute caractérisée et la faute délibérée », *précit.* pour qui une telle interprétation « jette ainsi un pont entre les deux fautes, ce qui n'est guère conforme à la lettre du texte (ni aux travaux préparatoire) ».

[2823] Même si le législateur ne visait principalement que les décideurs publics.

[2824] Ph. Conte, « Porosité entre la faute caractérisée et la faute délibérée », *précit.* à propos de Cass. crim., 8 févr. 2022, n° 21-83.708, JurisData n°2022-001630.

V. égal. A. Martinon, « De la faute délibérée à la faute caractérisée », JCP Social n°42, 18 octobre 2011, 1476, à propos de Cass. crim., 24 mai 2011, n°10-82.285, JurisData n°2011-012863, qui estime que « La loi pénale laisse peu d'espoir à celui qui, coupable d'un manquement à son obligation de sécurité, tenterait d'échapper à sa responsabilité pénale ».

[2825] X. Pin, « La notion de faute en droit pénal (121-3=0 ?) », *op. cit.*, p.108 qui parle d'une dénaturation de la faute caractérisée.

étaient commises successivement par l'agent[2826], consacrant ainsi l'idée selon laquelle en droit « *beaucoup de peu font un beaucoup* »[2827]. Ce qui n'est pas sans rappeler[2828] la contravention de négligence caractérisée réprimée par le code de la propriété intellectuelle lequel prévoit une telle réitération caractérisant l'infraction, à la différence de l'article 121-3 ou de ses applications spéciales. Ainsi la cour d'appel de Lyon a pu définir la faute caractérisée comme « *l'accumulation d'imprudences et de négligences successives témoignant d'une impéritie prolongée* »[2829]. La jurisprudence participe par cette définition du rapprochement déjà souligné entre faute ordinaire et faute caractérisée[2830]. Plus encore, certains ont pu faire valoir l'existence d'arrêts rendus par les juges du fond, pour lesquels un unique manquement à une obligation de sécurité avait pu être retenu au titre de la faute caractérisée sans justification d'une telle qualification[2831]. Il semblerait alors que s'agissant des chefs d'entreprise, la jurisprudence ait tendance à retenir la faute caractérisée en la simple présence d'une violation d'une règle de sécurité au travail[2832], ce qui correspondrait pourtant bien à la faute ordinaire en l'absence de diligences normales.

De sorte, il a été parfaitement résumé cette incohérence jurisprudentielle : « *aucune des définitions proposées par les tribunaux n'a permis de déterminer précisément le seuil de la faute caractérisée qui peut tout aussi bien absorber la faute délibérée qu'être l'accumulation de négligences et d'imprudences ordinaires* »[2833]. En outre, et malgré l'ajout de la conjonction de coordination « *et* », les tribunaux déduisent parfois de la gravité du risque, la gravité de la faute commise par l'agent[2834], ce qui de surcroît est contraire à l'esprit du texte[2835]. Pourtant, l'interprétation apparaît comme conforme à la circulaire d'application du texte, laquelle estime que « *Dans la plupart des cas [...] la gravité, l'imminence et la connaissance du risque pourront conduire le juge à considérer que la faute est caractérisée* »[2836]. Alors qu'il y a là trois critères à caractériser : gravité de la faute, gravité du risque et connaissance de celui-ci, mais visiblement « *la jurisprudence n'en a cure* »[2837]. La faute caractérisée apparaît de sorte tentaculaire, ce qui pour certains pourrait peut-être s'expliquer par « *l'expression*

[2826] Cass. crim., 17 déc. 2019, n° 17-87.465, JurisData n° 2019-023020, JCP G 2020, 342, note F. Rousseau ; Dr. pén. 2020, comm. 67, obs. Ph. Conte *;* Cass. crim. 10 janv. 2006, Juris-Data n°032023 ; Accumulation de négligences : CA Toulouse, 13 nov. 2000, RSC.2004.63 note Y. Mayaud ; Série d'imprudences : Cass. crim. 3 nov. 2004 n°04-80.011 ; Cass. crim. 10 janv. 2006 n°04-86.428 ; Cass. crim. 12 janv. 2010, Bull. n°5 ; V. B. Cotte et D. Guihal, « La loi Fauchon, cinq ans de mise en œuvre jurisprudentielle », Dr. pén. 2006, étude 6, n° 44.

[2827] J. Larguier, « Théorie des ensembles et qualifications pénales », in *Mélanges offerts à Albert Chavanne : droit pénal, propriété industrielle,* Litec, 1990, p. 109.

[2828] Ph. Conte, *Droit pénal spécial, op.cit*., n°78.

[2829] CA Lyon, 28 juin 2001, D. 2001, IR p. 2562 cité par A. Ponseille, « La faute caractérisée en droit pénal », RSC 2003 p.79.

[2830] J.-Y. Maréchal, « Art. 121-3 - Fasc. 20 : Élément moral de l'infraction », *op.cit*., n°90.

[2831] *Ibid.* qui cite à l'appui les arrêts : concernant l'absence de formation des salariés à la sécurité, Cass. crim., 17 févr. 2009, n°08-85.073, JurisData n° 2009-047462 ou l'absence de recours à un dispositif de protection collective contre les chutes, Cass. crim., 31 août 2011, n° 10-88.093, JurisData n° 2011-020379 ; Dr. pén. 2011, comm. 147, note M. Véron.

[2832] J.-Y. Maréchal, « Art. 121-3 - Fasc. 20 : Élément moral de l'infraction », *op.cit*., n°90 ; Ph. Conte, *Droit pénal spécial, op.cit.,* n° 78. – V. également P. Morvan, « Droit pénal de l'accident du travail », Dr. soc. 2001, p. 654, n°11.

[2833] J.-P. Vial, « Loi Fauchon : il faut remettre l'ouvrage sur le métier ! », AJ Pénal 2012 p.84.

[2834] *Ibid.*

[2835] Cf. développements en *supra* n°392 : les parlementaires ont intentionnellement modifié le texte afin de distinguer les deux conditions.

[2836] Circ. du 11 oct. 2000, *Présentation des dispositions de la loi n° 2000-647 du 10 juillet 2000 tendant à préciser la définition des délits non intentionnels*, B.O. Min. justice, n°80, CRIM 2000-09 F1/11-10-2000, NOR : JUSD0030175C, §1.2.2.

[2837] Ph. Conte, *Droit pénal spécial, op.cit*., n°78, note de bas de page n°202.

d'une résistance des tribunaux pour limiter la portée de la loi Fauchon, qu'ils jugeraient trop favorable aux décideurs »[2838].

400. ***Quelle place au sein de la hiérarchie des fautes ?*** Au final, on en vient à s'interroger quant à la place de la faute caractérisée au sein de la hiérarchie des fautes. En théorie, elle semble conçue comme plus grave que la faute ordinaire puisqu'elle fait partie des fautes caractérisées. Toutefois, la jurisprudence retient la faute ordinaire comme constitutive d'une faute caractérisée lorsqu'elle est réitérée, et celles-ci sont toutes deux réprimées de la même façon : seule la faute délibérée fait encourir une peine plus élevée[2839]. Ensuite, il nous apparaît qu'elle doive être moins grave que la faute délibérée, qui elle, se rapproche le plus de la faute intentionnelle. C'est ce que l'on peut notamment déduire des débats parlementaires, puisque la faute caractérisée a été ajoutée par crainte d'une répression trop restreinte si cantonnée à la faute délibérée[2840]. C'est ce qu'une majorité de la doctrine semble penser[2841]. Toutefois, d'autres hypothèse ont pu être envisagées : les deux fautes seraient d'un même niveau de gravité[2842], ou encore, la faute caractérisée serait plus grave que la faute délibérée. Pour certains auteurs, l'insertion de la faute caractérisée est ainsi venue crypter la gradation des fautes pénales, tant la formule retenue par le texte a rendue délicate la différenciation entre celle-ci et les fautes ordinaire et délibérée[2843]. En outre, l'auteure souligne que l'absence de gradation des sanctions entre ces trois supposés degrés de faute renforce le doute sur une telle hiérarchisation[2844]. Soulignant les incohérences touchant chacune des trois hiérarchisations envisageables, l'auteure invite fort logiquement le législateur à rectifier le texte, source d'insécurité juridique[2845].

401. ***Conclusion.*** Pour résumer, on reprendra les mots d'un auteur : « *C'est donc le flou intégral !* »[2846]. Il est vrai que les questionnements n'ont que trop duré. La matière est d'une grande complexité pour des délits proportionnellement parmi les plus importants du droit pénal. Il revient au législateur *a minima*[2847] de clarifier le sens de « *faute caractérisée* » - malgré l'apparente clarté de la formule aux yeux de la chambre criminelle[2848] - et sa place au sein de la hiérarchie des

---

[2838] J.-P. Vial, « Loi Fauchon : il faut remettre l'ouvrage sur le métier ! », AJ Pénal 2012 p.84.

[2839] V. à ce propos E. Fortis, « La nouvelle définition des délits non intentionnels par la loi du 10 juillet 2000. Les conséquences de la loi du 10 juillet 2000 en droit pénal », RSC 2001 p.737 qui estime que la peine encourue pour la faute caractérisée n'est pas très cohérente eu égard à la nature particulière de la faute.

[2840] En ce sens v. not. M. Pralus, « Réflexions autour de l'élément moral des délits », Droit pénal n° 12, Décembre 2002, chron. 41.

[2841] A. Ponseille, « La faute caractérisée en droit pénal », RSC 2003 p.79 citant P. Fauchon, « Le professeur et le législateur », Dr. pén. 2001, Chron. n° 22, p. 8 ; G. Guidicelli-Delage, « La sanction de l'imprudence », *in La sanction de droit, Mélanges offerts à P. Couvrat*, Paris, PUF, 2001, t. 39, p. 528 ; Y. Mayaud, « Retour vers la culpabilité non intentionnelle en droit pénal... », D. 2000, p. 603 ; J. Pradel, « De la véritable portée de la loi du 10 juillet 2000 sur la définition des délits non intentionnels », *op. cit.*, p. VI qui parle d'un « mini dol éventuel ».

[2842] M. Pralus, « Réflexions autour de l'élément moral des délits », Dr. pén. n° 12, déc. 2002, chron. 41.

[2843] A. Ponseille, « La faute caractérisée en droit pénal », RSC 2003 p.79.

[2844] *Ibid.*

[2845] *Ibid.*

[2846] . J.-P. Vial, « Loi Fauchon : il faut remettre l'ouvrage sur le métier ! », AJ Pén. 2012 p.84.

[2847] Certains auteurs vont plus loin réclamant une réforme en profondeur des fautes d'imprudence v. not. *Ibid*. qui propose, par exemple par souci d'équité, de relever le seuil de la faute des auteurs directs au même niveau que celui de la faute caractérisée, tout en cantonnant la faute délibérée à la seule circonstance aggravante, mettant au même plan tous les auteurs indirects.

[2848] Cass., crim. 24 sept. 2013, n°12-87.059 qui a rejeté la QPC portant sur le sens de la faute caractérisée, estimant que le texte « est rédigé en des termes suffisamment claires et précis pour permettre que son interprétation se fasse sans risque et dans des conditions garantissant tant le respect de la présomption d'innocence que l'intégrité des droits de la défense ».

fautes d'imprudence. On le concède toutefois, il est une tâche ardue que de traduire par des mots un état d'esprit sans le trahir, encore plus quand il faut pour cela rationaliser l'irrationnel. On rejoint alors ceux qui estiment que « *le langage humain n'étant pas parfait, quiconque s'aventure à verbaliser cette idée ne peut qu'aboutir à une œuvre elle-même imparfaite* ». Toutefois, difficile d'admettre à leur suite l'idée que *« que le degré de clarté et de précision peut varier en fonction des difficultés rédactionnelles rencontrées par le législateur* »[2849], car on ne règle plus de sorte le risque d'arbitraire du juge[2850] ni même la question de la prévisibilité de la loi pénale. On doit exiger du législateur une définition claire et précise identique pour toutes les notions, même s'il doit pour les notions les plus complexes passer par une rationalisation poussée, voire schématique du concept appréhendé. En l'état, il nous semble plus logique de considérer la faute caractérisée comme une faute intermédiaire[2851], en ce qu'elle ne constitue pas une circonstance aggravante comme la faute délibérée, mais qu'elle est requise dans le cadre d'une causalité indirecte pour laquelle le législateur a souhaité dépénaliser les fautes les moins graves tenant à la faute ordinaire. Nous considérons encore qu'elle fait partie des imprudences inconscientes, sans quoi elle nierait tout intérêt de la faute délibérée en tant qu'élément constitutif. De plus la formule légale est trop équivoque pour exprimer avec certitude l'exigence d'une connaissance effective des risques engendrés et réduirait la portée du texte. Il est bien ici, comme pour la faute ordinaire, reproché à l'agent de ne pas avoir eu conscience des risques par lui générés, mais la faute est plus grave ici eu égard aux circonstances qui rendaient ceux-ci évidents, tout comme la faute. Au vu de la « *banalisation* »[2852] de la faute caractérisée, ayant subi une véritable « *ascension* »[2853], telle qu'elle revêt une forme tentaculaire absorbant si bien la faute ordinaire que la faute délibérée, il convient de rétablir un équilibre et des frontières plus claires entres les trois fautes en ne retenant plus que la faute caractérisée au titre des fautes qualifiées. Sa définition modifiée et rendue précise permettrait d'en faire une faute d'imprudence consciente, assortie d'éventuelles facilités de preuve dans les cas les plus graves afin de rééquilibrer le risque d'impunités du commanditaire en haut de la chaîne. La faute délibérée serait alors cantonnée à son rôle le plus efficace, celui de circonstance aggravante[2854] lorsque l'imprudence consciente sera le fruit d'une violation en connaissance de cause d'une obligation particulière de sécurité ou de prudence.

2- La faute délibérée

402. ***Définition(s).*** La définition légale de la notion de faute délibérée semble *a priori* claire. En effet, l'article 121-3 fait état de nombreuses conditions précises à remplir de sorte qu'il est possible d'établir sans trop de difficultés les contours de cette notion restrictive : elle résulte de la connaissance manifeste de l'existence d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité prévue

---

[2849] S. Detraz, « Clarté, précision et adéquation de la notion de faute caractérisée », JCP G n° 46, 11 nov. 2013, p. 1176.

[2850] Qui devra tout de même appliquer le texte, sans que l'on puisse admettre que la difficulté éprouvée par le législateur soit moindre pour lui.

[2851] Y. Mayaud, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n°268 évoque une fautes intermédiaire concernant la faute caractérisée.

[2852] X. Pin, « La notion de faute en droit pénal (121-3=0 ?) », *op.cit.*, p.105 et s. v. notamment les développement intéressants sur la résorption de la faute délibérée et l'absorption de la faute ordinaire par la faute caractérisée.

[2853] P. Morvan, « L'irrésistible ascension de la faute caractérisée : l'assaut avorté du législateur contre l'échelle de la culpabilité », *in Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire, Mélanges offerts à Jean Pradel*, Cujas, 2006, pp.443-472.

[2854] V. égal. en faveur de cette solution J.-P. Vial, « Loi Fauchon : il faut remettre l'ouvrage sur le métier ! », *op. cit.*

par la loi ou le règlement pesant à son encontre, que l'agent a toutefois délibérément choisi d'ignorer[2855]. Toutefois, une difficulté surgit de l'amalgame[2856] législatif entre la notion de faute délibérée employée pour la description de la faute élément constitutif d'une infraction non-intentionnelle de résultat, celle employée pour la circonstance aggravante de cette infraction, ou encore celle employée dans le délit-obstacle de l'article 223-1 du Code pénal[2857], aggravée par le champ d'application tentaculaire de la faute caractérisée qui marche sur les plates-bandes de la faute délibérée.

403. ***Une efficience limitée.*** Cette définition cause tout d'abord des difficultés relatives à l'efficience de la faute délibérée. On l'a longuement discuté précédemment, la faute délibérée ne constitue pas en pratique la faute privilégiée par les juridictions pénales dans le cadre d'une causalité indirecte. En effet, son champ d'application est tellement restreint et la définition de la faute caractérisée tellement malléable par son ambiguïté que c'est cette dernière, plus simple à caractériser, qui est la plus souvent retenue. On peut alors légitimement s'interroger sur son utilité en tant qu'élément constitutif, d'autant plus lorsque la même définition co-existe cette fois en tant que circonstance aggravante. Sa disparition au sein des éléments constitutifs permettrait par ailleurs de laisser sauf le principe *non bis in idem* qui est mis à mal par la circulaire d'application de la loi Fauchon, laquelle considère qu'en présence d'une faute délibérée l'infraction est automatiquement aggravée[2858]. Ce qui revient à retenir le même fait à la fois comme constitutif d'un élément de l'infraction et de la circonstance aggravante à l'encontre du principe fondamental du droit pénal précédemment évoqué.

404. ***Une imprévoyance consciente***. La faute délibérée est par ailleurs considérée comme une imprévoyance consciente. Pourtant, dans le cadre de l'article 121-3, la conscience exigée se résume seulement à celle des normes particulières de sécurité ou de prudence s'imposant à l'agent. Il en est de même dans le cadre de la circonstance aggravante définie de manière identique[2859]. Dans le cadre du délit de l'article 223-1, c'est le fait d'exposer autrui à un risque par la violation manifestement délibérée de ces normes qui est incriminée, c'est bien la violation qui est manifestement délibérée donc encore une fois, la conscience se résume à celle-ci[2860]. Pourtant en principe, l'imprévoyance consciente renvoie à la conscience par l'agent du risque qu'il créé[2861]. Il

---

[2855] C. pén., art. 121-3 al. 4.
[2856] X. Pin, « La notion de faute en droit pénal (121-3=0 ?) », *op.cit.*
[2857] V. les réflexions de Ph. Conte, « Les messieurs Jourdain dans les palais de la République : variation sur l'article 121- 3 du code pénal et ses avatars », *in Mélanges en l'honneur du professeur Jacques-Henri Robert*, LexisNexis, 2012, pp.137-144.
[2858] Circ. de présentation des dispositions de la loi n° 2000-647 du 10 juillet 2000 tendant à préciser la définition des délits non intentionnels, CRIM 2000-09 F1/11-10-2000, NOR : JUSD0030175C, §2.3.2 : « Il convient par ailleurs de noter que la faute de mise en danger délibérée exigée en cas de causalité indirecte étant la même que celle constituant la circonstance aggravante des délits d'homicide ou de blessures involontaires, lorsque la responsabilité pénale d'une personne physique auteur indirect d'un homicide ou de blessure sera retenue, cette personne sera nécessairement coupable de l'infraction aggravée par la circonstance de mise en danger délibérée (tel ne sera cependant pas le cas s'il est reproché à la personne physique une faute caractérisée exposant autrui à un risque grave et qu'elle ne pouvait ignorer) ».
[2859] C. pén., art. 221-6 al. 2 ; 222-19 al. 2 ; 222-20.
[2860] En ce sens A. Ponseille, « La faute caractérisée en droit pénal », RSC 2003 p.79 pour qui cette exigence n'est pas légalement requise.
[2861] V. not. la définition donnée par R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel. Tome I*, *op. cit.* n°604 ; Mais quoiqu'il en soit il apparaît que les juges ont tendance à confondre connaissance du risque et connaissance de

semblerait alors que le législateur, en formulant ainsi les textes mette en place une présomption d'une telle conscience qui découle de la connaissance par l'agent des textes spéciaux qui lui imposent une norme de conduite. Il ne peut alors renverser la présomption que s'il démontre ne pas avoir eu connaissance de ces textes, or nul n'est censé ignorer la loi et la cause de non-culpabilité résultant de l'erreur de droit n'est admise que de manière exceptionnelle, et la jurisprudence se montre d'autant plus sévère lorsque le mise en cause est un professionnel, ce qui est souvent le cas. Il en résulte une présomption quasi-irréfragable de fait.

405. ***Un dol éventuel ?*** Enfin, il faut évoquer le cas du dol éventuel. Il s'agit de l'hypothèse dans laquelle l'agent a voulu l'acte, tout en admettant le risque probable d'un résultat. Néanmoins, le terme de dol est ici trompeur, en effet, en l'absence de volonté du résultat, on ne se trouve donc pas face à une infraction intentionnelle. Pour certains, il serait prévu dans le Code pénal à l'article 121-3 comme la mise en danger d'autrui. Mais sa nature reste toutefois discutée : réel dol[2862], ou bien forme d'imprudence pour les uns[2863], mais encore notion hybride à la lisière de l'intention et de l'imprudence pour les autres[2864]. La loi du 10 juillet 2000[2865] est venue renforcer ce flou en reprenant la définition prévue pour l'infraction de mise en danger d'autrui pour définir la faute délibérée. Or, il semblerait bien qu'il existe une différence de degré entre le dol éventuel et la faute d'imprudence consciente[2866] qu'incarnerait la faute délibérée. Une doctrine récente[2867] distingue ainsi une nuance entre dol éventuel et faute délibérée. Dans le premier cas, l'auteur a conscience du risque et manifeste une certaine indifférence quant au résultat qui pourrait se produire alors que dans le second, l'agent espère éviter celui-ci. Ce qui se distingue du cas de l'intention, pour laquelle l'agent a conscience du risque qu'il veut se voir réaliser dans ses conséquences. La nuance est ténue entre dol éventuel et véritable dol, d'où les réserves exprimées par certains face à cette conception nouvelle[2868]. Toutefois le législateur a brouillé les pistes en uniformisant les définitions. Difficile ainsi de distinguer imprudence consciente, dol éventuel et intention. Le degré de raffinement de l'état d'esprit de l'agent est tel qu'il est difficile de le traduire sous forme de concepts clairs et précis. C'est pourquoi certains expliquent que la notion de dol éventuel « *est toujours dans l'ombre* »[2869].

406. ***Conclusion.*** Mais il en est de même plus largement pour l'ensemble des fautes d'imprudence dont la définition légale, par trop rationnelle, ne parvient que difficilement à appréhender une réalité peut-être trop complexe pour permettre de telles définitions mais dont le droit pénal ne peut se passer sous peine de perdre l'humanité qui le transcende et d'en faire un droit

---

l'obligation légale comme l'a souligné Ph. Conte, *Droit pénal spécial, op.cit.*, n°78, note de bas de page n°217 avec à l'appui l'arrêt Cass., crim 13 avril 2010, n°09-81.504.

[2862] J. Cédras, « le dol éventuel : aux limites de l'intention », D. 1995, p.18 ; J.-H. Robert, *Droit pénal général, op.cit.*, p.326.

[2863] J. Pradel, *Droit pénal général*, *op.cit.,* n°561 ; Y. Mayaud, « La volonté à la lumière du nouveau Code pénal », *in Mélanges en l'honneur du professeur Jean Larguier : droit pénal, procédure pénale*, PUG, 1993, p.203.

[2864] Blog de M. le professeur P. Morvan, « L'échelle de la culpabilité en droit pénal : un mode d'emploi », http://patrickmorvan.over-blog.com/article-18662651.html dernière date de consultation le 26/05/2023 ; P. Couvrat, « Les infractions contre les personnes dans le Nouveau code pénal », RSC 1993, p.469 et s. : il parle d'une infraction *sui generis*.

[2865] Loi n°2000-647 du 10 juillet 2000 tendant à préciser la définition des délits non intentionnels.

[2866] X. Pin, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n°221 ; E. Dreyer, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n°912.

[2867] Attribué par E. Dreyer, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n°969 notamment à E. Martin-Hocquenghem, « Le dol éventuel », *in Code pénal et code d'instruction criminelle*, Dalloz, 2010, p.445, elle serait d'inspiration étrangère.

[2868] V. les développements éclairants de *Ibid.*

[2869] E. Dreyer, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n°921 et 969.

objectif et impitoyable. L'esprit humain demeure à ce jour insondable et c'est pourquoi il est, de la même façon, tout aussi difficile de saisir l'intention en droit pénal.

Section 2 : L'intention, notion insaisissable

407. Notion incontournable de l'élément moral, l'intention semble de prime abord ne pas nécessiter de trop longs développements. Cette notion que le pénaliste est amené à manipuler quotidiennement est toutefois plus opaque qu'elle n'en a l'air. A tel point que les classiques se sont parfois perdus dans les méandres de la psyché humaine. Entre confusions au fond et vocabulaire variable pour désigner les mêmes points d'intérêt, la quasi-unanimité perçue dans la doctrine classique n'a toutefois pas permis de délivrer une définition suffisamment claire de l'intention. La doctrine moderne, à quelques exceptions près, s'est moins risquée sur le chemin glissant de l'intention. Dans beaucoup de manuels récents[2870], les auteurs s'attachent plus à distinguer l'intention de notions voisines et passent très rapidement quand il s'agit de la définir elle-même. Avec cette approche en négatif, on semble ainsi mieux en connaître les contours que le contenu. Mais en croisant la lecture des auteurs classiques ayant approfondi le sujet ainsi que la doctrine plus récente qui y a consacré une place plus importante qu'à l'accoutumée, on peut espérer s'approcher au plus près de ce qu'est l'intention. Cela étant, il faudra finalement constater que la nature de l'intention laisse, sans surprise, subsister des zones d'ombre. L'invisibilité est ici d'origine naturelle, due au caractère métaphysique de l'intention. La définition même de la notion démontre les difficultés que l'on a, encore aujourd'hui, à saisir ce qu'elle est. Cela parce que personne n'est jamais parvenu à la percevoir. Or, comment décrire ce que l'on n'a jamais vu ? Afin de cerner au mieux la notion d'intention, on s'emploiera, dans un premier temps, comme la majorité des auteurs, à approcher la notion d'intention par la négative (**§1**). Puis, un second temps sera consacré cette fois-ci aux développements en positif de la notion d'intention (**§2**).

§1 : Approche négative de la notion d'intention

408. Contournant les difficultés de définition, c'est par ce que n'est pas l'intention que la plupart des auteurs modernes commencent leurs développements. Cette approche par la négative est d'ailleurs la plupart du temps bien plus poussée que l'approche positive de la notion d'intention. Dans un premier temps, c'est la volonté qui est traditionnellement distinguée de l'intention (**A**). Ce qui nous permet à nouveau de distinguer l'imputabilité de la culpabilité, dont l'intention fait partie. Distinction courante, la différence entre volonté et intention reste parfois floue pour la doctrine[2871]. Cette confusion est d'ailleurs entretenue par les termes employés par le législateur dans le Code pénal[2872]. Dans un second temps, ce sont les mobiles qui sont usuellement abordés dans cette approche négative de l'intention (**B**). Si les deux notions semblent moins faire l'objet de confusions, cette fois-ci c'est la notion elle-même de mobile qui nécessiterait d'être creusée.

[2870] J. Pradel, *Droit pénal général*, *op. cit*., n°555 et s. qui évoque « ce que n'est pas le dol général » ; Ph. Salvage, *Droit pénal général*, 8ème éd., PUG, 2016, n°92 et s. qui titre « approche négative » ; Y. Mayaud, *Droit pénal général*, PUF, 7ème éd., 2021, n°243 et s. ; J. Larguier, Ph. Conte, P. Maistre du Chambon, *Droit pénal général*, *op.cit*., pp.47-49 ; Ph. Conte, P. Maistre du Chambon, *Droit pénal général*, Armand Colin, 7ème éd., 2004, n°380 et s. ; M. Herzog-Evans, *Droit pénal général*, 2ème éd., Vuibert, 2009, n°270 et s. ; B. Bouloc, *Droit pénal général*, *op.cit*., n°278 et s.

[2871] V. notamment les travaux de R. Legros, *L'élément moral dans les infractions*, Sirey, 1952.

[2872] Cf. nos développements en *infra* n°369.

A- La volonté

409. ***Définition***. Première distinction primordiale afin de mieux cerner la notion, l'intention ne doit pas être confondue avec la volonté. Le terme volonté renvoie en effet à la notion de liberté. Dans le langage courant, la volonté se définit comme la « *faculté de vouloir, de se déterminer à quelque chose* »[2873]. Dans le langage juridique, la volonté a pu être définie de façon similaire comme « la faculté de se déterminer à l'action »[2874]. Pour Merle et Vitu, la « *volonté infractionnelle* » correspond à la « *liberté physique et morale de l'action* », à la « *capacité de comprendre et de vouloir* » ce qu'ils font alors correspondre à l'« *absence de contrainte* » ainsi qu'au « *libre arbitre* »[2875]. On est donc bien face à une notion qui correspond à ce que l'on a pu définir plus tôt comme l'imputabilité[2876]. On se retrouve là dans le préalable légal à l'examen de la culpabilité, laquelle pourra correspondre à l'intention.

410. ***Différence avec l'intention***. L'individu imputable est titulaire d'une volonté qu'il peut exercer de différentes façons : soit il reste en dehors des prévisions pénales, soit il s'écarte du droit chemin en commettant une faute, celle-ci pouvant être intentionnelle ou non-intentionnelle. L'acte volontaire est l'acte commis par l'individu en pleine possession de ses facultés physiques et mentales, tandis que l'acte intentionnel est un acte volontaire commis dans l'optique d'un résultat précis. L'individu qui commet un acte intentionnel fait usage de sa volonté, il l'exerce pour accomplir l'acte qu'il souhaitait entreprendre. Il a actionné sa volonté dans un dessein particulier, l'intention a pu ainsi être qualifiée de « *volonté en mouvement* »[2877]. Il y a ainsi entre ces deux notions une différence de degré. Comme la plupart des auteurs[2878] le sous-entendent, la volonté se situe en effet un degré en-dessous de l'intention qui serait quant à elle une volonté plus poussée. Garraud évoque d'ailleurs « *Du double degré que peut avoir la volonté : l'intention et l'imprudence* »[2879]. Ainsi, si l'acte intentionnel est toujours volontaire, en revanche l'acte volontaire peut être intentionnel comme non-intentionnel. La question de la volonté est un préalable[2880] auquel il faut répondre avant même de se poser la question de l'intention. La différence entre la volonté et l'intention s'exprime également au niveau des règles de preuve qui les gouvernent. Comme le souligne un auteur[2881], « *en pratique ce sera au ministère public de prouver l'intention alors que la volonté, condition d'imputabilité, se présume* ».

411. ***Divergences doctrinales***. Des auteurs ont pu désigner cette confusion entre imputabilité et culpabilité comme issue d'une indifférenciation de la conscience et de l'intention[2882].

[2873] Dictionnaire de l'Académie Française en ligne https://www.dictionnaire-academie.fr/article/A8V0757.
[2874] Ph. Salvage, *Droit pénal général*, *op.cit*., n°93.
[2875] R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel. Tome I*, *op. cit.,* p.726.
[2876] Voir *supra* n°354 et s.
[2877] X. Pin, *Droit pénal général*, *op.cit*., n°209.
[2878] Ils s'accordent tous à dire que l'intention est une volonté tendue vers un but (un résultat, un acte illicite) : X. Pin, *Droit pénal général*, *op.cit.*, n°208 ; J. Larguier, Ph. Conte, P. Maistre du Chambon, *Droit pénal général*, *op.cit*., p.48 ; Ph. Salvage, *Droit pénal général*, *op.cit.*, n°93 ; Ph. Conte, P. Maistre du Chambon, *Droit pénal général*, *op.cit*., n°381.
[2879] R. Garraud, P. Garraud, *Précis de droit criminel*, 15ème éd., Sirey, 1934, n°90.
[2880] *Cf. supra* n°361.
[2881] X. Pin, *Droit pénal général, op.cit.*, n°209, note de bas de page n°1.
[2882] Y. Mayaud, *Droit pénal général*, *op.cit*., n°245 : L'auteur reprend les termes de Garçon et parle de conscience et non plus de volonté, on confondrait ainsi conscience et intention. Or la conscience est « la manifestation du discernement », il y a donc là confusion entre imputabilité et culpabilité.

La conscience, « *manifestation du discernement* »[2883], semble toutefois correspondre à la volonté telle que présentée précédemment. La distinction entre les deux notions ne nécessite ainsi à ce stade pas plus de développements.

Par ailleurs, si aujourd'hui la différence entre volonté et intention apparaît comme évidente dans les manuels, les auteurs ont pu par le passé commettre certaines confusions. Un auteur[2884] notamment a par sa présentation de la notion de volonté contribué à obscurcir les frontières avec la notion d'intention. En effet, pour lui le terme « volontairement » souvent utilisé dans le Code pénal comporte deux sens. Le premier renvoie à l'idée d'un acte commis « *avec volonté* » alors que le second signifie que l'acte a été commis « *avec l'intention de* ». Volonté pourrait donc signifier intention. Il réitère expliquant d'un côté que « *volontaires* » signifie « *intentionnelles* », et d'un autre que « *volontairement* » signifie « *librement* ». Ce qu'il désigne comme le « *concept* » de volonté, fait ainsi l'objet, à son sens, d'une méprise « *facile* » et « *fréquente* », les juristes ne parvenant pas toujours à distinguer la « *volonté de l'activité (ou de l'abstention)* » et la « *volonté du résultat* ». Ce qu'il désigne respectivement sous les termes de « *volonté-réalisation* » et « *volonté-intention* ».

Ces expressions n'ont semble-t-il pas essaimé dans la doctrine et c'est tant mieux. En effet, par cette présentation il semble nous faire comprendre qu'il existerait deux sortes de volontés. Or, la volonté est une et indivisible. Certains auteurs expliquent ces confusions par la polysémie de la notion qui peut renvoyer à la faculté de vouloir, et donc ce que l'on entend strictement comme la volonté qui participe de l'imputabilité, mais qui peut renvoyer également au fait de vouloir, qui en ce cas relève de la culpabilité[2885]. Mais il s'agit là en réalité de l'exercice de la volonté et donc bien de la volonté tendue vers un résultat. C'est donc bien la volonté mise en mouvement qui peut aboutir à l'intention, l'auteur n'a semble-t-il pas perçu la différence de degré qui existe entre les deux notions. Il y a un palier de franchi pour atteindre l'intention, lequel exclut que l'on soit toujours en présence d'une simple volonté. L'intention suppose toujours la volonté, puisque l'on ne peut punir un individu qui ne serait pas imputable, en revanche, l'intention ne saurait se résumer à la simple volonté. Une telle présentation est dangereuse en ce qu'elle incite à la confusion entre l'imputabilité et la culpabilité. Utiliser un même terme pour désigner deux choses totalement différentes contredit la nécessaire clarté du langage juridique.

412. ***La volonté dans le Code pénal***. Pourtant, il faut toutefois constater que le législateur tombe régulièrement dans ce travers, et nous induit en erreur dans ce domaine également. En effet, le Code pénal, depuis 1994[2886], distingue les « *infractions volontaires* » des « *infractions involontaires* ». C'est ainsi que la confusion a pu naître. En effet, sous le terme d'infractions volontaires sont rangées l'ensemble des infractions intentionnelles ; à l'inverse sous le terme d'infractions involontaires le législateur répertorie les infractions non-intentionnelles. Cette présentation est depuis longtemps grandement critiquée par la doctrine à juste titre. Il a été ainsi demandé que les termes de la loi fussent changés afin d'éviter la confusion entre imputabilité et culpabilité[2887]. Des auteurs[2888] ont

---

[2883] *Ibid.*

[2884] R. Legros, *L'élément moral dans les infractions*, *op.cit.*, n°115 p.94.

[2885] O. Décima, S. Detraz, E. Verny, *Droit pénal général*, *op.cit.*, n°389, note de bas de page n°137.

[2886] Le Code de 1810 se contentant d'évoquer les « *homicides, coups et blessures involontaires* ».

[2887] E. Wagner, *La notion d'intention pénale dans la doctrine classique et la jurisprudence contemporaine*, Thèse, Université de Clermont-Ferrand I, 1976, p.84.

[2888] X. Pin, *Droit pénal général, précit.*, n°208-209 ; E. Wagner, *La notion d'intention pénale dans la doctrine classique et la jurisprudence contemporaine*, *loc. cit.* : « bannir de notre langage juridique l'expression « d'infractions volontaires » » car cela « perpétue une grave confusion entre l'imputabilité et la culpabilité ». Il explique que l'opposition volontaire / involontaire dans le code « repose sur le caractère volontaire ou involontaire

pu expliquer que la distinction introduite par le législateur reposait sur le caractère volontaire ou non du résultat et non pas de l'acte en lui-même. Il y aurait ainsi une différence d'objet, qui modifie totalement le sens du terme volonté et contribue à rendre la frontière entre les deux notions de plus en plus floue. Par soucis de clarté, et afin de respecter ses propres exigences, il est donc nécessaire que la doctrine soit entendue et que le législateur revoie sa copie.

B- Les mobiles

413. La seconde distinction est la plus incontournable. Si certains auteurs ont pu faire l'impasse sur la volonté, aucun n'a omis d'aborder la question des mobiles. La chambre criminelle revient elle-même souvent sur cette distinction[2889], selon la formule classique : « *Une infraction intentionnelle est constituée dès lors que l'agent a volontairement porté atteinte à la valeur sociale protégée par le texte de qualification, quel que soit le mobile qui a inspiré cet acte* »[2890].

414. ***Un ou des mobiles ?*** On trouve le terme tantôt au singulier, tantôt au pluriel : Y a-t-il un ou des mobiles ? Le mobile est-il invariable ? Il semble au contraire qu'il existe une multitude de mobiles. Pour un même acte, il peut exister une multitude de mobiles suivant les individus. Toujours pour un même acte, un même individu peut être mu par des motivations variables selon les circonstances, voire par plusieurs mobiles. Ainsi pour un même acte, il existe une infinité de mobiles. Il semble donc plus logique d'utiliser le terme pluriel.

415. ***Sens commun***. En langage courant le terme mobile est défini au sens figuré comme « *ce qui pousse à agir, ce qui excite ou détermine à telle ou telle action* »[2891]. Le lien est immédiatement fait avec le droit pénal puisque le premier exemple fait référence au « *mobile d'un crime* ». Pourtant, on va le voir, le droit pénal a tenté de prendre ses distances avec cette notion.

416. ***Définition juridique***. La définition du langage courant se garde de nommer « *ce* » qui justement pousse l'individu à agir. A l'inverse les définitions doctrinales se font parfois plus précises. Le mobile a ainsi été défini comme le sentiment qui détermine à l'action[2892]. Mais les mobiles peuvent-ils se résumer à des affections, des sentiments ? On lui préférera donc la définition plus neutre, présentant le mobile comme la raison qui pousse l'agent à commettre l'infraction[2893]. C'est-à-

---

du résultat produit alors que le caractère volontaire de ces mêmes actes ne caractérise que l'état préalable à la commission de l'acte. Le terme de volonté ne s'applique donc pas au même objet et n'a donc pas le même sens. Il est mauvais d'utiliser une formule identique lorsqu'elle recouvre deux significations totalement différentes ». Pour l'auteur, il faudrait plutôt distinguer les deux sortes de culpabilité avec les termes intentionnel et inintentionnel.

[2889] Pour plus d'exemples v. ceux relevés par P. Mimin, « L'intention et le mobile » *in La chambre criminelle et sa jurisprudence. Recueil d'études en hommage à la mémoire de Maurice Patin*, Cujas, 1964, p.117

[2890] Cass. crim. 8 février 1977, n°76-91.772, Bull. crim. n°52, RSC 1977.590, obs. G. Levasseur ; J. Pradel et A. Varinard, *Les grands arrêts du droit pénal général*, 8ème éd., 2012, n°39.

[2891] Dictionnaire de l'Académie Française en ligne https://www.dictionnaire-academie.fr/, dernière consultation le 26/08/20.

[2892] Ph. Salvage, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n°94 ; J. Larguier, Ph. Conte, P. Maistre du Chambon, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p.48 ; B. Bouloc, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n°281.

[2893] X. Pin, *Droit pénal général, op. cit.*, n°212, Ph. Conte, P. Maistre du Chambon, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n°383 ; F. Desportes, F. Le Gunehec, *Droit pénal général*, 16ème éd., Economica, 2009, n°477 ; J. Pradel, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n°555 a également une présentation semblable ; H. Renout, F. Fourment, *Droit pénal général*, Larcier, 18ème éd., 2013, p.147 évoquent « les raisons personnelles qui ont incité l'agent à commettre l'infraction ».

dire le motif, la cause qui explique le passage à l'acte. Ou le « *moteur* »[2894] du délinquant. Encore faut-il préciser qu'il s'agit bien des « *motivations personnelles qui animent la personne* »[2895]. En effet, il s'agit bien d'une notion foncièrement subjective, ce qui explique en partie sa mise à l'écart du droit pénal.

417. ***Différence avec l'intention.*** Les mobiles sont des motifs concrets, intimement liés à l'agent qu'ils meuvent. A l'inverse, l'intention est une notion objective et abstraite. Celle-ci se définit par rapport à l'infraction alors que les mobiles se définissent en rapport avec le délinquant[2896]. Alors que l'intention est toujours la même pour une infraction donnée, il existe une infinité de mobiles envisageables pour un même acte. Par exemple, un même acte peut être commis par esprit de lucre, de vengeance, par jalousie, *jocandi causa*, pour apaiser les souffrances d'une victime, afin de récupérer un dû, pour se rembourser d'une créance, par amour etc…

418. ***Similitudes avec le droit civil.*** Les auteurs rapprochent souvent la différence entre intention et mobiles en droit pénal avec la différence existant entre la cause et les motifs en droit civil[2897]. En effet, la cause du contrat ou intention libérale, demeure invariable pour un même contrat, qui que soit le contractant. A l'inverse, et comme en droit pénal, les motifs, ou « *mobiles lointains du disposant* », ne sont pas pris en compte par le droit civil, sauf stipulation expresse contraire[2898]. Il faut savoir toutefois que l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016[2899] portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations a opéré une suppression de la cause. Il s'agit néanmoins d'une suppression formelle. Celle-ci n'est plus une condition de formation du contrat, mais certaines de ses fonctions ont toutefois subsisté. Cette suppression s'explique par les difficultés engendrées par la notion de cause. Les raisons de cette suppression peuvent être intéressantes à souligner dans le cadre du parallèle avec la notion d'intention objet de notre étude. En effet, ce sont les multiples signalements des auteurs à propos des difficultés de définition de la notion qui ont fini par être entendus par le législateur. Dès 1923, un auteur signalait que « *La cause est célèbre par les obscurités qu'y a accumulées un siècle de commentaires aussi ingénieux que stériles* »[2900]. Qualifiée plus récemment d'« *auberge espagnole* »[2901], la cause n'aura pas su résister à ces critiques généralisées. Le Rapport au président de la République relatif à cette ordonnance[2902] justifie ainsi cette suppression formelle par le fait que « *La cause, […] reste néanmoins mal définie et recouvre en réalité une multiplicité de sens […]. C'est pourquoi, face à la difficulté de donner à la notion de cause une définition précise, qui en engloberait tous les aspects, face aux critiques dont elle est l'objet tant de la part d'une partie de la doctrine que de la pratique, qui la perçoit comme un facteur d'insécurité*

[2894] R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel. Tome I*, *op. cit.*, n°590.
[2895] M. Herzog-Evans, *Droit pénal général*, Vuibert, 2ème éd., 2009 n°270.
[2896] R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel. Tome I*, *op. cit.,* n°589.
[2897] *Ibid.* ; R. Garraud, P. Garraud, *Précis de droit criminel*, 15ème éd., Sirey, 1934, n°92 ; J. Pradel, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n°555.
[2898] I. Najjar, « Libéralités : consentement et cause », Rép. droit civil, Dalloz, Actualisation par Brémond, juin 2011, n°166.
[2899] L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, a été publiée au Journal officiel le 11 février 2016. Ses dispositions sont entrées en vigueur le 1er octobre 2016.
[2900] A. Rouast entamait ainsi le compte-rendu du livre de H. Capitant, à la Revue trimestrielle de droit civil, en 1923, cité par L. Aynès, « La cause, inutile et dangereuse », Droit et Patrimoine, n° 240, 1er octobre 2014.
[2901] L. Aynès, « La cause, inutile et dangereuse », *précit.*
[2902] *Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations,* JORF n°0035 du 11 février 2016, Texte n°25.

juridique […], il a été fait le choix de ne pas recourir à cette notion, pour la remplacer par des règles aux contours mieux définis, permettant au juge de parvenir aux mêmes effets, tout en évitant le contentieux abondant que suscite cette notion ». Ainsi, la notion pénale d'intention, souvent comparée à la notion de cause, risque-t-elle de subir un sort comparable ? Il ne semble pas que le législateur soit enclin à modifier les textes en ce sens. Ce sont surtout les enjeux économiques qui ont permis la réforme du 10 février 2016, ce qui ne concerne pas le droit pénal. On notera pourtant que la notion d'intention, elle aussi, présente des difficultés de définition, mises en évidence par les auteurs[2903], qui pourraient également remettre en question la sécurité juridique. Toutefois, la suppression, même formelle de la notion d'intention n'est pas à souhaiter, il serait préférable de mieux la définir afin de lui rendre la place qu'elle mérite au sein des procédures judiciaires.

419. ***Principe de l'indifférence en droit pénal.*** En principe, le droit pénal ne tient pas compte des mobiles. Contrairement à l'intention qui est, pour les infractions intentionnelles, une condition à remplir, ceux-ci sont totalement étrangers à la constitution de l'infraction. Ainsi, un mobile « *honorable* » n'empêchera l'agent de se voir reprocher l'infraction commise et d'encourir la peine légalement prévue. Les mobiles expliquent la faute mais ne l'excusent pas. Et à l'inverse, un mobile « *odieux* » ne permettra pas d'engager les poursuites ou d'alourdir la peine à l'encontre d'un individu si les éléments constitutifs de l'infraction ne sont pas constitués en l'espèce.

420. ***Les raisons du principe[2904]***. Les arguments en faveur de ce principe sont nombreux. On énonce les difficultés de preuve inhérentes à la nature subjective des mobiles. La prise en compte de ceux-ci engendrerait des difficultés inextricables pour les juges chargés de démontrer l'existence de tel ou tel mobile chez l'auteur de l'infraction[2905]. L'argument est on ne peut plus recevable eu égard à la nécessiter d'assurer la sécurité juridique. Toutefois, toujours dans l'optique du parallèle avec la notion d'intention, on verra que cette dernière n'est pas à l'abri de tels reproches. En effet, sa nature métaphysique ne permet pas de preuve plus aisée. Enfin, la subjectivité des mobiles justifie encore une fois leur exclusion du champ pénal en raison de la nature abstraite et générale de la loi pénale[2906]. L'infinité de mobiles différents pouvant exister pour une même infraction rendrait la tâche du législateur impossible. Ainsi, il semble qu'il en va de la sécurité juridique d'exclure du champ pénal un élément aussi versatile que sont les mobiles.

421. ***Critiques.*** Pourtant certains auteurs se sont employés à démontrer l'utilité des mobiles. En effet à l'origine, deux conceptions se sont opposées sur la question de la place à donner aux mobiles en droit pénal. Si la conception classique, excluant toute prise en compte des mobiles, a été retenue en droit français, la conception positiviste, avec pour figure de proue Enrico Ferri[2907] intègre le mobile dans l'intention. Pour les positivistes, « *l'intention n'est pas une volonté abstraite, mais une volonté déterminée par un motif ou un mobile* »[2908]. Pour ces auteurs, l'intérêt réside en ce que le mobile est « *l'un des révélateurs de l'état dangereux* »[2909]. L'intention, sans référence au mobile

---

[2903] V. développements en *infra* n°426 et s.
[2904] V. contra. R. Bernardini, M. Dalloz, *Droit criminel, Vol. II, L'infraction et la responsabilité, op.cit.,* n°449.
[2905] J. Pradel, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n°556.
[2906] X. Pin, *Droit pénal général, op. cit.*, n°212 ; F. Desportes et F. Le Gunehec, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n°477.
[2907] E. Ferri, *La sociologie criminelle*, A. Rousseau, Paris, 1893.
[2908] B. Bouloc, *Droit pénal général*, *op.cit.*, n°280.
[2909] R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel. Tome I*, *op. cit.,* n°590 : les auteurs expliquent la pensée de Ferri.

serait ainsi trop abstraite. Le mobile étant « *seul susceptible de rendre l'infraction intelligible* »[2910], l'évincer de l'intention reviendrait, selon les termes de Kinberg, à réduire *« ainsi la culpabilité à un « point sans histoire » dans la vie psychique d'un homme* »[2911]. Ceux-ci réclamaient donc la mise en place d'un système de peines infamantes ou non, en fonction du mobile de l'individu. Plus tard, la doctrine de la défense sociale nouvelle emmenée par Marc Ancel, soulignera la nécessité de prendre en compte les mobiles ayant animé l'auteur de l'infraction pour pouvoir saisir dans son entier la psychologie du délinquant[2912]. Outre les juristes, ce sont les criminologues mais également les forces de police qui ont perçu l'intérêt de la prise en compte des mobiles en ce qu'ils permettent de mieux appréhender le délinquant. Comme le souligne la fameuse citation d'André Gide, les mobiles sont en effet « *l'anse par laquelle on tient le criminel* »[2913]. Merle et Vitu se sont alors demandé « *Pourquoi le droit pénal n'en tiendrait-il pas compte à son tour dans l'appréciation de l'intention ? L'intention ne consiste-t-elle pas à « tendre vers le crime » et le mobile n'est-il pas le moteur de cette tendance ?* »[2914].

422. ***Exceptions.*** En réalité, il faut admettre que le principe souffre de nombreuses exceptions[2915]. Le droit pénal n'est pas totalement « *imperméable* »[2916] aux mobiles. La structure de l'infraction, comme la peine peuvent en effet être affectées par ceux-ci. Ainsi, pour Monsieur le professeur Pradel, « *L'indifférence du mobile est, dans une large mesure, une fiction »*[2917]. Cette expression reste à relativiser, toutefois il est vrai que nombreuses sont les nuances apportées au principe.

423. ***En fait.*** Les mobiles sont parfois pris en compte en fait. C'est le cas tout d'abord dans les enquêtes de police, les enquêteurs essayent de déterminer les éventuels mobiles de chaque protagoniste afin déterminer qui aurait plus intérêt à commettre l'infraction, ceci afin de mieux orienter leurs investigations. Ensuite, l'on a remarqué de tout temps la prise en compte des mobiles devant les juridictions de jugement, au moment du choix de la peine. Il a pu cependant être souligné, et très critiqué[2918], à juste titre, que lorsqu'il existe un mobile « *honorable* », les jurés d'assises peuvent être enclins à nier l'intention de l'accusé, confondant alors intention et mobiles[2919].

424. ***En droit.*** En outre, le principe n'étant pas d'ordre constitutionnel, les mobiles sont parfois pris en compte par la loi pénale. C'est le cas tout d'abord lorsque le législateur érige un

---

[2910] *Ibid.,* n°589.
[2911] O. Kinberg, *Les problèmes fondamentaux de la criminologie*, Cujas, 1960, n°32, cité par *Ibid.*, n°590.
[2912] M. Ancel, *La défense sociale nouvelle*, Cujas, 1954, p.11
[2913] A. Gide*, Les caves du Vatican*, 1914.
[2914] R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel. Tome I*, *op. cit.,* n°590
[2915] V. contra R. Bernardini, M. Dalloz, *Droit criminel, Vol. II, L'infraction et la responsabilité*, *op.cit.,* n°452 pour qui « le droit pénal français ne connaît pas de véritable exception au principe d'indifférence des motivations dans la mesure de la culpabilité pénale ».
[2916] Y. Mayaud, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n°247.
[2917] J. Pradel, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n°557.
[2918] L. Cimar, « Nul n'est censé ignorer les droits fondamentaux des patients en fin de vie, pas même le médecin, encore moins la justice… », RDLF 2015, chron. n°18 ; égal. H. Renout, F. Fourment, *Droit pénal général, op.cit.,* p.148 pour lesquels un acquittement fondé sur le mobile est beaucoup plus contestable que l'adaptation de la peine aux motivations de l'auteur, puisque dans ce cas la culpabilité ne fait aucun doute ; O. Décima, S. Detraz, E. Verny, *Droit pénal général, op.cit.*, n°400 pour lesquels il y a méconnaissance de la loi lorsque la responsabilité pénale de l'auteur est écartée au prétexte d'un mobile compréhensible ; J. Larguier, « chron. de jurisprudence », RSC 1984, p.728.
[2919] Ce fut le cas par exemple dans l'affaire Bonnemaison : Cour d'assises du département des Pyrénées-Atlantiques, 25 juin 2014, n°40/2014.

mobile particulier en circonstance aggravante d'une infraction. C'est le cas notamment des mobiles discriminatoires[2920], ou en raison du refus de la victime de contracter un mariage ou de conclure une union[2921], ou encore pour l'empêcher de dénoncer les faits, de porter plainte ou de déposer en justice ou en raison de sa dénonciation, de la plainte ou de sa déposition[2922]…

De plus, les mobiles intègrent parfois la structure même de l'infraction. C'est le cas lorsqu'un mobile particulier est exigé à titre de dol spécial. Ici, on répond à l'interrogation des professeurs Merle et Vitu[2923], puisque le mobile désigné fait partie intégrante de l'intention. La preuve du dol spécial ainsi érigé devra être rapportée en même temps que la preuve de l'intention ordinaire avec le dol général.

De plus, le principe de l'individualisation de la peine aujourd'hui inscrit à l'article 132-1 du Code pénal permet la prise en compte des mobiles dans la fixation de la peine. En effet, d'après ce texte, la juridiction détermine la nature, le quantum et le régime de la peine en fonction des circonstances de l'infraction et de la personnalité de son auteur. Or, « *le mobile est un indicateur de la personnalité du condamné, des circonstances de l'infraction et du risque de récidive* »[2924]. Le juge ajuste ainsi quotidiennement la peine en fonction du caractère « *honorable* » ou « *odieux* » des mobiles ayant animé le délinquant.

Par ailleurs, les mobiles entraînent parfois une irresponsabilité pénale. Les auteurs considèrent en effet que la légitime défense et l'état de nécessité sont des mobiles érigés en faits justificatifs[2925]. L'ordre de la loi et le commandement de l'autorité légitime[2926] sont parfois également comptabilisé à ce titre.

Enfin, les mobiles peuvent avoir une influence au niveau procédural. La jurisprudence considère en effet qu'il y a indivisibilité lorsque des faits différents ont été « *commis dans le même trait de temps, dans le même lieu et ayant été déterminé par le même mobile* » animait l'auteur[2927]. Les divers agissements poursuivis relevant de la même compétence juridictionnelle et devant tous relever de la même catégorie intentionnelle ou non intentionnelle. Le Code pénal quant à lui prévoit des procédures dérogatoires lorsqu'un mobile terroriste est identifié[2928].

§2 : Approche positive de la notion d'intention

425. Après avoir détaillé les contours de la notion d'intention, il convient désormais d'en détailler le contenu. S'il est aisé de déterminer ce que n'est pas l'intention, en revanche la définir s'avère être une tâche plus complexe, en raison de la nature invisible de son objet. Le législateur lui-

---

[2920] C. pén, art. 132-76 et 132-77.
[2921] C. pén, art. 222-3 al.6bis, 222-8 al.6bis, 222-10 al.6bis, 222-12 al.6bis, 222-13 al.6bis.
[2922] C. pén, art. 221-4 al.5, 222-3 al.5, 222-8 al.5, 222-10 al.5, 222-12 al.5, 222-13 al.5, 322-3 al.5.
[2923] V. développements en *supra* n°421.
[2924] O. Décima, S. Detraz, E. Verny, *Droit pénal général, op.cit.*, n°400.
[2925] P. Mimin, « L'intention et le mobile », *op.cit.* ; B. Bouloc, *Droit pénal général*, *op. cit.,* n°282 ; M. Herzog-Evans, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n°271; F. Desportes, F. Le Gunehec, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 478 ; O. Décima, S. Detraz, E. Verny, *Droit pénal général*, *op.cit.*, n°400 citant uniquement la légitime défense.
[2926] P. Mimin, « L'intention et le mobile », *op.cit.* ; B. Bouloc, *Droit pénal général*, *op. cit.,* n°282.
[2927] Cass. crim. 28 juillet 1969 n°68-93.578, Bull. crim. n°239 : « *une Cour d'appel ne peut qualifier d'une part violences, à l'égard d'un des prévenus, d'autre part blessures involontaires, à l'égard d'un autre prévenu, des faits qui ont été commis dans le même trait de temps dans le même lieu et ayant été déterminés par le même mobile* », Gaz. Pal. 1969.II.364 note J.-P. Doucet ; RSC 1970. 96 obs. Levasseur ; B. Bouloc, *Droit pénal général*, *op. cit.* n°286.
[2928] C. pén., art. 421-1 et C. proc. pén., art. 706-16 concernant la cour d'assises sans jurés.

même ne s'y est pas risqué[2929]. Introduite dans le Code pénal en 1892[2930], la notion n'apparaît finalement que dans très peu de textes[2931]. Les infractions intentionnelles étant cependant majoritaires[2932], et en l'absence de définition jurisprudentielle, c'est donc la doctrine qui a dû s'atteler à l'ouvrage. Les auteurs ont ainsi donné une définition générale de l'intention (**A**). Définition relativement courte, que peu d'entre eux ont tenté de développer. En revanche, tous se sont attachés à distinguer les différents dols pouvant composer l'intention (**B**).

A- Définition générale

426. ***Difficultés.*** Définir l'intention par la positive n'est pas chose aisée, décrire avec précision ce que l'on ne peut voir résultant de l'impossible. La plupart des définitions proposées sont ainsi relativement basiques comme on le verra[2933]. Nombreux sont les auteurs ayant relevé cette difficulté[2934], sans toutefois parvenir à la surmonter. La présentation de l'intention a varié au cours du temps[2935] sans que l'on ne parvienne à établir une définition faisant l'unanimité, aboutissant en doctrine à une « *grande dysharmonie* »[2936]. Des définitions trop abstraites[2937], un véritable « *labyrinthe* » de termes et expressions[2938] concernant l'intention témoignent de la particularité de la notion. En effet, l'intention étant une disposition de l'esprit, il est complexe de se la représenter, d'autant plus en l'absence d'outils permettant de l'identifier[2939].

427. ***Etymologie***. Afin de mieux cerner une notion, il est utile de se référer à l'étymologie. Le terme intention est emprunté au latin *intentio*, signifiant « *tension, action de tendre ; application de la pensée, attention ; effort vers un but* », terme lui-même dérivé du latin *intendere* « *tendre (quelque chose) vers* », au sens figuré « *tendre, diriger (regard, esprit, attention, etc.) vers* » quelque chose[2940].

428. ***Définition du langage courant***. Dans le langage courant l'intention est entendue comme le « *mouvement de la volonté tendant à quelque fin* », ou encore comme une « *disposition de l'esprit par laquelle on forme un dessein* »[2941]. Le lien avec le droit est fait très

---

[2929] R. Legros, *L'élément moral dans les infractions*, Sirey, 1952, p.87, n°106 : l'auteur souligne que Magnol s'étonne de ne pas trouver de définition de l'intention dans le projet de NCP ; H. Renout, F. Fourment, *Droit pénal général*, *op.cit*., p.145 qui soulignent cette absence de définition au profit d'expressions diverses.
[2930] J. Pradel, *Droit pénal général*, 22ème édition, Cujas, 2019, n°553.
[2931] On ne retrouve le terme « intention » que dans 9 articles du C. pén. : art. 121-3, art. 212-1, art. 222-7, art. 421-2-2, art. 226-14, art. 222-6, art. 461-10, art. 461-11, art. R645-15.
[2932] J. Pradel, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n°553 ; F. Desportes et F. Le Gunehec, *Droit pénal général*, *op.cit.*, n°470 : Les auteurs donnent des statistiques : « 93% des infractions prévues par les livres II à VI du nouveau Code pénal : 100% des crimes, 90% des délits, et 20% des contraventions ».
[2933] M. Herzog-Evans, *Droit pénal général*, *op.cit*., n°268.
[2934] *Ibid.* ; Y. Mayaud, *Droit pénal général*, *op. cit*., n°242-243 ; J.-H. Robert, *Droit pénal général*, 6ème éd., PUF, 2005, p.319-320 ; M.-L. Rassat, *Droit pénal général*, 4ème édition, Ellipses, 2017, n°311 ; R. Legros, *L'élément moral dans les infractions*, *op.cit*., p.1 et p.87 n°106 ; P. Mimin, « L'intention et le mobile » *in La chambre criminelle et sa jurisprudence. Recueil d'études en hommage à la mémoire de Maurice Patin*, Cujas, 1964, p.115.
[2935] V. not. R. Griffon, *De l'intention en droit pénal*, Thèse, Sirey, 1911.
[2936] J.-H. Robert, *Droit pénal général*, *op.cit.,* p.320.
[2937] Y. Mayaud, *Droit pénal général*, *op. cit*., n°242 : Il estime que la définition de l'intention « *est marquée par une abstraction prononcée* ».
[2938] J.-H. Robert, *Droit pénal général*, *op.cit.,* p.320.
[2939] V. développements en *infra* n°523 et s.
[2940] Site du Centre national des ressources textuelles et lexicales : https://www.cnrtl.fr/intention.
[2941] Dictionnaire de l'Académie française en ligne : https://www.dictionnaire-academie.fr/.

rapidement puisque le dictionnaire continue en citant les exemples suivants : « *Intention frauduleuse. Intention de nuire. Coups et blessures ayant entraîné la mort sans intention de la donner. Intention criminelle, intention délictueuse* ».

429. ***Définition juridique***. La proximité entre la définition du langage courant et la notion juridique est, une fois n'est pas coutume, tout à fait évidente. En effet, la doctrine[2942] reprend très souvent l'étymologie du terme pour construire une première définition de la notion. L'intention est ainsi classiquement définie comme *« la volonté dirigée, en connaissance de cause, […] vers la commission de l'infraction punie par la loi »*[2943]. Il s'agit bien là d'une disposition de l'esprit par laquelle a été formé le dessein d'atteindre une fin, laquelle est réprimée par la loi pénale. De cette définition basique les courants classiques et positivistes ont tiré deux conceptions différentes de la notion d'intention.

430. ***Conception réaliste***. Chez les auteurs positivistes, l'intention intègre le mobile de l'agent. Ainsi, chez les partisans de cette conception réaliste emmenés par Enrico Ferri, l'intention est une volonté déterminée par un mobile. L'acte est donc répréhensible seulement si l'auteur était animé d'un mobile antisocial[2944]. La droit pénal français a cependant préféré la conception abstraite des auteurs classiques.

431. ***Conception abstraite***. Chez les classiques, c'est Emile Garçon, repris ensuite par de nombreux auteurs[2945], qui est venu préciser cette définition basique en ayant recours à la notion de conscience. D'après l'éminent auteur, l'intention réside en « *la conscience chez le coupable d'enfreindre les prohibitions légales* »[2946]. Merle et Vitu parlaient ainsi de « *conscience infractionnelle* ». Cela signifie ainsi que l'agent doit avoir eu connaissance du caractère illégal de l'action ou de l'omission qu'il a malgré tout commise. L'agent a agi en dépit du fait qu'il savait ce comportement répréhensible. L'individu a de cette manière, délibérément choisi de transgresser la loi pénale. Il l'a « *fait exprès* », il a voulu (entendu comme désiré) atteindre ce résultat.

432. ***Théorie allemande.*** Merle et Vitu rapprochent alors la conception classique de deux doctrines allemandes du XIXème siècle : la *Vorstellungstheorie* (théorie de la représentation) et la *Willenstheorie* (théorie de la volonté). La doctrine classique française serait ainsi parvenue à réconcilier deux conceptions qui avaient à l'époque divisé la doctrine allemande[2947].

433. ***Connaissance et volonté***. Ainsi, un auteur résume la doctrine classique : « *envisagée positivement, l'intention est une connaissance doublée de volonté »*[2948]. Il y aurait donc deux conditions à remplir, que Monsieur le professeur Mayaud s'est employé à développer[2949].

[2942] R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel. Tome I*, *op. cit.,* n°579, R. Garraud, P. Garraud, *Précis de droit criminel*, op. cit., n°92 ; B. Bouloc, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n°278.
[2943] R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel. Tome I*, *op. cit.,* n°579.
[2944] B. Bouloc, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n°280 citant les travaux d'Enrico Ferri.
[2945] R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel. Tome I*, *op. cit.,* n°579, B. Bouloc, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n°279 ; Y. Mayaud, *Droit pénal général*, *op. cit*., n°245, Ph. Conte et P. Maistre du Chambon, *Droit pénal général*, *op. cit*., n°379-380.
[2946] E. Garçon, *Code pénal annoté*, 1ère éd. art. I, n°77.
[2947] R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel. Tome I*, *op. cit.,* n°579.
[2948] Y. Mayaud, *Droit pénal général*, *op. cit*., n°248.
[2949] *Ibid*., n°249 à 254.

Première condition, la connaissance : celle-ci doit être entendue comme « *une approche éclairée de la réalité…* »[2950]. La connaissance est de deux ordres : la connaissance du droit[2951] et la connaissance des faits. L'intention ne se conçoit pas « *sans volonté de contrevenir à l'interdit légal, il est indispensable d'en connaître le contenu, et toute ignorance établie sur ce plan fait échec à la culpabilité* »[2952]. Mais elle suppose également que « *les circonstances ayant entouré la commission de l'infraction ont été psychologiquement intégrées par son auteur. L'intention suppose en effet que tout ce qui contribue à réaliser le crime ou le délit ait été parfaitement connu de l'accusé ou du prévenu* »[2953] ce afin que sa détermination corresponde en tous points à l'acte prohibé tel que décrit par le texte d'incrimination.

Seconde condition cumulative, la volonté à la fois du comportement incriminé mais également du résultat qui en découle. L'agent a d'une part voulu « *le comportement qui matérialise l'infraction. C'est vouloir, en connaissance de cause, l'action ou l'omission telle que le texte d'incrimination les contient* »[2954]. Et d'autre part il a désiré « *le résultat redouté à travers ce comportement* »[2955].

Ainsi Monsieur le professeur Robert résume ces conditions, en définissant l'intention comme correspondant, « *dans l'esprit d'un agent doué de discernement et de liberté, [à] la représentation exacte du monde environnant et de l'impact qu'y imprime son geste* »[2956].

434. ***Observations***. Cette conception classique de l'intention n'est toutefois pas exempte de reproches. Comme l'enseignaient les professeurs Merle et Vitu, selon la doctrine classique, l'intention consiste en « *la volonté de commettre le délit tel qu'il est déterminé par la loi […] On s'aperçoit alors que la théorie classique considère comme coupable l'agent qui s'est fidèlement représenté l'élément matériel*[2957] *et l'élément légal de l'infraction commise et qui, connaissant ainsi tous les éléments de l'infraction pénale, a voulu agir « quand même* »[2958]. Un auteur contemporain ajoute que dans le cadre d'une infraction intentionnelle, « *l'atteinte à la valeur sociale protégée procède bien d'une hostilité à ladite valeur* »[2959].

Ainsi décrite, il semblerait alors que l'intention corresponde à « *l'image de l'infraction légale projetée sur l'esprit du délinquant : l'infraction incarnée* »[2960]. Or, on ne peut exiger de l'auteur de l'infraction qu'il se soit ainsi représenté les éléments constitutifs de l'infraction. Si l'on peut arguer de la maxime « *nemo censetur ignorare legem* », on ne peut pousser la présomption jusqu'à exiger une connaissance de loi qui nécessiterait que tous les justiciables aient suivi un cursus d'enseignement juridique. Il serait absurde, de réserver la répression à l'hypothèse invraisemblable d'un délinquant consciencieux qui se sera servi du Code pénal comme d'un mode d'emploi[2961].

[2950] Y. Mayaud, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n°249.
[2951] V. O. Décima, S. Detraz, E. Verny, *Droit pénal général*, *op.cit.*, n°388 évoquant la conscience pour l'auteur que « son comportement correspond à l'action ou à l'omission définie par le texte d'incrimination », soit « la représentation de l'élément matériel de l'infraction dans l'esprit de l'auteur ».
[2952] Y. Mayaud, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n°250.
[2953] *Ibid.*, n°251.
[2954] *Ibid.*, n°253.
[2955] *Ibid.*, n°254.
[2956] J.-H. Robert, *Droit pénal général, op. cit.*, p.320.
[2957] On note en effet une telle définition chez certains auteurs : H. Renout, F. Fourment, *Droit pénal général, op.cit.* : « la volonté d'accomplir l'acte constituant l'élément matériel de l'infraction ».
[2958] R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel. Tome I*, *op. cit.,* n°579.
[2959] Y. Mayaud, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n°242.
[2960] R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel. Tome I*, *op. cit.,* n°589.
[2961] R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel. Tome I*, *op. cit.,* n°580 ; A.-C. Dana, *Essai sur la notion d'infraction pénale*, Thèse, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1982, n°458.

Certes, il a pu être argué qu'outre l'efficacité de la loi pénale, le principe joue comme une contrepartie du principe de légalité criminelle et vient en quelque sorte contractualiser la répression pénale[2962] mais cette justification ne suffit pas à écarter les critiques. Mais pour certains, la présomption de connaissance de la loi enlève à l'intention « *toute spécificité car elle débouche au bout du compte sur la légalité pénale elle-même* »[2963]. Vivement attaqué, le principe semble encore moins réaliste de nos jours face à l'hyperactivité du législateur contemporain. Comme l'ont affirmé des auteurs contemporains, la présomption prend ainsi les traits d'une fiction[2964]. Sur le plan théorique cependant, le principe a subi une évolution favorable, puisque de présomption irréfragable au terme des trois jours suivant la promulgation du texte en 1870[2965], le Code pénal actuel semble lui reconnaître désormais un caractère réfragable[2966].

Toutefois, cette apparente souplesse est à relativiser au vu du caractère extrêmement strict de la jurisprudence qui, encore aujourd'hui, peine à admettre l'erreur de droit[2967]. Il faut donc entendre cette présentation comme le fait pour un individu ayant commis une infraction, d'avoir eu préalablement à son acte, conscience que celui-ci était illégal sans autre précision. Le délinquant souhaite commettre un acte, qui se trouve correspondre à la définition légale de telle ou telle infraction. A l'inverse des juristes allemands, pour qui il y a « *identité entre l'image légale et l'image psychologique* »[2968]. En outre, il semble exagéré de considérer que le délinquant a dans tous les cas agi par hostilité à la valeur protégée par le texte en cause. En effet, l'infraction peut résulter d'une simple indifférence à ladite valeur. Exiger une hostilité à l'encontre de celle-ci engendrerait non seulement des difficultés de preuve mais viendrait encore une fois considérablement réduire le champ d'application des infractions intentionnelles. L'on doit ainsi se contenter de la preuve que l'agent a adopté un comportement en vue d'atteindre un résultat, lequel se trouve correspondre au comportement décrit dans une incrimination légale. On supposera alors que l'agent avait connaissance du caractère illicite de son acte, et qu'il a fait le choix de contrevenir ainsi à la loi, sauf pour lui à rapporter la preuve contraire. Ainsi, dans sa thèse sur la notion d'infraction pénale M. Dana estime que la définition classique exigeant la volonté de commettre le délit tel que déterminé par la loi ainsi que la conscience chez le coupable d'enfreindre les prohibitions légales entraîne des confusions, d'abord entre l'intention et l'action imputable, ensuite entre l'intention et la légalité pénale[2969].

435. ***Développements.*** Des auteurs grenoblois ont tenté d'éclaircir la notion d'intention en en déterminant des éléments constitutifs. Pour Monsieur le professeur Larguier[2970],

---

[2962] *Ibid.,* n°582.

[2963] A.-C. Dana, *Essai sur la notion d'infraction pénale*, Thèse, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1982, n°461.

[2964] *Ibid*. ; Ph. Salvage, *Droit pénal général*, 8ème éd., PUG, 2016, n°98.

[2965] Décret-loi de 1870.

[2966] Grâce à l'article 122-3 du C. pén.

[2967] L'erreur doit être invincible : l'individu doit avoir fait tout son possible pour se conformer à la loi, en s'informant auprès d'une autorité compétente, voire plusieurs : à ce sujet v. not. E. Dreyer, *Droit pénal général*, *op. cit*., n°292. La Cour de cassation rejette même toute contestation liée à un revirement jurisprudentiel : Cass crim. 11 mai 2004, Bull. Crim. n°113. Parmi les rares exemples de son admission par la jurisprudence depuis 1994 : Cass. crim., 24 nov. 1998, JCP G 1999, II, 10208, note M.-A. Houtmann ; Dr. pén. 2000, comm. 22, note J.-H. Robert et Cass. crim., 11 mai 2006, n° 05-87.099, JurisData n°2006-033983 ; Bull. Crim. 2006, n°128.

[2968] R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel. Tome I*, *op. cit.,* n°580.

[2969] A.-C. Dana, *Essai sur la notion d'infraction pénale, op.cit*., n°457 critiquant en particulier la définition de Garçon. Il déduit de ses observations une inexistence conceptuelle ainsi qu'une inutilité pratique du dol général tel que défini.

[2970] J. Larguier, Ph. Conte, P. Maistre du Chambon, *Droit pénal général*, *op. cit.,* p.49.

l'intention nécessite trois éléments : « *la prévisibilité du résultat, le désir de ce résultat, l'action en connaissance du caractère illégal de l'acte* ». Ainsi, l'agent doit avoir pu prévoir le résultat, qu'il a désiré, tout en sachant que son acte était prohibé. Monsieur le professeur Salvage[2971]développe également trois éléments : « *la volonté de commettre l'acte qui conduit au résultat, la volonté d'obtenir le résultat, [et] la volonté des deux premiers éléments en connaissance du caractère illégal de ce qui est accompli* ». Est ici exigée la volonté de commettre l'acte qui conduit à celui-ci. Pour l'auteur, cela « *signifie la nécessité d'une correspondance entre les faits qu'entend accomplir l'agent et les faits exposés par la loi. En d'autres termes, l'agent doit avoir voulu pratiquement ce qui est abstraitement prévu par la loi* ». Il exige ainsi que l'acte commis corresponde aux actes prévus par le texte d'incrimination et qu'il existe un lien de causalité entre cet acte et le résultat, objet de la deuxième condition. Ainsi, est-il nécessaire que les actes envisagés par l'agent correspondent à l'élément matériel dans son entier, tel que décrit par le texte d'incrimination. La deuxième condition exigée par l'auteur renvoie bien au désir du résultat, mais également à sa prévisibilité. En effet, il explique que cela « *vise une disposition psychologique consistant à prévoir et à désirer le résultat […] A partir de là, il convient d'examiner diverses attitudes psychologiques : si l'on retrouve dans celles-ci prévision et désir, cela signifie que l'intention existe bien dans sa seconde composante ; sinon la conclusion est bien entendu inverse* ». Ce qui rejoint ainsi la pensée du professeur Larguier. Enfin, « *La volonté de commettre l'acte et d'obtenir le résultat en connaissance de ce qui est recherché implique que celui qui a voulu l'acte ait eu conscience d'enfreindre une disposition légale* ». Ici interviendra l'adage « *nul n'est censé ignorer la loi* », dans les conditions décrites précédemment.

B- Les différents dols

436. Pour René Garraud, « *c'est par des distinctions que l'on éclairera la matière obscure de l'intention* »[2972]. Ainsi, d'après la présentation classique, l'intention, ou dol, est scindée en deux principaux dols : le dol général (**1**), et le dol spécial (**2**). Cette *summa divisio* a été complétée par l'ajout de nombreuses autres subdivisions (**3**). La doctrine semble faire ainsi usage de la méthode cartésienne pour tenter de résoudre les difficultés de définition[2973], mais la distinction n'est toutefois pas aisée, notamment entre les deux principaux dols. Cette subdivision des dols a en effet manqué son ambition et contribué à obscurcir un peu plus une notion déjà par trop absconse.

1- Le dol général

437. ***Généralités.*** Beaucoup d'auteurs identifient le dol général à l'intention[2974]. L'intention par exception se transformerait en dol spécial, ce qui fait donc l'exigence minimale traditionnelle un dol général. Les développements valables pour l'intention sont ainsi généralement valables pour le dol général. Ainsi, dans la continuité des présentations, un auteur a pu définir le dol

---

[2971] Ph. Salvage, *Droit pénal général*, *op.cit*., n°95 à 98.

[2972] R. Garraud, *L'anarchie et la répression,* tome I, 1896, p.575, n°290, note 5 ; V. *contra.* R. Bernardini, M. Dalloz, *Droit criminel, Vol. II, L'infraction et la responsabilité*, *op.cit.*, n°433 : pour lesquels l'inventaire de ces distinctions des différents degrés de l'intention « n'a guère entraîné la clarté souhaitée de la notion d'intention. Les prétendus degrés de l'intention ne sont souvent que des notions fictives ou de simples variations formelles de l'intention. Ils masquent le véritable caractère de l'intention sur le plan interne, à savoir son uniformité ».

[2973] « *Diviser chacune des difficultés en autant de parcelles qu'il se pourrait et qu'il serait requis pour les mieux résoudre* » : Descartes, *Discours de la méthode, Deuxième partie.*

[2974] R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel. Tome I*, *op. cit.,* p.727 ; B. Bouloc, *Droit pénal général*, *op. cit*., n°288 ; J. Pradel, *Droit pénal général*, *op. cit*., n°554.

général comme la représentation mentale, « *l'image fidèle* » de la modification du monde sensible, « *(ou de l'immobilité des choses dans le cas d'une infraction d'omission)* », engendrée par la commission de l'infraction[2975]. Quant au qualificatif qui lui est attribué, il convient de rappeler que le dol « *général* » tire son nom de sa distinction du dol « *spécial* », le premier étant invariable quelle que soit l'infraction intentionnelle concernée. Toute infraction intentionnelle nécessite ainsi la preuve d'une volonté tendue vers le résultat désiré. Le dol général est ainsi la « *notion de base* »[2976], que l'on retrouve dans toute infraction intentionnelle.

438. ***Doctrine divergente***. Si la majorité de la doctrine voit le dol général comme le « *plus petit dénominateur commun des infractions intentionnelles* »[2977], un auteur a cependant tenté de renverser le principe. Emmanuel Wagner, dans sa thèse sur la notion d'intention pénale[2978] propose en effet d'inverser les rapports de primauté entre dol général et dol spécial. Partant du principe que le dol général repose sur la simple connaissance de l'acte et non de ses conséquences, il estime qu'il n'est donc applicable qu'à une minorité d'infractions : celles sans résultat incriminé. Le dol spécial, à l'inverse, portant sur le résultat mais aussi le comportement inclurait donc le précédent dol. Ainsi, le dol spécial devient le dol de référence, qui, par exception, laissera sa place au dol général. L'auteur explique son raisonnement par le critère de différenciation entre infraction intentionnelle et non intentionnelle, lequel repose sur la volonté du résultat, qui ne se retrouve que dans le dol spécial. Or il y a là une confusion, pour lui, le dol spécial semble correspondre à la volonté du résultat. Mais c'est précisément la définition du dol général.

2 - Le dol spécial

439. ***Généralités***. Le dol spécial quant à lui varie donc en fonction des incriminations. Ainsi en théorie, sans précision de la part du législateur, seul un dol général doit être prouvé. Toutefois, la jurisprudence est venue compliquer les choses en exigeant parfois un dol spécial, là où le texte n'y faisait pas explicitement référence, gonflant ainsi artificiellement la catégorie des infractions à dol spécial.

440. ***Dol spéciaux retenus.*** Un auteur a donc tenté de catégoriser les différents types de dols spéciaux retenus dans le Code pénal. Il retient à l'époque quatre sortes : l'intention de réaliser les conséquences de l'infraction, l'intention frauduleuse, le dessin de nuire, et une quatrième catégorie regroupant l'ensemble des intentions trop spécifiques pour être catégorisées (l'intention de retarder la faillite, l'esprit de lucre…)[2979]. Or les catégories proposées ne sont guère satisfaisantes. Peu explicites, les trois premières catégories viennent ajouter à la confusion entre dol général et dol spécial. L'auteur justifie notamment la première par l'usage dans les textes des termes « *volontairement* », « à dessein ». Or, ces notions renvoient simplement au fait qu'il s'agit d'une infraction intentionnelle. Et donc au dol général. Seule la quatrième catégorie semblerait donc à propos.

[2975] J.-H. Robert, *Droit pénal général, op. cit.*, p.320.
[2976] *Ibid.*
[2977] F. Desportes et F. Le Gunehec, *Droit pénal général*, *op.cit.*, n°471 ; H. Renout, F. Fourment, *Droit pénal général*, *op.cit.*, p.146.
[2978] E. Wagner, *La notion d'intention pénale dans la doctrine classique et la jurisprudence contemporaine*, Université de Clermont I, 1976, p.235 et s.
[2979] R. Legros, *L'élément moral dans les infractions*, *op. cit.*, n°278, p.232.

441. ***Intérêt de la notion***. Le dol spécial présente un intérêt de politique criminelle en ce qu'il permet de restreindre le champ d'application de l'incrimination, toutes les fois où il sera exigé. Ce qui a permis à la jurisprudence, de façon certes critiquable, d'éviter d'entrer en condamnation dans certaines affaires sensibles[2980]. D'un point de vue strictement juridique, il permet parfois de trancher entre différentes qualifications lesquelles présenteraient des éléments matériels identiques[2981].

442. ***Présentation classique***. Dans la doctrine classique, le dol spécial est donc une intention plus caractérisée, exigée par exception pour certaines infractions. La plupart des auteurs présentent le dol spécial comme étant la recherche, par le délinquant d'un résultat précis. Mais certains retiennent un dol spécial dans des hypothèses telles qu'ils semblent omettre le terme « *précis* » de la définition. L'infraction de meurtre par exemple, requiert d'après la majorité de la doctrine un dol spécial, à savoir l'*animus necandi*[2982]. Or, le dol spécial est ainsi réduit à la volonté du résultat (la mort de la victime), lequel est prévu par le texte[2983]. Ce qui signifierait que le dol général serait donc à l'inverse la simple volonté de l'acte, ce qui brouille à nouveau les frontières entre culpabilité et imputabilité et nous renvoie à l'hypothèse critiquable d'Emmanuel Wagner précédemment présentée.

443. ***Discussion.*** Cette présentation a donc suscité de nombreuses discussions en doctrine. En effet, certains auteurs soulignent la difficulté à distinguer le dol spécial ainsi défini du dol général tel que présenté classiquement. Ils démontrent en effet que le dol spécial ferait ainsi partie intégrante de l'incrimination, et serait donc « *absorbé par le dol général* » ou inversement[2984]. La volonté de transgresser la loi pénale inclus le résultat en tant qu'élément constitutif de l'infraction commise. Dès 1952, Legros soulignait ainsi qu'« *On dit que le dol général c'est la volonté chez l'agent de commettre l'acte et d'en réaliser les conséquences, alors qu'en réalité cette volonté constitue déjà une intention spéciale* »[2985]. L'auteur réserve ainsi la volonté du résultat à l'unique hypothèse du dol spécial. On semble rejoindre là le paradoxe souligné par les professeurs Merle et Vitu, lesquels rappelaient dans leur célèbre traité que le terme d'intention était « *inadéquat* » appliqué au dol général, car trop large alors qu'il correspondait « *parfaitement* » au dol spécial puisque celui-ci exige la production d'un résultat déterminé. Pour eux l'« *intention criminelle au sens strict du terme* » correspond ainsi au dol spécial[2986]. Donc l'intention ne serait pas *a minima* le dol général. Or, cela reviendrait à dire que toute infraction intentionnelle nécessite un dol spécial. Ce qui n'est pas le cas en pratique.

[2980] Comme dans l'affaire du sang contaminé : Cass. crim., 18 juin 2003, n°02-85.199.
[2981] F. Desportes, F. Le Gunehec, *Droit pénal général*, *op. cit*., n°475 ; J. Pradel, *Droit pénal général*, *op. cit*., n°560.
[2982] V. not. H. Renout, F. Fourment, *Droit pénal général, op.cit*., p.146.
[2983]V. l'article de P. Morvan sur son site : http://patrickmorvan.over-blog.com/article-18662651.html lequel semble partager notre opinion ; v. égal. J. Buisson, « Preuve - Charge de la preuve », Rép. pén. et de proc. pén., oct. 2013, actualisation févr. 2020, n°26 : « l'intention de tuer dans le meurtre, qu'il nous paraît d'ailleurs erroné de qualifier de dol spécial ».
[2984] X. Pin, *Droit pénal général*, *op. cit*., n°211.
[2985] R. Legros, *L'élément moral dans les infractions*, *op. cit*., n°129 p.102.
[2986] R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel. Tome I*, *op. cit.,* n°596.

444. ***Critère du résultat visé*.** Certains auteurs ont alors proposé de nuancer la distinction entre dol général et dol spécial. Ils distinguent ainsi deux sortes de résultats : un premier serait inclus dans l'élément matériel de l'infraction alors que le second ne le serait pas[2987]. Le dol général portant sur ce premier résultat alors que le dol spécial correspondrait à la seconde sorte. Cette thèse a pu séduire la doctrine favorable à l'assimilation du dol spécial au mobile[2988] aux côtés de laquelle nous nous rangeons.

445. ***Le dol spécial, un mobile érigé en intention*.** En effet, une partie de la doctrine[2989] soutient que le dol spécial n'est autre qu'un mobile que le législateur a intégré aux éléments constitutifs de l'infraction[2990]. Là se trouve donc l'exception majeure portée au principe de l'indifférence des mobiles. Il convient toutefois de nuancer cette présentation. Comme on l'a vu précédemment, il existe une multitude de mobiles envisageables pour une infraction donnée. Le dol spécial, dans cette acception ne signifie donc pas la totale subjectivisation de l'intention. Il s'agit de ne retenir qu'un mobile parmi l'infinité de mobiles envisageables, pour l'ériger en composante de l'infraction. Il reviendra donc au législateur de décider de la désignation d'un mobile comme dol spécial d'une infraction donnée. A ce titre, certains[2991] distinguent ici des mobiles proches, qui peuvent être pris en compte par le législateur au titre du dol spécial, des mobiles lointains, qui ont déterminé l'agent à l'action mais dont le degré de subjectivité est trop important pour être retenu dans la structure de l'infraction.

3 - Autres dols

446. L'intention criminelle est protéiforme, on a pu le voir, elle comporte des modalités différentes, mais aussi divers degrés[2992] qui ont pu être relevés par la doctrine.

447. ***Dol aggravé/simple***. Certains[2993] ont pu par exemple parler de dol réfléchi, pour désigner la préméditation. Ou de dol aggravé lorsque la préméditation est exigée par la loi, à l'inverse du dol simple.

448. ***Dols intermédiaires***. Le droit pénal prend également en compte toute une série de dols intermédiaires[2994], à mi-chemin entre dol et faute. Si le dol spécial vient renforcer le degré de précision du dol exigé, les dols suivants viennent au contraire diminuer la clarté exigée quant

---

[2987] D. Rebut note sous Cass., crim. 18 juin 2003, D. 2004 p.1620 repris par X. Pin, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n°211.
[2988] X. Pin, *Droit pénal général*, *loc. cit.*
[2989] J.-H. Robert, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p.323 ; Ph. Conte, P. Maistre du Chambon, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n°383 ; J. Pradel, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n°557 ; X.Pin, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n°211 ; R. Legros, *L'élément moral dans les infractions*, *op. cit.*, n°273 p.230. ; P. Bouzat et J. Pinatel, *Traité de droit pénal et de criminologie*, tome I, p.257, 2ème éd., 1970, n°74.
[2990] R. Legros, *L'élément moral dans les infractions*, *op. cit.*, n°338, p.273 : il parle ici d'intention-mobile.
[2991] *Ibid.*, n°275, p.230 ; J. Pradel, *Droit pénal général*, n°560.
[2992] O. Décima, S. Detraz, E. Verny, *Droit pénal général*, *op.cit.*, n°391 : estiment que « La volonté est, de fait, susceptible de nombreux degrés : l'auteur peut être plus ou moins déterminé à agir ».
[2993] R. Legros, *L'élément moral dans les infractions*, *op.cit.*, p.3.
[2994] B. Bouloc, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n°293 ; X. Pin, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n°221 et s. ; E. Dreyer, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n°969 : ils évoquent une catégorie de fautes intermédiaires.

au dessein de l'auteur[2995]. A tel point qu'en prenant ainsi en compte le panel de nuances de la psyché humaine, on en vient parfois à brouiller la frontière entre intention et imprudence. La différence entre ces dols eux-mêmes est pleine de nuances et peut porter à confusion.

449. ***Dol déterminé/indéterminé.*** Premier couple de notions classiquement étudiées, les dols déterminé et indéterminé. Dans le premier cas, le résultat produit correspond aux prévisions de l'agent qui souhaitait l'atteindre. A l'inverse, dans le second, il était impossible pour ce dernier de déterminer les conséquences de ses actes[2996]. Il ne pouvait donc pas poursuivre un objectif précis. C'est l'exemple type des violences intentionnelles. Dans cette hypothèse, toute la gamme des dommages corporels et psychiques étaient envisageables (de la simple ecchymose et/ou choc psychologique mineur, en passant par la blessure temporairement handicapante, le stress post-traumatique jusqu'à une profonde dépression, une mutilation ou infirmité permanente). Mais l'auteur ne pouvait imaginer quel serait le résultat effectif de son acte en raison de la part d'aléa inhérente à un tel acte. Selon la force de l'auteur, les moyens employés ou encore la résistance et la constitution de la victime, le résultat peut être extrêmement variable.

Si le cas du dol déterminé renvoie à la difficile perception des prévisions de l'agent, le dol indéterminé est encore plus complexe[2997]. L'agent peut avoir souhaité porter une atteinte plus ou moins grave à la victime. Mais son acte engendrera un résultat forcément aléatoire, ne dépendant pas de sa simple volonté. Il ne peut donc avoir d'objectif précis en tête. Rare sont les délinquants qui d'emblée vont viser précisément telle ou telle fracture, tel ou tel niveau d'angoisse chez leur victime. Il semblerait donc délicat d'attendre de l'auteur qu'il explique quelle était son intention vis-à-vis des dommages portés à la victime, lui-même ne pouvant la déterminer précisément. Le dol est indéterminé pour l'agent, mais surtout indéterminable pour les autorités de poursuite. C'est pourquoi par souci de simplicité le législateur a entériné la maxime *dolus indeterminatus determinatur eventu* dans le cadre des violences intentionnelles[2998]. Ainsi, seul le résultat sera donc pris en compte. Cette réponse pragmatique, peut tantôt apparaître sévère si l'auteur n'avait souhaité qu'une atteinte légère, mais elle peut à l'inverse être clémente si l'auteur nourrissait en réalité l'espoir d'un résultat plus grave que ce qu'il en est résulté. Au final, le Code pénal ne prend pas en compte l'intention réelle, trop floue, or la dangerosité de l'agent pourrait être plus conséquente que ce que le résultat effectif laisse supposer et inversement. Cette solution très ancienne simplifie toutefois la tâche des juges et s'inscrit dans la tradition morale chrétienne selon laquelle l'auteur doit endosser la responsabilité de l'ensemble des conséquences de son acte[2999]. La majorité de la doctrine l'explique par le fait que l'agent avait prévu ou aurait dû prévoir qu'un tel résultat risquait se réaliser[3000]. Ainsi la prévision équivaut l'intention.

[2995] R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel. Tome I*, *op. cit.,* n°599 : ils évoquent une intention « moins nette », J. Pradel, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n°561 parle d'un « dol diminué dans sa précision ».

[2996] Certains auteurs ajoutent l'impossibilité de l'identification de la victime, lorsqu'un terroriste fait exploser une bombe en plein milieu d'une foule par exemple. Donnedieu de Vabres restreint même la définition du dol indéterminé à ce point. Toutefois, l'identité de la victime n'étant pas élément déterminant de la qualification mais simplement accessoire, l'intégrer dans la définition nous semble inadéquat.

[2997] O. Décima, S. Detraz, E. Verny, *Droit pénal général, op.cit.,* n°401 évoquent à ce titre une « faute complexe ».

[2998] Violences intentionnelles sans ITT à R624-1 C. pén. ; ITT<ou=8 jours à R625-1 C. pén. ; ITT> à 8 jours à 222-11 C. pén. ; infimité ou mutilation permanente à 222-9 C. pén.

[2999] F. Desportes, F. Le Gunehec, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 481 concernant la morale et Madray, « Le dol éventuel », RIDP 1938 p.207 et s. concernant l'influence de la religion chrétienne.

[3000] M. Herzog-Evans, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 277 ; R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel. Tome I*, *op. cit.,* n° 599 ; J. Pradel, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 562 ; M.-L. Rassat, *Droit pénal général*, *op.cit.*, n° 318.

Monsieur le professeur Dreyer oppose à cela une solution qui nous semble plus opportune[3001]. L'auteur estime l'explication peu convaincante, voire dangereuse. La justification classique risquant en effet d'assombrir les frontières entre infraction intentionnelle, qui requiert la volonté d'un résultat, et infraction d'imprudence[3002], laquelle sanctionne la prise de risque. Garraud expliquait d'ailleurs qu'il y avait dol pour les coups et blessures et simplement une faute quant aux conséquences des coups en raison de leur prévisibilité[3003]. Pour Monsieur le professeur Dreyer, il faudrait envisager le résultat non plus comme la gravité du dommage mais comme l'atteinte à l'intégrité physique ou psychique. La gravité des blessures n'intervenant qu'au stade de la détermination de la peine *via* la qualification idoine[3004].

450. ***Dol dépassé***. Il faut ensuite évoquer le dol dépassé. Il s'agit de l'hypothèse dans laquelle l'agent visait un résultat mais les conséquences de son acte se sont révélées plus graves que ce qu'il avait souhaité. On parle alors de délit *praeterintentionnel*, délit qui est allé au-delà de l'intention initiale de l'auteur. Dans ce cas de figure, le principe invoqué par une doctrine des plus autorisées, est celui selon lequel l'agent ne devrait pas être tenu responsable des conséquences effectives de son acte, puisqu'il ne les a pas souhaitées[3005]. Ce qui irait donc à l'encontre de la solution retenue en cas de dol indéterminé. Le législateur a retenu une solution intermédiaire[3006] concernant les violences intentionnelles ayant entraîné la mort sans intention de la donner, tenant compte à la fois du résultat mais également de l'intention de l'auteur[3007]. Monsieur le professeur Dreyer[3008] compare la solution prévue pour les coups mortels à celle encourue pour l'infraction d'accès ou maintien frauduleux dans un système de traitement automatisé de données lorsqu'il est résulté la suppression ou la modification des données contenues dans ce système[3009]. L'intention de l'agent n'étant pas à l'origine de procéder à un tel résultat, contrairement à l'infraction de piratage prévue à l'article 323-3 du Code pénal. On pourrait ainsi y voir une sorte de transposition en droit des biens de cette solution intermédiaire prévue pour les coups mortels. Dans le cadre des violences, on avait précédemment retenu le dol indéterminé, l'agent ne pouvant viser un résultat précis, on aurait pu donc ne pas créer d'infraction spécifique pour les coups mortels. Mais ce qui semble justifier cette

---

[3001] V. égal. O. Décima, S. Detraz, E. Verny, *Droit pénal général*, *op.cit.*, n°402 note de bas de page n°191 estimant que l'originalité de l'architecture de l'infraction de violence pourrait être nuancée : « Les violences pourraient apparaître comme une seule et même infraction malgré la pluralité d'incriminations. Chaque texte visant un résultat plus élevé ferait office de circonstances aggravantes. Par conséquent, l'infraction serait intentionnellement consommée dès lors que la victime est atteinte, quel que soit le dommage réalisé. Il serait inutile de recourir à la théorie du dol indéterminé […] ».

[3002] V. les développements en *supra* n° 364 et s. sur la notion d'imprudence.

[3003] R. Garraud, *Traité de droit pénal*, I, *op.cit.*, p.593 ; V. égal . R. Bernardini, M. Dalloz, *Droit criminel, Vol. II, L'infraction et la responsabilité*, *op.cit.* n°436 qui considèrent comme critiquable voire inutile la notion de dol indéterminé estimant que l'indétermination ne concerne que les conséquences de l'acte accompli et que si l'agent n'a pas voulu accomplir le résultat obtenu, il serait plus juste de poursuivre l'agent en raison de l'événement obtenu sur la base d'une infraction non intentionnelle.

[3004] E. Dreyer, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n°968.

[3005] R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel. Tome I*, *op. cit.,* n°599 ; F. Desportes, F. Le Gunehec, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n°482.

[3006] Comp. la proposition de R. Bernardini, M. Dalloz, *Droit criminel, Vol. II, L'infraction et la responsabilité*, *op.cit.* n°438 pour lesquels l'attitude praeter intentionnelle relève d'un concours entre une intention initiale et une faute pénale ordinaire subséquente. Pour eux deux infractions pénales devraient donc être relevés à l'encontre de l'agent ainsi dans le cadre de coups mortels l'on devrait retenir des violences volontaires ainsi qu'un homicide involontaire. Ils ajoutent que cette proposition nécessiterait de surcroît que l'on admette le cumul des sanctions.

[3007] Loi du 18 avril 1832 aujourd'hui codifiée à l'article 222-7 du CP.

[3008] E. Dreyer, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n°970.

[3009] Prévu à l'article 323-1 al.2 du Code pénal.

solution intermédiaire, c'est qu'ici l'intérêt auquel l'agent a porté atteinte est différent de l'intérêt qui était visé. Entre l'atteinte à la vie et l'atteinte à l'intégrité physique ou psychique, le degré de dangerosité n'est pas le même et nécessite une différence de traitement. On se rend compte dans cette hypothèse de l'importance de l'intention dont va dépendre la qualification. D'un même acte pourront découler plusieurs qualifications dont les peines varient du simple au double. C'est d'ailleurs seulement dans ce genre d'hypothèse qu'en pratique les juges accordent à l'intention toute l'attention qu'elle mérite.

Cet « *homicide praeter intentionnel* »[3010] est donc puni plus sévèrement que si l'on ne prenait en compte que l'intention de l'auteur mais moins sévèrement que si seul le résultat était pris en compte. Cette dernière solution, qui prévalait dans l'ancien Code[3011], demeure aujourd'hui pour certaines infractions : la destruction, dégradation ou détérioration d'un bien appartenant à autrui par l'effet d'une substance explosive, d'un incendie (article 322-10 du Code pénal), l'enlèvement et la séquestration (article 224-2), le détournement d'aéronef, de navire ou de tout autre moyen de transport(article 224-7) lorsque ces actes ont entraîné la mort d'autrui ; ainsi que le délaissement d'une personne hors d'état de se protéger ayant entrainé la mort ou une mutilation ou infirmité permanente (article 223-4). Dans toutes ces infractions, l'acte est considéré comme tellement grave qu'il justifie que l'on postule l'intention de l'auteur d'atteindre le résultat effectif. L'élément matériel est jugé tellement grave qu'il efface substantiellement l'élément moral. Les incriminations ainsi formulées ne laissent plus place à l'auteur de démontrer quelle était sa réelle intention. On ne cherche ainsi plus à approcher l'intention réelle et se contente d'un postulat. Aussi pour certains auteurs, « *dans ces domaines, la loi a créé une véritable présomption irréfragable de prévisibilité, c'est-à-dire de possibilités de de connaissance des effets fâcheux de l'acte intentionnel initial* »[3012]. Ainsi la seule prévisibilité, de surcroît présumée, suffit a établir l'intention, laquelle nécessite pourtant une mise en œuvre plus aboutie de la volonté de l'agent, qui a du non seulement prévoir, mais également désirer les conséquences de son acte.

451. ***Bilan.*** Il convient d'approuver les efforts doctrinaux et législatifs pour prendre en compte la complexité de l'esprit humain et ainsi adapter la réponse pénale à ces divers degrés d'intentionnalité. Toutefois, face, non plus à un dol abstrait dénué de tous liens avec la réalité, mais à des dols de plus en plus évanescents, la tâche des magistrats est de plus en plus complexe lors de l'étude de l'élément moral de l'infraction : « *Le juge doit reconstituer ce que le prévenu envisageait, ce qu'il voulait comme résultat, le degré de probabilité qu'il escomptait à travers un acte voulu* »[3013]. La doctrine[3014] s'inquiète ainsi légitimement du risque d'arbitraire engendré par les difficultés de délimitation du champ d'application de ces notions.

[3010] M.-L. Rassat, *Droit pénal général*, *op.cit*., n°318.
[3011] R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel. Tome I*, *op. cit.,* n°599.
[3012] R. Bernardini, M. Dalloz, *Droit criminel, Vol. II, L'infraction et la responsabilité*, *op.cit.* n°438.
[3013] J. Pradel, *Droit pénal général*, *op.cit.,* n°561.
[3014] E. Dreyer, *Droit pénal général*, *op. cit*., n°972.

Conclusion du chapitre

452. Finalement, le constat demeure : la notion de faute, malgré les efforts doctrinaux réalisés pour tenter de la saisir, reste une notion difficile à appréhender. Cela parce son objet même est invisible.

453. ***Définition de l'invisible***. L'invisible tel que nous l'entendons renvoie à ce qui ne peut se voir. L'« *invisible* » objet de la présente étude ne peut en aucun cas être perçu directement. Seules ses causes ou conséquences pourront être observées par les autorités répressives. Ainsi l'« *élément* » invisible au cœur de nos réflexions nécessite un cheminement intermédiaire, un raisonnement particulier permettant de le mettre au jour, de révéler son existence ou son contenu.

454. ***Insondabilité de l'esprit.*** On l'a vu, la faute requise en tant qu'élément constitutif de l'infraction s'entend de la disposition de l'esprit de l'agent au moment de la commission de l'acte prohibé. Les deux sortes de fautes ont le point commun de correspondre à cet état d'esprit. Or, par nature, la pensée est indisponible à la vue de tout observateur extérieur. Toute traduction de la pensée en acte est *de facto* inexacte car médiate. Ainsi, l'imprudence comme l'intention peuvent tout à fait être considérées comme un élément invisible. En effet, à l'évidence, la psyché d'un individu ne peut être perçue directement. Qui pourrait prétendre savoir lire dans l'esprit humain ? La métaphore de Merle et Vitu s'applique pleinement, l'esprit humain est un véritable chaudron de sorcière[3015], bouillonnant de telle sorte qu'il est bien difficile d'en appréhender le contenu et encore plus dur d'en rationnaliser le fonctionnement. Pourtant, le législateur ne peut se passer de la faute. Sans quoi le droit pénal ne serait plus un « *droit du reproche* » mais un « *droit du danger* »[3016].

455. ***Invisibilité de la faute.*** L'imprudence, en tant que relâchement de la vigilance, est d'autant plus difficile à percevoir lorsqu'il s'agit d'une pensée négative. Lorsque l'on reproche à l'auteur d'une imprévoyance inconsciente de ne pas avoir anticipé un risque prévisible, on lui reproche de ne pas avoir pensé. Comment démontrer que l'individu n'avait pas imaginé l'occurrence d'un dommage ? Dans le cadre de l'imprudence consciente, il faut démontrer que l'agent avait bien anticipé le risque tout en souhaitant ne pas le voir se réaliser. Quant à l'intention, en tant que volonté tendue vers un résultat, est tout autant imperceptible, d'autant que lorsqu'elle ne résulte pas d'un état furtif, passager, d'un agent ayant agi sans préméditer son acte, il pourra être aussi délicat pour l'auteur lui-même de décrypter l'objectif poursuivi au moment idoine. Ces fautes sont de sorte autant d'éléments insondables mais toutefois nécessaires à une répression raisonnée et proportionnée à l'attitude intellectuelle de l'agent.

456. ***Nécessité d'un intermédiaire***. Il faudra donc obligatoirement passer par un intermédiaire pour l'apercevoir. Mais si la commission d'une infraction nécessite la traduction matérielle d'une pensée, elle, immatérielle, cela ne signifie pas pour autant que l'acte commis par l'agent sera la transcription exacte du dessein formé par l'individu en son for intérieur. Le geste tout comme la parole ne sont que des intermédiaires en cela susceptibles d'altérer les nuances, la subtilité

[3015] R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel. Tome I*, *op. cit.*, n°539.
[3016] X. Pin, « La notion de faute en droit pénal (121-3=0 ?) », *in Droit pénal : le temps des réformes.* Actes du colloque des 7,8 et 9 octobre 2009 à l'Université de Montesquieu Bordeaux IV, 2011, p.99.

de la psyché humaine. Il semble ainsi impossible pour tout observateur extérieur de pouvoir déterminer avec certitude quelle était la pensée d'un individu à moment donné. Ainsi, concernant les témoignages, le magistrat Christian Guéry évoque l'habitude des enquêteurs de demander leur avis aux victimes sur l'intention qui aurait pu animer leur agresseur, spécifiquement dans des affaires où la question de l'*animus necandi* se pose. Il évoque à ce titre le simple sentiment de la victime[3017]. Néanmoins, un témoignage est « *la preuve résultant des déclarations de personnes qui relatent ce qu'elles ont vu ou entendu […]* »[3018]. Donc un simple sentiment éprouvé par la victime ne devrait être suffisant pour émettre une conclusion sur cette épineuse question. L'auteur signale toutefois que les victimes produisent parfois des témoignages plus circonstanciés. Il donne notamment l'exemple d'un témoignage dans lequel la victime déduit l'intention homicide de la position du tireur et de la partie de son corps qu'il visait initialement. Or, il procède ainsi de la même façon que les magistrats, par le biais de présomptions[3019].

457. ***Conscience de sa propre intention.*** Il semble même difficile, dans certains cas, pour l'agent lui-même d'exprimer avec précision quelle a pu être son intention à cet instant précis. La conception juridique de l'intention comme un cheminement rationnel ne correspond pas à la réalité de l'esprit humain. Comme ont pu le rappeler les professeurs Merle et Vitu reprenant l'expression de Kinberg[3020] « *le cerveau d'un criminel ressemble plutôt à un « chaudron de sorcière » qu'à une centrale électronique. Le « passage à l'acte » est le résultat d'un processus chaotique, d'une bataille confuse entre toutes sortes de désirs et de sentiments dont le droit pénal, demeuré au stade de la « chimie mentale » et de l'« atomisme psychologique » ne veut tenir aucun compte* ». Difficile donc, d'appliquer la rationalité juridique à un processus mental si complexe. Dans l'hypothèse contraire, si l'agent avait pleinement conscience de l'intention qui a été sienne au moment du passage à l'acte, comment être certain que celui-ci l'admettra sans la trahir ?

458. ***Altération du souvenir***. La temporalité peut en outre conforter cette difficulté de perception de la pensée. En effet, l'écart entre le passage à l'acte et le questionnement de l'individu sur sa propre pensée peut venir brouiller la perception que celui-ci aurait pu en avoir. Une relecture des faits à l'aune du résultat effectivement réalisé ou du contexte ultérieur dans lequel serait placé l'agent n'est pas impossible. De nombreuses études en psychologie ont démontré ainsi la malléabilité de la mémoire[3021]. La colère, la peur, ou toute autre émotion ayant engendré un passage à l'acte peuvent avoir altéré la conscience de l'individu de sa propre pensée. Les recherches en psychologie ont à ce propos démontré que les émotions intenses pouvaient altérer la mémoire[3022].

En outre, soumis à des informations ultérieures ou s'appropriant les attentes d'une figure représentative de l'autorité, lors d'une audition par exemple[3023], la mémoire de l'agent pourra encore une fois être sujette à modifications. En effet, des facteurs internes comme externes à l'agent peuvent entacher la véracité d'une telle confession. Des études en psychologie ont démontré le risque de faux

---

[3017] Ch. Guéry, *Le meurtre. Analyse juridique et pratique de l'homicide volontaire*, Dalloz, sept. 2019, n°23.62.
[3018] E. Vergès, G.Vial, O. Leclerc, *Droit de la preuve*, 2ème éd., PUF, 2022, n°570.
[3019] V. *infra* n°483 et s.
[3020] R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel. Tome I*, *op. cit.,* n° 574.
[3021] V. notamment les travaux d'E. Loftus sur la mémoire.
[3022] N. Przygodzki-Lionet, « Le témoignage en justice – Les apports de la psychologie sociale et cognitive », Histoire de la justice 2014, n°24, p.123.
[3023] V. not. J.-F. Lambert, « Les neurosciences et la justice. L'imagerie cérébrale au tribunal » *in* C. Tijus, C. Puigelier (dir.), *L'esprit au-delà du droit. Pour un dialogue entre les sciences cognitives et le droit*, Mare&Martin, 2016, p.176-177.

aveux : que leur auteur ait été victime de pressions, ou même ait « *internalisé* » le fait[3024]. Placé face aux éléments objectifs recueillis par les autorités, il peut en effet sembler logique pour l'agent qu'il ait dû avoir une telle intention, ou anticipé tel risque, qu'il avouera alors, s'étant persuadé de sa véracité.

Ainsi, non seulement les personnes poursuivies sont rarement enclines à avouer qu'elle était leur pensée au moment de la commission des faits qui leur sont reprochés. Mais même lorsqu'elles avouent, la fiabilité de leurs propos n'est pas acquise.

459. On comprend alors les difficultés du droit pénal à rationnaliser ce qui ne l'est pas, pour autant, il ne faut céder à la facilité devant la difficulté de la tâche. Une intervention législative est en effet souhaitable afin de rendre plus accessible le panel des divers degrés de l'exercice de la volonté. La nécessité de cette intervention est d'autant plus criante dans le domaine des fautes non-intentionnelles qu'on ne parvient plus à bien distinguer les unes des autres et qui font l'objet d'aménagements opportunistes de leur preuve par la jurisprudence. Laquelle n'est en outre pas en reste concernant la preuve de l'intention, qui souffre d'un affaiblissement de sa preuve par le recours à une présomption à géométrie variable.

[3024] S. M. Kassin, « False confessions. Causes, consequences, and implications for reform » Current Directions in Psychological Science, août 2008, vol. 17 issue 4, p.249-253 ; J. R. Klaver, Z. Lee, V. Gordon Rose, « Effects of personality, interrogation techniques and plausibility in an experimental false confession paradigm », Legal and Criminal Psychology, 2008, 13, 71-88.

Chapitre 2 : La faute, une preuve délicate

460. De cette notion de faute difficilement saisissable, en découle logiquement des difficultés d'application de la notion. Comment apporter la preuve de ce que l'on ne peut percevoir ? Cette invisibilité peut ainsi entraîner des difficultés au titre de la répression de l'infraction parce que l'un de ses éléments constitutifs est difficilement appréhendable. Contrairement à l'élément matériel, qui en l'absence de témoins peut laisser une trace matérielle visible par des indices, ici les preuves seront bien plus difficiles à obtenir dans une même situation. L'invisibilité de la faute en fait donc une composante extrêmement difficile à prouver : impossibilité des témoignages, rareté et faillibilité de l'aveu... Cette difficulté n'est pas sans évoquer la *probatio diabolica,* qui est au sens large, « *tout objet dont la preuve est difficile à rapporter* »[3025] . On ne peut passer que par des mécanismes médiats, au risque de déformer la réalité. La délicate preuve de la faute est ainsi un défi pour la jurisprudence, laquelle s'est parée de la technique de la présomption (**Section 1**), en attendant qu'un jour peut-être, la science puisse lever le voile sur la pensée humaine. En effet, pour le professeur Malinvaud, la difficulté de la preuve peut résulter de « *l'état actuel de la science* », lequel n'est pas encore à même de rapporter la preuve d'un fait[3026]. Ainsi on pourrait être tentés de rapprocher la faute de cette notion de preuve diabolique en ce que les données de la science n'ont jusqu'alors pas permis l'émergence d'un mode de preuve adéquat, même si l'émergence des neurosciences a pu donner l'espoir de pouvoir enfin obtenir une preuve immédiate de l'intention (**Section 2**).

Section 1 : La présomption, preuve imparfaite

461. Face à la difficulté de prouver la faute, le législateur et la jurisprudence ont donc pu se tourner vers le mécanisme de la présomption, afin de corriger « *l'inconsistance ou la contingence de la vie* »[3027]. Mais qu'il s'agisse des rares présomptions légales (**§1**) comme des récurrentes présomptions créées par le juge (**§2**), force est de constater l'imperfection du mécanisme. En effet, à défaut de pouvoir percevoir la faute, il faut la deviner, au risque de la dénaturer.

§1 : Les rares présomptions légales

462. Le mécanisme probatoire de la présomption n'est employé qu'avec parcimonie par le législateur en ce qu'il représente une atteinte au principe de la présomption d'innocence, principe essentiel - et par trop oublié - du droit pénal. L'existence de telles présomptions peut alors surprendre, et il convient dans un premier temps d'étudier le mécanisme probatoire et les conditions de sa recevabilité (**A**), avant d'analyser en pratique, les présomptions créées par le législateur (**B**) afin de faciliter la preuve de la faute.

[3025] E. Vergès, G. Vial, O. Leclerc, *Droit de la preuve*, *op. cit*., n°176.
[3026] Ph. Malinvaud, *Introduction à l'étude du droit*, Paris, Litec, 12e éd., 2008, n°504.
[3027] F. Gény, *Science et technique en droit privé positif, T.III Elaboration technique du droit positif*, Sirey, 1921, p.261.

A- La notion de présomption

463. ***Définition.*** La notion de présomption est empruntée au terme latin *praesumptio* signifiant « *prise, conception anticipée* », « *idée antérieure à toute expérience* »[3028]. Pour le professeur Decottignies, il y ainsi une « *anticipation du jugement sur une réalité insuffisamment connue* »[3029]. Moins connue en droit pénal, la seule définition légale de la notion se trouvait jusqu'en 2016 dans le Code civil[3030]. L'article 1349 énonçait jusqu'alors que **«** *Les présomptions sont des conséquences que la loi ou le magistrat tire d'un fait connu à un fait inconnu* », la présomption pouvant ainsi être d'origine légale comme prétorienne. La doctrine est venue compléter cette définition concise. Pour le Doyen Gény, il s'agit d'une « *opération intellectuelle, consistant à dissiper les incertitudes ou les troubles des situations et des concepts, au moyen d'une affirmation audacieuse, qui tranche violemment le débat possible dans le sens le plus conforme à ce que l'ordre des choses permet normalement d'attendre* ». Quant aux dictionnaires juridiques, ils la présentent comme un « *procédé technique qui entraîne, pour celui qui en bénéficie, la dispense de prouver le fait inconnu, difficile ou impossible à établir directement […]* »[3031]. Il s'agit donc d'un procédé utilisé dans le but de passer outre une difficulté probatoire, ici l'invisibilité de la faute, grâce aux données acquises par l'expérience.

464. ***Mécanisme probatoire***. Pour le ministère public en charge de la preuve de l'infraction commise il n'en résulte pas pour autant une dispense de preuve. En effet, la charge de la preuve qui lui incombe usuellement est seulement allégée grâce au déplacement de l'objet de la preuve. L'accusation n'a plus à prouver le fait inconnu, si difficile à établir, mais un ou des faits connus[3032]. Anne-Blandine Caire explique qu'ainsi « *elle simplifie tellement la preuve à établir qu'elle peut apparaître comme « une preuve toute faite », que l'adversaire devra alors renverser* »[3033]. Dans le cadre du droit pénal, la personne poursuivie aura alors la lourde tâche de démontrer l'existence d'un fait négatif, à savoir sa non-implication dans une infraction ou, ce qui nous intéresse ici, l'absence de la faute requise par le texte d'incrimination. La présomption est ainsi une preuve dite indirecte, catégorie de preuves qui « *repose toute entière sur l'idée de déplacement de l'objet de preuve et consiste à se servir de faits voisins ou connexes […] pour remonter jusqu'à la preuve du fait litigieux* »[3034].

465. ***Mode de raisonnement.*** Les juristes ont longuement débattu de la nature du raisonnement impliqué par la présomption. Elle pourrait relever soit de la déduction, c'est-à-dire une « *méthode de démonstration qui va du principe au cas particulier* »[3035]. Ou bien de l'induction, « *processus reconstructif, par lequel, partie en raisonnant, partie en devinant, on remonte de certains*

[3028] Dictionnaire du CNTRL : https://www.cnrtl.fr/etymologie/présomption.
[3029] R. Decottignies, *Les présomptions en droit privé*, thèse Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, R. Pichon et R. Durand-Auzias, 1949, p.24.
[3030] Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.
[3031] G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, 13ème éd., Association Henri Capitant, éd. revue et augmentée avec locutions latines, Quadrige, PUF, 2020, p.791.
[3032] A.-B. Caire, *Relecture du droit des présomptions à la lumière du droit européen des droits de l'Homme*, Thèse, éd. A. Pedone, 2012, p.42.
[3033] *Ibid*., p.43 ; F. Gény, *Science et technique en droit privé positif*, *op.cit.,* p.281.
[3034] R. Decottignies, *Les présomptions en droit privé*, *op.cit.,* p.18. V. égal., E. Vergès, G. Vial, O. Leclerc, *Droit de la preuve*, *op. cit*., n°178.
[3035] R. Decottignies, *Les présomptions en droit privé*, *op.cit.,* p.10.

indices à des faits qu'ils rendent plus ou moins probables »[3036]. Plus proche du raisonnement inductif, car il n'existe pas de rapport de cause à conséquence entre le fait présumé et les indices permettant d'y accéder[3037], la présomption a finalement été qualifiée de raisonnement *sui generis*[3038]. Il s'agirait ainsi d'« *un raisonnement de type inductif au stade de son élaboration et déductif au stade de sa mise en œuvre* »[3039].

466. ***Vraisemblance.*** La présomption est fonction de la représentation que son auteur se fait du « *cours normal des événements* »[3040]. Elle est ainsi, à la différence de la fiction, vraisemblable[3041]. Cette vraisemblance s'appuie de la sorte sur la probabilité, issue des données de l'expérience[3042]. La probabilité devant s'entendre à la fois « *au sens mathématique du rapport d'occurrences effectives au nombre d'occurrences possibles d'un événement mais également au sens de sa crédibilité, […] plus ce sera probable au sens mathématique, plus cela sera crédible* »[3043]. La matière pénale requérant l'intime conviction du juge et non pas sa certitude, admet de la sorte un part de probabilité dans la décision rendue[3044]. Ainsi, les présomptions reposent sur la logique du *plerumque fit*[3045]. Mais elles imposent également à leur auteur de prendre une décision, puisqu'il « *se prononce bien que la réalité des faits reste pour lui mal connue* »[3046]. C'est pourquoi certains auteurs évoquent le triptyque « *probabilité, expérience, volonté* » afin de décrire le fonctionnement de la présomption[3047]. Le magistrat Christian Guéry alerte toutefois sur les difficultés qui pourraient surgir selon que celle-ci renvoie à l'« *être* », ou bien seulement au « *devoir être* »[3048], auquel cas la légitimité de la présomption pourrait être remise en cause.

467. ***Nature de la présomption***. Il existe trois sortes de présomptions : les présomptions-postulats, « *affirmations axiomatiques consistant à considérer quelque chose comme*

[3036] Dictionnaire Lalande vol. 1 cité par A.-B. Caire, *Relecture du droit des présomptions à la lumière du droit européen des droits de l'Homme*, *op. cit*., p.54.

[3037] A.-B. Caire, *Relecture du droit des présomptions à la lumière du droit européen des droits de l'Homme*, *op. cit*., p.53 : Elle démontre que cela ne peut être une déduction car il n'y a pas de lien réversible unissant le fait connu et le fait inconnu, il n'y a pas de rapport de cause à conséquence.

[3038] *Ibid*., p.54 ; E. Treuil, *La preuve en droit de l'environnement*, Thèse Paris, Panthéon-Assas, 2002 p.79.

[3039] E. Treuil, *La preuve en droit de l'environnement*, Thèse Paris, Panthéon-Assas, 2002 p.79 ; V. égal. E. Vergès, G. Vial, O. Leclerc, *Droit de la preuve*, *op. cit*., n°235 citant R. Decottignies.

[3040] R. Decottignies, *Les présomptions en droit privé*, *op.cit.,* p.25 ; A.-B. Caire, *Relecture du droit des présomptions à la lumière du droit européen des droits de l'Homme*, *op. cit*., p.55 ; E. Vergès, G. Vial, O. Leclerc, *Droit de la preuve*, *op. cit*., n°235.

[3041] *Ibid*. p.16 : La fiction a un caractère artificiel, le législateur refusant de tenir compte de la réalité des faits alors que la présomption se fonde sur la vraisemblance.

[3042] *Ibid.*, p.26 ; A.-B. Caire, *Relecture du droit des présomptions à la lumière du droit européen des droits de l'Homme*, *op. cit*., p.56 et 59.

[3043] A.-B. Caire, *Relecture du droit des présomptions à la lumière du droit européen des droits de l'Homme*, *op. cit*., p.56.

[3044] Ch. Guéry, *Le meurtre. Analyse juridique et pratique de l'homicide volontaire*, Dalloz, sept. 2019 n°23.12.

[3045] E. Vergès, G. Vial, O. Leclerc, *Droit de la preuve*, *op. cit*., p.258 : *a contrario*, on comprend que les présomptions reposent sur la logique rationnelle du calcul probabiliste ou du *plerumque fit* qui signifie « *ce qui se produit le plus souvent* ».

[3046] R. Decottignies, *Les présomptions en droit privé*, *op.cit.,* p.26.

[3047]A.-B. Caire, *Relecture du droit des présomptions à la lumière du droit européen des droits de l'Homme*, *op. cit*., p.59 ; Ch.Guéry, *Le meurtre. Analyse juridique et pratique de l'homicide volontaire*, *op. cit*., n°23.25 ; R. Decottignies, *Les présomptions en droit privé*, *op. cit*., p.25 : il nuance l'emploi du terme volonté , estimant que ce terme est contredit par les empiristes et rationalistes, en faisant référence à un fait probable l'individu effectuerait un jugement ce qui selon eux n'implique aucun acte de volonté.

[3048] Ch. Guéry, *Le meurtre Analyse juridique et pratique de l'homicide volontaire, op. cit*., n°23.42.

existant de plein droit tant que la preuve contraire n'est pas fournie », les présomptions-concepts, « *situées en amont d'une règle de droit ou du raisonnement d'un juge dont elles sont le motif* », et les présomptions-preuves, « *mécanismes de raisonnement permettant de pallier la carence des preuves* »[3049]. Ce sont ces dernières qui correspondent aux présomptions, objet de la présente étude. Celle-ci peut en outre être dite simple, ou *juris tantum*, lorsqu'elle laisse la place à la preuve contraire, ou bien irréfragable ou *juris et de jure*, lorsqu'elle est absolue, voire même mixte, lorsqu'elle ne peut être renversée que par certaines preuves limitativement énumérées. Enfin, la présomption peut être le fait du législateur, mais également du juge.

468. ***Usage***. Les présomptions sont employées dans toutes les branches du droit. Mais le recours à la présomption est d'autant plus remarquable en droit pénal. En effet, non seulement la matière repose notamment sur la présomption d'innocence[3050], principe fondamental du droit répressif. Mais de plus, la matière recoure également à la présomption pour pallier des difficultés probatoires, mais cette fois-ci en défaveur de la personne poursuivie. On parle alors en doctrine de présomptions de culpabilité[3051]. En droit pénal les présomptions peuvent être utilisées afin de faciliter la preuve de l'élément matériel, mais encore celle de l'élément moral et partant de la faute qu'elle soit intentionnelle ou non intentionnelle.

469. ***Difficultés.*** De telles présomptions semblent pourtant *a priori* illicites en droit pénal. En effet, elles constituent une atteinte à la présomption d'innocence, l'un des principes fondamentaux de la matière protégé notamment l'article préliminaire du Code de procédure pénale depuis une loi du 15 juin 2000[3052]. Définie dans son sens premier comme « *une règle attribuant le fardeau de la preuve pénale au ministère public* », la présomption d'innocence est ainsi sur le plan strictement technique une présomption, celle à laquelle les présomptions de culpabilité viennent déroger. Toutefois, certains auteurs affirment qu'elle est la seule présomption qui devrait être admise en droit pénal[3053]. En effet, une partie de la doctrine conteste sa légitimité en droit pénal, comme le soulignait déjà le professeur Vitu en 1970 : « *Pour certains auteurs, le droit pénal répugne par nature aux présomptions ; celles qui existent en ce domaine doivent être éliminées, car elles sont la manifestation d'un inadmissible abus de la technique dans un secteur du droit où l'humain est roi, et où l'on ne saurait admettre que des constructions intellectuelles abstraites masquent la réalité sociale et individuelle*»[3054].

470. ***Légitimité***. Pour la Cour de cassation, la présomption de culpabilité tire sa légitimité de l'obligation pour le juge de trancher les litiges qui lui sont soumis[3055]. En effet, comme il

---

[3049] *Ibid*., n°23.23 ; A.-B. Caire, *Relecture du droit des présomptions à la lumière du droit européen des droits de l'Homme*, *op. cit*., p.58.
[3050] Qui n'est d'ailleurs elle-même pas vraiment correspondante du système de présomption.
[3051] Ch. Guéry, *Le meurtre*, *op. cit*., n°17 ; A. Darsonville, « La preuve renversée : l'explosion des présomptions », *in* P. Beauvais et R. Parizot (dir.), *Les transformations de la preuve pénale*, LGDJ, 2018, p.265 et s.
[3052] « III . toute personne suspectée ou poursuivie est présumée innocente tant que sa culpabilité n'a pas été établie. Les atteintes à sa présomption d'innocence sont prévenues, réparées et réprimées dans les conditions prévues par la loi » : paragraphe inséré par la loi L. nº 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la présomption d'innocence et les droits des victimes.
[3053] A. Darsonville, « La preuve renversée : l'explosion des présomptions », *précit.*
[3054] A. Vitu, préface *in* Ph. Merle, *Les présomptions légales en droit pénal*, thèse Paris 1970 pp. IX,X,XI .
[3055] Cour de cassation, *Rapport sur la Preuve*, 2012 p.137 ; A.-B. Caire, *Relecture du droit des présomptions à la lumière du droit européen des droits de l'Homme*, *op.cit*., p.52.

est parfois extrêmement délicat pour le ministère public de rapporter les preuves nécessaires à solution de l'affaire, le mécanisme de la présomption de culpabilité permet de passer outre un éventuel déni de justice. Ainsi, si la présomption d'innocence devrait primer en matière pénale, la Haute juridiction admet qu'elle puisse être momentanément écartée afin de garantir l'efficience du droit pénal. Elle énonce ainsi dans son rapport sur la preuve qu'« une *application sans exception [du principe de la présomption d'innocence] rendrait difficile la caractérisation de certaines infractions* »[3056]. Pour une partie de la doctrine, lorsqu'ils créent de telles présomptions, le législateur et la jurisprudence ont contribuent ainsi à « *défendre les intérêts supérieurs de la société* »[3057], à garantir « *une certaine forme de sécurité juridique* »[3058]. La solution ne convainc toutefois pas l'ensemble de la doctrine. Certains dénoncent le fait que ces présomptions parent la réalité d'un voile technique aux seules fins répressives. Un auteur a ainsi pu dénoncer la « *relativisation de la présomption d'innocence* » engendrée par ce mécanisme car seulement « *organisée à des fins de faciliter la répression* »[3059].

471. ***Avis de la CEDH***. Les plus hautes juridictions nationales et supranationales devaient alors s'emparer de la question de la conformité de ces présomptions avec les principes fondamentaux du droit pénal. La Cour Européenne des droits de l'Homme protège en l'article 6 de sa Convention le droit à un procès équitable, et consacre notamment dans son paragraphe 2 le principe de la présomption d'innocence. Toutefois, celle-ci a rapidement admis que les États parties à la Convention puissent faire usage de présomptions de culpabilité, à certaines conditions. Dans l'arrêt Salabiaku contre France, du 7 octobre 1988, les juges européens, partant du constat que « *Tout système juridique connaît des présomptions de fait ou de droit* », ne pouvaient qu'énoncer que la Cour « *n'y met évidemment pas obstacle en principe* »[3060]. Cependant, la Cour précise que concernant la matière pénale, celle-ci pose des limites auxquelles les États contractants sont contraints. Elle estime en effet que l'article 6§2 les oblige à enserrer les présomptions de culpabilité « *dans des limites raisonnables prenant en compte la gravité de l'enjeu et préservant les droits de la défense* »[3061]. Ainsi, les présomptions de culpabilité doivent être réservées aux infractions les plus graves, tout en assurant au justiciable la possibilité de se défendre et de faire tomber la présomption. Elle explique alors que chaque texte prévoyant une telle présomption qui sera soulevée devant elle, « *sa tâche consiste à déterminer s'il a été appliqué au requérant d'une manière compatible avec la présomption d'innocence* » c'est-à-dire donc dans le respect de la proportionnalité et des droits de la défense[3062]. Les juges européens s'emploient ainsi à vérifier à chaque fois si ces conditions sont concrètement respectées en l'espèce[3063].

[3056] Cour de cassation, *Rapport sur la Preuve*, 2012 p.170.
[3057] J. Buisson, « Preuve - Charge de la preuve », Rép. pén. et de proc. pén., oct. 2013, actualisation févr. 2020, n°26.
[3058] Ch. Guéry, *Le meurtre*, o*p. cit.*, n° 23.43.
[3059] P.-H. Bolle « Origines et destin d'une institution menacée, la présomption d'innocence » *in Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire. Mélanges offerts à Jean Pradel*, Cujas, 2006, pp.43-51 : « relativisation de la présomption d'innocence » selon l'auteur « organisée à des fins de faciliter la répression » ; V. égal. M. Daury-Fauveau, « Les délits intentionnels à intention présumée », *in Mélanges en l'honneur du professeur Nicole Decoopman. Les frontières du droit*, CEPRISCA, 2014, pp.171-183.
[3060] CEDH 7 oct. 1988, Salabiaku c/ France, req. n° 10519/83, §28.
[3061] *Ibid.*
[3062] CEDH 7 oct. 1988, Salabiaku c/ France, *précit.*, §30.
[3063] V. notamment CEDH 25 sept. 1992, Pham Hoang c/ France, req. n°13191/87 §36 ; CEDH, 23 juillet 2002, Janosevic c. Suède Requête n°34619/97 ; CEDH Natchova et autres c. Bulgarie, requêtes n°s 43577/98 et 43579/98, 6 juillet 2005 §147.

472. ***Avis du Conseil constitutionnel***. La présomption d'innocence est par ailleurs protégée par l'article 9 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen[3064]. Il était donc logique que le Conseil constitutionnel s'exprime à son tour sur la question de la compatibilité des présomptions de culpabilité avec le principe. Le 16 juin 1999, il admet à son tour la possibilité de recourir à de telles présomptions : « *en principe le législateur ne saurait instituer de présomption de culpabilité en matière répressive ; […] toutefois, à titre exceptionnel, de telles présomptions peuvent être établies, notamment en matière contraventionnelle, dès lors qu'elles ne revêtent pas de caractère irréfragable, qu'est assuré le respect des droits de la défense et que les faits induisent raisonnablement la vraisemblance de l'imputabilité* »[3065]. L'adverbe notamment donne à la solution une portée bien plus large que l'application de l'espèce à la matière contraventionnelle en cause dans l'affaire. Il s'agissait en effet pour le Conseil constitutionnel de se prononcer sur l'article 21-1 devenu L121-3 du Code de la route présumant la responsabilité du titulaire du certificat d'immatriculation pour certaines contraventions routières. La présomption, pour ne pas être censurée devra donc pouvoir souffrir la preuve contraire[3066], respecter les droits de la défense, mais également, et c'est une nouveauté par rapport à la jurisprudence européenne, être raisonnablement vraisemblable[3067]. La solution ainsi rendue abonde dans le sens de la Cour européenne des droits de l'Homme et a pu être de la sorte approuvée par la doctrine. Toutefois, Monsieur le professeur Mayaud semble plus réservé sur la généralisation de cette solution au-delà du domaine contraventionnel. Il estime en effet que la finalité disciplinaire des contraventions justifie une telle solution puisqu'ainsi *« les contraventions se prêtent naturellement à un affaiblissement de la présomption d'innocence, et c'est respecter leur spécificité que d'admettre la présomption contraire de responsabilité pénale, dans les termes mesurés, tant de la jurisprudence européenne, que du Conseil constitutionnel* ». Soulignant la parfaite adéquation entre cette catégorie d'infraction et les présomptions de culpabilité, il renforce l'interrogation concernant les crimes et délits. Le Conseil constitutionnel a toutefois ultérieurement appliqué de la même façon la solution rendue dans son arrêt de 1999 à des délits[3068].

473. ***Avis de la Cour de cassation***. La Cour de cassation a quant à elle eu l'occasion de s'exprimer d'abord en admettant la conventionnalité de ces présomptions. Elle a ainsi rappelé à de

---

[3064]Article 9 de la DDHC : « *Tout homme étant présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable, s'il est jugé indispensable de l'arrêter, toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s'assurer de sa personne doit être sévèrement réprimée par la loi* ».

[3065] Cons. const. 16 juin 1999 n° 99-411, relative à la loi n°99-505 du 18 juin 1999 portant diverses mesures relatives à la sécurité routière et aux infractions sur les agents des exploitants de réseau de transport public de voyageurs.

[3066] A ainsi été censuré le dernier alinéa du paragraphe III de l'article 43 de la loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure, le Conseil constitutionnel estimant « *qu'en permettant de punir le représentant légal à raison d'une infraction commise par le mineur, il a pour effet d'instituer, à l'encontre du représentant légal, une présomption irréfragable de culpabilité* » : Cons. const. 10 mars 2011, n°2011-625 DC, cons. n°39.

[3067] Décision n° 2009-580 DC du 10 juin 2009 à propos de la Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet : Il censure sur ce critère l'article L. 331-38 qui *« institue, en méconnaissance des exigences résultant de l'article 9 de la Déclaration de 1789, une présomption de culpabilité à l'encontre du titulaire de l'accès à internet, pouvant conduire à prononcer contre lui des sanctions privatives ou restrictives de droit* », v. notamment les explications données dans Les Cahiers du Conseil constitutionnel n°27, Commentaire de la décision n° 2009-580 DC – 10 juin 2009.

[3068] Cons. const., décision n° 2009-580 DC du 10 juin 2009, Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet ; Cons. const. 10 mars 2011, n°2011-625 DC, Loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure.

nombreuses occasions que celles-ci pouvaient être admises, dès lors qu'elles « *permettent d'apporter la preuve contraire et laissent entiers les droits de la défense* »[3069], « *prennent en compte la gravité de l'enjeu et laissent entiers les droits de la défense* »[3070], ou encore que « *la Convention […] 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* »[3071], reprenant ainsi les termes de la CEDH. Par ailleurs, elle admet logiquement de la même façon les présomptions issues de la loi que celles issues de la jurisprudence. En outre, via la procédure de transmission de question prioritaire de constitutionnalité, la Cour de cassation a pu se prononcer quant à la conformité de ces présomptions avec la Constitution. Elle juge ainsi à propos de l'article 357 du Code de procédure pénale, qu'une telle présomption peut être admise dès lors qu'elle « *ne revêt pas de caractère irréfragable, que le respect des droits de la défense est assuré devant la juridiction de jugement et que se trouve ainsi assuré l'équilibre des droits des parties* »[3072] reprenant ainsi deux des trois critères posés par le Conseil constitutionnel.

B- Occurrences de la présomption en droit pénal

474. ***Rareté des présomptions légales***. Si les présomptions de culpabilité sont ainsi admises sous condition de réfragabilité, ce n'est toutefois que de manière marginale que le législateur a recours à ce mécanisme en droit pénal[3073]. Les exemples concernant l'élément matériel sont effet peu nombreux. Mais on constate que le législateur est d'autant plus frileux s'agissant de l'élément moral, et plus spécifiquement concernant la culpabilité, puisque l'on peut compter les présomptions sur les doigts d'une main. On retrouve quelques occurrences concernant l'intention (**1**), mais on décèle également leur influence dans certaines dispositions concernant les fautes d'imprudence (**2**).

1- Des cas de présomptions d'intention

475. ***Code des douanes***. On note notamment la présomption prévue par l'article 399 2° du Code des douanes. Concernant les délits d'importation ou d'exportation sans déclaration ou de contrebande de marchandises, pour lesquelles l'agent peut avoir participé en qualité d'intéressé. Or, le législateur a ici prévu une simplification du régime probatoire concernant certaines catégories d'individus. Sont en effet réputés intéressés les entrepreneurs, membres d'entreprise, assureurs, assurés, bailleurs de fonds, propriétaires de marchandises et, en général, ceux qui ont un intérêt direct à la fraude, c'est-à-dire les chefs et les membres des réseaux de contrebande[3074]. Ainsi que de la même

---

[3069] Cass. crim., 6 nov.1991, n° 91-82.211, Bull. crim. 1991, n°397 A propos de l'article L21-1 du Code de la route. V. égal. Cass., crim., 9 avril 1992, n° 91-80.672, Bull. crim. 1992, n°155; Cass., crim., 1er févr. 2000, n°99-84.764, Bull. crim. 2000, n°51; Crim., 30 janv. 1989, n°86-96.060, Bull. crim. 1989, n°33; Cass., crim., 10 févr. 1992, n°90-83.278, Bull. crim. 1992, n°62 ; et, sur la présomption de responsabilité attachée au chef d'entreprise : Cass., crim., 19 août 1997, n° 96-83.944, Bull. crim. 1997, n°285; Cass. crim., 3 déc.1998, n°97-85.615, Bull. crim. 1998, n°332; Cass., crim., 23 mai 2007, n°06-87.590, Bull. crim. 2007, n°138.

[3070] Cass., crim. 10 févr. 1992, n° 90-83.278, Bull. crim. n° 62; Cass. crim. 30 janv. 1989, n° 86-96.060, Bull. crim. n° 33.

[3071] Cass., crim. 5 sept. 1994, n° 94-81.015; Cass. crim. 5 oct. 1994 n° 94-81.931, 94-81.110 et 93-82.564; Cass., crim. 26 oct. 1994, n° 94-81.436; Cass., crim. 25 janv. 1995, n° 94-83.595.

[3072] Cass., crim. 22 janv. 2013, n° 12-90.067, obs. C. Ambroise-Castérot, RPDP 2013.130.

[3073] A. Darsonville, « *La preuve renversée : l'explosion des présomptions* », *in* P. Beauvais et R. Parizot (dir.), *Les transformations de la preuve pénale*, LGDJ, 2018, pp.265 et s. : « *rares en législation pénale* ».

[3074] G. Roussel, « Les originalités du droit pénal douanier », AJ Pénal 2009 p.201 ; C.-J. Berr, H. Trémeau, *Le droit douanier. Communautaire et international*, Economica, 6ème éd. 2004, n° 853, p. 455.

façon ceux qui ont coopéré d'une manière quelconque à un ensemble d'actes accomplis par un certain nombre d'individus agissant de concert, d'après un plan de fraude arrêté pour assurer le résultat poursuivi en commun[3075], « *c'est-à-dire les personnes ayant financé l'opération de fraude et enfin les propriétaires des marchandises* »[3076]. La preuve de l'intérêt à la fraude n'a ainsi pas à être rapportée par les autorités de poursuite pour cette forme de responsabilité spécifique à la matière, sorte de troisième catégorie de responsables aux yeux du droit pénal, après l'auteur et le complice[3077]. La doctrine relève par ailleurs que concernant les chefs et les membres des réseaux de contrebande, visés au 2, a de cet article, « *un acte matériel de participation à la fraude ne paraît pas devoir être établi. Les intéressés directs sont donc punissables ès qualités, sauf bien entendu dans le cas du a, in fine, dans lequel il convient de prouver l'intérêt direct (pécuniaire par ex.) à la fraude* »[3078]. Or les présomptions d'intention reposent généralement sur des faits établis dans la caractérisation de l'acte matériel. Les conditions pour engager la responsabilité des individus sont ici grandement allégées. Face à un champ d'application aussi large de l'infraction, difficile de prétendre du respect par le droit douanier des principes fondamentaux innervant le droit pénal, et notamment du principe de nécessité.

476. ***Réfragabilité de la présomption***. Le champ d'application du texte apparaît ainsi très large. Seuls sont évoqués par le texte le fait justificatif de l'état de nécessité, ainsi que l'erreur[3079] comme possibilité d'exclusion de la responsabilité des intéressés à la fraude. Cette rédaction laisse entendre que les autres causes d'irresponsabilité pénale de droit commun ne seraient pas applicables en l'espèce[3080]. Cela semble s'expliquer par les spécificités de la matière, et un souci d'efficacité[3081], mais la justification, est à nos yeux trop légère pour une matière, certes spécifique, mais qui prévoit de la même façon que le droit pénal général, des sanctions attentatoires aux libertés individuelles. Par ailleurs, aucune indication n'est donnée dans l'article 399 concernant la nature de la présomption qu'elle pose. C'est la jurisprudence qui est finalement venue qualifier le mécanisme probatoire de présomption simple[3082]. Ce qui était nécessaire afin de respecter les prescriptions constitutionnelles et conventionnelles présentées précédemment. La solution conforte le choix du législateur d'abroger la présomption générale et irréfragable d'intention en matière douanière qui était érigée à l'ancien article 369, 2[3083].

[3075] Art. 399, 2. Sont réputés intéressés :
a) Les entrepreneurs, membres d'entreprise, assureurs, assurés, bailleurs de fonds, propriétaires de marchandises et, en général, ceux qui ont un intérêt direct à la fraude ;
b) Ceux qui ont coopéré d'une manière quelconque à un ensemble d'actes accomplis par un certain nombre d'individus agissant de concert, d'après un plan de fraude arrêté pour assurer le résultat poursuivi en commun.

[3076] G. Roussel, « Les originalités du droit pénal douanier », AJ Pénal 2009 p.201.

[3077] J. Bertocco, « La responsabilité pénale douanière, 2e partie : Les complices d'infractions douanières et les intéressés à la fraude douanière », AJ Pénal 2013 p.35.

[3078] *Ibid.*

[3079] C. des douanes, art. 399, 3 : « *l'intérêt à la fraude ne peut être imputé à celui qui a agi en état de nécessité ou par suite d'erreur invincible* ».

[3080] G. Roussel, « Les originalités du droit pénal douanier », AJ Pénal 2009 p.201 : L'auteur parle d'un « *renvoi partiel* » au droit pénal général puisque « *seules deux causes d'irresponsabilité sont visées* ».

[3081] Cour de cassation, Rapport annuel 1996 : « *Pour assurer l'efficacité de la répression, le législateur a créé une présomption de responsabilité à l'encontre de nombreuses personnes, du détenteur de la marchandise à tous ceux qui ont un intérêt à la fraude* ».

[3082] Cass. crim. 21 sept. 2011, n°11-81.535 ; E. Fortis, « La définition des incriminations », RSC, 2012 p.131.

[3083] Anc. art.369, 2 : « Les tribunaux ne peuvent relaxer les contrevenants pour défaut d'intention ». Il a été abrogé par la loi n°87-502 du 8 juillet 1987 dite Aicardi modifiant les procédures fiscales et douanières.

477. ***Avis de la CEDH et du Conseil constitutionnel***. La Cour Européenne des droits de l'Homme a ainsi pu valider, dès 1992, la compatibilité de l'article 399 du Code des douanes avec l'article 6 de la Convention. Le requérant estimait que sa condamnation, fondée notamment sur cet article, portait atteinte aux principes du procès équitable et de la présomption d'innocence. La Cour rappelant que « *sa tâche consiste à déterminer s'ils ont été appliqués en l'espèce d'une manière compatible avec la présomption d'innocence et plus généralement avec la notion de procès équitable* »[3084], elle estime qu'en l'espèce, l'article n'a pas été appliqué d'une manière incompatible avec la Convention puisque la Cour « *ne manqua pas de peser les diverses données en sa possession, de les apprécier avec soin et d'appuyer sur elles son constat de culpabilité. Se gardant de tout recours automatique aux présomptions qu'instituent les clauses litigieuses du code des douanes* »[3085]. Ainsi, la Cour ne reprend pas la formule consacrée par l'arrêt Salabiaku, mais y fait toutefois expressément référence[3086]. Certains ont approuvé la décision ainsi rendue, considérant que la Cour avait de la sorte adopté une position « *pragmatique et sage* », demandant aux juges français « *une certaine prudence* » dans l'application de la présomption[3087]. La chambre criminelle a en outre refusé de transmettre la question prioritaire de constitutionnalité au Conseil constitutionnel portant sur la contrariété de l'article 399 avec le principe de présomption d'innocence[3088]. Appliquant les critères retenus par le Conseil constitutionnel[3089], elle estime que « *l'article 399 du code des douanes n'institue qu'une présomption simple, justifiée par la nature particulière des délits douaniers et reposant sur une vraisemblance raisonnable, tenant à la situation de la marchandise, […] et à la qualité de la personne, physique ou morale, participant aux opérations douanières* ». Finalement, la matière douanière semble innervée par les présomptions légales, qu'elles concernent l'élément matériel ou l'élément moral qui nous intéresse ici. En effet, à côté de l'article 399, l'article 400 prévoit également une présomption de mauvaise foi[3090].

478. ***Loi du 29 juillet 1881.*** On trouve par ailleurs un autre exemple de présomption légale d'intention au sein de la loi sur liberté de la presse du 29 juillet 1881. En effet, l'article 35 bis prévoit que « *Toute reproduction d'une imputation qui a été jugée diffamatoire sera réputée faite de mauvaise foi, sauf preuve contraire par son auteur* »[3091]. Est ainsi instituée une présomption simple de mauvaise foi pour celui qui reproduira des propos jugés attentatoires à la réputation. On considère que comme les propos ont déjà été jugés diffamatoires, celui qui les reproduit agit forcément en

---

[3084] CEDH 25 sept. 1992, n°13191/87, Pham Hoang c/ France, série A, n° 243 n°33 ; D. 1993. 386, obs. J.-F. Renucci; Cass. crim. 10 févr. 1992, Bull. crim. n° 62.

[3085] CEDH 25 sept. 1992, n° 13191/87, *Pham Hoang* c/ *France*, série A, n° 243, §36.

[3086] *Ibid*., §33.

[3087] J.-F. Renucci, « Compatibilité avec la Convention européenne des droits de l'homme des présomptions de culpabilité instituées par le code des douanes et manquement au procès équitable à défaut de commission d'office d'un avocat devant la Cour de cassation », D. 1993 p.38.

[3088] Cass. crim., 21 sept. 2011, n°11-81.535.

[3089]« Toutefois, à titre exceptionnel, de telles présomptions peuvent être établies, notamment en matière contraventionnelle, dès lors qu'elles ne revêtent pas de caractère irréfragable, qu'est assuré le respect des droits de la défense et que les faits induisent raisonnablement la vraisemblance de l'imputabilité » : Cons. const., 16 juin 1999, n° 99-411 DC, AJDA 1999 p.736.

[3090] C. des douanes, art. 400 : « Ceux qui ont acheté ou détenu, même en dehors du rayon, des marchandises importées en contrebande ou sans déclaration, en quantité supérieure à celle des besoins de leur consommation familiale, sont passibles des sanctions contraventionnelles de la 4e classe » ; C. Ambroise-Castérot, « Présomption d'innocence », Rép. pén. et de proc. pén., oct. 2019 : « Les articles 399 et 400 du code des douanes présument la mauvaise foi et l'intérêt à la fraude » ; J. Buisson, « Preuve - Charge de la preuve », Rép. pén. et de proc. pén., oct. 2013, actualisation févr. 2020, n°37.

[3091]Art. 35 bis incorporé à la loi du 29 juillet 1881 par une ordonnance du 6 mai 1944.

connaissance de cause. Le législateur respecte donc strictement les conditions permettant le recours à un tel mécanisme en précisant son caractère réfragable. Cette présomption légale, instaurée en 1944, intervient après la création prétorienne de la présomption d'intention coupable concernant la diffamation[3092]. Ainsi pour Monsieur le professeur Détraz[3093], la présomption légale voit son intérêt amoindri en ce que la jurisprudence considère que la reproduction d'une imputation diffamatoire est en elle-même une diffamation[3094], pour laquelle la Cour de cassation a élaboré sa propre présomption de l'intention de nuire. L'article a d'ailleurs donné lieu à très peu de jurisprudence.

479. ***Déclin du recours à la présomption légale d'intention.*** On le voit, les exemples de présomption légales d'intention sont marginaux. Mais il faut également noter que leur nombre a décliné au fil des années. On peut citer l'exemple d'une des rares présomptions d'intention prévues par le Code pénal. L'article 357-2 de l'Ancien code pénal prévoyait en son troisième alinéa que « *Le défaut de payement sera présumé volontaire, sauf preuve contraire. L'insolvabilité qui résulte de l'inconduite habituelle, de la paresse ou de l'ivrognerie, ne sera en aucun cas un motif d'excuse valable pour le débiteur* ». Cette présomption avait été intégrée au texte par une loi de 1942[3095], à la demande des praticiens[3096]. L'intention de ne pas vouloir payer la pension alimentaire était donc présumée. Ce qui facilitait donc la preuve de la culpabilité de l'auteur d'un abandon de famille. Encore une fois, la présomption ainsi posée étant réfragable, la Cour de cassation a estimé que l'article n'était pas incompatible avec l'article 6 de la Convention Européenne de Sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales[3097]. Cependant, la solution n'a semble-t-il pas convaincu les rédacteurs du Nouveau code pénal puisqu'ils ont finalement supprimé la présomption légale lors de la transcription du délit d'abandon de famille dans un nouvel article 227-3[3098]. Les magistrats doivent donc désormais caractériser l'élément intentionnel de l'infraction[3099]. Toutefois cela reste à nuancer puisque la jurisprudence semble faire preuve de souplesse dans la caractérisation de cette intention, l'analyse des ressources du prévenu s'avérant la plupart du temps suffisante[3100]. L'abrogation de cette présomption n'est pas la seule, puisque l'on relève que la plupart des présomptions légales d'intention recensées en 1970 par Monsieur le professeur Merle dans sa thèse sur les présomptions légales en droit pénal, ont aujourd'hui disparu, la plupart résultant de l'abrogation complète de l'infraction la prévoyant[3101]. Il en va ainsi pour l'article 277 ancien du Code pénal présumant de manière réfragable l'intention de commettre un vol ou un délit pour les mendiants ou vagabonds porteurs d'outils

---

[3092] V. nos développements en *infra* n°509 et s.
[3093] S. Détraz, « Diffamation », Rép. pén. et de proc. pén., oct. 2017, n °128.
[3094] « la reprise d'une imputation diffamatoire constitue elle-même une diffamation qui implique l'intention de nuire, et que cette présomption ne peut disparaître qu'en présence de faits justificatifs de nature à faire admettre la bonne foi » : Cass., crim. 4 déc. 2007, n°06-87.444, Bull. crim. n° 301.
[3095] Loi du 23 juillet 1942.
[3096] S. Mirabail, « L'élément intentionnel de l'abandon de famille ne saurait être déduit du seul défaut de paiement », D. 1999 p.156.
[3097] Cass. crim., 27 avr. 1984, Bull. crim., n°149; RSC 1985, p. 65, obs. Vitu.
[3098] Loi n° 92-1336 du 16 décembre 1992 relative à l'entrée en vigueur du nouveau code pénal et à la modification de certaines dispositions de droit pénal et de procédure pénale rendue nécessaire par cette entrée en vigueur créant l'Article 227-3 du Code pénal.
[3099] Cass., crim. 28 juin 1995, n° 94-84.811, Bull. crim. n°243, RSC 1996, p. 364, obs. Bouloc; Cass., crim. 21 mai 1997, Dr. pén. 1997, comm. n°138, obs. Véron ; Cass., crim. 26 nov. 1997, D. 1997, Somm. p. 156, obs. Mirabail; Dr. pén. 1995, Comm. n°223, obs. M. Véron ; JCP 1996, II, n°22576, note A. Dekeuwer ; Cass., crim. 21 mai 1997, Bull. crim., n°190, Dr. pén. 1997, Comm. n°138, obs. M. Véron ; JCP 1998, I, n°105, obs. M. Véron.
[3100] Cass., crim., 31 mars 1999, Dr. fam. 1999, comm. n°74, obs. D. Rebut ; Cass., crim. 17 juin 1998, n°97-84.100 ; Cass. crim., 14 avr. 1999, n°98-80.310.
[3101] Ph. Merle, *Les présomptions légales en droit pénal*, thèse Paris 1970, n°60 et s.

spécifiques ou travestis infraction abrogée avec la création du Nouveau code pénal[3102]. Ou encore pour l'article 4 de la loi du 1er août 1905 présumant l'intention de frauder ou de falsifier pour le possesseur d'objets liés à ces délits qui lors de sa transcription à l'article L413-2 du Code de la consommation a vu sa présomption supprimée[3103]. On note par ailleurs que le Conseil constitutionnel a pu censurer certaines présomptions d'intention dans le domaine particulier des infractions obstacle, et celui encore plus spécifique des infractions obstacle de nature terroriste. Il a ainsi affirmé, concernant le délit d'entreprise individuelle terroriste, que *« la preuve de l'intention de l'auteur des faits de préparer une infraction en relation avec une entreprise individuelle terroriste ne saurait, sans méconnaître le principe de nécessité des délits et des peines, résulter des seuls faits matériels retenus comme actes préparatoires »*[3104]. Il prohibe ainsi le recours à une présomption d'intention tirée de la constitution de l'élément matériel de l'infraction. Cette interprétation qui n'est pas nouvelle ne semble toutefois cantonnée qu'au domaine des infractions-obstacle[3105]. Ce type d'infraction relevant déjà de l'exception, par l'anticipation de la répression aux simples actes préparatoires, admettre une telle présomption était alors impossible au regard des principes fondamentaux du droit pénal. Toutefois, certains l'ont souligné[3106], cette solution est difficile à concilier avec la jurisprudence de la Cour de cassation, qui se montre très souple concernant la caractérisation de l'intention, en matière terroriste, mais bien plus largement. En effet, « *l'élément intentionnel de l'infraction est fréquemment objectivé*

[3102] Article 277

- Créé par Loi 1810-02-16 promulguée le 26 février 1810
- Abrogé par Loi n°92-1336 du 16 décembre 1992 - art. 372 (V) JORF 23 décembre 1992 en vigueur le 1er mars 1994

Tout mendiant ou vagabond qui aura été saisi travesti d'une manière quelconque,
Ou porteur d'armes, bien qu'il n'en ait ni usé ni menacé,
Ou muni de limes, crochets ou autres instruments propres, soit à commettre des vols ou d'autres délits, soit à lui procurer les moyens de pénétrer dans les maisons,
Sera puni de deux à cinq ans d'emprisonnement.

[3103] Loi du 1er août 1905 sur les fraudes et falsifications en matière de produits ou de services, Article 4 :

- Modifié par Loi 78-23 1978-01-10 art. 10 JORF 11 janvier 1978
- Abrogé par Loi n°93-949 du 26 juillet 1993 - art. 4 (V) JORF 27 juillet 1993

Seront punis d'une amende de 500 F à 30.000 F et d'un emprisonnement de six jours au moins et 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 :
- soit de poids ou mesures faux ou autres appareils inexacts servant au pesage ou au mesurage des marchandises ;
- 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 ;
- soit de substances médicamenteuses falsifiées ;
- 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 nuisible à la santé de l'homme ou de l'animal, l'emprisonnement sera de trois mois à deux ans et l'amende de 1.000 F à 250.000 F.

[3104] Cons. const., 7 avr. 2017, n° 2017-625 QPC, M. Amadou S. (Entreprise individuelle terroriste), JurisData n° 2017-006331, cons. n°16.

[3105] Cons. const., 25 févr. 2010, n°2010-604 DC, Loi renforçant la lutte contre les violences de groupes et la protection des personnes chargées d'une mission de service public, cons. 11 ; Cons. const., 10 févr. 2017, n° 2016-611 QPC, (Délit de consultation de sites internet terroristes).

[3106] S. Pellé, « De l'intention criminelle en général et de l'intention terroriste en particulier », JCP G n°24, 12 juin 2017, 670.

pour servir l'efficacité de la répression », de sorte que « *la faute, n'est alors, bien souvent, que la conséquence raisonnable et probable d'une circonstance matérielle* »[3107].

2- Des présomptions de faute d'imprudence ?

480. Certains auteurs affirment classiquement lors de l'étude des fautes d'imprudence qu'il n'existe pas de présomption de faute[3108]. Cela renvoie à la suppression des délits matériels dans le code pénal de 1994. Toute infraction nécessite la preuve de la faute de l'auteur, qu'elle soit intentionnelle ou non intentionnelle. C'est ce qu'ils entendent par le fait qu'il n'existe pas de présomption de faute. Toutefois, dans les faits, on retrouve des présomptions réfragables de faute prévues par le législateur concernant l'intention comme on l'a vu précédemment, mais certaines formules légales semblent également s'apparenter à des présomptions concernant la faute d'imprudence.

481. ***Faute délibérée.*** La question de l'existence d'une présomption de faute se pose d'abord de façon nuancée concernant la faute délibérée. On l'avait souligné dans le chapitre précédent : la faute délibérée est censée emprunter à l'imprudence consciente. Pourtant, la rédaction de l'article 121-3 évoque seulement le manquement délibéré à une obligation particulière de prudence ou de sécurité. L'adjectif délibéré semble ainsi s'appliquer au seul fait de ne pas remplir les injonctions de celle-ci. Or, en principe c'est à la connaissance des risques que l'agent fait courir à autrui que cet adjectif devrait renvoyer. De sorte qu'il semble alors que le législateur vient présumer que l'agent avait connaissance des risques qu'il faisait encourir à autrui en manquant délibérément à l'obligation pesant sur lui[3109]. Concernant le délit de mise en danger d'autrui, les textes procèdent par des formules contradictoires[3110], l'article 121-3 évoque une mise en danger délibérée en son alinéa deux, alors que l'article spécial 223-1 emploie la même formule que celle consacrée à la faute délibérée à l'alinéa 4 du précédent article. Or dans la première expression, le terme « *délibérée* » vient qualifier la mise en danger, de sorte qu'il semble bien ici que le texte exige la preuve de la connaissance de ce risque[3111]. Mais la formule de l'article 223-1 vient semer le doute. On se demande s'il s'agit d'une nouvelle maladresse de rédaction ou si l'on peut considérer qu'il y a bien là une règle de procédure : on facilite la preuve de la connaissance du risque par le recours à la présomption ? Mais si la connaissance du texte fait présumer la connaissance du risque, alors pour renverser la présomption[3112], il faudra prouver que l'agent n'avait dans les faits pas conscience du risque. Difficile d'avancer un tel argument lorsqu'un texte spécial prévoit des directives particulières dans un contexte donné pour parer à des risques prévisibles. Plus encore, et cette fois concernant les deux textes, étant donné que nul n'est censé ignorer la loi, et d'autant plus le professionnel « *tenu de connaître la loi applicable à son activité* »[3113], la jurisprudence semble présumer que le non-respect des obligations visées par l'article

---

[3107] *Ibid.*
[3108] J. Pradel, *Droit pénal général*, 22ème éd., Cujas, 2019, n°577 ; Ph. Conte, *Droit pénal spécial*, 6ème éd., 2019, LexisNexis, n°80.
[3109] En ce sens v. O. Décima, S. Detraz, E. Verny, *Droit pénal général*, *op.cit.*, n°416.
[3110] *Ibid.*
[3111] V. R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel. Tome I*, *op. cit.,* n°613, qui estimaient déjà que le délit impliquait la connaissance du danger par l'agent.
[3112] Qui doit obligatoirement être réfragable pour correspondre aux exigences constitutionnelles et supranationales telles que présentées en *supra*, v. § n°470 et s.
[3113] E. Dreyer, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n°924.

121-3 est commis en connaissance de cause[3114]. Certains déplorent ainsi l'invisibilisation de l'expression « *manifestement délibérée* » au sien du texte, par le recours à une appréciation *in abstracto* au lieu de l'appréciation *in concreto* requise par celle-ci[3115]. La preuve contraire sera de plus, là encore difficile à rapporter, celle-ci ne pouvant intervenir dans cette hypothèse qu'en cas d'erreur de droit dont on sait que la jurisprudence en a une interprétation extrêmement rigoureuse[3116].

482. ***Contraventions.*** C'est ensuite plus clairement le cas des contraventions qui soulève la question de la présomption de faute en matière d'imprudence[3117]. L'article 121-3 prévoit en son dernier alinéa qu'« *il n'y a point de contravention en cas de force majeure* ». Ainsi la doctrine enseigne classiquement que dans le cas d'une contravention, la faute d'imprudence est présumée[3118]. La présomption est toutefois par principe réfragable sous peine de contrevenir aux exigences jurisprudentielles évoquées plus tôt, mais également à l'objectif du législateur lors de la suppression des délits matériels[3119]. Le prévenu pourra alors arguer de la force majeure pour échapper à la répression, mais l'on connaît la sévérité de la jurisprudence, peu encline à l'admettre[3120]. Si la maladroite rédaction du texte pourrait laisser penser que la force majeure ne peut intervenir que dans le cadre d'une contravention[3121], elle s'applique aussi bien concernant les crimes et les délits, ce que le texte signifie en réalité, c'est que dans l'hypothèse de la contravention, les modes de preuve admis sont légalement restreints à la seule force majeure. Légalement, la contravention suppose donc une faute[3122], seulement celle-ci est réduite par une telle présomption, si difficile à renverser qu'elle devient « *quasi irréfragable* »[3123]. Certains parlent ainsi d'un élément moral « *très ténu* »[3124], ou encore d'une « *faute minuscule* »[3125] tant celle-ci est vidée de sa substance. A tel point que certains estiment qu'elle fait planer la possibilité d'une « *sorte de responsabilité du fait des choses* »[3126]. On rejoint ainsi les conclusions portées sur le cas de la faute délibérée, de façon certes plus nuancée car ici la faute est légalement réduite à sa plus simple expression, mais on perçoit là encore que l'invisibilité de la faute est un tel frein à la démonstration de son existence que l'on en vient à l'admettre du seul fait de l'existence de l'élément matériel. La faute d'imprudence est de sorte invisibilisée dans les arguments des juges du fond, tant sa preuve est complexe, les débats tournant majoritairement autour de

---

[3114] En ce sens v. *Ibid.* ; V. également X. Pin, « La notion de faute en droit pénal (121-3=0 ?) », *op. cit.,* p.103.
[3115] E. Dreyer, *Droit pénal général*, *op. cit*., n°923-924.
[3116] Hypothèse fâcheuse que l'on retrouve d'une manière d'autant plus critiquable dans l'hypothèse de la preuve du dol, v. *infra* § n°515 ; A ce propos v. X. Pin, « La notion de faute en droit pénal (121-3=0 ?) », *op.cit*., p.103 ; P P. Morvan, « L'irrésistible ascension de la faute caractérisée : l'assaut avorté du législateur contre l'échelle de la culpabilité », *in Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire, Mélanges offerts à Jean Pradel*, Cujas, 2006, p.449.
[3117] Même si elles concernent également les infractions intentionnelles.
[3118] J.-H. Robert, *Droit pénal général*, *op. cit.,* p.341 ; M.-L. Rassat, *Droit pénal général,* 4ème éd., Ellipses, 2017, p.352; B. Bouloc, *Droit pénal général*, n°305 ; X. Pin*, Droit pénal général*, *op.cit*., n°227.
[3119] Article 339 de la loi n°92-1336 du 16 décembre 1992.
[3120] Cass., crim. 6 nov. 2013, n°12-82.182, Dr. pénal 2014, comm. n°24, obs. J.- H. Robert ; Cass. crim. 25 mai 1994, Bull. crim. n°03, Dr. pénal 2004, comm. n°247, obs. J.- H. Robert.
[3121] M.-L. Rassat, *Droit pénal général, précit*., p.328 ; X. Pin*, Droit pénal général*, *op.cit*., n°227.
[3122] *Ibid.* : pour qui le texte de l'article 121-3 al. 5 peut paraître trompeur en ce qu'on pourrait comprendre la formule comme excluant la faute dans la composition de l'infraction.
[3123] X. Pin*, Droit pénal général*, *op.cit*., n°227.
[3124] M.-L. Rassat, *Droit pénal général, précit*., p.352.
[3125] X. Pin*, Droit pénal général*, *op.cit*., n°227.
[3126] *Ibid.* n°224 ; V. également P. Morvan, « L'irrésistible ascension de la faute caractérisée », *op.cit*., p.443 qui évoque un « vecteur sournois » de responsabilité sans faute.

l'élément matériel. C'est ainsi que l'on retrouve l'usage courant de présomptions par les juges du fond, même en l'absence de prévisions légales.

§2 : L'usage courant des présomptions de fait

483. Le recours aux présomptions est beaucoup plus fréquent en jurisprudence et va même en s'accroissant. Au point que la doctrine évoque parfois une « *explosion* » des présomptions[3127]. Celles-ci se retrouvent parfois pour faciliter la preuve de la faute d'imprudence (**A**) et plus souvent pour celle de l'intention (**B**).

A- La preuve de la faute d'imprudence

484. ***Faute ordinaire.*** Il semble également que la présomption de faute soit appliquée dans l'hypothèse d'une faute ordinaire, là encore lorsqu'un manquement à une obligation de sécurité ou de prudence. Ainsi, pour M. le professeur Conte, le ministère public « *est dispensé de prouver que ce manquement s'explique par une faute d'imprudence ou de négligence, laquelle - avec quelque légitimes raison- est présumée* »[3128]. Il est vrai que la difficile preuve de l'élément moral nécessite des aménagements. Toutefois, là encore, la preuve contraire sera difficile à rapporter. Pour l'auteur, il y aurait donc dans la formule de l'article 121-3 qui définit l'élément moral non-intentionnel comme les hypothèses « *de faute d'imprudence, de négligence ou de manquement à une obligation de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement* », non pas trois modalités de faute non-intentionnelle ordinaire, mais deux modalités, l'imprudence et la négligence, le manquement à une obligation intervenant à titre de présomption des deux premières. Pour l'auteur, seule cette interprétation permettrait de trouver un sens à la distinction opérée par l'article entre les trois notions. Le professeur Salvage s'interrogeait déjà en 1996 sur la légitimité de la solution selon laquelle l'inobservation de la loi « *soit automatiquement constitutif de l'imprudence, sans qu'il soit possible de s'exonérer autrement que par la force majeure* »[3129]. Il estimait ainsi que l'appréciation devrait être plus concrète et ne plus procéder d'une comparaison entre l'attitude critiquée et un standard de référence abstrait. Mais étant donné l'invisibilité de l'état d'esprit de l'agent, rendant sa preuve extrêmement délicate, la comparaison à un standard de référence abstrait semble une solution nécessaire[3130] afin de garantir l'inclusion d'un élément moral au sein de l'infraction. Toutefois, on ne peut admettre que ce mode d'appréciation revienne à vider la faute de sa substance. Il semble en effet que par le jeu de diverses présomptions et de l'application de ce standard de référence abstrait, la seule existence du dommage en lien causal avec le comportement de l'agent suffise dans certains cas à ce que la jurisprudence admette la constitution de la faute[3131]. En effet, « *tout modèle de référence définit son comportement par rapport à la loi ou au règlement applicable* »[3132], car l'individu moyennement diligent se doit de respecter la loi[3133]. De sorte que s'il respecte la loi le dommage ne

---

[3127] A. Darsonville, « *La preuve renversée : l'explosion des présomptions* », *op. cit.*

[3128] Ph. Conte, « Manquement à une obligation de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement », Droit pénal n° 2, février 2020, comm. 25.

[3129] Ph. Salvage, « L'imprudence en droit pénal », JCP G n° 50, 11 décembre 1996, doctr. 3984.

[3130] En ce sens v. E. Dreyer, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n°911.

[3131] Ph. Conte, *Droit pénal spécial*, 6ème éd. 2019, Lexis Nexis, n°80.

[3132] E. Dreyer, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n°911.

[3133] V. X. Pin, « La notion de faute en droit pénal (121-3=0 ?) », *op.cit.*, p.109 : pour qui les juges présument souvent l'absence de diligences normales à partir d'un du constat d'un manquement aux obligations légales ou

devrait pas avoir lieu, ainsi *« par définition, si la vigilance avait été suffisante, le résultat ne se serait pas produit »* [3134]. Ainsi, l'individu moyennement diligent prévoit l'existence d'un risque[3135] en cas de non-respect d'une obligation de prudence ou de sécurité, et de ce fait respecte celle-ci. De sorte que l'individu n'a forcément pas été diligent en n'envisageant pas les risques qu'il faisait encourir par ce manquement. Et s'il y a un résultat en lien causal avec le comportement de l'agent, alors qu'une obligation de prudence et de sécurité existait afin de prévenir celui-ci, c'est bien que l'agent a commis un manquement à cette obligation. Et s'il a manqué à cette obligation, il a bien fait preuve d'imprévoyance, puisqu'il n'a pas prévu les conséquences nuisibles de ce manquement alors qu'il aurait pu les envisager. L'obligation de sécurité ou de prudence par elle-même anticipe un risque prévisible, l'agent qui manque à cette obligation, de façon non délibérée, n'a donc sûrement pas eu conscience de ce risque puisqu'il n'a pas souhaité qu'il se réalise. Toutefois une difficulté provient du fait que le législateur a pu ériger en obligation de prudence ou de sécurité des règles extrêmement générales renvoyant de sorte au devoir moral de prudence et de sécurité incombant à tout individu. De sorte que la preuve de l'imprudence ou la négligence, manquement à ce devoir moral est encore facilitée par l'élévation de celui-ci au rang d'obligation légale, laquelle fait le jeu de la présomption de faute d'imprudence. Ainsi, M. le professeur Conte a pu souligner l'existence d'une règle de droit routier qui érige le devoir général de prudence en une obligation légale de prudence et de sécurité[3136]. Laquelle peut avoir un effet pervers en ce que le juge risque d'inférer la faute de la seule existence du dommage, encourageant par-là la répression des poussières de faute[3137]. Finalement, on convient de la nécessité de l'appréciation *in abstracto* circonstanciée, laquelle, de notre point de vue est la seule interprétation valable du texte[3138]. Les auteurs favorables à cette interprétation l'on déjà parfaitement justifié : malgré le souhait du législateur[3139], le texte renvoie à un modèle de référence abstrait[3140], de plus, une « *appréciation in concreto de la faute produirait des conséquences curieuses : l'individu maladroit ne pourrait jamais commettre de maladresse fautive, alors que l'individu très adroit pourrait se voir reprocher la moindre inattention* »[3141]. En outre, cela facilite la preuve de la faute, dans un domaine où l'invisibilité de celle-ci rend sa démonstration complexe, d'autant plus dans le domaine non-intentionnel où il faut démontrer une pensée négative ou l'absence de pensée, par l'absence de prévision du résultat et la non-adhésion à la réalisation de ce résultat. Toutefois, la jurisprudence se montre souvent opportuniste, appréciant *in concreto* ou *in abstracto* en fonction des besoins de la répression[3142]. On assiste à une sorte d'« *automaticité répressive* »[3143] allant à l'encontre de l'article 121-3 qui exige la preuve d'une faute, laquelle par le jeu de facilités procédurales tenant à sa preuve,

---

réglementaires ; dans le même sens v. R. Bernardini, M. Dalloz, *Droit criminel, Vol. II, L'infraction et la responsabilité*, *op.cit.*, n°456.

[3134] Ph. Conte, P. Maistre du Chambon, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n°387.

[3135] V. M.-L. Rassat, *Droit pénal général*, *op.cit.*, p.321 pour qui l'ajout des diligences était surabondant, l'absence de diligences correspondant à l'imprudence ou à la négligence.

[3136] C. route, art. R. 412-6.

[3137] Ph. Conte, « Manquement à une obligation de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement », Droit pénal n° 2, février 2020, comm. 25.

[3138] On rejoint ici les avis notamment de O. Décima, S. Detraz, E. Verny, *Droit pénal général*, *op.cit.*, n°409 ; E. Dreyer, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n°911 ; Ph. Conte, P. Maistre du Chambon, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n°385 ; X. Pin, « La notion de faute en droit pénal (121-3=0 ?) », *op.cit.*, p.109. *Contr*a : Y. Mayaud, *Droit pénal général, op. cit.,* n°270 ; R. Bernardini, M. Dalloz, *Droit criminel, Vol. II, L'infraction et la responsabilité*, *op.cit.,*n°456..

[3139] D'opter pour une appréciation *in concreto*.

[3140] X. Pin, « La notion de faute en droit pénal (121-3=0 ?) », p.109.

[3141] O. Décima, S. Detraz, E. Verny, *Droit pénal général*, *op.cit.*, n°409.

[3142] E. Dreyer, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n°912.

[3143] R. Bernardini, M. Dalloz, *Droit criminel, Vol. II, L'infraction et la responsabilité*, *op.cit.*, n°456.

vient la vider de sa substance. Plus encore, pour M. le professeur Conte, certaines hypothèses de droit routier laissent ainsi planer l'idée d'une responsabilité pénale du fait des choses[3144].

485. ***Faute caractérisée.*** Dans l'hypothèse de la faute caractérisée, la jurisprudence a une interprétation variable du contenu de la faute. Comme on a pu le voir dans le chapitre précédent, les juges semblent exiger selon les circonstances la connaissance du risque par l'agent, alors qu'ils s'en passent dans d'autres cas. Sans revenir sur le débat concernant le sens à accorder à l'expression légale de la faute caractérisée, on peut toutefois noter d'une façon générale que la jurisprudence a tendance à se contenter là encore de la violation d'une obligation de prudence ou de sécurité pour démontrer soit la connaissance du risque[3145], soit la constitution de la faute. Il y aurait ainsi une présomption de faute lors de la violation d'une obligation de prudence ou de sécurité[3146], d'autant plus marquée lorsque l'agent est un professionnel. Si elle n'est pas nécessaire pour constituer la faute, lorsqu'elle existe, de surcroît dans un texte, la preuve de sa violation suffit bien souvent à établir la faute. L'individu aurait donc dû respecter le texte, et son manquement est donc constitutif de la faute. Ainsi, la chambre criminelle, dès octobre 2000 a pu admettre que le non-respect des obligations prévues aux articles R. 237-1 et R. 237-7 à R. 237-9 du Code du travail était constitutif d'une faute caractérisée. Ainsi, le respect de ces obligations soit « *l'établissement d'un plan de sécurité aurait permis d'éviter l'accident et qu'en ne faisant pas établir ce plan, le prévenu a commis une faute caractérisée au sens des dispositions de l'article 121-3, alinéa 4, du Code pénal* »[3147]. Là encore, les individus auront du mal à renverser la présomption, d'autant plus lorsqu'ils sont professionnels. Dans certains arrêts, la connaissance du risque est même déduite du seul non-respect de l'obligation de prudence ou de sécurité. L'agent est censé connaître la loi, d'autant plus celle applicable à son domaine de compétence lorsqu'il s'agit d'un professionnel, or cette loi intervient afin d'empêcher la réalisation de certains risques. Donc l'individu qui connaît la loi, connaît le risque qu'elle vient éviter. On ne permet donc pas à certains de méconnaître une obligation de prudence ou de sécurité. Le texte pouvant prévoir une obligation (très) générale de prudence ou de sécurité, on est tentés de dire que les professionnels ne se voient pas permis le moindre acte imprudent, peu important leur état d'esprit au moment des faits. En effet, il paraît délicat de démontrer dans ces circonstances que l'agent n'a pas commis de faute, sauf cas de force majeure dont on sait la difficile admissibilité devant les juridictions, puisqu'un individu diligent respecte la loi, d'autant plus lorsqu'il est professionnel, et encore plus de démontrer qu'il aurait commis une faute d'une gravité inférieure, d'autant que l'on peine à différencier la faute ordinaire de la faute caractérisée en dehors de l'idée d'un contexte de danger flagrant, évidence qui peine à être rejetée par les juges, notamment lorsqu'ils font face à un professionnel. Pour M. le professeur Morvan, il y a là une « *équation redoutable* » qui s'impose au chef d'entreprise, puisque tout manquement à une prescription légale lato sensu en matière de sécurité constituera une faute de cette gravité[3148].

486. ***Une intervention législative souhaitable.*** Face à la difficulté résultant de l'invisibilité de la faute, et d'autant plus dans le cadre de l'imprudence, qui implique la démonstration d'une défaillance dans la pensée de l'agent, d'une absence ou d'une insuffisante mise en tension de la

[3144] Ph. Conte, « Manquement à une obligation de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement », Droit pénal n° 2, février 2020, comm. 25.
[3145] En ce sens v. X. Pin, « La notion de faute en droit pénal (121-3=0 ?) », p.107.
[3146] En ce sens v. P. Morvan, « L'irrésistible ascension de la faute caractérisé », *op.cit.*, p.461-462.
[3147] Cass. crim. 10 octobre 2000, n°99-87.280.
[3148] P. Morvan, « L'irrésistible ascension de la faute caractérisé », *op.cit.*, p.461

volonté de celui-ci, des aménagements de la preuve apparaissent inévitables. Toutefois, les présomptions auxquelles la jurisprudence a recours sont loin de correspondre aux exigences de réfragabilité imposées par la CEDH et le Conseil constitutionnel. Pourtant, on voit mal comment à ce stade l'on pourrait trouver un mode de preuve plus en proie avec la réalité de cet élément invisible. Le législateur a en effet inscrit dans les textes différentes strates de l'imprudence, dont l'analyse doctrinale révèle la diversité de cette faute et la finesse de ses nuances, rendant si délicate sa transcription dans le langage juridique. Pour autant, on ne peut se satisfaire des solutions jurisprudentielles, de telles présomptions devraient rester l'apanage du législateur, prévues sans ambiguïté et avec la garantie d'une possible preuve contraire. Pour parer aux difficultés et au aléas de la jurisprudence, des critères pourraient par exemple être formulés qui permettent le recours à la présomption.

B- La preuve de la faute intentionnelle

487. L'exemple le plus topique du recours aux présomptions de faute et plus spécifiquement d'intention, est peut-être celui de la jurisprudence sur l'*animus necandi* (**1**). Toutefois, si elle est la plus discutée, la présomption d'intention homicide n'est pour autant pas la seule création prétorienne à noter. En effet, la jurisprudence n'hésite pas à en créer dans une multitude d'autres domaines du droit pénal (**2**).

1- Le cas de l'*animus necandi*

488. ***Définition d'animus necandi***. L'intention requise pour caractériser l'élément moral sera parfois traduite sous la notion d'*animus necandi*. Constituée du terme latin *animus* renvoyant à l'esprit, notamment comme siège du désir et de la volonté[3149], ainsi que du verbe latin *neco* signifiant faire périr, tuer[3150]elle renvoie à l'intention homicide. Lorsque l'infraction requiert un animus necandi, les juges devront alors démontrer que l'individu a agi dans le dessein de donner la mort à autrui. *L'animus necandi* est exigé par le législateur pour caractériser l'infraction d'homicide intentionnel. Mais depuis 2003, la jurisprudence, de façon très critiquable, en a fait une également condition de l'empoisonnement[3151].

489. ***Nature du dol***. La question de la nature de ce dol spécifique peut susciter la discussion. Si l'*animus necandi* est souvent présenté comme un dol spécial de l'infraction de meurtre, cette présentation n'en demeure pas moins critiquable. En effet, le dol général consistant en la volonté d'atteindre le résultat juridique de l'infraction, dans l'hypothèse de l'homicide intentionnel cela revient donc à la volonté d'obtenir la mort d'autrui. L'*animus necandi* s'apparente donc plus dans cette hypothèse au dol général. Quoiqu'il en soit il s'agit dans tous les cas d'un dol déterminé.

490. ***Récurrence des discussions en jurisprudence***. L'*animus necandi* est la forme d'intention la plus débattue dans les prétoires. Le magistrat Christian Guéry, explique ainsi cette « *spécificité remarquable* » de l'infraction, car « *il n'existe pas de crime où l'intention est aussi discutée, et il n'est pas certain qu'il existât une autre infraction nécessitant autant une analyse de l'élément*

[3149] Gaffiot latin-français 1934 p.129 consulté en ligne.
[3150] *Ibid.* p.1020 consulté en ligne : https://www.lexilogos.com/latin/gaffiot.php?q=neco.
[3151] Depuis 2003 et l'affaire du sang contaminé. Cass. crim. 18 juin 2003, n°02-85.199.

moral ». Il explique ainsi que parmi les crimes les plus fréquemment débattus devant la cour d'assises, qu'il identifie comme le meurtre, le viol et les vol ou extorsion avec arme, seul le meurtre fait l'objet de discussions sur la culpabilité de l'auteur[3152]. La preuve de l'*animus necandi* est ainsi l'exemple le plus topique de l'usage de la présomption de faits en droit pénal. C'est l'illustration la plus importante de ce mode de preuve en la matière, non seulement d'un point de vue quantitatif, car l'on a quotidiennement des décisions qui tranchent cette question, mais également d'un point de vue qualitatif, du fait de la richesse des développements jurisprudentiels qui semblent s'adapter à la grande variété des situations de fait.

491. ***Intérêt de la notion***. La discussion sur l'intention peut s'expliquer par le droit pénal spécial. En effet, comme le rappelle un éminent auteur, l'acte homicide n'est pas révélateur en lui-même de sa portée répressive, la culpabilité reste à établir pour le choix de la qualification[3153]. En effet, pour un même acte matériel, ici une action ayant entraîné la mort d'autrui, plusieurs qualifications seront envisageables selon le degré de culpabilité. Seule la détermination de l'intention permettra de régler le cumul idéal de qualification. Or, que l'on retienne l'homicide non intentionnel, les coups mortels ou le meurtre, les conséquences répressives seront extrêmement différentes[3154]. C'est certainement l'une des raisons pour lesquelles la défense, mais aussi l'accusation, ne manquent pas de discuter l'intention de l'auteur. Un magistrat a pu souligner à ce sujet que s'agissant du meurtre, l'intention était d'après son expérience contestée par la quasi-totalité des accusés, il évoque ainsi une « *contestation presque de principe* » de la part des individus poursuivis pour meurtre[3155].

492. ***Emergence de la présomption***. Dans ce contexte et face aux difficultés probatoires générées par l'intention, la jurisprudence a donc eu recours au mécanisme de la présomption de faits afin de trancher les litiges. En l'absence d'un recours possible à la preuve directe, l'utilisation d'un tel mode de preuve pouvait sembler à première vue opportun[3156]. Dès le début du XXème siècle, on observe que les juges font référence aux éléments de faits, plus aisément prouvables, pour déduire l'existence d'une intention homicide. On note par exemple dans une affaire de 1902 concernant une tentative de meurtre, que les Hauts magistrats valident les juges du fond d'avoir retenu une intention homicide eu égard à la gravité de la blessure ayant atteint une partie particulièrement exposée[3157]. Toutefois, la création jurisprudentielle n'est alors présentée que comme une présomption réfragable[3158]. Le recours à celle-ci semble donc en théorie respecter les exigences imposées par les Hautes juridictions nationales et supranationales. Cependant en pratique le constat n'est pas si évident[3159].

[3152] Ch. Guéry, *Le meurtre*, *op.cit.,* n°23.09.
[3153] Y. Mayaud, « Conséquences de l'omission, dans la question principale, de la mention du caractère volontaire de l'homicide », Dalloz, 2000 p.26.
[3154] Trois ans d'emprisonnement et 45 000 euros d'amende pour l'homicide non intentionnel (article 221-6 du C. pén.), quinze ans de réclusion criminelle pour les violences intentionnelles ayant entraîné la mort sans intention de la donner (article 222-7 du C. pén.), et trente ans de réclusion criminelle pour l'homicide intentionnel (article 221-1 du Code pén).
[3155] Ch. Guéry, *Le meurtre*, *op.cit.,* n°23.09.
[3156] O. Décima, S. Detraz, E. Verny, *Droit pénal général, op.cit*., n°394.
[3157] Cass., crim. 27 mars 1902, Bull crim. 1902 n°125: la victime « a eu la gorge presque tranchée et est allée s'abattre sur un talus ».
[3158] Cass., crim., 20 octobre 1955, Bull. crim. 1955 n°415, n°4169 ; Cass., Crim.6 novembre 1956, Bull. Crim. n°708, n°2270/56.
[3159] Cf. nos développements en *infra* n°498-499.

493. ***Eléments de faits retenus.*** La jurisprudence est « *assez prolixe en exemples* »[3160], comme le souligne un magistrat. Toutefois, en étudiant les arrêts rendus à propos de l'intention homicide, il est possible de catégoriser les éléments de faits retenus comme constituant la présomption d'intention homicide. On retrouve tout d'abord énormément de références à la partie du corps de la victime atteinte par l'auteur. Qu'elle soit qualifiée d'essentielle[3161], particulièrement exposée[3162], vitale[3163] ou encore vulnérable[3164], dans tous les cas la jurisprudence semble viser des zones du corps fragiles car aisément atteignables alors qu'elles protègent des organes vitaux. En portant un coup à ces parties du corps, l'auteur porte ainsi directement atteinte à la vie de la victime qui s'y trouve enclose. C'est ensuite l'utilisation d'une arme qui est souvent évoquée[3165], qu'elle soit une arme à feu de toutes sortes[3166], une arme blanche[3167] ou encore une arme par destination[3168]. La répétition des coups est également prise en compte[3169], pouvant être interprétée comme démontrant un certain acharnement de l'auteur sur la victime. La violence des coups[3170] est de plus l'objet de l'attention des juges, celle-ci pouvant de la même façon démontrer une certaine hargne, une vigueur de l'auteur dans sa volonté d'atteindre la victime. Est prise en compte également la vulnérabilité de la victime qui sera prégnante au travers de sa position vis-à-vis de l'auteur (proximité des protagonistes[3171]) ou encore du fait qu'elle n'est pas armée[3172], ou attaquée par surprise[3173]. Enfin, la préméditation de l'acte est parfois retenue au sein de ce faisceau d'indices[3174].

494. ***Cas particulier de la tentative de meurtre.*** Le même faisceau d'indices est retenu en jurisprudence pour ce qui concerne la tentative. Toutefois, en l'absence de résultat, l'étude des éléments de faits sera plus délicate. On retiendra donc en sus la gravité des blessures[3175], ou encore la partie du corps cette fois-ci seulement visée par l'auteur lorsque la victime n'aura pas été

[3160] Ch. Guéry, *Le meurtre*, *op.cit.*, n°23.63.
[3161] Cass., crim., 20 octobre 1955, Bull. crim. 1955 n°415, n°4169.
[3162] Crâne : Cass, crim. 6 janvier 1993 n°92-83.316 ; Cou : Cass., crim., 5 février 1957, Bull. Crim., n°110, n°4033/56.
[3163] Thorax : Cass., crim., 15 mars 2017, n°16-87.694 ; Poumon droit, foie, rein droit et aorte thoracique : Cass. crim. 26 novembre 1991.
[3164] Partie supérieure et antérieure de l'hémithorax droit : Cass. crim. 18 juin 1991, n°91-82033.
[3165] Elle est parfois qualifiée de dangereuse : M. Véron, Note sous Cass, crim. 6 janvier 1993 n°92-83.316, Dr. pén 1993, comm.103 ; mais le danger n'est-il pas inhérent à la notion d'arme ? Puisque l'art. 132-75 al 1er prévoit qu'« Est une arme tout objet conçu pour tuer ou blesser ».
[3166] Cass., crim., 20 octobre 1955, Bull. crim. n°415, n°4169 ; Cass., crim.6 novembre 1956, Bull. crim. n°708, n°2270/56 ; Cass., crim., 22 mai 1989, n°89-81.397 ; Cass. crim. 18 juin 1991, n°91-82033 ; Fusil de chasse : Cass. crim. 26 nov. 1991 ; Carabine 22 long rifle : Cass., crim. 2 avril 1979, Bull crim. n°131, n°79-90.032.
[3167] Couteau : Cass., crim. 9 janvier 1990, Bull 1990 n°15, n°89-85.889 ; Couteau avec lame d'au moins 20cm : Cass., crim., 15 mars 2017, n°16-87.694 ; Couteau : Cass., crim., 5 février 1957, Bull. Crim. 1957 n°110, n°4033/56.
[3168] Marteau : Cass, crim. 6 janvier 1993 n°92-83.316
[3169] Deux coups de feu : Cass., crim., 20 octobre 1955, Bull. crim. 1955 n°415, n°4169 ; 2 coups de feu : Cass., Crim., 6 nov. 1956, Bull. Crim. n°708, n°2270/56. ; 5 coups de feu : Cass., crim., 22 mai 1989, n°89-81.397 ; Dualité des coups de feu : Cass. crim. 18 juin 1991, n°91-82033 ; Deux coups de feu : Cass. crim. 26 nov. 1991.
[3170] « force employée » : Cass., crim. 9 janv.1990, Bull. n°15, n°89-85.889 ; Cass., crim., 5 février 1957, Bull. Crim. n°110, n°4033/56 ; Coup d'estoc, coup mortel à court terme : Cass., crim., 15 mars 2017, n°16-87.694.
[3171] Positions rapprochées des deux antagonistes : Cass. crim. 18 juin 1991 n°91-82033.
[3172] Victime sans arme : Cass., crim., 5 février 1957, Bull. crim. 1957 n°110, n°4033/56.
[3173] Tir en direction de la victime qui fuyait : Cass., crim. 6 nov. 1956, Bull. Crim. n°708, n°2270/56 ; Victime tournait le dos : Cass., crim., 15 mars 2017, n°16-87.694.
[3174] Cass, crim. 6 janvier 1993, n°92-83.316.
[3175] Gorge presque tranchée : Cass., crim. 27 mars 1902, Bull crim. n°125.

atteinte[3176]. Le magistrat Christian Guéry souligne à ce propos la difficulté supplémentaire à prouver l'intention homicide en cas de tentative, face à des éléments de fait parfois univoques et des accusés niant de principe tout *animus necandi*[3177].

495. ***Analyse critique de la jurisprudence***. La jurisprudence sur l'animus necandi n'est toutefois pas exempte de critiques. En effet, en étudiant les arrêts rendu par la Haute juridiction à ce propos, on note certaines incohérences qu'il convient de souligner.

496. ***Incohérences sur la théorie des dols.*** D'un point de théorique, on note dans certaines décisions des incohérences concernant la notion de dol. En effet, il semble apparaître dans quelques arrêts une confusion entre dol déterminé et dol indéterminé. Les magistrats justifient parfois de la constitution de l'intention homicide par le fait que l'auteur pouvait ou devait avoir conscience du risque mortifère résultant des coups portés. La Cour de cassation a ainsi approuvé des juges de la cour d'appel ayant retenu l'intention homicide, notamment parce que l'auteur des violences avait « *nécessairement conscience de l'impossibilité de prévoir le résultat de violents coups de marteau sur la tête* »[3178]. Ce n'est pas la première fois que la Cour de cassation approuve cette solution[3179]. Or en l'espèce, l'usage d'une arme par destination pour porter, à plusieurs reprises, des coups sur une partie vitale du corps humain, et ce, de façon préméditée, aurait pu suffire à justifier de la constitution de la présomption d'intention homicide. On peut donc se demander en quoi la référence à la prévisibilité du résultat était nécessaire en l'espèce, d'autant qu'elle vient semer le trouble sur la nature du dol exigé pour le meurtre. L'homicide intentionnel suppose l'intention de donner la mort à autrui, il s'agit bien là de ce que l'on appelle un dol déterminé[3180], puisque l'on exige de l'agent qu'il ait souhaité atteindre le résultat nécessaire à la caractérisation de l'élément matériel. Or cela diffère bien d'un dol indéterminé qui suppose que le résultat de l'acte ne puisse être déterminé à l'avance avec précision. C'est le cas des violences pour lesquelles on exige donc seulement que l'agent ait eu conscience de cette imprédictibilité du résultat. L'expression utilisée par la cour d'appel en l'espère est donc impropre à caractériser l'élément moral de l'homicide intentionnel. Le recours dans l'arrêt à la notion plus générale de crime laisse supposer un instant l'infraction de coups mortels. Mais là encore l'expression susmentionnée paraît inadaptée puisque cette infraction suppose un dol dépassé. Dans ce crime particulier l'auteur n'avait l'intention de porter atteinte à la vie mais seulement à l'intégrité de la victime. De plus en l'absence de décès de la victime il aurait fallu envisager la tentative de ce

---

[3176] Victime qui fuit visée mais pas de précision sur la partie visée : Cass., Crim. 6 nov. 1956, Bull. crim. n°708, n°2270/56 ; Ch. Guéry, *Le meurtre*, *op. cit.,* n°23.84 : L'intention doit être caractérisée au moment de l'acte, il cite pour cela une affaire de Gap de mai 2018, l'individu fut condamné à 8 ans de réclusion criminelle, pour avoir versé du stylnox dans le café de sa mère puis lui avoir asséné deux coups de couteau. Il se défendait d'avoir une intention homicide car il appelé les secours après avoir tenté de se suicider et il ne lui a asséné seulement deux coups. Mais fut retenu en *contra* le fait d'avoir touché une zone vitale (cou) notamment.

[3177] Ch. Guéry, *Le meurtre*, *op. cit.,* n°23.81s : Il cite notamment Cour d'appel de Douai, 18 juillet 2002, Jurisdata n°200907.

[3178] Cass, crim. 6 janvier 1993 n°92-83.316 **:** Une femme décrite comme « *faible* » par le pourvoi et « *constamment rouée de coups* » par son ex-concubin, dissimule à l'avance, sur les lieux de l'action, un marteau, et frappe à plusieurs reprises sur le crâne de la victime avant d'être stoppée par un tiers. Poursuivie pour violences intentionnelles, le tribunal correctionnel se déclare incompétent, les faits étant de nature criminelle ce que confirme la cour d'appel.

[3179] R. Croisier-Nérac, commentaire sous 8 janvier 1991, Dalloz 1992, p.115 : Elle explique que pour la chambre criminelle l'intention homicide est suffisamment caractérisée lorsque l'auteur « *sans avoir précisément recherché la mort, a pu prévoir ou simplement penser que les coups pourraient être mortels* ».

[3180] Cf. notre étude des différents dols en *supra* n°436 et s.

crime. Or cette question délicate n'a toujours pas été tranchée. Certes la tentative de crime est toujours punissable, mais peut-on décemment envisager la tentative de violences seulement parce qu'il en est ou aurait pu en résulter le décès de la victime ? Finalement, s'il semble possible d'approuver la constitution de l'intention homicide au vu des circonstances de fait, cette jurisprudence semble néanmoins de la sorte critiquable par le recours à la définition du dol indéterminé pour caractériser l'*animus necandi*. Il est du reste étonnant que la doctrine des plus autorisées ait pu souligner la prévisibilité du résultat dans cette affaire[3181]. Mais il faut remarquer que d'autres ont souligné qu'il était « *suffisant* » d'avoir en l'espèce retenu l'animus necandi du fait de l'utilisation d'une arme de façon préméditée et répétitive[3182]. De façon cette fois-ci clairement explicite, Jean Pradel et Michel Danti-Juan critiquent cette jurisprudence[3183]. Ils estiment en effet que l'expression retenue par les juges *« traduit une extension du concept d'intention de tuer, puisque la connaissance de l'effet mortel d'un acte volontaire vaut intention de tuer* ». Plus qu'une simple confusion sur la notion de dol il y aurait là une volonté des magistrats d'étendre le champ d'application des infractions nécessitant une intention homicide, au risque de rendre les frontières avec les infractions de violences, et surtout de coups mortels, totalement illisibles. Le magistrat Christian Guéry résume le mécanisme en énonçant qu'ainsi « *porter la main sur quelqu'un c'est prendre le risque de le tuer* »[3184]. Or, porter la main sur quelqu'un n'implique pas forcément l'intention d'atteindre à la vie de celui-ci. Une telle conception vient annihiler toute la catégorie des infractions consistant en une simple atteinte à l'intégrité d'un individu. Plus encore, on en revient à nier la distinction créée par le législateur entre les coups mortels et le meurtre. L'auteur recense à son tour quelques jurisprudences plus anciennes qui semblent appliquer le même type de raisonnement[3185].

497. ***Contradiction de solutions portant sur des faits similaires.*** Le recours à la présomption de faits engendre par ailleurs un risque d'insécurité juridique. En effet, à circonstances similaires, on constate parfois une contradiction dans les solutions pourtant retenues par la Cour de cassation. C'est par exemple le cas à l'étude des arrêts du 6 janvier 1993[3186] et du 23 août 2006[3187]. Dans la première affaire, la Cour de cassation avalise la solution rendue par la cour d'appel, qui avait retenu l'intention homicide pour la femme ayant prémédité et infligé plusieurs coups de marteau sur le crâne de son ex-concubin. A l'inverse, dans la seconde espèce, concernant un individu ayant heurté à plusieurs reprises la tête de son épouse sur une surface dure, la Cour de cassation valide une nouvelle fois la décision des juges du fond. Dans les deux espèces, la Haute juridiction renvoie simplement au pouvoir d'appréciation souveraine des juges du fond. Or, comment expliquer que dans deux espèces aussi similaires la solution rendue ne soit pas la même ? La seule différence entre les deux affaires semble résider dans la démonstration possible d'une préméditation pour ce qui concerne l'affaire de 1993, or de la préméditation ne découle pas forcément l'intention homicide. On sait également que la Cour de cassation est sensible aux efforts de motivation des juges du fond, mais est-ce à dire que la Haute juridiction ne doit pas réparer les manques des juridictions du fond, au risque de rompre l'égalité

[3181] M. Véron, Note sous Cass, crim. 6 janvier 1993 n°92-83.316, Dr. pén 1993, comm.103 : Il approuve l'arrêt d'appel et le rejet de la Cass. Pour lui, peu importe la justification avancée par l'individu, elle aurait dû prévoir les conséquences de l'utilisation d'une arme dangereuse sur une partie vitale du corps.
[3182] G. Levasseur, « Meurtre. Animus necandi », RSC 1993, p.773.
[3183] J. Pradel et M. Danti-Juan, *Droit pénal spécial*, 6ème éd., « Référence », Cujas, 2014, pp.34-35.
[3184] Ch. Guéry, *Le meurtre*, *op.cit.,* n°23.65.
[3185] *Ibid.* : Il cite notamment les arrêts suivants : Cass. crim. 10 juin 1970, n°70-91.024, Bull. Crim. n°196, D. 1970.533, Gaz. Pal. 1970.2.192 ; Cass. crim. 10 avril 1975, n°74-92.978, Bull. Crim. n°90.
[3186] Cass, crim. 6 janvier 1993 n°92-83.316.
[3187] Cass., crim., 23 août 2006, n°06-84.446.

de traitement des justiciable ? On pourrait également les distinguer par l'usage d'une arme par destination avec l'emploi du marteau, mais dans les faits le comportement se distingue-t-il de celui de l'auteur usant d'une surface dure, certes immobile, pour donner là encore des coups au niveau de la tête de la victime ?

Dans les deux cas il s'agit de coups violents, portés à plusieurs reprises, et ce à l'aide de ce que l'on peut désigner comme une arme par destination[3188], sur une partie du corps vulnérable. A l'aune de l'étude de la jurisprudence sur la présomption d'intention homicide, ces circonstances semblent suffisantes pour les juges afin de retenir une intention homicide. Monsieur le professeur Véron souligne ainsi dans sa note sous l'arrêt de 2006, qu'il semble donc que « *selon l'appréciation des juges, le fait de frapper fortement la tête de la victime pourra traduire, ou ne pas traduire, une intention homicide chez l'auteur des coups* »[3189]. Il rappelle par la même occasion la grande marge de manœuvre que cette technique laisse aux magistrats dans l'appréciation de l'intention homicide. L'auteur nous fait ainsi implicitement prendre conscience du manque de prévisibilité que cette technique peut entraîner pour les justiciables. Or il ne faudrait pas faire primer une technique destinée à contourner des difficultés probatoires au détriment du respect des principes fondamentaux du droit pénal. D'autant plus lorsque ladite technique est une création jurisprudentielle, dans une matière en principe légaliste.

498. ***Partie vulnérable visée et/ou atteinte ?*** Concernant les parties du corps considérées comme vulnérables par la jurisprudence, une autre interrogation se pose. En effet, faut-il que la partie considérée comme sensible soit seulement atteinte par les coups de l'auteur ou doit-elle en prime avoir été intentionnellement visée ? En outre, dans le cas d'une tentative, serait-il suffisant de retenir qu'une telle partie a été visée sans avoir été atteinte ? La doctrine même s'y perd, dans une même note sous un arrêt du 8 août 1981, un auteur fait tour à tour référence à la partie du corps visée et atteinte, puis à la partie du corps visée ou atteinte[3190]. L'interrogation semble triviale mais revêt toutefois une importance primordiale. En effet, ce n'est pas parce qu'une partie vitale du corps de la victime a été atteinte que l'auteur avait pour autant l'intention de l'atteindre, donc comment en déduire une intention homicide, si l'agent visait une partie « *non vitale* » ? Or, on en revient à la délicate question de la preuve de l'intention que la jurisprudence à choisi de pallier au travers le recours aux éléments de faits. D'ailleurs, dans la majorité des arrêts analysés pour cette étude, les juges ne semblent simplement faire référence qu'à la partie effectivement atteinte[3191]. On recense néanmoins un arrêt qui fait de manière intéressante, référence à un tir qui « *s'est trouvé dirigé* » vers une telle partie du corps[3192]. Mais la formule laisse songeur. Est-ce une manière de faire référence à ce que l'auteur visait, ou simplement une façon d'exprimer que le tir avait finalement atteint une partie vulnérable ? Il semblerait toutefois que là encore, les magistrats n'aient visé que la partie effectivement atteinte, l'emploi du pronom « *se* » dénotant une absence de référence directe à l'auteur du tir. Il n'y a pas d'éclairage de la Cour de cassation là encore, puisque celle-ci se contente

---

[3188] La surface dure peut à notre avis être considérée comme un objet dangereux utilisé, en l'espèce pour tuer ou blesser la victime, conformément aux exigences de l'article 132-75 du Code pénal.
[3189] M. Véron, « La preuve de l'animus necandi », Droit pénal n°12, décembre 2006, comm. 151.
[3190] P. Chambon, Note sous Cass, crim. 8 août 1981, JCP G 1982.II.19845.
[3191] Poitrine : Cass., crim. 9 janvier 1990, Bull. crim. n°15, n°89-85.889 ; Gorge : Cass., crim. 27 mars 1902, Bull crim. n°125 ; Cou : Cass., crim., 5 février 1957, Bull. crim. n°110, n°4033/56 ; Jambe et main : Cass., crim., 20 octobre 1955, Bull. crim. n°415, n°4169 ; Dos notamment : Cass., crim., 22 mai 1989, n°89-81.397 ; Thorax : Cass., crim., 15 mars 2017, n°16-87.694 ; Frappée sur tout le corps : Crim. 24 juillet 1974 ; Poumon droit, foie, rein droit et aorte thoracique : Cass. crim. 26 novembre 1991.
[3192] Hémithorax droit : Cass. crim. 18 juin 1991 n°91-82033.

comme souvent de valider la solution en rappelant le pouvoir d'appréciation souverain des juges du fond. L'évolution des techniques scientifiques semble toutefois aller à l'encontre de la solution jurisprudentielle. Un expert en criminalistique nous explique ainsi que ces« *éléments anatomiques sensibles* » pris en compte par la jurisprudence, se trouvent tous dans l'axe médian du corps[3193]. Or, ils sont donc à portée immédiate de l'agresseur, ce qui explique donc que cette zone soit la plus fréquemment atteinte[3194]. L'auteur démontre ainsi ce que l'on avait pu intuitivement penser : le fait d'avoir atteint une partie vitale, ne signifie pas pour autant que l'agent l'ait visé, et partant, qu'il ait eu une intention homicide. L'auteur continue sa démonstration, en critiquant ce raccourci trompeur emprunté par la jurisprudence, en s'intéressant notamment à l'affaire du 15 mars 2017[3195]. A la suite d'une altercation l'ayant opposée à la victime lors d'un cours de sport, une adolescente avait demandé à son cousin d'intervenir. Celui-ci en compagnie d'un de ses amis, et s'étant préalablement muni d'un couteau s'était alors rendu devant l'établissement scolaire, où il avait agressé la victime, lui assénant plusieurs coups de couteau au niveau du thorax, ayant entraîné son décès. S'est alors posée la question de la qualification à apporter à cette agression. La Cour de cassation avait conclu en censurant la chambre de l'instruction qui avait disqualifié les faits. Elle avait ainsi retenu l'intention homicide au motif que *« l'utilisation d'un couteau dont la lame, par sa longueur, pouvait provoquer la mort ainsi que le fait que l'intéressé a frappé sciemment au niveau du thorax, qui constitue une zone vitale* »[3196]. L'expert rappelle encore une fois, que « *l'emplacement de la lésion fatale répond d'abord à la simple logique biomécanique* ». Il critique également la référence à la longueur de la lame. En effet, il explique que la profondeur de la plaie ne dépend pas de la longueur de la lame mais de la puissance du coup, qui découle essentiellement de l'état mental de son auteur, qui peut ainsi venir compenser une constitution physique faible. Ces observations sonnent ainsi comme un avertissement fait aux magistrats (dont l'un d'eux cosigne avec lui cet article), de ne pas tirer des conclusions trop rapidement. Ces observations remettent en effet en question le caractère logique de la présomption d'intention. Celle-ci n'est peut-être pas si plausible, puisqu'elle s'appuie sur des éléments eux-mêmes en proie à la discussion. Reconnaissant néanmoins la nécessité d'une telle présomption, il plaide toutefois pour plus de nuance dans l'appréciation de l'intention homicide[3197]. Il faudrait ainsi ne retenir une intention homicide que dans les cas où la partie vitale atteinte avait été sciemment visée. La proposition est intellectuellement satisfaisante et l'on souhaiterait que la jurisprudence puisse appliquer ces recommandations. Toutefois, d'un point de vue pragmatique il faut souligner la difficulté de prouver que l'agent avait ou non intentionnellement visé telle ou telle partie du corps de la victime. Dans certaines circonstances on peut imaginer que les techniques scientifiques pourront aider. Il faut cependant admettre qu'il n'est pas certain que l'ensemble des affaires permettront de démontrer quelle partie était visée par l'auteur. Mais si la proposition semble imparfaite, elle nous apparaît cependant comme une évolution positive à prendre en compte afin de mieux respecter les droits de la défense. Le magistrat Christian Guéry semble plus réfractaire à la proposition de Messieurs Roth et Floquet. Dans son ouvrage consacré au meurtre, il souligne l'utilité de l'article pour les avocats de la défense. Cet ancien membre du Parquet semble ainsi plutôt favorable à la présomption telle qu'employée actuellement. Il conclut d'ailleurs en estimant que les auteurs soulignent que la présomption ainsi formulée va s'appliquer à des individus qui en réalité n'avaient pas d'intention

[3193] A. Floquet, C. Roth, « L'intention homicide peut-elle découler d'une règle de droit ? », AJ Pénal 2017, p.348.
[3194] *Ibid.*
[3195] Cass., crim., 15 mars 2017, n°16-87.694.
[3196] *Ibid.*
[3197] A. Floquet, C. Roth, « L'intention homicide peut-elle découler d'une règle de droit ? », *précit.*

homicide, or ceci est le principe même de la présomption qui *« s'applique à tous sauf à ce que la démonstration contraire en soit assurée ! »*[3198]. Or il nous semble que ce n'est pas là l'apport de l'article de ces auteurs. En effet, il nous semble qu'ils souhaitent plutôt remettre en cause une présomption aujourd'hui rarement questionnée. Ils démontrent que son fondement peut être discuté scientifiquement. Cette présomption en théorie fondée sur la logique et la probabilité n'est ainsi pas aussi positive qu'on aurait pu le croire. En effet, telle qu'elle est employée actuellement, la présomption s'applique dans la majorité des cas, puisque les parties vulnérables seront le plus souvent touchées. Or, il est extrêmement difficile pour l'auteur de prouver qu'il n'avait pas l'intention de viser une telle partie, de simples dénégations, n'étant à l'évidence pas suffisantes. C'est donc le caractère réfragable de la présomption qui pose question.

499. ***Exclusion de la présomption et partie vulnérable***. La réfragabilité de la présomption pose également question dans le cadre de l'appréciation des parties du corps considérées comme vitales. Dans la grande majorité des cas étudiés, la jurisprudence semble cohérente quant aux parties du corps qu'elle considère comme étant des parties « *sensibles* » faisant partie du faisceau d'indices. Les atteintes à la tête[3199], au cou[3200] ainsi qu'au thorax[3201] sont ainsi fréquemment retenues comme participant de la preuve de l'intention homicide. Cette analyse des magistrats semble tout à fait logique en ce que ces parties du corps protègent des organes vitaux. Il est donc surprenant de trouver des décisions, approuvées par la Cour de cassation, qui retiennent un *animus necandi* alors même que les coups de feu ont atteint les victimes dans les bras ou les jambes[3202]. Dans cette affaire, les Hauts magistrats avaient estimé que ces circonstances n'étaient pas suffisantes pour écarter la présomption d'intention. Or, cela signifierait donc que la présomption était en amont acquise par le seul fait que l'individu avait blessé par balle chacune des deux victimes. Il peut paraître étonnant que ces deux seuls éléments (une blessure et l'utilisation d'une arme à feu) aient suffit à retenir un faisceau d'indices en faveur de l'intention homicide[3203]. Mais plus surprenant est encore le fait que la Cour de cassation estime que les juges du fond n'ont pas relevé de « *circonstances de nature à faire échec à la présomption grave de l'intention homicide*». Alors même que le fait d'avoir atteint les membres des victimes, parties non vitales à l'évidence, ce que confirment des experts[3204], semble être l'exemple type d'un cas dans lequel l'intention homicide ne pourra pas être retenue[3205]. Enfin, outre la question de la mise en échec de la présomption, c'est la notion même de partie vitale qui est remise en question dans le cadre de cette jurisprudence. En effet, le résumé même de l'affaire introduisant la décision dans le Bulletin criminel fait état d'une atteinte dans une « *partie essentielle du corps* ». Si l'on ne trouve pas ces termes dans la décision elle-même, il n'en demeure pas moins que l'usage d'une telle expression dans un recueil officiel est très critiquable. Il va de soi, même pour un néophyte, que les

[3198] Ch. Guéry, *Le meurtre*, *op.cit.,* n°23.64.
[3199] Crâne **:** Cass, crim. 6 janvier 1993 n°92-83.316
[3200] Cou : Cass., crim., 5 février 1957, Bull. Crim. 1957 n°110, n°4033/56.
[3201] Thorax : Cass., crim., 15 mars 2017, n°16-87.694 ; Poumon droit, foie, rein droit et aorte thoracique : Cass. crim. 26 nov. 1991 ; partie supérieure et antérieure de l'hémithorax droit : Cass. crim. 18 juin 1991 n°91-82033.
[3202] Cass., crim., 20 octobre 1955, Bull. crim. 1955 n°415, n°4169.
[3203] Les Hauts magistrats énoncent que « si le fait d'avoir blessé la victime en tirant sur elle des coups avec une arme à feu, n'implique pas nécessairement chez le prévenu l'intention de tuer, il n'en constitue pas moins une présomption grave de l'intention homicide ».
[3204]A. Floquet, C. Roth, « L'intention homicide peut-elle découler d'une règle de droit ? », *op. cit.* : « parties non vitales, telles les bras ou les jambes ».
[3205] *Ibid.* : L'expert en criminalistique et le magistrat donnent l'exemple d'une atteinte dans les bras ou les jambes de la victime comme prototype de l'unique hypothèse dans laquelle l'intention homicide ne pourra de toute évidence pas être retenue lorsque la victime aura été atteinte.

mains et les jambes ne sont pas des parties vitales. A moins que l'on ne considère plus largement la notion, en estimant que le handicap résultant d'une blessure grave à l'un de ces membres engendre un amoindrissement significatif des conditions de vie de la victime[3206]. Toutefois une telle interprétation serait contraire au principe d'interprétation stricte. Ainsi il semble difficile d'admettre la solution rendue en l'espèce.

500. ***Exclusion et renversement de la présomption***. Au cours de cette analyse de la jurisprudence sur l'*animus necandi*, il a ainsi pu être constaté que se posait à plusieurs reprises la question de la constitution ainsi que de la possibilité de renverser la présomption jurisprudentielle. Rares sont les arrêts ne retenant pas l'*animus necandi* parmi ceux recensés pour les besoins de cette étude. La doctrine avait d'ailleurs déjà fait ce constat au début des années 1990[3207].Or, il s'agit d'une présomption qui, telle qu'élaborée par la jurisprudence, repose sur un faisceau d'indices, tiré des éléments de faits prouvés en l'espèce. Il semble donc bien que la présomption doive au préalable répondre de certaines conditions afin d'être admise. De plus, dans le cas où celle-ci serait effectivement constituée, il doit être possible de rapporter la preuve contraire afin de respecter les exigences nationales et supranationales évoquées plus tôt[3208]. La Cour de cassation elle-même a procédé au rappel de cette condition[3209]. Ainsi, on peut s'interroger sur le point de savoir pourquoi la présomption d'intention homicide est dans si peu de cas écartée ou renversée. La présomption sera écartée dans l'hypothèse où les conditions nécessaires à sa constitution ne seront pas remplies. Concernant la présomption d'intention homicide, il semble, à l'aune de la jurisprudence étudiée, que les conditions correspondent à la coexistence d'au moins deux des éléments de faits évoqués précédemment[3210] : partie vitale atteinte, utilisation d'une arme, violence ou répétition des coups… Si ces éléments venaient à ne pas se rencontrer en l'espèce, il faudrait donc en conclure que la présomption ne peut être retenue. La charge de la preuve incombant dans cette hypothèse à l'accusation. En revanche, si les conditions pour retenir la présomption sont remplies, l'agent pourra toutefois s'en exonérer en apportant la preuve contraire, la charge de la preuve incombe donc cette fois-ci à la défense. C'est-à-dire que l'agent pourra renverser cette présomption simple, en démontrant par des éléments de fait, qu'il n'avait pas l'intention de donner la mort à la victime. La distinction entre les deux modalités d'exclusion de l'intention homicide est importante car elle permet tout d'abord de vérifier la réfragabilité de la présomption en mesurant et étudiant ses occurrences. Mais elle permet également de vérifier si le champ des conditions de la présomption est adapté ou bien trop large ou trop restreint.

On note toutefois quelques rares exemples dans lesquels l'intention homicide a pu être écartée. C'est tout d'abord le cas dans l'arrêt rendu le 3 mars 1964 par la chambre criminelle[3211]. En l'espèce, un individu avait pénétré dans une propriété pour s'y livrer au braconnage. Au cours de sa fuite, il se retourna à deux reprises pour tirer en direction des gardes qui le poursuivaient. Poursuivi pour voies de fait avec port d'arme, la partie civile avait formé un pourvoi en cassation, estimant que

[3206] En l'espèce, la victime atteinte à la victime a souffert d'une incapacité permanente révisible alors que cette incapacité était définitive pour l'autre victime, amputée de deux phalanges.
[3207] G. Levasseur, « Meurtre. Animus necandi », RSC 1993, p.773, Comm de Crim. 6 janvier 1993 : L'auteur précise qu'« on ne trouve guère de décisions écartant l'animus necandi ».
[3208] V. nos développements en *supra* n°470 et s.
[3209] V. notamment Cass., crim., 20 oct.1955, Bull. crim. 1955 n°415, n°4169 ; Cass., Crim.6 nov. 1956, Bull. Crim. 1956 n°708, n°2270/56.
[3210] V. nos développements en *supra* n°493.
[3211] Cass., crim. 3 mars 1964, Bull. crim. 1964 n°78, n°92.522/63

les faits emportent « *présomption de meurtre* ». La Cour de cassation valide l'interprétation, rappelant que le prévenu prétend n'avoir agi que par maladresse même si les violences exercées ont été volontaires, et que les juges du fond n'ont pas fait état d'une intention homicide. Le résumé publié au Bulletin criminel, énonce donc qu'« *aucune présomption d'intention homicide ne peut être déduite de la seule constatation que des coups de feu ont été tirés sur une personne sans l'atteindre* ». En l'espèce on avait donc l'utilisation d'une arme à feu, combinée à une répétition des coups. Toutefois, le cumul de ces deux éléments n'a pas été jugé suffisant en l'absence d'atteinte des victimes. Dans le cadre de ce qui aurait pu être une tentative de meurtre, difficile de dire si une partie vitale du corps de la victime était visée. En l'espèce, il peut sembler étonnant de constater que les juges semblent attribuer du crédit aux allégations du prévenu, la Cour de cassation prenant soin de les mentionner dans ses motifs. En effet, il est assez rare que les dénégations de l'auteur soient prises en compte[3212], toutefois en l'espèce, si la Haute juridiction prend la peine de mentionner ces propos, c'est en réponse au demandeur au pourvoi qui énonçait que le prévenu avait affirmé son intention homicide. Une autre illustration peut être donnée d'une présomption écartée, cette fois-ci concernant une victime effectivement atteinte par les coups de l'auteur. Il s'agit de l'arrêt de la chambre criminelle du 23 août 2006 mentionné plus tôt[3213]. Dans cette affaire, un individu avait fait heurter violemment à plusieurs reprises la tête de son épouse sur une surface dure. Etonnamment, la chambre de l'instruction avait écarté la présomption, estimant que « *cet élément reste en soi insuffisant pour caractériser une intention homicide* »[3214], ce que les magistrats de la Cour de cassation avaient par la suite validé eu égard à l'appréciation souveraine des juges du fond. Or, la solution rendue en l'espèce est tout à fait étonnante car en contradiction avec la jurisprudence antérieure qui dans des circonstances similaires avait retenu l'*animus necandi*[3215].On pourrait songer à un assouplissement de l'appréciation des conditions, mais il apparaît que la solution est restée à ce jour isolée. Il semble donc difficile, à l'étude de ces deux illustrations, de pouvoir tirer une conclusion générale et sûre sur les circonstances permettant d'écarter la présomption.

Concernant par ailleurs le renversement de la présomption, il est possible de donner une illustration d'un arrêt l'ayant retenu. La Cour de cassation par un arrêt du 8 janvier 1991[3216] valide l'interprétation de la cour d'appel qui avait exclu l'intention homicide. En l'espèce, à la suite d'une collision entre deux véhicules automobiles, leurs occupants se sont affrontés. Le passager de l'un d'entre eux a tenté d'extraire de l'autre l'occupant du véhicule, celui-ci lui a porté des coups de couteau à cran d'arrêt qui ont atteint le premier passager au cou et ont sectionné la veine jugulaire gauche et l'artère thyroïdienne inférieure. La cour d'appel, par un arrêt confirmatif, a retenu la qualification de violences avec arme. Les juges retiennent que « *les divers éléments de la cause ne démontrent pas la volonté du prévenu de donner la mort dès lors que le nombre de coups ne serait révélateur d'une telle intention que si le prévenu avait continué à en porter après cessation de la menace qu'il ressentait* ». De plus, « *les conditions dans lesquelles les coups ont été portés et la position de deux protagonistes ne permettent pas de retenir que l'atteinte précisément au cou de la victime ait*

[3212] Les auteurs le rappellent parfois : G. Levasseur, « Homicide volontaire. Animus necandi », Note sous Cass., crim. 18 juin 1991, RSC 1992 p.73; M. Véron, note sous Cass. crim. 18 juin 1991, Droit pénal, octobre 1991, n°277, p.4 ; P. Chambon, Note sous Cass, crim. 8 août 1981, JCP G 1982.II.19845.
[3213] Voir *supra* n°497.
[3214] Cass., crim., 23 août 2006, n°06-84.446.
[3215] Voir *supra* n°497 la comparaison avec l'arrêt Cass, crim. 6 janvier 1993 n°92-83.316.
[3216] Cass., crim., 8 janvier 1991, Bull. crim. 1991 n°14, n°90-80.075 note G. Levasseur, « L'élément intentionnel de l'homicide volontaire », RSC 1991, p.760 ; G. Levasseur, « L'élément moral du meurtre : l'animus necandi », RSC 1992, p.748 ; R. Croisier-Nérac, commentaire sous 8 janvier 1991, Dalloz 1992, p.115.

été recherchée et voulue, ses propos chargés d'agressivité ne sauraient être considérés comme l'expression d'une volonté d'homicide ». Ainsi, il semble bien que l'on ait ici une présomption renversée. L'utilisation d'une arme blanche, pour porter des coups répétés dans une partie vitale du corps de la victime semble en tout point coïncider avec le faisceau d'indices habituellement retenu en jurisprudence pour admettre la présomption d'intention homicide. La présomption est toutefois renversée, les juges retenant les éléments suivants comme preuve de l'absence d'intention : il n'y a pas de réel acharnement en ce que le prévenu a cessé ses coups une fois qu'il ne se sentait plus menacé par la victime, ses propos agressifs ne traduisent pas une telle intention et l'on ne peut admettre que la partie atteinte ait été réellement visée par l'auteur en raison de la position des protagonistes. Concernant la référence à la cessation des coups une fois la menace dissipée, le recours à cet argument peut laisser songeur. En effet, s'il y avait eu une réelle menace, ou du moins une menace putative, pour alors la question de la légitime défense n'a-t-elle pas été soulevée ? Il y avait certes peu de chances que le fait justificatif soit admis, mais alors pourquoi utiliser un tel argument pour renverser la présomption d'intention homicide ? En effet, l'auteur a pu avoir une telle intention le temps qu'il a porté les coups peu important qu'il ait fini par cesser d'en porter. L'acharnement aurait pu être déduit de la répétition des coups. Enfin, le dernier argument est à notre sens le plus intéressant. En effet, cet arrêt semble aller dans le sens de la proposition formulée plus tôt, demandant aux juges d'apprécier l'intention homicide eu égard, non plus seulement à la partie atteinte, mais d'identifier si celle-ci avait ou non été sciemment visée par l'auteur[3217]. L'avis d'experts sur la question aurait été utile pour résoudre l'affaire. Reste que la solution ainsi rendue reste au demeurant plutôt isolée. La doctrine a pu le souligner dans ses commentaires, dans des circonstances similaires la jurisprudence s'était autrefois prononcée en sens contraire[3218]. C'est le cas notamment dans un arrêt du 5 février 1957[3219] dans lesquels les circonstances résultant de plusieurs coups de couteau ayant atteint la victime dans le cou ont permis de retenir l'intention homicide. Un auteur estime ainsi que par cette décision la Cour de cassation « *se montre plus exigeante pour la preuve de l'intention de tuer qu'elle ne l'est habituellement* »[3220]. De la sorte, elle satisferait donc les auteurs, dont Monsieur le professeur Véron qu'elle cite, qui jugent la position traditionnelle trop sévère pour les délinquants. Toutefois la décision semble demeurer isolée, et l'on peine à trouver des exemples dans lesquels la Cour de cassation fait preuve d'autant de nuances dans l'appréciation des faits.

D'ailleurs on dénombre plus d'exemples dans lesquels la Haute juridiction a rejeté les tentatives des juges du fond d'exclure l'intention homicide. Dans les cas où les juges du fond avaient estimé que celle-ci pouvait être écartée, on note notamment l'affaire du 20 octobre 1955[3221]. En l'espèce, au cours d'une rixe, le prévenu avait tiré un coup de feu sur une première victime l'atteignant à la jambe droite, et un autre coup de feu atteignant une seconde victime à la main, entraînant une incapacité permanente révisible pour l'un et définitive pour l'autre amputé de deux phalanges. La cour d'appel avait exclu l'intention homicide eu égard aux circonstances, lesquelles, selon eux, donneraient quelque crédit à aux dénégations de l'auteur puisque celui-ci n'avait tiré que vers les membres des victimes. La Cour de cassation censure toutefois la solution rendue par les juges du fond, elle estime

[3217] Voir *supra* n°498.
[3218] G. Levasseur, « *L'élément intentionnel de l'homicide volontaire* », Comm. Crim 8 janvier 1991, RSC 1991, p.760 : il fait la comparaison avec Crim. 13 novembre 1990 n°89-87.077 car là aussi il y eut rixe mortelle entre automobilistes ; G. Levasseur, « L'élément moral du meurtre : l'animus necandi », RSC 1992, p.748, Comp. 8 janvier 1991 et 26 novembre 1991. Il incite à comparer avec Cass, crim. 8 août 1981, n°81-91263.
[3219] Cass., crim., 5 février 1957, Bull. Crim. 1957 n°110, n°4033/56.
[3220] R. Croisier-Nérac, commentaire sous 8 janvier 1991, Dalloz 1992, p.115.
[3221] Cass., crim., 20 octobre 1955, Bull. crim. 1955 n°415, n°4169

en effet que « *si le fait d'avoir blessé la victime en tirant sur elle des coups avec une arme à feu, n'implique pas nécessairement chez le prévenu l'intention de tuer, il n'en constitue pas moins une présomption grave de l'intention homicide* ». Ainsi, la Cour de cassation semble réduire les conditions de la présomption au simple usage d'une arme à feu dont le tir aura atteint la victime, peu important dans quelle partie du corps. Or, jusqu'alors, il apparaissait que la partie atteinte devait être considérée comme une partie vitale. L'atteinte dans les bras ou les jambes était même l'exemple type donnée par la doctrine pour illustrer l'hypothèse dans laquelle la présomption ne serait de toute évidence pas retenue[3222]. Les conditions d'application de la présomption semblent réduites à peau de chagrin, celle-ci devenant alors une présomption générale, non conditionnée par un quelconque élément de fait. Or une telle présomption ne devrait être l'apanage que du seul législateur, seul apte à rogner à ce point sur les droits des justiciables. L'arrêt conclut finalement que « *les juges du fond se sont ainsi abstenus de relever les circonstances de nature à faire échec à la présomption grave de l'intention homicide et d'écarter cette intention en termes formels* ». Or, la cour d'appel avait précisément cité les raisons de son rejet, évoquant que le fait de n'avoir atteint que les membres des victimes corroboraient les dénégations de l'auteur. Il semble alors difficile d'approuver la solution adoptée en l'espèce par la Haute juridiction. Cette jurisprudence ancienne, semble toutefois isolée, pourtant publiée au Bulletin criminel, elle n'a toutefois, à notre connaissance, pas été réitérée ultérieurement.

Pour ce qui est du renversement de la présomption les exemples sont plus nombreux. Sans doute parce que le champ des conditions d'application de la présomption est déjà suffisamment large pour prendre en compte la grande majorité des hypothèses. De simples dénégations de l'auteur sont généralement rapidement évacuées par la Cour de cassation, qui ne voit pas là d'éléments suffisants pour renverser la présomption d'intention homicide[3223]. Cette solution semble logique, mais l'on objectera que s'il est difficile pour le ministère public de prouver l'intention homicide, il est peut-être encore plus délicat pour l'auteur de prouver sa non-intention lorsque les apparences joueront contre lui. La technique scientifique pourrait peut-être venir à leur secours si les juges parviennent à apporter de la nuance à l'appréciation des faits, notamment en ce qui concerne la partie du corps atteinte par les coups en tenant compte de ce qui a pu être ou non intentionnellement visé[3224]. Ce qui pourrait être utile notamment dans des scènes de violences collectives comme des bagarres, les experts soulignant à ce propos qu'il est d'autant plus difficile de viser sciemment telle ou telle partie du corps de la victime dans ce type de circonstances. Plus étonnamment encore, la Cour de cassation dans un arrêt du 6 novembre 1956, rejette l'appréciation des juges du fond, qui à propos de l'individu ayant tiré à deux reprises avec une arme à feu en direction de son voisin qui prenait la fuite, sans toutefois l'atteindre, avait exclu l'intention homicide. Pour la Cour de cassation, « *si le fait de tirer deux coups de feu sur un adversaire n'implique pas nécessairement chez le prévenu l'intention de tuer, il n'en constitue pas moins une présomption grave de l'intention homicide* ». Or, « *aucune circonstance de nature à faire échec à cette présomption ne ressort des énonciations de l'arrêt* »[3225]. Mais huit ans plus tard, dans des circonstances similaires, la Haute juridiction avait estimé qu'« *aucune présomption*

[3222] A. Floquet, C. Roth, « L'intention homicide peut-elle découler d'une règle de droit ? », *op. cit.* : évoquant l'exclusion de la présomption : « faudrait-il que dans tous les cas l'agresseur fasse l'effort de ne viser que des parties non vitales, telles les bras ou les jambes […] ».

[3223] Cass. crim. 18 juin 1991 n°91-82033 note M. Véron, Dr. pén, octobre 1991, n°277, p.4.

[3224] A. Floquet, C. Roth, « L'intention homicide peut-elle découler d'une règle de droit ? », *op. cit.* : à propos de l'arrêt Cass., crim., 15 mars 2017, n°16-87.694 étudié précédemment. Les auteurs soulignent qu'il est d'autant plus difficile de viser sciemment telle ou telle partie du corps de la victime selon les circonstances, notamment dans des scènes de violences collectives comme des bagarres.

[3225] Cass., crim.6 novembre 1956, Bull. crim. 1956 n°708, n°2270/56.

d'intention homicide ne peut être déduite de la seule constatation que des coups de feu ont été tirés sur une personne sans l'atteindre »[3226].

Finalement on le constate, il est difficile d'écarter la présomption d'intention homicide. Son champ d'application est relativement large et souple, qui permet de s'adapter à la plupart des hypothèses. Et lorsqu'elle est ainsi acquise, il y a peu d'échappatoires pour celui à qui elle s'applique. Le caractère réfragable de la présomption semble ainsi n'être qu'une apparence, tel que la doctrine parle parfois d'une présomption devenue pratiquement irréfragable[3227]. Or, cela va à l'encontre des principes du droit pénal que sont l'interprétation stricte et surtout, la présomption d'innocence. Une telle création prétorienne de surcroît est inconstitutionnelle et ne devrait être admise dans notre droit telle qu'elle est appliquée aujourd'hui en jurisprudence. Certes, les difficultés de prouver un élément aussi essentiel aux qualifications pénales que l'intention homicide peuvent de prime abord justifier une adaptation de notre droit à ces exigences. Mais une application aussi stricte de la présomption d'*animus necandi* doit être déplorée. Certains auteurs ont dénoncé la position traditionnelle et plaidé pour plus de nuance dans l'application de la création prétorienne[3228]. Mais il semblerait que la majorité de la doctrine approuve la jurisprudence, qu'elle trouve justifiée eu égard aux difficultés probatoires engendrées par l'invisibilité de l'intention[3229].Un auteur explique à ce sujet qu'une appréciation plus souple de la Cour de cassation dans l'application de la présomption d'intention homicide serait même « *grave pour les victimes* », au vu de l'impossibilité à rapporter « *la plupart du temps, la preuve directe de l'animus necandi* »[3230]. Est-ce pour autant acceptable de sacrifier la présomption d'innocence sur l'autel du pragmatisme ? Il nous semble qu'apporter plus de nuances dans l'application de la présomption, grâce notamment, aux nouvelles données scientifiques serait un moyen de préserver cette aide à la preuve, déjà *contra legem,* sans pour autant la rendre inconstitutionnelle.

501. ***Le contrôle exercé par la Cour de cassation***. Le contrôle exercé par la Cour de cassation a une influence sur les solutions ainsi rendues. La chambre criminelle exerce en théorie un contrôle limité sur les décisions qui lui sont soumises dans le cadre de l'appréciation de l'intention homicide. A ce titre, elle rappelle souvent que les juges du fond disposent d'un pouvoir souverain d'appréciation des éléments constitutifs de l'infraction, précisant qu'il concerne également l'intention homicide[3231]. Cela s'explique par le fait que l'article L411-2 du code de l'organisation judiciaire prévoit

---

[3226] Cass., crim. 3 mars 1964, Bull. crim. 1964 n°78, n°92.522/63, v. développements à ce sujet en *supra* n°498.

[3227] A. Darsonville, « La preuve renversée : l'explosion des présomptions », *op. cit.* : Elle estime les présomptions de faits jurisprudentielles admises en droit pénale comme « presque irréfragables » ; A. Floquet, C. Roth, « L'intention homicide peut-elle découler d'une règle de droit ? », *op. cit.* : Pour eux, la « règle de droit » ainsi créée par la jurisprudence « ressemble fort à une présomption irréfragable ». ; M. Véron, Droit pénal, note sous Cass. crim. 22 mai 1989, comm. 56, déc. 1989 p.5 : Il parle d'une « preuve quasi irréfragable ». ; M. Véron, Droit pénal, octobre 1991, note sous Cass. crim. 18 juin 1991, n°277, p.4 : « Il faut bien reconnaître qu'en certaines circonstances l'accusé sera dans l'impossibilité d'établir l'absence d'intention homicide, et sûrement pas par de simples dénégations comme dans cette affaire » ; M. Véron, note sous Cass. crim. 26 novembre 1991, Droit pénal, mai 1992, n°120 p.7 : Une « présomption quasiment irréfragable » est ainsi retenue quand des coups ou des coups de feu sont portés sur une partie vitale du corps.

[3228] A. Floquet, C. Roth, « L'intention homicide peut-elle découler d'une règle de droit ? », *op. cit.* ; M. Véron, Droit pénal, note sous Cass. crim. 22 mai 1989, comm. 56, déc. 1989 p.5 ; M. Véron, Droit pénal, octobre 1991, note sous Cass. crim. 18 juin 1991, n°277, p.4 ; M. Véron, note sous Cass. crim. 26 novembre 1991, Droit pénal, mai 1992, n°120 p.7.

[3229] Y. Mayaud, « Assassinat ou violences mortelles ? Aller-retour sur une requalification… », RSC 2017, p.293 ; R. Croisier-Nérac, commentaire sous 8 janvier 1991, Dalloz 1992, p.115.

[3230] R. Croisier-Nérac, commentaire sous 8 janvier 1991, *précit.*

[3231] Cass., crim., 22 mai 1989, n°89-81.397 ; Cass, crim. 6 janvier 1993 n°92-83.316 ; Cass. crim. 18 juin 1991 n°91-82033 ; Cass., crim., 23 août 2006, n°06-84.446 ; Cass. crim. 26 novembre 1991.

que la Cour de cassation ne peut connaître du fond des affaires, lui laissant seulement la charge de l'examen du droit. Dans son rapport sur la preuve publié en 2012[3232], la Cour de cassation souligne la difficulté d'appliquer cette scission du droit et du fait à la matière pénale : « *les trois éléments d'une infraction sont intellectuellement indissociables – la « qualification », qui conjugue le fait et le droit, est la quintessence de l'œuvre répressive –, au point que, selon une formule consacrée, l'insuffisance de motifs ou leur contradiction équivaut à leur absence. En outre, le droit de la sanction est naturellement et entièrement d'ordre public, ce qui interdit pratiquement à la chambre criminelle d'adopter un contrôle dit « léger » […] Enfin la procédure criminelle tend à la manifestation de la vérité* »[3233]. La Cour de cassation laisse sous-entendre ainsi que la spécificité du droit pénal appelle une application peut-être moins stricte du principe selon lequel le contrôle exercé ne peut porter que sur le droit et justifie de la sorte la singularité des décisions rendues par la chambre criminelle par rapport à ses consœurs. Elle poursuit toutefois en précisant qu'elle s'applique à « *démêler très attentivement le droit et le fait, afin de ne pas se laisser entraîner à jouer le rôle de troisième degré de juridiction* »[3234]. Ce à quoi la doctrine ne semble parfois pas toujours croire. En effet, des auteurs ont pu souligner que dans certaines affaires, *« sous les atours d'une décision « simplement disciplinaire » [la Cour de cassation] s'est octroyé le pouvoir d'apprécier les faits* »[3235]. Un autre nous explique qu'en effet, la formation n'a pas les mains liées, puisque « *la Chambre criminelle conserve, par le biais du contrôle de qualification, un pouvoir de censure* »[3236]. En effet, la jurisprudence a consacré la formule selon laquelle « *l'appréciation des faits par les juges du fond n'est souveraine qu'autant qu'elle n'est pas en contradiction avec les faits constatés par la décision elle-même* »[3237]. La chambre criminelle a donc, par le biais du contrôle de qualification, la possibilité d'apprécier les faits contenus dans la décision attaquée[3238]. Dans son rapport sur la preuve, il est d'ailleurs précisé que si « *le taux de cassation est plus faible à la chambre criminelle (20 % en 2012, s'agissant des pourvois soutenus) que dans les autres formations de la Cour* », cela ne signifie pas que les Hauts magistrats ne procèdent pas à un contrôle exigeant des décisions qui lui sont soumises[3239]. Ainsi elle semble confirmer qu'elle conserve un véritable pouvoir de contrôle. Le magistrat Christian Guéry souligne ainsi que les Hauts magistrats veillent à ce que les juges du fond tiennent bien compte de la présomption d'intention homicide lorsqu'ils se prononcent[3240]. Lesquels seront systématiquement censurés lorsqu'ils ne justifieront pas ou pas suffisamment l'exclusion de ladite présomption[3241]. L'auteur explique également que la Haute juridiction censure les juridictions qui n'auraient pas suffisamment expliqué pourquoi elles ont retenu la présomption[3242]. Toutefois les exemples semblent ici bien moins nombreux, l'auteur lui-même n'en cite pas contrairement au contrôle inverse, ce que la Cour de cassation semble justifier par le fait que les juges du fond, portent « *naturellement* » une attention particulière à la motivation afin d'éviter la

[3232] Cour de cassation, *Rapport sur la Preuve*, 2012 p.132.
[3233] *Ibid.*
[3234] *Ibid.*
[3235] A. Floquet, C. Roth, « L'intention homicide peut-elle découler d'une règle de droit ? », *op. cit.*
[3236] R. Croisier-Nérac, commentaire sous 8 janvier 1991, *op. cit.*
[3237] Crim., 6 juin 1946, D. 1946, p. 306 Cass. crim. 28 juillet 1969, Bull. crim. n°239 ; Cass. crim. 2 avril 1979, Bull. Crim. n°131, n°79-90.032.
[3238] Tout fait nouvellement invoqué devant la Cour devant être écarté d'office par celle-ci. Pour une application dans une affaire concernant la qualification de l'intention homicide v. notamment Cass., crim. 3 mars 1964, Bull. crim. 1964 n°78, n°92.522/63.
[3239] Cour de cassation, *Rapport sur la Preuve*, *loc. cit.*
[3240] Ch. Guéry, *Le meurtre, op. cit.*, n°23.71.
[3241] Cass. crim 13 juin 1931 Bull. crim. n°169 ; Cass., crim., 20 octobre 1955, Bull. crim. n°415, n°4169 ; Cass., crim. 6 novembre 1956, Bull. crim. n°708, n°2270/56.
[3242] Ch. Guéry, *Le meurtre, op. cit.*, n°23.61.

cassation pour insuffisance de motifs[3243]. Reste que la chambre criminelle, à l'évidence très attachée à sa présomption, s'emploie, *via* le contrôle de qualification, à employer le reproche du manque de base légale ou de la contradiction de motifs afin d'entériner sa jurisprudence sur l'*animus necandi*. En revanche, on peut regretter qu'elle ne s'applique pas aussi rigoureusement les principes posés par la Conseil constitutionnel à propos du recours à la présomption de culpabilité[3244]. En effet, au vu de la jurisprudence ainsi étudiée, difficile d'admettre que la présomption prétorienne est toujours simple. La preuve contraire est si difficile à rapporter et si exceptionnellement admise que les droits de la défense peuvent s'en trouver également affectés.

502. ***Réforme de la Cour de cassation***. La réforme engagée par la Cour de cassation depuis 2014, laisse espérer le rendu de décisions plus éclairantes quant à la politique de la chambre criminelle sur l'appréciation de l'intention. En effet, le déploiement de la motivation enrichie depuis décembre 2018[3245] pourrait permettre une meilleure compréhension des décisions rendues par la chambre criminelle. Mais elle pourrait également inciter les Hauts magistrats à développer la réflexion sur l'appréciation de la preuve de l'intention, laquelle, semble parfois être devenue un automatisme, à la faveur de la répression. La jurisprudence gagnerait ainsi en cohérence, et les contradictions relevées précédemment ne trouveraient plus à se produire. Toutefois, un tel travail ne sera réservé qu'à certains cas de figure, comme lorsque l'arrêt procèdera à un revirement de jurisprudence, qu'il tranchera une question de principe ou encore par exemple lorsque la solution présentera un intérêt pour l'unité de la jurisprudence…[3246] Pas certain donc qu'une jurisprudence ainsi séculaire fasse bientôt l'objet d'une motivation enrichie.

2- La présomption et les autres infractions intentionnelles

503. ***Introduction*.** Si le meurtre est au cœur de l'attention lorsqu'il est question de présomptions prétoriennes d'intention, ce n'est toutefois pas la seule infraction pour laquelle la jurisprudence y a recours (**a**). On trouve en effet des présomptions d'intention dans divers domaines du droit pénal, mais le droit pénal des affaires semble être particulièrement une terre d'élection pour ce mécanisme probatoire (**b**).

a- L'intention présumée dans les autres infractions

504. La Cour de cassation affiche parfois clairement son recours aux présomptions, c'est ainsi qu'elle a pu présenter dans son rapport sur la preuve, les présomptions retenues dans le cadre de l'abus de biens sociaux et de la diffamation[3247].

505. ***Abus de biens sociaux*.** On retrouve notamment de telles présomptions dans le cadre de l'abus de biens sociaux. L'élément moral de l'abus de biens sociaux comporte un double dol. Les juges doivent démontrer non seulement un dol général, consistant en la « *mauvaise foi* » des dirigeants sociaux qui doivent avoir fait de leurs prérogatives *« un usage qu'ils savent contraire à*

[3243] Cour de cassation, *Rapport sur la Preuve*, *op. cit,* p.133.
[3244] Cons. const. 16 juin 1999 n° 99-411, relative à la loi n°99-505 du 18 juin 1999, *op.cit.*
[3245] Entretien avec Chantal Arens, JCP G, 30 mars 2020, n°13, pp.628-634.
[3246] Liste complète dans *Ibid.*
[3247] Cour de cassation, *Rapport sur la Preuve*, *op. cit,* p.167.

l'intérêt » de la société[3248]. Ainsi, « *Le dirigeant social doit donc avoir conscience du caractère délictueux de son comportement* »[3249]. Mais ils doivent démontrer de plus l'existence d'un dol spécial, qui cette fois-ci en est véritablement un[3250], puisqu'il s'agit d'un mobile, à savoir le fait d'avoir commis cet acte contraire à l'intérêt social « *à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle ils sont intéressés directement ou indirectement* »[3251]. Concernant le dol général, celui-ci n'est, comme à l'accoutumée, guère discuté en pratique, et il fait l'objet d'une jurisprudence particulière lorsque le prévenu est professionnel, comme c'est le cas pour l'abus de confiance[3252]. La Cour de cassation ayant toujours fait preuve de sévérité à l'encontre de ces derniers concernant la connaissance qu'ils devaient avoir des faits compte tenu de leur qualité[3253]. Ainsi, les manuels présentent la preuve de la mauvaise foi du dirigeant comme découlant souvent de la matérialité des faits[3254]. La connaissance du caractère illicite de l'acte s'applique de façon d'autant plus stricte que si l'adage nul n'est censé ignorer la loi peut s'appliquer au quidam, il doit d'autant plus sévèrement contraindre le professionnel, qui par son statut et ses compétences doit se tenir informé. Quant à la recherche de l'acte contraire à l'intérêt social, il semblerait donc que les juges aient recours à la preuve indiciaire classique. C'est du côté du dol spécial que l'on retrouve une présomption spécifique à l'incrimination, créée par la jurisprudence. En effet, si la charge de la preuve de l'intérêt personnel incombe en principe au ministère public, les magistrats s'accordent à dire qu'« *elle est néanmoins difficile à établir dans les hypothèses où la destination finale des fonds détournés demeure inconnue* »[3255].

506. ***Emergence de la présomption*****.** On situe généralement la naissance de la présomption en 1996. Intronisée par la jurisprudence Rosemain, le 11 janvier 1996[3256], elle a rapidement été confirmée dans un arrêt du 20 juin de la même année. Le premier de ces arrêts concernait le gérant de fait d'une société à responsabilité limitée qui avait fait constituer une « *caisse noire* » alimentée par les recettes de sa société, les fonds ayant servi à hauteur de 25 % de ce qui avait été accumulé à rémunérer des employés non déclarés. On passera sur la question de l'emploi des fonds dans un but illicite. Car l'intérêt de l'arrêt sur le plan de l'intention réside en ce que l'usage du surplus des fonds dissimulés est demeuré totalement inconnu. La Cour de cassation estime alors que « s*elon l'article 425, 4o, de la loi du 24 juillet 1966, s'il n'est pas justifié qu'ils ont été utilisés dans le seul intérêt de la société, les fonds sociaux, prélevés de manière occulte par un dirigeant social, l'ont nécessairement été dans son intérêt personnel* **»**. Le 20 juin 1996, elle confirme sa solution concernant un gérant de fait de deux sociétés ainsi que le gérant de droit de l'une d'entre elles ayant fait opérer des prélèvements occultes de 10% sur les recettes journalières des deux SARL. S'ils ont argué de leur emploi aux fins de payer des fournisseurs, la preuve n'en était toutefois pas rapportée. Leur « *utilisation exacte n'a pas pu être rapportée* », la Cour de cassation valide donc la solution rendue par les juges du fonds, rappelant « *Qu'en effet, à moins qu'il soit justifié de leur utilisation dans le seul*

[3248] C. comm., art. L. 241-3, 4° et 5° concernant les SARL, et art. L. 242-6, 3° et 4° concernant les SA.
[3249] A. Lepage, P. Maistre du Chambon, R. Salomon, *Droit pénal des affaires*, 6ème éd., Lexis Nexis, 2020, n°741.
[3250] Contrairement à l'*animus necandi* pour le meurtre, cf. nos réflexions en *supra* n°442.
[3251] C. comm., art. L. 241-3, 4° et 5° concernant les SARL, et art. L. 242-6, 3° et 4° concernant les SA.
[3252] V. nos développements en *infra* n°514 et s.
[3253] Cass., crim. 31 janv. 2007 note B. Bouloc, « Abus de biens sociaux : l'affaire Elf, note sous Cass. crim. 31 janvier 2007 », Rev. sociétés 2007 p.379 ; A. Darsonville, « La preuve renversée : l'explosion des présomptions », *op. cit.*
[3254] A. Lepage, P. Maistre du Chambon, R. Salomon, *Droit pénal des affaires*, *loc. cit.*
[3255] Cour de cassation, *Rapport sur la Preuve*, *op. cit,* p.167.
[3256] Cass. crim. 11 janvier 1996, n° 95-81.776, Bull. 1996 n°21, Jurisdata n°1996-000702.

intérêt de la société, les fonds sociaux prélevés de manière occulte par des dirigeants sociaux, l'ont nécessairement été dans leur intérêt personnel, direct ou indirect »[3257]. La Haute juridiction réitère ainsi la formule utilisée dans l'arrêt Rosemain, à la différence toutefois qu'elle a désormais exclu la référence, au demeurant superflue, au texte prévoyant l'incrimination[3258]. Ainsi dès lors que le dirigeant social aura prélevé ou fait prélever des fonds, leur usage étant demeuré inconnu, les juges présumeront qu'ils ont alors été utilisés à des fins personnelles. C'est donc de la dissimulation de l'acte matériel que sera présumée l'intention. Depuis 1996, la révélation d'un acte demeuré un temps invisible permettrait ainsi de saisir un dessein tout aussi invisible. L'origine de cette présomption serait toutefois un peu plus ancienne, puisque les auteurs évoquent souvent un arrêt de 1994 dans lequel la Cour de cassation avait déjà admis ce principe[3259]. En l'espèce, un dirigeant social avait été condamné pour abus de biens sociaux, sur le fondement d'un rapport d'expertise démontrant que la majorité des dépenses engagées sous le titre de frais de mission et de réception ou de frais de transport ou déplacement n'étaient pas justifiées. La Cour de cassation a alors validé la solution de la cour d'appel qui avait estimé « *qu'en l'absence de justification du caractère social des dépenses énumérées ci-dessus, le délit d'abus de biens sociaux se trouve caractérisé* »[3260]. Sans le dire expressément, la Cour de cassation posait dès lors les jalons d'une jurisprudence qui deviendra constante. Là encore, la présomption facilite la tâche des magistrats, qui n'ont plus à prouver l'intérêt personnel, mais seulement à démontrer la disparition de fonds sociaux et l'absence de justification y afférant. De la sorte, on retrouve là encore un déplacement de l'objet de la preuve, et non un véritable renversement comme certains ont pu le commenter[3261].

507. ***Application de la présomption.*** Si la majorité des affaires présentées se sont exercées dans le cadre de SARL, la présomption s'applique la même façon dans les autres types sociétés éligibles à l'abus de biens sociaux. Elle a d'ailleurs rapidement été appliquée aux sociétés anonymes[3262]. Ainsi, un auteur estime qu'« *Aucune raison valable ne fait obstacle à ce que des principes de solutions identiques soient retenus en présence d'une SA […] et même au-delà, on songe en particulier aux sociétés en commandite par actions, aux sociétés d'économie mixte ayant la forme de société anonyme, ou encore aux sociétés coopératives et aux sociétés civiles faisant publiquement appel à l'épargne* »[3263]. La jurisprudence a de la sorte été réitérée à de nombreuses reprises, souvent, les juges du fond ayant appliqué à la lettre la formule consacrée en 1996, la Cour de cassation n'a eu

---

[3257] Cass. crim., 20 Juin 1996, n° 95-82.078.

[3258] M. Segonds, « L'intérêt personnel du dirigeant qui prélève des fonds sociaux de manière occulte est présumé », D. 1999 p.159 : « *Véritable présomption de l'homme, au sens de la procédure civile, les indices recueillis par la partie poursuivante n'ont point besoin, pour être utilisés par le juge répressif, d'un support légal spécifique* ».

[3259] B. Bouloc, « L'utilisation des fonds sociaux dans un but illicite n'est pas nécessairement un usage délictueux, Cass., crim., 11 janvier 1996, « Rosemain », Rev. sociétés 1996 p.586 ; C. Ducouloux-Favard, « Caisses noires et abus de biens sociaux », LPA 3 avril 1996, n° 41, p. 23 ; B. Bouloc, « Le point... provisoire ? sur l'abus de biens sociaux », note sous Cass., crim 20 juin 1996, Bull. crim. n°271, D. 1996 p.589 ; B. Bouloc, « Le prélèvement occulte est présumé fait dans l'intérêt personnel », note sous Cass., crim., 9 juillet 1998. Jean B, Rev. sociétés 1998 p.821.

[3260] Cass. Crim. 28 novembre 1994, n°94-80.411.

[3261] J.-F. Barbièri, « Prélèvements occultes sur fonds sociaux : maintien d'une présomption d'intérêt personnel du dirigeant poursuivi », note sous Cass. crim. 20 juin 1996, Bull. Joly Sociétés, janv. 1997, n° JBS-1997-004, p. 18

[3262] Cass. crim., 18 juin 1998, n° 97-83.996 note M. Segonds, « L'intérêt personnel du dirigeant qui prélève des fonds sociaux de manière occulte est présumé », D. 1999 p.159.

[3263] M. Segonds, « L'intérêt personnel du dirigeant qui prélève des fonds sociaux de manière occulte est présumé », *op.cit.*

qu'à valider leurs raisonnements[3264]. Ainsi, l'intérêt personnel a pu être déduit de prélèvement de fonds dissimulés par des artifices comptables[3265], ou qui ne se retrouvent pas en comptabilité[3266], le versement de sommes en rémunération de prestations d'intermédiaires fictives, dont la destination finale était demeurée inconnue[3267], le versement de commissions frauduleuses déposées sur des comptes occultes pour en dissimuler la destination[3268], l'usage d'argent et de chèques tirés sur le compte de la société[3269], ou plus récemment, l'achat d'une quantité disproportionnée de bouteilles de champagne pour une société dont la raison sociale ou la taille n'en justifiait pas l'usage[3270].La jurisprudence a par ailleurs élargi le champ d'application de la présomption, laquelle ne concerne pas uniquement les prélèvements de fonds sociaux, mais également les prélèvements de biens sociaux, dans une affaire de 2008 à propos d'un détournement de stock de marchandises masqué par l'absence de tenue de comptabilité[3271]. De plus, elle a pu appliquer la présomption à l'hypothèse de l'encaissement de traites dont la société était bénéficiaire[3272], « *ce qui constitue davantage un détournement qu'un prélèvement stricto sensu* »[3273].

508. ***Appréciation de la présomption***. La présomption créée par la jurisprudence a pu apparaître contradictoire avec la *ratio legis* du texte d'incrimination. En effet, l'objectif poursuivi par le législateur en insérant un dol spécial était de restreindre le champ d'application de l'infraction aux seuls dirigeants sociaux indélicats, qui auraient cherché à satisfaire leurs propres intérêts au détriment de celui de la société qu'ils dirigeaient. Le professeur Vitu explique ainsi que le dol spécial « *se justifie par le souci de ne pas freiner l'esprit d'entreprise dans la vie des affaires, tout acte est à base d'intérêt personnel mais on veut ici que la recherche d'un avantage personnel n'aille pas à contre-courant de l'intérêt social* »[3274]. Toutefois, l'appréciation jurisprudentielle de cet intérêt personnel est si large que certains se sont posé la question du maintien du dol spécial dans l'incrimination, soulignant

---

[3264] V. not. Cass. crim., 14 juin 2006, n° 05-85.912 ; J.-H. Robert, « Abus de biens sociaux - La cour d'appel de Grenoble sait tout par cœur sur l'abus de biens sociaux », Dr. pén. n° 10, Octobre 2006, comm. 127 : « *L'intérêt de la décision tient dans la motivation de l'arrêt attaqué et que la chambre criminelle approuve « en l'état »* » ; Cass., crim., 9 Juillet 1998, n° 97-80.511 ; Cass. crim. 31 janvier 2007, « Affaire Elf », Rev. Sociétés 2007 p.379.

[3265] Cass. crim. 14 mai 1998, n°97-82.442, JurisData n°1998-003422, note B. Bouloc, « Régularité d'une requalification de corruption en recel d'abus de biens sociaux, et connaissance de l'origine délictueuse des fonds remis », Rev. sociétés 1998 p.806 ; J.-F. Barbièri, « Prélèvements occultes sur fonds sociaux : maintien d'une présomption d'intérêt personnel du dirigeant dans un contexte de répression renforcée », Bull. Joly Sociétés, nov. 1998, n°11, p.1145 ; M. Segonds, « L'intérêt personnel du dirigeant qui prélève des fonds sociaux de manière occulte est présumé », D. 1999 p.159.

[3266] Cass. crim. 27 mars 2002, Bulletin Joly Sociétés juillet 2002, n°7, p. 794.

[3267] Cass., crim., 14 Juin 2006, n°05-85.912 Jurisdata n°2006-034771.

[3268] Cass., crim. 31 janvier 2007, « Affaire Elf », Rev. Sociétés 2007 p.379, note B. Bouloc.

[3269] Cass., Crim. 13 déc. 2016, n°15-86.654, JurisData n°2016-026861, note R. Salomon, « Caractérisation du dol spécial de l'abus de biens sociaux », Droit des sociétés n°3, Mars 2017, comm. 53.

[3270] Cass., Crim. 30 janv. 2019 n°17-85.304, JurisData n°2019-001028, note J.-H. Robert, « Des hectolitres de champagne », Dr. pén. n° 3, Mars 2019, comm. 52 ; M.-Ch. Sordino, « Abus de biens sociaux et recel en famille... prenez garde aux présomptions ! », AJ Pénal 2019 p.207.

[3271] Cass. crim. 24 septembre 2008, n°08-80.872, Juris-Data n° 2008-045672. Note J.-H. Robert, « Abus de biens sociaux et présomption », JCP EA n° 4, 22 Janvier 2009, p.1073 ; J.-H. Robert « Abus de biens sociaux - À Bali, c'est parti », Droit pénal n° 1, Janvier 2009, comm. 10.

[3272] Cass. crim. 9 Juillet 1998, n° 97-80.511, note J.-F. Barbièri, « Abus de biens sociaux et irrégularités dans la gestion financière et comptable d'une entreprise : l'absence de profit pour le dirigeant ne détruit pas la présomption d'intérêt personnel », Bulletin Joly Sociétés déc. 1998, n° 12, p. 1257.

[3273] J.-F. Barbièri, « Abus de biens sociaux et irrégularités dans la gestion financière et comptable d'une entreprise : l'absence de profit pour le dirigeant ne détruit pas la présomption d'intérêt personnel », *précit.*

[3274] A. Vitu, *Droit pénal spécial*, Cujas, 1982, n°986.

au passage son rapprochement *de facto* avec l'abus de confiance[3275]. Outre une appréciation large de la notion d'intérêt, la présomption créée par la jurisprudence afin d'en simplifier la preuve permet en effet de retenir presque systématiquement la constitution de ce dol spécial. Exigée à titre de validité par la Cour de cassation, elle apparaît donc toutefois comme une simple formalité, « *presque administrative* » pour certains[3276].Si les conditions de la présomption sont claires et restreignent son champ d'application, en revanche il semble plus délicat, une fois ces conditions remplies de renverser la présomption[3277]. La formule consacrée énonce clairement le moyen d'échapper à ce mécanisme : « *justifié qu'ils ont été utilisés dans le seul intérêt de la société* »[3278], *« établir la preuve, […], de leur utilisation dans le seul intérêt de la société* »[3279]. Les éventuelles dénégations et autres explications non corroborées par des éléments de preuves concrets et fiables ne suffisent pas à renverser la présomption[3280]. En effet, les juges attendent du dirigeant social une grande diligence, il doit « se *prémunir et conserver des traces et preuves de l'origine des fonds sociaux utilisés et de leur affectation dès que les dépenses sont engagées* »[3281]. Et ce pour la totalité de la somme engagée, faute de quoi l'agent ne pourra échapper à la répression[3282].

Certains ont pu souligner la contrariété de cette jurisprudence stricte avec le principe de la présomption d'innocence[3283].Cette position a toutefois été nuancée par des auteurs qui considèrent que c'est au dirigeant social de se prémunir contre une telle présomption en adoptant une tenue irréprochable des comptes de la société[3284]. Ainsi, un auteur estime que « *le dirigeant n'avait qu'à satisfaire aux exigences légales tracées par la loi comptable, qui impose non seulement une inscription des recettes et des dépenses, mais encore des justificatifs sérieux de la réalité des opérations* »[3285]. De l'honnêteté dans la tenue des comptes dépendra l'*a priori* des juges sur la bonne ou mauvaise foi du

---

[3275] Ph. Conte, W. Jeandidier, *Droit pénal des sociétés commerciales*, Litec, 2004, n°288 ; J.-P. Brouillaud, « Faut-il supprimer la notion d'intérêt personnel dans la définition de l'abus de biens sociaux ? » D. 2008 p.375. ; W. Jeandidier, *Droit pénal des affaires*, Précis Dalloz, 6ème éd., 2005, n°276 ; J.-H. Robert, « Abus de biens sociaux et présomption, note sous Cass. crim., 24 sept. 2008, n° 08-80.872 », JCP EA n° 4, 22 Janvier 2009, 1073 : « Le renversement de la charge de la preuve établi par l'arrêt rapporté absorbe l'abus par disparition de biens sociaux dans l'abus de confiance : en effet, ce délit-ci ne comprend pas, parmi ses éléments constitutifs, la recherche d'un intérêt personnel, de sorte que le détenteur précaire le commet dès lors qu'il est incapable de représenter les biens à lui confiés ou de justifier qu'il les a employés à l'exécution de sa mission ».

[3276] J.-P. Brouillaud, « Faut-il supprimer la notion d'intérêt personnel dans la définition de l'abus de biens sociaux ? », D. 2008 p.375.

[3277] J.-F. Barbièri, « Prélèvements occultes sur fonds sociaux : maintien d'une présomption d'intérêt personnel du dirigeant dans un contexte de répression renforcée », Bulletin Joly Sociétés, novembre 1998, n°11, p.1145 : « Sans qu'il soit question de porter un jugement sur cette volonté de moraliser les pratiques d'affaires, force est de constater que les voies échappatoires encore laissées ouvertes par la Chambre criminelle sont, pour le moins, étroites ».

[3278] Cass. crim. 11 janvier 1996 n° 95-81.77, Bull. n°21, Jurisdata n°1996-000702.

[3279] Cass. crim., 14 Mai 1998, n° 97-82.442, JurisData n°1998-003422.

[3280] Cass. crim., 24 sept. 2008, n° 08-80.872 : Les explications confuses de la prévenues sur une reprise des marchandises par son fournisseur n'ayant pas été payées n'ont pas convaincu les juges.

[3281] M.-Ch. Sordino, « Abus de biens sociaux et recel en famille... prenez garde aux présomptions ! », *op.cit.*

[3282] Ce fut le cas dans l'arrêt Rosemain, le prévenu ayant pu justifier de l'usage de seulement 25% des sommes prélevées, cela était insuffisant pour les juges ayant retenu l'intérêt personnel pour les trois quarts de la somme restants.

[3283] J.-P. Brouillaud, « Faut-il supprimer la notion d'intérêt personnel dans la définition de l'abus de biens sociaux ? », *op. cit.* ; J.-F. Renucci, « La preuve de l'abus de biens sociaux, note sous 28 novembre 1994 », D. 1995 p.506 ; B. Bouloc, « La preuve de l'acte abusif dans l'abus de biens sociaux », Revue des sociétés 1996 p.105

[3284] J.-P. Brouillaud, « Faut-il supprimer la notion d'intérêt personnel dans la définition de l'abus de biens sociaux ? », *op. cit.*; B. Bouloc, « Le point... provisoire ? sur l'abus de biens sociaux, note sous Crim 20 juin 1996 Bull. crim n°271 », D. 1996 p.589 ; R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel*, *Procédure pénale*, Cujas, 4ème éd. 1989, p. 159, n° 129.

[3285] B. Bouloc, « Le point... provisoire ? sur l'abus de biens sociaux », *op. cit.*

professionnel[3286]. Un auteur va même plus loin dans la justification de la présomption, puisqu'il estime que « Prétendre que ce serait au juge à établir à quoi ont pu servir les fonds d'une caisse noire reviendrait à exiger des magistrats de fournir eux-mêmes les pièces d'une comptabilité qui, par définition, n'existe pas... »[3287]. Or c'est pourtant ce que l'on demande au dirigeant social indélicat, que sa mauvaise tenue des comptes soit intéressée ou non. L'invisibilité imposée aux juges sur l'emploi des fonds ou marchandises de la société est de la sorte jugée intolérable et justifie le recours à la présomption de culpabilité. Ainsi pour Claude Ducouloux-Favard, « *La clandestinité, intégrée dans la nature même de certaines infractions, ne peut servir à l'impunité qu'il s'agisse de la preuve à établir ou de la prescription à faire jouer* »[3288].

Par ailleurs, d'un point de vue formel, les conditions posées par les juridictions supérieures de l'ordre interne ou européen, semblent remplies. Le premier critère de réfragabilité de la présomption est bien respecté puisque celle-ci est en l'espèce clairement présentée comme susceptible de preuve contraire. Les droits de la défense semblent donc respectés de la sorte[3289]. Reste que la possibilité théorique de rapporter la preuve contraire est contredite par les difficultés pratiques à faire admettre sa bonne foi. Enfin sur la question de la vraisemblance de la présomption, imposée par le Conseil constitutionnel[3290], la doctrine semble plutôt abonder dans le sens du respect de cet exigence. En effet, plusieurs auteurs ont expressément reconnu le caractère vraisemblable de l'utilisation à des fins personnelles des fonds ou biens sociaux prélevés de manière occulte par le dirigeant social[3291], l'absence de comptabilité les concernant ayant de grandes chances d'être contraire à l'intérêt social.

Finalement, on retrouve là encore une présomption dont il est difficile de s'extriquer une fois constituée. Si son champ d'application semble plus restreint, la sévérité dans son application est cependant renforcée par la qualité des prévenus.

509. ***Diffamation.*** La diffamation est également l'un des exemples les plus couramment cités concernant les présomptions prétoriennes d'intention.

510. ***Nature de la faute.*** La loi du 29 juillet 1881 n'a pas précisé la nature de l'infraction[3292]. Toutefois, la jurisprudence, avant même la création de l'article 121-3 du Code pénal, a déclaré que la diffamation était un délit intentionnel[3293]. Pour pouvoir entrer en condamnation, les

---

[3286] M. Segonds, « L'intérêt personnel du dirigeant qui prélève des fonds sociaux de manière occulte est présumé », *op. cit.*; F. Le Gunehec, « L'abus de biens sociaux », Gaz. Pal. 9 et 13 août 1996, p. 14 et 17 ; J.-H. Robert, Dr. pén. 1996, Comm. n° 108.

[3287] C. Ducouloux-Favard, « Caisses noires et abus de biens sociaux », LPA 3 avril 1996, n° 41, p. 23

[3288] *Ibid*. Concernant la prescription v. nos développements en *supra* n°224 et s.

[3289] Cass. crim., 14 juin 2006, n° 05-85.912, Juris-Data n° 2006-034772 : La Cour de cassation a rejeté le pourvoi formé par le dirigeant social contestant la présomption jurisprudentielle sur le fondement de l'article 6§2 de la CSDH.

[3290]V. nos développements en *supra* n°472.

[3291] J.-F. Barbièri, « Prélèvements occultes sur fonds sociaux : maintien d'une présomption d'intérêt personnel du dirigeant poursuivi », Bulletin Joly Sociétés, janv. 1997, n°JBS-1997-004, p.18 ; M. Segonds, « L'intérêt personnel du dirigeant qui prélève des fonds sociaux de manière occulte est présumé », *op. cit.*

[3292] Art. 29 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse : « *Toute allégation ou imputation d'un fait qui porte atteinte à l'honneur ou à la considération de la personne ou du corps auquel le fait est imputé est une diffamation* ».

[3293]Cass. crim. 10 octobre 1973, n° 72-93.453, Bull. crim. n°352; Cass. crim. 12 févr. 1969, n°68-91.116, Bull. crim. n° 74; Cass. crim. 3 mai 1966, n° 65-90.515, Bull. crim. 1966, n° 133; Cass. crim. 16 mars 1993, n° 91-81.819, Bull. crim. n°115; Cass. crim. 24 janv. 1967, n°66-90.086, Bull. crim. n° 36; Cass. crim. 26 juin 1968, n°68-90.074, Bull. crim. n°210; Cass., crim. 24 févr. 1966, n°64-92.614, Bull. crim. n° 72.

juges doivent donc établir la mauvaise foi de l'agent ayant tenu ou écrit des propos portant atteinte à l'honneur ou la considération d'autrui. Là encore, face aux difficultés résultant de l'invisibilité de l'intention, la jurisprudence a eu tendance à interpréter la faute de façon large afin de pouvoir entrer en condamnation. Mais cette interprétation a franchi les frontières du raisonnable puisqu'elle a retenu des formulations s'apparentant plutôt à l'imprudence, reprochant au prévenu de n'avoir pas prouvé que toutes les précautions avaient été prises pour vérifier la véracité des propos tenus[3294].

511. ***Emergence de la présomption***. En plus d'un élargissement de la notion d'intention, la jurisprudence a recours à la présomption en ce qui concerne le dol général[3295]. A la différence de l'article 35, la présomption résulte bien ici de l'interprétation de la jurisprudence, qui estime que l'imputation diffamatoire est réputée de droit, faite avec l'intention de nuire[3296], puisque l'auteur des propos ne peut qu'avoir conscience du caractère infâmant des propos tenus ou écrits. En effet, la Cour estime que les « *les termes employés [sont] par nature lésionnaires* »[3297], ainsi, « *puisque la caractérisation de l'atteinte à l'honneur ou à la considération se fait in abstracto, la personne qui formule l'allégation ou l'imputation ne peut ignorer la portée de ses propos* »[3298]**.** De la sorte, la Cour de cassation estime qu'il n'est pas nécessaire que les juges du fond constatent expressément la mauvaise foi du prévenu pour pouvoir entrer en condamnation[3299]. Il incombe donc à celui-ci de rapporter la preuve de sa bonne foi[3300].

512. ***Nature de la présomption***. La jurisprudence a ainsi dès l'origine présenté sa présomption comme susceptible de la preuve contraire. Toutefois, on relève là encore les difficultés pratiques éprouvées par le prévenu pour opérer ce renversement de la présomption, ce que la doctrine a pu dénoncer de longue date[3301]. Les hypothèses rejetées par la jurisprudence sont en effet très nombreuses, on citera par exemple, la croyance à la réalité des faits allégués[3302], la vraisemblance des faits imputés[3303], l'absence d'animosité personnelle[3304]... La Cour de cassation a en réalité précisé les hypothèses dans lesquelles elle admet la bonne foi du prévenu. Ce qui d'ailleurs interroge quant à la nature de la présomption, laquelle, si elle n'admet qu'une liste préétablie de preuves contraires

---

[3294] Cass. crim 23 mai 1995, Bull. crim. n°191, Dr. pén. 1996 comm 8 ; Paris, 17 févr. 1999, Dr. pén. 1999 comm 100 ; Cass. crim. 16 mars 2004 Bull. crim. n°66, Dr. pén. 2004 comm 123 : « suppose alors de prouver que toutes précautions ont été prises pour vérifier la véracité de ce que l'on affirme »

[3295] Cass. crim. 3 mai 1966, nº65-90.515 ; Cour de cassation, *Rapport sur la Preuve,* 2012 p.168 : elle évoque la notion de présomption de mauvaise foi concernant la diffamation.

[3296] Cass., crim., 15 janv. 1869, D.P. 1869, I, 380 ; Cass. crim., 16 déc. 1986, n°85-96.064, Bull. crim. n°374; 12 juin 1987, n°86-90.410, Bull. crim. n°247; Cass. crim.7 nov. 1989, n°86-90.811, Bull. crim. n°403; 29 nov. 1994, n°92-85.281, Bull. crim. n°382; Cass. crim. 16 mai 1995, n°93-83.690, Bull. crim. n°175; Cass., crim. 22 oct. 2002, n°01-88.338; Cass. crim 4 déc. 2007, n°06-87.444, Bull. crim. n°301.

[3297] Cour de cassation, *Rapport sur la Preuve*, 2012 p.168 elle évoque la notion de présomption de mauvaise foi concernant la diffamation : Crim., 15 janvier 1869, D.P. 1869, I, 380

[3298] S. Détraz, « Diffamation », Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, octobre 2017, n°118.

[3299] Cass. crim. 12 juin 1987, nº 86-90.410, Bull. crim. nº 247.

[3300] Cass. crim. 7 nov. 1989 n°86-90.811 ; Cass. crim. 16 mai 1995, n°93-83.690. Cass. crim. 24 nov. 1994 n°92-85.281 ; Cass. crim 2 mars 1978, Bull. crim. n°82 ; crim. 2 déc. 1980, Bull. crim. n°328 ; Cass. crim 26 nov. 1991 Bull. crim. n°438 ; Cass. crim. 5 oct. 1993 Bull. crim. n°276 ; Cass. crim 26 mars 1996, Bull. crim. n°134 ; Cass. crim 9 déc. 1997, Dr. pén. 1998 comm. 48 ; Cass. crim 11 avril 2012, Bull. crim. n°92.

[3301] Ph. Merle, *Les présomptions légales en droit pénal*, thèse Paris 1970, n°93.

[3302] Cass. crim. 16 mars 1948, Bull. n°93 ; Cass. crim. 18 mai 1954, Bull. n°186, JCP G 1954.II.8.247 note A. Chavanne ; Cass. crim. 16 mars 1948, Bull. n°96 ; Cass. crim 20 juin 1952 Bull. crim. n°159, D. 1953 somm 30 ; Cass. crim. 3 juin 1975, Bull. crim. n°142 ; Cass. crim. 14 avril 1992 Bull. crim. n°162.

[3303] Cass. crim. 6 mars 1952, D.1952 p.340.

[3304] Cass. crim 3 novembre 1955, Bull. crim. n°451 ; Cass. crim. 19 octobre 1960, Bull. crim. n°460.

s'apparente plus à une présomption mixte[3305] qu'à une présomption simple. Elle a dans un premier temps admis l'*exceptio veritatis* comme permettant le renversement de la présomption[3306]. Puis a délaissé cette solution puisqu'elle n'a « *pas pour effet rationnel de supprimer l'intention : l'auteur a toujours la volonté de diffamer autrui (sauf à admettre que la vraie diffamation soit la calomnie)* »[3307]. Selon la formule consacrée aujourd'hui, la Cour n'admet le renversement de la présomption « *qu'en présence de faits justificatifs de nature à faire admettre la bonne foi* »[3308]. Or, il ne s'agit là bien que de faits justificatifs, de même pour *l'exceptio veritatis* autrefois admise[3309], comment peut-on alors prétendre que la présomption soit dès lors susceptible de la preuve contraire ? Le fait justificatif ne vient en effet pas effacer la constitution de l'élément moral et plus précisément de la culpabilité, mais seulement l'excuser. La jurisprudence se défend toutefois de toute irréfragabilité[3310], et a à ce titre exclu le grief de l'inconventionnalité de sa solution à plusieurs reprises[3311]. Elle de même refusé à plusieurs reprises de transmettre une question prioritaire de constitutionnalité sur ce point au Conseil constitutionnel, estimant que« *cette question ne présente pas, à l'évidence, un caractère sérieux, dès lors que si les imputations diffamatoires visées par la disposition légale critiquée impliquent par elles-mêmes l'intention de nuire, une telle présomption ne revêt pas un caractère irréfragable, le prévenu ayant la faculté de démontrer l'existence de circonstances particulières de nature à le faire bénéficier de la bonne foi* »[3312]. Il faut toutefois préciser que la jurisprudence a une acception particulière de la bonne foi dans ce domaine. En effet, dans son rapport sur la preuve, la Cour de cassation précise que « *la bonne foi suppose, pour être accueillie, la réunion de quatre éléments cumulatifs : la légitimité du but poursuivi, l'absence d'animosité personnelle, la prudence et la mesure dans l'expression et, enfin, le sérieux de l'enquête* »[3313]. Ainsi elle ne correspond pas à l'absence d'intention telle qu'admise habituellement en droit pénal général, ce qui confirme à nouveau que la bonne foi doit dans ce domaine être appréhendée comme un fait justificatif, selon l'expression de Monsieur le professeur Détraz, « *un fait justificatif spécial praeter legem* »[3314].

[3305] Car elle ne peut être combattue que par certaines preuves limitativement énumérées : V. à ce sujet E. Vergès, G. Vial, O. Leclerc, *Droit de la preuve*, *op. cit.,* n°249 et 253.

[3306] Cass. crim. 27 juin 1967, Bull. crim. n°193 p.460 ; RSC 1947 note L. Hugueney p.229 ; A. Chavanne note sous Cass. crim. 18 mai 1954, JCP 1954 II.8.247 ; Ph. Merle, *Les présomptions légales en droit pénal*, *op.cit.,* n°91 et S. Détraz, « Diffamation », Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, octobre 2017, n°122.

[3307] S. Détraz, « Diffamation », Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, *op. cit. loc. cit.*

[3308] Cass. crim. 22 oct. 2002 n°01-88.338 ; Cass. crim. 16 déc. 1986 n°85-96.064 ; Cass. crim. 3 mai 1972, nº71-92.011, Bull. crim. nº151.

[3309] V. à ce propos : S. Détraz, « Diffamation », Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, *op. cit. loc. cit.*

[3310] Cass. crim 24 octobre 1972, Bull. crim. n°303.

[3311] Cass. crim. 16 mars 1993 n°91-81.819, Bull. crim. n°115 ; Cass. crim 25 nov. 2003, Dr. pén. 2004 comm. 62 ; Cass. crim. 6 mai 2014, nº14-81.189 QPC ; Comp. Cass. crim. 31 mai 2010, nº09-87.578; Cass. crim. 6 janv. 2015, nº14-81.189; Cass. crim. 5 oct. 1999, nº 97-82.379; Cass. crim. 16 mars 1993, nº91-81.819

[3312] Cass. crim., 13 mars 2012, n°11-90.123 ; A. Lepage, Comm. com. électr. n°6, juin 2012, p. 38-39.
V. également Cass. crim., 31 mai 2010, n° 09-87.578 : « la question posée ne présente pas un caractère sérieux en ce qu'elle tend, en réalité, non à contester la constitutionnalité des dispositions qu'elle vise, mais l'interprétation qu'en a donné la Cour de cassation au regard du caractère spécifique de la diffamation » et Cass. crim., 21 juin 2011, n°11-90.046 : « ne présente pas, à l'évidence, un caractère sérieux, dès lors que la présomption d'imputabilité de l'élément moral de l'infraction à l'auteur des propos incriminés, qui est inhérente aux dispositions en cause, est dépourvue de tout caractère irréfragable, qu'elle ne fait pas obstacle à l'exercice des droits de la défense et ne contrevient pas au principe du procès équitable ».

[3313] Cour de cassation, *Rapport sur la Preuve*, *op. cit.,* p.169-170.

[3314] S. Détraz, « Diffamation », Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, *op. cit*., n°123.

b- Le dol général présumé pour les professionnels

513. ***Introduction***. Le droit pénal des affaires présente une particularité dans le sort qui est réservé à l'appréciation du dol général. En effet, la Cour de cassation se montre particulièrement sévère à l'égard des professionnels visés par les textes d'incrimination. Cette catégorie d'auteurs fait l'objet d'une présomption, qui sans dire son nom, permet aux juges d'entrer presque systématiquement en condamnation. Un auteur a pu ainsi souligner que « *le droit pénal économique constitue une source féconde de présomption de culpabilité pesant sur les chefs d'entreprise* » tirée de la connaissance des prescriptions légales attendue pour cette catégorie d'individus[3315].

514. ***Exemple de l'abus de confiance***. L'abus de confiance, contrairement à son homologue du droit pénal des sociétés n'est constitué que d'un dol général. Il suppose que l'agent ait eu connaissance du caractère précaire de sa détention, mais s'est toute de même employé à violer les conditions de celle-ci, au risque, conscient, de causer un préjudice au véritable propriétaire. La jurisprudence déduit parfois l'intention lorsque l'acte « *s'inscrit dans un contexte empreint de clandestinité, prélude usuel d'une dissipation à venir* », ainsi du chef d'entreprise ayant recours à l'établissement de fausses factures lui permettant l'octroi de rétributions de surcroît perçues de manière occulte[3316]. La solution semble ici légitime, car corroborée par les précautions prises par le professionnel pour dissimuler ses actes. Cependant, force est de constater la grande tolérance dont la Cour de cassation fait preuve à l'égard des juges du fond lors de la caractérisation de cette intention. La doctrine rappelle souvent le peu d'exigence[3317], voire le « *laxisme* »[3318], dont la Haute juridiction fait preuve à ce propos. La formule retenue par la Cour de cassation laisse en effet une large marge de manœuvre aux juges du fond : « *Attendu qu'il n'est pas nécessaire pour établir légalement le délit d'abus de confiance que l'intention frauduleuse soit expressément constatée ; qu'il suffit qu'elle puisse s'induire des circonstances retenues par le juge ou de la constatation même du fait dans les termes employés par la loi »*[3319], ou encore dans sa formulation plus récente « *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* »[3320]. La formule ainsi retenue présente l'avantage certain pour les juges de n'avoir pas besoin de réellement justifier leur solution grâce au recours fallacieux à l'adverbe « *nécessairement* ». La doctrine des plus autorisées s'en est d'ailleurs émue, critiquant sévèrement l'usage de cette expression[3321]. La facilité et le manque de rigueur inhérents à cette formule semblent de plus en totale contradiction avec le souhait contemporain d'une meilleure motivation des décisions. Celle-ci semble en effet désormais *contra*

[3315] P. Morvan, « L'irrésistible ascension de la faute caractérisée », *op.cit*., p. 443.
[3316] M. Véron, G. Beaussonie, *Droit pénal des affaires, op.cit*., n°112 se référant à Cass. crim. 15 déc. 2004, n°03-86.646, Bull. crim. n°320.
[3317] M. Véron, « Rappels sur la remise à titre précaire et la constatation de l'élément intentionnel », Droit pénal n°9, sept. 2009, comm. 108, Note sous Cass. crim., 8 avr. 2009, n°08-83.981 et Cass. crim., 12 mai 2009, n°08-87.418 ; R. Ottenhof, « Abus de confiance. Détournements commis par des mandataires. Nécessité de l'élément intentionnel », RSC 1995 p.820.
[3318] A. Lepage, P. Maistre du Chambon, R. Salomon, *Droit pénal des affaires*, *op.cit*., n°248.
[3319] Cass. crim. 28 avril 1934, Gaz. Pal. 1934.II.93, Note Caillaud.
[3320] Cass. crim. 12 mai 2009, n°08-87.418, Jurisdata n°2009-048280.
[3321] M. Véron, « Rappels sur la remise à titre précaire et la constatation de l'élément intentionnel », *précit.*

legem. En plus de déduire presque systématiquement l'intention du détournement[3322] – et donc de la constitution de l'élément matériel– en application de cette solution les juges ont dès l'origine déduit de la qualité de certains prévenus, l'existence du dol général. A donc de la sorte émergé une présomption d'intention dès lors que l'on se trouve en présence d'un professionnel. La Cour de cassation n'a jusqu'alors pas admis avoir recours à ce mécanisme probatoire. Toutefois, la doctrine s'entend sur le point de dire qu'il ne s'agit plus là du recours habituel à la preuve par indices, mais d'une véritable présomption[3323]. En effet, dès lors que le prévenu est un professionnel, l'intention semble présumée. Ainsi un auteur observe à propos de l'arrêt de 2010 que « *L'élément moral du délit découlait en conséquence presque de leur seule qualité* »[3324].

515. ***Réfragabilité.*** Cette présomption implicite présente de plus l'inconvénient de son difficile renversement par les justiciables concernés. En effet, la rigueur sur ce point contraste avec la souplesse en amont soulignée. Le professionnel aura du mal à faire admettre sa bonne foi une fois la présomption retenue[3325]. Ainsi, quand l'hypothèse est celle d'un professionnel, il semble que celui-ci ne puisse s'exonérer de sa responsabilité qu'en recourant à la force majeure, voire à l'erreur de droit. Or, la jurisprudence n'admet ces causes exonératoires que très rarement[3326]. Ces solutions ont même amené la doctrine à parler d'une présomption presque irréfragable[3327]. Or, on en revient là encore avec la contradiction de la jurisprudence sur la présomption avec les critères posés par le Conseil constitutionnel et la CEDH. Rares sont les exemples dans lesquels les professionnels peuvent donc exclure leur culpabilité[3328].

516. ***Nature de la culpabilité.*** Enfin, le point le plus problématique dans l'appréciation de l'intention est le dévoiement opéré par la jurisprudence sur la nature de la culpabilité requise par l'incrimination. En effet, si l'article 314-1 du Code pénal ne le précise pas, en l'absence de mentions contraires, l'article 121-3 pose le principe du caractère intentionnel pour cette infraction, comme tout autre délit. On ne peut donc admettre l'interprétation du texte consistant à expliquer l'intention comme la prévisibilité ou la conscience de l'éventualité de causer un préjudice[3329]. Or, concernant les professionnels, la jurisprudence a tendance à avoir recours à des formules faisant

---

[3322] Cass. crim. 12 mai 2009, n°08-87.418 ; Cass. crim., 12 Mai 2009, n°08-87.418, JurisData n°2009-048280 ; Cass. crim. 28 avril 1934, Gaz. Pal. 1934.II.93. Note Caillaud.

[3323] M. Véron, G. Beaussonie, *Droit pénal des affaires*, 13ème éd., 2022, Dalloz Cours n°112 ; A. Lepage, P. Maistre du Chambon, R. Salomon, *Droit pénal des affaires*, *op. cit.*, n°248 ; J. Lasserre-Capdeville, « Nouvelles précisions sur le délit d'abus de confiance », D. 2010 p.2820.

[3324] J. Lasserre-Capdeville, « Nouvelles précisions sur le délit d'abus de confiance », *précit.*

[3325] Cass. crim 23 mars 1977, Bull. crim. n°108, Cass. crim. 20 juin 1984, Bull. n°233 ; Cass. crim 10 mai 1990, n°89-83.004 Bull. n°179 ; Cass. crim 17 novembre 2004, M. Véron, « Les évènements postérieurs au détournement sont inopérants », Dr. Pén., 2005 comm. 78.

[3326] A propos de la force majeure : Cass. crim. 12 juillet 1956, Bull. n°259 ou encore Cass. crim. 11 octobre 1993 Bull. n°282 ; B. de Lamy, « Le fait de prendre sciemment le risque de ne pouvoir représenter la chose confiée caractérise l'élément intentionnel de l'abus de confiance », D. 1999 p.157 ; Sur les conditions strictes retenues par la jurisprudence concernant la force majeure et l'erreur de droit : A. Lepage, P. Maistre du Chambon, R. Salomon, *Droit pénal des affaires*, *op. cit.,* n°249. V. égal M. Daury-Fauveau, « Les délits intentionnels à intention présumée », i*n Mélanges en l'honneur du professeur Nicole Decoopman. Les frontières du droit*, CEPRISCA, 2014, p.181.

[3327] J. Lasserre-Capdeville, « Nouvelles précisions sur le délit d'abus de confiance », *op. cit.*

[3328] Cass. crim. 10 avril 1995, Jurisdata n°002166, Dr. Pén. août-septembre 1995, n°8-9, n°197.

[3329] B. de Lamy, « Le fait de prendre sciemment le risque de ne pouvoir représenter la chose confiée caractérise l'élément intentionnel de l'abus de confiance », Dalloz 1999 p.157 : « Certains auteurs considèrent que l'élément psychologique du délit ne réside pas dans la volonté de causer un préjudice, mais dans la prévisibilité de sa réalisation, dans la conscience de son éventualité (v. not. W. Jeandidier, *Droit pénal des affaires*, *op.cit.*, n° 19) ».

glisser la culpabilité du côté de l'imprudence. La première occurrence notable de ce glissement remonte à un arrêt de 1997. En l'espèce, la prévenue était mandatée par la compagnie Air France pour émettre des titres de transports auprès d'agences ayant obtenu un agrément, à charge de remettre à ladite société le produit de la revente de ces titres de transport. Elle avait émis des titres au profit d'une agence de voyages qui était alors en redressement judiciaire et avait perdu son agrément, elle a ainsi été dans l'impossibilité de respecter ses engagements pour les billets vendus. Les juges du fond lui reprochent de ne pas avoir préalablement vérifié la solvabilité de l'agence de voyages. La Cour de cassation valide le raisonnement de ces derniers, estimant que « dès *lors que la demanderesse a disposé des titres de transport comme des siens propres, dans des conditions dont elle devait prévoir qu'elles l'empêcheraient de les rendre ou d'en restituer la valeur à son mandant, la cour d'appel a caractérisé en tous ses éléments, tant matériels qu'intentionnel, le délit d'abus de confiance dont elle l'a déclarée coupable* »[3330]. La solution a été réitérée, et de manière encore plus explicite dans une affaire du 30 juin 2010, puisque la Cour de cassation retoque les juges du fond ayant écarté l'intention du trésorier et du trésorier adjoint d'une société métallurgique ayant outrepassé leurs mandat en faisant profiter à des salariés de prêts sociaux alors que plus d'un tiers d'entre eux ne pouvaient juridiquement y prétendre, et ce pour un montant global dépassant celui prévu pour l'aide sociale. Elle renvoie expressément « *à la conscience qu'avaient nécessairement les prévenus, du fait de leurs fonctions au sein du comité d'entreprise* »[3331]. Les juges reprochent de la sorte aux prévenus d'avoir pris un risque sciemment, or, compte tenu de leur qualité, ils estiment qu'ils auraient dû en prévoir les conséquences, voire qu'ils avaient nécessairement prévu celles-ci. Il y aurait donc là une prise de risque consciente. Or, cette situation semble plutôt correspondre à l'hypothèse de l'imprudence qu'à celle d'une véritable intention. Les juges du fond semblent d'ailleurs se perdre en justifiant de la constitution de l'élément moral de l'infraction dans l'arrêt de 1997. Monsieur le professeur Ottenhof souligne ainsi que « *la formule de la cour d'appel aux termes de laquelle la gérante « a sciemment pris le risque de ne pouvoir représenter » est ambiguë, en ce qu'elle oscille entre le dol spécial (sciemment) et le dol éventuel (la prise de risque)* »[3332]. La majorité de la doctrine perçoit toutefois bien le recours au dol éventuel dans cette solution jurisprudentielle[3333]. Certes, la nature de la notion de dol éventuel a fait l'objet de discussions quant à sa nature, mais la position majoritaire en France reste celle de l'imprudence[3334]. Cette hésitation fait le jeu de la Cour de cassation puisque ces hésitations sur sa nature pourraient légitimer sa prise de position en faveur du caractère intentionnel du dol éventuel. Il demeure que la jurisprudence assimile cette imprudence, la plus lourde, à une intention lorsqu'elle a été commise par un professionnel, élargissant ainsi le champ d'application de l'abus de confiance. C'est bien pour cette raison que dès l'origine de cette jurisprudence, les commentateurs ont, à juste titre, majoritairement dénoncé ce dévoiement de l'élément moral de l'abus de confiance. En effet, dans une matière régie par le principe de l'interprétation stricte, on ne peut tolérer une jurisprudence qui ferait

---

[3330] Cass. crim 3 juillet 1997 n°96-85144, Bull. n°265, R. Ottenhof, «Abus de confiance. Notion de détournement. Impossibilité de restituer », RSC 1998, p.552 ; B. de Lamy, « Le fait de prendre sciemment le risque de ne pouvoir représenter la chose confiée caractérise l'élément intentionnel de l'abus de confiance », D. 1999 p.157, Dr. Pén. 1998 comm. 15, M. Véron ; RTD Com 1998 p.426 note B. Bouloc ; LPA 1998 n°107 p.10 N. Rontchevsky.

[3331] Cass. crim. 30 juin 2010 n°10-81.182

[3332] R. Ottenhof, « Abus de confiance. Notion de détournement. Impossibilité de restituer », Note sous Cass. Crim 3 juillet 1997, n°96-85144, RSC 1998 p.552.

[3333] J. Larguier, Ph. Conte, *Droit pénal des affaires*, 11ème éd., Sirey, 2004, n°215 ; J.-H. Robert, H. Matsopoulou, *Traité de droit pénal des affaires*, PUF, 2004, n°40 ; A. Lepage, P. Maistre du Chambon, R. Salomon, *Droit pénal des affaires*, *op. cit.*, n°248 ; R. Ottenhof, « Abus de confiance. Notion de détournement. Impossibilité de restituer » *précit.* ; M.-L. Rassat, *Droit pénal spécial*, 8ème éd., Précis Dalloz, 2018, n°214.

[3334] Cf. développements en *supra* n°405.

de l'abus de confiance une infraction d'imprudence. En effet, depuis 1994 et l'article 121-3 du Code pénal l'abus de confiance est légalement admis comme une infraction intentionnelle. La jurisprudence ultérieure à 1994 est donc *contra legem* en ce qu'elle remet en question la distinction entre fautes. Cette jurisprudence ne peut ainsi être approuvée. En effet, comme le souligne Monsieur le Professeur de Lamy, *« Le juge doit sanctionner les agissements frauduleux et non la légèreté, même blâmable. On peut certes comprendre la sévérité de la jurisprudence à l'égard des professionnels dont l'imprévoyance est inexcusable. Mais la présomption ne doit pas devenir déformation* »[3335]. Si l'invisibilité de l'intention autorise certains aménagements pour sa preuve, on ne peut pour autant tolérer que sa substance en soit totalement modifiée. Avec une telle sévérité dans l'appréciation de la faute du professionnel, « *On en arrive à ce paradoxe que l'imprudence fait présumer l'intention* », le professionnel n'a plus le droit à l'erreur[3336]. Malgré les avertissements de la doctrine, le dévoiement ainsi opéré de la notion d'intention dans un dessein purement répressif est pourtant bien répandu dans la jurisprudence. On avait d'ailleurs pu le constater avec l'*animus necandi* pour lequel la jurisprudence a eu également tendance à élargir son champ d'application au moyen d'une dénaturation dol requis par l'incrimination[3337]. Mais la Cour de cassation applique la solution retenue dans le cadre de l'abus de confiance à l'encontre des professionnels, aux prévenus relevant également de cette qualité dans le cadre de maintes autres infractions.

517. ***Récurrence de la solution.*** En effet, il semble que les professionnels font l'objet d'une appréciation stricte de leur intention quelle que soit l'infraction qui leur est reprochée. La constitution du dol général est ainsi présumée à partir de la qualité du prévenu dans le cadre du recel[3338], du blanchiment[3339], de la publication ou présentation de comptes annuels inexacts[3340], de la tromperie[3341]… La récurrence est telle que les auteurs ont pu à ce sujet évoquer un « *dol de fonction* »[3342].

518. ***Recel***. La Cour de cassation, dans son rapport sur la preuve évoque le recours au faisceau d'indices comme moyen de preuve de l'élément moral du recel[3343]. Néanmoins au-delà de cette solution classique, on note encore une fois un recours à la présomption de culpabilité[3344], si stricte qu'elle opère glissement vers la simple faute d'imprudence. Pour pallier les difficultés de preuve de l'intention, les juges ont tendance à se fier au manque de vigilance des professionnels, estimant souvent qu'il n'est pas vraisemblable, compte tenu de leur qualité qu'ils aient pu ignorer l'origine frauduleuse de la chose objet de l'infraction[3345]. La jurisprudence est de la sorte très sévère envers les garagistes ou encore les antiquaires, ce qu'elle justifie notamment par le fait qu'ils soient soumis à des

---

[3335] B. de Lamy, « Le fait de prendre sciemment le risque de ne pouvoir représenter la chose confiée caractérise l'élément intentionnel de l'abus de confiance », *op. cit.*
[3336] *Ibid*.
[3337] Cf. développements en *supra* n°496.
[3338] Cass. crim., 5 mai 1993, Dr. pén. 1993, n° 256.
[3339] Cass. crim. 8 avril 2010 n°09-84.525, note M. Segonds, Rev pénit. 2010 p.921.
[3340] M. Véron, G. Beaussonie, *Droit pénal des affaires*, *op.cit*., n°455.
[3341] Cass. crim. 17 mars 1993, Bull. n°123 ; Cass. crim. 4 mars 2003.
[3342] A. Lepage, P. Maistre du Chambon, R. Salomon, *Droit pénal des affaires*, *op. cit*, n°837.
[3343] Cour de cassation, *Rapport sur la Preuve*, 2012, p.264
[3344] Ph. Conte, *Droit pénal spécial*, 6ème éd., 2019, LexisNexis, n°633 ; J.-H. Robert, H. Matsopoulou, *Traité de droit pénal des affaires*, *op. cit.,* n°60 ; *Contra* v. P. Maistre du Chambon, « Recel », Rép. pén., Dalloz, janvier 2009 (actualisation février 2020), n°52 qui l'explique par le principe de l'intime conviction.
[3345] Cass. crim. 27 nov. 2007, JurisData n° 2007-042096, M.Véron, « Recel de vol », Dr. Pén. 2008 comm. ; Cass. crim. 11 juin 1985, D.1986, p.84.

obligations de déclaration légales et réglementaires[3346]. En tant que professionnels, ils ne peuvent alors se montrer faillibles dans leurs contrôles, au risque de voir leur responsabilité pénale retenue. Pour Monsieur le professeur Conte, la nature de la faute requise pour l'infraction de recel est de la sorte « *altérée par les règles de preuve en la matière* », la jurisprudence, *« sous couvert du pouvoir souverain d'appréciation, [instaurant] une présomption de mauvaise foi inavouée* » [3347]. Et il en va de même pour la preuve de l'intention dans certaines circonstances aggravantes[3348].

519. ***Blanchiment.*** Se fondant sur le modèle du recel, la doctrine redoute depuis des années que le recel fasse lui aussi l'objet d'une « *dénaturation inavouée de l'élément moral de l'infraction* »[3349], au regard notamment de la sévérité dont elle a déjà fait preuve par le passé[3350]. Cette appréhension semble justifiée au vu de la jurisprudence la plus récente, qui semble assimiler la négligence à l'intention en raison de la qualité de l'auteur. Ainsi, la mauvaise foi de l'auteur a été retenue dans l'hypothèse où l'agent, cadre de banque, avait eu un doute sur l'origine frauduleuse des fonds sans procéder à une déclaration de soupçons[3351]. Il lui est ainsi reproché le manquement à ses obligations, or on s'approche là encore dangereusement de l'imprudence. Monsieur le professeur Conte souligne à ce titre l'importance que revêtent en réalité ces obligations de vigilance, qui non seulement « *prédéterminent le comportement du standard de référence mais encore […] ont vocation à constituer une sorte de « preuve préconstituée » de la mauvaise foi* »[3352]. Dès lors que pèse sur l'agent une obligation légale ou réglementaire, son intention coupable sera déduite de la connaissance de cette obligation, elle-même supposée par le principe *nemo censetur*[3353]. A ce titre, Monsieur le professeur Pin estime qu'ainsi « *l'intention est établie moins par présomption que par « implication », puisque les juges se dispensent de toute appréciation circonstanciée et concrète* »[3354].

520. ***Présentation ou publication de comptes annuels inexacts.*** Quant à la présentation ou la publication de comptes annuels inexacts, l'incrimination vise directement les professionnels puisque sont concernés uniquement les dirigeants sociaux. A titre de preuve du dol général, la connaissance de l'inexactitude des comptes, la jurisprudence a classiquement recours au faisceau d'indices[3355]. Mais il semble qu'a ici également émergée une présomption de mauvaise foi[3356].

[3346] Cass. crim. 12 janvier 1981, Bull. crim. n°12 (garagiste) ; Cass. crim 5 mai 1993 Dr. Pén. 1993 comm 256 M. Véron et RSC 1994 p.340 note P. Bouzat (antiquaire) ; Cass., crim., 3 décembre 1984, n° 83-94.622, Bull. crim. n°381 (antiquaire) ; Cass. crim., 12 décembre 1989, n° 89-81.448 (bijoutier antiquaire).

[3347] Ph. Conte, *Droit pénal spécial*, 6ème éd., 2019, LexisNexis, n°633.

[3348] Cass. crim. 5 et 26 juillet 1993, Dr. Pén. 1993 comm. 258, M. Véron.

[3349] J. Larguier, Ph. Conte, *Droit pénal des affaires*, *op.cit*., n°258.

[3350] Intention retenue dans l'hypothèse où l'agent avait eu un doute sur l'origine frauduleuse des fonds : Cass. crim. 23 octobre 1997, Bull. crim. n°350.

[3351] Cass. crim. 8 avril 2010 n°09-84.525 note Marc Segonds, Rev. Pénit. 2010 p.921.

[3352] Ph. Conte, « Aspect pénal des obligations de vigilance tendant à prévenir le blanchiment », JCP G 2005. I. 126.

[3353] On retrouve le même schéma notamment pour l'infraction de travail dissimulé : Cass. crim. 27 février 2018 n°17-80.856 ; Cass. crim. 7 mai 2019 n°17-86.428 ; Cass. crim. 10 mai 2017 n°16-84.288 ; Cass. crim. 7 mai 2018 n°17-84.103.

[3354] X. Pin, *Droit pénal général*, *op.cit*., n°210.

[3355] V. par ex. Cass. crim. 14 janv. 1980, Bull. n°21 ; Cass. crim. 17 oct. 2007, R. Salomon, « Précisions sur les éléments légal, matériel et moral du délit de présentation de bilan inexact », Dr. sociétés 2008 comm 63, RJDA 2008 294 ; Cass. crim. 1er déc. 2010, n°09-85.125, R. Salomon, « Un élément moral réduit », Dr. sociétés 2011 comm 79.

[3356] M. Véron, G. Beaussonie, *Droit pénal des affaires*, *op.cit*., n°455 : il évoque « une certaine présomption de mauvaise foi » pesant sur les professionnels.

Pourtant, les juges avaient exprimé à plusieurs reprises leur hostilité à une telle solution, renvoyant implicitement au principe d'interprétation stricte[3357].

521. ***Tromperie.*** Le schéma est similaire pour ce qui est de la tromperie, puisque la Cour de cassation a là encore affirmé qu'il ne pouvait y avoir de présomption de mauvaise foi eu égard au texte d'incrimination[3358]. Pourtant la Cour de cassation a pu déduire la connaissance chez le prévenu de l'inexactitude des qualités prêtées au produit concerné de la qualité même du prévenu. Ainsi là encore, les juges semblent avoir recours à une présomption de mauvaise foi pour les professionnels. Lesquels voient également la nature de la faute exigée par le texte dénaturée puisque la jurisprudence assimile la négligence à la mauvaise foi[3359].

522. ***Analyse.*** La doctrine dénonce le dévoiement de la nature de la faute opéré de la sorte par la jurisprudence[3360]. Certains auteurs ont cependant pu trouver une explication à l'approche de la jurisprudence par le fait que la mauvaise foi pouvait revêtir plusieurs aspects. Ainsi, pour eux « *la mauvaise foi, […], ne doit pas seulement s'entendre de la mauvaise foi-agissante : il y a une mauvaise foi-connaissance, et l'on peut alors induire cette connaissance des circonstances* »[3361]. Les auteurs appellent toutefois à la nuance, exhortant la jurisprudence à « *ne pas franchir les limites raisonnables* »[3362]. Il faut dire qu'ajoutée à la présomption implicite appliquée aux professionnels, l'élargissement de la définition de l'intention jusqu'à l'imprudence[3363] entraîne pour ceux-ci la quasi-certitude d'une condamnation. Certes, il est logique que la jurisprudence ait des attentes plus élevées à l'encontre des professionnels, en raison des compétences particulières qu'ils doivent avoir dans leur domaine, ils sont censés faire preuve d'une certaine vigilance. Ne parle-t-on pas d'ailleurs d'« *une conduite professionnelle* », pour évoquer le sérieux et l'attitude irréprochable attendue dans ce domaine ? Toutefois, cela ne signifie pas pour autant que chaque professionnel soit ou doive être infaillible. Monsieur le professeur Conte[3364] différencie à ce propos le professionnel ayant effectué un contrôle inefficace de celui qui n'a sciemment pas respecté ses obligations. Le premier méritant une appréciation plus clémente de sa faute que le professionnel négligent. Pour autant, le non-respect de

---

[3357] Cass. crim. 2 mars 1983 D.1983 inf. rap. p.492 : « alors que pour caractériser l'élément moral de cette infraction, les juges d'appel se sont bornés à déclarer, qu'en sa qualité de président du conseil d'administration, le prévenu ne pouvait ignorer que les écritures portées au bilan avaient pour objet de dissimuler la véritable situation de la société en cause aux actionnaires et ont donc omis de relever le moindre fait significatif de la connaissance réelle, par x... Dernier, de l'exactitude du bilan litigieux […] Mais attendu qu'en l'état de ces seuls motifs, qui reposent sur une présomption de mauvaise foi que ni l'article 437 de la loi du 24 juillet 1966 ni les articles 131 et 133 de la loi du 13 juillet 1967 n'instituent, la cour d'appel, qui n'a pas recherche les circonstances propres à établir l'existence de l'intention coupable dans chacun des cas visés a la prévention, a méconnu le principe ci-dessus rappelé » ; T. corr. Paris 14 déc 1983 Gaz Pal 1984 p.71 note J.-F. Marchi.

[3358] Cass. crim. 4 nov 1993 RJDA 1/1994 n°103 : « la loi de 1905 [C. consom., art. L.441-1] n'édicte aucune présomption de tromperie contre celui qui aurait négligé de procéder à toutes vérifications utiles avant de livrer la marchandise à la vente »

[3359] « Élément matériel et élément moral de l'infraction tendent pratiquement à fusionner et la faute intentionnelle finit par évoquer la faute lourde d'imprudence ou de négligence » : W. Jeandidier *Droit pénal des affaires, op.cit.,* n°434 ; CA Agen ch. Corr. 15 avril 2009, Jurisdata n°2009-011283 ; Cass. crim 4 nov 1993 RJDA 1/1994 n°103 ; Cass. crim. 17 mars 1993, Bull. n°123 ; Cass. crim. 4 mars 2003, J.-H. Robert, « Dénivelés alcoométriques jurassiens », Dr. Pén., juin 2003, n°6, comm. 75.

[3360] B. de Lamy, « Le fait de prendre sciemment le risque de ne pouvoir représenter la chose confiée caractérise l'élément intentionnel de l'abus de confiance », D. 1999 p.157.

[3361] J. Larguier, Ph. Conte, *Droit pénal des affaires*, *op. cit.*, n°243.

[3362] *Ibid.*

[3363] O. Décima, S. Detraz, E. Verny, *Droit pénal général, op.cit.*, n°396 et 462.

[3364] Ph. Conte, *Droit pénal spécial*, *op. cit.*, n°633.

ses obligations par ce dernier ne signifie pas pour autant qu'il a agi sciemment dans l'objectif de réaliser l'infraction reprochée. Il peut avoir fait preuve de mauvaise foi dans une démarche intentionnelle relativement à l'information pour laquelle sa responsabilité est engagée, mais il peut tout aussi bien avoir été négligent, tout en ne souhaitant pas en arriver là, même s'il avait conscience des risques engendrés par ce comportement. Or, c'est là la différence, certes complexe, mais réelle, entre intention et imprudence consciente, voire dol éventuel si l'agent démontre une conduite plus désinvolte vis-à-vis des risques encourus. On le constate, les présomptions semblent plus franchement affichées par la jurisprudence lorsqu'elles concernent un dol spécial[3365], peut-être parce que légitimées par le fait que le dol spécial soit considéré comme plus complexe à démontrer. Le dol général est toutefois bel et bien concerné par les présomptions d'intention.

Section 2 : L'espoir des neurosciences

523. On le constate, la stratégie mise en place par la pratique et le législateur afin de surmonter l'invisibilité de la faute demeure imparfaite. Même si l'on peut espérer plus de rigueur dans l'application des présomptions, reste que le mécanisme pourra toujours souffrir de critiques en ce qu'il ne que correspond qu'à un reflet flou de l'état d'esprit de l'auteur de l'infraction au moment du passage à l'acte. Mais jusqu'alors, aucune autre possibilité n'était offerte afin de prouver la faute. Il semblerait toutefois se dessiner un espoir à l'horizon avec le développement des techniques scientifiques, et notamment des neurosciences (**A**). Mais la preuve neuroscientifique peut-elle vraiment lever le voile d'invisibilité posé sur celle-ci ? Le fantasme d'une justice omnisciente est toutefois vite rattrapé par les limites de la technique scientifique, entre dangers éthiques et manque de fiabilité (**B**).

§1 : L'émergence des neurosciences : Une invisibilité dont les jours sont comptés ?

524. ***Nouvelles techniques scientifiques.*** Les neurosciences correspondent à l'ensemble des disciplines étudiant le système nerveux[3366]. Elles permettent une meilleure compréhension de l'architecture du cerveau et de son fonctionnement. Grâce à l'évolution des techniques dans ce domaine, plusieurs outils d'étude du système nerveux ont progressivement fait leur apparition[3367]. Notamment, du côté de l'imagerie cérébrale structurelle ou dite anatomique, la tomographie par absorption de rayons X qui permet d'obtenir des images du cerveau en trois dimensions, ou plus couramment utilisée, l'imagerie par résonance magnétique (IRM), technique radiologique permettant d'obtenir une image statique du cerveau. C'est l'imagerie cérébrale fonctionnelle, plus récente, qui fait le plus parler d'elle depuis plusieurs années. Elle regroupe différentes techniques telles que l'électro-encéphalographie (EEG) ou brain fingerprinting, issu des travaux du neurobiologiste Lawrence Farwell, qui enregistre l'activité électrique du cerveau[3368], la tomographie par émission de positons (TEP), puis l'imagerie par résonnance magnétique fonctionnelle

[3365] Ou du moins ce qui est présenté comme tel, voir sur la question de l'*animus necandi* comme dol spécial de l'infraction de meurtre *supra* n°442.
[3366] Dictionnaire Larousse en ligne : https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/
[3367] V. not. J.-F. Lambert, « Les neurosciences et la justice. L'imagerie cérébrale au tribunal » *in* C. Tijus, C. Puigelier (dir.), *L'esprit au-delà du droit. Pour un dialogue entre les sciences cognitives et le droit*, Mare&Martin, 2016, p.162.
[3368] M.-Ch.Sordino, « Le procès pénal confronté aux neurosciences : science sans conscience… ? », AJ Pénal 2014, p.58.

(IRMf) mise au point en 2000 à l'Université de Pennsylvanie par l'équipe du neurobiologiste Daniel Langleben qui mesure les mouvements sanguins dans le cerveau[3369], la tomographie d'émission monophotonique dite tomoscintigraphie, ou encore depuis 2011 l'imagerie par diffusion spectrale, qui, à partir des particules d'eau contenues dans la matière grise, retrace la propagation des signaux neuronaux en temps réel. Toutes ces techniques d'imagerie fonctionnelle permettent d'obtenir des images du cerveau en fonctionnement et ont ainsi pu donner l'espoir à certains commentateurs de pouvoir de la sorte obtenir un « *accès à la boite noire du cerveau* »[3370]. L'intérêt concernant les neurosciences est donc allé grandissant depuis quelques décennies dans des domaines variés : le marketing, la sociologie, la philosophie, l'économie et bien entendu le droit qui y a vu la possibilité d'améliorer le processus judiciaire.

525. ***Possibilités pour la preuve de la faute.*** Si la France était à la traîne sur ce point, il semble que la réflexion sur le sujet s'est accrue ces dernières années. En effet, le nombre d'articles issus de la doctrine juridique à propos de l'intérêt des neurosciences dans la matière juridique semble croître, et le nombre de thèse soutenues ou en préparation dans ce domaine est en expansion[3371]. Il faut dire que les neurosciences donnent l'espoir de pouvoir mieux cerner l'individu au cœur de la procédure judiciaire. Que ce soit pour évaluer un préjudice en matière civile, déterminer une qualification pénale, établir l'imputabilité de l'infraction voire prouver l'implication dans l'infraction ou l'intentionnalité, les pistes sont nombreuses qui intéressent les juristes. Concernant la matière pénale, les applications sont ainsi intéressantes. L'imagerie médicale permet en effet d'apporter un avis supplémentaire à l'appréciation de l'imputabilité de l'auteur ou encore d'expertiser les dommages invisibles, causés au cerveau de la victime, permettant alors de déterminer la qualification adéquate. Mais c'est concernant l'intention que les avancées scientifiques semblent plus révolutionnaires. Appliquées à la preuve de la faute, les neurosciences semblent permettre l'identification du mensonge prononcé par l'individu, voire même l'identification chez le suspect de la connaissance d'un élément lié à l'affaire. En effet, les travaux de Lawrence Farwell se présentent comme fondés sur l'hypothèse selon laquelle le cerveau traite les informations différemment selon qu'il les connaît ou les découvre pour la première fois. Ainsi, le neurobiologiste aurait identifié le signal électrique spécifique apparaissant dans le cerveau lorsqu'est présentée au sujet une information qui lui est familière. Quant à l'IRMf, elle repose sur le postulat que l'activité du cortex cérébral est plus intense lorsque le sujet est en train de mentir. Il pourrait ainsi être possible de démontrer que le suspect a eu l'intention de commettre l'infraction ou encore avait connaissance d'une obligation de prudence lui incombant ou

---

[3369] *Ibid.*

[3370] P. Larrieu, « Le doit à l'ère des neurosciences », Médecine et droit, 2012, p.106 à 110.

[3371] Pour les thèses soutenues : L. Pignatel, *L'émergence d'un neurodroit : contribution à l'étude de la relation entre les neurosciences et le droit*, sous la direction de S. Cimmamonti et O. Oullier, soutenue le 10 décembre 2019, à l'Univ. d'Aix-Marseille ; F. Fezzani, *Les neurosciences en tant que moyen de preuve ou les implications juridiques de l'utilisation judiciaire des neurosciences*, sous la direction de C. Pizzio-Delaporte et C. Puigelier, Paris 2, soutenue le 6 avril 2019 ; V. Geneves, *Normativités et usages judiciaires des technologies : l'exemple controversé de la neuroimagerie en France et au Canada*, sous la direction de S. Lacour et de P. Trudel soutenue le 12 avril 2019 à l'Univ. Paris-Saclay ; D. Sidhoum-Rahal, *Les fondements du droit pénal à l'épreuve des neurosciences. Perspective comparée entre système continental et système de Common Law*, sous la direction de R. Maria Kiesow et de P. Beauvais, soutenue le 11 décembre 2019 à l'univ. Paris Nanterre. Pour les thèses en cours : E. Lantuejoul, *Neurosciences et droits fondamentaux*, sous la direction de X. Bioy depuis 2016 à l'Univ. Toulouse 1 ; I. Levi, *Neurosciences et expertise judiciaire, sous la direction de H. Gaumont-Prat*, depuis 2014 à l'Univ. Paris 8 ; R. Roux, *Neurosciences et droits fondamentaux, sous la direction de T. Renoux*, depuis 2016 à l'Univ. d'Aix-Marseille ; M. Peltier Henry, *Neurosciences et sciences criminelles*, sous la direction de B. Py et de G.Tillement, depuis 2017 à l'Université de Lorraine .

du risque qu'il faisait courir à autrui en prouvant son mensonge ou en identifiant la reconnaissance par son cerveau d'une information y afférant. Grâce à une preuve qui serait ainsi plus directe, la preuve de la faute pourrait ne plus encourir les reproches formulés précédemment. L'attitude intellectuelle[3372] de l'agent pourrait-elle enfin devenir visible ? Toutefois, on le verra, le législateur a récemment interdit le recours à l'IRM fonctionnelle dans le cadre d'expertises judiciaires[3373].

526. ***Usages à l'étranger.*** Il convient toutefois d'étudier comment ces techniques sont mises en œuvre en pratique. A l'étranger tout d'abord, le recours aux neurosciences se développe depuis quelques années dans le domaine judiciaire. Les exemples concernant la preuve de l'intention sont toutefois peu nombreux, les techniques sur ce point étant d'autant plus controversées. On note cependant, qu'aux Etats-Unis, de telles techniques peuvent être admises dans les cours de justice à condition de respecter les critères d'admissibilité de la preuve scientifique reconnus par la jurisprudence fédérale[3374]. Néanmoins on ne trouve à ce jour que peu d'exemples de jurisprudence ayant admis la preuve neuroscientifique comme preuve de la faute, laquelle est plus souvent retenue pour trancher les questions d'imputabilité[3375]. En Inde, les neurosciences et leurs outils techniques ont pu être utilisées comme détecteurs de mensonge dans les Etats du Maharashtra et du Gujarat avec la méthode du Brain Electrical Oscillation Signature dérivée des travaux du professeur Farewell de Harvard sur le Brain Fingerprinting[3376]. Cette méthode permet l'étude des ondes électriques émises par le cerveau, distinguant celles émises lorsqu'il reconnaît information de celles émises lorsqu'une information nouvelle est présentée au cerveau[3377]. C'est d'ailleurs en Inde que l'on note l'affaire la plus médiatisée concernant le recours à la preuve neuroscientifique en justice. En effet, en 2008, le tribunal de Pune dans le Maharashtra a reconnu coupable d'empoisonnement Aditi Sharma, ancienne petite amie de la victime, Udit Bharati, en s'appuyant principalement sur la preuve obtenue grâce à la méthode du BEOS. Celle-ci aurait en effet permis d'identifier que le cerveau de l'accusée réagissait lors du prononcé du mot « *arsenic* », poison ayant entraîné le décès de la victime. Ajouté au fait que l'accusée avait rencontré la victime peu avant son décès et lui aurait remis de la nourriture, le tribunal, convaincu de sa culpabilité, l'a condamnée à perpétuité[3378]. Si c'était le soixante-quinzième recours à la méthode du BEOS par un tribunal judiciaire en Inde, c'est la première fois que les résultats de ce test

---

[3372] D'après l'expression de X. Pin, « La notion de faute en droit pénal (121-3=0 ?) », *op.cit.*, p.95

[3373] Loi n° 2021-1017 du 2 août 2021 relative à la bioéthique, art.18 modifiant C. civ. art. 16-14.

[3374] Frye v. United States, 293F.1013,1014 (1923) : la preuve scientifique est admise (théorie ou méthode) seulement si elle acceptée sans réserve par les spécialistes de la discipline. Daubert v. Merrell Dow Pharms., Inc., 509 U.S579,592-94 (1993) : le juge peut évaluer si la preuve est fiable et scientifiquement valide, en prenant en compte plusieurs éléments (acceptation sans réserve, examen par les pairs, taux d'erreur, propension à être falsifiée). La jurisprudence Daubert est appliquée par les juridictions fédérales et une majorité d'Etats, la jurisprudence Frye seulement dans une vingtaine d'Etats.

[3375] Ch. Byk, « Neurosciences et administration de la preuve pénale devant les juridictions des Etats-Unis », Médecine et droit, 2011, p.59-63.

[3376] Comité Consultatif National d'Ethique pour les Sciences de la Vie et de la Santé, avis n°116, *Enjeux éthiques de la neuroimagerie fonctionnelle*, 23/02/12 ; S. Sauneron, Centre d'analyse stratégique, « Impact des neurosciences : quels enjeux éthiques pour quelles régulations ? », La note de veille, mars 2009, n°128.

[3377] S. Sauneron Centre d'analyse stratégique, « Impact des neurosciences : quels enjeux éthiques pour quelles régulations ? », La note de veille, mars 2009, n°128.

[3378] Pour plus d'informations sur cette affaire v. notamment Jinee Lokaneeta, "The Aditi Sharma Case and the implications for humanrights" in India *in* Om Prakash Dwivedi, V. G. Julie Rajan, *Human Rights in Postcolonial India*, Routledge, 26 févr. 2016, p.95 et s.

furent admis comme une preuve à charge[3379]. Toutefois, il faut noter que quelques mois plus tard l'institut indien des neurosciences a déclaré que ce genre de tests ne devaient pas être utilisés dans le cadre judiciaire. Aditi Sharma a de la sorte été libérée sous caution six mois après sa condamnation[3380]. Et la Cour suprême a finalement jugé le 5 mai 2010 que le recours à l'imagerie cérébrale comme aux tests polygraphiques était inconstitutionnel[3381]. Ce qui laisse donc à penser qu'une telle décision ne se produira désormais plus. Enfin, l'Europe n'est pas en reste puisqu'on note que plusieurs pays ont déjà eu recours à la preuve neuroscientifique concernant l'intention. En Grèce en 2002 un accusé a demandé le recours à l'imagerie cérébrale fonctionnelle mesurant l'onde P300, selon la méthode de l'ERP, ou, en France, potentiel évoqué, qui mesure la modification du potentiel électrique produite par le système nerveux en réponse à des stimuli. Dans cette affaire, malgré l'opposition du ministère public, le juge a admis le recours à cet examen. Toutefois l'arrêt d'acquittement ne fait aucune mention des résultats de cet examen de détection de mensonge[3382]. Même si la doctrine locale estime qu'il a eu une grande influence en pratique[3383]. Aux Pays-Bas, par ailleurs, les neurosciences semblent pouvoir être admises pour prouver l'intention et la préméditation, ce qui a d'ailleurs sur ce dernier point donné lieu à une affaire du 5 septembre 2007, dans laquelle l'imagerie médicale a démontré une incompatibilité entre la préméditation et l'état du lobe frontal de l'accusé présentant des lésions[3384]. En Angleterre également, la preuve neuroscientifique a pu être admise afin de prouver l'absence d'intention coupable, et ce dès 1985 avec la méthode de l'électroencéphalogramme dans l'affaire R v. Birmingham Justices ex parte Lam[3385]. Finalement, le manque d'homogénéité dans l'appréhension de la preuve neuroscientifique de la faute peut expliquer que les tribunaux français soient encore frileux à l'idée d'admettre ce type de preuves. D'autant qu'on le remarque, la plupart des pays ayant fait place à la preuve neuroscientifique ont une tradition juridique issue du Common Law. En effet, celle-ci trouve plus aisément sa place dans le système accusatoire dans lequel le coût non négligeable du recours à de telles preuve sera pris en charge par les parties plutôt que par une justice déjà en manque de moyens[3386]. De plus, la place faite au pouvoir interprétatif du juge dans ce système, comme le caractère très concret des règles de droit permet une plus facilité à s'adapter aux évolutions techniques et scientifiques[3387]. Toutefois, le constat de l'hybridation des cultures juridiques accusatoire et inquisitoire, notamment sous l'influence de la CEDH, interroge quant à l'influence que ces jurisprudences étrangères pourraient avoir en droit français[3388].

[3379] A. Laude et T. Lagard, « Utilisation des neurosciences par le juge, l'avocat et l'expert : perspective historique » *in* O. Oullier (dir.), *Le cerveau et la loi : analyse de l'émergence du neurodroit*, Centre d'analyse stratégique, n°2012-07, septembre 2012, p.15s

[3380] P. Larrieu, « Le doit à l'ère des neurosciences », Médecine et droit, 2012, p.106 à 110.

[3381] Centre d'analyse stratégique, « Le cerveau et la loi : éthique et pratique du neurodroit », La note d'analyse, septembre 2012 n°282.

[3382] L. Pignatel, « L'émergence du neurodroit dans le monde », *in* B. Cyrulnik (dir.), Le cerveau est-il coupable ?, Sciences Psy, éd. Philippe Duval, 2016, p.57-67.

[3383] T. Vidalis, G.-M. Gkotsi, "Neurolaw in Greece: An overview", *in* T.M. Spranger (dir.), *International Neurolaw, A comparative Analysis*, Berlin Heidelberg: Springer-Verlag, 2012, p.194 cité par L. Pignatel, « L'émergence du neurodroit dans le monde », *précit. loc. cit.*

[3384] L. Pignatel, « L'émergence du neurodroit dans le monde » *loc. cit.*

[3385] *Ibid.*

[3386] P. Larrieu, *Neurosciences et droit pénal. Le cerveau dans le prétoire*, L'Harmattan, 2015, p.69.

[3387] A. Garapon, I. Papadopoulos, *Juger en Amérique et en France*, Odile Jacob, 2003.

[3388] P. Larrieu, *Neurosciences et droit pénal. Le cerveau dans le prétoire*, *précit.,* p.70

§2 : Les neurosciences entre dangers éthiques et manque de fiabilité

527. ***Possibilité d'un usage en France ?*** La France est l'un des premiers pays au monde à avoir légiféré sur le recours aux neurosciences dans le domaine judiciaire[3389]. Toutefois, cela ne signifie pas pour autant que l'usage de l'imagerie médicale soit légion dans les tribunaux français. En effet, si l'article 16-14 du Code civil prévoit que les techniques d'imagerie cérébrale peuvent être employées dans le cadre d'expertises judiciaires, l'utilisation de la négation dans la formule retenue par le législateur doit être interprétée comme un indice quant à son véritable dessein[3390]. De la sorte, l'objectif visé par le législateur n'était alors pas d'inciter à un tel usage, mais d'interdire le recours à ces techniques à des fins commerciales[3391], puis d'encadrer son recours dans le cadre de procédures judiciaires. En effet, l'exemple des usages commerciaux[3392] à l'étranger, pour des compagnies d'assurances, employeurs et autres sociétés commerciales intéressées par le neuromarketing[3393] lequel use des neurosciences afin d'analyser et d'optimiser le comportement des consommateurs, ont poussé le législateur français à se saisir de la question. Le rapporteur de la commission spéciale de l'Assemblée nationale, Jean Léonetti, précise ainsi lors de la présentation de l'article 16-14 au cours des débats parlementaires, que ledit article réserve l'utilisation de ces techniques à des fins médicales ou scientifiques. Mais également, « *À titre dérogatoire, il autorise l'utilisation de l'imagerie cérébrale en justice, mais uniquement afin d'objectiver l'existence d'un préjudice ou d'un trouble psychique. […] on ne peut en faire un test de détection du mensonge* »[3394]. Toutefois, la formule finalement retenue pour ce nouvel article ne présente pas ces restrictions[3395], ce qui semble laisser, malgré tout, la porte ouverte à un tel usage. Pourra-t-on un jour, en France, aller au-delà des expertises et prouver l'intentionnalité ou l'imprudence grâce aux neurosciences ? Certes, l'article 427 du Code de procédure pénale pose le principe de la liberté de la preuve, toutefois, le recours à ces techniques semble poser un problème de compatibilité avec les droits fondamentaux. En effet, de tels procédés constituent une atteinte au droit au silence et au droit de ne pas s'auto-incriminer[3396], dont le Conseil constitutionnel comme la CEDH ont rappelé le caractère fondamental[3397]. La personne suspectée est libre de se défendre comme elle l'entend, à ce titre elle peut donc décider de se taire afin de ne pas contribuer à

[3389] Loi ° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique.

[3390] C. civ., art. 16-14 : « Les techniques d'imagerie cérébrale ne peuvent être employées qu'à des fins médicales ou de recherche scientifique, ou dans le cadre d'expertises judiciaires. […] ».

[3391]Centre d'analyse stratégique, « Le cerveau et la loi : éthique et pratique du neurodroit », La note d'analyse, septembre 2012 n°282

[3392]V. notamment les entreprises Cephoscorp et No lie MRI aux Etats-Unis qui commercialisent des tests de vérité sur la base des travaux du neurobiologiste Daniel Langleben ; J. Léonetti, *Rapport n°3111 de la Commission spéciale chargée d'examiner le projet de loi relatif à la bioéthique*, 2011, p.92 : http://www.assemblee-nationale.fr/13/rapports/r3111-tI.asp#P883_228718.

[3393] C. Byk, « Les neurosciences : une contribution à l'identité individuelle ou au contrôle social ? », RDSS 2012 p.800.

[3394]J. Léonetti, *Rapport n°3111 de la Commission spéciale chargée d'examiner le projet de loi relatif à la bioéthique*, 2011, p.504

[3395]Allant ainsi à l'encontre des recommandations des scientifiques : « Interview d'Olivier Oullier, Neurodroit : les sciences du cerveau à la barre », *in* B. Cyrulnik (dir.), *Le cerveau est-il coupable ?*, Sciences Psy, éd. Philippe Duval, 2016, p.79-89.

[3396] J.-F. Lambert, « Les neurosciences et la justice. L'imagerie cérébrale au tribunal » *in* C. Tijus, C. Puigelier (dir.), *L'esprit au-delà du droit. Pour un dialogue entre les sciences cognitives et le droit*, Mare&Martin, 2016, p.187 qui s'interroge sur ce point « lire dans le cerveau ne constitue-il pas alors une violation du droit de se taire ? ».

[3397] Pour le droit au silence : Cons. const. 30 juillet 2010 n°2010-14/22 QPC ; CEDH 13 oct. 2009 Dayanan c./Turquie req. 7377/03 ; pour le droit à ne pas s'auto-incriminer : CEDH, 11 juill. 2006, Jalloh c./ Allemagne, Req. n°54810/00.

sa propre incrimination[3398]. Dans ce dessein, elle est même autorisée à mentir[3399], le suspect ne faisant pas l'objet d'une prestation de serment. Or, les procédés tels que décrits précédemment permettent le recueil de la « *parole neuronale* » de l'individu ou encore la détection de ses mensonges. On pourrait en outre rapprocher ces procédés de certains de leurs prédécesseurs. L'hypnose tout d'abord, en ce qu'elle permet d'obtenir l'aveu de la personne interrogée semble se rapprocher du test BEOS. Il en va de même pour les procédés narco-analytiques, ayant recours à l'injection de penthotal ou de scopolamine afin d'obtenir l'aveu de l'individu. Ces deux techniques consistent à « *briser les résistances de l'individu à l'aide de la science, afin de l'obliger à avouer* »[3400], à l'instar du test neuroscientifique qui permet de passer outre la volonté de l'individu afin de déterminer si son activité neuronale réagit à l'énonciation de certains éléments. Quant à l'IRMf comme détecteur de mensonge[3401], elle renvoie aux discussions relatives au polygraphe, détecteur de mensonge reposant sur la mesure du niveau de stress de l'individu par enregistrement de sa respiration, son rythme cardiaque et la conductivité de son épiderme[3402]. Or, déjà avant la modification de l'article intervenue en 2021, on pouvait présager qu'il était difficile d'admettre les preuves issues d'examens neuroscientifiques si l'on transposait les solutions retenues en droit positif à l'encontre des méthodes anciennes. En effet, le polygraphe fait l'objet d'une interdiction pure et simple en France depuis l'origine, faisant l'unanimité auprès de la doctrine[3403], au nom du respect de la dignité humaine, protégée par l'article 3 de la CSDH[3404], mais également au droit de ne pas s'auto-incriminer. Quant à la narco-analyse ou l'hypnose, celles-ci sont prohibées par la jurisprudence lorsqu'elles sont utilisées à des fins d'interrogatoire[3405]. La difficulté tient à ce que l'aveu est obtenu de la sorte n'est pas donné librement. Il est extorqué grâce à l'étude de la réaction des organes du suspect, sur lesquels il n'a aucun contrôle. Certains ont même rapproché ces techniques de la torture en ce qu'elles reposent toutes deux sur la contrainte[3406]. En transposant ces solutions, il semble donc que les preuves obtenues grâce à l'imagerie médicale ne puissent être admises en droit positif au nom du respect des principes fondamentaux du droit pénal. Certains ont toutefois pu arguer d'un possible recours à ces techniques lorsque la personne qui en fait l'objet y consent, et ce au nom de la liberté de choisir ses moyens de défense[3407]. L'individu pourrait ainsi prouver que lorsqu'il énonce ne pas avoir eu telle intention, il dit vrai, chose quasiment impossible à l'heure actuelle avec le mécanisme retenu en jurisprudence. D'ailleurs, l'article 16-14 du Code civil prévoit en son deuxième alinéa que le recours à l'imagerie médicale est strictement subordonné à

[3398] J. Leblois-Happe, *Le droit de ne pas contribuer à sa propre accusation*, travaux de l'institut de sciences criminelles et de la justice, Cujas n°1, 2011 p.296

[3399] C. Ambroise-Castérot, « Aveu », Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, Dalloz, avril 2020, n°40.

[3400] *Ibid.*

[3401] Voir aussi sur l'évolution des techniques utilisées pour détecter le mensonge, l'article très instructif de B. Blain et O. Oullier, « Détecter le mensonge dans le cerveau : *in neuro veritas* ? », *in* Olivier Oullier (dir.*), Le cerveau et la loi : analyse de l'émergence du neurodroit*, Centre d'analyse stratégique, 2012-07, sept. 2012, p.95-118.

[3402] M.-Ch. Sordino, « Le procès pénal confronté aux neurosciences : science sans conscience… ? », *op. cit.*

[3403] S. Clément, « Songes d'une pure vérité : à propos des détecteurs de mensonges », RI crim. et pol. tech. 2004, pp.55-68 ; C. Ambroise-Castérot, « Aveu », *op.cit.,* n°48.

[3404] M.-Ch. Sordino, « Le procès pénal confronté aux neurosciences : science sans conscience… ? », *op. cit.*

[3405] Affaire dite de « Cens », T. corr. Seine, 23 févr. 1949, D. 1949. 287 ; JCP 1949. II. 4786, note Badie et Koops : à la différence du narco-diagnostic v. C. Ambroise-Castérot, Aveu, *précit.,* n°42-43.
Rejet de l'hypnose : Cass. crim. 12 déc. 2000 n°00-83.852, note D. Mayer et J.-F. Chassaing, « Y a-t'il une place pour l'hypnose en procédure pénale ? », D., 2001 p.1340 ; A. Giudiccelli, « Témoignage sous hypnose ou expertise hypnotique ? », RSC 2001 p.610 (pour le témoin), Cass. crim 28 nov. 2001, n°01-86.467, Bull. crim. n°247, obs. D. 2002 p.372 (pour le gardé à vue).

[3406] A. Mellor, *Les grands problèmes contemporains de l'instruction criminelle*, Domat Montchrestien, 1952, p. 191.

[3407] P. Larrieu, « La réception des neurosciences par le droit », AJ Pénal 2011, p.231.

l'obtention, par écrit, du consentement de la personne concernée. Toutefois, peut-on valablement consentir au non-respect de ses droits fondamentaux ? On se retrouve face au dilemme de l'opposition entre liberté et dignité[3408]. Mais, comme Madame le professeur Ambroise-Castérot a pu le souligner, l'individu objet de la poursuite est un « *individu en situation de faiblesse, puisqu'il est le sujet de la procédure* »[3409]. Peut-on alors considérer qu'il jouit d'une liberté totale ? A ce propos, le ministre de la Justice en 2011 a semble-t-il admis le recours à la preuve neuroscientifique, eu égard à cette liberté de choix de ses moyens de défense[3410]. Ce que certains auteurs ont pu critiquer. Pour Madame le professeur Sordino, la réponse du garde des sceaux est d'autant plus « *ambiguë* », en ce que le ministre enchaîne son discours avec le nécessaire respect de la dignité, or lesdites techniques portent justement atteinte à ce principe fondamental[3411]. D'ailleurs à titre de comparaison, la justice Suisse a pu refuser le recours à la preuve scientifique pourtant demandée par le suspect au nom du respect de sa dignité[3412]. Si ce mode de preuve était toutefois admis, il répondrait aux conditions posées par le code de procédure pénale concernant les expertises judiciaires[3413]. Notamment, l'article 156 du Code de procédure pénale prévoit que l'expert désigné ne peut trancher de questions relevant de la compétence du juge. Celui-ci aura donc toute latitude pour apprécier les résultats de l'expertise neuroscientifique. En aucun cas un expert en neurosciences ne pourra se prononcer directement sur la constitution de l'intention de la personne poursuivie. Ce garde-fou est de taille lorsque l'on connaît l'influence qu'une preuve scientifique peut avoir sur l'opinion publique, et ici ses représentants avec les jurés. Ce que craint lemagistrat Christian Byck, évoquant le risque d'une préférence donnée aux éléments supposément « *rapportés objectivement grâce aux neurosciences […] à une approche subjectives fondées sur l'appréciation faite par des psychologues du comportement de la personne soupçonnée ou sur la crédibilité des déclarations des victimes* »[3414]. Une expérience de 2011 démontre à ce titre le poids de l'IRMf dans la décision de potentiels jurés. Influence cependant toute autant relativisée lorsque des données explicatives étaient fournies aux participants[3415].

528. ***Réductionnisme***. Ce sont des questions d'autant plus importantes que le risque est de tomber dans le réductionnisme. A propos des perspectives de recours à la preuve neuroscientifique en droit pénal certains s'interrogent : « *l'agir humain est-il réductible au fonctionnement du cerveau ou plutôt à la représentation qu'en donne l'imagerie fonctionnelle ?* »[3416]. Or, les neuroscientifiques eux-mêmes, alertent contre cette vision réductrice de l'être humain. On ne peut réduire un individu à son cerveau, lequel, d'ailleurs, ne fonctionne pas à la manière d'un

[3408] E. Dreyer, « La dignité opposée à la personne », D. 2008 p.2730.
[3409] C. Ambroise-Castérot, « Aveu », *op.cit.,* n°40.
[3410] M. Mercier, Réponse ministérielle à Hervé Fréon, QE n°106282, publiée au JOAN le 16 août 2011, p.8878.
[3411] M.-Ch. Sordino, « Le procès pénal confronté aux neurosciences : science sans conscience… ? », *op. cit.*
[3412]Affaire dite d'Epalinges : https://www.20min.ch/fr/story/les-peines-des-assassins-confirmees-481713107674 ; P. Larrieu, *Neurosciences et droit pénal. Le cerveau dans le prétoire*, L'Harmattan, 2015, p.77.
[3413] C. proc. pén., art. 156 à 169-1.
[3414] Ch. Byck, « S'interroger sur l'expertise neurobiologique », Les grands débats : les neurosciences doivent elles entrer au tribunal ?, 15 mai 2012 : http://www.les grandsdébats.fr/Débats/les-neurosciences-doivent-elles- entrer-au-tribunal/S-interroger-sur-l-expertise-neurobiologique.
[3415] D. P. McCabe, A. D. Castel et M. G. Rhodes, « The influence of fMRI lie detection evidence on juror decision-making », Behavioral Sciences & the Law, 29, 566-577, 2011 cité par A. Aubert et E. Coudret, « Prédictibilité du comportement : neuro-sciences et neuro-mythes », AJ Pénal 2012 p.80.
[3416] J.-F. Lambert, « Les neurosciences et la justice. L'imagerie cérébrale au tribunal » *in* C. Tijus, C. Puigelier (dir.), *L'esprit au-delà du droit. Pour un dialogue entre les sciences cognitives et le droit*, Mare&Martin, 2016, p. 161 ; Ch. Guéry, *Le meurtre. Analyse juridique et pratique de l'homicide volontaire*, Dalloz, 2019, n°21.112.

ordinateur[3417]. L'irrationnalité de l'être humain est une donnée à prendre en compte[3418]. Une trop grande naïveté sur ces questions scientifiques peut faire croire que le fonctionnement du cerveau est comparable à de simples rapports de causalité, et qu'il serait ainsi aisé de lire dans l'esprit des individus. Cette naturalisation, au sens philosophique[3419], accompagne le danger d'une vision déterministe de l'Homme et doit donc être combattue par l'éducation. La formation des protagonistes du procès judiciaire est d'autant plus importante que la fiabilité de de la preuve neuroscientifique doit être questionnée.

529. ***Manque de fiabilité de la preuve neuroscientifique***. En effet, il faut se garder de tout scientisme. Les résultats de ces méthodes neuroscientifiques sont, comme toutes expertises, soumises à interprétation[3420], mais d'autant plus dans ce domaine nouveau. Il n'y a donc pas de réelle objectivité avec la preuve neuroscientifique, laquelle ne permet pas d'avoir une vision immédiate de l'état d'esprit du sujet[3421]. Il s'agit là encore d'une reconstruction à partir des données telles qu'interprétées par le spécialiste. En outre, « *Il ne s'agit toujours que de corrélations […] Or, une corrélation n'est pas une explication* »[3422]. On comprend mieux alors les mises en gardes formulées par des neuroscientifiques qui alertent sur la trop grande crédulité du public à l'égard de ces nouvelles techniques[3423]. Une étude américaine très connue a d'ailleurs pu démontrer qu'un manque de rigueur dans l'ajustement statistique au moment de l'analyse des données pouvait entraîner des résultats interprétatifs ubuesques, en l'occurrence en l'espèce à l'existence d'une activité cérébrale chez un saumon mort. L'étude souligne d'ailleurs l'importance de faire pratiquer ces expertises par des spécialistes capables de régler et d'analyser les données[3424]. En outre, certains soulignent concernant l'IRMf que « *certains suspects peuvent volontairement rendre inexploitables les résultats de l'examen* » puisque le recueil d'images exploitables suppose les mobilités complètes de la tête du sujet[3425]. Ainsi,

---

[3417] « Interview d'Olivier Oullier, Neurodroit : les sciences du cerveau à la barre », *in* Boris Cyrulnik (dir.), *Le cerveau est-il coupable ?*, Sciences Psy, éd. Philippe Duval, 2016, p.79-89 : Il s'agit d'une représentation erronée du cerveau, ce qui relève pour O. Oullier du « Brain Overclaim Syndrome » ; « Rencontre avec Stephen Morse, Du cerveau, encore du cerveau, rien que du cerveau » *in* B. Cyrulnik (dir.), *Le cerveau est-il coupable ?, précit.* pp.45-55, Pour S. Morse le BOS consiste à penser que le cerveau peut répondre de tout.

[3418] V. Correia, « L'irrationnalité est naturelle : comment la réduire ? Illusions cognitives et stratégie de contrôle épistémique », *in Le droit et les sciences de l'esprit*, Archives de philosophie du droit, t.55, 2012, pp.65-77

[3419] P. Larrieu, « Le doit à l'ère des neurosciences », *op. cit.* : la naturalisation consiste à traiter les états mentaux comme des objets naturels ; P. Larrieu, « Regards éthiques sur les applications juridiques des neurosciences. Entre blouses blanches et robes noires », Revue interdisciplinaire d'études juridiques, Université Saint-Louis, Bruxelles, 2012/1, Volume 68, p. 145 à 174.

[3420] Note de veille du centre d'analyse stratégique, n°128, mars 2009, p.4-5.

[3421] Comité Consultatif National d'Ethique pour les Sciences de la Vie et de la Santé, avis n°116, Enjeux éthiques de la neuroimagerie fonctionnelle, 23/02/12 : « L'IRMf ne mesure pas directement l'activité des neurones, mais un signal correspondant aux modifications métaboliques complexes associées à cette activité qui implique l'ensemble de l'unité neuro-vasculaire ». Ce signal « n'est donc qu'un reflet indirect de l'activité neuronale ».

[3422] J.-F. Lambert, « Les neurosciences et la justice. L'imagerie cérébrale au tribunal », *op.cit.*, p.188.

[3423] O. Oullier, "Clear up this fuzzy thinking on brain scans", Nature, vol. 483, 1er mars 2012.

[3424] C. M. Bennett, A. A. Baird, M. B. Miller, G. L. Wolford, « Neural correlates of interspecies perspective taking in the post-mortem Atlantic Salmon : An argument for multiple comparisons correction », NeuroImage, Vol. 47, Supplement 1, July 2009, p.125 : L'expérience consistait à montrer des photos d'humains à un saumon mort, lequel devait déterminer quelle émotion la personne a sur l'image. Le but était alors de démontrer le risque de faux positifs avec un IRMf, ce qui se rencontre lorsque les experts utilisent des seuils statistiques standards sans procéder à des comparaisons de contrôle ; L. Lyon, « Dead salmon and voodoo correlations : should we be sceptical about functional MRI ? », Brain, 2017 : 140, 1-5 : Elle souligne que les analyses sont souvent menées par des biologistes alors que la technique a été élaborée par des physiciens et des mathématiciens. Elle explique que le but de l'expérimentation n'était pas de décrédibiliser l'IRMf mais d'alerter sur ses éventuels biais.

[3425] J.-F. Lambert, « Les neurosciences et la justice. L'imagerie cérébrale au tribunal », *op.cit.*, p.169 et 175.

les neurosciences, comme les sciences dites exactes en général, ne correspondent pas à une vérité immuable sur laquelle il faudrait calquer la vérité juridique. Elles peuvent faire l'objet de biais interprétatifs, et doivent donc rester un simple outil d'appréciation dans les mains du juge. Comme le rappelle Madame le professeur Sordino, il faut parvenir à une « *collaboration entre scientifiques et juristes, afin que la science soit utilisée en conscience* »[3426]. Il ne faut pas substituer l'expertise à l'intime conviction du juge dans l'espoir illusoire de rendre une justice parfaite[3427]. Celui-ci doit être apte à avoir un regard critique sur la preuve neuroscientifique ainsi présentée. A l'inverse on risquerait de retomber dans les travers de l'expertise psychiatrique aujourd'hui décriée car surestimée à l'origine[3428]. Pour ce faire, il convient encore une fois de bien former les magistrats et d'informer les jurés[3429] sur ce que sont les neurosciences et sur le degré de fiabilité que l'on peut leur accorder afin de se garder de tout « *effet de fascination* » de ces méthodes scientifiques sur les acteurs du procès pénal[3430]. Le neuroscientifique Olivier Oullier présente même l'information sur les limites des neurosciences comme un moyen adéquat de contrer la neurophilie explicative[3431]. Ainsi, il convient de préciser que parmi l'ensemble des techniques employées en neurosciences toutes ne sont pas aussi peu fiables. En effet, si l'article 16-14 du Code civil évoque la technique de l'imagerie médicale, il faut bien se rappeler que celle-ci recoupe deux méthodes différentes : l'imagerie anatomique, plus ancienne et jugée comme fiable par la doctrine scientifique[3432], mais également l'imagerie fonctionnelle, plus décriée. L'IRMf, qui fait l'objet de toute l'attention des commentateurs[3433], est une technique plus récente que la précédente, déjà utilisée en France pour des expertises judiciaires[3434]. Cette technique novatrice n'est quant à elle pas jugée suffisamment fiable pour pouvoir être employée devant des cours de justice, selon les neuroscientifiques[3435]. C'est pourquoi une grande partie de la doctrine scientifique et juridique[3436], à la suite des recommandations du CCNE et des critiques de

---

[3426] M.-Ch. Sordino, « Le procès pénal confronté aux neurosciences : science sans conscience… ? », *op. cit.*

[3427] J. de Maillard, « Némésis judiciaire ou le cauchemar d'une justice parfaite », Le débat, Gallimard, 2007/1 n°143, p.46 à 62.

[3428] S. Desmoulin-Canselier, « Usages et interprétations judiciaires des images cérébrales », RSC 2018 p.343-357 : notamment depuis l'affaire d'Outreau ; Centre d'analyse stratégique, « Le cerveau et la loi : éthique et pratique du neurodroit », La note d'analyse, septembre 2012 n°282

[3429] « Rencontre avec A. Laude, Le droit face aux apports de la science », *in* Boris Cyrulnik (dir.), *Le cerveau est-il coupable ?*, *op.cit.*, p.31-37 : qui envisageait de créer un double cursus pour former les étudiants en droit à ces questions ; « Interview d'Olivier Oullier, Neurodroit : les sciences du cerveau à la barre », *op. cit.* : neuroscientifique qui est déjà intervenu à l'ENM et dans certaines de ses formations par exemple. Ce sont d'ailleurs les recommandations de l'OPECST et du CCNE.

[3430] S. Desmoulin-Canselier, « Usages et interprétations judiciaires des images cérébrales », *précit.*

[3431] « Interview d'O. Oullier, Neurodroit : les sciences du cerveau à la barre », *op. cit.* : Il la définit comme « *la tendance à intégrer, accepter et à adhérer à tout discours issu des neurosciences pour expliquer le comportement humain* ».

[3432] *Ibid.* ; Centre d'analyse stratégique, « Le cerveau et la loi : éthique et pratique du neurodroit », La note d'analyse, septembre 2012 n°282. Toutefois, voir en *contra* S. Desmoulin-Canselier, « Usages et interprétations judiciaires des images cérébrales », RSC 2018 p.343-357 : qui relève que la littérature nord-américaine a pu démontrer que l'imagerie anatomique pouvait susciter elle aussi des difficultés.

[3433] Interview d'O. Oullier, Neurodroit : les sciences du cerveau à la barre, *op. cit.* . : Pour lui l'IRMf a tendance à « vampiriser » les neurosciences d'un point de vue médiatique mais les techniques sont bien plus nombreuses et ce ne sont pas toujours les mêmes qui sont utilisées dans les prétoires.

[3434] Voir nos développements en *supra* n°525 sur l'imputabilité.

[3435] B. Blain et O. Oullier, « Détecter le mensonge dans le cerveau : in neuro veritas ? », *in* O. Oullier (dir.), *Le cerveau et la loi : analyse de l'émergence du neurodroit*, *op.cit.*, p.95-118.

[3436] M.-Ch. Sordino, « Le procès pénal confronté aux neurosciences : science sans conscience… ? », *op. cit.* ; Centre d'analyse stratégique, « Le cerveau et la loi : éthique et pratique du neurodroit », La note d'analyse, septembre 2012 n°282, L. Pignatel et O. Oullier, « Les neurosciences dans le droit », Cités, PUF, 2014/4 n°60, p.83 à 104 ; « Interview d'Olivier Oullier, Neurodroit : les sciences du cerveau à la barre », *op. cit.*

l'OPECST[3437], demandent que le législateur distingue l'imagerie médicale anatomique de la fonctionnelle dans l'article 16-14 du Code civil[3438]. Ces critiques ont abouti en 2020 dans un article 12 du projet de loi Bioéthique prévoyant l'exclusion de l'IRMf des expertises judiciaires. Toutefois, un amendement adopté est venu supprimer l'alinéa la prévoyant, mais « l'*Assemblée nationale, approuvant ce principe, a renvoyé au pouvoir réglementaire le soin de déterminer la liste des techniques interdites* »[3439]. De la même façon que le législateur avait renvoyé *via* l'article L1134-1 du Code de la santé publique à un arrêté réglementant les règles de bonnes pratiques concernant l'imagerie médicale, toutefois seulement à des fins médicales. La solution prévue par l'amendement semblait donc opportune en ce qu'un acte réglementaire pourra plus aisément suivre l'évolution des techniques en la matière pour adapter la réponse juridique au contexte judiciaire. Finalement, une loi d'août 2021 est venue acter cette exclusion en modifiant l'article 16-14 qui prévoit désormais expressément concernant les expertises judiciaires « *l'exclusion, dans ce cadre, de l'imagerie cérébrale fonctionnelle* »[3440].

530. ***Conclusion.*** Finalement, pourra-t-on un jour lever le voile d'invisibilité recouvrant l'intention humaine grâce aux neurosciences ? Si la preuve neuroscientifique a jusqu'alors peu été utilisée par les tribunaux français[3441], c'est que sa fiabilité, notamment pour ce qui est de la preuve de la faute, est trop faible. Pour l'instant, il faut admettre que « la *neuro-imagerie ne sonde pas le contenu de la pensée mais permet de « visualiser » des estimations de marqueurs physiologiques d'une activité cérébrale : variation du champ électromagnétique, de l'oxygénation du sang cérébral…* »[3442]. Mais elle a fait naître l'espoir chez les juristes d'une justice mieux rendue[3443], car mieux à même d'appréhender la face cachée de l'être humain : son esprit. Toutefois, il faut prendre garde du fait que même si les techniques s'améliorent à l'avenir, le fonctionnement du cerveau est trop complexe pour que l'on puisse en avoir une vision immédiate, d'autant plus lorsque l'on cherche à démontrer une intention antérieure à l'expertise[3444]. Ainsi, l'appel à la prudence des scientifiques doit rappeler aux juristes qu'il ne faut avoir de trop grandes attentes pour le droit. Il serait utopique de penser pouvoir un jour être à même de rendre une justice parfaite grâce aux techniques scientifiques, en elles-mêmes imparfaites. De tous temps, « *la justice a cherché des marqueurs objectifs de la*

[3437] Comité Consultatif National d'Ethique pour les Sciences de la Vie et de la Santé, avis n°116, Enjeux éthiques de la neuroimagerie fonctionnelle, 23/02/12 ; Rapport n° 476 (2011-2012) de MM. A. Claeys, député et Jean-S. Vialatte, député, fait au nom de l'Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques, déposé le 13 mars 2012, p.156 qui recommande d'ailleurs la suppression totale de toute référence à l'imagerie médicale dans le cadre judiciaire.

[3438] V. en *contra* l'avis de S. Desmoulin-Canselier, « Usages et interprétations judiciaires des images cérébrales », *op. cit.*, qui estime que l'absence de précision dans le texte est opportune.

[3439] Commission spéciale sur la bioéthique, projet de loi Bioéthique (1ère lecture), amendement n°63 présenté par M. Haenno, 3 janvier 2020.

[3440] Loi n° 2021-1017 du 2 août 2021 relative à la bioéthique, art.18.

[3441] On note un seul cas de recours à l'IRMf depuis 2011 dans le cadre de l'affaire Lambert, afin de déterminer l'ampleur des lésions cérébrales du patient, donc pas d'usage pour prouver l'intention.

[3442] E. Clément, F. Guillaume F, G. Tiberghien et B. Vivicorsi B, « Le cerveau ne pense pas tout seul », Le Monde diplomatique, septembre 2014.

[3443] P. Larrieu, « Le doit à l'ère des neurosciences », *op. cit.* : « Mieux connaître le cerveau humain, mieux comprendre l'individu, c'est aussi mieux le juger ».

[3444] L'intention requise correspondant au moment de la commission de l'acte, l'expertise ne peut que lui être postérieure, or une relecture des faits à l'aune d'éléments extérieurs peut modifier la mémoire que l'individu a de son état d'esprit au moment des faits par l'effet de « désinformation ». V. à ce sujet not. « Rencontre avec Stephen Morse, Du cerveau, encore du cerveau, rien que du cerveau », *op.cit.* ; sur la désinformation : E. Loftus, « *Planting Misinformation in the Human Mind: A 30-Year Investigation of the Malleability of Memory.* », *Learning & Memory*, vol. 12, n° 4, 2005, p. 361-366.

culpabilité »[3445], mais elle s'est souvent perdue dans l'illusion du scientisme, oubliant que la preuve rapportée objectivement passe toujours par le prisme d'une appréciation subjective. Il ne faudrait pas, à l'instar de ce qui a pu se passer lors de l'avènement de la preuve ADN, invisibiliser les limites des sciences « *dures* » au risque de corrompre la légitimité de notre science sociale.

[3445] J.-F. Lambert, « Les neurosciences et la justice. L'imagerie cérébrale au tribunal » *op.cit.*, 2016, p.169 : il renvoie p.162 à l'examen anatomique des sorcières et l'histoire de William Harvey au système anthropométrique puis au relevé des empreintes digitales, à la graphologie, au détecteur de mensonges et plus récemment aux empreintes génétiques.

Conclusion du chapitre

531. Finalement, on le constate, l'usage de la présomption pour pallier les difficultés probatoires générées par la nature invisible de la faute est très répandu. Cela est tout à fait compréhensible au regard des réelles difficultés probatoires suscitées par la notion.

532. ***Non-respect des principes fondamentaux.*** Pour autant, il ne faudrait pas, au nom du pragmatisme, sacrifier les principes fondamentaux innervant la matière pénale. Le recours aux présomptions de culpabilité a été admis par les juridictions supérieures de l'ordre national et supranational à des conditions qui semblent ne pas toujours faire l'objet d'une application scrupuleuse. En effet, la CEDH évoque la gravité de l'enjeu comme premier critère à l'usage d'une présomption. Or, si cela sous-entend que dans la matière pénale le mécanisme doit être réservé aux infractions les plus graves, alors comment expliquer le recours à celui-ci concernant les infractions du droit pénal économique, ou les pis encore, les infractions d'imprudence ? Seuls les crimes, voire les délits les plus graves devraient alors être concernés. Le crime de meurtre en ce qu'il protège l'atteinte à la vie semble le plus légitime à recevoir l'application de la présomption d'intention. Toutefois, en y regardant de plus près, on constate que la Cour européenne a une vision plus souple de cette expression, puisqu'elle a pu valider le recours à la présomption de culpabilité pour des délits[3446]. Quant au critère de la réfragabilité posé aussi bien par la CEDH que par le Conseil constitutionnel, lorsque le recours à la présomption est affiché, celle-ci est présentée comme susceptible de la preuve contraire. Si le respect de ce critère semble donc assuré en théorie, la pratique démontre, on l'a vu, les grandes difficultés à renverser la présomption, éprouvées par les justiciables en faisant l'objet.

533. ***Non-respect du principe de l'interprétation stricte.*** Par ailleurs, en sus du recours à la présomption, les juges ont tendance à apprécier largement la notion d'intention ou certaines fautes d'imprudence[3447], ce qui renforce la difficulté pour l'agent à démontrer sa bonne foi. La jurisprudence a de la sorte opéré un glissement regrettable de l'intention vers l'imprudence. On pourrait arguer de la gravité des imprudences en cause pour expliquer leur assimilation à la faute intentionnelle. Toutefois, n'est-ce pas le rôle du législateur en ce cas de déterminer si l'imprudence, même la plus grave, doit être réprimée au titre de l'intention ? En outre, à l'inverse, si l'intention constatée est légère, peut-elle être assimilée par les juges à de l'imprudence afin d'exclure la responsabilité de l'agent ? Si la règle vaut pour étendre le champ répressif, elle devrait également pouvoir être employée à des fins exonératoires. Il faut sur ce point des règles claires posées par le législateur afin d'être appliquées à tous de la même manière et de façon prévisible. En attendant, mieux vaut-il prendre le risque de condamner des centaines d'individus désinvoltes, ou de laisser quelques futés mal intentionnés passer au travers les mailles du filet ?

534. ***Rationalisation des solutions classiques.*** On ne peut finalement échapper à la présomption en ce domaine, certains auteurs prédisent d'ailleurs une continuité dans le recours à la présomption de culpabilité, le législateur comme la jurisprudence y percevant un moyen opportun de résoudre les difficultés probatoires[3448]. D'ailleurs, si l'on a consacré cette étude à l'usage de

---

[3446] V. not. CEDH 7 oct. 1988, Salabiaku c/ France, req. n° 10519/83.
[3447] Surtout les fautes ordinaires et plus encore la faute caractérisée.
[3448] A. Darsonville, « La preuve renversée : l'explosion des présomptions », *in Les transformations de la preuve pénale*, P. Beauvais et R. Parizot (dir.), LGDJ, 2018, pp.265 et s.

présomptions servant à prouver l'invisible, Madame le professeur Darsonville a pu mettre en lumière l'existence de présomptions invisibles permettant la preuve d'éléments, eux, bien visibles[3449]. S'il faut donc compter avec ce mécanisme, ce n'est pas à tout prix. Comme le soulignait déjà Monsieur le professeur Mercadal en 1967 à propos de l'intention, « *la jurisprudence a, en matière d'intention, une attitude strictement pragmatique : elle arrête ses positions sur l'intention seulement en fonction de l'appréciation des résultats pratiques qu'elle souhaite obtenir* ». En résulte une véritable « *politique criminelle de l'intention* » plus qu'une théorie de l'intention[3450]. De sorte que la jurisprudence se sert de la notion « *artificieusement pour justifier des condamnations ou des acquittements décidés d'avance* »[3451]. Or par cette manipulation du droit pénal, on rejoint là la crainte formulée par Montesquieu d'une justice rendue arbitraire par le recours à la présomption du fait de l'homme[3452]. Comme alertait déjà M. le professeur Merle en 1970, il faut donc se garder de ces pratiques qui opèrent un glissement du mécanisme du terrain de la preuve vers l'élaboration de règles de fond[3453]. La matière pénale est marquée par sa gravité[3454], elle touche à ce qu'il y a de primordial, la liberté, il convient donc d'apporter des nuances dans l'appréciation de l'intention afin de coller au plus près avec la réalité de l'être humain. Si l'invisibilité ne doit certes pas excuser le délinquant, celle-ci ne doit pas non plus profiter à une application trop répressive des textes d'incrimination. La manipulation opportuniste des notions de faute et l'application trop sévère des présomptions doivent dès lors cesser afin de rendre au droit pénal toute sa légitimité. L'élément moral est un élément à part entière de l'infraction qui mérite une attention et une rigueur dans son appréciation toute aussi sérieuse que l'élément matériel. Il semble pourtant à l'issue de cette étude que celui-ci n'a toujours pas acquis la place qui devrait lui revenir[3455]. Si l'époque où l'on pouvait énoncer que la constitution de l'intention découlait de la nature même de l'infraction est révolue[3456], l'intention mériterait toutefois de retrouver ses lettres de noblesse. Même si son invisibilité nécessite des aménagements à sa preuve, cela ne justifie pas qu'elle soit pour autant vidée de sa substance. En outre, l'accroissement du champ d'application des fautes d'imprudence par la multiplication des infractions et surtout l'interprétation large retenue en jurisprudence réduisant drastiquement la possibilité pour l'individu de faire tomber sa responsabilité est topique de l'évolution de nos sociétés. Le risque n'est plus tolérable et la moindre défaillance doit être sanctionnée. Encore une fois le risque est grand de tomber dans une objectivisation des infractions, l'exigence d'un élément moral ne devenant que purement factice.

[3449] *Ibid.*

[3450] B. Mercadal, « Recherche sur l'intention en droit pénal », RSC. 1967, p. 1.

[3451] J.-H. Robert, *Droit pénal général, op.cit.*, p.322.

[3452] Montesquieu, *De l'esprit des lois*, livre XXIX : de la manière de composer les lois, Chapitre XVI, cité par Ch. Guéry, *Le meurtre*, op. cit., n°23.22.

[3453] Ph. Merle, *Les présomptions légales en droit pénal*, thèse, Paris 1970, n°94.

[3454] J. Alix, A. Darsonville (dir.), *Gravité et droit pénal*, Mare&Martin, 2021.

[3455] Sur l'historique de l'élément moral v. not. J.-H. Robert, « Histoire des éléments de l'infraction », RSC, 1977, n°1, pp.269-284, Comp. J. Ferrand, « Quand la forme emporte le fond : de l'incidence des formes processuelles sur la genèse de la théorie générale de l'infraction », RSC 2013, p.505.

[3456] C'était le cas notamment pour l'infraction d'excitation de mineurs à la débauche, devenue corruption de ineurs. Toutefois, la jurisprudence considère que la jurisprudence ancienne est toujours applicable et on retrouve la référence à ces arrêts dans la jurisprudence de certains éditeurs. La solution n'a toutefois semble-t-il pas été réitérée. V. par ex. : Cass. crim. 16 jan. 1947, Bull. crim. 1947 n°23 ; pour les jurisprudences citées dans l'édition Dalloz du C. pén. : Cass. crim. 4 janvier 1902 ; Cass. crim. 25 février 1918 ; Cass. crim. 19 mars 1942 Bull. crim. 1942, n°25.

Conclusion du titre

535. Ainsi que nous l'avions pressenti, l'aspect moral de l'infraction constitue par nature le siège de l'invisible au sein de l'infraction-incrimination. En faisant appel à la psyché du prévenu, de surcroît à un instant donné, il était aisé de deviner que l'invisible causerait en l'espèce des difficultés presque inextricables. La rationalisation de phénomènes psychologiques s'avère si délicate qu'en plusieurs siècles de discussions doctrinales[3457], le droit pénal n'est pas parvenu à imposer des définitions aptes à saisir la complexité et la finesse de l'esprité humain, et partant, à faire l'unanimité chez les commentateurs. Les contours des fautes qu'elles soient intentionnelles ou d'imprudence demeurent flous et il n'est pas toujours évident de les distinguer clairement des notions voisines ni même de distinguer les unes des autres sur l'échelle des fautes, ce qui complexifie la tâche des magistrats. Difficile de calquer la rigueur binaire du droit sur une réalité rejetant toute analyse manichéenne. C'est dire que « *la faute ne correspond pas à une réalité criminologique* »[3458]. Messieurs les professeurs Larguier et Conte soulignaient à ce sujet qu'« *il peut, de l'insigne mauvaise foi à la bonne foi éclatante, y avoir des degrés (comme dans le vice et la vertu) … et des doutes entre ces deux certitudes* »[3459]. Si le droit pénal a tenté d'identifier ces différents degrés, il est encore difficile de tracer une frontière immuable entre ceux-ci. Il faut admettre que le cerveau humain peut difficilement subir la rationalisation nécessaire à toute formule juridique : l'esprit humain fonctionne plus comme un « *chaudron de sorcière* »[3460] que comme « *une centrale électrique* »[3461]. Les neurosciences ne sont pas d'un grand secours à ce titre, puisque la pensée échappe à toute imagerie quantifiée[3462]. « *C'est l'homme qui pense et non le cerveau* » énonçait dans les années 1930 le philosophe allemand Erwin Straus[3463], ainsi « *ce ne sont pas des cerveaux qui commettent des crimes mais des hommes et la responsabilité ne se lit pas dans le cerveau* »[3464]. Ce flou physiologique entraîne *de facto* un flou du droit, accentué par les interventions opportunistes du législateur, cherchant à déresponsabiliser certains élus, et saisi par une jurisprudence encline à simplifier la preuve de cet élément si complexe à constater, quitte à brouiller toutes les frontières en (pré)jugeant de la faute qui leur est soumise. Certains dénoncent à ce titre une véritable « *dénaturation de l'élément moral* »[3465] aboutissant dans certains cas à donner au droit pénal « *une fonction disciplinaire, qui devrait lui être étranger* »[3466]. Si les juges ne peuvent pour l'instant avoir le secours des sciences pour prouver la faute qu'elle soit intentionnelle ou non intentionnelle, on comprend alors qu'ils usent des moyens à leur disposition afin

---

[3457] V. not. R. Griffon, *De l'intention en droit pénal*, Thèse, Sirey, 1911 qui retrace l'évolution de la définition de l'intention en droit pénal jusqu'au début du XXème siècle.
[3458] X. Pin, « La notion de faute en droit pénal (121-3=0 ?) », *op.cit.*, p.99.
[3459] J. Larguier, Ph. Conte, *Droit pénal des affaires*, *op.cit.*, n°243.
[3460] R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel. Tome I*, *op.cit.*, n°574.
[3461] X. Pin, « La notion de faute en droit pénal (121-3=0 ?) », *op.cit.*, p.99.
[3462] J.-F. Lambert, « Les neurosciences et la justice. L'imagerie cérébrale au tribunal », *op.cit.*, p.188.
[3463] E. Straus, *Le Sens des Sens*, traduit de l'allemand par G. Thines et J.-P. Legrand, Grenoble, J. Million, 1989, pp.271 et 472.
[3464] J.-F. Lambert, « Les neurosciences et la justice. L'imagerie cérébrale au tribunal », *op.cit.*, p.189.
[3465] O. Décima, S. Detraz, E. Verny, *Droit pénal général, op.cit.*, n°396 : « la déformation de l'élément moral de l'infraction est plus accusée encore. La jurisprudence facilite à ce point la preuve de l'intention qu'elle se satisfait parfois dans l'état de conscience équipollent à l'imprudence ou à la négligence grave. L'auteur est coupable au seul constat qu'il devait avoir conscience des faits, voire qu'il a fait preuve d'une négligence fautive ». Ils citent à titre d'exemple l'arrêt Cass. crim. 22 juin 1994 n°93-81.462.
[3466] *Ibid.*, n°462.

de trancher les litiges qui leur sont soumis sous peine de déni de justice. Reste qu'il faut savoir raison garder et si les modes de preuve actuels doivent être admis comme légitime, il convient de rendre sa visibilité à l'élément moral de l'infraction en exigeant de la jurisprudence une stricte vérification de sa constitution conforme aux principes fondamentaux du droit pénal et aux exigences des juridictions de l'ordre supérieur. On ne peut tolérer l'invisibilisation de la faute au profit la sur-visibilisation de la matérialité de l'infraction[3467].

[3467] V. déjà en 1911 R. Griffon, *De l'intention en droit pénal*, *op.cit*., pp.135-136 : « Cet effacement volontaire et, croyons-nous, exagéré de la Cour de cassation sur la question de l'intention est l'une des principales causes de l'obscurité qui règne en France sur ce sujet ». L'auteur estime que la Cour de cassation est assez peu exigeante à ce sujet, « le juge n'est pas astreint à formuler sa conviction par des expressions sacramentelles et à reproduire les termes de la loi ».

Titre 2 : L'invisibilité dans l'élément matériel

536. L'infraction consiste en l'extériorisation de la pensée de l'auteur. La simple pensée criminelle non incarnée dans un acte ne saurait faire l'objet d'une sanction. Il est donc nécessaire, pour admettre la constitution d'une infraction de démontrer l'existence de faits correspondant à l'hypothèse réprimée par un texte d'incrimination. En toute logique, il serait d'ailleurs plus judicieux d'étudier d'abord l'existence d'un acte matériel, avant de s'interroger sur l'adhésion intellectuelle de l'auteur dudit acte. Mais la prévalence de l'invisible au sein de l'aspect intellectuel de l'acte, eu égard à sa nature nous a de fait entraînés vers ce qui nous est de prime abord apparu comme le siège de l'invisible au sein de l'infraction. D'ailleurs, à première vue, on pourrait penser que dans le cadre de l'étude de l'acte infractionnel, puisqu'une « *matérialité* » est requise, il ne devrait pas y avoir de difficultés relatives à la présence d'éléments invisibles puisque la matérialité renvoie au monde sensible[3468]. Ce serait donc là la différence avec l'élément moral, par nature relevant de l'invisible, en ce qu'il considère l'état d'esprit de l'auteur. Alors que la matérialité de l'infraction serait l'extériorisation de la pensée infractionnelle, elle ne devrait donc pas présenter une telle difficulté. Mais force est de constater qu'il est des hypothèses où la matérialité de l'infraction présente à son tour des éléments invisibles avec lesquels le droit doit composer. Ainsi, certaines infractions ont parfois pour siège un objet que l'on peut qualifier d'invisible (**Chapitre 1**) en ce qu'il nécessite un intermédiaire afin de permettre sa perception par les tiers. On songe là au phénomène de dématérialisation qui touche le domaine des infractions contre les biens en écho aux évolutions de notre société. La valeur de l'immatériel subit une croissance telle que la question de sa protection par le droit pénal s'impose. Du côté des infractions contre les personnes, on verra resurgir les difficultés inhérentes à la nature de l'esprit humain lorsque c'est dans leur intégrité psychique que les victimes sont atteintes. D'autre part, c'est parfois le comportement de l'auteur qui est invisibilisé (**Chapitre 2**). Soit parce qu'il est dématérialisé, soit parce qu'il emploie des moyens intangibles pour parvenir à ses fins. Dans toutes ces hypothèses, et pour les besoins de notre étude, les faits litigieux auront déjà été découverts, au besoin à l'aide des techniques développées en première partie. Les difficultés soulevées par l'invisible ici auront tout d'abord trait à la preuve de ces éléments invisibles, indispensables à la constitution de l'infraction. Se posera également la question de la compatibilité de ceux-ci avec des textes d'incrimination qui peinent parfois à intégrer pleinement l'invisible.

[3468] Dictionnaire du CNTRL en ligne : https://www.cnrtl.fr/lexicographie/matérialité.

Chapitre 1 : L'invisibilité de l'objet de l'infraction

537. Le siège de l'atteinte infractionnelle n'est pas toujours si visible qu'on pourrait le croire. L'invisible s'invite parfois en effet au cœur de l'infraction, en touchant à son objet. En observant les infractions à travers le prisme de la dichotomie traditionnelle, distinguant l'atteinte aux biens des atteintes aux personnes, on peut percevoir deux sources d'invisibilité de l'objet de l'infraction. C'est tout d'abord le phénomène de dématérialisation qui impacte les infractions contre les biens (**Section 1**) depuis plusieurs décennies qui ouvre la porte à l'invisible au sein de l'élément matériel. Dans un monde où le virtuel prend de plus en plus de place, on assiste en effet à une dématérialisation croissante des objets convoités par les individus délinquants. Le législateur a pu s'adapter avec la création d'infractions spécifiques permettant l'appréhension de certains objets déterminés. Reste que la question de la compatibilité des incriminations classiques se pose lorsque les hypothèses relevant du droit spécial ne peuvent s'appliquer. Est-ce que le « *bien* » ou la « *chose* » décrite par les textes d'incriminations peuvent s'apparenter à des objets invisibles ? On le verra encore, l'imprécision dans les termes légaux est source d'incertitudes pour les individus soumis à une jurisprudence mouvante et une doctrine parfois partagée. Dans un second temps, c'est du côté des infractions contre les personnes (**Section 2**) qu'il faudra se tourner pour constater la résurgence de l'épineuse question de la psyché humaine. Comment prouver l'existence d'une atteinte à l'intégrité de la victime lorsque cette atteinte n'est que psychique ? L'enjeu est de taille lorsque de cette preuve dépend la constitution de l'infraction. Pourtant là encore, il est difficile d'objectiver une telle atteinte car l'invisibilité de son siège nous relègue à l'observations de signes extérieurs imparfaits et dont l'interprétation subjective nourrit toujours les interrogations.

Section 1 : Les objets invisibles des atteintes aux biens

538. Il est une question incontournable du droit pénal des biens que celle de la dématérialisation de l'objet des infractions. L'immatérialité de ces objets n'est pas sans s'identifier à la large catégorie des sujets d'invisibilité. La notion d'immatériel est souvent mise en lien avec la notion voisine d'incorporalité. Si certains[3469] semblent établir une franche démarcation entre les deux, il semblerait toutefois que l'on puisse les considérer comme équivalentes[3470]. Nombre d'auteurs les emploient d'ailleurs de manière synonyme. Il faut dire que leurs définitions se croisent : L'immatériel renvoie à l'absence de consistance matérielle[3471]. L'immatériel n'est de sorte pas constitué de matière[3472]. Tandis que l'incorporel est l'absence de corporalité, or le corps est constitué de matière[3473], en cela on retrouve la nuance existant entre les deux notions, par le rapport de l'unité aux éléments la composant. Mais, et c'est ce qui nous importe ici, les deux notions s'identifient dans leur impossible perception par les sens. On renvoie de sorte souvent à leur caractère intangible, donc *stricto sensu*, échappant au sens du toucher[3474]. Mais l'on peut ainsi retenir plus largement l'exclusion

[3469] A. Raynouard, « Les caractères généraux des biens incorporels », *in La propriété au service du développement économique*, colloque des 15-16 nov. 2004, Shangai ; J.-C. Galloux, « Ebauche d'une définition juridique de l'information », D. 1994 p.233, n°27 cités par G. Beaussonie, *La prise en compte de la dématérialisation des biens par le droit pénal. Contribution à l'étude de la protection pénale de la propriété*, Thèse, LGDJ, 2012, n°32.
[3470] V. G. Beaussonie, *La prise en compte de la dématérialisation des biens par le droit pénal, précit*., n°33.
[3471] Dictionnaire du CNTRL : https://www.cnrtl.fr/lexicographie/immatériel.
[3472] *Ibid*. : https://www.cnrtl.fr/definition/incorporel.
[3473] *Ibid*. : https://www.cnrtl.fr/definition/matière.
[3474] *Ibid*. : https://www.cnrtl.fr/definition/intangible.

de tout objet immatériel ou incorporel du monde sensible. Or, qu'est-ce que l'invisible sinon l'absence de réalité sensible ? De sorte, tout objet rendu immatériel ou incorporel perd son appartenance au monde sensible pour rejoindre le monde intelligible et, partant, l'invisible. La prise en compte d'objets immatériels par le droit pénal se heurte souvent aux textes classiques, créés par le législateur à une époque où les objets incorporels étaient moins courants. La compatibilité d'un tel type d'objet avec les termes de l'incrimination est ainsi souvent sujet à débat. Sur ce point il semblerait que la solution diffère selon que l'objet est décrit comme un « *bien* » (**§1**) ou comme une « *chose* » (**§2**), de sorte que si certains peuvent faire l'objet d'une appréciation suffisamment souple pour intégrer la protection de tels objets invisibles, d'autres nécessitent la création de textes spéciaux, adaptés à leurs imperceptibles contours.

§1 : Le « bien » invisible

539. La question de la protection d'objets immatériels par le droit pénal se pose tout d'abord concernant les objets qualifiés de « *biens* ». Admis comme ayant une portée plus large que le terme de « *chose* » que l'on étudiera ultérieurement, c'est donc par son entremise que la jurisprudence a œuvré dans le sens d'une dématérialisation de l'objet de l'infraction. Si le cas de l'abus de confiance est le plus emblématique du processus de dématérialisation de l'objet de l'infraction, une telle évolution n'est pas sans susciter de nombreux débats (**A**). Tandis que concernant l'escroquerie, la dématérialisation du bien sur lequel elle porte semble moins sujette à critiques (**B**). Enfin, il convient de s'interroger quant aux infractions de dégradation et destructions de biens, lesquelles concernent elles aussi des « *biens* », et dont la dématérialisation semble ce faisant inévitable et dans certaines hypothèses, nécessaire (**C**).

A- Le cas de l'abus de confiance

540. ***Dématérialisation progressive en jurisprudence.*** L'abus de confiance est l'infraction emblématique de la dématérialisation de l'objet de l'infraction. La jurisprudence œuvre en effet depuis une trentaine d'années à une dématérialisation progressive de celui-ci, cristallisant la majorité des discussions doctrinales ayant trait à la dématérialisation autour de l'infraction de l'article 314-1 du Code pénal. C'est un arrêt du 14 novembre 2000[3475] que la doctrine retient souvent comme le point de départ[3476] de ce qu'elle a nommé la dématérialisation de l'objet de l'abus de confiance. Ainsi, la Cour de cassation reconnaît expressément pour la première fois que « *les dispositions de l'article 314-1 du Code pénal s'appliquent à un bien quelconque et non pas seulement à un bien corporel* ». Si jusqu'alors il fallait, pour détourner une carte bancaire, avoir une emprise physique sur son support matériel, la Cour de cassation admet ici pour la première fois que l'usage non autorisé des seuls numéros de cette carte correspond au détournement constitutif d'un abus de confiance[3477]. Plus besoin désormais de démontrer une emprise matérielle de l'objet[3478]. Si la prise en compte de

[3475] Cass., crim. 14 nov. 2000, n°99-84.522, Bull. crim. n°338; D. 2001. 1423, note B. de Lamy ; Dr. pén. 2001. chron. 16, obs. S. Jacopin ; RSC 2001 p.385, obs. R. Ottenhof ; JCP 2001. I. 346, obs. M. Véron.
[3476] V. toutefois G. Beaussonie, « La dématérialisation de l'abus de confiance », AJ Pénal 2017, p.215 qui évoque autre arrêt datant de 1996.
[3477] Cass. crim. 14 nov. 2000, n°99-84.522, Bull. crim. n°338.
[3478] Sur les conséquences de cette solution, v. not. E. Dreyer, *Droit pénal spécial*, LGDJ, 2020, n°809, pour qui l'abandon du critère de l'emprise matérielle sur le bien devrait permettre l'admission des immeubles au titre de la protection de l'article 314-1. Celle-ci est d'ailleurs réclamée par une partie croissante de la doctrine, et peut-être

l'invisible par la jurisprudence n'est encore pas suffisamment marquée eu égard à la visibilité des numéros de carte bancaire, information nécessaire à l'usage des fonds de la victime représentés par des lignes de comptes informatiques, la formule employée est suffisamment claire et générale pour « *ouvrir la porte à une construction jurisprudentielle* »[3479]. Il s'agit bien d'un tournant dans la jurisprudence et non d'un arrêt isolé. Ainsi, la Haute juridiction a par la suite validé la condamnation d'un salarié ayant détourné la connexion internet fournie par son employeur[3480], cette fois l'invisible est bien pris en considération, la connexion internet ne devenant tangible que de manière médiate, au travers de logiciels et dispositifs spéciaux. De façon plus emblématique, la chambre criminelle a peu après admis qu'un projet était un bien protégé par l'incrimination[3481]. Ici c'est le seul projet que les juges de la Haute juridiction visent dans leurs motifs[3482], alors que les juges du fond, plus prudents, avaient pris le soin d'indiquer que le projet était « *matérialisé par la rédaction d'une offre préliminaire valant devis et dans lequel était décrit d'une manière très minutieuse les fonctions et caractéristiques de cette borne et esquissé le croquis d'installation de celle-ci* »[3483]. Ils retenaient alors que le salarié avait « *détourné le devis descriptif de cette borne qui avait été élaborée avec les moyens mis à sa disposition par son employeur* »[3484]. La chambre criminelle ne se contente pas de sorte de valider la condamnation mais simplifie les motifs retenus par les juges du fond en visant le « *projet* » en lui-même. Ainsi, la Haute juridiction semble vouloir inciter les juges du fond à l'abandon des techniques qui prévalaient jusqu'en 2000, consistant à user de subterfuges matériels afin de condamner le détournement d'objets immatériels. La décision est d'autant plus marquante que s'agissant d'un projet non mis à exécution, la décision revient à permettre la protection d'une idée *via* l'infraction d'abus de confiance. Le projet ne constitue en effet une « *Idée de quelque chose à faire, que l'on présente dans ses grandes lignes* »[3485]. Certes, son fruit a pu être transcrit, il n'en demeure pas moins que projet n'ayant fait l'objet d'une réalisation, il demeurait au stade de la simple idée. Or l'idée constitue, à l'instar de la pensée humaine, l'un des exemples les plus représentatifs des éléments invisibles dont la protection pénale pose question. La doctrine a pu toutefois s'interroger sur la pérennité de cette nouvelle jurisprudence à la suite d'un arrêt du 1er décembre 2010[3486] dans lequel la chambre criminelle estime que « *le détournement d'un contrat n'est pénalement punissable que s'il porte sur l'écrit le constatant, mais non sur les stipulations qu'il contient* ». Ainsi, il était nécessaire que l'agent ait détourné l'*instrumentum*, support matériel, et non seulement le *negotium*, autrement dit

---

suggérée par l'admission des immeubles en matière d'escroquerie laquelle retient également l'expression de « bien quelconque ». Reste que la solution est légitimement jugée peu opportune, en ce qu'elle amènerait le juge pénal à connaître du contentieux locatif, ce qui nous semble aller à l'encontre du caractère subsidiaire du droit pénal (en ce sens il renvoie à R. Ollard et F. Rousseau, *Droit pénal spécial,* Bréal 2015, 2ème éd., p. 307) ; V. égal. N. Thomassin, « Le bien susceptible d'abus de confiance (réflexion sur la jurisprudence récente) », D. 2012 p.964 pour qui l'arrêt Crim. 16 nov. 2011, n°10-87.866, en ajoutant la condition de bien appropriable, exclut les immeubles.

[3479] B. de Lamy, « Abus de confiance et biens immatériels : extension du domaine des possibles », D. 2005, p.411.

[3480] Cass. crim., 19 mai 2004, Bull. crim., n°126 ; D. 2004, Somm. p. 2748, et les obs. ; Dr. pén. 2004, Comm. n°129, obs. M. Véron ; Com. com. élec. 2004, Comm. n° 165, obs. A. Lepage.

[3481] Cass., crim. 22 sept. 2004, n°04-80.285, Bull. crim. n°218; Dr. pénal 2004. Comm. 179; D. 2005. 411, obs. De Lamy; JCP 2005. II. 10034, note A. Mendoza-Caminade; D. 2011. 1864, obs. C. Mascala.

[3482] *Ibid*. : « qu'il a disposé au profit d'un tiers et comme d'un bien propre d'un projet qui, dès sa réalisation, était propriété de son employeur et dont il n'était devenu que détenteur ».

[3483] *Ibid*.

[3484] *Ibid.*

[3485] Dictionnaire Larousse en ligne : https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/projet/64232.

[3486] Cass., crim. 1er déc. 2010, n°09-88.478, Dr. pénal 2011. Comm. 29, obs. M. Véron ; D. 2011. 1864, obs. C. Mascala ; Dr. pénal 2011. Comm. 29, M. Véron.

les informations, bien immatériel, qu'il contenait. Les commentateurs ont alors pensé à un recul de la jurisprudence, comparant l'arrêt aux solutions similaires[3487] antérieures à l'arrêt de 2000[3488]. Mais la chambre criminelle a poursuivi l'extension de sa jurisprudence en faveur de la protection des biens immatériels. Elle retient ainsi le détournement d'informations relatives à la clientèle dès novembre 2011[3489], censurant les juridictions de l'instruction qui affirmaient que l'abus de confiance ne pouvait porter que « *sur un objet mobilier, à savoir un écrit ayant une valeur marchande tel qu'un fichier de clientèle* ». Il s'agissait donc bien « *d'un simple surplace limité à un cas d'espèce* »[3490] dans l'arrêt de décembre 2010. En admettant que « *les informations relatives à la clientèle constituent un bien susceptible d'être détourné* »[3491], la chambre criminelle prouve « *à ceux qui doutaient encore de la pérennité de la jurisprudence* »[3492]. Elle est d'ailleurs allée plus loin encore, puisqu'elle a admis ensuite le détournement de son temps de travail par un salarié[3493]. On est dans de cas de figure au-delà de la simple protection de biens immatériels, puisque le temps est une figure abstraite, un « *milieu indéfini et homogène dans lequel se situent les êtres et les choses* »[3494] délimité ici par son attribution à une tâche salariée. Le temps de travail est donc un concept, représentation mentale abstraite, et véritable entité invisible, dont on ne peut percevoir que la mise en œuvre pratique par la réalisation concrète des tâches attribuées à cette période. Même dans le contexte d'une dématérialisation bien entamée depuis une dizaine d'années par la chambre criminelle, la solution n'allait pas de soi, en effet, « *une telle conception peut paraître en décalage avec le réalisme habituel du droit pénal qui cadre mal avec les constructions théoriques les plus sophistiquées* »[3495]. La solution signifie-t-elle en outre que chaque fois que le salarié n'emploiera pas la plage horaire convenue pour son temps de travail pour n'effectuer des tâches strictement prévues par son contrat de travail, il commettra un abus de confiance ? Ainsi de l'individu qui utiliserait son poste de travail pour vaquer à des occupations personnelles[3496], ou plus encore, celui qui, sans se servir d'un quelconque matériel fourni par l'employeur, n'emploierait pas son temps à la tâche confiée ?[3497] On pourrait simplifier la solution. Si l'on ne peut voir le temps de travail, on peut voir le résultat de sa mise en œuvre. Plus particulièrement en l'espèce, étaient bien

[3487] Cass., crim. 9 mars 1987, JCP 1988. II. 20913, note J. Devèze.
[3488] C. Mascala, « Droit pénal des affaires », D. 2011 p.1859 ; M. Véron, « La nature du bien détourné : surplace ou rétropédalage ? », Dr. pénal 2011. Comm. 29.
[3489] Cass. crim. 16 nov. 2011, n°10-87.866, Dr. pénal 2012. Comm. 1, obs. M. Véron ; D. 2012. 137, obs. G. Beaussonie ; RTD com. 2012. 203, obs. B. Bouloc ; AJ pénal 2012. 163, obs. J. Lasserre Capdeville ; RSC 2012. 169, note J. Francillon ; D. 2012. 1704, obs. C. Mascala ; Cass. crim. 16 déc. 2015, n°14-83.140, Dr. pénal 2016. Comm. 40.
[3490] M. Véron, « La nature du bien détourné : surplace ou rétropédalage ? », Dr. pénal 2011. Comm. 29.
[3491] Cass. crim. 16 nov. 2011, n°10-87.866, *précit.*
[3492] G. Beaussonie, « La pérennité de la protection pénale des biens incorporels », D. 2012 p.137. Cette solution notamment a pu être réitérée dans un arrêt Cass., crim. 22 mars 2017, n°15-84.485, AJ pénal 2017. 232, obs. G. Beaussonie ; RTD com. 2017. 447, obs. L. Saenko ; D. 2017. 1879, note C. Mascala.
[3493] Cass. crim. 19 juin 2013, n°12-83.031, Dr. pénal 2013. Comm. 158, par M. Véron ; D. 2013. 1936, note G. Beaussonie ; JCP G 2013, 933 obs. S. Détraz ; Gaz. Pal. 4-8 août 2013, p. 9 obs. R. Mésa ; D. 2013. 2713, obs. T. Garé ; AJ pénal 2013. 608, obs. J. Gallois ; Dr. soc. 2013. 1008, étude L. Saenko ; RDT 2013. 767, obs. V. Malabat ; RSC 2013. 813, chron. H. Matsopoulou ; RTD com. 2013. 600, obs. B. Bouloc.
[3494] Dictionnaire CNTRL en ligne : https://www.cnrtl.fr/definition/temps.
[3495] V. Malabat, « La sanction pénale du détournement de son temps de travail par un salarié : détournement de l'abus de confiance ? », Rev. trav., 2013, p.767.
[3496] Cass. crim. 19 mai 2004, n°03-83.953, Bull. crim. n°126 ; D. 2004. 2748, obs. B. de Lamy; AJ pénal 2004. 286, obs. J. Coste; RTD com. 2004. 824, obs. B. Bouloc : Dans cette hypothèse est toutefois retenu le détournement de l'ordinateur et de la connexion internet pour l'usage par le salarié sur son temps de travail de ce matériel fourni par l'employeur pour consulter des sites pornographiques, alimenter son propre site pornographique et entretenir des correspondances de cet ordre.
[3497] Sur ces questions v. not. S. Détraz, « Abus de confiance et utilisation frauduleuse du temps de travail par un salarié », JCP G n° 37, 9 sept. 2013, act. 933.

visibles les moulages réalisés par le salarié grâce aux moyens et au matériel mis à disposition par l'employeur et utilisé par le salarié. Or, ce sont bien ces moulages qui ont été détournés par le salarié, qui les a transmis à un tiers avec lequel il avait mis en place une entente lucrative[3498]. Certains ont d'ailleurs pensé qu'il n'y avait point d'extension de la jurisprudence dans cette décision de la chambre criminelle retenant « *que le prothésiste libéral utilisait les moulages fabriqués par le prévenu […]* ». De sorte que « *Retenir la qualification d'abus de confiance à la suite du détournement de matériel, de moulages, de prothèses provisoires, voire des salaires* » ne constituerait pas une dématérialisation de l'objet de l'abus de confiance[3499]. C'est pourtant bien le temps de travail qui est visé par la chambre criminelle qui choisit ainsi une interprétation plus audacieuse. Preuve de son attachement au développement de la dématérialisation de l'objet de l'abus de confiance ? La solution est inédite car elle nécessite de considérer que la force de travail[3500] est une valeur que l'employeur s'approprie par le biais du contrat de travail, de sorte le salarié lui remet sa force de travail en échange de rémunération. Le risque est grand de tomber dans l'objectification du salarié, ce que certains semblent résoudre par le caractère strictement temporaire de l'appréhension[3501]. Toutefois c'est bien le temps et non la force de travail que la Haute juridiction vise dans sa décision. Ainsi si certains admettent la légitimité de la solution, ce n'est qu'au prix d'une réflexion complexe[3502], qui se concilie mal avec les solutions rendues ultérieurement par la chambre criminelle[3503], alors qu'une solution certes moins audacieuse, mais plus réaliste et plus simple pouvait être admise pour condamner le salarié indélicat.

[3498] Le salarié d'un centre de rééducation chargé de fabriquer des prothèses temporaire, s'était entendu avec un tiers prothésiste chez qui il incitait sa patientèle à se rendre pour faire fabriquer leurs prothèses définitives. Il fournissait pour cela à son comparse les moulages réalisés au centre de rééducation. En échange de ces bons services, l'agent recevait une rétrocession de 30 % du coût des appareillages, versée sous diverses formes…

[3499] M. Véron, « Un aspect de la dématérialisation : utilisation frauduleuse de son temps de travail », Dr. pén. n° 11, nov. 2013, comm. 158.

[3500] Définie comme « l'ensemble des facultés corporelles et intellectuelles qui lui permettent de travailler » v. T. Revet, *La force de travail (étude juridique)*, Litec, coll. Bibl. dr. ent., t. 28, 1992 cité par G. Beaussonie, « La dématérialisation de l'abus de confiance », AJ Pénal 2017, p.215.

[3501] G. Beaussonie, « Un pas de plus vers la dématérialisation de l'abus de confiance : la sanction d'un détournement de temps de travail », D. 2013. 1936 : « *Après tout, durant son travail, le salarié a une obligation vis-à-vis de son employeur dont la teneur se mesure en qualité et en quantité, bref en labeur et en temps. D'une telle créance, provisoire mais itérative, l'employeur peut donc se dire propriétaire* ».

[3502] *Ibid.* ; V. les arguments en *contra* de V. Malabat « La sanction pénale du détournement de son temps de travail par un salarié : détournement de l'abus de confiance ? », Rev. trav. 2013. 767.

[3503] Cass., crim. 20 oct. 2004, n°03-86.201, Bull. crim. n°248 ; D. 2005. 411, note B. de Lamy ; AJ pénal 2005. 70, obs. J. Coste ; RTD com. 2005. 427, obs. B. Bouloc ; RPDP 2005. 239, obs. V. Malabat ; v. égal., dans le même sens, Cass., crim. 13 sept. 2006, n°05-84.111, Bull. crim. 2006 n° 220 ; AJ pénal 2006. 504, obs. G. Royer; RSC 2007.537, obs. C. Mascala; RTD com. 2007. 249 obs. B. Bouloc : La chambre criminelle retient le détournement des fonds, d'une façon certes critiquable, d'une association dont le temps de travail des salariés a été utilisé à des fins personnelles par son directeur. ; Cass., crim. 19 mai 2004, n°03-83.953, Bull. crim. 2004 n° 126 ; D. 2004. 2748, obs. B. de Lamy; AJ pénal 2004. 286, obs. J. Coste; RTD com. 2004. 824, obs. B. Bouloc : Il est retenu le détournement de l'ordinateur et de la connexion internet pour l'usage par le salarié sur son temps de travail de ce matériel fourni par l'employeur pour consulter des sites pornographiques, alimenter son propre site pornographique et entretenir des correspondances de cet ordre. Ici le salarié emploie pourtant certainement une bonne partie de son temps de travail à des fins autres que celles prévues par son contrat de travail. Seulement dans cette affaire il n'en retire pas d'avantages pécuniaires. V. également Cass., crim. 1er déc. 2010, n°09-88.478, D. 2011. 1859, obs. C. Mascala ; *ibid*. 2823, obs. G. Roujou de Boubée, T. Garé, S. Mirabail et T. Potaszkin ; RTD com. 2011. 427, obs. B. Bouloc ; RDC 2/2012, p. 553, note R. Ollard : concernant le contrat dont les stipulations ne peuvent faire l'objet d'un détournement, or ici on évoque bien en creux le non-respect de l'affectation du temps de travail du salarié telle que fixée par le contrat de travail.

Ainsi, « *la solution paraît mieux justifiée au plan moral qu'au plan juridique* »[3504], or la répression, comme la dématérialisation, ne doit se faire à tout prix.

541. ***Légitimation de la dématérialisation.*** La prise en compte de tels objets est toutefois rendue possible par l'article 314-1 dont la formule apparaît plus large que celle contenue dans l'ancien code pénal. Prévoyant autrefois une liste précise des objets pouvant être détournés, ainsi « *des effets, deniers, marchandises, billets, quittances ou tous autres écrits contenant ou opérant obligation ou décharge* »[3505], la formule de 1994 résume dans un premier temps les termes fiduciaires en évoquant « *des fonds, des valeurs* », puis élargit en ajoutant la formule « *ou un bien quelconque* »[3506]. Or, c'est cette notion de « *bien* » de surcroît adjoint à l'adjectif « *quelconque* » qui ouvre la porte à une interprétation plus large du champ d'application de l'infraction[3507]. La formule de 1810 établissait une liste de « *biens* », car tous susceptibles d'appropriation[3508], mais restrictive par son énumération et la nature corporelle des objets choisis. Puis c'est le terme de « *bien* » qui est retenu par le législateur de 1992, et non celui de « *chose* » prévu dans les infractions voisines[3509] de vol et de recel. Or, il est enseigné traditionnellement que si la « *chose* » nécessite une corporalité, le « *bien* » en revanche peut aussi bien être matériel qu'immatériel. La formule retenue laisse de sorte sous-entendre un élargissement de l'objet de l'infraction. Pour certains auteurs[3510], les objets incorporels faisaient déjà l'objet d'une protection en creux dès 1810, les objets décrits par le texte correspondant tous à ce que l'on considère comme « *bien* », mais présentant de plus une « *nature incorporelle, en ce qu'ils désignaient des choses qui n'ont de valeur que par leur contenu intellectuel ; effets, deniers, billets, quittances ou tous autres écrits contenant ou opérant obligation ou décharge* »[3511]. Certes il s'agit effectivement de biens, en ce qu'ils ont tous une valeur patrimoniale, mais leur caractère immatériel n'est pas aussi certain que l'on semble l'affirmer, et l'on ne peut généraliser la possibilité d'une appréhension des biens incorporels sous l'égide de la formule de 1810 à une époque où l'immatérialité ne touchait qu'une minorité de biens[3512]. La jurisprudence ne l'a d'ailleurs jamais

---

[3504] E. Dreyer, *Droit pénal spécial*, LGDJ, 2020, n°809 ; L. Saenko, « Abus de confiance par détournement du temps de travail du salarié », Rev. Droit social 2013, p.1008.

[3505] C. pén. anc., art. 408.

[3506] C. pén., art. 314-1 al. 1er ; Seconde expression qui rend d'ailleurs la première superflue, les fonds et valeurs pouvant être inclus dans cette seconde expression plus large.

[3507] V. égal. G. Beaussonie, « La dématérialisation de l'abus de confiance », AJ Pénal 2017 p.215 qui explique que la création de l'abus de biens sociaux était une invitation du législateur à la prise en compte des biens incorporels dans le cadre de l'abus de confiance : « L'adoption du texte de 1935 était même un signal envoyé par le législateur au juge afin que ce dernier considère enfin les biens incorporels. ».

[3508] Sur la notion de « bien » et le critère de l'appropriation v. notamment S. Schiller, *Droit des biens*, Dalloz, 10ème éd., 2021, §13 et s.

[3509] Par leur proximité dans le Code et leur appartenance au même livre consacré aux appropriations frauduleuses.

[3510] M.-L. Rassat, « De l'objet de l'abus de confiance », Droit pénal n° 4, avril 2015, étude 10. ; G. Beaussonie, « La dématérialisation de l'abus de confiance », *précit.*

[3511] G. Beaussonie, « La dématérialisation de l'abus de confiance », *précit.* ; V. égal. M.-L. Rassat, « De l'objet de l'abus de confiance », *précit.* que G. Beaussonie cite plus haut en référence mais qui affirmait pourtant l'inverse en son §5 : « Il est indiscutable que le Code pénal de 1810 n'énumérait, au titre des biens susceptibles d'abus de confiance, que des biens de nature corporelle ».

[3512] M.-L. Rassat, « De l'objet de l'abus de confiance », *précit.*, §5 ; G. Beaussonie, « La dématérialisation de l'abus de confiance », *précit.*

admis[3513] malgré un plaidoyer remarqué de Mme Lucas de Leyssac[3514]. En revanche, le législateur de 1992 en faisant le choix délibéré de recourir à la notion de « *bien* », a admis la possibilité d'une protection des biens immatériels. Il faut dire qu'« *Il est aujourd'hui admis que le droit patrimonial, lato sensu, ne se limite pas aux seules richesses corporelles* »[3515]. On peut sur ce point donc rejoindre l'auteur qui estime que la jurisprudence n'a pas procédé à une dématérialisation de l'objet de l'abus de confiance, puisqu'il aurait fallu pour cela que la définition légale ne l'envisage à l'origine que comme un bien matériel[3516]. La jurisprudence n'a fait qu'une interprétation du texte conforme à la définition traditionnelle du terme de « *bien* ». Lorsque la chambre criminelle retient en 2000 que « *les dispositions de l'article 314-1 du Code pénal s'appliquent à un bien quelconque et non pas seulement à un bien corporel* ». Il pourrait apparaître que le terme « *quelconque* » engloberait alors bien corporel et bien incorporel. A vrai dire, le seul terme de « *bien* » non assorti de l'adjectif « *incorporel* » suffisait à permettre telle solution. La solution a surpris certains commentateurs, mais plus en ce qu'elle venait contredire la jurisprudence antérieure[3517] que sur la question de sa légitimité. En effet, déjà à l'époque certains reconnaissaient la conformité d'une telle interprétation au texte de l'article 314-1, et même son caractère souhaitable[3518].

542. ***Un détournement admis***. En outre, le détournement d'objet immatériels ne pose pas de difficultés[3519]. Il est depuis longtemps admis que « *détourner, c'est affecter l'objet confié à une destination autre que celle prévue lors de la remise* »[3520]. De sorte, « *le détournement constitutif de l'abus de confiance, par opposition à l'acte de soustraction constitutif du vol, est plus une opération juridique qu'un acte physique ou matériel* »[3521]. Le détournement peut donc porter sur un objet sur lequel l'agent n'aurait pas une emprise physique. Ce qui a pu provoquer l'étonnement des commentateurs c'est que la jurisprudence a dans un premier temps usé de subterfuges en requérant notamment l'appréhension du support physique du bien immatériel[3522] afin de permettre sa protection par l'article 314-1. Laissant ainsi supposer le caractère seulement matériel de l'objet de

---

[3513] V. par ex. Cass., crim. 29 avr. 1986, RTD com. 1987. 258, RSC 1988. 311, obs. P. Bouzat ; 9 mars 1987, JCP 1988. II. 20913, note J. Devèze; Cass., crim. 30 mai 1996, n°95-82.487, Bull. crim. n°224; Dr. pénal 1996. Comm. 186, obs. M. Véron ; D. 1996. IR 165 ; Dalloz Affaires 1996. 865, concl. J.-P. Dintilhac ; RSC 1997. 129, obs. J. Riffault-Treca. Concernant des valeurs mobilières dématérialisées, dont le détournement a pu être sanctionné mais grâce à leur inscription en comptes, donc grâce à l'existence d'un support matériel. V. également évoquant un « frémissement jurisprudentiel » dans l'arrêt Cass. crim. 8 déc. 1971, Bull. crim., n°341 à l'interprétation toutefois incertaine.

[3514] M.-P. Lucas de Leyssac, « Une information seule est-elle susceptible de vol ou d'une autre atteinte juridique aux biens ? », D. 1985, chron. 43.

[3515] N. Thomassin, « Le bien susceptible d'abus de confiance (réflexion sur la jurisprudence récente), D. 2012 p.964.

[3516] M.-L. Rassat, « De l'objet de l'abus de confiance », Droit pénal n° 4, Avril 2015, étude 10, § n°1-3.

[3517] R. Ottenhof, « Abus de confiance. Nature du bien détourné », RSC 2001 p.385.

[3518] B. de Lamy, « Abus de confiance et bien incorporel : dématérialisation ou défiguration du délit ? », D.2001 p.1423.

[3519] En ce sens v. not. G. Beaussonie, « La pérennité de la protection pénale des biens incorporels », D. 2012. 137.

[3520] R. Vitu, *Droit pénal spécial*, t. 2, Cujas, 1982, n° 2397 Cité par G. Beaussonie, « La pérennité de la protection pénale des biens incorporels », D. 2012. 137.

[3521] R. Vouin, *Droit pénal spécial*, t. 1, 3e éd., Précis Dalloz, 1971, n° 66 cité par G. Beaussonie, « La pérennité de la protection pénale des biens incorporels », D. 2012 p.137.

[3522] Cass. crim., 30 mai 1996, Bull. crim., n°224 ; D. 1996, IR p. 165 ; RSC 1997, p. 129, obs. J. Riffault-Treca ; Dr. pén. 1996, Comm. n°186, obs. M. Véron ; Sur la nature corporelle ou incorporelle de ces valeurs, v. D.-R. Martin, D. 2004, Chron. p. 2285 à propos de valeurs mobilières ; Cass. crim., 9 mars 1987, Bull. crim., n°111 ; JCP 1988, II, 20913, obs. J. Devèze ; RSC 1988, p. 311, obs. P. Bouzat : stipulations contractuelles nécessité de détournement de l'écrit.

l'abus de confiance. De sorte, plutôt que de reconnaître d'emblée leur protection, elle venue progressivement, au cas par cas, admettre la protection de biens immatériels. D'où une apparente « *dématérialisation* » de l'objet de l'infraction, au moins en jurisprudence.

543. ***Difficultés***. Si la formule du Code permet à juste titre la protection des biens immatériels[3523], on peut toutefois comprendre qu'une certaine réticence émane d'une partie de la doctrine. En effet, la prise en compte d'objets dématérialisés présente le risque d'une déformation de la structure de l'incrimination, laquelle exige une remise de l'objet, qui, dans le cadre de ces objets particuliers, peut être difficilement envisageable. Ainsi, il a été souligné que « *la prise en compte des biens incorporels implique enfin une adaptation des éléments constitutifs de l'abus de confiance, essentiellement la remise* »[3524]. Ainsi, dans l'hypothèse de certains biens incorporels, une remise matérielle n'est pas envisageable. C'est donc une remise juridique qu'il faut envisager dans ce cas de figure[3525]. C'est le cas dans l'hypothèse d'une idée, telle le projet[3526], dont la remise peut s'incarner dans la mission confiée par le truchement du contrat de travail le liant à l'entreprise abusée[3527].

En outre, certains ont pu craindre une extension illimitée du délit en l'ouvrant aux biens incorporels, perçus par certains comme « *la boîte de Pandore* »[3528]. Le risque étant là encore de dénaturer l'infraction en faveur d'une interprétation répressive, voire d'empiéter sur des qualifications spéciales. Toutefois, la jurisprudence semble adopter une interprétation stricte, à défaut de restrictive. Ainsi, la chambre criminelle a précisé « *que les dispositions de ce texte s'appliquent à un bien quelconque, susceptible d'appropriation* »[3529]. De sorte que on pourrait en déduire que seuls les biens incorporels ayant une valeur patrimoniale sont admis au titre de la protection accordée par l'abus de confiance. L'évolution des modes de communication de l'information « *avec ses modes de collecte, de diffusion et de conservation* » a atteint une importance telle que l'on parle parfois d'« *industrialisation* » de l'information[3530]. D'où la nécessité d'offrir une protection pénale adéquate à celle-ci, tout en respectant cependant la *ratio legis* du délit d'abus de confiance. Ainsi, certaines informations, notamment relatives à la vie privée, ne présentant pas ce caractère et qui font déjà l'objet d'une protection pénale par le biais d'incriminations spéciales relative au secret professionnel[3531], voire à la protection du simple secret[3532], ne peuvent être protégées par l'article 314-1 eu égard à l'interprétation jurisprudentielle retenue. Concernant les œuvres originales, c'est l'action en contrefaçon[3533] qui devra être privilégiée lorsque les conditions seront remplies, l'abus de confiance

---

[3523] En ce sens v. not. G. Beaussonie, « La dématérialisation de l'abus de confiance », AJ Pénal 2017 p.215.
[3524] *Ibid.*
[3525] S. Détraz, R. Ollard, « La dissociation de l'objet de l'abus de confiance. Deuxième partie », Droit pénal n° 12, Décembre 2014, étude 22, §3.
[3526] Cass. crim., 22 sept. 2004, n° 04-80.285, JurisData n° 2004-025176 ; JCP G 2005, II, 10034, note A. Mendoza-Caminade ; D. 2005, p. 411, note de B. Lamy ; RPDP 2005, p. 239, note V. Malabat.
[3527] B. Lamy, « Abus de confiance et biens immatériels : extension du domaine des possibles », D. 2005. 411 ; A. Mendoza-Caminade « L'abus de confiance constitué par le détournement d'un projet considéré comme objet d'un droit de propriété », JCP G n° 11, 16 Mars 2005, II 10034.
[3528] R. Ottenhof, « Abus de confiance. Nature du bien détourné », RSC 2001 p.385.
[3529] Cass. crim., 16 nov. 2011, n° 10-87.866 : JurisData n° 2011-025156 ; Dr. pén. 2012, comm. 1, note M. Véron ; Gaz. Pal. 13-14 janv. 2011, p. 40, obs. E. Dreyer ; JCP G 2012, note 322, S. Detraz ; RDC 2012, p. 551, obs. R. Ollard ; Rev. pénit. 2012, p. 914, obs. S. Fournier.
[3530] N. Thomassin, « Le bien susceptible d'abus de confiance (réflexion sur la jurisprudence récente) », D. 2012 p.964.
[3531] C. pén., art. 226-13.
[3532] *Via* les incriminations d'extorsion et de chantage aux Art. 312-1 et 312-10 c. pén.
[3533] Par ex. C. prop. int., art. L. 615-14 (brevet), L. 716-9 et L. 716-10 (marque), et L. 335-2 (droit d'auteur et droits voisins).

ne devant intervenir que de façon subsidiaire. Cependant le sens de l'expression « *susceptible d'appropriation* » n'est pas si certain. En principe, en droit civil, pour être qualifié de bien, il faut que l'objet ait une valeur patrimoniale, la formule serait donc redondante. Elle pourrait donc faire sens si l'on excepte l'indépendance du droit pénal, lequel pourrait distinguer les biens en deux catégories selon qu'ils aient ou non une valeur patrimoniale. Avec la précédente expression, la chambre criminelle écarterait donc les seconds de la protection de l'article 314-1. Mais l'ajout du terme « *quelconque* » pour qualifier le bien protégé par le texte interroge car il pourrait signifier l'inclusion de ces objets sans valeur patrimoniale, sauf à ce que l'on reconnaisse là une formule redondante et non significative comme le législateur sait en prodiguer. La doctrine n'a de sorte pas trouvé de consensus sur le sens à donner la formule jurisprudentielle[3534]. Et une décision du 16 décembre 2015[3535] est venue ajouter au débat puisque la chambre criminelle à rebours des juges du fond, admet qu'« *un enregistrement d'images et de sons constitue un bien susceptible d'appropriation* ». Alors que les juges de la cour d'appel avaient estimé l'inverse considérant que pour être appropriable, l'enregistrement devait pouvoir être qualifié d'œuvre de l'esprit et ainsi faire l'objet de la protection du code de propriété intellectuelle, ce qui n'était pas le cas en l'espèce. Certains remarquent alors « *la disparition de la virgule entre les mots « bien » et « susceptible » [qui] renforce ce sentiment d'unité : tout bien est appropriable, et l'enregistrement vidéo en fait partie* »[3536]. La solution est délicate à interpréter en ce qu'elle est difficile à concilier avec le droit civil des biens et le droit de propriété littéraire et artistique et pourrait ainsi relever du principe d'autonomie du droit pénal. Il a de sorte été soulevé un questionnement habile sur la portée d'une telle décision « *si l'enregistrement est un objet de propriété indépendamment du droit de la propriété littéraire et artistique, il en va de même des données sur lesquelles il porte. Sous cette lecture, l'enregistrement deviendrait un mode d'acquisition de la propriété d'une image ou d'un son ! Quid, alors, de la protection des données personnelles au sens de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 ? Quid des délits de contrefaçons ? De l'intimité de la vie privée ?* »[3537]. Ainsi la prise en compte d'objets incorporels peut soulever des questionnements *a priori* inextricables par la difficulté à concilier leur nature avec des catégories juridiques séculaires. On remarque toutefois dans cette affaire, qu'un retour au subterfuge du support, par la répression du détournement des cassettes contenant l'enregistrement[3538] aurait permis le rendu d'une solution bien plus aisée à appréhender.

Par ailleurs, et d'une façon plus problématique, l'incrimination prévoit que l'objet de l'abus de confiance a préalablement été remis au récipiendaire lequel a détourné celui-ci par son non-respect des conditions encadrant la remise. Or, on décèle là une « *règle de l'« unicité » ou « identité* »

[3534] V. L. Saenko, « Enregistrement vidéo et droit pénal des biens : entre dématérialisation et appropriation », D. 2016 p.587 : qui résume les thèses en présence, spéc. §8.

[3535] Cass. crim., 16 déc. 2015, n° 14-83.140, JurisData n° 2015-028170 ; C. Fonteix, Abus de confiance et destruction d'un enregistrement vidéo non protégé par un droit d'auteur, Dalloz actualité, 22 janv. 2016 ; L. Saenko, « Enregistrement vidéo et droit pénal des biens : entre dématérialisation et appropriation », D. 2016 p.587 ; Ph. Conte, « Peut faire l'objet d'un abus de confiance tout bien susceptible d'appropriation » Droit pénal n° 3, Mars 2016, comm. 40.

[3536] L. Saenko, « Enregistrement vidéo et droit pénal des biens : entre dématérialisation et appropriation », *op.cit.* §8, qui précise en note de bas de page n°22 : « Alors que dans l'arrêt précité du 16 nov. 2011, la Cour de cassation évoquait « un bien quelconque, susceptible d'appropriation », elle évoque dans l'arrêt commenté un « bien susceptible d'appropriation » ».

[3537] L. Saenko, « Enregistrement vidéo et droit pénal des biens : entre dématérialisation et appropriation », *précit.* §11.

[3538] En version dématérialisée on retiendrait alors le fichier informatique contenant l'enregistrement. Un doute subsisterait dans l'hypothèse d'un enregistrement capté par l'agent alors qu'il est diffusé par la victime. Mais la qualification d'abus de confiance est ici douteuse.

du *corpus delicti* »[3539], c'est dire que le même objet doit faire l'objet de la remise puis du détournement. Des auteurs soulignent alors que la prise en compte de certains biens immatériels contribue au phénomène de dissociation de l'objet de l'abus de confiance qu'ils ont pu constater. Ils remarquent ainsi que *« le processus jurisprudentiel de dématérialisation de l'abus de confiance sert efficacement le phénomène du déplacement* »[3540], lequel est défini comme l'hypothèse dans laquelle « *la remise et le détournement sont caractérisés relativement à une chose qui, au fond, n'est que le diminutif ou le dérivatif du bien dont la privation consomme le préjudice* »[3541]. Ainsi, dans l'hypothèse du détournement des numéros de carte bancaire[3542] soulevée précédemment, le siège du préjudice se situe non dans le détournement des numéros mais dans l'appréhension des fonds permise par ceux-ci. Ils identifient alors un comportement comparable à une soustraction[3543] permise par le détournement, seul comportement exigé par le texte d'incrimination. La question de la qualification se pose alors, le vol semblant dès lors permis. Si le cumul serait à exclure en raison de la prévalence de l'infraction fin sur l'infraction moyen, la jurisprudence fait toutefois prévaloir le détournement sur la soustraction[3544].

B- Le cas de l'escroquerie

544. ***Particularité.*** Concernant l'escroquerie, la dématérialisation de l'objet de l'infraction ne semble pas faire autant débat. Pourtant, la formule de l'article 313-1 emploie la même expression de « *bien quelconque* ». Monsieur le professeur Beaussonie[3545] apporte une réponse à cette interrogation en ce qu'il explique que la dématérialisation de l'objet de l'escroquerie causerait moins de difficultés que celle de l'abus de confiance. En effet, dans l'hypothèse de l'article 313-1, la remise est provoquée par l'auteur de l'infraction alors que la remise est libre dans l'abus de confiance. Ainsi dans le cas de l'escroquerie, « *le comportement sanctionné se situe en amont de la remise, pouvant même se réaliser indépendamment de cette dernière* »[3546] puisque sa tentative est réprimée. De sorte que « *les exigences du juge concernant l'identification de l'objet et, notamment sa matérialité, sont moindres* »[3547] que pour l'abus de confiance. Pour l'auteur l'infraction représente au sein des infractions contre la propriété la plus évolutive[3548]. Il est vrai que très tôt, une dématérialisation de la remise, laquelle est souvent entrainée par le caractère immatériel de l'objet de l'infraction a été admise sans grandes difficultés par la jurisprudence. Cette dernière tendant à « *faire prévaloir une conception plus juridique que matérielle* »[3549] de celle-ci. La solution se justifie à l'aune du texte

---

[3539] S. Détraz, R. Ollard, « La dissociation de l'objet de l'abus de confiance. Première partie », Droit pénal n° 11, nov. 2014, étude 20 §2.
[3540] *Ibid*. §12.
[3541] *Ibid.* §11.
[3542] Cass. crim., 14 nov. 2000, n° 99-84.522, JurisData n° 2000-007519 ; Bull. crim. 2000, n° 338 ; D. 2001, p. 1423, note de B. de Lamy ; Dr. pén. 2001, comm. 28, obs. M. Véron ; Rev. sc. crim. 2001, p. 385, note R. Ottenhof.
[3543] S. Détraz, R. Ollard, « La dissociation de l'objet de l'abus de confiance. Première partie », *op.cit*. §13.
[3544] Cass. crim., 14 nov. 2000, n° 99-84.522, JurisData n°2000-007519 ; Cass. crim., 16 nov. 2011, n°10-87.866, JurisData n°2011-025156.
[3545] G. Beaussonie, *La prise en compte de la dématérialisation par le droit pénal*, *op.cit*., n°211 et s.
[3546] *Ibid.* n°213.
[3547] *Ibid.*
[3548] *Ibid.*
[3549] E. Dreyer, *Droit pénal spécial*, LGDJ, 2020, n°689.

d'incrimination lequel a toujours prévu la remise de fonds ou de valeurs[3550]. Or, ils « *résultent plus souvent d'une inscription en compte »[3551].* De sorte, les juges admettent de longue date que la remise classique issue de la tradition manuelle de la chose[3552] n'est pas la seule envisageable[3553].

545. ***Admission de l'immatériel.*** Déjà sous l'empire de l'ancien article 405, la jurisprudence avait pu admettre l'escroquerie portant sur un bien immatériel. Elle avait en effet admis à plusieurs reprises la répression de l'obtention indue d'une inscription scripturale[3554]. Mais l'incrimination a été élargie[3555] par le législateur de 1992 avec l'ajout du terme de « *bien quelconque* ».

De plus, ici encore l'information apparaît pouvoir bénéficier de la protection du droit pénal des biens. Dans une décision du 26 octobre 2016[3556], la Haute juridiction semble implicitement reconnaître à l'information le statut de bien quelconque au sens de l'article 313-1[3557]. L'hypothèse était celle d'une journaliste ayant eu recours à des manœuvres frauduleuses pour obtenir des informations utiles à la rédaction de son ouvrage sur un parti politique. Pour la chambre criminelle, s'il ne pouvait y avoir condamnation ici, c'est uniquement parce que la journaliste avait pour but de nourrir un débat d'intérêt général. De sorte que sa condamnation aurait constitué une ingérence disproportionnée dans l'exercice de la liberté d'expression. Ainsi, dans le cas inverse, l'information aurait pu constituer l'objet de l'infraction d'escroquerie. Si la solution a pu en étonner certains[3558], elle est toutefois cohérente avec les solutions retenues en matière d'abus de confiance, qui partage avec l'escroquerie la notion de « *bien quelconque* »[3559].

Sous l'empire de l'ancien article 405, les services n'étaient pas visés par le texte, et semblaient ainsi exclus. Mais la jurisprudence usait toutefois de subterfuges pour réprimer l'escroquerie d'un service[3560], c'est l'hypothèse bien connue de l'arnaque au parcmètre consistant à introduire une rondelle de métal dans un parcmètre afin d'obtenir le déplacement de l'aiguille sur le cadran[3561], pour lesquelles les juges avaient dû considérer qu'il y avait par ce déplacement un acte

---

[3550] A ce propos, V. les remarques de M.-L. Rassat, « Fasc. 20 : Escroquerie », Date de la dernière mise à jour : 29 août 2022, JCl Pénal Code, n°35 qui estime que les deux termes « sont une redondance puisque les « fonds » dans l'interprétation classique et les « valeurs » aujourd'hui ajoutées, désignent la même chose ».

[3551] E. Dreyer, *Droit pénal spécial*, *précit.*, n°689.

[3552] C. Mascala, « Escroquerie – Remise de la chose », Rép. pén. et de proc. pén., juin 2022, n°158.

[3553] Cass., crim. 16 juin 1966, Bull. crim. n°174; Cass. crim. 25 janv. 1967, Bull. crim. n°39; Gaz. Pal. 1967. 1. 229, note Cosson ; D. 1967. 400 ; Cass. crim. 17 oct. 1967, Bull. crim. n°252.

[3554] Cass., crim. 13 oct. 1971, Bull. crim. n°261 concernant l'escroquerie à la TVA. Déjà auparavant, la chambre criminelle, réprimait également l'inscription en compte courant : Cass., crim. 4 juin 1935 Dalloz. 1936,1, p.55, note Hamel.

[3555] C. Mascala, « Escroquerie – Remise de la chose », Rép. pén. et de proc. pén., juin 2022, n°149.

[3556] N°15-83.774 ; JCP G 2016, n °1314, note G. Beaussonie et B. de Lamy.

[3557] Cependant V. en *contra* S. Detraz, « Liberté d'escroquer », Gaz. Pal. 24 janv. 2017, n° 4, p. 51, note de bas de page n°1 : Qui estime que « la décision ne peut que très difficilement être vue comme la manifestation d'une possible dématérialisation de l'objet de l'escroquerie, car la journaliste a, quoi qu'il en soit, obtenu la remise de supports physiques », en ce que la journaliste infiltrée a obtenu « des documents internes et des informations » Mais en ce cas pourquoi la chambre criminelle prend la peine de passer par la question de la liberté d'expression.

[3558] V. not. M. Véron, *Droit pénal spécial*, Sirey, 17ème éd., 2019, n°525.

[3559] On s'interroge toutefois sur la coordination des solutions concernant les immeubles, que la jurisprudence n'a pour l'instant admis que pour la seule infraction d'escroquerie dans un arrêt Cass., crim. 28 sept. 2016, n°15-84.485, JCP G 2016, 1389, note V. Malabat ; Dr. pén. 2016, n°168 obs. Ph. Conte ; Rev pénit 2016 p.929, obs. O. Décima ; RDC 2017, p.106 note R. Ollard.

[3560] Ph. Conte, *Droit pénal spécial*, LexisNexis, 6ème éd., 2019, n°579 ; A. Lepage et H. Matsopoulou, *Droit pénal spécial,* PUF, 2015, n°724 ; M. Véron, *Droit pénal spécial*, *précit.*, n°525.

[3561] Cass. crim. 10 déc. 1970 ; D.1972 p. 155, note G. Roujou de Boubée ; JCPG, 1972.17.277, note R. Gassin.

opérant obligation ou décharge[3562]. Mais avaient été également admises des hypothèses moins audacieuses lorsqu'un billet de transport ou de spectacle à prix réduit[3563] ou encore une facture minorée avaient été remis[3564], les juges pouvant justifier leurs solutions par ces supports corporels. Les prestations de services sont depuis 1994 largement admises[3565] par le texte d'incrimination. Ainsi, l'article 313-1 « *s'inscrit dans le mouvement contemporain qui tend à « dématérialiser » le contenu des infractions contre les biens* »[3566]. Avec la modification du texte, le législateur permet de sorte « *de généraliser des solutions ponctuelles et limitées, et de sanctionner l'escroquerie de n'importe quelle prestation de service* »[3567]. La jurisprudence est ainsi rendue homogène[3568] et la protection accordée aux biens immatériels élargie. En effet, « *le service est nécessairement incorporel* »[3569], même s'il peut nécessiter des objets matériels pour sa réalisation. La solution semble également confirmer l'ouverture de l'incrimination aux objets incorporels depuis sa modification par le législateur de 1992. Parmi les hypothèses admises en jurisprudence, on note l'occupation d'une chambre d'hôtel[3570], l'obtention d'un crédit[3571], ou encore l'accès à internet[3572].

546. ***Valeur protégée.*** Pour certains auteurs, cette place accordée à la protection des services questionne la valeur protégée par l'incrimination. En effet, il apparaît que « de *même que la valeur économique du bien remis importe peu, la valeur économique du service fourni semble indifférente* »[3573]. On peut rapprocher également les réflexions concernant la protection par le texte de tout acte opérant obligation où décharge dont la remise aura été provoquée. De sorte, est permise la protection du seul negotium[3574], à l'inverse de l'abus de confiance dont l'incrimination est plus restrictive. Ainsi, certains auteurs[3575] soulignent que l'on permet ici la sanction d'un vice du consentement puisque l'infraction pourra être constituée « *lorsque la manœuvre a poussé une personne à accepter la conclusion d'une convention à laquelle elle se serait refusée* » en l'absence du comportement de l'auteur. La solution est ancienne puisque déjà sous l'empire de l'ancien article 405 la jurisprudence retenait l'escroquerie lorsque l'agent avait réussi à obtenir la conclusion d'un contrat

---

Cass. crim. 10 déc. 1970, Bull. crim. n°324 ; D. 1972. 155, note G. Roujou de Boubée ; Cass. crim. 29 mai 1978, Bull. n°170 ; D. 1978. IR 344, obs. G. Roujou de Boubée ; Même solution pour « l'escroquerie au taxiphone » : Aix-en-Provence, 13 sept. 1972, JCP 1972. II. 17240, note A. C.

[3562] C. Mascala, « Escroquerie – Remise de la chose », *op.cit.*, n°153.

[3563] Cass., crim., 7 juin 1937, Bull. crim. n°119.

[3564] Cass., crim., 13 décembre 1990, Bull. crim. n°435.

[3565] C. Mascala, « Escroquerie – Remise de la chose », *op.cit.*, n°153 : « désormais, tous les services, sans restriction, peuvent donner lieu à la commission de l'infraction ».

[3566] M. Véron, *Droit pénal spécial*, *op.cit.*, n°525.

[3567] *Ibid.* ; M.-L. Rassat, *Droit pénal spécial*, 8ème éd., Précis Dalloz, 2018, n°143.

[3568] V. M.-L. Rassat, *Droit pénal spécial*, *précit.* n°143. Qui souligne que le droit ancien permettait la sanction pour escroquerie de celui qui utilisant la carte d'un tiers, se faisait délivrer un billet de transport ou de spectacle à tarif réduit, mais non celui qui, utilisant l'abonnement d'un autre, voyageait ou assistait à un spectacle sans payer (car obtention d'un service incorporel alors que la première hypothèse renvoie à l'obtention d'un billet physique).

[3569] S. Jacopin, « Le début d'une évolution sur la nature de la chose susceptible d'appropriation frauduleuse », Droit pénal n°4, avril 2001, chron. 16 ; V. égal. M.-L. Rassat, *Droit pénal spécial*, *op.cit.* n°143.

[3570] Cass., crim. 16 janv. 2019, n° 17-87.027, JurisData n° 2019-003590, Dr. pén. 2019, n°4, comm. 66, obs. Ph. Conte.

[3571] Cass., crim. 30 oct. 2013, Dr. pén. 2014, n°3 obs. M. Véron.

[3572] TGI Paris, 16 déc. 1997, Gaz. Pal. 1998, somm. P.433, note C. Rojinsky.

[3573] E. Dreyer, *Droit pénal spécial*, LGDJ, 2020, n°690.

[3574] En *sus* de la protection de l'instrumentum accordée sous l'égide du « bien quelconque » prévu par le texte.

[3575] E. Dreyer, *Droit pénal spécial*, *précit.*, n°691 ; Ph. Conte, *Droit pénal spécial*, *op.cit.*, n°579 qui renvoie à la thèse de A. Valoteau sur *Le droit pénal et la théorie des vices du consentement*, Thèse, Grenoble, PUAM, 2006.

à son juste prix à l'aide de manœuvres frauduleuses[3576]. C'est donc bien la seule atteinte à la liberté de consentement du cocontractant[3577] qui est protégée par l'incrimination. On pourrait voir une confirmation à ce point de vue dans l'appellation originelle de l'infraction. En effet, si c'est le code de 1810 qui a donné à l'escroquerie son nom actuel, on trouve les prémices de l'incrimination au sein du Code de 1791 lequel la dénommait alors « *dol* »[3578] qui figure au titre des trois vices du consentement reconnus en matière civile.

De sorte, le préjudice admis au titre de l'escroquerie n'a pas à être forcément pécuniaire[3579], il pourrait même être simplement moral, un auteur imagine ainsi la possible sanction du bénéficiaire d'un « *service rendu à titre gratuit sur la base d'une fausse croyance* »[3580].

547. ***Exclusion des biens sans valeur.*** Sous l'empire de l'ancien article 450, la jurisprudence avait pu prendre en considération des objets sans valeur[3581], solution que la doctrine a d'ailleurs pu contester[3582]. Mais avec le texte de 1994, les auteurs s'accordent à dire qu'une telle solution ne devrait plus avoir lieu. Le recours au terme de « *bien* », lequel postule une valeur juridique ou patrimoniale[3583]. Ainsi, on peut rapprocher cette solution de nos interrogations en matière d'abus de confiance, concernant notamment l'information sans valeur vénale. Il faudrait donc admettre que celle-ci ne devrait recevoir la protection de l'article 314-1 lorsqu'elle est sans valeur. En outre, le terme de « *bien* » suffit pour exiger une telle qualité, toute formule supplémentaire est bien superfétatoire.

C- L'hypothèse des dégradations et destructions de biens

548. ***La destruction de biens incorporels ?*** L'article 322-1 du Code pénal incrimine la destruction, la dégradation ou la détérioration « *d'un bien appartenant à autrui* »[3584]. La formule semblerait plus restrictive que celle des deux incriminations précédentes à considérer que l'adjectif « *quelconque* » vienne effectivement élargir le champ des biens. Or si le « *bien quelconque* » est un bien « *susceptible d'appropriation* », le *« bien appartenant à autrui* » est *de facto* un bien quelconque. De sorte que l'on pouvait s'interroger sur la possibilité d'une application de l'incrimination aux biens immatériels.

549. ***Premier pas en jurisprudence.*** C'est l'arrêt du 16 décembre 2015 qui va pour la première fois[3585] franchir le pas en assimilant les infractions d'abus de confiance et de destruction

---

[3576] Css., crim 7 mars 1936 ; DH 1936, p.196 ; Cass., crim. 20 juin 1983, Bull. crim. n°189 ; Cass., crim. 15 juin 1992, Bull. crim. 1992, n°234. Droit pénal 1992, n°282 ; RSC 1993, p.783, obs. P. Bouzat.
[3577] Ph. Conte, *Droit pénal spécial*, *op.cit*., n°579.
[3578] M.-L. Rassat, *Droit pénal spécial*, *op.cit*., n°139.
[3579] Ph. Conte, *Droit pénal spécial*, *op.cit*., n°579 ; E. Dreyer, Droit pénal spécial, précit., n°690.
[3580] E. Dreyer, *Droit pénal spécial*, *précit*., n°690.
[3581] Qui avait retenu l'escroquerie concernant une épreuve d'imprimerie ou un bulletin de vote : Cass. crim. 23 févr. 1888, Bull. crim. n°77 et Cass. crim., 14 mai 1878, Bull. crim. n°69.
[3582] Ph. Conte, *Droit pénal spécial*, *op.cit*., n°580.
[3583] *Ibid.* renvoyant à Cass., crim. 26 oct. 1995, Bull. crim. n°341, l'auteur estime que l'arrêt, rendu en application de l'article 405 et non du nouvel article 313-1 signifierait alors que la chambre criminelle a considéré l'article 405 comme prévoyant une incrimination plus douce, donc que la solution aurait différé avec l'application de l'art. 313-1 ; dans le même sens v. A. Lepage et H. Matsopoulou, *Droit pénal spécial, op.cit., n*°724; M.-L. Rassat, *Droit pénal spécial*, *op.cit*., n°142 pour qui le terme de bien suppose une valeur vénale du bien.
[3584] C. pén., art. 322-1 al. 1er.
[3585] L. Saenko, « Enregistrement vidéo et droit pénal des biens : entre dématérialisation et appropriation », D. 2016 p.587, §5 ; L. Neyret, N. Reboul-Maupin, « Droit des biens », D. 2016 p.1779 ; S. Mirabail, « Droit pénal » D. 2016 p.2424.

de biens. Dans cette affaire, la chambre criminelle a considéré qu'un enregistrement vidéo constituait un bien susceptible d'appropriation. Elle permet alors la condamnation de l'agent ayant effacé l'enregistrement des cassettes qui lui avaient été transmises par l'assistante du réalisateur, laquelle de ce fait commettait un abus de confiance. De sorte, la Haute juridiction continue le « *mouvement général d'extension de la protection pénale de la propriété aux biens incorporels* »[3586] débuté notamment avec l'abus de confiance. Outre cette volonté de faire une place plus grande aux biens incorporels, qui, à l'avenir, verront certainement le nombre croître, on note une volonté répressive des Hauts magistrats[3587]. En effet, si les juges avaient retenu uniquement le support matériel de l'enregistrement, l'infraction de destruction de bien n'aurait pu être retenue puisque ce support n'a pas été endommagé, seul son contenu ayant été détruit. De plus, cela revenait à permettre l'impunité du directeur de l'établissement où l'interview avait été enregistrée, celui-là même qui avait fait pression sur l'assistante du réalisateur pour obtenir les cassettes vidéo. Sans son action, celle-ci n'aurait donc jamais commis de détournement de ces cassettes. A moins de pouvoir le retenir comme complice par instigation[3588], ce que l'arrêt n'a pas envisagé. En outre, il était également délicat de dissocier les deux infractions. S'il avait été retenu le détournement du support physique pour l'abus de confiance, et par la suite la destruction de contenu immatériel de celui-ci, la solution aurait pu apparaître contradictoire en ce que l'infraction historiquement la plus engagée dans le processus de dématérialisation jurisprudentiel aurait fait l'impasse sur le bien incorporel, seul objet visé *in fine* par le détournement. Alors que dans le même temps, une infraction qui n'a semble-t-il jamais fait l'objet d'une telle jurisprudence se serait vue seule retenir un objet incorporel. En outre, l'enregistrement détruit ne pouvait par ailleurs faire l'objet d'une infraction spéciale protégeant la propriété intellectuelle, puisque les juges avaient démontré qu'il ne répondait pas aux exigences d'une œuvre de l'esprit. De sorte, la solution rendue permet la sanction du directeur indélicat ainsi que la confirmation de l'ouverture de l'abus de confiance aux biens incorporels, tout en inscrivant dans son sillage la dégradation de biens. On peut cependant s'interroger quant à la portée de cette décision, s'agit-il d'une décision d'opportunité, ou marque-t-elle une véritable ouverture de la jurisprudence ?

550. ***Difficultés.*** Outre son caractère quelque peu opportuniste, certains ont pu souligner les difficultés engendrées par cette solution. Un auteur estime ainsi que la solution qui prévaut pour l'abus de confiance ne devrait s'étendre en matière de destruction de biens puisque la formule retenue par chaque texte n'est pas identique. Il estime en effet qu'« *un « bien », ce n'est pas un « bien quelconque » - de sorte que le délit de l'article 322-1 ne devrait en théorie pas bénéficier de la largesse rédactionnelle que le législateur, en 1994, a manifestement réservée à d'autres qualifications* »[3589]. Toutefois, on n'a pas encore réussi à déterminer ce que l'adjonction du terme « quelconque » apportait au terme de bien, et il est encore moins démontré que le législateur ait pu avoir conscience de créer une distinction entre les deux catégories.

L'auteur[3590] semble ensuite estimer que la destruction, la dégradation ou la détérioration d'un bien suppose la corporalité de celui-ci, le comportement ainsi décrit ne pouvant s'exercer que par

---

[3586] L. Neyret, N. Reboul-Maupin, « Droit des biens », *précit.*

[3587] L. Saenko, « Enregistrement vidéo et droit pénal des biens : entre dématérialisation et appropriation », *précit.* ; Semble sous-entendu par J. Daleau, « Abus de confiance et destruction : peu importe la qualification d'œuvre », Dalloz IP/IT 2016 p.140.

[3588] Ou éventuellement receleur du support physique.

[3589] L. Saenko, « Enregistrement vidéo et droit pénal des biens : entre dématérialisation et appropriation », *op.cit.*, §5.

[3590] *Ibid*.

un acte matériel, s'appuyant également sur la jurisprudence antérieure visant « *un objet mobilier ou immobilier* » appartenant à un tiers et foisonnante d'exemples de biens corporels. Toutefois, les caractères mobiliers et immobiliers sont-ils réservés à des objets corporels ? Aussi, les biens incorporels susceptibles de destruction ou de dégradation n'ont jamais été aussi répandus que depuis le développement massif de l'informatique et internet de ces dernières décennies. Il envisage pourtant une application future de l'infraction en matière numérique si la solution venait à se généraliser[3591]. Ainsi, il semble bien possible d'adopter le comportement décrit par le texte à l'encontre d'un bien immatériel. Il s'interroge alors légitimement sur le risque d'un concours avec d'autres infractions, on pense en effet aux atteintes aux systèmes de traitement automatisés de données[3592]. Mais ces infractions spéciales ne peuvent s'appliquer que dans des hypothèses restreintes alors que l'infraction générale pour être réservées aux cas ne répondant pas aux exigences des textes spéciaux, comme le cas d'espèce.

Enfin, c'est la conformité de la solution avec la *ratio legis* qui a pu être questionnée[3593]. Pour un auteur, le délit viserait la répression de « *nuisances physiques* » et s'inscrirait de sorte dans une dichotomie doctrinale distinguant « *les atteintes juridiques aux biens (vol, abus de confiance, etc.) des atteintes physiques aux biens (destruction, dégradation, etc.)* »[3594]. La dématérialisation des biens ferait-elle ainsi entrer les catégorisations juridiques archaïques dans une nouvelle ère au travers leur reconnaissance par le droit pénal ?

551. ***Légitimité de la solution*.** Malgré certaines difficultés avérées, l'on peut reconnaître qu'une généralisation de la solution est envisageable, déjà en ce qu'*a priori*, l'interprétation faite du terme de bien « *ne se heurte pas à la lettre des textes, ces derniers visant un bien sans distinction* »[3595]. En outre, elle permet, comme en l'espèce, la protection du contenu incorporel dont le support matériel aurait été laissé intact par l'auteur[3596]. Aussi, la solution présente l'avantage de s'adapter à nos sociétés de plus en plus dématérialisés, et dont désormais les biens de cette nature « *peuvent atteindre un niveau de valeur considérable* »[3597]. Enfin, il convient d'ajouter qu'une décision ultérieure rendue en matière de droit de la propriété intellectuelle pourrait indiquer une possible généralisation de la solution. Dans une affaire de 2018, la chambre criminelle est en effet venue affirmer que « *la propriété corporelle est indépendante de la propriété incorporelle* »[3598] ce qui viendrait appuyer la solution de 2015 en confirmant la dissociation du support et de l'œuvre qu'il contient[3599].

[3591] V. égal. L. Neyret, N. Reboul-Maupin, « Droit des biens », *op.cit.*
[3592] C. pén., art. 323-1 al 2 ; 323-3 ; 323-2.
[3593] L. Saenko, « Enregistrement vidéo et droit pénal des biens : entre dématérialisation et appropriation », *op.cit.* ; S. Mirabail, « Droit pénal », D. 2016 p.2424.
[3594] *Ibid.*
[3595] S. Mirabail, « Droit pénal » D. 2016 p.2424.
[3596] L.Neyret, N. Reboul-Maupin, « Droit des biens », *op.cit.*
[3597] *Ibid.*
[3598] Cass. crim. 20 juin 2018, n°17-86.402 ; B. Gleize, « Arrêts n°s 42-43 - De l'indépendance des propriétés incorporelle et corporelle – Article L. 111-3 du CPI », *in* M. Vivant (dir.), *Les grands arrêts de la propriété intellectuelle*, 3ème éd., Dalloz, 2020. §10, pp.267-268.
[3599] V. le lien fait par *Ibid*. §10

§2 : La « chose » invisible

552. La question de la protection d'objets immatériels par le droit pénal s'est également posée pour d'autres infractions incontournables du droit des biens. Celles-ci diffèrent toutefois principalement par ce que le texte évoque la protection, non plus d'un bien, mais d'une « *chose* ». À première vue, et dans le langage courant, le terme revêt un sens très large qui semble de sorte plus étendu que celui du terme de « *bien* ». Qualifié de terme parmi les plus « *vagues de la langue française* »[3600], le droit pénal en retient toutefois une acception précise et stricte, réduisant la portée de la protection offerte par ces incriminations, dont le vol (**A**) et l'infraction de conséquence que constitue le recel (**B**), en excluant de leur champ d'application une grande majorité d'objets immatériels.

A- Le cas du vol

553. ***Une chose…*** L'incrimination du vol protège la « *chose d'autrui* ». Or, il est souvent rappelé à juste titre que le terme de choses revêt un sens incertain[3601] au moins dans le langage courant. Pourtant, certains l'ont souligné[3602], la jurisprudence n'a cette fois pas tiré parti de la largesse du terme retenu par le législateur pour amplifier la répression. Le langage juridique, et plus encore, le droit pénal[3603] retient en effet une définition stricte de la notion. Il est ainsi couramment admis que la « *chose* » ne peut être qu'un bien meuble corporel[3604]. Ainsi, l'incrimination ne protègerait qu'une « *une catégorie au sein des biens* »[3605]. Pour autant, et contrairement à l'acception traditionnelle du terme de « *bien* », la catégorie ici protégée admet les objets sans valeur patrimoniale[3606]. Ainsi, c'est de propriété qu'il est question et non de patrimoine[3607]. Sont alors exclus de la répression les actes portant sur le simple *negotium*[3608], appréhendé sans support matériel, la force de travail[3609], les services[3610], ou encore une onde hertzienne[3611]. Si la majorité de la doctrine adhère à une telle solution[3612], des voix contradictoires[3613] s'élèvent depuis plusieurs décennies. A

[3600] M.-P. Lucas de Leyssac, « Une information seule est-elle susceptible de vol ou d'une autre atteinte juridique aux biens ? », D. 1985, chron., p. 43.
[3601] E. Dreyer, *Droit pénal spécial, op.cit.*, n°272 : pour qui la chose « est une notion floue » ; M.-L. Rassat, *Droit pénal spécial*, *op.cit.*, n°106 : pour qui « le mot chose est un des plus vagues de la langue française » ; M. Véron, *Droit pénal*, *op.cit.*, n°474 : « Comme on l'a souvent fait observer, il n'y a pas de terme, plus vague et imprécis dans toute la langue française ».
[3602] M. Véron, *Droit pénal spécial, op.cit.*, n°474.
[3603] E. Dreyer, *Droit pénal spécial, op.cit.*, n°273. Qui souligne qu'« en droit civil est chose tout ce qui n'est pas personne » alors qu' « en droit pénal prévaut, une approche beaucoup plus étroite ».
[3604] M.-L. Rassat, *Droit pénal spécial*, *op.cit.*, n°105 et 106 ; M. Véron, *Droit pénal spécial, op.cit.*, n°474 ; M.-P. Lucas de Leyssac, A. Mihman, « Vol », Rep pén. Dalloz, avril 2016, n°21 et 23.
[3605] G. Beaussonie, *La prise en compte de la dématérialisation par le droit pénal*, *op.cit.*, n°148.
[3606] M.-L. Rassat, *Droit pénal spécial*, *op.cit.*, n°105 ; M. Véron, *Droit pénal spécial, op.cit.*, n°474 ; Dans le même sens v. égal. Ph. Conte, *Droit pénal spécial*, *op.cit.*, n°532.
[3607] M. Véron, *Droit pénal spécial, op.cit.*, n°474.
[3608] Cass. crim. 30 janv. 1846, D. 1846. 1.127 ; Cass. crim. 20 juin 1929, Bull. n°171 ; M.-L. Rassat, *Droit pénal spécial*, *op.cit.*, n°105.
[3609] A l'inverse de ce qui a pu être retenu en jurisprudence pour l'infraction d'abus de confiance ; A. Vitu, *Traité de droit pénal spécial*, Cujas, 1981, n°2214.
[3610] Cass. crim. 12 déc. 1990, n°88-81.215, Bull. crim. n°430; D. 1991. 364, note S. Mirabail.
[3611] CA Paris, 24 juin 1987, D.1988 somm. P.226-227, obs. T. Hassler.
[3612] M.-L. Rassat, *Droit pénal spécial*, *op.cit.*, n°105.
[3613] M.-P. Lucas de Leyssac, A. Mihman, « Vol », *précit.*, n°21 ; G. Beaussonie, *La prise en compte de la dématérialisation par le droit pénal*, *op.cit.*, n°163 ; M.-P. Lucas de Leyssac, « Une information seule est-elle

l'appui de leurs réflexions, ils invoquent notamment le fait que « *l'exigence de matérialité, […] n'est pas expressément requise par le texte d'incrimination* »[3614] lequel ne renvoie qu'au terme vague de « *chose* ». Or, C'est Cette ambiguïté de la notion qui fait estimer à certains qu'il ne faudrait pas en tirer des conséquences juridiques. Ainsi, dans sa thèse M. le professeur Beaussonie estime qu'« *Il peut apparaître vain, voire dangereux, de faire d'un mot, au sens aussi vague, une notion juridique* »[3615]. D'autant qu'il explique par ailleurs que dans certains textes du droit civil[3616], le législateur emploie le terme de choses dans son sens courant, qui en englobe donc les biens matériels et immatériels[3617]. Finalement, pour l'auteur, le sens donné à la notion en droit pénal proviendrait d'une confusion doctrinale entre le comportement exigé par le texte d'incrimination et l'objet de celui-ci[3618].

554. ***…Soustraite.*** Il faut souligner en effet, qu'une majorité de la doctrine justifie l'exclusion des objets incorporels en raison notamment de la soustraction exigée par le texte[3619]. Ils retiennent une acception strictement matérielle de la soustraction comme le déplacement[3620] ou encore l'« *appréhension de la chose* »[3621]. Or, ne peuvent faire l'objet d'une soustraction au sens classique que les meubles. Sont également exclus les biens incorporels, en ce que la doctrine considère que seul le support matériel peut faire l'objet du déplacement requis par la soustraction matérielle[3622]. Pour certains, il s'agit donc là d'une confusion de la doctrine entre objet de l'infraction et comportement réprimé[3623]. Dans le sens de leurs observations, ils soulignent que l'article 311-2 n'assimile pas l'énergie à la chose, mais bien la soustraction d'énergie à la soustraction de la chose. De sorte que c'est seul l'acte qui constituerait un obstacle à la prise en compte des choses incorporelles. Ainsi, « *si l'incrimination ne protège pas pour l'instant les choses immatérielles, elle n'y reste fermée que pour des raisons techniques* »[3624]. On pourrait toutefois estimer que le fait que l'infraction de vol ne soit pas une infraction astucieuse, à l'inverse de l'abus de confiance et de l'escroquerie, pourrait venir justifier son champ d'application plus étroit[3625]. Mais l'auteur réfute l'idée selon laquelle les appropriations frauduleuses diffèrent dans leur objet car elles sont toutes issues du *furtum* romain[3626].

---

susceptible de vol ou d'une autre atteinte juridique aux biens ? », D. 1985, chron., p. 43 ; P. Bouzat, RSC 1990 p.346.

[3614] M.-P. Lucas de Leyssac, A. Mihman, « Vol », *précit.*, n°21 ; V. égal. G. Beaussonie, *La prise en compte de la dématérialisation par le droit pénal*, *op.cit.*, n°154 : « L'article 311 un du code pénal ne s'applique à priori pas aux choses incorporelles et aux immeubles, non pas parce qu'il est exigé dans le texte une quelconque qualité de la chose ».

[3615] G. Beaussonie, *La prise en compte de la dématérialisation par le droit pénal*, *op.cit.*, n°148.

[3616] *Ibid.,* n°149.

[3617] *Ibid.*, n°151.

[3618] G. Beaussonie, *La prise en compte de la dématérialisation par le droit pénal*, *op.cit.*, n°154.

[3619] M. Véron, *Droit pénal spécial*, *op.cit.*, n°474 ; M.-P. Lucas De Leyssac, A. Mihman, « Vol », Rep pén. Dalloz, avril 2016, n°22 : « L'exigence du caractère matériel de la chose objet du délit peut tout d'abord être déduite de l'exigence de la soustraction » ; E. Dreyer, *Droit pénal spécial*, *op.cit.*, n°273 : « Le concept de choses a été choisi pour correspondre avec la façon dont l'infraction se consomme » ; Ph. Conte, *Droit pénal spécial*, *op.cit.*, n°532-533 ; W. Jeandidier, « Fasc. 20 : Vol », Jcl Pénal Code, 15 déc. 2020, dernière mise à jour le 29 août 2022, n°16.

[3620] Ph. Conte, *Droit pénal spécial*, *op.cit.*, n°533.

[3621] M.-P. Lucas De Leyssac, A. Mihman, « Vol », *précit.* n°22. En ce sens v. égal. E. Dreyer, *Droit pénal spécial*, *op.cit*, n°273.

[3622] M. Véron, *Droit pénal spécial*, *op.cit.*, n°474.

[3623] G. Beaussonie, *La prise en compte de la dématérialisation par le droit pénal*, *op.cit.*, n°154.

[3624] *Ibid.*

[3625] Mais v. *contra* M.-L. Rassat, *Droit pénal spécial*, *op.cit.*, n°100 et 105 qui peine à nous convaincre.

[3626] G. Beaussonie, *La prise en compte de la dématérialisation par le droit pénal*, *op.cit.*, n°158 ; v. égal. D. Ciolino-Berg, « Vol d'informations sur l'Internet », Comm. Comm. électronique n° 11, nov. 2003, chron. 28 : Qui prône également un rapprochement du sens des termes de « bien » et de « chose ».

Elles prévoiraient donc toutes la protection de la propriété[3627]. La seule différence résidant dans l'atteinte incriminée[3628]. Il estime ainsi qu'en cas de dématérialisation de l'objet, « *chacune des atteintes pénales qu'il est susceptible de subir s'adapte en se dématérialisant à son tour* »[3629]. Il est vrai que la jurisprudence a un temps envisagé une nouvelle forme de soustraction qui aurait pu correspondre à cette adaptation de l'atteinte à la dématérialisation de l'objet. Cette soustraction dite juridique permettait en effet « *une extension du nombre des « choses » à même d'être volées* »[3630] et donc potentiellement la prise en compte d'objets incorporels. Toutefois, la soustraction juridique suppose une interversion de titre par un individu simple possesseur précaire de la chose[3631]. De sorte, il a pu être souligné que ce type de soustraction paraît « *supposer une remise préalable de la chose* »[3632]. Or, « *on assimile généralement remise préalable de la chose et tradition matérielle* »[3633], ce qui exclut à nouveau la protection des objets incorporels par l'incrimination du vol. Quoi qu'il en soit, la jurisprudence semble par ailleurs avoir abandonné sa théorie de la soustraction juridique dont de toute façon la légitimité semble s'être effondrée à la suite de l'intervention du législateur.

555. ***Jurisprudence.*** La position de la jurisprudence vis-à-vis des objets incorporels a pu paraître ambigüe. Elle a en effet aisément retenu le vol d'énergie[3634] avant de voir sa jurisprudence tomber à la suite de l'intervention du législateur. Ce dernier avec l'article 311-2 semble en effet jeter le discrédit sur la jurisprudence de la Chambre criminelle puisqu'il ne retient pas un vol d'énergie dans cette hypothèse mais seulement une infraction assimilée au vol[3635].

C'est ensuite sur la question du vol d'information que la jurisprudence a semblé montrer à nouveau son attachement à la protection des objets incorporels. Si, à l'origine, elle réprimait le vol de l'information lorsque le support de celle-ci était également appréhendé[3636], elle a par la suite semblé admettre le vol du simple contenu informationnel. D'abord d'une façon ambigüe[3637] en rejetant les pourvois formés contre des arrêts ayant admis le vol du contenu informationnel[3638]. Lesquelles

---

[3627] G. Beaussonie, *La prise en compte de la dématérialisation par le droit pénal*, *op.cit.*, n°158.
[3628] *Ibid.,* n°160.
[3629] *Ibid.*
[3630] Ph. Conte, *Droit pénal spécial*, *op.cit.*, n°532.
[3631] La détention purement matérielle, non accompagnée d'une remise de la possession, n'est pas exclusive de l'appropriation frauduleuse : Cass., crim. 11 janv. 1919, Bull. crim. n°9 ; Cass., crim. 22 déc. 1926, Bull. crim. n°317 ; Cass., crim. 11 juin 1990, n°89-80.467, Bull. crim. n°238 ; Cass., crim. 3 mars 1993, Dr. pénal 1993, Comm. 254, obs. M. Véron ; RSC 1993. 546, obs. P. Bouzat.
[3632] M.-P. Lucas De Leyssac, A. Mihman, « Vol », *op.cit.*, n°22.
[3633] *Ibid.*
[3634] Malgré les oppositions d'une partie de la doctrine : J.-A. Roux, « Le vol d'électricité », Journ. Parq. 1900. 1. 180 et note au S. 1902. 2. 185, et 1913. 337 ; E. Garçon, *Code pénal annoté*, 2ème éd., Sirey, 1952, sous art. 379, nº 264. *Contra.* F. Pillon, « Le problème juridique de l'électricité », RTD civ. 1904. 5, spéc. 19. ; Encore aujourd'hui : E. Dreyer, *Droit pénal spécial*, *op.cit.*, n°274 qui estime que « C'était pousser trop loin l'interprétation ».
[3635] E. Dreyer, *Droit pénal spécial*, *op.cit.*, n°274 : même si la quantité d'électricité détournée peut être évaluée, elle n'est pas vraiment appréhendée à cette occasion.
[3636] Cass., crim. 23 déc. 1957, Bull. crim. nº880 ; Paris, 24 juin 1965, JCP 1966. II. 14700, note D. Bécourt ; RSC 1966. 898, obs. P. Bouzat ; Cass. crim. 8 janv. 1979, D. 1979. 509, note P. Corlay ; Grenoble 4 mai 2000, JCP 2001. IV. 1473.
[3637] En ce sens E. Dreyer, *Droit pénal spécial*, *op.cit.*, n°274.
[3638] Cass., crim. 1er mars 1989 (affaire Antoniolli) : approuve la condamnation pour vol d'un salarié qui avait utilisé des renseignements comptables de son entreprise afin d'établir des tableaux et des graphiques communiqués à un concurrent ; Cass., crim. 4 mars 2008 (affaires Bourquin et X) : rejet du pourvoi formé contre un arrêt de la CA de Reims et un autre de la CA de Rennes qui avaient condamné deux salariés d'une entreprise pour le vol « du contenu informationnel » de supports informatiques ; Cass. crim., 12 janv. 1989, n°87-82.265 : JurisData : 1989-700634 ; Bull. crim. 1989, n° 14 ; RSC 1990, p. 347, obs. P. Bouzat ; Cass. crim., 3 mars 1992, n° 90-82.964, Dr.

décisions ont pu faire naître des questionnements en doctrine[3639] sur la possibilité d'une confirmation de l'ouverture du vol à des objets incorporels, et spécifiquement ici à l'information. La jurisprudence a réitéré sa position par la suite, cette fois d'une manière claire en admettant le vol du contenu informationnel dans un arrêt de 2015[3640] dans lequel elle retient que le prévenu « *a soustrait des données qu'il a utilisées sans le consentement de leur propriétaire* ».

Mais la solution a provoqué un certain malaise en doctrine. En effet, il est possible de s'interroger sur la cohérence de cette jurisprudence avec les solutions rendues concernant notamment le vol de service, lequel est toujours exclu. Comment justifier le choix de la protection d'un objet incorporel au détriment des autres[3641] ? Si le vol d'électricité a été admis par la Chambre criminelle, c'est parce qu'elle a considéré qu'il s'agissait d'une *« richesse mesurable par des appareils adéquats* »[3642], ainsi elle a « *évité de prendre parti sur la nature physique de l'électricité* »[3643] pour permettre la protection opportune d'un objet incorporel. Or, on pourrait faire valoir la valeur d'autres objets incorporels pourtant exclus par la jurisprudence. Mais si la chambre criminelle persiste et signe concernant le vol d'information, elle n'étend pourtant pas sa jurisprudence à l'ensemble des objets incorporels. Ce qui rend ces solutions encore malaisées à interpréter au regard de la possibilité de l'ouverture de l'incrimination aux objets incorporels. D'autant que l'intervention du législateur concernant le vol d'énergie confirme le refus de celui-ci d'ouvrir l'incrimination aux objets incorporels. Par son article 311-2, le législateur reconnaît la nécessité de réprimer l'appréhension frauduleuse de l'objet incorporel que représente l'énergie, tout en refusant une telle ouverture de l'incrimination du vol.

En outre, demeure l'interrogation portant sur la nature même de l'information. En effet, même lorsqu'elle est appréhendée par un tiers, celle-ci demeure en la possession de son propriétaire légitime. Celui-ci ne perd alors que l'exclusivité qu'il détient sur cette information. Ainsi, certains auteurs se demandent si une information peut réellement faire l'objet d'une soustraction « *puisqu'après sa simple reproduction, elle est toujours à la disposition du propriétaire* »[3644]. Certains justifient alors la solution en déplaçant le curseur, considérant que c'est l'exclusivité de l'information qui constitue l'objet de la soustraction. Le risque est toutefois grand d'entraîner une répression excessive à l'encontre, par exemple, du curieux qui écoute aux portes, ou lit un document confidentiel laissé sur le coin d'un bureau[3645]. En outre la jurisprudence concernant le vol d'information étonne en

---

pén. 1992, n°254 ; Cass. crim., 9 sept. 2003, n°02-87.098 ; Cass. crim., 30 mars 2005, n°04-81.911 ; Cass. crim., 4 mars 2008, n°07-84.002, D. 2008, p. 2213, note S. Detraz ; Rev. pénit. 2008, p. 880, obs. V. Malabat ; RSC 2009, p. 131, obs. J. Francillon ; Cass. crim., 1er mars 1989, n°88-82.815, JurisData n°1989-001418, Bull. crim. 1989, n°100 ; RSC 1990, p. 507, obs. P. Bouzat.

[3639] P. Bouzat, RSC 1990. 346. ; M.- P. Lucas de Leyssac, RSC 1990. 507.

[3640] Cass. crim., 20 mai 2015, n° 14-81.336, JurisData n°2015-011834 ; Ph. Conte, « Vol d'information », Dr. pén. n° 10, oct. 2015, comm. 123 ; Cass. crim. 20 mai 2015, JCP 2015, n°887, note G. Beaussonie ; D. 2015. 1466, note L. Saenko.

[3641] Le vol a été exclu pour l'appréhension de programmes de télévision codés : Paris 24 juin 1987, Gaz. Pal. 1987.2.3, note J.- P. Marchi ; TGI 15 avr. 1986, RSC 1987. 209, obs. Bouzat ; l'utilisation indue d'un téléphone : 12 déc. 1990, D. 1991. J. 364, note Mirabail ; les prestations de service : Cass. crim., 12 déc. 1990, n° 88-81.215 : JurisData n° 1990-003876 ; Bull. crim. n°430 ; D. 1991, jurispr. p. 364, note S. Mirabail ; RSC 1992, p. 84, obs. P. Bouzat ; JCP G 1991, IV, 111.

[3642] M.-P. Lucas De Leyssac, A. Mihman, « Vol », *op.cit*., n°27.

[3643] *Ibid.*

[3644] V. E. Dreyer, *Droit pénal spécial*, *op.cit*., n°274 qui ajoute que l'information « est en principe libre de parcours » et « ne peut faire l'objet d'une réservation » ; c'est en outre l'argument développé par le pourvoi dans l'arrêt Cass. crim., 20 mai 2015, n°14-81.336, JurisData n°2015-011834, qui estime que l'incrimination suppose la dépossession de la victime ce qui n'est pas envisageable onernant les données qu'il avait téléchargées.

[3645] Ph. Conte, *Droit pénal spécial*, *op.cit*., n°532 ; A. Lepage, H. Matsopoulou, *Droit pénal spécial, op.cit*., n°643.

ce qu'il semble parfois requis que l'information ait été par la suite utilisée par l'auteur de la soustraction[3646]. De sorte, « *Il ne suffirait donc pas, pour que la soustraction se produise, que le prévenu accède indument à l'information et prenne connaissance de son contenu* »[3647]. Solution contre la répression du curieux qui écoute aux portes[3648], il semble toutefois certain dans cette hypothèse que la jurisprudence vient modifier le sens du texte en plus de contredire les principes fondamentaux du droit pénal[3649] puisque « *Si [...] on admet le vol de biens incorporels c'est au moment de la soustraction à leur légitime propriétaire qu'il faudra le juger consommé* [3650]», et non pas au vu d'une utilisation postérieure à l'acte d'appréhension[3651]. D'autant qu'une telle solution ne s'accorde pas avec celles rendues en matière d'abus de confiance puisqu'elles ne requéraient pas l'usage de l'information par l'agent[3652] « *alors que le détournement, comme la soustraction, suppose l'usurpation de la possession* »[3653]. « *Irréductible originalité* »[3654] de l'infraction, doux euphémisme pour une solution contraire au principe d'interprétation stricte puisqu'elle modifie l'élément matériel requis par le texte d'incrimination. Il semble alors que l'on soit face à des solutions d'opportunité qui ne devraient à l'avenir être reproduites[3655] en raison de l'intervention du législateur[3656]. Encore une fois, si l'information mérite la protection du droit pénal, celui-ci ne doit intervenir « *que de façon exceptionnelle* »[3657] notamment parce qu'il existe une protection accordée à certaines données par des textes spéciaux, notamment en droit de la propriété intellectuelle, dont l'intérêt se verrait remis en cause[3658] si l'on admettait la répression par un texte général de toute appréhension d'une information, quelle qu'elle soit. La Haute juridiction, par sa jurisprudence[3659], brouille la compréhension d'un texte

---

[3646] Cass. crim., 20 mai 2015, n°14-81.336, JurisData n°2015-011834 : le prévenu « a soustrait des données qu'il a utilisées sans le consentement de leur propriétaire » ; v. note Ph. Conte, « Vol d'information », Dr.pén. n°10, oct. 2015, comm. 123 ; égal. « le libre accès à des informations personnelles sur un réseau informatique d'une entreprise n'est pas exclusif de leur appropriation frauduleuse par tout moyen de reproduction » Cass., crim. 28 juin 2017, n°16-81.113.

[3647] Ph. Conte, « Vol d'information », Droit pénal n° 10, oct. 2015, comm. 123.

[3648] *Ibid.*

[3649] En ce sens v. not. J. Lasserre Capdeville, « Les développements récents du droit sanctionnant le vol », AJ Pénal 2017 p.208.

[3650] M.-L. Rassat, *Droit pénal spécial*, *op.cit.*, n°106.

[3651] V. *contra*. M.-P. Lucas de Leyssac, « Une information seule est-elle susceptible de vol ou d'une autre atteinte juridique aux biens ? », D. 1985, chron., p. 43.

[3652] V. Ph. Conte, « Vol d'information », Dr. pén. n°10, oct. 2015, comm. 123 : « mis à part les cas où, raisonnant sur un détournement par un usage autre que celui convenu, il est naturel de viser l'utilisation qui a été faite de l'information »

[3653] *Ibid.*

[3654] *Ibid.*

[3655] V. en ce sens M.-L. Rassat, *Droit pénal spécial*, *op.cit.*, n°107 à propos de l'arrêt de 2015 : « Mais il est possible que cette position ait été purement pragmatique et puisse n'avoir été induite que par le fait qu'il manquait une incrimination de nature à permettre d'appréhender réellement l'espèce dont il s'agit ».

[3656] Les arrêts de 2017 et 2018 ne sont en rien une confirmation de la volonté de la jurisprudence d'ouvrir l'infraction à la protection de l'information puisque les faits avaient en l'espèce été commis ultérieurement à l'entrée en vigueur de ces nouveaux articles. Encore une fois, des solutions d'opportunité afin d'éviter l'impunité d'individus au comportement réprouvable infractions spécifiques en matière informatique. Aux articles 323-1 à 323-7 qui n'étaient pas applicables aux faits de l'affaire de 2015 commis antérieurement à l'adoption de la loi n°2014-1353 du 13 novembre 2014.

[3657] E. Dreyer, *Droit pénal spécial*, *op.cit.*, n°274.

[3658] *Ibid.*

[3659] V. not. Cass. crim., 20 mai 2015, n° 14-81.336, JurisData n° 2015-011834 ; Cass. crim., 28 juin 2017, n°16-81.113, JurisData n°2017-012975 ; Bull. crim. n° 191 ; Dr. pén. 2017, comm. 141, obs. Ph. Conte ; D. 2017, p. 1885, note G. Beaussonie et p. 2501, obs. T. Garé ; Rev. trim. dr. comm. 2017, p. 713, obs. L. Saenko ; H. Matsopoulou, « Vol d'informations », RSC 2017, p. 752 ; J. Lasserre Capdeville, « Nouvelle solution favorable au vol d'informations », AJ Pénal 2017 p.448.

déjà ambigu par l'usage du terme vague de « *chose* » dans le seul objectif d'assurer une répression inenvisageable sans le recours à cette réécriture de l'article 311-1. En outre, elle assombrit encore une fois les frontières avec l'abus de confiance lorsqu'elle réitère en estimant le délit caractérisé par des juges du fond ayant condamné l'individu pour avoir imprimé un document lui ayant été adressé par mail contenant des informations contractuellement astreintes au secret[3660]. Alors même que le grief a émergé de la communication bien ultérieure des informations à une entreprise concurrente. Peut-on légitimement admettre en l'espèce que la soustraction résulte de l'impression des documents ? Alors même que les informations ainsi extraites avaient été remises au prévenu en raison de son statut au sein de l'entreprise ? Peut-on retenir l'extraction comme équivalente à la soustraction ?[3661] Le législateur ne semble pas l'entendre ainsi[3662]. Il semble que la chambre criminelle à travers ces affaires n'exprime alors pas la nécessité de réprimer largement les objets incorporels par le biais de l'incrimination de vol, mais ne rend qu'une solution opportune dans un contexte appelant une réprobation. De simples décisions provisoires[3663], en l'attente de pouvoir appliquer les textes spécifiques créés par le législateur de 2014[3664]. On constate d'ailleurs qu'encore une fois le législateur ne vient pas ouvrir l'incrimination de vol, mais bien créer une incrimination spécifique[3665] pour répondre à la situation mise en lumière notamment par les affaires de 2015[3666] et 2017[3667]. Là encore, le manque de rigueur dans l'élaboration de la loi, ainsi l'usage de termes imprécis[3668] ou au sens non fixé par le droit, entraine une confusion doctrinale et une instabilité jurisprudentielle au détriment des individus mis en cause. Alors même qu'en l'espèce le législateur semble ferme sur sa position : le vol ne peut porter sur un objet incorporel[3669]. Et que la jurisprudence semble ne pas souhaiter l'ouverture du recel, lui aussi visant les « *choses* », aux objets immatériels[3670].

[3660] Cass., crim., 24 janv. 2018, n°16-86.597 ; G. Beaussonie, « Vol du contenu d'un courriel », AJ Pénal 2018 p.150 ; L. Saenko, « Vol de documents numériques par impression d'un email », RTD Com. 2018 p.492 qui souligne l'incohérence de la motivation des juges du fond : « la prévention visant expressément les faits de 2008 (soit le fait d'imprimer les documents). Reste alors à comprendre pourquoi, comme le critiquait assez fermement le pourvoi, la cour d'appel a considéré que la volonté d'appréhension de l'ancien salarié était établie par le seul fait de s'approprier et de « conserver » les documents... ».

[3661] L'affaire semble ici permettre une sanction du non-respect d'un engagement contractuel, ce vers quoi le droit pénal ne doit tendre. On pourrait penser également à l'article 226-13 CP dans l'hypothèse de la révélation d'un secret professionnel, dont le statut en l'espèce n'est pas certain.

[3662] Par la loi n°2014-1353 du 13 novembre 2014 il incrimine l'extraction de données dans un texte spécifique en faisant justement attention à ne pas employer le terme de soustraction auparavant retenu en jurisprudence.

[3663] J. Lasserre Capdeville, « Nouvelle solution favorable au vol d'informations », AJ Pénal 2017 p.448 : « force est de constater que cette confirmation de l'existence du vol d'information demeure toujours provisoire. ».

[3664] La loi n°2014-1353 du 13 novembre 2014.

[3665] *Ibid.*

[3666] Cass. crim., 20 mai 2015, n° 14-81.336, JurisData n°2015-011834.

[3667] Cass. crim., 28 juin 2017, n° 16-81.113, JurisData n°2017-012975.

[3668] Comp. M.-P. Lucas de Leyssac, A. Mihman, « Vol », Rep pén. Dalloz, avril 2016, n°26 : « La généralité du terme « chose » et le caractère d'« infraction contre les biens » du vol ont cependant pour conséquence que l'exigence de matérialité est parfois soumise à des évolutions, voire entorses, jurisprudentielles ayant donné lieu à de vives discussions, certaines closes, d'autres pleinement contemporaines ».

[3669] Il multiplie les incriminations spécifiques concernant les objets incorporels que l'on a tenté d'inclure dans la répression du vol : art. 311-2 concernant le vol d'énergie issu de la loi ; L. n° 87-520, 10 juill. 1987, relative à la protection des services de télévision ou de radiodiffusion destinés à un public déterminé, JO 12 juill. 1987, p.7827, transposées dans l'ancien Code pénal, art. 429-1 à 429-5 depuis abrogés. V. désormais L. n°86-1067, 30 sept. 1986, art. 79-1 à 79-5, relative à la liberté de communication, JO 1er oct. 1986, p. 11755 ; L. n°88-19, 5 janv. 1988, relative à la fraude informatique, JO 6 janv. 1988, p. 231, depuis abrogée ; V. désormais C. pén., art. 323-1 à 323-8 sur les atteintes aux systèmes de traitement automatisé de données loi du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, art. 79-1 à 79- 5 : La captation frauduleuse d'une émission télévisée codée à l'aide d'un décodeur pirate.

[3670] V. infra ; en ce sens v. not. W. Jeandidier, « Fasc. 20 : Vol », *op.cit.*, n°27.

Pourtant, une partie de la doctrine, comme certains juges semblent s'inquiéter de la dématérialisation des biens susceptibles d'appréhension. Déjà dans les années 1980, un grand auteur s'inquiétait de la « *dangerosité* » des individus agissant dans le domaine dématérialisé de l'informatique : « *Jadis frère de la faim et fils de la paresse. Le vol, à l'heure de l'informatique, délaisse l'univers des « Misérables » pour entrer dans la famille de l'aisance et de l'ingéniosité* »[3671]. Au-delà de l'appréhension d'objets dématérialisés dont la valeur connaît une croissance fulgurante, il perçoit comme d'autres le risque d'une délinquance astucieuse dont le comportement, s'appliquant à des objets insaisissables, peut l'être tout autant, au détriment de la justice[3672]. Si l'on peut comprendre les partisans d'une telle ouverture de l'incrimination de vol à l'incorporéité[3673], il faut toutefois tenir compte de ces indices semblant révéler l'imperméabilité du terme de « *chose* » à ces objets, au moins dans le sens que le législateur souhaite lui donner. Si évolution il devait y avoir, c'est par le législateur qu'elle devra passer afin de garder sauf le principe d'interprétation stricte.

B- Le cas du recel

556. ***Chose et infraction de conséquence***. Autre infraction emblématique du droit des biens, le recel, qui dans son acception la plus classique[3674], vise à son tour une « *chose* ». Toutefois, il s'agit là d'une infraction de conséquence. Ainsi, on pourrait estimer qu'en principe le recel devrait porter sur l'objet issu de l'infraction d'origine que l'agent aura dissimulé, détenu ou transmis. De sorte que l'on aurait un objet de l'infraction de recel polymorphe, défini en fonction de l'objet prévu par l'incrimination de l'infraction d'origine. Pourrait alors porter sur un objet incorporel, le recel de l'objet issu de l'infraction d'origine permettant cette incorporéité et inversement si l'infraction d'origine n'admet qu'un objet matériel, il en serait de même du recel conséquent[3675]. Pour autant, cette vision de l'infraction de recel n'est pas partagée par l'ensemble de la doctrine[3676], et il semble que ce n'est pas ce qu'a retenu la jurisprudence. Celle-ci semble en effet faire prévaloir l'occurrence du terme de « *chose* » plutôt que la nature d'infraction de conséquence. Ainsi, elle semble considérer que la forme

---

[3671] J. Devèze, « Le vol de « biens informatiques », JCP 1985. I. 3210.

[3672] On pense notamment aux NFT ces enregistrements de fichiers numériques dont les prix se sont envolés dernièrement, les faits l'ont démontré, la question de leur appréhension frauduleuse se pose. V. not. N. Martial-Braz, « Les NFT aux prises avec le droit des biens : essai d'une qualification », Rev. droit bancaire et financier n°4, juil. 2022, dossier 31 ; J. Prost, A. Jean-Baptiste, « Les *Non-Fungible Tokens* saisis par le droit », Dalloz IP/IT 2022 p.260 ; P. Bordais, « Finance décentralisée et NFT (non fungible token) : deux nouvelles innovations de la blockchain », Rev. Droit bancaire et financier n° 6, nov. 2021, étude 19.

[3673] G. Beaussonie, *La prise en compte de la dématérialisation par le droit pénal*, *op.cit*., n°160 ; M.-P. Lucas de Leyssac, A. Mihman, « Vol », *op.cit.,* n°26 ; Concernant spéc. l'information v. G. Beaussonie, « La protection pénale de la propriété sur l'information », Dr. pén. n°9, sept. 2008, étude 19 ; M.-P. Lucas de Leyssac, « Une information seule est-elle susceptible de vol ou d'une autre atteinte juridique aux biens ? », D. 1985, chron., p. 43 ; *Contra*. S. Jouniot, « Vol : avatars d'une infraction protéiforme », AJ Pénal 2019 p.26 ; E. Dreyer, *Droit pénal spécial, op.cit*., n°274 concernant l'information.

[3674] Art. 321-1 al. 1er : « Le recel est le fait de dissimuler, de détenir ou de transmettre une chose, ou de faire office d'intermédiaire afin de la transmettre, en sachant que cette chose provient d'un crime ou d'un délit ».

[3675] C'est la solution défendue par M.-L. Rassat, *Droit pénal spécial*, *op.cit*., n°234, qui considère comme « erreur » le choix du législateur d'employer le terme de « chose » ainsi que toute décision de la jurisprudence allant à l'encontre de celle-ci ; C. Jacobet de Nombel, « Le recel d'information », Dr. pén. 2008, étude 21 ; S. Jacopin, « Le début d'une évolution sur la nature de la chose susceptible d'appropriation frauduleuse », Dr. pén. 2001, chron. 16 ; B. Bouloc, « Remarques sur l'élément matériel du recel », *in Mélanges en l'honneur du professeur R. Ottenhof*, Dalloz, 2006, p.253 et s. ; G. Beaussonie, « La protection pénale de la propriété sur l'information », Dr. pén. 2008, étude 19.

[3676] J. Pradel et M. Danti-Juan, *Droit pénal spécial,* 8ème éd., Cujas, 2020, n°931 ; W. Jeandidier, *Droit pénal des affaires*, 6e éd., Dalloz, 2005, n°21 ; Ph. Bonfils, *Droit pénal des affaires*, Montchrestien, 2016, n° 168.

originelle de recel doit respecter les exigences imposées par la notion de « *chose* », à savoir un bien meuble corporel.

557. ***L'émergence d'un recel-profit.*** Toutefois, la jurisprudence, dans un second temps, a élargi le champ d'application du recel en estimant qu'était recéleur celui qui tirait un bénéfice quelconque d'une infraction dont il avait connaissance. Une doctrine autorisée reconnaît ainsi « *que grâce à la notion de profit retiré, la jurisprudence a considérablement élargi l'incrimination* »[3677]. Ainsi, les juges ont contourné la difficulté liée à la définition restrictive retenue en droit pénal pour la notion de chose, en créant une nouvelle forme de recel, non prévue par le texte. Ils ont donc contourné une difficulté textuelle en s'octroyant d'autant plus de pouvoir[3678] que s'ils avaient interprété largement la notion ambiguë de « *chose* ». Le législateur a toutefois retranscrit la création jurisprudentielle en ajoutant dans un second alinéa ce que l'on a appelé par la suite le recel-profit. La modification induite par l'intégration de la notion de recel profit « *dépasse son « objet »* »[3679] puisqu'elle modifie également l'acte commis par l'agent, lequel se dématérialise également. En effet, il ne consiste plus en la détention d'un objet issu d'une infraction. Dès lors, certains [3680] ont estimé que cette seconde forme de recel « *punirait le bénéfice tiré d'une chose matérielle* », ainsi cette solution « *n'aurait dématérialisé que l'acte de recel et non l'objet de celui-ci* »[3681]. Mais puisque l'auteur n'a pas besoin d'avoir entre ses mains l'objet issu de l'infraction, cet objet peut donc être incorporel, ainsi non susceptible de préhension[3682]. C'est ce que semble en tout cas retenir la jurisprudence[3683]. C'est donc par une porte dérobée que les objets immatériels réintègrent, cette fois avec certitude, le champ d'application du recel. Avec l'ajout par le législateur du recel-profit au sein d'un second alinéa de l'article 321-1 du Code

---

[3677] P. Maistre du Chambon, « Recel », Rép. pén. et de proc. pén., janv. 2009, n°40 qui évoque une créance : Cass. crim. 18 janv. 1988, Bull. crim. n°22, Rev. sociétés 1988. 579, obs. B. Bouloc ; RSC 1989. 118, obs. P. Bouzat ; un service tel qu'un transport : Cass. crim. 9 juill. 1970, Bull. crim. n°236, D. 1971. 3, note M.-J. Littmann, Gaz. Pal. 1970. 1. 217 note J.-P.D. ; JCP 1971. II. 16616, note A. Bénabent ; l'attribution d'un marché : Cass. crim. 28 janv. 2004, n°02-86.597, Dr. pénal 2004. Comm. 92, obs. M. Véron ; un fichier informatique : Cass. crim., 20 oct. 2010, n°09-88.387, JCP G 2010, 1273, note S. Detraz ; un recel de sujets de concours transmis par voie télématique : Cass. crim., 12 juill. 2016, n°16-82.455, RSC 2016, p. 540, obs. J. Francillon ; un recel de délit de favoritisme, les décisions précisant que le recel est constitué car le favoritisme a procuré au prévenu un avantage injustifié « lui permettant de bénéficier des prestations liées au marché attribué irrégulièrement » : Cass. crim., 5 mai 2004 ; Cass. crim., 15 mai 2008.

[3678] A ce propos v. not. M.-L. Rassat, *Droit pénal spécial*, *op.cit.*, n°235 : « S'il est exact, en effet, que cette conception jurisprudentielle ne fait qu'appliquer les règles civiles de la subrogation réelle et du remploi, on ne peut manquer d'être frappé par le fait que la jurisprudence criminelle ne retient le droit civil que lorsqu'il permet de punir alors qu'elle invoque l'autonomie du droit pénal à propos de toutes les institutions tierces qui permettrait de faire échapper à la répression ».

[3679] *Ibid.*

[3680] J. Pradel et M. Danti-Juan, *Droit pénal spécial, op.cit.*, n°931 ; W. Jeandidier, *Droit pénal des affaires*, *op.cit.*, n° 21 ; Ph. Bonfils, *Droit pénal des affaires*, *op.cit.*, n°168.

[3681] M. Daury-Fauveau, « Fasc. 10 : RECEL », Art. 321-1 à 321-5, Jcl Pénal Code, 7 janv. 2020, mis à jour le 29 août 2020, n°73.

[3682] En ce sens, v. notamment. P. Maistre du Chambon, « Recel », *précit.*, n°40 : « l'acte de recel peut consister dans le profit tiré de l'infraction d'origine, un profit qui n'implique pas forcément une quelconque détention, ce qui suffit à justifier que le recel puisse avoir pour objet un bien incorporel » ; égal. Ph. Conte, *Droit pénal spécial*, *op.cit.*, n°641 : « que cette variante du recel ne suppose pas une détention, il est naturel d'en conclure que l'infraction doit pouvoir se rapporter à toute forme d'avantage tiré de l'infraction d'origine, et porter notamment sur un bien incorporel ».

[3683] Pour une créance : Cass., crim. 18 janv. 1988, Bull. crim. n°22, Rev. sociétés 1988. 579, obs. B. Bouloc ; RSC 1989. 118, obs. P. Bouzat ; pour un service tel qu'un transport : Cass. crim. 9 juill. 1970, Bull. crim. n°236; D. 1971. 3, note M.-J. Littmann; Gaz. Pal. 1970. 1. 217, note J.-P.D. ; JCP 1971. II. 16616, note A. Bénabent ; pour l'attribution d'un marché Cass. crim. 28 janv. 2004, n°02-86.597, Dr. pénal 2004. Comm. 92, obs. M. Véron ; Cass. crim. 28 janv. 2004, Dr. pén. 2004, n°92 ; pour un logiciel : Cass. crim. 2 oct. 2012, n°11-84.107.

pénal, l'admission d'un objet du recel incorporel doit se faire désormais sans heurts lorsque l'agent a pu en tirer profit. Ainsi « *la nouvelle rédaction de l'article 321-6, alinéa 2, lève tout doute sur le recel de services* »[3684] pour lequel la jurisprudence avait pu par le passé, sembler hésitante[3685]. Désormais le recel de service est admis lorsque l'individu en aura tiré un quelconque profit[3686].

558. ***Une infraction trop extensive ?*** Pour certains auteurs, l'extension ainsi opérée révèle l'opportunisme des juges, lesquels usent ici des notions civilistes de la subrogation réelle et du remploi, lorsqu'en parallèle ils cultivent la culture de l'indépendance du droit pénal, souvent à des fins répressives. Ainsi l'auteur estime qu'« *on ne peut manquer d'être frappé par le fait que la jurisprudence criminelle ne retient le droit civil que lorsqu'il permet de punir alors qu'elle invoque l'autonomie du droit pénal à propos de toutes les institutions tierces qui permettrait de faire échapper à la répression* »[3687]. D'autres redoutent en outre une extension abusive de l'infraction, par le biais du recel profit qui, si elle paraît justifiée pour nombre de cas d'espèce, pourrait atteindre des hypothèses ubuesques : « *doit-on pour autant décider qu'est receleur celui qui tire un bénéfice du produit d'un délit « par tout moyen », en lisant un livre, en écoutant un disque ou regardant un tableau volé* ? »[3688]. On peut à ce titre évoquer l'affaire, bien connue et emblématique, du recel d'odeur de pastis[3689]. Le risque est palpable en ce que la jurisprudence n'hésite pas à faire évoluer la notion de « *produit* » de l'infraction consacré à l'alinéa 2 de l'article 321-1, permettant le recel par subrogation, elle permet ainsi l'admission de « *tout ce qui est issu de l'infraction d'origine sans qu'il y ait lieu de considérer sa nature mobilière ou immobilière, corporelle ou incorporelle* »[3690], mais allant encore plus loin dans la virtualité de l'objet, elle a pu admettre que le produit de l'infraction pouvait correspondre à une économie réalisée grâce à l'infraction originaire[3691]. De sorte, le non-versement d'une somme peut être objet de recel.

559. ***Le cas de l'information***. Ainsi la chambre criminelle a dans un premier temps exclu les informations[3692] du champ d'application du recel[3693], sauf à ce qu'elles soient appréhendées par l'auteur *via* un support matériel[3694]. De sorte, il a pu être retenu que « *si une information échappe*

[3684] P. Maistre du Chambon, « Recel », *op.cit.*, n°44.
[3685] Cass. crim. 9 juill. 1970, Bull. crim. n°236, D. 1971. 3, note M.-J. Littmann, Gaz. Pal. 1970. 1. 217, note J.-P.D., JCP 1971. II. 16616, note A. Bénabent : condamnation du passager prenant place dans le véhicule qu'il savait volé au motif que « l'article 460, conçu en termes généraux, atteint tous ceux qui, en connaissance de cause ont, par un moyen quelconque, bénéficié du produit d'un crime ou d'un délit ».
[3686] Cass. crim. 6 févr. 1997, Bull. crim. n°48, D. affaires 1997. 281, Gaz. Pal. 1997. 1. 229, note J.-P. Doucet, Dr. pénal 1997. Comm. 61, obs. M. Véron, Dr. pénal 1997. Comm. 63, obs. J.-H. Robert, RSC 1997. 393, obs. J.-F. Renucci, Rev. sociétés 1997. 146, obs. B. Bouloc.
[3687] M.-L. Rassat, *Droit pénal spécial*, *op.cit.*, n°235.
[3688] M. Véron, *Droit pénal spécial*, *op.cit.*, n°579.
[3689] M. Véron, « Le recel d'odeur de pastis, Réflexions sur l'élément matériel du recel », Dr. pén. 1990, chron. p. 2.
[3690] M. Daury-Fauveau, « Fasc. 10 : RECEL », *op.cit.*, n°71 ; V. Malabat, *Droit pénal spécial*, 10ème éd., Hypercours Dalloz, 2022, préc., n° 895.
[3691] Cass. crim., 1er juin 2016, n°15-81.187, JurisData n°2016-010579 ; Dr. pén. 2016, comm. 138, obs. Ph. Conte ; Rev. sociétés 2017, p. 311, note B. Bouloc.
[3692] Cass. crim. 3 avr. 1995, Bull. crim. n°142, D. 1995, somm. 320, obs. J. Pradel ; JCP 1995. II. 22329, note E. Derieux.
[3693] P. Maistre du Chambon, « Recel », *op.cit.*, n°42.
[3694] Documents provenant d'une violation du secret de l'instruction : Cass. crim. 13 mai 1991, Bull. crim. n°200, Gaz. Pal. 1991. 2. Somm. 481, RSC 1992. 312, obs. J.-P. Delmas Saint-Hilaire ; Cass. crim. 19 juin 2001, n° 99-85.188, Bull. crim. n° 149 ; JCP G 2002, II, 10064, concl. D. Commaret et note A. Lepage ; RSC 2002, p. 119, obs. J. Francillon et p. 592, obs. J.-P. Delmas-Saint-Hilaire ; Cass. xrim. 12 juin 2007, n°06-87.361, Bull. crim. n°157 ; ou du secret professionnel : Cass. crim. 26 oct. 1995, Bull. crim. n°324, RSC 1996. 648, obs. B. Bouloc,

aux prévisions de l'article 321-1 du Code pénal qui réprime le seul recel d'une chose, et ne relève, le cas échéant, que des dispositions légales spécifiques à la liberté de la presse, tel n'est pas le cas du recel de documents provenant d'une violation du secret de l'instruction ou du secret professionnel »[3695]. Pour certains, la distinction entre l'information et son support s'explique également par le contexte particulier du droit de la presse. Ainsi, M. le professeur Conte explique que « *la distinction entre l'information et son support est le moyen trouvé par les juges d'instaurer l'exclusivité de la loi du 29 juillet 1881 sur la presse et de ses qualifications, le droit pénal commun ne reprenant son empire que par le biais du support de l'information* »[3696]. Les commentateurs se sont alors légitimement interrogés sur le point de savoir si cette jurisprudence avait une portée générale ou si elle devait être réservée aux informations relatives à la presse puisque la Cour de cassation l'évoque dans son attendu[3697]. Cependant, il semble que la solution ait fait l'objet d'une généralisation[3698]. La jurisprudence pourrait sous certains aspects paraître confuse[3699]. Elle semble en effet hésiter puisqu'elle admet tantôt le recel d'informations dépourvu de tout support[3700], alors qu'elle exclut totalement cette hypothèse dans d'autres décisions[3701]. Seulement, Il apparaît ici que l'on peut opérer une distinction entre les arrêts dans lesquels la Haute juridiction admet la dématérialisation de l'information et ceux dans lesquels elle requiert un support matériel. Il semblerait en effet qu'elle n'admette l'information dénuée de tout support que dans les espèces où elle recourt à sa conception du recel profit : On note ainsi le recours à l'expression selon laquelle l'agent recéleur de l'information sans support matériel a « *bénéficié du produit* »[3702] de l'infraction d'origine. À l'inverse, lorsque l'agent n'aura pas tiré profit de cette dernière,

---

Dr. pénal 1996. Comm. 189, obs. J.-H. Robert ; Cass. crim. 4 déc. 2007, n°05-87.384, Bull. crim. n°302 ; Cass. crim. 20 juin 2006, n°05-86.491 ; Cass. crim. 19 oct. 2005, n°04-85.098.

[3695] Cass. crim., 12 juin 2007 pour la présentation lors d'un reportage télévisé, de procès-verbaux extraits d'un dossier d'instruction. ; dans le même sens v. Cass. crim., 19 juin 2001 : « la cour d'appel [...] a caractérisé la détention et la publication, en connaissance de cause, par les prévenus, de photocopies de pièces issues d'une instruction en cours », là encore le support matériel avait été appréhendé.

[3696] Ph. Conte, *Droit pénal spécial, op.cit*., n°641.

[3697] Cass. crim., 12 juin 2007, *préc.* n°22 ; v.déjà auparavant. Cass. crim., 3 avr. 1995, préc. n°22.

[3698] En ce sens v. P. Maistre du Chambon, « Recel », Rép. pén. et de proc. pén., janv. 2009, n°41. V. not. Cass. crim. 26 oct. 1995, Bull. crim. n°328, RSC 1996. 660, obs. R. Ottenhof ; Cass. crim. 19 juin 2001, Bull. crim. n°149, D. 2001. 2538, note B. Beignier et B. de Lamy, D. 2002, somm. 1463, obs. J. Pradel, RSC 2002. 96, obs. B. Bouloc, RSC 2002. 119, obs. J. Françillon, RSC 2002. 592, obs. J.-P. Delmas Saint-Hilaire, JCP 2002. II. 10064, concl. D. Commaret, note A. Lepage.

[3699] M. Daury-Fauveau, « Fasc. 10 : RECEL », *op.cit*., n°73 ; Ph. Conte, *Droit pénal spécial, op.cit*., n°641 qui l'explique par la suite par la même distinction que la nôtre.

[3700] Cass. crim., 7 nov. 1974, JurisData n° 974-095323, Bull. crim. n° 323 ; Cass. crim., 12 mars 1990, Bull. crim. n°114 ; D. 1991, somm. p. 65, obs. G. Azibert ; Gaz. Pal. 1990, 2, p. 510 : « l'article 460 du Code pénal , conçu en termes généraux, atteint tous ceux qui, en connaissance de cause, ont, par un moyen quelconque, bénéficié du produit d'un crime ou d'un délit. Il en est ainsi du prévenu qui a accueilli, en connaissance de cause, des renseignements, frauduleusement communiqués, sur un secret de fabrication et qui les a mis en œuvre » ; Cass. crim., 26 oct. 1995, n°94-83.780, aff. Péchiney, Bull. crim. n° 324 ; Dr. pén. 1996, comm. 189, obs. J.-H. Robert ; Rev. sociétés 1996, p. 326, note B. Bouloc ; LPA 24 nov. 1995, p. 19, note C. Ducouloux-Favard ; Bull. Joly Bourse 1996, p. 120, § 23, note N. Rontchevsky Cass. crim., 20 juin 2006, n 05-86.491, JurisData n° 2006-034786, rejetant le pourvoi formé contre l'arrêt CA Aix-en-Provence, 21 sept. 2005, JurisData n° 2005-291612 : à propos de deux policiers ayant communiqué oralement des informations nominatives obtenues par la consultation des fichiers informatiques STIC au responsable d'une loge maçonnique. La Cour de cassation a rejeté le pourvoi contre l'arrêt de condamnation de ce dernier considérant que « la cour d'appel, qui a caractérisé les agissements du prévenu ayant […] tiré bénéfice du produit du délit commis (par les policiers), a justifié sa décision ».

[3701] Cass. crim., 19 oct. 2005, n°04-85.098, JurisData n°2005-031096 : à propos d'un dirigeant de fait d'un club de sport qui s'est procuré auprès de deux médecins, condamnés pour violation du secret professionnel, des documents médicaux concernant un joueur du club.

[3702] Cass. crim., 7 nov. 1974, JurisData n°1974-095323; Bull. crim. n°323; Cass. crim., 26 oct. 1995, n°94-83.780 ; également dans une formule similaire : Cass. crim., 20 juin 2006, n°05-86.491, JurisData n°2006-034786. Dans le même sens v. égal. l'arrêt du Cass., crim., 20 juin 2006, n°05-86.491, à propos du responsable d'une loge

la jurisprudence condamne le recel d'informations dans l'hypothèse où l'agent était en possession du support matériel de celle-ci[3703]. La jurisprudence renoue ainsi avec l'incorporel, « *au moment de la mise en œuvre desdites informations* »[3704] puisque c'est le profit retiré du produit de l'infraction d'origine qui constitue alors l'objet de l'infraction de recel. Ainsi, résumé par M. le professeur Détraz, « *le recel d'information suppose soit, au titre de l'alinéa 1er de l'article 321-1, la détention du support, soit, au titre de l'alinéa 2nd, la mise en œuvre des renseignements obtenus. Le recel-profit est alors constitué non par la simple acquisition de l'information, mais par l'exploitation de celle-ci* »[3705].

Pour certains, la répression du receleur d'une information serait efficace et souhaitable dans l'hypothèse de l'absence de support matériel afin de « *parvenir à une protection effective du secret tant, fréquemment, l'anonymat du divulgateur le met à l'abri des poursuites* »[3706]. Ainsi, si l'on ne peut saisir l'auteur de l'infraction d'origine qui demeure invisible, on peut répondre au caractère réprouvable de la situation en saisissant le tiers qui profitera de ladite infraction. On reporte de sorte la sévérité à laquelle échappe l'individu tenu au secret qui, lui, demeure dans l'ombre. En outre, la sanction de l'information dénuée de support permet la sanction de l'individu prudent, « *qui se ferait communiquer des renseignements sans acquérir l'original ou la copie de leur support* »[3707].

560. ***Le recel-détention.*** Pour ce qui est du recel classique de l'alinéa premier, la solution n'est toutefois pas certaine. La jurisprudence peut sembler confuse sous certains abords, mais la création et l'ajout par la jurisprudence, puis par le législateur, d'une seconde forme dématérialisée du recel, pourrait laisser entendre que le recel originel ne permet pas l'appréhension d'objets incorporels. Ainsi, lorsque la Cour de cassation admet le recel de service c'est lorsqu'elle constaté que l'agent a bénéficié du produit de l'infraction d'origine[3708]. Encore une fois, le terme de « *chose* » employé par le texte est source d'ambiguïté et donc d'incertitude dans une matière où les libertés individuelles sont en jeu et la rigueur par conséquent de mise.

Section 2 : L'objet invisible des atteintes aux personnes

561. Dans le domaine des atteintes aux personnes, il est un objet invisible dont on est certain de la prise en compte par le droit pénal. Il s'agit en effet de la psyché de la victime, laquelle apparaît dans le code pénal au sein du titre d'un chapitre consacré *aux « atteintes à l'intégrité physique*

---

maçonnique qui écoute le policier lui indiquer ce qu'il a appris de telle ou telle personne. Rappr. Cass. crim., 9 sept. 2009, n°08-87.312, JurisData n°2009-049715, liste de comptes bancaires d'un contribuable recopiée et transmise à un mandataire par un inspecteur des impôts, et ayant permis de pratiquer des saisies.

[3703] Cass., crim., 19 oct. 2005, n°04-85.098, JurisData n° 2005-031096 ; en ce sens v. M. Daury-Fauveau, « Fasc. 10 : RECEL », *op.cit.*, n°76 : « dans cette espèce, les prévenus avaient utilisé l'information mais n'avaient tiré aucun profit du délit primaire ».

[3704] P. Maistre du Chambon, « Recel », *op.cit.*, n°42 ; Ph. Conte, *Droit pénal spécial, op.cit.*, n°641 ; V. Cass. crim. 7 nov. 1974, *précit.*

[3705] S. Detraz, « Recel de fichiers clients d'une entreprise », Note sous Cass., crim. 20 juin 2006, n°05-86.491, JCP G n°51, 20 déc. 2010.

[3706] M. Daury-Fauveau, « Fasc. 10 : RECEL », *op.cit.*, n°75 : mais l'auteur convient que la solution « heurterait sans aucun doute l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme qui consacre la liberté de communication ».

[3707] V. not. Cass. crim. 20 juin 2006, n°05-86.491 ; S. Detraz, « Recel de fichiers clients d'une entreprise », *précit.*

[3708] Cass. crim. 6 févr. 1997, Bull. crim. n°48, D. affaires 1997. 281, Gaz. Pal. 1997. 1. 229, note J.-P. Doucet, Dr. pénal 1997. Comm. 61, obs. M. Véron, Dr. pénal 1997. Comm. 63, obs. J.-H. Robert, RSC 1997. 393, obs. J.-F. Renucci, Rev. sociétés 1997. 146, obs. B. Bouloc.

ou psychique de la personne »[3709]. L'intégrité psychique de la victime constitue ainsi pour certaines infractions, le siège de l'atteinte infractionnelle. Dans notre hypothèse, seule l'atteinte en tant qu'élément constitutif de l'infraction n'est envisagée[3710]. Or, là encore la question de la preuve (**§2**) de l'existence d'une telle atteinte et de son étendue questionne tant elle soulève de difficultés en raison de l'invisibilité de son siège (**§1**). Face aux limites des modes de preuve les plus couramment utilisés par le droit pénal, la question du recours aux neurosciences rejaillit.

§1 : L'intégrité psychique, objet invisible de l'infraction

562. La formule « *intégrité psychique* » malgré son apparente clarté n'est pas sans susciter des difficultés d'appréhension. Alors qu'elle ne dispose pas de définition légale, elle constitue parfois le siège de l'atteinte infractionnelle, dont la réalité devra être prouvée afin de pouvoir entrer en condamnation. S'il n'est pas forcément évident de définir ce que constitue une atteinte à l'intégrité psychique d'une victime, il est encore plus délicat de la visibiliser. Si des signes extérieurs peuvent laisser supposer l'existence d'une telle atteinte, la nature invisible de la psyché humaine rend toute appréhension immédiate impossible (**A**), à l'inverse des atteintes à l'intégrité physique. C'est peut-être cette difficulté qui a contribué à rendre l'intégrité psychique aussi peu visible au sein des incriminations, alors même que le Code pénal la consacre au sein de plusieurs sous-titres. Il faut alors identifier au sein des infractions contre les personnes celles au sein desquelles l'atteinte à l'intégrité psychique fait partie de la matérialité constitutive de l'infraction (**B**) qu'il conviendra alors de prouver.

A- L'invisibilité de l'atteinte à l'intégrité psychique

563. ***L'invisibilité de la psyché de la victime.*** Comme nous l'avons déjà évoqué précédemment, la psyché humaine est par essence invisible par son impossible connaissance immédiate par un tiers à l'individu[3711]. Ainsi, pour connaître d'une atteinte à l'intégrité psychique d'une victime, les acteurs du procès pénal ne peuvent se fier qu'aux dires de celle-ci, ainsi qu'aux éventuels signes extérieurs la manifestant[3712]. Se dressent alors de nombreux obstacles entre ces acteurs et une connaissance pleine et entière de l'état psychique de l'individu.

La maîtrise du langage[3713] est d'abord une condition nécessaire à la bonne transmission par celui qui se déclare victime de l'expression du dommage psychique causé par le comportement de l'auteur. Outre cette éventuelle lacune langagière, il est de nombreux cas où il est extrêmement délicat pour l'individu atteint dans son intégrité psychique de verbaliser la souffrance éprouvée. Tout cela

---

[3709] C. pén., art. 222-1 à 222-67. Egal. Dans une moindre mesure dans le titre d'un paragraphe du livre IV bis consacré aux crimes et délits de guerre : art. 461-2 à 461-5.

[3710] Et non les répercussions psychologiques de toute autre atteinte infractionnelle peu important son objet, v. en *infra* les développements § n°567.

[3711] J.-B. Prévost, « L'évaluation de la souffrance psychique et ses obstacles », Gaz. Pal. n°048, p.22, 17 févr. 2015 : « Si par ailleurs les blessures psychiques peuvent, bien entendu, avoir des conséquences bien visibles, elles restent fondamentalement cachées dans la psyché du sujet, en son intériorité. Il faut aller les chercher pour les désocculter, les rendre objectivables. C'est difficile, il faut parler, échanger, enquêter ».

[3712] J.-B. Prévost, « L'évaluation de la souffrance psychique et ses obstacles », *op.cit.* : « Si nous pouvons l'approcher, ce ne peut être que par des déductions et des inférences, par la médiation du langage ou, plus généralement, par un faisceau de signes, des comportements, des manifestations diverses de son état interne. ».

[3713] *Ibid.*

ajouté à l'abstraction inhérente à tout langage[3714], démontre bien la difficulté de dégager une image claire et précise d'une atteinte à l'intégrité psychique.

Par ailleurs, les victimes conscientes de l'atteinte éprouvée font parfois preuve de pudeur[3715], n'osant pas révéler les souffrances endurées à la suite du comportement infractionnel subi. Reste que certaines n'ont parfois pas même cette conscience, « *loin d'être en position de surplomb par rapport à [leur] propre souffrance* »[3716], manquant de recul sur leur état psychique, elles ne parviennent pas à reconnaître l'existence d'une atteinte à leur intégrité psychique[3717]. Ne pas prendre en compte ce point crucial de la psychologie des victimes constitue un « *biais de perception, consistant dans le fait de tenir pour postulat tacite la transparence du sujet à lui-même, [qui] occulte donc le préjudice* »[3718].

On constate d'ailleurs en matière de responsabilité civile, que la primauté est donnée aux souffrances physiques dans le calcul indemnitaire[3719]. L'invisibilité de l'atteinte psychique empêche alors sa prise en compte au titre de la réparation intégrale des dommages subis. Comme le résume bien un auteur, « *Quand les blessures peuvent avoir le corps bien visible pour preuve de leur réalité, […] les victimes pourront peut-être alors voir leur préjudice reconnu. Mais les blessures qui ne disposent pas du corps comme un témoin fidèle de leur gravité, alors pourtant qu'elles sont bien réelles, peuvent échapper au regard chargé de les mesurer en vue de leur accorder réparation* »[3720]. Nombre d'auteurs dénoncent ainsi la marginalisation des souffrances psychiques dans l'indemnisation des victimes. Ils notent ainsi la faveur accordée aux atteintes physiques, dont la plus grande visibilité facilite la tâche des experts. Ils soulignent ainsi une « *tendance qui consiste à n'accorder de crédit qu'à la blessure visible et matérielle et à en inférer éventuellement l'étendue de la blessure psychologique* »[3721]. Cette tendance serait accrue par une routinisation[3722] néfaste du travail des experts. La subjectivité de la souffrance physique vient de surcroît renforcer la difficile appréciation de celle-ci[3723]. Les professionnels sont en outre gênés dans leurs évaluations par la prise en compte de l'état antérieur de la victime[3724], dont les prédispositions sont pour certains source d'une atténuation du choc provoqué par le fait délictueux. Point de vue très critiqué par de nombreux auteurs[3725]. D'autant que les barèmes d'indemnisation cotent déjà très faiblement les conséquences des atteintes

---

[3714] J.-B. Prévost, « L'évaluation de la souffrance psychique et ses obstacles », *op.cit.*
[3715] *Ibid.*
[3716] *Ibid.*
[3717] *Ibid.*
[3718] *Ibid.*
[3719] *Ibid.* ; A. Renelier, C. Wong, « Souffrances psychiques : un déni médico-légal ? », Gaz. Pal. n°181, 30 juin 2015, p.12: « Le déséquilibre de traitement entre les souffrances psychiques et les souffrances physiques ne laisse pas d'étonner nombre de praticiens du dommage corporel » ; É. Schortgen, D. Yakouben, « Le besoin en tierce personne en matière psychiatrique », Gaz. Pal. n°181, 30 juin 2015, p.16 : à propos de la sous-estimation du préjudice en matière psychiatrique ; Ch. Quézel-Ambrunaz, « Victimes d'atteintes psychiques : en finir avec la demi-mesure », Gaz. Pal. n°32, 11 oct. 2022, p. 66.
[3720] J.-B. Prévost, « Violences sexuelles : regards sur l'archaïsme à l'oeuvre dans l'évaluation du préjudice des victimes », *op.cit.*
[3721] *Ibid.*
[3722] *Ibid.* : qui évoque « un mécanisme invisible aux yeux des experts et qui déprécie pour ainsi dire mécaniquement la mesure du traumatisme […] Les experts, habitués à traiter des victimes quotidiennement, assimilent et lissent, sans qu'ils puissent en avoir tout à fait conscience, les tragédies que subissent les victimes. […] L'expertise psychologique est tout particulièrement exposée à ce processus de normalisation, parce que la psyché donne moins de prises empiriquement constatables et objectivables à l'analyse ».
[3723] A.Renelier ; C. Wong, « Souffrances psychiques : un déni médico-légal ? », *op.cit.*
[3724] *Ibid.*
[3725] *Ibid.* ; C. Bernfeld, F. Bibal, « Pour une égalité de traitement des dommages psychiques et physiques », Gaz. Pal. n°048, 17 févr. 2015, p.5.

psychiques[3726].

B- Atteinte à l'intégrité psychique et objet de l'infraction

564. ***L'intégrité psychique, objet de l'infraction.*** L'intégrité psychique de la victime constitue l'objet de certaines infractions. C'est-à-dire qu'elle représente le siège de l'atteinte infractionnelle. Si le sens de l'expression « *intégrité psychique* » apparaît comme évident, celle-ci ne fait toutefois pas l'objet d'une définition[3727] par le législateur qui l'a pourtant employée à plusieurs reprises. Il convient ainsi de rappeler que n'est intègre qu'une chose qui « *n'a subi aucune altération, aucune atteinte* »[3728]. La formule redondante d'atteinte à l'intégrité psychique renvoie ainsi à une blessure[3729], au sens figuré, ayant heurté le psychisme de la victime, entendu comme l'« *Ensemble, conscient ou inconscient, […] des phénomènes, des processus relevant de l'esprit, de l'intelligence et de l'affectivité et constituant la vie psychique* »[3730]. L'atteinte à l'intégrité psychique est donc constituée par tout comportement ou acte infractionnel ayant impacté défavorablement la santé mentale de la victime : « *choc émotif* »[3731], anxiété, ou tout autre déséquilibre psychologique ou émotif peu important sa dénomination tant qu'un lien causal est établi avec le comportement de l'auteur. Certains auteurs ajoutent que l'atteinte à l'intégrité psychique prohibée par le Code pénal ne renvoie qu'à un choc émotionnel qui relèverait d'une peur de la victime pour sa santé physique ou psychique[3732]. Ainsi, serait exclue la crainte pour sa réputation, l'intégrité de ses biens ou de sa fortune par exemple. Ont en outre été exclus les chocs émotifs consécutifs à un attentat à la pudeur[3733], une dénonciation calomnieuse[3734], ou encore une violation de domicile[3735].

565. ***Mention expresse du texte***. L'expression « *intégrité psychique* », si elle figure au sein de deux sous-titres du Code pénal[3736], ne figure expressément que dans peu d'articles d'incrimination[3737]. L'expression est en effet plus souvent employée pour caractériser la psyché de l'auteur de l'infraction[3738] ou encore dans le cadre de circonstances aggravantes[3739]. Rares sont donc les textes d'incrimination qui mentionnent expressément l'intégrité psychique. Dans le cadre des infractions de droit commun, on ne retrouve l'expression qu'au sein de l'article 222-15 qui incrimine «

[3726] A ce propos v. not. Ch. Quézel-Ambrunaz, « Victimes d'atteintes psychiques : en finir avec la demi-mesure », Gaz. Pal. n°32, 11 oct. 2022, p.66.
[3727] C. Duvert, « Dix ans de harcèlement. La naissance litigieuse de l'intégrité psychique », Esprit, 2012/5, p.53.
[3728] Dictionnaire du CNTRL : https://www.cnrtl.fr/definition/int%C3%A9grit%C3%A9.
[3729] *Ibid*. : https://www.cnrtl.fr/definition/atteindre.
[3730] *Ibid*. : https://www.cnrtl.fr/lexicographie/psychisme
[3731] Selon l'expression consacrée en jurisprudence, v. nos développements en *infra* n°570.
[3732] Ph. Conte, *Droit pénal spécial*, 6ème éd., LexisNexis, 2019, n°159.
[3733] Cass. crim. 5 oct. 2010 n°10-80.050, Dr. pén. 2010 n°6 ; Rev. Pén. 2011 p.155.
[3734] Cass. crim. 22 oct. 2002, Bull. crim. n°189.
[3735] Cass. crim. 5 oct. 2010, *précit.*
[3736] C. pén., Partie législative, Livre II, Titre II, Chapitre II : Des atteintes à l'intégrité physique ou psychique de la personne (Articles 222-1 à 222-67) ; et Partie législative, Livre IV bis, Chapitre Ier, Section 2, Sous-section 1, Paragraphe 1 : Des atteintes à la vie et à l'intégrité physique ou psychique (Articles 461-2 à 461-5).
[3737] C. pén., art. 211-1, 212-1 11°, 222-14, 222-15, 223-3, 223-15-2, 225-4-1,434-3 ; 461-2, 461-3, 461-5.
[3738] Pour lui inférer un éventuel trouble de nature à réduire voire annihiler sa responsabilité pénale, C. pén., art. 122-1 ; plus récemment comme élément constitutif de l'infraction aux art. 222-18-4, 222-26-2,221-5-6, lorsque le trouble psychique ayant atteint l'agent est dû à une prise intentionnelle d'alcool ou de stupéfiants.
[3739] C. pén., art. 221-4 3°, 222-3 2°, 222-4, 222-8 2°, 222-10 2°, 222-12 2°, 222-13 2°, 222-16-2, 222-24 3°, 222-29, 222-33 III 3°, 223-1-1, 224-1C 2°, 225-4-13 3°, 225-7 2°, 225-12-6 2°, 225-12-9 2°, 226-3-1 3°, 311-5 2°, 312-2, 314-2 4°, 322-3, 413-13.

L'administration de substances nuisibles ayant porté atteinte à l'intégrité physique ou psychique d'autrui ». On retrouve également l'expression parmi les crimes de guerre au sein des articles 461-3 et 461-5 lesquels incriminent respectivement « *Le fait de soumettre des personnes d'une partie adverse à des mutilations ou à des expériences médicales ou scientifiques qui […] portent gravement atteinte à leur santé ou à leur intégrité physique ou psychique* », ainsi que « *Le fait de se livrer à des traitements humiliants et dégradants sur des personnes de la partie adverse et qui portent gravement atteinte à leur intégrité physique ou psychique* ». Mais également parmi les crimes contre l'humanité puisque l'article 211-1 prévoit que constitue notamment un génocide le fait de commettre ou de faire commettre une atteinte grave à l'intégrité physique ou psychique à l'encontre des membres « *d'un groupe national, ethnique, racial ou religieux, ou d'un groupe déterminé à partir de tout autre critère arbitraire* » et ce « *en exécution d'un plan concerté tendant à la destruction totale ou partielle* » de ce groupe. Enfin, et d'une manière plus nuancée, le harcèlement moral[3740] prévoit notamment l'hypothèse d'un comportement ayant pour objet une dégradation de la santé mentale de la victime[3741].

566. ***Absence de mention expresse***. Au titre des infractions dont l'objet est constitué par l'intégrité psychique de la victime, on en recense de surcroît quelques-unes dont le texte ne fait pas expressément mention d'une telle atteinte même si elle constitue un élément constitutif de de celles-ci. C'est d'abord évidemment le cas de la violence prévue aux articles 222-7 à 222-16-3. Malgré l'absence de référence aux voies de fait, la jurisprudence a maintenu sa solution antérieure[3742] et admis, à travers le développement de sa jurisprudence dite du « *choc émotif* »[3743], au même titre que les violences physiques, les violences psychologiques. Ainsi, c'est l'intégrité psychique qui constitue bien le siège de l'atteinte infractionnelle et donc l'objet de l'infraction, même sans mention expresse du texte[3744]. Cette jurisprudence, ratifiée ultérieurement par le législateur par la loi du 9 juillet 2010 introduisant l'article 222-14-3 du code pénal, puise notamment sa légitimité dans le fait que « *la période contemporaine est caractérisée par la multiplication des violences exercées « à distance » par*

[3740] Dans ses diverses déclinaisons : C. pén., art. 222-33-2 pour le contexte professionnel, art. 222-33-2-1 pour le contexte domestique, art. 222-33-2-2 d'une manière générale. L'acte peut également avoir simplement avoir pour effet une telle atteinte. De sorte que l'on se demande si l'élément matériel n'est pas ainsi à géométrie variable. L'infraction étant à la fois matérielle lorsque le comportement « a eu pour effet… » et formelle lorsqu'il a « a eu pour objet… ».

[3741] L'atteinte peut être intentionnelle comme non-intentionnelle puisqu'elle peut constituer tant l'objet de l'infraction qu'un de ses effets. Dans notre hypothèse, nous ne retiendrons que l'atteinte en tant qu'objet puisqu'elle seule constitue un élément constitutif de l'infraction, même si cette approche reste critiquable en ce que l'usage du terme « ou » laisse sous-entendre une simple différence d'intentionnalité de l'infraction, il semble toutefois qu'elle peut laisser entendre que l'infraction pourrait être simplement formelle lorsque le comportement avait pour objet une telle atteinte : l'article 222-33-2-2 «Le fait de harceler une personne par des propos ou comportements répétés ayant pour objet ou pour effet une dégradation de ses conditions de vie se traduisant par une altération de sa santé physique ou mentale » . Mais également l'art. 222-33-2 : « ayant pour objet ou pour effet une dégradation des conditions de travail susceptible de porter atteinte à ses droits et à sa dignité, d'altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel » « dans le milieu du travail. Ou l'art. 222-33-2-1 concernant le harcèlement domestique : « Le fait de harceler son conjoint, son partenaire lié par un pacte civil de solidarité ou son concubin par des propos ou comportements répétés ayant pour objet ou pour effet une dégradation de ses conditions de vie se traduisant par une altération de sa santé physique ou mentale ».

[3742] J.-P. Valat, « Fasc. 10 : Violences », Art. 222-7 à 222-16-3, Jcl Pénal Code, 11 févr. 2020, mise à jour du 5 déc. 2022, n°19 ; V. égal. Y. Mayaud, « Violences volontaires », *op.cit.*, n°35.

[3743] Cass. crim. 6 févr. 2002, Dr. pén. 2002 comm. 69, D. 2002 D. Mayer ; Cass. crim 13 juin 1991, Bull. crim. n°253 ; RSC 1992.74, obs. Levasseur.

[3744] En ce sens, v. Y. Mayaud, « Violences volontaires », *op.cit.*, n°34.

l'utilisation de divers moyens techniques »[3745]. À ce titre, il faut d'ailleurs ajouter à notre étude les appels téléphoniques malveillants[3746], forme spécifique de violence exercée exclusivement à l'encontre de l'intégrité psychique de l'individu[3747]. On peut également ajouter les menaces[3748] ce qu'elles constituent « *une variante de violences psychologiques lorsqu'elles font craindre à la victime pour son intégrité physique ou sa vie* »[3749]. En outre, on pourrait ajouter la provocation au suicide incriminée à l'article 223-13, en ce qu'il est requis pour sa constitution que l'auteur ait fait naître l'idée de commettre un tel acte dans l'esprit de la victime[3750]. Cela passe à l'évidence par l'entremise d'une grave atteinte à la santé mentale de la victime, dont le psychisme ébranlé par le comportement de l'auteur aura dû passer à l'acte pour que l'infraction soit constituée.

567. ***L'atteinte à l'intégrité psychique, conséquence de l'infraction.*** En outre, s'il est évident que nombre d'infractions contre les personnes[3751], voire contre les biens, peuvent avoir comme répercussions une atteinte plus ou moins grave à l'intégrité psychique de la victime[3752], celles-ci dépassent le cadre de notre étude, en ce que l'intégrité psychique ne constitue pas l'objet de l'infraction. L'atteinte n'étant pas le siège du comportement infractionnel, mais une simple conséquence de celui-ci, l'étude de celle-ci ne relève alors que du droit de la responsabilité civile, puisqu'il n'y pas en ce cas d'élément constitutif par cette atteinte.

§2 : La délicate preuve de l'atteinte à l'intégrité psychique

568. La preuve de l'invisible est toujours délicate à rapporter. Ici encore, celle-ci soulève donc des difficultés auxquelles le droit pénal doit s'adapter. Puisqu'il n'est pas possible d'avoir une vision immédiate de l'atteinte à l'intégrité psychique constitutive de l'infraction, il faut donc se contenter de modes de preuve médiats, lesquels sont *de facto* imparfaits (**A**). La jurisprudence recourt notamment au mécanisme de la présomption, efficace en termes de répression, mais dont la légitimité peut être remise en cause. Et ce d'autant plus que les juges ont, dans ce contexte, tendance à se montrer extrêmement souples dans le recours à ce mode de preuve. On s'interroge alors sur la possibilité d'un avenir probatoire simplifié par le recours à des technologies dont le développement actuel laisse entrevoir un accès simplifié à la psyché humaine, c'est la question de la preuve neuroscientifique (**B**).

[3745] Loi n°2010-769 du 9 juillet 2010, art. 31 : « Les violences prévues par les dispositions de la présente section sont réprimées quelle que soit leur nature, y compris s'il s'agit de violences psychologiques » ; D. 2010 p.1711, obs. Avena-Robardet ; D. 2010. Pan. 2737, obs. Garé ; AJ fam. 2010. 298, obs. Avena-Robardet. ; M. Véron, *Droit pénal spécial*, *op.cit*., n°67.

[3746] Ainsi que les envois de messages malveillants émis par la voie des communications électroniques, à la condition que ces deux comportements soient réitérés par l'auteur.

[3747] C. Duvert, « Dix ans de harcèlement La naissance litigieuse de l'intégrité psychique », Esprit 2012/5 Mai, p.54 : « délit explicitement présenté lors des débats parlementaires, puis finalement non consacré comme tel dans la rédaction retenue » ; Y. Mayaud, « Violences volontaires », *op.cit*., n°46 parle d'un délit spécial autrefois inclus dans la jurisprudence relative aux violences.

[3748] C. pén., art. 222-17 et s.

[3749] Ph. Conte, *Droit pénal spécial, op.cit*., n°496, note de bas de page n°5.

[3750] V. *ibid*., n°32 *a contrario :* « l'infraction disparaît, selon nous, si la preuve était rapportée que l'intervention prétendument provocatrice a été inutile, le suicide ayant dû se produire de toute façon même en son absence ».

[3751] V. not. à propos du viol : C. Duvert, « Dix ans de harcèlement La naissance litigieuse de l'intégrité psychique », *précit.*

[3752] V. not. É. Caillon, « Les troubles psycho-traumatiques chez l'adulte », Gaz. Pal. n°048, 17 févr. 2015, p.14 ; N. Prieto, « Intensité du psychotraumatisme et fait générateur », Gaz. Pal. n°32,11 oct. 2022, p. 63.

A- Des modes de preuve imparfaits

569. ***La preuve de l'atteinte à l'intégrité psychique.*** L'invisibilité de l'atteinte à l'intégrité psychique soulève des difficultés dans son appréhension par le droit. Ainsi, si le législateur protège celle-ci, sa nature pourrait expliquer que le législateur n'emploie que rarement l'expression dans les textes d'incrimination. Certains auteurs, au regard de cette imperceptibilité de l'atteinte s'interrogent : « *Puisqu'on ne peut pas la voir, la consécration de l'intégrité psychique comme valeur et sa protection par la loi pénale interrogent : jusqu'où faut-il aller dans le désir de sanctionner les atteintes à l'intégrité psychique sans sombrer dans le cauchemar orwellien de la transparence absolue ? Malheureux les juges qui doivent démêler a posteriori des relations humaines invisibles et ne peuvent que s'en remettre au certificat médical attestant d'une dépression* »[3753]. Il est vrai que lorsque l'atteinte à l'intégrité psychique est un élément constitutif de l'infraction, la preuve de cette dernière suscite d'autant plus les interrogations. La preuve la plus évidente apparaît tout d'abord celle de l'expertise psychiatrique ou psychologique, au même titre que les divers témoignages, certificats médicaux[3754] et autres attestations pouvant être délivrées par les praticiens de la santé mentale ayant pu examiner et constater une telle atteinte chez la victime. Or, comme nous l'avons évoqué précédemment, ces modes de preuve ne sont pas exempts de limites. Tout d'abord, il faut noter une pénurie de spécialistes[3755], dont les expertises ne permettent pas toujours de révéler l'atteinte ou, plus souvent son étendue[3756] eu égard à la nature particulièrement difficile à appréhender de la blessure psychique par rapport à la blessure physiologique, bien visible[3757]. En outre, il a pu être souligné que l'atteinte psychique présente une difficulté supplémentaire, en ce que celle-ci n'est pas toujours concomitante aux faits délictueux. Ainsi, M. Le professeur Mayaud explique *« que les atteintes psychiques sont particulièrement concernées par cette dissociation de l'action et du résultat, tant les réactions psychologiques qu'elles sous-tendent sont souvent tardives par rapport aux violences elles-mêmes* »[3758].

Mais si le recours à des médecins spécialistes de la santé mentale semble le mode de preuve le plus adapté, la jurisprudence a tendance à recourir régulièrement au mécanisme de la présomption, qu'elle emploie déjà quand elle doit s'assurer de la disposition mentale de l'auteur pour retenir l'infraction.

[3753] C. Duvert « Dix ans de harcèlement La naissance litigieuse de l'intégrité psychique », *op.cit.*

[3754] « Commet des violences à l'encontre du fonctionnaire de police qui l'interroge le gardé à vue qui se lève brusquement de son siège et avance, la main levée, en direction du policer afin de le frapper dès lors que ce comportement a provoqué chez la victime un choc émotif attesté par un certificat médical qui mentionne un syndrome psychique post-traumatique » : CA Grenoble, 19 oct. 2010, n°10/00282, JurisData n°2010-027574 ; Cass. crim. 17 juin 1992, Bull. crim. n°243, RSC 1993 p.325 obs. Levasseur ; Cass. crim. 7 avr. 2010 n°09-81.978.

[3755] C. Bernfeld, et F. Bibal, « Pour une égalité de traitement des dommages psychiques et physiques », Gaz. Pal. n°048, 17 févr. 2015, p.5.

[3756] *Ibid.*

[3757] V. nos développements en *supra* § n°563 et s.

[3758] Y. Mayaud, « Violences volontaires », *op.cit.*, n°42.

570. ***La preuve de l'atteinte psychique issue de violences***[3759]. L'infraction de violences est peut-être l'exemple le plus topique du recours à la présomption[3760] d'atteinte à l'intégrité psychique. En effet, la jurisprudence retient régulièrement la seule preuve que le comportement de l'auteur a été « *de nature à* » provoquer une telle atteinte[3761], souvent dénommée « *choc émotif* ». Ainsi la jurisprudence retient que « *Le délit de violences peut être constitué, en dehors de tout contact matériel avec le corps de la victime, par tout acte ou comportement de nature à causer sur la personne de celle-ci une atteinte à son intégrité physique ou psychique caractérisée par un choc émotif ou une perturbation psychologique* »[3762] ou encore que « *Le délit de violences est constitué, même sans atteinte physique de la victime, par tout acte de nature à impressionner vivement celle-ci et à lui causer un choc émotif* »[3763]. Cette pratique s'avère bien utile lorsqu'il n'y a pas d'ITT puisque dans le cas contraire il faudra établir le seuil atteint pour déterminer la peine encourue par l'agent. De sorte que la preuve de l'atteinte psychique sera *de facto* démontrée par l'expertise du médecin légiste établissant la durée de l'ITT. Le recours à cette présomption donne parfois l'impression d'une jurisprudence incohérente, puisqu'on ne peut toujours pas distinguer les critères permettant de discriminer les décisions y ayant recours de celles fondées sur des modes de preuves plus classiques. Ainsi, un auteur relève que « *la Cour de cassation définit certains comportements qui seraient, eu égard à leur nature, nécessairement suivis d'une perturbation psychologique de la victime sans que les juges aient à la constater ».* Il cite ainsi à titre d'exemples : *« La privation de liberté*[3764]*, l'envoi de lettres de menaces marquées de croix gammées*[3765]*, les violences faites aux choses*[3766]*, la participation à un groupe constitué pour commettre des violences*[3767] *»*[3768] retenus comme pouvant établir une telle présomption. De là, on peine à saisir les critères retenus pour l'application de cette présomption, puisque *« la chambre criminelle ne s'attarde [pas] sur les critères permettant de s'affranchir d'une casuistique* »[3769]. Il semblerait alors que les juges recourent à la présomption de manière opportuniste à défaut d'autres preuves et eu égard à un comportement objectivement susceptible d'entraîner ledit « *choc émotif* » requis.

[3759] L'administration de substances nuisibles en tant qu'elle procède par renvoi aux résultats des violences, est également intégrée au paragraphe du code pénal intitulé « Des violences » et réprime l'acte « ayant porté atteinte » à l'intégrité physique ou psychique, peut être admise comme une violence spéciale (comme l'empoisonnement rapporté au meurtre), si bien que l'on peut considérer que les développements suivants pourraient tout aussi bien s'appliquer à celle-ci.

[3760] V. Ph. Conte, *Droit pénal spécial*, LexisNexis, 6ème éd., 2019, n°159.

[3761] Cass. crim., 19 févr. 1892, Dr. pén. 1892, 1, p.550 ; Cass. crim., 18 février 1976, Bull. crim. n°63. Cass. crim. 6 févr. 2002, D. 2002, p.1510, note D. Meyer ; Dr. pén. 2002, n°69 ; Cass., crim., 18 mars 2008, Bull. crim. n°65, Dr. pén. n°84, Rev. pén. 2009, p.165 ; RSC 2008 p.587, obs. Y. Mayaud ; Cass. crim., 13 juin 1991, Bull. crim. n°253 ; Cass. crim., 6 févr. 2002, D. 2002. 1510, note D. Mayer ; Cass. crim. 16 déc. 1953, D. 1954. 129 ; Cass. crim., 2 sept. 2005, Bull. crim. n°212 ; Cass. crim., 18 mars 2008, Bull. crim. n°65 ; Cass. crim. 4 juin 2019, n°18-84.720.

[3762] Cass. crim. 2 sept. 2005, n°04-87.046, Bull. crim. n°212, D. 2005, pan. 2986, obs. T. Garé, RSC 2006 p.69, obs. Y. Mayaud.

[3763] Cass. crim. 18 mars 2008, n°07-86.075, AJ pénal 2008 p.283, Dr. pén. 2008. Comm. 84, obs. Véron, RSC 2008 p.587, obs. Y. Mayaud.

[3764] Cass. crim., 6 févr. 2002, D. 2002. 1510, note D. Mayer.

[3765] Cass. crim., 13 juin 1991, Bull. crim. n°253 ; Comp. à propos d'un faux avis de décès Cass. crim., 27 oct. 1999, n°98-86.017, Bull. crim. n° 235 ; D. 2000. 21 ; RSC 2000. 396, obs. Y. Mayaud.

[3766] Cass. crim., 18 mars 2008, Bull. crim. n°65.

[3767] Cass. crim. 16 déc. 1953, D. 1954. 129 ; Cass. crim., 2 sept. 2005, Bull. crim. n°212.

[3768] B. Partouche, « Tentative et violences volontaires dans la jurisprudence contemporaine », RSC 2013 p.759.

[3769] *Ibid.*

La formule retenue par la jurisprudence a pu susciter des interrogations puisqu'elle pourrait laisser entendre que la preuve d'une atteinte psychique n'a pas à être rapportée[3770]. Ainsi, certains commentateurs ont pu avancer, à la suite de certains arrêts reprenant l'expression consacrée, qu'il n'était « *nullement nécessaire de rapporter la preuve du choc émotif, il suffit de prouver l'existence d'un acte qui, en raison de sa nature, peut produire un tel choc* »[3771]. Encore plus clairement, certains ont ainsi avancé que « *la chambre criminelle énonce expressément qu'il n'est plus nécessaire de caractériser un choc émotif à l'occasion de la poursuite de faits qualifiés de violences volontaires et lorsqu'aucun contact matériel n'a eu lieu entre l'auteur et la victime* »[3772]. Il y aurait donc là une règle de fond. Or, cela signifierait donc que l'infractions de violences serait une infraction formelle, l'absence de résultat n'empêchant pas sa constitution. En remontant ainsi la répression d'un cran sur le chemin infractionnel, on aboutirait alors à une forme de répression de la tentative de violences. Or, cette interprétation est *contra legem, « véritable dénaturation »*[3773] du texte, en ce que la définition de l'infraction de violences est étroitement liée à son résultat[3774], duquel découle la peine, et ainsi l'appartenance de celle-ci à telle ou telle catégorie d'infraction[3775]. Ainsi, « *le résultat constitutif de l'infraction tient au principe même d'une atteinte sensible vécue par les victimes* »[3776]. Le législateur a de sorte pensé l'infraction de violences comme une infraction de résultat. Impossible en outre de réprimer sa tentative en ce qu'il est impossible de prévoir la gravité du résultat de l'acte violent dont les conséquences peuvent être *praeter* intentionnelles. Toutefois, même si l'on note une forte tendance chez le législateur à anticiper la répression, notamment en matière de violences avec l'infraction d'embuscade, qui ne laisse pas d'interroger la doctrine, il faut exclure une telle interprétation. La formule jurisprudentielle n'est qu'une règle de forme[3777], élaborée par une jurisprudence mise en difficulté par l'invisibilité de l'élément dont elle doit assurer la preuve. Comme le résume M. le professeur Mayaud, « *Il n'est pas de violence sans le « choc » personnellement ressenti d'une agression* »[3778]. C'est d'ailleurs ce qu'a semblé rappeler la chambre criminelle dès 1999[3779].

[3770] *Ibid.* ; Y. Mayaud, « Violences », *op.cit.*, n°39.

[3771] S. Mirabail, « Droit pénal, oct. 2007 – oct.2008 », D. 2009 p.123 à propos de Cass. crim. 18 mars 2008, n°07-86.075, D. 2008. AJ. 1414 ; AJ pénal 2008. 283 obs. G. Roussel ; RSC 2008. 587, obs. Y. Mayaud ; Dr. pén. 2008, Comm. n° 84 obs. M. Véron. La Cour de cassation précise d'ailleurs, afin d'écarter le reproche adressé à la cour d'appel de ne pas avoir constaté une atteinte effective à l'intégrité physique ou psychique de la victime, que « le délit de violences est constitué, même sans atteinte physique de la victime par tout acte de nature à impressionner celle-ci et à lui causer un choc émotif ».

[3772] B. Partouche, « Tentative et violences volontaires dans la jurisprudence contemporaine », RSC 2013 p.759 à propos de Cass. crim., 28 nov. 2012, Bull. crim. n°264. Adde Cass. crim., 30 oct. 2012, n°11-84.152, D. 2013. 2713, obs. G. Roujou de Boubée, T. Garé, M.-H. Gozzi, S. Mirabail et T. Potaszkin ; Dr. pénal 2013. 21, obs. M. Véron.

[3773] B. Partouche, « Tentative et violences volontaires dans la jurisprudence contemporaine », *précit.* ; v. égal. Y. Mayaud, « Des violences routières aux... violences sur les routes », RSC 2008 p.587 pour qui cette solution « détruit la structure même de l'infraction ».

[3774] En ce sens v. not. M. Véron, *Droit pénal spécial*, 17ème éd., 2019, Sirey, n°67.

[3775] Contravention : C. pén., art. R624-1, délit : art. 222-11 ou crime art. 222-7 et 222-9 pour les infractions simples.

[3776] Y. Mayaud, « Des violences routières aux... violences sur les routes », *précit.* ; Aussi Y. Mayaud, « Violences volontaires », Rep. Pén. et de proc. pén., oct. 2008, n°36.

[3777] Une de doctrine parmi les plus autorisées assure une telle interprétation : Ph. Conte, *Droit pénal spécial*, op.cit., n°159 ; Y. Mayaud, « Pas de violences sans victime... Précisions nécessaires relatives à la victime », à propos de Cass. crim. 27 octobre 1999, Bull. crim. n° 235, RSC 2000 p.396 ; Y. Mayaud, « Des violences routières aux... violences sur les routes », *précit.*

[3778] Y. Mayaud, « Des violences routières aux... violences sur les routes », *précit.*

[3779] Cass. crim. 27 oct.1999 n°98-86 017, Bull. crim. n°235 ; Y. Mayaud, « Pas de violences sans victime... Précisions nécessaires relatives à la victime », *précit.* ; M. Véron, « Violence et trouble psychologique », Dr. pén. n°3, mars 2000, comm. 30.

Malgré le recours à l'expression consacrée par les juges du fond, les Hauts magistrats censurent l'arrêt ayant considéré que le comportement de l'auteur, ayant fait paraître un faux avis de décès concernant le préfet nouveau venu en remplacement de son prédécesseur assassiné, « *n'avait pu qu'impressionner et provoquer en [la victime] un choc ou un trouble psychologique* ». La chambre criminelle casse l'arrêt, estimant « *qu'en prononçant ainsi, sans rechercher si la victime avait eu connaissance de cet avis et si elle avait effectivement subi une atteinte à son intégrité physique ou psychique, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision* ». La cour d'appel de renvoi[3780], condamne à nouveau le prévenu, cette fois en se fondant le ressenti personnel de la victime, et non plus à partir d'une formule générale et abstraite[3781]. Comme le souligne M. le professeur Conte, la présomption doit ainsi « *tenir compte des caractéristiques de la victime, pouvant avoir une influence sur son émotivité* »[3782]. Elle démontre toutefois l'existence de l'atteinte par des preuves dont la relative fragilité dénote bien toute la difficulté à démontrer l'atteinte psychique. Ainsi, les juges se prononcent « *au regard de la situation personnelle du préfet qui en était la victime, et, même si les preuves traditionnelles, sous forme de certificat médical, n'ont pu être réunies en l'espèce, l'atteinte à son intégrité « morale » a été jugée suffisante pour se convaincre du bien-fondé de la qualification* »[3783].

Merle et Vitu rappelaient déjà qu'il fallait « *imposer strictement aux autorités poursuivantes la preuve du trouble physiologique subi par la victime* »[3784]. Ainsi, et comme toujours, pour déclarer établie l'infraction de violences les juges doivent démontrer l'existence de l'atteinte psychique. Seulement, lorsqu'ils recourent à la présomption, les juges ont tendance à la rendre extrêmement délicate à renverser. Que penser ainsi des arrêts qui estiment que le comportement de l'auteur a « *nécessairement* »[3785] provoqué un choc émotif ? L'adverbe employé marque plus intensément la fatalité d'une telle atteinte et non plus seulement une forte probabilité. Encore, quand un arrêt[3786] de chambre criminelle retient qu'un « *coup de feu a été tiré pour causer un choc émotif* », rejetant ainsi le pourvoi qui contestait la constitution de l'élément matériel du délit, les juges du fond n'ayant pas constaté « *que le coup de fusil tiré en direction du sol avait causé […] un choc émotif au sens de l'article 309 du Code pénal* ». Une fois n'est pas coutume, l'élément intentionnel vient caractériser la matérialité de l'infraction. Ou comment la constitution de l'infraction se voit réaménagée au gré des difficultés de preuve que ses éléments constitutifs viennent révéler.

La présomption en droit pénal, pour demeurer légale, doit pourtant demeurer réfragable. Et ce d'autant plus qu'il s'agit là d'une présomption créée par le juge, en dehors de toute prévision légale. Là encore, comme pour l'intention, il faudra que l'agent démontre un fait négatif : ici l'absence d'atteinte psychique chez la victime. Ici encore, lorsque la preuve est trop délicate à établir par les moyens classiques[3787], c'est sur le prévenu qu'elle échoit.

[3780] Toulouse, 26 juin 2003, D. 2003, IR 2728.

[3781] Que l'on peut considérer comme exprimant « un vague sentiment collectif, qui ne rentre pas dans les prévisions de la loi » selon les termes de Y. Mayaud, « Violences volontaires » *op.cit.*, n°41.

[3782] Ph. Conte, *Droit pénal spécial*, *op.cit.*, n°159, note de bas de page n°28 ; Comp. Cass. crim. 16 déc. 1953, D. 1954. 129 : dans lequel les juges estiment caractérisées les violences résultant de l'attitude d'un groupe de personnes résolues à ne pas quitter des lieux communs d'un immeuble malgré l'injonction qui leur en est faite, cette « attitude étant de nature à impressionner une personne raisonnable ».

[3783] Y. Mayaud, « Violences volontaires » *op.cit.*, n°41.

[3784] R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel. Droit pénal spécial*, t.2, Cujas, 1982, n°1743.

[3785] Cass. crim, 28 nov. 2012, Bull. crim. n°264 : pour un comportement ayant nécessairement provoqué un choc émotionnel ; Cass. crim. 4 janv. 2017, n°16-81.995 : à propos d'une enfant de 8 ans. L'arrêt visant un acte nécessairement de nature à causer un choc émotif.

[3786] Cass. crim., 30 avr. 1996, n°95-84.271, Bull. crim. n°180 ; D. 1996. 171. V. égal. les obs. de B. Partouche, « Tentative et violences volontaires dans la jurisprudence contemporaine », RSC 2013 p.759.

[3787] Qui évoque la difficulté de preuve d'une teille atteinte : Ph. Conte, *Droit pénal spécial.*, *op.cit.*, n°159.

B- Un recours possible aux neurosciences ?

571. ***Attentes.*** Face aux difficultés de preuve, resurgit la question de la preuve neuroscientifique. Si celle-ci est généralement envisagée dans l'optique de l'étude de la psyché de l'auteur de l'infraction, qu'il en relève de son intention ou de sa responsabilité, on pourrait toutefois l'envisager concernant la victime de l'infraction. Le droit de la responsabilité civile y recourt déjà afin d'objectiver un préjudice[3788]. Ainsi, des lésions physiques invisible ont pu être prouvées grâce à la preuve neuroscientifique. En droit administratif également, l'expertise neuroscientifique a pu être mise œuvre à propos d'un individu dans un état neuro-végétatif dont la famille s'opposait quant à l'arrêt de l'alimentation et l'hydratation artificielles le maintenant en vie. Les experts neuroscientifiques ont été saisis afin de déterminer le caractère irréversible des lésions cérébrales dont il souffre, le pronostic clinique, le point de savoir s'il est en mesure de communiquer, de quelque manière que ce soit, avec son entourage et sur l'existence éventuelle de signes manifestant une volonté d'interruption ou au contraire de prolongation du traitement qui le maintient en vie[3789]. En outre, l'utilité des neurosciences a été démontrée dans le cadre des violences commises à l'encontre des mineurs, puisqu'elles ont permis « *d'évaluer l'étendue des lésions cérébrales* », et notamment d'identifier les enfants souffrant du « *syndrome du bébé secoué* »[3790]. Ainsi, ce sont des atteintes physiologiques invisibles que les neurosciences ont déjà aidé à révéler. Mais qu'en est-il de l'atteinte psychique ? Pour certains, « *de manière très résiduelle, les différentes techniques d'imagerie cérébrale peuvent aider à déterminer la seule atteinte à l'intégrité psychique de l'individu* »[3791]. Pour autant, ils ne fournissent aucune jurisprudence à l'appui de leur réflexion. Aussi ténue qu'elle soit, cette possibilité demeure envisagée eu égard à la difficulté de preuve d'une telle atteinte et aux conséquences juridiques que sa démonstration peut entraîner pour l'auteur du comportement litigieux. Sans remplacer les autres modes de preuve, la preuve neuroscientifique pourrait venir apporter une aide capitale dans la manifestation de l'atteinte psychique. Ainsi, elle pourrait atténuer les faiblesses d'une expertise psychiatrique subjective et limitée à l'observations de phénomènes visibles, par l'apport d'une image objective du cerveau de la victime. Ainsi elle faciliterait la preuve de l'étendue des dommages psychiques et leur prise en compte dans le volet civil. En outre d'une plus grande fiabilité de la preuve donc une plus grande légitimité de la condamnation de l'auteur.

572. ***Données actuelles***. Toutefois, là encore, il convient de souligner que la preuve neuroscientifique, elle aussi, est susceptible d'interprétation. Il convient de ne pas en faire une nouvelle « *reine des preuves* » à l'image de l'ADN, dont l'avènement aveugle a fait naître des erreurs judiciaires. L'espoir insufflé par le développement croissant des techniques neuroscientifiques a pu alimenter « *une psychiatrie qui se rêve objective, participant à créer le fantasme d'un psychisme*

[3788] V. not. Cons. d'Etat, 14 févr. 2014, n°375081 ; Question n° 8578 de M. J.-S. Vialatte, JO 30 oct. 2012 p.6071 ; Réponse publiée au JO 11 juin 2013 p.6172 : « Celles-ci peuvent en effet se révéler pertinentes pour déterminer par exemple le préjudice subi par une victime ou la vulnérabilité particulière d'une personne. Si l'usage de ce type de techniques est encore très récent et peu connu, il convient de relever que conformément aux principes du respect des droits de la défense, les conclusions de l'expert et les méthodes utilisées pour y parvenir seront dans tous les cas contradictoirement débattues lors de l'audience ».

[3789] Conseil d'État Assemblée, 14 févr. 2014, n°375081.

[3790] L. Pignatel, *L'émergence d'un neurodroit. Contribution à l'étude de la relation entre les neurosciences et le droit*, Thèse, 2021, Dalloz, n°331.

[3791] *Ibid*. note de bas de page n°5 p.340.

mécanisé, fini, calculable »[3792]. A l'heure actuelle, le praticien n'a en effet « *pas un accès direct à la lésion anatomopathologique* », donc « *use d'une interface qu'il juge nécessairement insatisfaisante : la relation et l'entretien, seuls accès aux signes des troubles psychiques et considérés donc comme des pis-aller. Dans l'attente de cette « bonne psychiatrie » à venir, de cette psychiatrie réalisée, le praticien se vit aujourd'hui comme un bricoleur, usant de tous les moyens à sa disposition pour observer une partie, même infime de la réalité psychique de son patient* »[3793]. Toutefois en l'état actuel des connaissances scientifiques, « *la psychiatrie manque de critères diagnostiques fondés sur des biomarqueurs validés scientifiquement : il n'y a pas de tests sanguins pour la dépression, il n'y a pas de scanner cérébral pour la psychose* »[3794]. On n'aurait donc pas encore trouvé d'indicateurs visibles de l'existence d'une perturbation émotionnelle dans le cerveau d'un individu. De sorte que la technologie de l'imagerie à résonance magnétique qui semblait prometteuse, n'a en plus de vingt ans de recherches, pas permis de remplir les manques observés dans le domaine de la psychiatrie[3795]. Si les techniques d'imagerie fonctionnelle ont pu nourrir de nouveaux espoirs[3796], dans le domaine juridique, celles-ci ne pourraient de toute façon être d'aucune aide puisque le législateur a choisi en 2021 d'exclure celle-ci eu égard aux risques qu'auraient pu entrainer la prise en compte d'une technique aussi récente et dangereuse dans les interprétations qui auraient pu en être faites[3797]. Le « *désir d'objectivation* »[3798] ne peut donc pour le moment être atteint. Mais même si l'on parvenait un jour, gare au « *spectre d'une justice hygiéniste et prophylactique, d'une justice déshumanisée* »[3799]. La preuve neuroscientifique est loin d'être le gage d'une meilleure justice et ne doit dans tous les cas servir que d'auxiliaire à la prise de décision des juges.

[3792] B. Weil, « Un désir d'objectivation : constitution du savoir psychiatrique contemporain », L'évolution psychiatrique, Vol. 85, Issue 1, janv.-mars 2020, pp.5-11.
[3793] B. Weil, « Un désir d'objectivation : constitution du savoir psychiatrique contemporain », *op.cit.*
[3794] E. S. Finn & R. Todd Constable « Individual variation in functional brain connectivity: implications for personalized approaches to psychiatric disease », Dialogues in Clinical Neuroscience, 18:3, 2016, p.277.
[3795] *Ibid*.
[3796] *Ibid.* p.278.
[3797] On songe notamment au neurodéterminisme et aux efforts de prédictibilité du passage à l'acte et l'évaluation de la dangerosité d'un individu ou encore à son usage comme détecteur de mensonges qui ont pu être constatés notamment à l'étranger ; F.-N., Buffet, *Avis n°381 sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale, relatif à la bioéthiqu*e, Sénat, 29 mars 2011, p.54.
[3798] B. Weil, « Un désir d'objectivation : constitution du savoir psychiatrique contemporain », *op.cit.*
[3799] P. Larrieu, « Le droit à l'ère des neurosciences », Médecine&Droit, vol. 2012, Issue 115, juill.-août 2012, p.108.

Conclusion du chapitre

573. Finalement, on le constate, l'infraction est susceptible de porter sur nombre d'objets dont l'invisibilité s'oppose à une application sans heurts de la loi pénale. Les difficultés engendrées par le développement sans cesse croissant de la valeur donnée aux objets immatériels interroge la compatibilité des textes classiques avec l'appréhension des atteintes à ces biens. Pour autant, celles-ci pourraient être surmontées par une prise de décision claire et volontariste du législateur. De sorte que le flou entourant l'interprétation des incriminations pourrait être dissipé et la jurisprudence rendue prévisible. Ce sont en revanche les difficultés de preuve qui apparaissent aujourd'hui inextricables. On aura constaté précédemment que les difficultés relatives à la preuve de l'élément subjectif de l'infraction tendent à une objectivisation de l'infraction. D'autant plus que l'heure est à l'avènement d'une société intolérante au risque. Or, on l'a vu, la matérialité même de l'infraction n'est, dans certaines hypothèses, plus que présumée, à partir de critères sibyllins. On en vient à punir celui qui, par son acte, aurait pu causer une atteinte à l'intégrité psychique d'un tiers au motif que la preuve de celle-ci est trop délicate à rapporter. Mais difficulté ne signifie pas impossibilité. Aussi, il convient d'exiger le recours aux modes de preuve classiques, telles les expertises psychiatriques et autres certificats médicaux, malgré leur imperfectibilité. Voire au mécanisme présomptif sous réserve de critères lisibles et respectueux des exigences constitutionnelles, lesquelles imposent la possibilité d'une réfragabilité. Sous prétextes de difficultés probatoire, on ne peut tolérer le recours à des pratiques *contra legem* dont l'unique objectif est répressif.

Chapitre 2 : L'invisibilité du comportement infractionnel

574. La quête de l'invisible au sein de la matérialité infractionnelle impose enfin l'étude du comportement de l'auteur du fait délictueux. Si le comportement renvoie à la manière de se comporter[3800], il interroge dans notre hypothèse les moyens mis en œuvre par l'agent pour atteindre le résultat recherché. Or, l'étude de cet « *agir* » infractionnel, nous révèle que la matérialité *a priori* visible, recèle, elle aussi, des éléments invisibles. L'acte n'est pas toujours si accessible qu'il n'y parait, même lorsque l'agent ne se sera pas employé à dissimuler l'infraction commise. A ce titre, le phénomène de dématérialisation impactant l'objet des infractions contre les biens n'est pas sans résonnance sur le comportement de l'auteur. Mais une telle dématérialisation peut également intervenir de manière autonome, sans qu'elle soit dictée par une nécessaire adaptation du comportement à l'immatérialité de son objet. Là encore, la compatibilité avec les incriminations interroge, tout comme la question de la preuve de ce comportement dématérialisé. Mais il semblerait que la jurisprudence vienne une fois encore au secours de telles difficultés, permettant une adaptabilité du droit aux évolutions des comportements. En revanche, la dématérialisation de comportements portant atteinte aux personnes suscite plus d'interrogations en ce que le procédé de dématérialisation peut étonner en la matière. Face à l'accélération du développement des nouvelles technologies, le législateur a à relever le défi d'une dématérialisation majeure des comportements infractionnels dans de plus en plus de domaines. Plus marquant encore que ce phénomène de dématérialisation (**Section 1**), le recours à des moyens intangibles permettant de commettre l'infraction devra être observé, dans l'hypothèse où l'agent use de stratégies de manipulation mentale pour arriver à ses fins (**Section 2**). Ce procédé soulève des difficultés en lien direct avec la preuve de la moralité des faits, que ce soit en rapport avec l'intention de l'auteur lorsqu'il entretient une relation avec la victime, tant le moyen employé est éthéré. Mais l'hypothèse renvoie également à l'étude du résultat de la mise en œuvre de ce procédé sur la psyché de la victime, l'impact de la manipulation mentale employée par l'auteur soulève encore des difficultés probatoires.

Section 1 : La dématérialisation, source d'invisibilité du comportement de l'auteur de l'infraction

575. L'hypothèse plus classique de la dématérialisation du comportement infractionnel n'est pas sans présenter des défis au droit pénal. Même dans le cadre des atteintes à la propriété, siège habituel de l'étude du phénomène de la dématérialisation, celle-ci pose toujours des questions. D'abord relatives à l'adaptabilité des incriminations du code à une dématérialisation toujours plus évolutive des comportements infractionnels. Mais également eu égard à la preuve d'un comportement ainsi privé de toute visibilité pour les autorités de poursuite. Mais à la question devenue presque classique de l'invisibilité de l'appréhension des biens (**§1**) doit succéder dorénavant celle de l'invisibilité résultant de l'emploi des nouvelles technologies. Ces dernières démontrent une célérité croissante de leur développement et de leur accessibilité à tous. De sorte, il faut constater qu'elles permettent la dématérialisation de comportements dont on aurait pu ne pas soupçonner qu'ils auraient pu l'être (**§2**).

[3800] Dictionnaire Littré : https://www.littre.org/definition/comportement.

§1 : L'invisibilité de l'appréhension juridique des biens

576. En parallèle à l'étude de la dématérialisation des biens en tant qu'objet de l'infraction réalisée dans le chapitre précédent, il convient de s'intéresser à la dématérialisation du comportement incriminé dans le cadre des infractions contre les biens. La dématérialisation de l'objet de l'infraction influe certainement sur le comportement de l'auteur qui agit directement sur la chose. Mais la dématérialisation peut également être permise sans pour autant qu'elle découle de ce processus de dématérialisation des biens entrepris en jurisprudence. Il conviendra donc d'étudier les comportements consistant en une appréhension frauduleuse du bien d'autrui (**A**). Là encore, lorsque le texte ne formule pas expressément la possibilité d'une dématérialisation, la jurisprudence animée par des velléités répressives a tendance à admettre une définition souple du comportement incriminé, malgré les difficultés que cela peut engendrer. Reste que si les notions peuvent subir une distorsion, la question de la preuve de ces comportements invisibles demeure entière (**B**). Mais si la nature de l'acte implique une certaine extériorisation de celui-ci, les juges doivent tout de même se contenter là encore de preuves médiates.

A- La dématérialisation des comportements attentatoires à la propriété

577. Etudier la dématérialisation des comportements attentatoires à la propriété nécessite d'identifier ces derniers. L'atteinte à la propriété consacrée dans le code pénal trouve son origine dans l'expression du *furtum* romain dont la matérialisation *via* la *contrectatio* englobait indistinctement les différents comportements susceptibles d'attenter à la propriété. A partir de là, le code pénal a utilement dissocié ces différents comportements afin d'ériger en différentes infractions les atteintes fondamentales à la propriété. Ces comportements présentant des natures différentes, ils appellent une étude différenciée. On étudiera alors successivement la soustraction (**1**), le détournement (**2**), puis la tromperie (**3**), avant de s'attarder sur le cas des infractions de conséquence (**4**).

1- La dématérialisation de la soustraction

578. ***La soustraction juridique***. La question de la dématérialisation de l'incrimination de vol, et dans notre hypothèse, de la soustraction requise par le texte, n'est certes pas nouvelle. Mais la doctrine s'interroge toujours quant à la portée des solutions jurisprudentielles, face notamment au « *développement exponentiel des nouvelles technologies et les dématérialisations qui en résultent* »[3801]. C'est d'abord la jurisprudence, inspirée par une partie de la doctrine, qui acte la possibilité d'une dématérialisation du comportement de l'auteur d'un vol. C'est à des fins répressives que les juges ont admis cette dématérialisation. Cette fois-ci les difficultés engendrées par l'invisible au sein de l'infraction sont dépassées afin de permettre la répression de comportements autrement restés impunis. C'est ainsi que la théorie dite de la soustraction juridique, portée par le professeur Garçon, fut appliquée en jurisprudence, afin notamment de pallier le champ d'application restrictif de l'ancien abus de confiance. De sorte, la dématérialisation du comportement au sein de l'infraction de vol fut indépendante de la dématérialisation de l'objet de l'infraction. Ainsi que le souligne Monsieur le professeur Beaussonie, la soustraction juridique peut s'appliquer aux biens incorporels mais pas

[3801] S. Jouniot, « Vol : avatars d'une infraction protéiforme », AJ Pénal 2019 p.26.

uniquement, sa création ne découle pas d'une nécessité d'adaptation des modalités d'appréhension à la chose incorporelle[3802]. Certains l'ont d'ailleurs constaté à propos du bitcoin. Cette monnaie cryptographique, laisse sauve l'acception classique de la soustraction entendue comme un déplacement de la chose. En effet, les transactions réalisent un transfert sécurisé des fonds, permettant de « *certifier que le propriétaire initial des bitcoins ne les a plus en sa possession* »[3803]. Contrairement à la soustraction matérielle classiquement retenue[3804], le comportement qui consiste à soustraire juridiquement une chose ne s'entend pas de « *prendre, enlever, ravir* »[3805] puisque l'individu peut avoir eu la chose entre les mains. Pour Emile Garçon, « *la détention matérielle n'est pas exclusive de la soustraction* »[3806]. Expression par la suite reproduite en jurisprudence[3807]. De sorte que la soustraction juridique s'entend de toute usurpation du droit de propriété sur la chose. L'application de la théorie par les juges a permis la répression du détenteur précaire se comportement comme propriétaire de la chose, mais également à l'individu ayant détourné les numéros d'une carte bancaire ou toute autre information.

579. ***Critiques***. Cette théorie est toutefois très critiquée en doctrine, pour de multiples raisons. D'abord, il s'agit d'une solution opportuniste, qui tord les contours de l'incrimination afin de lui attribuer un champ d'application toujours plus large. Cela au mépris du principe d'interprétation stricte de la loi pénale. Elle s'oppose ainsi à la soustraction matérielle, originellement admise comme une voie de fait exercée sur la chose. Celle-ci entre en contradiction avec l'appréciation de Garçon en ce qu'elle exclut toute usurpation de la possession. En outre, preuve est faite de son opportunisme puisque toutes les conséquences d'une telle théorie ne sont pas tirées, la jurisprudence refusant son application aux choses immeubles. Par ailleurs, certains auteurs ont dès l'origine souligné l'influence que l'intention de la victime prenait alors sur la constitution de l'élément matériel du vol, selon ce qu'elle entendait permettre ou non au détenteur de sa chose[3808]. En réalité, il apparaît que la soustraction juridique découle de la *contrectatio* romaine, soit l'acte matériel du *furtum* romain. Or, de ce point de vue, elle vise la protection de l'ensemble des atteintes contre la propriété peu important le comportement précisément adopté. Elle ne distingue donc pas la soustraction du vol, du détournement de l'abus de confiance ou encore de la tromperie de l'escroquerie[3809]. Il s'agit donc d'une théorie datée qui ne peut plus se justifier eu égard aux évolutions du droit pénal des biens.

580. ***La soustraction intellectuelle.*** Face à ces difficultés, M. le professeur Beaussonie a proposé une nouvelle théorie permettant la dématérialisation du comportement de l'auteur de l'infraction via la notion de soustraction intellectuelle[3810]. Pour l'auteur, le texte permet la prise en compte de l'appropriation d'un bien incorporel, donc d'une soustraction dématérialisation

---

[3802] G. Beaussonie, *La prise en compte de la dématérialisation des biens par le droit pénal. Contribution à l'étude de la protection pénale de la propriété*, Thèse, LGDJ, 2012, n°243 et s.
[3803] V. Malabat, « L'immatériel objet de droit pénal », *in* S. Fournier (dir.), *L'immatériel et le droit. Perspectives et limites*, Institut Universitaire Varenne, 2017 p.42.
[3804] Elle est appliquée depuis le XIXème siècle par la Cour de cassation.
[3805] Arrêt Beaudet, Cass., crim., 18 nov. 1837 ; S. 1838, 1, p.366.
[3806] E. Garçon, *Code pénal annoté*, t.1, Sirey, 1901-1906, Art. 379 n°180 p.1133 et n°214 p.1137.
[3807] Cass., crim. 15 juin 1938, Bull. crim. n°128 : « Les remises préalables de la chose ne confèrent à celui qui les reçoit qu'une détention purement matérielle qui n'est pas exclusive d l'appréhension caractéristique du vol ».
[3808] P.-A. Pageaud, « L'intention de la victime comme critère de la soustraction en matière de vol » JCP 1955, I, 1256 ; E. Garçon, *Code pénal annoté*, t.1, Sirey, 1901-1906, art. 379, n°43 et s.
[3809] G. Beaussonie, *La prise en compte de la dématérialisation des biens par le droit pénal. Contribution à l'étude de la protection pénale de la propriété*, *op.cit.*, n°156.
[3810] *Ibid.*, n°243 et s.

s'appliquant à une telle chose. La création du vol d'énergie assimile le comportement au vol, mais le texte fait bien référence à une soustraction, ainsi rien n'empêcherait une dématérialisation de la soustraction[3811]. L'auteur invoque ici une préhension de la chose, un comportement « *plus éthéré* »[3812] que dans le cadre d'une soustraction matérielle. Les deux modes de commission de l'infraction convergeant tous deux vers l'atteinte à l'exclusivité de la jouissance d'un bien[3813], la seule différence tiendra à la portée de la dépossession[3814], mais également au mode de preuve plus complexe en cas de dématérialisation du comportement. En ce cas, la soustraction nécessitera une révélation par « *l'entreprise d'un événement postérieur* »[3815]. Ce qui pourrait renvoyer aux hypothèses d'utilisation de l'information volée retenues en jurisprudence. De sorte que l'originalité[3816] du comportement requis en pareille occasion ne s'apparenterait qu'à un mode de preuve rendu nécessaire par l'invisibilité du comportement employé. Ainsi, le comportement dématérialisé existe bel et bien mais sa preuve, comme pour tout autre acte invisible, suppose une mise en lumière *via* des preuves indirectes.

581. ***Qualifications spéciales.*** La théorie ainsi proposée pourrait être contredite par l'introduction postérieure de qualifications spéciales s'appliquant dans le domaine de l'immatériel. Ainsi de la contrefaçon, des atteintes à un système de traitement automatisé de données pour lesquelles le législateur retient le comportement consistant à « extraire » des données[3817], se mettant à l'abri de toute ambiguïté en évitant le terme de « *soustraction* », ou encore l'accès à des programmes télédiffusés réservés à un public déterminé y accédant moyennant une rémunération versée à l'exploitant du service[3818]. L'exemple de l'atteinte aux systèmes de traitement automatisés de données est le plus probant de la difficulté qui émerge à nouveau : le législateur considère-t-il, avec ces textes, que la soustraction ne peut être dématérialisée ? Pourtant, la jurisprudence poursuit la dématérialisation de l'incrimination, malgré les critiques d'une partie de la doctrine[3819]. On ne peut que regretter l'absence de prise de position claire du législateur à ce sujet qui occupe la doctrine depuis presque un siècle, alors que la question de la dématérialisation ne fera que s'intensifier à l'avenir avec le développement des nouvelles technologies, et la création d'un monde totalement dématérialisé[3820].

2- La dématérialisation du détournement

582. L'infraction d'abus de confiance semble quant à elle, *a priori* plus encline à l'admission d'une dématérialisation du comportement incriminé, en tant qu'infraction emblématique de la dématérialisation de l'objet de l'infraction. Mais c'est au cœur même de la définition de la notion

---

[3811] G. Beaussonie, *La prise en compte de la dématérialisation des biens par le droit pénal. Contribution à l'étude de la protection pénale de la propriété*, *op.cit*., n°244.
[3812] *Ibid.*, n°253
[3813] V. égal. V. Peltier, *Le secret des correspondances*, thèse Bordeaux, IV, PUAM, 1999, n°522 et s.
[3814] G. Beaussonie, *La prise en compte de la dématérialisation des biens par le droit pénal, précit.*, n°255.
[3815] *Ibid*., n°253.
[3816] Ph. Conte, *Droit pénal spécial*, 6ème éd., LexisNexis, 2019, n°532.
[3817] C. pén. art. 323-1 à 323-7.
[3818] Loi n° 86-1067 du 30 sept. 1986 relative à la liberté de communication (Loi Léotard), art. 79-3.
[3819] S. Jouniot, « Vol : avatars d'une infraction protéiforme », AJ Pénal 2019 p.26 ; E. Dreyer, *Droit pénal spécial*, LGDJ, 2020, n°291.
[3820] V. le développement du métavers…et des infractions commises dans ce nouveau mon virtuel : J.-C. Planque, J. Jombart, « Quand l'avatar se met à verser dans la délinquance ! - Mondes virtuels, infractions et réalités pénales », Droit pénal n°1, Janvier 2023, étude 1.

de détournement qu'il faut trouver la réponse à la question de la dématérialisation de ce comportement.

583. ***Définition***. A l'origine, l'ancien article 408[3821] incriminait non seulement le détournement, mais également la dissipation du bien. L'expression a finalement été réduite au seul détournement par le législateur de 1992 sans pour autant qu'il en résulte une modification sur le fond[3822]. En effet, il était acquis depuis longtemps que le détournement englobait une multitude de comportements dont la dissipation. De sorte, si la dissipation s'entend du fait de faire disparaître matériellement ou juridiquement le bien[3823], elle implique donc un détournement, entendu comme le fait d'affecter le bien confié « *à une destination autre que celle prévue lors de la remise* ». Celui qui dissipe frauduleusement le bien remis l'a ainsi forcément employé à des fins contraires à celles initialement prévues. Dans les deux cas, l'individu par son comportement commet une interversion de possession, selon l'expression consacrée par le Pr Garçon[3824]. Ainsi, en l'absence de définition légale, la doctrine a pu estimer que détourner c'est « *substituer à la possession précaire dont on était investi, une possession animo domini, exclusive de toute dépendance du possesseur actuel vis-à-vis du véritable maître de la chose* »[3825]. C'est ce qu'affirme la jurisprudence lorsqu'elle condamne l'individu s'étant momentanément substitué au propriétaire du bien en exerçant indument ses droits[3826]. Ainsi, les auteurs soulignent le lien étroit liant la notion de détournement de celle de l'intention de l'auteur[3827], laquelle implique la volonté de se comporter, même momentanément, en propriétaire quand le détournement renvoie au fait de se comporter ainsi. Là encore d'ailleurs, la preuve de l'intention est souvent réduite à la preuve de la matérialité requise par le texte. Certains auteurs estiment même que « *l'intention n'a pas besoin d'être expressément constatée* »[3828] eu égard aux solutions jurisprudentielles classiquement retenues[3829].

584. ***Dématérialisation du comportement.*** Pour un auteur, si le fait de détourner renvoie au fait de se comporter comme le propriétaire du bien, dès lors que l'acte de ce dernier peut être dématérialisé, alors rien n'interdit que l'acte de l'abuseur puisse également prendre cette forme[3830]. Eu égard à sa définition, la notion de détournement apparaît moins étroite que la notion de soustraction précédemment étudiée. Il n'y a pas de rapport matériel entre le bien et le comportement de l'auteur qui semble s'induire de la notion employée par le texte. Ainsi, le professeur Vouin soulignait que *« le détournement constitutif de l'abus de confiance, par opposition à l'acte de soustraction*

[3821] C. pén. de 1810.
[3822] V. W. Jeandidier, « Fasc. 20 : Abus de confiance », Jcl Pénal Code, Art. 314-1 à 314-4, 1er juin 2022, mise à jour du 23 nov. 2022, n°47 : qui évoque une « innovation formelle ».
[3823] R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel, Droit pénal spécial*, Cujas, 1982, n° 2397.
[3824] E. Garçon, *Code pénal annoté*, *op.cit*., art. 408, n°9 et s.
[3825] *Ibid*. ; R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel, Droit pénal spécial*, *précit., loc.cit.*
[3826] Cass. crim., 9 mars 2005, n° 03-87.371, JurisData n°2005-028258 ; Dr. pén. 2005, comm. 107, obs. M. Véron; Rev. pénit. 2005, p. 977.
[3827] J. Pradel, M. Danti-Juan, *Droit pénal spécial*, 8ème éd., Cujas, 2020, n°934 ; S. Fournier, « Fasc. 10 : Abus de confiance », Jcl Pénal des Affaires, 15 janv. 2021, mise à jour du 4 avril 2022, n°45.
[3828] J. Pradel, M. Danti-Juan, *Droit pénal spécial*, *précit*., n°934.
[3829] Cass. crim. 17 jan. 1878, d. 1878.v.6 ; Cass. crim 20 avril 1901 D. 1901.I.369, rapp. Accarias ; Cass. crim. 14 oct. 1958 ; Bull crim. n°616 ; Cass. crim. 9 avril 1973, D. 1975.257 note M. Delmas-Marty ; Cass. crim. 17 mai 1976, Bull. crim. n°159 ; Cass. crim 3 mai 1989, Dr. pén. 1989 comm. 16 ; Cass. crim. 12 mai 2009, Dr. pén. 2009, n°108, obs. J.-H. Robert.
[3830] G. Beaussonie, *La prise en compte de la dématérialisation des biens par le droit pénal, op.cit.*, n°222.

constitutif du vol, est plus une opération juridique qu'un acte physique ou matériel »[3831]. En outre, le détournement ne dépendrait pas de la matérialité du bien[3832]. De sorte, la notion semble permettre la répression de comportements immatériels. Certains auteurs concluent ainsi à la possibilité du la dématérialisation du détournement et concluent à la dématérialisation globale de l'élément matériel de l'infraction[3833]. C'est ce que semble admettre la jurisprudence lorsqu'elle condamne le détournement de valeurs mobilières scripturales[3834].

585. ***Détournement et dissociation de l'objet de l'infraction***. Il faut rappeler en effet que la dématérialisation de l'objet de l'infraction a de longue date été admise par la jurisprudence. Toutefois, la solution n'est pas sans entraîner des conséquences quant au comportement appliqué à ces biens. Il a pu être souligné à ce titre que la pratique jurisprudentielle tendait parfois vers l'application d'une dissociation dans l'acte du détournement consécutif à une dissociation du bien remis et du bien détourné. Dans un objectif répressif, la jurisprudence a en effet eu l'occasion de réprimer le détournement de biens qui n'avaient pas été confiés par leur propriétaire. Ainsi elle condamne pour détournement des sommes que le prévenu s'était abstenu de verser en utilisant le terminal confié par la Française des jeux[3835]. Or, par principe s'applique la règle de l'identité du *corpus delicti* dégagée par la doctrine faisant l'exégèse du texte[3836]. Pourtant la jurisprudence retient le détournement portant sur un bien différent de celui remis à l'origine, alors même que le texte n'admet pas la subrogation permise en revanche dans le cadre du recel[3837]. Les juges optent alors, pour la dissociation afin, comme souvent, d'assurer la répression de comportements autrement laissés impunis[3838]. Ainsi, elle admet un détournement par abstention[3839], ou encore, « *derrière le masque du détournement d'un bien objet de propriété, se cache en réalité la sanction de ce qui n'est autre qu'une simple inexécution contractuelle* »[3840]. En outre, les auteurs notent des hypothèses de dissociation sous-jacente[3841], pour lesquelles le « *processus jurisprudentiel de dématérialisation de l'abus de confiance sert efficacement le phénomène du déplacement* »[3842] : lorsqu'un bien incorporel est communiqué au prévenu, telle des informations concernant la clientèle, c'est finalement le

[3831] R. Vouin, *Droit pénal spécial*, t.1, Précis Dalloz, 1971, 3ème éd., n°66 p.76.
[3832] G. Beaussonie, « La dématérialisation de l'abus de confiance », AJ Pénal 2017 p.215.
[3833] G. Beaussonie, *La prise en compte de la dématérialisation des biens par le droit pénal, op.cit.*, n°223-224.
[3834] Cass. crim. 30 mai 1996, Bull. crim. n°224.
[3835] Cass. crim., 19 juin 2013, n°12-84.950, JurisData n° 2013-015229 ; Bull. crim. n°191 ; D. 2013, p. 2755, note L. Saenko ; AJ pén. 2014, p. 33, obs. J. Gallois ; Gaz. Pal. 11-12 déc. 2013, p. 12, note R. Mesa ; V. égal. Cass. crim., 5 oct. 2011, n°10-88.722, JurisData n° 2011-021042 ; Bull. crim. n°193 ; D. 2011, p. 2834, obs. T. Garé ; D. 2012, p. 1698, obs. C. Mascala ; Dr. pén. 2011, comm. 145, obs. M. Véron ; Rev. pénit. 2011, p. 909, obs. V. Malabat ; AJ pén. 2011, p. 591, obs. J. Lasserre-Capdeville ; Gaz. Pal. 3nov. 2011, p. 9, note S. Detraz pour le détournement du prix des boissons offertes aux clients par un barman auxquel seules les boissons avaient été confiées par leur propriétaire.
[3836] S. Detraz, R. Ollard, « La dissociation de l'objet de l'abus de confiance. Première partie », Droit pénal n° 11, nov. 2014, étude 20, n°2 ; G. Beaussonie, *La prise en compte de la dématérialisation des biens par le droit pénal, op.cit.*, n°217.
[3837] S. Detraz, R. Ollard, « La dissociation de l'objet de l'abus de confiance. Première partie », *précit.*, n°3.
[3838] S. Detraz, R. Ollard, « La dissociation de l'objet de l'abus de confiance. Deuxième partie », Droit pénal n° 12, Décembre 2014, étude 22 ; n°1 et 2.
[3839] S. Detraz, R. Ollard, « La dissociation de l'objet de l'abus de confiance. Deuxième partie », *précit.*, n°9.
[3840] *Ibid.*, n°10.
[3841] S. Detraz et R. Ollard, « La dissociation de l'objet de l'abus de confiance. Première partie », *précit.*, n°11 et s.
[3842] *Ibid.*, n°12.

détournement de la clientèle qui est voulu par l'agent[3843]. Mais la jurisprudence, déplace la répression à l'objet apparent, ayant admis la compatibilité de son immatérialité afin de contourner la difficulté de l'application du détournement à la clientèle, dont la notion de bien fait débat. Enfin, la jurisprudence tend à rendre le détournement invisible en ce qu'il se confond dans certaines espèces avec le préjudice[3844] subi par la victime, faisant renaître de ses cendres la condition pourtant autrefois abandonnée[3845].

3- La dématérialisation de la tromperie

586. La dématérialisation du comportement de l'escroc semble, quant à elle, d'autant plus aisée à admettre. Contrairement à la soustraction, « *il ne s'agit plus d'une délinquance violente reposant sur l'engagement physique d'autrui. Il s'agit d'un acte plus subtil : le délinquant ne soustrait pas ; il obtient* »[3846]. Le comportement de l'escroqueur est une tromperie, laquelle selon l'article 323-1 du code pénal, peut correspondre à plusieurs hypothèses. L'acte de tromper autrui doit passer soit par l'usage d'un faux nom ou d'une fausse qualité, soit par l'abus d'une qualité vraie, soit par l'emploi de manœuvres frauduleuses. De sorte, dans les deux premières hypothèses, un simple mensonge de l'individu suffit, peu importe alors sa matérialité, qu'il s'agisse d'un mensonge oral ou encore un mensonge transmis via les communications électroniques ou les télécommunications est admis au titre de la tromperie réprimée par le code pénal. Le comportement de l'agent peut se révéler d'autant plus éthéré lorsqu'il abus d'une qualité qu'il détient véritablement. L'agent profite en ce cas d'une apparente fiabilité conférée par un certain statut social ou une profession inspirant la confiance des individus. De sorte, ont pu être condamnés des comportements conférant à l'abstention. La jurisprudence condamne ainsi la réticence dolosive du notaire qui ne détrompe pas sa cliente sur la valeur réelle du bien qu'elle souhaite vendre par son intermédiaire[3847], ou encore l'avocat qui s'abstient de mentionner à son client son interdiction de plaider[3848], ainsi de mensonges, sortes de manœuvres invisibles de celui qui garde intentionnellement le silence. Quant aux manœuvres frauduleuses, elles doivent être mises en œuvre par l'agent dans l'objectif de persuader la victime d'un fait inexact capable de les convaincre à une remise convoitée par l'agent. Si manœuvrer renvoie au sens courant au fait d'« *Employer des moyens habiles pour obtenir le résultat recherché* »[3849], la fraude qui lui est associée renvoie quant à elle à l'« *Action de tromper, d'abuser autrui en contrevenant aux règlements, d'employer la ruse pour le mystifier* »[3850]. De sorte, peu importe la matérialité du comportement, seul compte le recours à des moyens astucieux susceptibles de duper autrui, comme une forme de manipulation mentale[3851] exercée à l'encontre de la victime crédule. Ainsi, si elles ne peuvent consister en un simple mensonge, l'élément extérieur venant le corroborer peut tout à fait

---

[3843] Cass. crim., 16 nov. 2011, n°10-87.866, JurisData n°2011-025156 ; Bull. crim. 2011, n°233 ; D. 2012, p. 137, note G. Beaussonie ; Dr. pén. 2012, comm. 1, obs. M. Véron ; Gaz. Pal. 13-14 janv. 2011, p. 40, obs. E. Dreyer ; JCP G 2012, 322, note S. Detraz ; RDC 2012, p. 551, obs. R. Ollard ; Rev. pénit. 2012, p. 914, obs. S. Fournier.
[3844] S. Detraz et R. Ollard, « La dissociation de l'objet de l'abus de confiance. Première partie », *op.cit.*, n°11.
[3845] Cass. crim., 3 déc. 2003, n°02-80.041, JurisData n° 2003-021535 ; Bull. crim. n°232 ; Cass. crim., 30 avr. 2014, n°13-85.036, Gaz. Pal. 2014, n°210, p. 31, obs. S. Detraz ; M.-L. Lanthiez, « Du préjudice dans quelques infractions contre les biens », D. 2005, chron. 464 ; R. Ollard, « La distinction du dommage et du préjudice en droit pénal », RSC 2010, p. 561.
[3846] E. Dreyer, *Droit pénal spécial*, *op.cit.*, n°670.
[3847] Cass. crim. 12 sept. 2018, D.2018, p.2217, note A. Dejean de la Bâtie.
[3848] Cass. crim. 15 nov. 2016, n°15-86.990.
[3849] Dictionnaire du CNTRL : https://www.cnrtl.fr/definition/manoeuvrer.
[3850] *Ibid.* : https://www.cnrtl.fr/definition/fraude.
[3851] A ce propos v. développements en *infra*, n°606 et s.

s'entendre d'un comportement dématérialisé. Rien n'indique que le recours à la publicité, soit la recherche d'une visibilité, doit ainsi se faire sous une forme matérielle, il en va de même de la production d'un document lequel peut être dématérialisé, voire télétransmis. Quant à la mise en scène, elle est appréciée largement par la jurisprudence, du moment qu'elle apporte force et crédit au mensonge, il n'est aucunement fait mention de sa matérialité. Enfin l'intervention d'un tiers peut également être dématérialisée, et la jurisprudence admet même l'intervention d'un tiers imaginaire[3852], *de facto* invisible. Au demeurant, il s'agit là pour certains auteurs d'une infraction « *archétype de l'imagination, tournée vers l'astuce et le mensonge* »[3853]. En outre, de la dématérialisation de l'objet de l'infraction ne découle pas les mêmes interrogations quant au comportement de l'auteur. En effet, celui-ci intervient « *en amont de la prise de l'objet, n'étant donc pas matériellement lié avec ce dernier* »[3854], c'est surtout la question de la dématérialisation de la remise effectuée par la victime qui s'impose lorsque l'on admet la dématérialisation de son objet.

4- La dématérialisation dans le cadre des infractions de conséquence

587. Dans le cadre des infractions de conséquence, le législateur semble plus enclin à l'admission de comportements dématérialisés. D'abord dans le cadre du recel, « *Toute maîtrise n'implique pas une appréhension physique de la chose* »[3855] puisque le texte réprime en son deuxième alinéa « *le fait, en connaissance de cause, de bénéficier, par tout moyen, du produit d'un crime ou d'un délit* ». Cette forme de recel dit recel-profit, ou encore recel-bénéfice, constitue pour certains auteurs, une véritable dématérialisation[3856] de l'infraction. Mais il semblerait que l'alinéa premier permettait déjà la mise en cause de comportements dématérialisés, ainsi la jurisprudence admet la répression de l'intermédiaire n'ayant jamais détenu matériellement la chose[3857]. Ainsi a pu être condamné l'individu ayant négocié par téléphone la vente de choses volées[3858]. Son comportement ne s'apparentant alors qu'à des propos tenus à l'oral. Encore plus éthéré, le comportement de l'individu qui prête sciemment, et contre rétribution, son nom et son adresse à l'auteur d'un trafic de voitures volées[3859]. En outre, avec l'admission en jurisprudence de la subrogation de la chose issue de l'infraction d'origine, a été admise une solution « *éminemment pratique lorsque le produit de l'infraction n'est pas susceptible de détention matérielle* »[3860], alors appliquée aux informations ou encore aux services. Avec le recel-profit, la solution est rendue pérenne et désormais, « *peu importe la matérialité de l'acte reproché au receleur dès lors que l'autorité de poursuite peut établir qu'il an en connaissance de cause, bénéficié d'une infraction primaire* »[3861]. La matérialité est d'autant plus réduite à peu de choses que la

[3852] Cass. crim., 27 juill. 1938, Bull. crim. n°337 ; RSC 1939, p.88 ; Cass. crim., 7 janv. 1976, Bull. crim. n°7.
[3853] J. Pradel, M. Danti-Juan, *Droit pénal spécial*, *op.cit.*, n°886.
[3854] . Beaussonie, *La prise en compte de la dématérialisation des biens par le droit pénal, op.cit.*, n°211.
[3855] E. Dreyer, *Droit pénal spécial*, *op.cit.*, n°1225.
[3856] J. Larguier, Ph. Conte, *Droit pénal des affaires*, A. Colin, 10ème éd., 2001, p.218, n°240 ; P. Maistre du Chambon, « Recel », Rep. pén. et de proc. pén., janv. 2009, actualisation nov. 2020, n°32.
[3857] E. Dreyer, *Droit pénal spécial, op.cit.*, n°1226 ; P. Maistre du Chambon, « Recel », *précit.*, n°35 ; Cass. crim. 13 janv. 1959, Bull. crim. n°36 ; Cass. crim. 17 juill. 1976, Bull. crim. n°255, D. 1976, IR 263.
[3858] Cass. crim. 30 nov. 1999, Bull. crim. n°282, JCP 2000. II. 10359, note J. Biguenet, Dr. pénal 2000. Comm. 55, obs. M. Véron, RSC 2000. 832, obs. R. Ottenhof ; Cass. crim. 11 janv. 2001, n°00-80.930.
[3859] Cass. crim. 6 oct. 1980, D. 1981, IR 144, obs. G. Roujou de Boubée.
[3860] P. Maistre du Chambon, « Recel », *précit.*, n°34.
[3861] E. Dreyer, *Droit pénal spécial*, *op.cit.*, n°1228.

jurisprudence admet le profit seulement moral[3862]. La question se pose d'un simple profit intellectuel de celui qui profiterait de la lecture d'un livre volé ou encore de l'enrichissement culturel tiré du fait de pouvoir admirer un tableau volé…[3863] Enfin, il faut évoquer l'infraction de blanchiment, laquelle constitue pour certains auteurs la plus dématérialisée de toutes les infractions[3864]. En effet, l'infraction consiste à invisibiliser le caractère illicite de la provenance du produit d'une infraction. Ainsi, ce dernier est cette fois dissimulé juridiquement et non plus matériellement[3865]. Et pour ce faire, aucun contact avec la chose n'est nécessaire, une simple opération intellectuelle suffisant à caractériser le comportement réprimé par l'alinéa premier de l'article 324-1[3866]. Ainsi, celui qui ne fait que prodiguer un conseil peut se voir reprocher un acte de blanchiment[3867]. Là encore, il semblerait que le profit qu'en retire l'auteur ne soit presque réduit à une clause de style[3868]. Ainsi, pour les besoins de la répression, la jurisprudence et le législateur s'adaptent aux comportements les moins visibles afin d'éviter qu'ils ne passent au travers les mailles du filet judiciaire.

B- Les difficultés de preuve des comportements dématérialisés

588. Si la jurisprudence fait finalement preuve de souplesse dans l'appréciation des comportements incriminés, reste que la preuve d'un comportement dématérialisé demeure plus délicate à rapporter. Dans la plupart des cas de figure, le juge ne pourra une fois encore s'appuyer que sur des preuves indirectes. Quand l'escroqueur n'emploie qu'un mensonge qualifié énoncé à l'oral, restera le seul témoignage de la victime. L'abstention dans l'action, retenue parfois au titre d'une réticence dolosive répréhensible présente également les difficultés relatives à la preuve d'un fait négatif[3869]. Ainsi, certains soulignent que *« la dématérialisation d'un comportement rend nécessairement difficile son appréhension immédiate et adéquate par un autre que l'auteur, soit parce qu'elle conduit à le rendre imperceptible de la plupart, soit parce qu'elle en fait, au mieux, un acte équivoque* »[3870]. Toutefois, l'invisibilité d'un tel acte n'est pas absolue. Lorsque la dématérialisation trouve par exemple sa source dans le recours à l'informatique, des preuves pourront éventuellement être rapportées. En effet, « *pour saisir un bien incorporel, il faut généralement passer par l'intermédiaire d'une technique et de son instrument* »[3871]. Ainsi, le caractère abstrait du comportement incriminé « *est généralement compensé par toutes les résurgences de matérialité que cause la mobilisation des supports de représentation du bien incorporel* »[3872]. Le comportement, même dématérialisé est extériorisé et laisse ainsi des traces lesquelles peuvent être rassemblées pour former

---

[3862] Cass. crim. 27 oct. 1997, n°96-83.698, Bull. crim. n°352, JCP 1998. II. 10017, note M. Pralus ; Dr. pén. 1998. Comm. 16, obs. M. Véron ; LPA 1997, n°134, note C. Ducouloux-Favard ; Cass., crim. 16 déc. 1997, n°96-82.509, Bull. crim. n°428, JCP 1997. IV. 1876, Dr. pénal 1998. Comm. 51, obs. M. Véron.

[3863] M.-L. Rassat, « Les infractions contre les biens et les personnes dans le nouveau code pénal », D. 1995 p. 176 ; P. Maistre du Chambon, « Recel », *op.cit.*, n°34.

[3864] G. Beaussonie, *La prise en compte de la dématérialisation des biens par le droit pénal, op.cit.*, n°291.

[3865] E. Dreyer, *Droit pénal spécial*, LGDJ, 2020, n°778.

[3866] G. Beaussonie, *La prise en compte de la dématérialisation des biens par le droit pénal, op.cit.*, n°291.

[3867] D. Davoust, « La lutte contre les blanchiments de capitaux : une action menée au plan international, européen et national », LPA août 2002, p. 4 ; F. Baumgartner et P. Mousseron, « Blanchiment, contrats et opinions juridiques », JCP E 2006. 242. ; Cass. crim., 7 déc. 1995, n° 95-80.888, Dr. pén. 1996, comm. 139, note M. Véron ; RSC 1996, p. 666, note J.–P. Delmas-Saint-Hilaire.

[3868] G. Beaussonie, *La prise en compte de la dématérialisation des biens par le droit pénal, op.cit.*, n°289.

[3869] V. arrêts not. concernant l'escroquerie : Cass. crim. 15 nov. 2016, n°15-86.990 ; Cass. crim. 12 sept. 2018, D. 2018, p.2217, note A. Dejean de la Bâtie.

[3870] G. Beaussonie, *La prise en compte de la dématérialisation des biens par le droit pénal, op.cit.*, n°504.

[3871] *Ibid.*, n°460.

[3872] *Ibid.*, n°540.

un faisceau d'indices. En outre, il semblerait que les velléités répressives de la jurisprudence contournent encore une fois les difficultés, la doctrine souligne par exemple dans le cadre d'un détournement qu'« *il est aisé de constater que son contrôle est souvent de pure forme* »[3873]. Encore une fois, c'est l'opportunité de la répression qui dicte l'appréciation du phénomène invisible qui s'impose au juge.

§2 : Les nouvelles technologies, nouveaux moyens invisibles de commission de l'infraction

589. Le processus de dématérialisation des infractions contre les biens a pu être utile dans l'hypothèse de commissions par la voie informatique. Mais il faut constater que l'accélération du développement de ces technologies impacte bien plus fortement le droit pénal que la dématérialisation avait pu laisser paraître et va bien au-delà. Le délinquant dispose aujourd'hui d'une multitude de technologies avancées lui permettant d'invisibiliser ses comportements infractionnels. Un auteur souligne ainsi que grâce aux nouvelles technologies, « *La violence n'est plus tangible et aisément qualifiable parce que le numérique induit une violence sournoise, diffuse et virale alors même qu'elle est invisible* »[3874]. Grâce aux technologies des télécommunications et surtout aux avancées de l'informatique, de plus en plus d'infractions sont en effet commises à distance par un « *auteur médiat* »[3875] qui espère ainsi invisibiliser son comportement, tout en contournant l'application des incriminations classiques (**A**). Ce qui a poussé la jurisprudence et le législateur à adapter l'arsenal répressif. Mais même lorsqu'il exerce son méfait directement en contact avec la victime, le délinquant a désormais à sa disposition une multitude de moyens technologiques dont le caractère subreptice lui permet d'invisibiliser son comportement (**B**).

A- Une invisibilité permise par la commission à distance

590. Le développement toujours plus rapide des nouvelles technologies, et notamment le développement massif du réseau internet a rendu possibles de nouveaux moyens de commission des infractions. Ce phénomène a renforcé la question de la dématérialisation des infractions contre les biens, notamment face aux nombreuses escroqueries perpétrées *via* l'envoi d'e-mails, les auteurs prenant la fausse qualité d'agent de police, de dignitaire étranger ayant besoin d'une aide financière. Ou encore d'extorsions et de chantage *via* le même moyen. Si la question a pu être résolue en jurisprudence concernant ces infractions, la réception de comportements ainsi digitalisés n'est pas aussi évidente dans le domaine des infractions contre les personnes. En effet, il est moins évident d'apprécier la distorsion opérée par la commission en ligne d'atteintes aux personnes. L'appréhension par le droit pénal de certaines infractions aujourd'hui couramment commises sur internet est rendue possible par la lettre des textes d'incrimination. C'est le cas notamment du harcèlement, fléau de nos sociétés ultra-connectées catalyseur de cyberharceleurs, galvanisés par l'anonymat et l'effet d'écho de la publicité de leurs propos. Mais c'est plus particulièrement dans le domaine des infractions sexuelles que le législateur est intervenu à plusieurs reprises ces dernières années à la suite du constat de nouveaux comportements. Si « *De prime abord on pourrait penser que*

[3873] C. Mascala, « Abus de confiance », Rép. pén. et de proc. pén., juin 2022, n°86 : évoquant Cass. crim. 12 juin 1978, n° 76-91.932, Bull. crim. n°188 ; Cass. crim. 16 mars 1987, n°86-91.200, Bull. crim. n°122.

[3874] J. Jombart, *Les violences numériques en droit pénal*, Thèse, Université de Lille, 2021, n°33.

[3875] J.-B. Perrier, F. Rousseau, « Le renforcement de la répression des infractions sexuelles contre les mineurs, (Loi n° 2021-478 du 21 avril 2021 visant à protéger les mineurs des crimes et délits sexuels et de l'inceste) », RSC 2021 p.454.

la sexualité est de l'ordre du réel et non du virtuel »[3876], il faut toutefois constater la créativité renouvelée des délinquants sexuels. Certains auteurs profitent en effet du recours à internet pour délocaliser la matérialité des faits répréhensibles pour tenter d'échapper au joug du juge français en rendant celle-ci invisible (**1**). En outre, certains délinquants tirent parti des avantages procurés par le digital pour commettre à distance des infractions sexuelles nécessitant en temps normal un contact direct avec la victime, ils deviennent ainsi la main invisible qui commet l'infraction (**2**). La matérialité requise par le texte d'incrimination est alors questionnée dans sa capacité à appréhender ces comportements nouveaux.

1- L'invisibilisation par la délocalisation de la matérialité des infractions sexuelles

591. Le phénomène de délocalisation de la matérialité des infractions se développe concernant l'ensemble des infractions commises par la voie d'internet. On songe notamment à l'emploi d'un VPN, lequel permet à son utilisateur de faire localiser l'adresse IP de son appareil dans le pays de son choix. Mais il ne s'agit que d'une apparence trompeuse, les actes étant bel et bien commis sur le territoire national. Mais se développent depuis quelques années des pratiques consistant à effectivement faire localiser la matérialité des faits délictueux à l'étranger, dans des pays avec lesquels la collaboration avec la justice française est plus délicate ou dans des pays où les faits ne font pas l'objet d'une répression formelle ou pratique. C'est notamment dans le domaine des infractions sexuelles que le législateur a tout récemment été confronté à ce phénomène permis par la digitalisation des infractions[3877]. Un auteur souligne ainsi le caractère redoutable du moyen ainsi employé : « *internet déjoue froidement les lois pénales des Etats, qui se retrouvent prisonniers de leur souveraineté et de la territorialité de leurs droits* »[3878].

592. ***Le phénomène du live streaming***. Depuis quelques années, on assiste à un phénomène consistant pour certains individus à prendre contact avec des tiers résidant dans un pays étranger, pour passer « *commande* » auprès d'eux, de la réalisation d'agressions sexuelles sur des victimes, de nationalité étrangère, souvent mineures, dont les images leurs sont par la suite envoyées, ou, le plus souvent lors d'une retransmission en direct des images *via* webcam. Pour un auteur, ce phénomène constitue « *l'archétype de la pratique sexuelle de demain dont on mesure pourtant immédiatement le danger* »[3879]. Il faut dire qu'en effet cette dématérialisation du tourisme sexuel a montré les limites du Code pénal en la matière et nécessité une intervention du législateur. Celle-ci, comme souvent, a manqué d'une réflexion d'envergure et nécessité des retouches ultérieures, à ce jour insuffisantes à restaurer la cohérence au sein de l'ordonnancement des infractions sexuelles.

Ces nouvelles pratiques nommées « *live streaming pédopornographique* », en référence aux cas les plus fréquents de retransmission en direct d'actes commis sur des mineurs, ont agité la

---

[3876] C. Dubois, « Propos introductifs », *in* C. Dubois, P. Le Monnier de Gouville (dir.), *Les infractions sexuelles à l'épreuve du numérique*, Mare&Martin, 2023, p.14.

[3877] R. Mesa, « Le droit pénal général à l'épreuve de l'infraction digitalisée », D. 2022 p.125 ; La doctrine anglosaxonne parle à ce propos de « technology facilitated sexual violence », v. N. Henry, A. Powell, « Sexual violence in the digital age : the scope and limits of criminal law », social and legal studies, 2016, vol.25 (4), pp.397-418 spé. p.398 cité par C. Sourzat, « Les nouveaux défis pour les infractions traditionnelles », *in* C. Dubois, P. Le Monnier de Gouville (dir.), *Les infractions sexuelles à l'épreuve du numérique*, *précit*., p.29.

[3878] L. Saenko, « L'infraction sexuelle sur internet : quel rapport à l'espace ? », *in* C. Dubois, P. Le Monnier de Gouville (dir.), *Les infractions sexuelles à l'épreuve du numérique*, Mare&Martin, 2023, p.83.

[3879] *Ibid*., p.84.

presse[3880], avant de parvenir jusqu'à la justice pénale. Mais la seule infraction de détention d'enregistrements à caractère pédopornographique[3881] avait été appliquée jusqu'alors[3882]. Une première décision de 2020 a interpellé la presse[3883] comme consacrant la première condamnation d'un français pour un live-streaming pédopornographique, révélé par une enquête du FBI[3884]. Dans cette affaire, l'individu a pu être condamné car il avait résidé à l'étranger dans l'un des pays dans lesquels les vidéos commandées avaient été réalisées[3885]. Autrement dit, n'était toujours pas condamné l'individu ayant, en France, commandé l'exécution à l'étranger d'une telle infraction et se contentant de la retransmission en direct, en application de l'article 113-5. En l'absence d'infraction principale actée par une décision définitive des autorités de justice étrangères[3886], et sans commission matérielle des faits par l'individu résidant en France, il semble que ces actes demeuraient alors impunis. En outre, l'article 227-28-3 créé dès 2006[3887] pour réprimer à titre autonome l'instigateur d'un crime ou d'un délit sexuel[3888] commis à l'encontre d'un mineur, lorsque cette infraction n'a été ni commise ni tentée ne pouvait s'appliquer puisque les infractions commandées avaient bien été réalisées.

593. ***De multiples intervention législatives : Article 222-22-2***. Si dès 2013, le législateur réprimait l'individu ayant contraint la victime à subir une agression sexuelle commise sur elle par un tiers[3889]. De sorte peut être réprimé l'individu qui, à distance[3890], contraint une victime à subir une agression sexuelle, dans cette hypothèse, certainement au moyen de la menace, en l'absence de contact physique avec la victime. Mais le champ d'application de la loi semble d'abord trop restreint, malgré des ajouts par une loi de 2021, demeure en effet le doute sur la possibilité d'une commission forcée des faits par la victime sur le tiers complice, le texte incriminant un acte subi. L'article procédant par renvoi aux agressions sexuelles prévues par les articles 222-23 à 222-30, il

---

[3880] V. Gautronneau et J. Pham-Le, Viols à distance en streaming : « un phénomène exponentiel » : Le parisien, 17 juin 2019 ; https://information.tv5monde.com/info/pedocriminalite-le-phenomene-du-viol-d-enfants-en-direct-est-en-forte-augmentation-329718.

[3881] C. pén., art. 227-23.

[3882] J.-C. Planque, « Live-streaming pédopornographique : des violences sexuelles difficiles à appréhender pour le droit pénal français », Droit pénal n°9, sept. 2020, étude 27, n°18.

[3883] V. not. C. Perrin, « Effroyable phénomène de streaming pédophile et viols d'enfants : un azuréen pris sur le net », Nice Matin, 3 mai 2020 ; R. Dupré, « Un pilote de ligne condamné à cinq ans de prison pour complicité d'agressions sexuelles sur mineurs sur Internet », Le Monde, 14 janv. 2020 ; « Le pilote de ligne commandait des viols sur des fillettes qu'il visionnait sur le darknet », La voix du nord, 12 janv. 2020.

[3884] T. corr. Paris, 15e ch., 13 janv. 2020.

[3885] En l'application de l'article 113-6 CP et de la compétence *rationae personae* de la loi française, v. les détails donnés sur cette affaire par J.-C. Planque, « Live-streaming pédopornographique : des violences sexuelles difficiles à appréhender pour le droit pénal français », Droit pénal n° 9, sept. 2020, étude 27, n°15 à 19.

[3886] C. pén., art. 113-5 al. 1er.

[3887] Loi n°2006-399 du 4 avril 2006, art. 16 ; v. égal. l'article 24 de la loi du 29 juillet 1881 qui incrimine « la provocation non suivie d'effet par voie publique à la commission d'atteintes volontaires à la vie, à l'intégrité de la personne et les agressions sexuelles, définies par le Livre II du Code pénal » commise par les moyens prévus à l'article 23 soit par des discours, cris ou menaces proférés dans des lieux ou réunions publics, soit par des écrits, imprimés, dessins, gravures, peintures, emblèmes, images ou tout autre support de l'écrit, de la parole ou de l'image vendus ou distribués, mis en vente ou exposés dans des lieux ou réunions publics, soit par des placards ou des affiches exposés au regard du public, soit par tout moyen de communication au public par voie électronique.

[3888] Visés aux art. 222-22 à 222-31, 225-5 à 225-11, 227-22, 227-23 et 227-25 à 227-28 (jusqu'à la modification du texte par la Loi n°2021-478 du 21 avril 2021 - art. 11).

[3889] Art. 222-22-2 CP.

[3890] En ce sens V. S. Detraz et L. Saenko, « L'article 222-22-2 du Code pénal, hypothèse d'emprunt de matérialité », Droit pénal n°1, janv. 2014, étude 1, n°21 : qui observent que « l'article 222-22-2 du Code pénal est muet quant à la concomitance de la contrainte et de l'atteinte sexuelle et la présence simultanée des deux individus sur place : l'on admettra donc que ce texte peut s'appliquer qu'il y ait ou non unité de temps et de lieu entre les différents faits ».

semblerait qu'il faille différencier selon la matérialité des faits. Ainsi, faute d'une telle précision au sein du texte, la commission forcée sur l'auteur matériel des faits ne pourrait être prise en compte. Or, seul l'article 222-23 prévoit une telle indication. Pour certains « *Néanmoins, dès lors que l'atteinte se définit non pas tant par sa matérialité que par un défaut de consentement, l'on doit certainement considérer que l'infraction reste constituée dans ce cas-là* »[3891]. Reste que l'article 222-22-2 ne fait pas seulement mention des adminicules habituels, mais semble renvoyer à un mode de commission particulier. Toutefois, au vu des nombreuses réformes successives ayant porté sur les infractions sexuelles durant les dix dernières années, on peut aisément songer qu'il ne s'agit pas d'une volonté restrictive du législateur, mais, comme bien souvent dans le cadre de ces lois réactionnelles, d'un nouvel oubli préjudiciable. Quoiqu'il en soit, l'application de ce texte demeurait impossible lorsque l'agent n'a pas employé l'un des adminicules pour imposer l'agression à la victime. Or, lorsque l'agent recrute *via* internet un tiers pour qu'il commette l'acte, c'est ce tiers qui emploie alors les moyens coercitifs nécessaires à l'agression de la victime. La dissociation de la matérialité des faits effectuée par l'article 222-22-2 du Code pénal est alors impuissante à saisir les faits. C'est donc par une stratégie de contournement que le législateur est intervenu pour saisir ces comportements grâce aux modes de participation criminelle.

594. ***Article 113-5***. C'est d'abord une loi du 30 juillet 2020 par laquelle le législateur est intervenu, prévoyant que la complicité par instruction demeure compétence de la loi française lorsque celle-ci est intervenue en France pour déclencher la commission matérielle des faits à l'étranger, mais uniquement concernant les crimes contre les personnes[3892]. Cette exception posée aux conditions posées par le premier alinéa de l'article 113-5 constitue une transposition des articles 17, § 3 et 4 de la directive européenne du 13 décembre 2011[3893], relative à la lutte contre les abus sexuels et l'exploitation sexuelle des enfants, ainsi que la pédopornographie. Mais sa rédaction implique que seules les infractions sexuelles les plus graves sont prises en compte, telles le viol ou les actes de torture ou de barbarie[3894]. Or, on connaît les difficultés éprouvées en pratique pour démontrer l'absence de consentement de la victime et le nombre de disqualifications qui en découlent[3895]. Même avec la modification du texte concernant les mineurs et l'introduction d'une présomption de non-consentement, reste que les plus de 15 ans sont également des victimes potentielles dont la protection est nécessaire au même titre que celle des mineurs les plus jeunes. D'aucuns le signalent également, la référence à la seule complicité par instructions, si elle correspond à la majorité des cas recensés jusqu'alors, interroge toutefois et peut paraître regrettable[3896], en ce qu'il n'est absolument pas exclu

---

[3891] *Ibid*., n°19.

[3892] C. pén., art. 113-5 (modifié par la loi n°2020-936 du 30 juillet 2020 - art. 24) : La loi pénale française est applicable à quiconque s'est rendu coupable sur le territoire de la République, comme complice, d'un crime ou d'un délit commis à l'étranger si le crime ou le délit est puni à la fois par la loi française et par la loi étrangère et s'il a été constaté par une décision définitive de la juridiction étrangère.
Elle est également applicable aux actes de complicité prévus au second alinéa de l'article 121-7 commis sur le territoire de la République et concernant, lorsqu'ils sont commis à l'étranger, les crimes prévus au livre II.

[3893] N°2011/92/UE, JOUE n° L 335/1, 17 déc. 2011.

[3894] Viol, autres agressions sexuelles commises sur un mineur de quinze ans, viol accompagné d'actes de torture et de barbarie … et autres crimes prévus au livre II.

[3895] L. Saenko, « L'infraction sexuelle sur internet : quel rapport à l'espace ? », *op.cit*., p.87 : qui regrette que seuls des crimes soient visés alors que « pour l'heure c'est généralement pour des complicités d'agression autres que le viol que les autorités de poursuite ont tendance à poursuivre ».

[3896] J.-C. Planque, « Live-streaming pédopornographique : des violences sexuelles difficiles à appréhender pour le droit pénal français », Droit pénal n°9, sept. 2020, étude 27, n°22 ; L. Saenko, « L'infraction sexuelle sur internet : quel rapport à l'espace ? », *op.cit*., p.86.

que des délinquants y recourent, ou que d'autres délinquants en la matière, dont la capacité d'adaptation n'a plus besoin de faire ses preuves habillent les faits de manière à prendre les traits d'une complicité par aide ou assistance. En outre, et cela est encore plus problématique, la formule du texte interroge sur un possible assouplissement des règles de compétence de la loi française puisqu'il n'est pas fait expressément exception aux conditions de réciprocité et de décision définitive de la juridiction étrangère imposées à l'alinéa 1er[3897], à la manière des dérogations permises dans d'autres articles[3898], et que le second alinéa débute par l'adverbe « *également* »[3899]. Et demeurent les règles relatives à la complicité et ce faisant, l'établissement d'une infraction principale punissable, dont la preuve peut être délicate pour des faits ainsi commis à l'étranger, en direct, et donc sans enregistrement pouvant être saisi par la justice. De plus pèse toujours sur son établissement la variabilité de la collaboration des autorités étrangères avec les juges français. Par la même loi, le législateur multiplie donc les dispositions, conscient ou non, des limites de ce premier texte. A donc été incriminée à l'article 222-26-1, la répression à titre autonome de l'instigateur d'un viol ainsi que, à l'article 222-30-2, d'une agression sexuelle[3900]. Par ailleurs, il aura fallu une nouvelle intervention du législateur un an plus tard[3901] pour que soit réglée la difficile articulation entre ces textes généraux et l'article 227-28-3 s'appliquant aux seuls mineurs[3902]. Les infractions, sur le modèle du mandat criminel existant en matière d'assassinat, ne répriment toutefois l'instigateur qu'à la condition que l'infraction n'ait été ni commise ni tentée. Cela permet certes, de pallier la difficulté de preuve pouvant exister en l'absence d'enregistrement des faits. Toutefois, qu'en est-il du sort de l'instigateur lorsque pourra être rapportée l'existence d'une tentative ou d'une exécution des faits ? Ce sera aux règles de la complicité de s'appliquer alors, mais ces preuves seront insuffisantes à remplir les conditions posées par l'article 113-5. Il serait alors peut-être plus intéressant de recourir à des infractions formelles, au besoin en alignant les peines encourues sur celles prévues pour l'auteur des faits commandités[3903]. Ou encore, sur le modèle de l'article 222-22, prévoir, comme l'ont suggéré certains une dérogation aux conditions

---

[3897] En ce sens *Ibid.* ; Contra v. C. Duparc, « Une nouvelle loi visant à protéger (entre autres) les victimes de violences conjugales », JCP G n°39, 21 sept. 2020, act. 1028.

[3898] C. pén., art. 113-14, dernier alinéa : « Pour la poursuite de la personne qui s'est rendue coupable sur le territoire français, comme complice, d'une infraction prévue aux 1° à 6° commise à l'étranger et portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union européenne mentionnés au premier alinéa du présent article, les conditions prévues à l'article 113-5 ne sont pas applicables » ; ou encore plus restrictivement v. art. 435-6-2, dernier alinéa : « Pour la poursuite de la personne qui s'est rendue coupable sur le territoire français, comme complice, d'une infraction prévue aux articles 435-1 à 435-4 commise à l'étranger, la condition de constatation de l'infraction par une décision définitive de la juridiction étrangère prévue à l'article 113-5 n'est pas applicable » ; art. 435-11-2 dernier alinéa : « Pour la poursuite de la personne qui s'est rendue coupable sur le territoire français, comme complice, d'une infraction prévue aux articles 435-7 à 435-10 commise à l'étranger, la condition de constatation de l'infraction par une décision définitive de la juridiction étrangère prévue à l'article 113-5 n'est pas applicable ».

[3899] En ce sens, J.-C. Planque, « Live-streaming pédopornographique : des violences sexuelles difficiles à appréhender pour le droit pénal français », *op.cit.*, n°22.

[3900] Les textes prévoient la mention superfétatoire d'un acte commis « y compris hors du territoire national », quand il vient incriminer à titre autonome le comportement de l'instigateur se trouvant sur le territoire français… le législateur, fier de sa formule, insiste en ajoutant la même expression à l'article 221-5-1 et à l'article 222-6-4…

[3901] Modifié par la loi n°2021-478 du 21 avril 2021, art. 11.

[3902] Article qui prévoit désormais la répression de l'instigateur d'actes de proxénétisme à l'encontre de mineurs notamment.

[3903] V. autre proposition similaire sur ce point mais qui diverge dans sa formule à notre avis manquant de généralité : J.-C. Planque, « Live-streaming pédopornographique : des violences sexuelles difficiles à appréhender pour le droit pénal français », *op.cit.*, n°30 : « pourrait ainsi prévoir que : *« Le fait de faire à une personne des offres ou des promesses ou de lui proposer des dons, présents ou avantages quelconques dans le but qu'elle commette, hors du territoire national, un viol ou une agression sexuelle, visionné par le biais d'un système de communication électronique est puni des peines prévues pour l'infraction recherchée » ».*

de l'article 113-5, sur le modèle de ce qui est prévu concernant le tourisme sexuel[3904], mais cette solution fait demeurer la difficulté de preuve de l'acte principal[3905]. C'est donc par la superposition de textes que le législateur a entendu régler dans l'urgence le problème soulevé par un phénomène dont le domaine d'application jusqu'alors cantonné à certaines infractions sexuelles, pourrait à l'avenir s'étendre bien au-delà, au gré des avancées technologiques et de l'imagination sans bornes des délinquants. Mais ce constat est peu étonnant finalement, pour des dispositions faisant figure de simples cavaliers législatifs, au sein d'une loi consacrée à la protection des victimes de violences conjugales[3906]. Alors que pour une fois, l'intervention du législateur était rendue nécessaire, il a agi sans le recul nécessaire à l'adoption raisonnée d'un texte et non la modification et la multiplication de textes à la rédaction imparfaite.

2- Une main invisible à l'origine d'infractions sexuelles

595. Les potentialités du recours à aux moyens de télécommunication dans la commission d'infractions contre les personnes, et notamment dans le cadre des infractions sexuelles sont exponentielles, la créativité des auteurs n'ayant de cesse de se renouveler. Tels une main invisible, ils poussent les victimes à commettre des actes de nature sexuelle. Par le recours à ce moyen, ils rendent ainsi invisible leur implication dans l'infraction sexuelle. Cette nouvelle hypothèse renvoie aux pratiques ayant cours depuis plusieurs années supposant pour un individu *via* un moyen de télécommunication de faire commettre par la victime des actes sexuels sur elle-même, voire sur ou par un tiers, retransmis en direct *via* webcam. En résulte une distorsion de la matérialité de l'acte. L'agent qui de sorte ne commet pas lui-même la matérialité de l'acte permet l'invisibilisation de son comportement par transfert de la matérialité de l'acte à un tiers, lequel peut cette fois être de bonne foi, voire la victime elle-même. Il espère ainsi contourner la loi en faisant disparaître la matérialité des faits sur sa personne, et la transférer sur la personne d'un tiers dont la responsabilité ne pourra être engagée, et par conséquent, la sienne également. Il évite ainsi l'application de la complicité. C'est ainsi une forme de commission à distance des faits, par l'intermédiaire de tiers, réduits à l'état de marionnettes de l'auteur moral, invisible marionnettiste, qui tire les ficelles à distance.

596. ***Le cyber-viol***. La saisie de ces faits par le juge pénal interroge, notamment à l'aune d'une décision ayant été rendue dans un pays voisin, la Belgique, dont on connaît la proximité – sans pour autant en être le décalque – avec la législation pénale française. En effet, il a pu être signalé[3907] la décision des juges belges de condamnation d'un individu pour viol alors qu'aucun contact physique n'avait eu lieu entre l'auteur et sa victime mineure, qu'il avait menacée afin qu'elle commette un acte de masturbation retransmis en direct *via* webcam. La rédaction plus large du texte belge[3908]

[3904] C. pén., art 222-22 dernier alinéa : « Lorsque les agressions sexuelles sont commises à l'étranger contre un mineur par un Français ou par une personne résidant habituellement sur le territoire français, la loi française est applicable par dérogation au deuxième alinéa de l'article 113-6 et les dispositions de la seconde phrase de l'article 113-8 ne sont pas applicables ».

[3905] J.-C. Planque, « Live-streaming pédopornographique : des violences sexuelles difficiles à appréhender pour le droit pénal français », *op.cit.*, n°28.

[3906] *Ibid.*, n°21.

[3907] J.-C. Planque, « La répression du « cyber-viol » : simple adaptation ou prémices d'une révolution des concepts pénaux ? », Droit pénal n°2, févr. 2019, étude 4 : à propos d'une décision rendue le 25 septembre 2018 par la 54e chambre du tribunal correctionnel de Bruxelles.

[3908] L'article 375 du Code pénal belge définit le viol comme « tout acte de pénétration quel qu'il soit et par quelque moyen que ce soit commis sur une personne qui n'y consent pas ».

avait ainsi permis ce transfert de matérialité de l'infraction afin de retenir l'auteur moral comme auteur des faits délictueux. Or, au moment de la décision belge, le droit pénal français ne semblait pas à même de permettre la réception de tels actes, ni, à l'évidence, par l'intermédiaire de la qualification de viol[3909], mais pas même par le biais d'autres incriminations.

597. ***Avant 2021***. En effet, l'appréciation étroite de la corruption de mineurs, laquelle impose la recherche de l'éveil de la victime à la sexualité[3910], une véritable volonté de pervertir le mineur[3911], ce qui semble en contradiction avec la recherche d'un plaisir personnel de l'auteur[3912] souhaitant ici assouvir des penchants voyeuristes, voire vivre par procuration la commission d'une agression sexuelle sur la victime. Pourtant, certaines juridictions avaient pu retenir la qualification[3913], mais les solutions justifiées en opportunité ne répondent pas à la rigueur nécessaire dans l'application de la loi pénale. Il en va de même des solutions rendues sous l'égide de l'article 227-22-1, lequel incrimine les propositions sexuelles faites à un mineur par le biais des télécommunications[3914], laquelle sous-entend la proposition d'entretenir de telles relations avec l'auteur. En outre, l'article 222-22-2 dans sa rédaction d'alors présentait le défaut de ne prévoir l'incrimination que dans l'hypothèse où les faits sont commis par un tiers. Or, le terme semblait exclure la commission par la victime elle-même[3915]. Ainsi, un auteur annonçait alors que « *la matière pénale connaît ou va connaître un moment charnière de son évolution avec le développement exponentiel des nouvelles technologies* »[3916].

598. ***Depuis 2021***. Le législateur est donc intervenu en réaction à ce phénomène[3917] par la création d'un délit spécifique inséré dans un nouvel article 227-22-2 incriminant « *le fait pour un majeur d'inciter un mineur, par un moyen de communication électronique, à commettre tout acte de nature sexuelle, soit sur lui-même, soit sur ou avec un tiers, y compris si cette incitation n'est pas suivie d'effet* ». Par la même loi[3918], le législateur vient pallier une lacune de l'article 222-22-2 en ajoutant la possible commission d'une telle atteinte par la victime sur elle-même, dépassant ainsi la difficulté posée par l'invisibilisation de l'auteur, qui n'entre plus en contact physique avec la victime. Par la même occasion, le législateur rétablit la cohérence du texte avec les autres infractions sexuelles, réprimant désormais le fait d'« *imposer* » et non plus de « *contraindre* », ce faisant, il permet la

---

[3909] C. Sourzat, « Les nouveaux défis pour les infractions traditionnelles », *in* C. Dubois, P. Le Monnier de Gouville (dir.), *Les infractions sexuelles à l'épreuve du numérique*, Mare&Martin, 2023, p.32 pour qui « la plasticité du viol n'est […] pas sans limite ». L'auteur renvoie d'ailleurs au rapport A. Louis, *Rapport d'évaluation de la loi du 3 août 2018 renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes*, Assemblée Nationale, 4 déc. 2020, p.139 : qui indique que le principe d'interprétation stricte de la loi pénale ne permet pas l'appréhension de l'auto-pénétration.

[3910] M.-L. Rassat, « fasc. 20, Fait de favoriser la corruption d'un mineur », Art. 227-22, JCl. Pénal Code, n°15.

[3911] Cass. crim., 14 nov. 1990, n°90-80.152, JurisData n°1990-704105 concernant l'ancienne incrimination d'excitation de mineur à la débauche.

[3912] En ce sens J.-C. Planque, « La répression du « cyber-viol » : simple adaptation ou prémices d'une révolution des concepts pénaux ? », *précit.* ; A.-G. Robert, « Fasc. 20 : Cyber incitation d'un mineur à un acte de nature sexuelle », Jcl Pénal, 24 juin 2022, n°6.

[3913] CA Colmar, 29 mai 2012, n°12/00737, GPL Rec. 2012, p. 12, n° 250, note J. Lasserre Capdeville.

[3914] CA Aix-en-Provence, 19e ch. corr., 26 oct. 2011, JurisData n°2011-032854 ; Dr. pén. 2012, chron. 10, n°13, obs. A. Lepage.

[3915] V. *contra* J.-C. Planque, « La répression du « cyber-viol » : simple adaptation ou prémices d'une révolution des concepts pénaux ? », *op.cit.* : qui estime que l'on puisse admettre qu'il s'agit d'un tiers à l'auteur moral, mais il reconnaît que l'interprétation ne faisant pas l'unanimité, l'intervention du législateur est nécessaire à ce sujet.

[3916] *Ibid.*

[3917] M. Mercier, *Proposition de loi visant à protéger les jeunes mineurs des crimes sexuels*, *Rapport Sénat n°467*, 23 mars 2021, p.10.

[3918] Loi n° 2021-478 du 21 avril 2021 visant à protéger les mineurs des crimes et délits sexuels et de l'inceste.

réintroduction de la contrainte au titre des adminicules prévu par l'article 222-22-2. Ainsi, de deux choses l'une : soit l'on est en présence d'une victime mineure, auquel cas l'infraction formelle de l'article 22-22-2 doit s'appliquer. Et peu important alors, le moyen de persuasion mis en œuvre, le texte n'exigeant par le recours à une contrainte *lato sensu*. A la condition toutefois que l'incitation ait été commise par le biais d'un moyen de communication électronique. Soit la victime est majeure, auquel cas il faudra démontrer l'absence de consentement de celle-ci par le recours de l'auteur à l'un des adminicules habituellement prévus en matière d'infractions sexuelles. Hypothèse dans laquelle en outre, le mode de mise en contact avec la victime importe peu. Mais il faut souligner, que la peine prévue par le nouvel article 227-22-2 étant de sept ans d'emprisonnement et de 100 000 euros d'amende, est inférieure à celles prévues par l'article 222-22-2 lequel opère par renvoi aux peines prévues selon la nature de l'atteinte subies, lesquelles sont de plus aggravées concernant les victimes mineures. Il faudrait donc, dans l'hypothèse où la victime mineure se serait exécutée sous l'exercice de la contrainte *lato sensu*[3919], basculer sur le texte général de l'article 222-22-2[3920]. Solution de surcroît confirmée par le premier alinéa du nouveau texte, lequel prévoit « *une clause de sauvegarde en faveur des agressions sexuelles* »[3921]. En outre, il faut souligner que le caractère formel de l'infraction prévue à l'article 227-22-2 permet alors de retenir celle-ci même lorsque les faits auront été commis et partant d'empêcher le basculement vers une qualification plus exigeante laquelle requiert la démonstration de l'absence de consentement de la victime malgré l'aménagement récent des agressions sexuelles commises à l'encontre des mineurs[3922]. Autrement dit, concernant les mineurs, sur l'ancien modèle de l'atteinte sexuelle, est réprimé toute relation sexuelle virtuelle entretenue par ceux-ci peu important qu'ils y aient consenti. La solution a d'ailleurs pu interroger en doctrine puisque celle-ci vient contredire les dernières évolutions du droit des mineurs puisque le législateur a fixé à quinze ans le seuil de la majorité sexuelle pour les actes pouvant s'apparenter à une agression sexuelle commis par contact réel entre les protagonistes[3923]. De sorte que le législateur distinguerait sexualité virtuelle et sexualité réelle[3924], au nom des risques encourus par les mineurs sur les réseaux de télécommunications[3925]. On songe notamment au risque d'enregistrement puis de diffusion ou de chantage des images ainsi obtenues. Ces comportements étant déjà réprimés, le législateur insiste alors avec un texte préventif, comme pour préserver les victimes d'elles-mêmes. D'aucuns soulignent alors les risques de dévoiement de l'incrimination, laquelle pourrait faire le jeu de parents désapprouvant la relation de leur enfant âgé de 15 à 17 ans ayant une relation avec un jeune

[3919] En ce sens v. égal. J.-B. Perrier, F. Rousseau, « Le renforcement de la répression des infractions sexuelles contre les mineurs (Loi n° 2021-478 du 21 avril 2021 visant à protéger les mineurs des crimes et délits sexuels et de l'inceste) », RSC 2021 p.454.
[3920] En ce sens A.-G. Robert, « Fasc. 20 : Cyber incitation d'un mineur à un acte de nature sexuelle », *op.cit.*, n°4.
[3921] S. Detraz, « Le nouveau délit de sextorsion », Gaz. Pal. 31 août 2021, n°29, p. 77.
[3922] La matérialité de l'infraction correspondant à l'emploi de l'un des adminicules traditionnels, la qualité de la victime ne permettra pas le recours à la rédaction nouvelle des incriminations lesquelles posent le principe du non-consentement du mineur de quinze ans ; En ce sens v. V. J.-C. Planque, « La répression du « cyber- viol » : simple adaptation ou prémices d'une révolution des concepts pénaux ? » *op.cit.* ; A.-G. Robert, « Fasc. 20 : Cyber incitation d'un mineur à un acte de nature sexuelle », *op.cit.*, n°4.
[3923] V J.-C. Planque, « La répression du « cyber- viol » : simple adaptation ou prémices d'une révolution des concepts pénaux ? » *op.cit.* ; A.-G. Robert, « Fasc. 20 : Cyber incitation d'un mineur à un acte de nature sexuelle », *op.cit.*, n°17 ; C. Hardouin-Le Goff, « La loi visant à protéger les mineurs des crimes et délits sexuels et de l'inceste - Une avancée attendue de longue date... au goût d'inachevé », JCP G n°19-20, 10 mai 2021, act. 513.
[3924] A. Louis, *Rapport n°4048 fait au nom de la commission de lois*, 7 avril 2021, p.25 : évoquant « une liberté sexuelle dans le monde réel mais une répression de l'incitation adressée dans le monde virtuel ».
[3925] A.-G. Robert, « Fasc. 20 : Cyber incitation d'un mineur à un acte de nature sexuelle », *op.cit.*, n°17 ; F.-X. Roux-Demare, « Les mineurs et les réseaux sociaux sur Internet, regard par le prisme du droit pénal », Rev. pénit. 2015, p. 859.

majeur[3926]. Alors que les parlementaires comptent sur l'usage raisonné de l'opportunité des poursuites dans ces hypothèses[3927], le procédé interroge quant à sa fiabilité.

599. ***Le recours à un moyen de communication électronique.*** L'article 227-22-2 prévoit une double restriction en ce qu'il ne réprime l'incitation à la commission d'actes de nature sexuelle uniquement lorsqu'elle est destinée à une victime mineure mais également à condition qu'elle lui soit parvenue par le biais d'un moyen de communication électronique. Ce qu'il convient d'entendre largement comme le recours à l'internet par le recours à des courriels, ou des services de communications en direct, voire les services de messagerie de réseaux sociaux mais également « *tous les autres moyens de communication électronique, tels la téléphonie mobile et le réseau téléphonique classique* »[3928]. Plus encore, l'incitation n'a pas à être privée, « *Le support de l'incitation peut ainsi tout aussi bien être […] un site, un blog, une vidéo ou un enregistrement audio diffusé sur internet* »[3929]. En revanche la mention de l'incitation faite à « *un mineur* », laisse entendre qu'elle doit avoir été faite à personne déterminée. A l'inverse de l'infraction prévue à l'article 222-22-2, qui, en dehors des adminicules, ne formule aucune limite quant à la mise en contact de l'auteur et de la victime. L'auteur pouvant solliciter par une mise en contact en direct l'exécution de ce comportement en sa présence ou à distance. D'ailleurs, le texte ne le précisant pas, rien n'indique que la commission de l'acte de nature sexuelle incité par l'auteur dans l'hypothèse de l'article 227-22-2 se soit produite en la présence de l'auteur, seule l'incitation ayant dû intervenir à distance. Mais l'hypothèse demeurerait anecdotique en pratique.

600. ***Une sextorsion ?*** L'infraction créée par la loi de 2021 est fréquemment dénommée « *sextorsion* ». Toutefois, l'on conviendra de l'incompatibilité du terme avec l'incrimination retenue par le législateur[3930]. En effet, la contraction des termes « *sexe* » et « *extorsion* » laisse supposer que l'agent obtient du mineur l'accomplissement d'actes de nature sexuelle en raison de l'emploi des moyens contraignants prévus dans le cadre de cette infraction[3931]. Or, le texte de l'article 227-22-2 n'évoque que la simple incitation[3932]. L'hypothèse du recours à ces moyens de pression semblant reléguée à l'article 222-22-2[3933]. Cette appellation doit se comprendre eu égard aux faits ayant poussé l'intervention du législateur[3934], certaines hypothèses faisant état du

---

[3926] J.-B.Perrier, F. Rousseau, « Le renforcement de la répression des infractions sexuelles contre les mineurs, (Loi n° 2021-478 du 21 avril 2021 visant à protéger les mineurs des crimes et délits sexuels et de l'inceste) », RSC 2021 p.454.

[3927] *Ibid.* ; C. Hardouin-Le Goff, « La loi visant à protéger les mineurs des crimes et délits sexuels et de l'inceste - Une avancée attendue de longue date... au goût d'inachevé », *précit.*

[3928] A.-G. Robert, « Fasc. 20 : Cyber incitation d'un mineur à un acte de nature sexuelle », *op.cit.*, n°16.

[3929] *Ibid.*

[3930] A.-G. Robert, « Fasc. 20 : Cyber incitation d'un mineur à un acte de nature sexuelle », *op.cit.*, n°3 ; S. Detraz, « Le nouveau délit de sextorsion », *op.cit.*

[3931] C. pén., art. 312-1 : « L'extorsion est le fait d'obtenir par violence, menace de violences ou contrainte soit une signature, un engagement ou une renonciation, soit la révélation d'un secret, soit la remise de fonds, de valeurs ou d'un bien quelconque » ; J.-B. Perrier et F. Rousseau, « Le renforcement de la répression des infractions sexuelles contre les mineurs », *op.cit.*, qui critiquent à ce titre l'emploi du terme de « sextorsion ».

[3932] Pour laquelle certains se demandent si elle correspond à la sollicitation évoquée dans l'art. 227-23-1 : v. A. Cappello, *«* La création d'infractions sexuelles *», in* C. Dubois, P. Le Monnier de Gouville (dir.), *Les infractions sexuelles à l'épreuve du numérique*, Mare&Martin, 2023, p.49.

[3933] C. pén., art. 222-22-2 : qui emploie des termes similaires : « le fait de contraindre une personne par la violence, la menace ou la surprise ».

[3934] M. Mercier, *Rapport Sénat n°467*, *op.cit.*, p.10.

chantage[3935] de l'auteur ayant obtenu des images dégradantes de la victime[3936], menaçant de les révéler si celle-ci n'accomplissait pas les actes demandés. On préférera donc abandonner l'expression au profit de celle, certes moins accrocheuse, mais plus adéquate, de « *cyber incitation d'un mineur à un acte de nature sexuelle* »[3937].

601. ***Un élargissement des actes sexuels incriminés ?*** Le législateur saisi du phénomène consistant pour des individus majeurs à pousser des victimes mineures à commettre des actes de masturbation sur elles-mêmes retransmis en direct par webcam, a pris l'initiative d'un texte permettant la répression de ces faits précis. Toutefois, la formule retenue à l'article 227-22-2 évoque un « *acte de nature sexuelle* », à la différence de l'article 222-22-2 qui renvoie aux agressions sexuelles traditionnellement réprimées par le Code pénal. Il est donc permis de s'interroger sur le sens de l'expression retenue. Un acte de « *nature sexuelle* » renvoie-t-il aux actes à « *connotation sexuelle* », expression déjà employée par le code pénal, mais dont la portée interroge toujours. Ainsi de la nudité[3938], dont il était déjà question à propos de l'application du texte relatif au revenge porn[3939]. On rejoint ainsi certains auteurs, pour qui il est permis de « *se demander si l'expression ne permettrait pas d'aller plus loin et d'appréhender des actes qui ne sont pas intrinsèquement sexuels* »[3940]. Une telle extension du champ d'application permettrait la répression plus globale de l'ensemble des comportements instigués par l'imagination pervertie d'un majeur, tels des actes de fétichisme, mais pas seulement. Tout acte dont l'interprétation à l'aune du contexte dans lequel il intervient révélera sa coloration sexuelle. Il y aurait cependant là encore une nouvelle distinction avec l'infraction prévue pour les majeurs, alors même qu'à leur encontre l'agent use de de la contrainte.

Au final, on constate que le domaine des infractions sexuelles, en plein chantier législatif depuis une dizaine d'années a bénéficié d'avancées nécessaires à la prise en compte des nouveaux modes de commission des infractions impliqués par le développement des nouvelles technologies de la communication. Toutefois, ces avancées ne sont intervenues, comme souvent, qu'au coup par coup, au gré de la survenance d'événements médiatisés, et souffrent ainsi d'un manque de réflexion globale. A ce titre on constate que les parlementaires, au fait des difficultés d'application de la corruption de mineur, dont ils jugeaient la rédaction « *peu précise* », ont préféré créer un nouvel article, considéré comme un « *démembrement* » de la corruption de mineurs, plutôt que de retravailler l'incrimination

---

[3935] Le terme renvoyant d'ailleurs stricto sensu à des adminicules encore différents : C. pén., art. 312-10 : « Le chantage est le fait d'obtenir, en menaçant de révéler ou d'imputer des faits de nature à porter atteinte à l'honneur ou à la considération, soit une signature, un engagement ou une renonciation, soit la révélation d'un secret, soit la remise de fonds, de valeurs ou d'un bien quelconque ».

[3936] Comportement réprimé à l'art. 227-23-1 ; cf sur la solution au conflit de qualifications S. Detraz, « Le nouveau délit de sextorsion », *op.cit.*

[3937] S. Detraz, « Le nouveau délit de sextorsion », *op.cit.* ; A.-G. Robert, « Fasc. 20 : Cyber incitation d'un mineur à un acte de nature sexuelle », *précit.*

[3938] A ce sujet on peut souligner qu'avant 2021, un arrêt avait condamné pour corruption de mineur l'individu ayant incité une jeune mineure à se dénuder face caméra : *CA Paris, 13 mai 2011 : Comm. com. électr. 2011, n° 92, obs. A. Lepage.* Arrêt à propos duquel A.-G. Robert Fasc. 20 : Cyber incitation d'un mineur à un acte de nature sexuelle Jcl Pénal, Date du fascicule : 24 Juin 2022, n°6 estime que désormais c'est « le nouveau délit de sextorsion [qui] pourrait à l'avenir recouvrir une telle hypothèse ». Interprétation à laquelle nous nous accordons eu égard à l'expression large retenue par le texte. Reste qu'en l'absence de précisions en ce sens, la solution demeure sujette à l'interprétation du juge.

[3939] C. pén., art. 226-2-1 al. 2 ; En ce sens, v. A. Cappello, « La création d'infractions sexuelles », *op.cit.*, p.48 : qui rappelle d'ailleurs que le Conseil constitutionnel saisi d'une QPC sur la question avait estimé que l'expression « caractère sexuel » était suffisamment clair et précis pour garantir contre les risques d'arbitraire, v. Cons. const, 30 sept. 2021, n°2021-933 QPC.

[3940] A.-G. Robert, « Fasc. 20 : Cyber incitation d'un mineur à un acte de nature sexuelle », *op.cit.*, n°13.

déjà existante[3941]. Il en résulte donc un véritable millefeuille législatif, composé d'infractions à la rédaction parfois maladroite - au gré de formules peu claires[3942], ou opérant par renvoi - et dont l'articulation entre elles pose question. Il en résulte un arsenal répressif sibyllin, au mépris des principes fondamentaux du droit pénal.

Si l'émergence de nouvelles pratiques rendues possibles par l'évolution de plus en plus rapide des télécommunications et des technologies de pointe met au défi l'application du droit pénal, ce phénomène ne doit pas pour autant légitimer l'adoption dans l'urgence de textes aux imperfections flagrantes au risque d'une véritable « *cacophonie* » législative[3943]. Au contraire, au fait des avancées technologiques, le législateur se doit d'entamer une réflexion d'ensemble sur la question de l'adaptabilité des infractions du code pénal au défi technologique actuel et à venir. En effet, « *les agissements digitalisés potentiellement illégaux et attentatoires aux mineurs et à leurs intérêts sont d'une grande variété, qui n'a de limites que celles, difficilement cernables, de l'imagination criminelle* ». On ajoutera que les dangers sont grands également à l'encontre de victimes majeures, vulnérables ou non, lesquelles peuvent se retrouver piégées par la confiance qu'elles peuvent placer dans le monde digital. Or, il est à penser qu'à l'avenir de plus en plus d'infractions seront commises par ce biais, mais plus encore, des comportements délétères sont déjà commis chaque jour par le biais des réseaux de télécommunications sans pour autant que l'on puisse avec certitude leur appliquer une qualification juridique[3944].

B- Une invisibilité dans la commission à proximité

602. Enfin, il faut constater que le développement des nouvelles technologies et leur accessibilité au grand public a permis la mise à disposition à des individus mal intentionnés d'outils indétectables par des tiers se trouvant à leur proximité, permettant de sorte l'exercice de faits délictueux à l'insu des victimes.

603. ***La cybersurveillance***. Le législateur a de sorte dû intervenir par suite de l'apparition d'un phénomène consistant au sein d'un couple, de mettre en place une surveillance de son compagnon ou de sa compagne via des procédés de géolocalisation ou d'espionnage des terminaux électroniques. Le Haut conseil pour l'égalité signalait en effet en 2017 le phénomène du

---

[3941] J.-B. Perrier, F. Rousseau, « Le renforcement de la répression des infractions sexuelles contre les mineurs », *op.cit.* ; A. Cappello, « La création d'infractions sexuelles », *op.cit*., p.49 : qui se demande si le législateur n'aurait pu « profiter de l'occasion pour donner une nouvelle dimension à ce délit de corruption de mineur qui ne trouve finalement à s'appliquer que dans des hypothèses très restreintes » ; égal. A.-S. Chavent-Leclère, « Le renouveau des infractions sexuelles à l'ère d'internet », *in Mélanges en l'honneur d'Yves Mayaud, Entre tradition et modernité, le droit pénal en contrepoint*, Dalloz, 2017, p.348 estimant que le délit devenu presque désuet reprenait une deuxième vie lorsque les juges y recourèrent pour sanctionner les sollicitations sexuelles faites à des mineurs par la voie numérique.

[3942] A. Cappello, « La création d'infractions sexuelles », *op.cit*., p.51 qui se demande si la rédaction imprécise de certains textes ne procède pas d'un « choix délibéré du législateur pour englober le plus de comportements possible » au mépris des exigences du principe de légalité, qui s'inscrit dans le cadre d'une « politique pénale sévère dans le domaine de la cybercriminalité sexuelle », évoquant par là une rupture d'égalité entre délinquant sexuel agissant *via* le numérique ou non.

[3943] V. l'article de C. Dubois, « De la cacophonie des propositions de lois réformant les infractions sexuelles sur mineurs », Gaz. Pal. 9 mars 2021, n°10, p. 12, qui dépeint bien les contradictions existant en la matière.

[3944] D'aucuns signalent par exemple « la pratique dite du like, particulièrement lorsqu'elle vise un contenu infractionnel diffusé par autrui », alors même qu'elle favorise l'effet de groupe et la galvanisation de ces comportements : R. Mesa, « La réponse pénale au cyber-délit commis à l'encontre d'un mineur », D. 2023 p.27 ; R. Mesa, « Quelle qualification infractionnelle pour l'usage abusif du like ? », Dalloz IP/IT 2022 p.140.

cybercontrôle[3945] « *défini comme le contrôle par un conjoint violent de l'activité (déplacements, activités sociales, dépenses, activités administratives diverses) de sa conjointe ou ex-conjointe, par l'usage des services numériques, éventuellement à l'insu de cette dernière* » [3946]. Or l'atteinte à la vie privée sanctionnée par le code pénal ne s'appliquait pas à l'ensemble des données pouvant être captées, telles les données de localisation, mais uniquement aux images et vidéos représentant la personne[3947]. L'atteinte à la vie privée résultant du procédé de géolocalisation a donc été incriminée au sein de l'article 221-6[3948]. L'infraction étant de surcroît aggravée lorsqu'elle est commise au sein du couple[3949]. Afin de s'adapter aux comportements constatés, lesquels faisaient apparaître une surveillance indirecte du compagnon ou de l'ex-compagnon via l'espionnage des réseaux sociaux ou terminaux électroniques des enfants de ce dernier, le législateur a prévu que le consentement donné à l'instauration d'une telle surveillance des terminaux utilisés par les enfants devait résulter des titulaires de l'autorité parentale. Ainsi l'autre parent pourra s'y opposer, à condition qu'il en ait connaissance. Le contexte dans lequel s'exerce le plus souvent cette cybersurveillance a également poussé le législateur à écarter la présomption de consentement de l'individu ayant connaissance de la mise en place du dispositif. Sans doute, cela répond-t-il aux hypothèses d'emprise du compagnon violent imposant à la victime la mise en place du dispositif sans qu'elle ne puisse s'y opposer. En revanche, encore faudra-t-il dans ce cas de figure que l'infraction parvienne jusqu'aux oreilles de la justice, ce qui pose généralement problème dans le domaine des infractions intra-familiales. En outre, par renvoi à l'article 226-1, l'article 226-3 s'impose en infraction obstacle en incriminant de la fabrication, l'importation, la détention, l'exposition, l'offre, la location ou la vente d'appareils ou de dispositifs techniques de nature à permettre la réalisation de cette infraction. Par ailleurs, si l'article permet la répression de la surveillance exercée au travers les terminaux électroniques, via des applications immatérielles, elle permet également de saisir l'individu qui aurait dissimulé une balise GPS, quant à elle bien matérielle, mais dont la nature, la taille ou l'emplacement empêche sa détection par la victime. On songe notamment aux dispositifs commercialisés à grande échelle et pour des sommes modiques, par de grandes marques des télécommunications, comme le dispositif AirTag d'Apple.

604. ***La captation de codes d'accès***. Si la particularité de l'atteinte provoquée par le recours au procédé de géolocalisation a nécessité l'intervention du législateur, il semblerait que l'appréhension frauduleuse de toute autre données personnelles puisse être saisie par le recours aux infractions protégeant les atteintes aux systèmes de traitement automatisé de données[3950]. Ainsi, la jurisprudence a pu s'adapter à l'emploi de nouvelles technologies dans le domaine de l'informatique

---

[3945] Qu'elle qualifie d'ailleurs de violences.

[3946] D. Bousquet, E. Durand, E. Ronai, Al. Gayraud, C. Guiraud, Haut Conseil pour l'Égalité entre les femmes et les hommes, *En finir avec l'impunité des violences faites aux femmes en ligne : une urgence pour les victimes*, Rapport n°2017-11-16-VIO-030, 16 novembre 2017, p.7.

[3947] M. Daury-Fauveau, « Fasc. 20 : ATTEINTES AUX SYSTÈMES DE TRAITEMENT AUTOMATISÉ DE DONNÉES – C. pén., art. 323-1 à 323-8 » ; Jcl Pénal Code, 22 oct. 2019, mise à jour du 27 maiu 2022, n°112.

[3948] C. pén., art. 221-6 3° Modifié par LOI n°2020-936 du 30 juillet 2020 - art. 17 : En captant, enregistrant ou transmettant, par quelque moyen que ce soit, la localisation en temps réel ou en différé d'une personne sans le consentement de celle-ci.

[3949] C. pén., art. 221-6, dernier alinéa : « Lorsque les faits sont commis par le conjoint ou le concubin de la victime ou le partenaire lié à la victime par un pacte civil de solidarité, les peines sont portées à deux ans d'emprisonnement et à 60 000 euros d'amende. Elargi par l'article 132-80 aux ex et aux simples fréquentations amoureuses l'article prévoyant in fine que l'hypothèse de l'infraction « commise en raison des relations ayant existé entre l'auteur des faits et la victime ».

[3950] C. pén., art. 313-1 à 323-8.

consistant à permettre à l'individu de décrypter ou d'accéder aux codes d'accès personnels d'un tiers par l'espionnage de la frappe du clavier. Ce dernier procédé effectué à l'aide d'un logiciel dénommé keylogger a de sorte pu être condamné à plusieurs reprises par des individus l'ayant employé afin d'enregistrer des codes d'accès à l'insu de leurs titulaires, ou ayant simplement détenu un tel dispositif[3951].

605. ***Une question de dématérialisation.*** Finalement, la saisie par le juge pénal de comportements invisibilisés par le recours à des technologies de pointe rejoint la question de l'adaptabilité du droit pénal à la dématérialisation de l'objet de l'infraction, ou des moyens mis en œuvre pour sa commission. L'extraction de données personnelles via l'usage de puces NFC, devrait pouvoir être saisie par les infractions relatives aux atteintes aux systèmes de traitement automatisés de données ou les atteintes au secret des correspondances. De même que par l'entremise du vol lorsque le piratage aura permis le transfert frauduleux de fonds. Il convient ainsi d'admettre que l'avenir de la répression des infractions de toute sorte est dans leur adaptation aux nouveaux dispositifs technologiques permettant une commission simplifiée, invisibilisée et à plus grande échelle. La forme dématérialisée de certaines infractions sera bientôt un mode normalisé de commission de celles-ci et le droit pénal a déjà entre ses mains bon nombre de cartes pour s'en prémunir. Le respect par le législateur des principes fondamentaux du droit, et d'une rédaction générale et abstraite permettra de pallier le retard systématique du droit sur des avancées techniques d'une célérité bien supérieure à ce dernier.

Section 2 : La manipulation mentale, moyen invisible de commission de l'infraction

606. Si l'hypothèse de la dématérialisation de comportement de l'auteur de l'infraction fait l'objet d'une attention particulière en doctrine, il faut signaler que préexistent à ce phénomène des incriminations réprimant des comportements intangibles. C'est le cas lorsque l'agent met en œuvre un processus de manipulation mentale pour parvenir à ses fins, et obtenir de la victime toutes sortes d'actes lui étant préjudiciables. Le procédé est par essence invisible puisqu'il renvoie à une « *manœuvre par laquelle on influence à son insu un individu* »[3952] résultant de l'emploi des facultés intellectuelles[3953]. En outre, le plus souvent, « *La victime de manipulation mentale ne sait pas qu'elle est une victime. Pour elle, les murs de sa prison sont invisibles et elle se croit libre* »[3954]. Le législateur avait expressément souhaité saisir ces comportements au travers la création d'un délit dit de « *manipulation mentale préjudiciable* ». Finalement transférée au sein de l'infraction d'abus de faiblesse, l'incrimination de ce comportement interroge sur les contours de celui-ci. Comme avec beaucoup d'autres notions psychologiques, le droit pénal peine à établir une définition solide de la notion, et peine à connaître de modes de preuves adaptés à sa nature invisible. A l'étudier plus amplement, on découvre d'ailleurs que le processus de manipulation mentale revêt parfois d'autres appellations telles que l'emprise. Or, cette notion est également employée dans le cadre d'autres infractions dans lesquelles on trouve encore une fois le recours par l'auteur à des manœuvres afin d'influencer le comportement de la victime, et obtenir son consentement ou la pousser à commettre

[3951] Pour la détention d'un keylogger par un salarié : Cass. crim., 16 janv. 2018, n° 16-87.168, JurisData n°2018-000269 ; Dr. pén. 2018, comm. 74, obs. Ph. Conte ; Comm. com. électr. 2018, comm. 30, obs. É. A. Caprioli ; Pour l'emploi d'un keylogger par le conjoint à l'encontre de son épouse : Cass. crim., 10 mai 2017, n°16-81.822.
[3952] Dictionnaire du CNTRL : https://www.cnrtl.fr/definition/manipulation.
[3953] *Ibid.* : https://www.cnrtl.fr/definition/mentale.
[3954] A. Huxley, *Retour au meilleurs des mondes*.

un acte d'autolyse. Ainsi, si le terme de manipulation mentale a été employé pour dénommer le comportement de l'auteur plaçant sa victime dans un état de sujétion psychologique (**§1**), il faudra constater que ce même procédé est à l'œuvre dans certains cas de contrainte morale imposée à la victime (**§2**) ou encore lorsque ce procédé délétère aura conduit la victime au suicide (**§3**).

§1 : La manipulation mentale entraînant un état de sujétion psychologique

607. La manipulation mentale est au cœur de la modification de l'infraction d'abus de faiblesse, au sein de laquelle a été ajoutée une nouvelle hypothèse de vulnérabilité résultat de l'état de sujétion psychologique de la victime. La création d'un texte ciblant ainsi la manipulation mentale est le fruit d'une volonté de longue date du législateur dont l'aboutissement est décevant (**A**). La description du comportement incriminé (**B**) s'avère peu éclairante et résulte notamment des difficultés habituelles liées à l'appréhension par le droit de notions psychologiques (**C**).

A- La genèse du texte d'incrimination

608. ***Forme d'abus de faiblesse.*** Evoquer la manipulation mentale comme moyen invisible mis en œuvre par l'auteur afin de pouvoir atteindre ses fins, renvoie nécessairement à l'étude de l'infraction d'abus de faiblesse, lorsque celle-ci est commise à l'encontre d'une personne en état de sujétion psychologique[3955]. Dans cette hypothèse, certains présentent en effet l'infraction comme celle de « *manipulation mentale préjudiciable* »[3956]. Cette forme d'abus de faiblesse est le fruit d'une réforme du texte original par la loi du 12 juin 2001[3957], tendant à renforcer la prévention et la répression des mouvements sectaires portant atteinte aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales. Par cette réforme, le législateur change la physionomie de l'infraction[3958]. Créée à l'origine comme une alternative à l'escroquerie ou l'abus de confiance commis à l'encontre de mineurs[3959], puis élargie par le législateur de 1992 à d'autres individus considérés comme vulnérables, elle prend désormais en considération une nouvelle catégorie de vulnérabilité, ne résultant non plus d'un état physique ou psychique inhérent à l'individu, mais trouvant son origine dans le comportement d'un tiers à la victime. De surcroît, le choix fut fait de transférer l'infraction du livre III vers le livre II du Code pénal. De sorte que l'incrimination ne vise alors plus la protection du patrimoine d'un individu vulnérable[3960] dont le consentement aurait été vicié. Mais plus largement à protéger l'intégrité du consentement[3961] de l'individu vulnérable à tout acte préjudiciable, portant ou non atteinte à leur patrimoine, comme les actes préjudiciant à « *sa vie, sa santé, son intégrité physique ou psychique* »[3962].

[3955] V. Ph. Conte, « Personne en état de sujétion psychologique ou physique », Droit pénal n° 1, Janvier 2020, comm. 1 : à propos de Cass. crim., 5 nov. 2019, n° 18-84.554, D : JurisData n° 2019-019702, dont « Les faits de l'espèce illustrent la manipulation mentale de façon caricaturale ».

[3956] G. X. Bourin, *Contribution à l'étude du délit de manipulation mentale préjudiciable*, Thèse, PUAM, 2005.

[3957] Loi n° 2001-504, JO 13 juin 2001, p. 9336, art. 20 et 21.

[3958] M. Véron, *Droit pénal spécial*, Sirey, 17ème éd., 2019, p.152 qui évoque un « changement d'orientation ».

[3959] C. pén. 1810, art. 406 : v. F. Archer, « Fasc. 20 : Abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de faiblesse », Jcl Pénal Code, 1er déc. 2020, mise à jour du 24 févr. 2022, n°1 ; C. Ambroise-Castérot, « L'abus de faiblesse, infraction bicéphale », AJ Pénal 2018 p.220.

[3960] F. Archer, « Fasc. 20 : Abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de faiblesse », *précit.*, n°4.

[3961] F. Archer, « Fasc. 20 : Abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de faiblesse », *op.cit.*, n°5 ; V. égal. J. Pradel, M. Danti-Juan, *Droit pénal spécial*, 8ème éd., Cujas, 2020, n°149 : qui évoquent la protection de « la liberté de décision des personnes » ; R. Ottenhof, « Abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de la situation de faiblesse d'une personne vulnérable », RSC 2002 p.821

[3962] M. Véron, *Droit pénal spécial*, *op.cit*, n°240 ; J. Pradel et M. Danti-Juan, *Droit pénal spécial*, *précit.*, n° 151.

Même si la doctrine souligne en pratique une plus grande occurrence de préjudices patrimoniaux[3963] dans la jurisprudence, il faut dire que des atteintes à la personne ont également pu être réprimées par les juges[3964]. En outre, il semble qu'une telle interprétation soit conforme à l'esprit du législateur, les débats parlementaires laissant apparaître son ambition d'élargir la portée du texte quant aux préjudices engendrés par ces pratiques[3965]. Ainsi, les parlementaires exprimaient le souhait « *d'aller plus loin en vue d'empêcher les organismes à caractère sectaire de nuire aux personnes se trouvant sous leur emprise au point de mettre en danger leur vie ou l'intégrité de leur personne, de les priver de l'exercice des libertés garanties par la Constitution ou de les empêcher d'accomplir leurs obligations légales, en particulier envers leur famille* »[3966]. On rejoint ainsi Madame le Professeur Lazerges pour qui le déplacement du texte au sein des atteintes aux personnes est significatif : « *Ce passage d'un délit contre les biens […] à une infraction contre les personnes, exprime que la valeur protégée est d'abord la personne de la victime et non ses biens* »[3967].

609. ***Lutte contre les dérives sectaires.*** L'objectif poursuivi par le législateur de 2001 était la lutte contre les dérives sectaires, phénomène difficilement perceptible, sauf lorsqu'il donne lieu à des drames spectaculaires[3968]. Mais l'insertion de la notion de sujétion psychologique au sein de l'abus de faiblesse n'était pas prévue à l'origine. C'est au détour des discussions parlementaires de cette loi qu'une proposition d'amendement de l'Assemblée Nationale est venue renforcer le dispositif en ajoutant d'abord la création d'un nouveau délit dit « *de manipulation mentale* », ayant déjà fait l'objet de discussions antérieures n'ayant pas abouti[3969]. Le nouveau texte devait alors intégrer le livre II du Code pénal[3970], dans un article 225-16-4, incriminant « *Le fait, au sein d'un groupement qui poursuit des activités ayant pour but ou pour effet de créer ou d'exploiter la dépendance psychologique ou physique des personnes qui participent à ces activités, d'exercer sur l'une d'entre elles des pressions graves et réitérées ou d'utiliser des techniques propres à altérer son jugement afin de la conduire,*

[3963] E. Dreyer, *Droit pénal spécial*, LGDJ, 2020, n°858 et 865 ; C. Ambroise-Castérot, « L'abus de faiblesse, infraction bicéphale », AJ Pénal 2018 p.220 ; A.Lepage, H. Matsopoulou, *Droit pénal spécial*, PUF, 2015, n°743 ; M. Daury-Fauveau, *Droit pénal spécial*, CEPRISCA, 2010, n°99 qui continue de le ranger parmi les attentes contre les biens pour cette raison.

[3964] Concernant l'obtention de faveurs sexuelles : Cas. crim. 19 févr. 2014, n°12-87.558, D. 2014. 2423, obs. G. Roujou de Boubée, T. Garé, M.-H. Gozzi, S. Mirabail et C. Ginestet ; Dr. pénal 2014. Comm. 52, obs. M. Véron

[3965] V. not. Ph. Vuilque, Assemblée Nationale, 1ère séance du 22 juin 2000, https://www.assemblee-nationale.fr/11/cri/html/20000234.asp : « En effet, si la législation actuelle permet d'ores et déjà de sanctionner de nombreuses infractions dont se rendent coupables les mouvements sectaires - abus de faiblesse, incitation des mineurs à la débauche, proxénétisme, etc. la défense des victimes se heurte toutefois aux conditions d'application trop restrictives de ces mesures. Il en est ainsi pour le délit d'abus de faiblesse qui ne s'applique qu'aux personnes objectivement vulnérables à l'origine, en raison de leur âge ou pour des raisons physiques, et qui ne sanctionne que des préjudices matériels ou patrimoniaux ».

[3966] N° 2435 assemblée nationale constitution du 4 octobre 1958 onzième législature Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 30 mai 2000. Proposition de loi *tendant à* renforcer *la* prévention *et la* répression *à l'*encontre *des* groupements *à* caractère sectaire.

[3967] C. Lazerges, « De la fonction déclarative de la loi pénale », RSC 2004 p.194 ; V. égal. F. Archer, « Fasc. 20 : Abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de faiblesse », *op.cit.*, n°33.

[3968] On songe, pour la France, notamment au suicide collectif d'adeptes de la secte de l'Ordre du Temple Solaire en 1995.

[3969] E. Doligé, *Proposition de loi tendant à créer un délit de manipulation mentale*, Rapport n° 2291, Assemblée nationale, 28 mars 2000 ; Assemblée nationale, *Compte rendu intégral des débats,* 1ère séance du 22 juin 2000, présidence de C. Lazerges : https://www.assemblee-nationale.fr/11/cri/html/20000234.asp ; G.-X. Bourin, *Contribution à l'étude du délit de manipulation mentale préjudiciable*, Thèse, PUAM, 2005, n°1.

[3970] Au sein d'une section 3 ter, insérée après l'art. 225-16-3 du c. pén., intitulée « de la manipulation mentale ».

contre son gré ou non, à un acte ou à une abstention qui lui est gravement préjudiciable »[3971]. L'infraction étant aggravée notamment lorsqu'elle « *est commise sur une personne dont la particulière vulnérabilité, due à son âge, à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique ou à un état de grossesse, est apparente ou connue de son auteur* »[3972].

Toutefois, la crainte d'une non-conformité du délit avec le respect de la Convention européenne des droits de l'Homme, les droits fondamentaux tels que la liberté de conscience, et les inquiétudes formulées par les représentants de grandes communautés religieuses[3973] ont poussé les parlementaires à saisir la Commission nationale consultative des droits de l'Homme afin qu'elle se prononce[3974]. Il faut dire que les parlementaires envisageaient la répression des « *mouvements sectaires* » comme l'indique d'ailleurs le titre de la loi[3975], or toute secte, en tant que « *groupement organisé dont les membres ont adopté une doctrine et des pratiques différentes de celles de la religion majoritaire ou officielle* »[3976], ne devrait faire l'objet d'une répression que dans l'hypothèse où elle commet des abus prévus par la loi pénale[3977]. La connotation péjorative attribuée au terme[3978] risquant ainsi d'occulter que ce sont bien les dérives sectaires qu'il convient de combattre et non tout groupement religieux non majoritaire en tant que tel. Par prudence, La CNCDH, ayant admis que l'incrimination envisagée « *ne portait pas atteinte aux droits de l'homme et aux libertés. Elle a néanmoins estimé préférable de compléter et de déplacer le délit d'abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de faiblesse d'une personne, qui figure déjà dans le code pénal* »[3979]. Solution qui a finalement été retenue par les parlementaires[3980]. *Exit* donc la création d'une nouvelle incrimination,

---

[3971] *Proposition de loi modifiée par l'assemblée nationale en première lecture, tendant à renforcer la prévention et la répression à l'encontre des groupements à caractère sectaire*, Texte adopté n°546 « petite loi », Assemblée nationale, session ordinaire de 1999-2000, 22 juin 2000, chapitre V, article 9.

[3972] *Ibid*, au sein d'un art. 225-16-5.

[3973] Assemblée nationale, 1ère séance du 30 mai 2001, p.3689 : https://www.assemblee nationale.fr/11/cri/html/20010189.asp.

[3974] Assemblée nationale, 1ère séance du 22 juin 2000 : https://www.assemblee-nationale.fr/11/cri/html/20000234.asp : « mme la garde des sceaux. C'était pour les mêmes raisons que les discussions antérieures n'avaient finalement pas abouties. Mais les suicides collectifs ayant eu lieu à la fin des années 1990 dans des milieux sectaires ont pu donner aux parlementaires un regain d'intérêt pour l'élaboration d'un délit spécifique à ces milieux ».

[3975] V. S. Plana, *Le prosélytisme religieux à l'épreuve du droit privé*, L'Harmattan, 2006, n°559, qui critique le titre retenu pour la loi du 12 juin 2001.

[3976] Dictionnaire du CNTRL : https://www.cnrtl.fr/definition/secte.

[3977] V. La thèse de S. Plana, *Le prosélytisme religieux à l'épreuve du droit privé, précit.* : qui distingue les hypothèses de prosélytisme comme simple expression de la liberté religieuse des dérives d'un prosélytisme par la perpétration d'actes illicites.

[3978] A tel point que le Tribunal de grande instance de Paris a pu admettre que si le terme « désignait à l'origine une communauté spirituelle, religieuse ou philosophique, est aujourd'hui empreint d'une connotation péjorative qui désigne sous ce vocable celles qui, parmi ces communautés se livrent à des pratiques moralement ou pénalement condamnables […] faute de toute précision complémentaire et n'étant pas autrement circonstancié, le qualificatif « secte » constitue une invective et caractérise, en tout état de cause, un propos outrageant » : TGI Paris, 17ème ch., 15 févr. 2012, Kriss Laure c/Google Inc. et Larry P., Comm. comm. électr. 2012, comm. 50, obs. G. Loiseau et comm. 57 obs. A. Lepage ; Dans le même sens considérant que le terme de secte « rapporté au nom d'une personne morale peut être considéré comme un invective caractérisant un propos outrageant » : TGI Paris, 17ème ch., 31 oct. 2012, Antonino M. c/ Sté Google Suggest et a., Rev. Lamy droit de l'immatériel, 2013 n°2613, obs. L.C. ; Comp. Cass., crim. 28 avr. 1998, n°96-81655 ; TGI Paris, 9 févr. 1994, JurisData n°041425 ; TGI Paris, 8 févr. 1995, JurisData n°040691 ; V. M. Huyette, « Les sectes et le droit », D. 1999 p.383 ; E. Jancovici, « Dédiaboliser les « sectes » », LPA, 29 nov. 1999, n°237, p.34.

[3979] N. About, *Rapport n° 192*, 17 janvier 2001, chapitre V : dispositions instituant le délit de manipulation mentale.

[3980] Pour certains cela s'expliquerait notamment par le fait que personne « n'a été suffisamment « inspiré » ou « illuminé » (!) pour prendre le risque de définir officiellement les sectes » : S. Plana, *Le prosélytisme religieux à l'épreuve du droit privé, op.cit.*, n°565 citant J.-F. Seuvic, Chronique législative, RSC 2001, p.840.

faveur a été donnée à l'élargissement du délit d'abus de faiblesse, qui, dans le même temps s'est vu assigner un nouvel intérêt protégé. Ne sont alors plus visés en premier lieu les « *groupements* », ciblant clairement les mouvements sectaires, dont les difficultés de définition auront eu raison de l'expression[3981], mais plus largement tout individu tirant profit d'une manipulation mentale de la victime[3982]. L'intervention d'un groupement reste incriminée mais d'une manière détournée, puisqu'une circonstance aggravante est prévue dans l'hypothèse de la commission du délit par le dirigeant ou le représentant de fait d'une personne morale à l'origine ou profitant de l'état de sujétion de la victime. De sorte qu'il semble établi que l'incrimination prévue à l'article 223-15-2 ne permet pas uniquement la répression des abus des sectes et leurs dirigeants, mais peut intervenir dans des hypothèses plus variées d'abus perpétrés par des individus isolés à l'encontre de victimes en état de sujétion psychologique[3983].

B- Le comportement incriminé

610. ***L'état de sujétion psychologique, préalable à l'infraction***. Avant toute discussion sur le fond de la notion de sujétion psychologique, il convient d'aborder un point relatif à la théorie de l'infraction. Pour une majorité de la doctrine[3984], l'état de sujétion psychologique ne correspond pas à un élément constitutif, mais plutôt à un préalable à l'infraction. Certes le texte réprime l'abus commis à l'encontre de ces victimes particulières, mais il nous semble que l'état de sujétion psychologique diffère des autres cas de vulnérabilité protégés par le texte. En effet, dans l'hypothèse d'un mineur ou d'une personne dont la particulière vulnérabilité est due à son âge, à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique ou à un état de grossesse, la vulnérabilité préexiste au comportement de l'auteur et lui est extrinsèque. Sa condition de

---

[3981] Assemblée nationale, 1ère séance du 22 juin 2000 : https://www.assemblee-nationale.fr/11/cri/html/20000234.asp : « M. Dominique Bussereau : « tout peut entrer dans le champ d'application si aucune définition claire n'est donnée, ce qui n'est pas une mince affaire...Le délit de manipulation mentale que nous allons examiner tout à l'heure va donc être difficile à « mettre au point » et va se heurter à une caractéristique des sectes, à savoir leur diversité ».

[3982] S. Plana, *Le prosélytisme religieux à l'épreuve du droit privé, op.cit.*, n°595 : d'autant qu'« en réalité, l'exercice des techniques propres à altérer le jugement n'est pas l'apanage des mouvements sectaires ».

[3983] M. Daury-Fauveau, *Droit pénal spécial*, *op.cit.*, n° 99 : qui estime que le texte interroge quant à la possibilité « de retenir un État de sujétion d'origine non sectaire alors que le législateur a entendu protéger ici les victimes de sectes ». Mais la doctrine semble en majorité favorable à cette solution : G.-X. Bourin, *Contribution à l'étude du délit de manipulation mentale préjudiciable*, *op.cit.*, n°5 : « ouvrant champ incomparablement plus vaste que ne le laisse entendre l'intitulé de la loi dont il est issu […] lequel intitulé parait cantonner l'application de la loi au seules sectes coercitives » Il évoque un défaut de fiabilité des titres des lois au n°6 : « La « ratio juris » est plus étendue. Rien dans les termes généraux et abstraits de l'article 223-15-2 ne permet d'en restreindre l'application à la seule hypothèse d'atteinte perpétrée dans le cadre de mouvements sectaires » ; S. Plana, *Le prosélytisme religieux à l'épreuve du droit privé, op.cit.*, n°565 : « à aucun moment, il n'y est réellement question de « sectes », ce qui confirme, contrairement à ce que laissait prévoir son titre, que la loi est d'application générale » ; Ph. Conte, *Droit pénal spécial*, *op.cit.*, n°281 ; *Contra* : pour une limitation aux adeptes de sectes, v. Ph. Salvage, « Article 223- 15- 2, Fascicule 20 », Jcl Pénal, n°22 ; Mais la jurisprudence semble confirmer l'avis de la majorité de la doctrine : v. par ex., concernant un prévenu « voyant médium », CA Nîmes, 15 nov. 2002, JurisData n°2002-196870 ; Cass. crim., 27 oct. 2015, n°14-82.032, JurisData n°2015-023940 ; Dr. pén. 2016 comm.1, note Ph. Conte ; Cass. crim., 21 février 2006, n°05-85.865.

[3984] E. Dreyer, *Droit pénal spécial*, LGDJ, 2020, n°863 : « pour autant, l'infraction ne consiste pas en la création de cet état de sujétion. Il s'agit d'un préalable » ; F. Archer, « Fasc. 20 : Abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de faiblesse », *op.cit.*, n°26 et s. où il étudie les éléments constitutifs, alors qu'il étudie la sujétion psychologique aux n°23-24 ; M.-L. Rassat, *Droit pénal spécial*, 8e éd., Dalloz, 2018, n°306 ; A.Lepage, H. Matsopoulou, *Droit pénal spécial*, PUF, 2015 , 739 ; M. Daury-Fauveau, *Droit pénal spécial*, *op.cit.*, n°99 évoquant la « Situation préalable à la réunion des éléments constitutifs de l'infraction ».

vulnérabilité est totalement étrangère à l'auteur, qui va en tirer profit pour obtenir la commission d'un acte gravement préjudiciable pour la victime. Mais dans l'hypothèse d'un état de sujétion psychologique, il est tout à fait envisageable que cette vulnérabilité ait été causée par le comportement de l'auteur, souhaitant par ce moyen soumettre une victime, qu'il pourra ensuite abuser à loisir. De sorte, la manipulation psychologique est un préalable nécessaire à la commission ultérieure de l'abus. Ce n'est autre que cette hypothèse que le législateur visait lors de l'élaboration de la loi, en ciblant les dérives sectaires. En outre, l'état de sujétion psychologique, semble prévu comme un cas de figure alternatif, le texte opposant deux hypothèses distinctes identifiées par l'usage des termes « *soit* », ce qui permettrait d'accréditer une différence distinguant les deux hypothèses. Monsieur le professeur Mayaud souligne ainsi l'existence de « *deux versions du délit* » relevant « *d'une alternative explicitement formalisée par la double conjonction de coordination « soit »* »[3985]. Il existerait ainsi une vulnérabilité « *naturelle* » et une « *vulnérabilité provoquée* ». De sorte, qu'il y aurait deux façons de commettre l'infraction, du fait de « *deux versions de l'infraction, l'une consistant à exploiter une faiblesse acquise, l'autre à la constituer par une action positive* »[3986]. Dans sa thèse consacrée à l'incrimination, Monsieur Bourin estime de sorte que la manipulation mentale préjudiciable correspond à une hypothèse *sui generis* d'abus de faiblesse[3987]. C'est eu égard aux difficultés tenant au respect de la liberté religieuse, que le législateur n'a pensé ne pouvoir réprimer ce comportement que lorsque celui-ci a donné lieu à un abus. La formule employée au sein des deux alinéas suivants prévoyant une circonstance aggravante dans l'hypothèse d'une commission par le dirigeant d'un groupement ou la commission en bande organisée par les membres d'un tel groupement interroge cependant. Ces deux alinéas visent en effet, « *un groupement qui poursuit des activités ayant pour but ou pour effet de créer, de maintenir ou d'exploiter la sujétion psychologique ou physique des personnes qui participent à ces activités* ». Pour certains auteurs, cette précision d'un état « *créé* » par les auteurs de l'infraction signifierait que dans l'hypothèse non aggravée l'agent ne peut être à l'origine de cet état[3988]. Mais comment tirer une quelconque conclusion à partir d'un texte qui décrit toutes les hypothèses possibles : les auteurs ont pu créer, mais aussi, et de façon alternative car le « *ou* » est employé, maintenir et exploiter un tel état. Alors que la formule de l'alinéa précédent ne donne aucune précision, or là où le texte ne distingue pas, on ne saurait donc distinguer. De plus, la circonstance aggravante ne fait que reprendre le texte initialement envisagé par les parlementaires, lesquels ont dû se résoudre à l'intégrer au sein de l'abus de faiblesse. Or, l'insertion de cette nouvelle hypothèse d'abus de faiblesse ne pouvait avoir lieu qu'à l'encontre d'un auteur unique, seule hypothèse prévue par le texte, la commission par un groupement ne pouvant être réprimée que par une circonstance aggravante. Il a donc fallu créer une nouvelle catégorie de victimes vulnérables à l'encontre desquelles l'abus pouvait avoir eu lieu, unique façon de faire correspondre le texte initial à la structure de l'abus de faiblesse. Il y a fort à parier que le législateur n'ait pas eu conscience de différencier l'hypothèse simple de l'hypothèse aggravée. On ne peut donc exclure que dans le premier alinéa l'auteur puisse être à l'origine de l'état de sujétion psychologique de sa victime. On pourrait admettre également que

[3985] Y. Mayaud, « Interprétation stricte pour l'abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de faiblesse », à propos de Cass. crim. 11 juill. 2017, n° 17-80.421, RSC 2017 p.507.
[3986] Y. Mayaud, « L'abus de faiblesse par sujétion psychologique, ou les leçons de la catastrophe d'AZF », RSC 2005 p.306 ; égal. Y. Mayaud, « Abus de faiblesse, abus de confiance, et droit canonique », RSC 2015 p.847.
[3987] G.-X. Bourin, *Contribution à l'étude du délit de manipulation mentale préjudiciable*, *op.cit.*, n°4.: il parle d'un cas *sui generis* d'abus de faiblesse « qui s'analyse dans le fond comme l'avatar des propositions parlementaires d'incrimination de la manipulation mentale pourtant officiellement délaissée. » ; V. égal Ph. Conte, *Droit pénal spécial*, *op.cit.*, n°281 : qui évoque « deux délits artificiellement réunis en un seul ».
[3988] M.-L. Rassat, *Droit pénal spécial*, *op.cit.*, n°306.

l'état de sujétion puisse résulter de l'action d'un tiers, même si cette hypothèse semble marginale[3989]. On ne recense d'ailleurs aucun arrêt faisant état de l'abus permis par la sujétion exercée par tiers. Si la lâcheté d'un tel comportement doit faire l'objet d'une répression, on se demande s'il ne conviendrait toutefois pas de prévoir une aggravation de la peine lorsque l'auteur de l'abus a ainsi créé la vulnérabilité de la victime afin de permettre son ou ses abus. L'origine de la vulnérabilité ne devrait pas être sans incidence dans l'incrimination. Elle résulte de pratiques mises en place sur une temporalité relativement longue dans la majorité des cas et particulièrement délétères pour la victime qui met bien souvent des années à s'en remettre. C'est d'ailleurs bien la manipulation mentale qui était visée à l'origine, or si la répression de la manipulation mentale à titre autonome n'a pas été retenue, c'est parce que « *le législateur a craint que le juge ne puisse distinguer à ce stade les pratiques abusives de mouvements sectaires de l'exercice radical de certaines religions établies. Il ne s'agit donc que d'une première étape dont la victime doit sortir ébranlée* »[3990]. Encore que l'on pourrait discuter d'une telle incidence puisque la formule retenue pour décrire la manipulation mentale évoquant « *l'exercice de pressions graves ou réitérées ou de techniques propres à altérer son jugement* » sous-entend le recours intentionnel à une manipulation de l'esprit, ce qui exclurait alors les risques de poursuites d'orateurs convaincants, ou de prêcheurs convaincus. L'on aurait pu trouver une solution par l'ajout d'un dol spécial réprimant un objectif illicite attribué à cette manipulation intentionnelle, ce qui éviterait la répression de l'individu cherchant à assurer le respect de préceptes religieux, dans la mesure où ceux-ci ne présentent aucun caractère illicite. Par ailleurs, la définition de l'état de sujétion psychologique, passant par une description des moyens employés pour parvenir à cette fin suggère plus qu'une simple exploitation par l'auteur d'une vulnérabilité provoquée. Le législateur, enjoint d'intégrer la répression des dérives sectaires au sein d'un texte préexistant ciblant un abus de faiblesse « *naturelle* » aux conséquences patrimoniales s'est contenté d'ajouter un texte préécrit au sein d'un article dont il a changé l'essence par la modification de la valeur protégée. En traitant la vulnérabilité « *provoquée* » comme la vulnérabilité « *naturelle* », il n'a pas pris la mesure de la différence entre ces deux situations. La prise en compte de la provocation de la vulnérabilité en *sus* de l'abus commis permettait d'éviter les griefs à l'encontre du texte originellement envisagé, tout en prenant en considération la gravité de l'assujettissement commis dans l'objectif de réaliser l'abus de faiblesse. Cela tout en laissant la possibilité de réprimer l'individu qui n'aurait fait qu'exploiter une vulnérabilité causée par un tiers, à la manière de l'auteur profitant d'un état de vulnérabilité « *naturelle* ».

[3989] Parmi les auteurs qui admettent que l'état de sujétion peut résulter de l'action d'un tiers aussi bien que de celle de l'auteur de l'abus : Ph. Conte, *Droit pénal spécial*, *op.cit.*, n°277 et 282 ; M. Daury-Fauveau, *Droit pénal spécial*, *op.cit.*, n°99 ; M.-L. Rassat, *Droit pénal spécial*, *op.cit.*, n°254 ; J. Pradel, M. Danti-Juan, *Droit pénal spécial*, *op.cit.*, n°150. ; F. Archer, « Fasc. 20 : Abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de faiblesse », *op.cit.*, n°24 ; Certains auteurs semblent toutefois plus favorables à une identité de l'abuseur et de l'auteur de l'assujettissement : S. Jougla, J.-P. Jougla, « L'emprise psychologique de nature sectaire dans la jurisprudence sur l'abus de faiblesse », AJ Pénal 2018 p.230 : qui estiment que « l'état de vulnérabilité n'a plus besoin d'être apparent ou connu de l'auteur puisque ce dernier le crée lui-même » ; E. Dreyer, *Droit pénal spécial*, *op.cit.*, n°863 : « La déficience psychique dont il est question ici ne résulte pas d'une maladie. Elle est créée par l'agent dans le but de dépouiller sa victime » ; CA Toulouse, 15 sept. 2015, confirmé par Cass. crim. 26 oct. 2016, n°15-85.956 note Y. Mayaud, « L'abus de faiblesse par sujétion psychologique, ou les leçons de la catastrophe d'AZF », RSC 2005 p.306 : « cette sujétion doit être le résultat des pressions exercées par l'auteur du délit ».

[3990] E. Dreyer, *Droit pénal spécial*, LGDJ, 2020, n°863.

611. ***Résultat.*** La notion de sujétion psychologique a permis la prise en compte de personnes « *subjectivement vulnérables* »[3991], dont la vulnérabilité n'est de sorte pas toujours aussi visible que dans l'hypothèse d'une vulnérabilité « *objective* ». Toutefois, la notion de sujétion psychologique n'a pas été définie par le législateur, lequel s'est contenté d'une description générale des moyens ayant permis l'assujettissement de la victime. On ne trouve d'ailleurs aucune trace d'une quelconque discussion parlementaire de l'expression ainsi retenue au sein des travaux préparatoires de la loi de 2001[3992]. Pourtant, si l'on perçoit les contours de la notion, il reste délicat d'en établir le sens. Si le législateur contourne la difficulté en s'intéressant aux moyens plutôt qu'au résultat exigé par le texte, serait-ce la preuve d'une difficulté prégnante de définition de la notion, qui aurait toutefois mérité un effort de la part du législateur eu égard aux conséquences de sa mise en œuvre par le droit pénal. Mais cela pourrait-il souligner par ailleurs la plus grande considération du législateur pour le processus d'assujettissement ? Quoiqu'il en soit, la doctrine s'est efforcée de déterminer le sens de l'expression. Se raccrochant à l'étymologie, certains auteurs établissent le lien avec « *l'idée de soumission, d'allégeance de l'individu* »[3993]. Certains, estiment alors que la sujétion psychologique renvoie à « *l'état d'une personne dont la volonté est guidée par autrui* »[3994], pour d'autres, est en cause « *la capacité de résistance à une entreprise de déstabilisation, selon le tempérament et l'histoire personnelle de celui qui la subit* »[3995], d'où le caractère subjectif de la vulnérabilité ici protégée. Il faut ainsi constater chez la victime un « *état de déstructuration* »[3996] mentale, en tant que « *personne soumise à une domination et devenue ainsi vulnérable* »[3997]. La sujétion implique de sorte l'objectification de l'individu, devenu un simple « *sujet* » entre les mains d'un ou de plusieurs tiers, l'ayant privé de tout pouvoir décisionnel. L'individu victime n'est plus capable de penser par lui-même, son opinion étant réduite à un simple reflet des attentes de l'agent l'ayant placé dans cet état d'asservissement[3998]. Ce qui rejoint l'exigence du texte, d'un individu en situation de faiblesse, lequel « *ne peut pas nécessairement résister à la sollicitation de l'agent* »[3999] qui commet l'abus.

Ainsi, s'il s'agit d'un « *concept dont on perçoit simultanément l'idée générale qui le caractérise* », on perçoit « *aussi son ampleur, ampleur telle qu'il en devient proche de*

[3991] V. A. Dorsner-Dolivet, « Loi sur les sectes », D. 2002 p.1086, n°34 qui évoque « des personnes objectivement vulnérables en raison de leur âge ou de leur état physique ou psychique et était considérée comme un délit contre les biens ».

[3992] G.-X. Bourin, *Contribution à l'étude du délit de manipulation mentale préjudiciable*, *op.cit.*, p.195.

[3993] S. Plana, *Le prosélytisme religieux à l'épreuve du droit privé, op.cit.*, n°593.

[3994] *Ibid.*, p.199.

[3995] Y. Mayaud, « Interprétation stricte pour l'abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de faiblesse », Cass. crim. 11 juill. 2017, n°17-80.421, RSC 2017 p.507.

[3996] S. Jougla, J.-P. « Jougla, L'emprise psychologique de nature sectaire dans la jurisprudence sur l'abus de faiblesse », AJ Pénal 2018 p.230.

[3997] F. Archer, « Fasc. 20 : Abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de faiblesse », *op.cit.*, n°23.

[3998] V. en contra les propos de S. Plana, *Le prosélytisme religieux à l'épreuve du droit privé, op.cit.*, n°573-575 pour laquelle il n'existe que des « théories de la manipulation mentale » auxquelles elle ne croit pas, niant la passivité de l'individu dans le processus et la capacité de celui-ci à annihiler la liberté de ce dernier. Toutefois l'auteure se place sur un point de vue différent qui est celui de l'appréciation de liberté de l'individu d'adhérer au mouvement sectaire, et non, comme ici, de la liberté de l'individu adhérant à un tel groupement dans la commission d'actes lui étant gravement préjudiciables. Le point de vue de l'auteur peut s'expliquer par la genèse du texte, certaines propositions visant la répression du recours à des techniques d'influence ou de persuasion afin de faire adhérer l'individu à une idéologie. V. à ce titre la proposition du colonel J.-P. Morin, « le viol psychique : un projet de définition juridique, revue internationale de sciences criminelles et de criminologie » 1975, p.275 et s. Or la proposition est bien plus dangereuse pour la liberté de conscience que la formule finalement retenue par le droit positif qui se limite aux actes préjudiciables (si tant est que la jurisprudence ne vienne à considérer qu'adhérer à un mouvement sectaire ne constitue en soi un acte suffisamment grave et préjudiciable pour l'individu).

[3999] E. Dreyer, *Droit pénal spécial*, *op.cit.*, n°860.

l'indétermination »[4000]. Pour Mme le professeur Lazerges, il y a là une incrimination à la « *définition souple, floue et extensive* »[4001], contraire au principe d'interprétation stricte de la loi pénale. Ce que certains s'accordent à tempérer, le législateur serait venu s'efforcer « *de le préciser en prévoyant les sources de la sujétion* »[4002]. Mais les termes retenus pour définir les moyens employés pour assujettir la victime, à savoir « *l'exercice de pressions graves ou réitérées ou de techniques propres à altérer son jugement* »[4003], se révèlent « *aussi flous que le concept qu'ils tendent à éclairer* »[4004]. Il faut dire qu'ils doivent décrire un processus aux multiples facettes, même si certains mécanismes communs peuvent être dégagés. En outre, la difficulté tient à ce que le législateur a souhaité lutter contre un phénomène invisible par une accumulation législative, quant à elle, bien visible. Choqué des dérives sectaires ayant pu conduire à des événements dramatiques, dont la préparation, indécelable, avait été mise en œuvre par un long processus d'assujettissement. Pour Mme le Professeur Lazerges il s'agit ainsi d'un texte éminemment symbolique, fruit d'une « *fièvre législative sur ce sujet des sectes [qui] se lit dans une succession de propositions de loi sous la seule 11e législature (1997-2002) aussi bien à l'Assemblée nationale qu'au Sénat* ». D'où une indifférence du législateur quant à *« l'incertitude des incriminations* », puisque dans ce contexte, pour ce dernier « *la fonction première du texte est d'être le symbole d'une politique* »[4005].

612. ***Moyens employés.*** Pour certains, il y aurait un choix délibéré du législateur d'opter pour une formule suffisamment souple afin « *laisser au juge un très large pouvoir d'appréciation en fonction des faits, mais dans le cadre toutefois du but assigné à la loi* »[4006]. Des auteurs[4007] se sont ainsi intéressés aux décisions faisant état d'une sujétion psychologique de la victime afin de dégager les précisions apportées par les juges sur le mécanisme obscur de la manipulation psychologique conduisant à cet état chez la victime. Si le texte fait état de « *l'exercice de pressions graves ou réitérées ou de techniques propres à altérer son jugement* », qu'en est-il des pressions exigées : peut-il s'agir de menaces, d'une insistance marquée, d'intimidations ? Quant aux techniques, si elles sous-entendent la mise en œuvre de procédés méthodiques dans l'optique d'atteindre un but déterminé[4008], renvoient-elles aux manœuvres, que le droit pénal connaît dans le cadre de l'escroquerie, longtemps comparée à l'abus de faiblesse quand elle faisait partie des atteintes aux biens ? L'analyse de la jurisprudence laisse apparaître des pratiques protéiformes mais présentant certains points communs. On recense ainsi la récurrence du recours à l'épuisement physique[4009], notamment par la privation de nourriture[4010] ou la privation de sommeil[4011], mais également

---

[4000] F. Archer, « Fasc. 20 : Abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de faiblesse », *op.cit.*, n°23 ; V. égal. M. Daury-Fauveau, *Droit pénal spécial*, *op.cit.*, n°99, M.-L. Rassat, *Droit pénal spécial*, *op.cit.*, n°306.
[4001] C. Lazerges, « De la fonction déclarative de la loi pénale », RSC 2004 p.194.
[4002] F. Archer, « Fasc. 20 : Abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de faiblesse », *op.cit.*, n°23.
[4003] C. pén., art. 223-15-2 al. 1er.
[4004] F. Archer, « Fasc. 20 : Abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de faiblesse », *op.cit.*, n°23.
[4005] C. Lazerges, « De la fonction déclarative de la loi pénale », RSC 2004 p.194.
[4006] F. Archer, « Fasc. 20 : Abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de faiblesse », *op.cit.*, n°23.
[4007] S. Jougla, J.-P. Jougla, « L'emprise psychologique de nature sectaire dans la jurisprudence sur l'abus de faiblesse » ; AJ Pénal 2018, p.230.
[4008] Difficile alors d'imaginer avec une telle définition qu'une personne ait pu par inadvertance placer un tiers sous son emprise.
[4009] Toulouse, 15 sept. 2015, confirmé Cass. crim. 26 oct. 2016, n°15-85.956 ; TGI Paris, 12 juin 2012, n°07/15/72032 ; Paris 13 févr. 2015, n°12/08254 ; Cour d'assises de Loire-Atlantique, Arrêt L. et B., 24 janv. 2014 ; Cour d'assises d'appel d'Ille-et-Vilaine, 29 sept. 2017, n° 38/2017.
[4010] T. corr. Bordeaux, 13 nov. 2012 ; Bordeaux, 4 juin 2013 ; Cass. crim. 10 févr. 2016, n°13-84.585. ; TGI Paris, 12 juin 2012, *précit.* ; Paris 13 févr. 2015, n°12/08254.
[4011] TGI Paris, 12 juin 2012, n°07/15/72032 ; Paris 13 févr. 2015, n°12/08254.

psychique[4012] avec des humiliations[4013], et des violences physiques[4014] comme psychiques avec le recours aux menaces[4015], au harcèlement[4016]. Les victimes sont très souvent isolées, l'auteur provoquant la division[4017] et la rupture avec leur environnement notamment familial[4018], et globalement avec leurs habitudes de vie[4019]. Les auteurs opèrent alors un véritable conditionnement psychologique[4020], passant parfois par le recours à une réécriture des événements[4021], l'usage d'un vocabulaire spécifique[4022] ou encore de véritables mises en scène[4023]. Pour ce faire, les victimes sont mises sous étroite surveillance[4024]. Il ressort en outre de l'étude de la jurisprudence que la manipulation mentale est généralement un processus long, qui se met en place progressivement[4025] sans que la victime en ait conscience. Ainsi, il s'agit d'un mécanisme insidieux, invisible pour la victime mue par l'admiration ou la crainte[4026] inspirée par l'individu à l'origine de son aveulissement. Si la jurisprudence n'est pas abondante, il faut relever que certaines infractions ont pu passer sous les radars de la justice du fait de cette absence de prise de conscience de la victime[4027]. Ainsi, certains ont pu souligner que la difficile visibilité de cette infraction « *pour deux raisons : la première du fait des techniques de manipulation utilisées par les gourous et les gourelles, la seconde tient au fait que la victime n'a pas forcément conscience de ce qui lui arrive* »[4028]. En outre, il a été souligné la victimisation particulière des enfants grandissant au sein de mouvements sectaires abusifs. Des auteurs notent ainsi leur invisibilisation : « *Lorsque les deux parents sont adeptes d'un mouvement sectaire, leurs enfants sont souvent invisibles du reste de la société. Instruits à domicile ou scolarisés dans des écoles privées*

[4012] T. corr. Nantes, 25 nov. 2004, n°3353/04, confirmé par Rennes, 12 juill. 2005, n°1695/2005.
[4013] *Ibid.* ; Toulouse, 15 sept. 2015, confirmé Crim. 26 oct. 2016, n° 15-85.956 ; TGI Paris, 12 juin 2012, *précit.* ; Paris 13 févr. 2015, n°12/08254.
[4014] T. corr. Bordeaux, 13 nov. 2012 ; Bordeaux, 4 juin 2013 ; Crim. 10 févr. 2016, n°13-84.585. ; Crim., 27 octobre 2015, n° 14-82.032, publié au Bulletin
[4015] Toulouse, 15 sept. 2015, confirmé Cass. crim. 26 oct. 2016, *précit.*
[4016] Cass. crim., 27 oct. 2015, n°14-82.032.
[4017] T. corr. Bordeaux, 13 nov. 2012 ; Bordeaux, 4 juin 2013 ; Cass. crim. 10 févr. 2016, *précit.* ; Toulouse, 15 sept. 2015, confirmé Crim. 26 oct. 2016, *précit.*
[4018] T. corr. Bordeaux, 13 nov. 2012 ; Bordeaux, 4 juin 2013 ; Crim. 10 févr. 2016, *précit.* ; Toulouse, 15 sept. 2015, confirmé Crim. 26 oct. 2016, *précit.* ; Cour d'assises de Loire-Atlantique, 24 janv. 2014, *précit.* ; Cour d'assises d'appel d'Ille-et-Vilaine, 29 sept. 2017, *précit.*
[4019] T. corr. Bordeaux, 13 nov. 2012 ; Bordeaux, 4 juin 2013 ; Crim. 10 févr. 2016, *précit.* ; Toulouse, 15 sept. 2015, confirmé Crim. 26 oct. 2016, *précit.* ; Cour d'assises de Loire-Atlantique, 24 janv. 2014, *précit.* ; Cour d'assises d'appel d'Ille-et-Vilaine, 29 sept. 2017, *précit.*
[4020] S. Jougla, J.-P. Jougla, « L'emprise psychologique de nature sectaire dans la jurisprudence sur l'abus de faiblesse », *op.cit.* : à propos de T. corr. Nantes, 25 nov. 2004, n°3353/04, confirmé par Rennes, 12 juill. 2005, n°1695/2005. ; TGI Paris, 12 juin 2012, n°071572032 ; Paris 13 févr. 2015, n°12/08254 avec « l'induction de souvenirs chez les patients victimes » ; Arrêt L. et B., cour d'assises de Loire-Atlantique, 24 janv. 2014 ; Cour d'assises d'appel d'Ille-et-Vilaine, 29 sept. 2017, n°38/2017 avec un « enseignement détruisant de manière systématique le schéma sociétal traditionnel et prônant également le dépassement permanent de soi ».
[4021] T. corr. Bordeaux, 13 nov. 2012 ; Bordeaux, 4 juin 2013 ; Crim. 10 févr. 2016, n° 13-84.585.
[4022] *Ibid.*
[4023] T. corr. Nantes, 25 nov. 2004, *précit.*, confirmé par Rennes, 12 juill. 2005, *précit.*
[4024] T. corr. Bordeaux, 13 nov. 2012 ; Bordeaux, 4 juin 2013 ; Cass. crim. 10 févr. 2016, *précit.* ; TGI Paris, 12 juin 2012, *précit.* ; Paris 13 févr. 2015, *précit.*
[4025] A. Martin, D. Ferro, F. Trichet, « La répression des dérives sectaires en droit pénal », AJ pénal 2021, p.393 : qui détaillent un processus par étapes.
[4026] G.-X. Bourin, *Contribution à l'étude du délit de manipulation mentale préjudiciable*, *op.cit.*, n°277.
[4027] V. not. Cass. crim., 5 nov. 2019, n°18-84.554, JurisData n°2019-019702 ; Dr. pén. 2020, étude 5, affaire dans laquelle ce sont « 2. [...] les Renseignements généraux [qui] ont signalé à la gendarmerie qu'une famille, sous couvert de rites vaudoux, était susceptible de se livrer à des agissements sectaires à Marly-la-ville ». D'où l'importance des techniques de découvertes d'infraction étudiées en Première partie, n°187 et s.
[4028] A.-M. Courage, « Réseaux sociaux et nouvelles dérives sectaires dans l'océan numérique », AJ Pénal 2021 p.403.

hors contrat, voire dans des écoles de fait, ils évoluent alors en vase clos »[4029]. Le réveil tardif de ces consciences endormies peut en outre poser des difficultés relatives à la prescription de l'action publique[4030].

C- La difficile appréhension juridique d'un mécanisme psychologique

613. ***Difficultés de preuve***. Mais même découverte, l'infraction reste délicate à établir. Les difficultés relatives à la preuve d'un état de l'esprit humain ressurgissent là encore. Il est effectivement délicat de démontrer l'état de sujétion de l'individu faute d'une vision directe de son esprit. Ainsi la difficulté a pu être soulevée très tôt par certains auteurs relevant que « *l'assujettissement psychologique relève du for intérieur et se dérobe à une démonstration directe* »[4031]. Il convient alors de recourir aux expertises psychologiques et psychiatriques ou encore à rassembler les éventuelles manifestations extérieures de cette atteinte interne touchant la volonté de la victime afin de former un faisceau d'indices. Concernant les premières, on aura déjà exprimé précédemment les limites auxquelles elles se retrouvent confrontées lorsqu'il s'agit de démontrer l'atteinte causée à l'intégrité psychique. Notamment eu égard au fait que l'objectif du mystificateur est de placer les victimes « *dans l'illusion qu'elles demeurent maîtresses de leurs décisions* »[4032]. Il semble ainsi délicat, lorsque la victime n'aura pu sortir de son état d'aveulissement, d'obtenir la collaboration nécessaire à la mise en lumière des mécanismes ayant joué contre elle. En outre, sur ce point, là encore, les neurosciences paraissent impuissantes de nos jours à lever le voile sur la conscience humaine. Même si les expertises psychiatriques et psychologiques peuvent apporter un éclairage dans certaines espèces[4033], reste qu'il ne s'agira jamais de mettre à nu la pensée humaine. D'autant que l'on peut souligner, à la suite d'autres commentateurs, que l'état requis par le texte, de « *sujétion psychologique* » n'a pas de correspondances dans la nosographie psychiatrique[4034]. Sans définition légale ni médicale, difficile de s'entendre sur ce qui pourra caractériser un état d'assujettissement. D'aucuns[4035] craignent en outre que des biais d'interprétation surgissent[4036], dans les hypothèses de dérives sectaires, selon l'appréhension de la religion par l'expert en fonction de son appartenance à telle ou telle école de psychiatrie[4037]. Or, faute de mieux, le risque est grand de « *conférer un poids disproportionné aux expertises* »[4038] dont on connaît pourtant les limites.

Le faisceau d'indices ne peut guère résoudre les difficultés de preuve. Même si, on l'a constaté, la jurisprudence recense des comportements qui doivent sonner l'alarme quant à l'existence d'un état

---

[4029] S. Sansy, A. Sourty, « Les mineurs victimes de dérives sectaires : enjeux français et perspectives européennes », AJ Pénal 2021 p.400

[4030] Le report du point de départ du délai de prescription de l'action publique au jour où la victime avait pris conscience de la sujétion dont elle faisait l'objet a ainsi été rejeté par la jurisprudence : TGI Paris, 23 mai 2017, n°08100030418 ; Cass. crim. 27 mai 2004, n°03-82.738, D. 2004 p.2750, et les obs., obs. S. Mirabail ; *ibid.* 2005 p.684, obs. J. Pradel ; RSC 2004 p.881, obs. Y. Mayaud ; *ibid*. p.886, obs. R. Ottenhof ; *ibid*. 897, obs. D. N. Commaret ; RTD com. 2004 p.825, obs. B. Bouloc. ; Solution qui a par la suite été contredite par la Cass. crim. 9 janv. 2019, n°17-83.587.

[4031] G.-X. Bourin, *Contribution à l'étude du délit de manipulation mentale préjudiciable*, *op.cit*., n°358.

[4032] *Ibid*., n°281.

[4033] V. par ex. L'expertise de D. Zagury, citée dans T. corr. Bordeaux, 13 nov. 2012.

[4034] G.-X. Bourin, *Contribution à l'étude du délit de manipulation mentale préjudiciable*, *op.cit*., n°308.

[4035] *Ibid*., n°358.

[4036] S. Plana, *Le prosélytisme religieux à l'épreuve du droit privé, op.cit*., n°592 qui évoque la « grande part de subjectivité qui affecte la définition de l'état de sujétion ».

[4037] V. not. pour les tenants de l'école de la psychanalyse, et l'appréciation suspicieuse de la croyance religieuse par Freud.

[4038] A. Martin, D. Ferro, F. Trichet, « La répression des dérives sectaires en droit pénal », AJ pénal 2021, p.393.

d'assujettissement : repli sur soi, rupture avec son environnement habituel… Reste qu'hormis les hypothèses de fracture flagrante, il faudra mettre en œuvre un délicat travail afin de retracer les signes extérieurs d'une détresse intérieure de la victime. Ainsi, le risque est grand que de la preuve de l'existence de pressions ou de techniques d'assujettissement soit déduit l'état d'aveulissement de la victime. Alors même qu'un tel résultat pourrait ne pas être atteint, voire, que l'état d'assujettissement de la victime soit dû à d'autres causes. Le pouvoir asservissant de ces comportements relevant en outre des circonstances de fait. Il y a là un domaine hautement casuistique, d'autant que le texte suggère une appréciation *in concreto*[4039] puisqu'il s'agit d'« *une personne en état de sujétion psychologique ou physique résultant de l'exercice de pressions graves ou réitérées ou de techniques propres à altérer son jugemen*t »[4040]. Le législateur évoque ainsi des techniques propres à altérer « *son* » jugement et non « *le* » jugement de tout individu incarné de manière abstraite. En outre, du seul accomplissement d'un acte gravement préjudiciable ne peut être déduit un affaiblissement de la volonté[4041]. Mais encore faudrait-il parvenir à la démonstration de la mise en œuvre d'une véritable manipulation mentale. Dans l'hypothèse d'un groupement, l'autarcie de ceux-ci, généralement peu enclins à s'ouvrir à des non-adeptes renforce l'opacité des agissements de leurs membres[4042]. Alors que celle-ci s'exerce souvent subrepticement et se déploie progressivement sur un laps de temps plus ou moins long, ne permettant une lecture pertinente a posteriori qu'à la lumière de l'ensemble des comportements de l'auteur. Il faut ainsi reconstituer le puzzle de la machine à broyer les volontés au travers des propos tenus, des actes, voire des abstentions. Comportements qu'il faudra, en outre, mettre en lien avec l'objectif de neutralisation du libre-arbitre de la victime. De plus, bien souvent, seules les victimes auront été les témoins de ces comportements, qu'elles auront parfois acceptés[4043], or, on connait les imperfections de ce mode de preuve, renforcées lorsque le témoin a fait l'objet de techniques visant à annihiler son libre-arbitre. Difficile d'obtenir des récits testimoniaux de la part d'individus n'ayant pu réaliser le mécanisme à l'œuvre ou souffrant de la honte induite par les actes infligés par leur mystificateur[4044].

614. ***Concours d'infractions.*** Finalement, même en l'absence d'une définition légale de la notion d'acte gravement préjudiciable[4045], c'est cet élément qui sera le plus aisé à établir. Dans

---

[4039] Comp. Min. de la Justice, Haute autorité de santé, Ordre national des médecins, *Secret médical et violences au sein du couple. Vade-mecum de la réforme de l'article 226-14 du code pénal*, 2020, p.28 estimant concernant l'emprise que « Les mécanismes sont autant de signaux d'alerte dont l'appréciation ne peuvent être réalisés qu'in concreto en fonction de la personnalité de chaque personne », or on le verra, l'emprise s'apparente à la sujétion, le document renvoie d'ailleurs en p. 30 à ce lien entre les notions, expliquant que « l'emprise mentale est une mise sous sujétion progressive et intégrée dont le processus est gradué. Elle existe dans les nouveaux mouvements religieux ayant un caractère sectaire ».

[4040] C. pén., art. 223-15-2.

[4041] G.-X. Bourin, *Contribution à l'étude du délit de manipulation mentale préjudiciable*, *op.cit*., n°360, l'acte qui apparaît gravement préjudiciable un œil extérieur peut parfaitement s'expliquer par le système de croyances auquel adhère la personne saine d'esprit qui les accomplit.

[4042] A. Martin, D. Ferro, F. Trichet, « La répression des dérives sectaires en droit pénal », *précit.*

[4043] F. Archer, « L'emprise sectaire appréhendée par les sciences criminelles », Droit pénal n° 9, sept. 2023, étude 17, n°22 : « la victime peut faire l'objet de violences volontaires acceptées en raison de leur caractère punitif inhérent à une transgression de la doctrine véhiculée par la secte. Cette soumission du sujet suppose l'existence d'un sentiment de culpabilité par rapport à son acte le conduisant à en admettre les conséquences ». Bien évidemment le consentement donné ne vaut pas cause d'irresponsabilité pénale, c'est le cas lorsqu'il est éclairé, et d'autant plus lorsqu'il est vicié comme en l'espèce.

[4044] *Ibid*. : « les plaintes des victimes de dérives sectaires s'avèrent rares et leurs témoignages souvent confus ».

[4045] Si la doctrine a pensé un temps qu'il ne pouvait être que le décalque d'un acte juridique, elle tend à admettre un élargissement du champ d'application de la notion, notamment eu égard à l'évolution de la jurisprudence, laquelle semble conforme à l'esprit de la réforme de 2001. Reste à déterminer le palier à partir duquel la gravité

la plupart des cas, l'abus correspond à un comportement illicite réprimé par le Code pénal. La doctrine a d'ailleurs toujours souligné les risques de concours entre l'infraction d'abus de faiblesse et d'autres infractions prévues dans le code. Ainsi, la mouture originale du texte présentait des similarités avec certaines infractions contre les biens.

615. ***Escroquerie***. On cite souvent à ce titre l'infraction d'escroquerie. Avec l'ajout de la manipulation mentale préjudiciable, les deux infractions voient leur ressemblance accrue. En effet, les techniques d'asservissement peuvent parfois s'apparenter à des manœuvres frauduleuses. D'ailleurs la jurisprudence use parfois de formules mêlant les deux expressions, ainsi dans un arrêt de la Cour d'appel de Toulouse les juges estiment que l'état de sujétion psychologique suppose l'emploi de « *manœuvres et techniques destinées à soumettre la victime à l'emprise de son auteur* »[4046]. La doctrine évoque par ailleurs une préférence des magistrats pour « *la solide et classique infraction d'escroquerie* », retenue notamment à plusieurs reprises à l'encontre des dérives sectaires perpétrées par l'église de scientologie laquelle emploie des techniques pourtant identifiables à celles prévues par l'article 223-15-2, comme de « *manipuler les victimes en leur faisant croire à la survenance d'évènements chimériques* »[4047]. Jusque récemment, il était d'ailleurs plus intéressant d'un point de vue répressif de retenir l'escroquerie qui elle seule prévoyait une circonstance aggravante de bande organisée, là où l'abus de faiblesse n'aggravait l'infraction que pour les dirigeants d'organisations sectaires[4048]. Pour M. le professeur Conte, les infractions pourraient même se cumuler[4049], en ce que les techniques d'assujettissement ne constituent pas des éléments constitutifs de l'infraction mais un simple préalable à celle-ci. Reste que la remise incriminée par l'escroquerie pourrait ne pas différer de l'acte préjudiciable exigé par l'abus de faiblesse. Toutefois, depuis 2001 l'article 223-15-2 vise la protection de la liberté de consentement de l'individu, valeur qui diffère de celle de l'escroquerie. Mais des faits qui procèdent de manière indissociable d'une action unique caractérisée par une seule intention coupable[4050] ne peuvent être retenus qu'une seule fois et non comme élément constitutif de

---

requise par le texte sera atteinte. En ce sens v. S. Plana, *Le prosélytisme religieux à l'épreuve du droit privé, op.cit.*, n°598 : pour laquelle l'exigence de gravité « laisse supposer qu'il peut y avoir des abus légers de la vulnérabilité qui serait licite », d'où la question du seuil de gravité requis pour l'application de l'article. Elle renvoie ainsi à un arrêt Bourges, 6 mai 2003, JurisData n°222988, dans lequel le don conséquent avait été estimé comme non gravement préjudiciable eu égard à la fortune importante de la dame âgée qui avait consenti.

[4046] CA Toulouse, 4 janvier 2005, Rev., contrats, concurrence, consommation, 2005, n°174, obs. G. Raymond ; V. égal. en doctrine Y. Mayaud, « Abus de faiblesse, abus de confiance, et droit canonique », RSC 2015 p.847 : à propos de Cass. crim., 27 octobre 2015, n°14-82.032 : « le délit vise deux figures bien distinctes : celle, classique, correspondant à un abus de faiblesse greffé sur un état préalable de minorité ou de vulnérabilité, et celle, nouvelle, consistant à créer de toute pièce une telle vulnérabilité, par des manipulations en ce sens. Il est deux versions de l'infraction, l'une consistant à exploiter une faiblesse acquise, l'autre à la constituer par une action positive, en lien avec des manœuvres ».

[4047] C. Ambroise-Castérot, « L'abus de faiblesse, infraction bicéphale », AJ Pénal 2018 p.220.

[4048] Ce qui a changé avec la loi n°2023-22 du 24 janvier 2023 - art. 16 qui introduit un troisième alinéa à l'article 223-15-2 avec une nouvelle circonstance aggravante concernant la bande organisée avec des peines équivalentes à celle prévues dans la même circonstance pour l'escroquerie : « Lorsque l'infraction est commise en bande organisée par les membres d'un groupement qui poursuit des activités ayant pour but ou pour effet de créer, de maintenir ou d'exploiter la sujétion psychologique ou physique des personnes qui participent à ces activités, les peines sont portées à sept ans d'emprisonnement et à un million d'euros d'amende. ».

[4049] Ph. Conte, *Droit pénal spécial*, *op.cit.*, n°282, note de bas de page n°292 : Ce que la jurisprudence paraît admettre : Cass. crim. 14 déc. 2010, n°09-88.333, « les qualifications d'abus de faiblesse et d'escroquerie, qui ne présentent entre elles aucune incompatibilité et qui sont susceptibles d'être appliquées concurremment » mais à propos d'une vulnérabilité classique et non de la vulnérabilité due à un état de sujétion psychologique, donc une vulnérabilité qui ne découle pas d'une manipulation mentale.

[4050] Cass., crim. 26 oct. 2016, n°15-84.552.

plusieurs infractions. Lorsque la manipulation mentale avait pour objectif la remise d'un bien, objet de l'infraction d'escroquerie, il y a là une action unique. Mais la manipulation mentale n'étant pas considérée comme un élément constitutif, la possibilité d'un cumul devient à nouveau envisageable. On pourrait en outre arguer du principe *specialia generalibus derogant*, auquel cas l'abus de faiblesse devrait être préféré[4051]. Mais dans une telle hypothèse, il faudra souligner que l'infraction spéciale fait encourir une peine d'emprisonnement moindre que celle prévue pour l'escroquerie[4052], alors même que l'auteur aura par ses manœuvres porté gravement atteinte à l'intégrité psychique de la victime réduite à un état de sujétion.

616. ***Abus de confiance.*** Par ailleurs, la qualification d'abus de confiance pourrait être envisagée lorsque la victime asservie a remis des biens à l'auteur lequel les aura détournés. Le cumul d'infractions semble, là encore, rendu possible par la réforme de 2001 laquelle a modifié la valeur protégée par l'abus de faiblesse[4053]. Mais soulève les mêmes questions que pour l'incrimination précédemment étudiée.

617. ***Extorsion.*** La question du concours se pose également avec l'infraction d'extorsion[4054], laquelle peut s'exercer par des violences, menaces de violences ou par l'usage de la contrainte. Or, la manipulation mentale peut quant à elle résulter de pressions, lesquelles pourraient correspondre à des menaces de violences. En outre, la contrainte, définie comme « *une force irrésistible d'origine externe dominant la volonté de celui qui la subit ou, en tout cas, assez puissante pour lui enlever sa liberté d'esprit* »[4055] n'est pas sans évoquer l'assujettissement prévu par l'article 223-15-2. Pour certains, le conflit se règle ici « *en application de la règle de la plus haute expression pénale, c'est […] l'extorsion qui doit être retenue* »[4056].

618. ***Harcèlement.*** Avec l'ajout de la circonstance aggravante concernant les comportements ayant entrainé une tentative de suicide ou un suicide de la victime[4057], le harcèlement semble en outre se rapprocher de la manipulation mentale préjudiciable[4058]. La jurisprudence a déjà retenu le délit d'abus de faiblesse à l'encontre de la dirigeante d'un mouvement religieux, ayant conduit des personnes en état de sujétion psychologique à des tentatives de suicide[4059].

619. ***Provocation au suicide***. L'incrimination n'est pas sans rappeler en outre celle de provocation au suicide, dont l'interprétation stricte par la jurisprudence a été contournée par le législateur *via* la création de la circonstance aggravante précédemment évoquée. Là aussi, l'auteur

---

[4051] V. en ce sens, M.-L. Rassat, « Fasc. 10 : Escroquerie », Jcl Pénal des Affaires, 15 nov. 2020, mise à jour du 6 juin 2022, n°116.
[4052] Trois ans contre cinq pour l'escroquerie. V. *Ibid.* qui fustige cette incohérence.
[4053] En ce sens v. Y. Mayaud, « Abus de faiblesse, abus de confiance, et droit canonique », RSC 2015 p.847.
[4054] C. Lazerges, « De la fonction déclarative de la loi pénale », RSC 2004 p.194.
[4055] C. Soulard, D. Chauchis, « Fasc. 20 : extorsion. Chantage. Demande de fonds sous contrainte », Art. 312-1 à 312-15, JCl Pén., 15 mai 2018, n°22.
[4056] C. Lazerges, « De la fonction déclarative de la loi pénale », RSC 2004 p.194. L'extorsion faisant encourir sept ans d'emprisonnement et 100 000 euros d'amende contre 3 ans et 375 000 euros pour l'abus de faiblesse simple.
[4057] C. pén., art. 222-33-2-1 al.3 ; 222-33-2-3 al.4.
[4058] V. nos développements en *infra,* n°636 et s.
[4059] Cass. crim., 5 nov. 2019, n°18-84.554 : JurisData n°2019-019702 ; Dr. pén. 2020, comm. 1, obs. Ph. Conte

ayant provoqué le suicide de la victime aura pu faire naître chez elle l'idée du recours à l'autolyse par l'usage de techniques de manipulation mentale[4060].

620. ***Infractions sexuelles.*** La similarité entre la contrainte et la manipulation mentale interroge par ailleurs quant à la possibilité d'un concours avec les infractions sexuelles lesquelles peuvent être commises au moyen de la contrainte. Pour certains, « Si *la preuve de l'utilisation de ces moyens était rapportée avec le comportement défini par ces textes, ces qualifications seraient bien évidemment privilégiées, tant en raison de leur spécificité que de leur plus haute expression pénale* »[4061]. Pourtant la jurisprudence a déjà condamné pour abus de faiblesse l'individu ayant profité de la vulnérabilité de sa patiente pour avoir des relations sexuelles avec elle[4062]. M. le professeur Détraz évoque d'ailleurs un « *abus sexuel de faiblesse* » dans sa note consacrée à l'arrêt, estimant qu'il fallait désormais compter sur l'abus de faiblesse au sein des infractions luttant contre les abus sexuels[4063]. S'il ne s'agissait pas d'une vulnérabilité « *provoquée* », il y a toutefois là la confirmation que l'acte gravement préjudiciable peut correspondre à un acte sexuel pour lequel le consentement aurait été obtenu par le jeu d'une domination de l'auteur sur la liberté de consentement de la victime. L'auteur pourrait donc profiter d'une vulnérabilité qu'il aurait créée afin d'obtenir des faveurs sexuelles. On note par ailleurs un arrêt confirmatif de condamnation pour viol dans lequel est mentionné l'état de sujétion psychologique de la victime[4064] retenu comme constitutif de la contrainte, ce à quoi le pourvoi fait grief. Mais la Cour de cassation rejette le pourvoi estimant que « *les énonciations de la feuille de questions et celles de la feuille de motivation mettent la Cour de cassation en mesure de s'assurer que la cour d'assises, statuant en appel, a caractérisé les principaux éléments à charge, résultant des débats, qui l'ont convaincue de la culpabilité de l'accusé et justifié sa décision* ». En outre, il faut noter que l'arrêt, comme d'autres en la matière, fait référence similairement à l'état d'« *emprise* » de la victime dont le consentement a ainsi été vicié. Or, il est fréquent de retrouver l'expression dans la jurisprudence concernant la manipulation mentale, les juges établissant par ce biais l'existence d'un état de sujétion de la victime.

621. ***Une forme d'emprise ?*** A la lecture de la jurisprudence, on remarque que les juges font régulièrement référence à une « *emprise* »[4065] exercée par l'auteur sur l'individu en état de sujétion. Laquelle est considérée comme une preuve de la manipulation mentale à l'origine de l'assujettissement de la victime. Selon les occurrences l'emprise renvoie tour à tour soit au processus psychologique mis en œuvre par l'auteur, soit au résultat de celui-ci, à l'état psychique qui est résulté

[4060] V. nos développements en *infra,* n°633 et s.
[4061] C. Lazerges, « De la fonction déclarative de la loi pénale », RSC 2004 p.194.
[4062] Cass. crim., 19 févr. 2014, n°12-87558.
[4063] V. nos développements en *infra* n°630 sur l'intérêt du recours à l'infraction face aux difficultés de la notion de contrainte morale.
[4064] Cass., crim. 13 mai 2015, n°13-86.630.
[4065] T. corr. Nantes, 25 nov. 2004, n°3353/04, confirmé par Rennes, 12 juill. 2005, n°1695/2005 ; Cass. crim., 27 oct. 2015, n°14-82.032 ; Cass. crim. 26 oct. 2016, n°15-85.956 ; Cass. crim. 9 janv. 2019, n°17-83.587 ; Cass. crim. 10 févr. 2016, n°13-84.585 ; Cass. crim. 10 déc. 2014, n°13-87.531 ; Cass. crim. 18 mars 2014, n°13-82.466 ; Casss. crim., 13 mai 2015, n°13-86.630 ; « A Bordeaux, le gourou «Zeus» condamné », Le Monde France, lundi 26 sept. 2022 p. 15.

pour la victime[4066]. La notion d'emprise figure dans le Code pénal depuis une loi du 30 juillet 2020[4067] ayant ajouté au sein de l'article 226-14 un cas de levée du secret professionnel concernant le professionnel de santé qui « *porte à la connaissance du procureur de la République une information relative à des violences exercées au sein du couple relevant de l'article 132-80 du présent code, lorsqu'il estime en conscience que ces violences mettent la vie de la victime majeure en danger immédiat et que celle-ci n'est pas en mesure de se protéger en raison de la contrainte morale résultant de l'emprise exercée par l'auteur des violences* ». Bien qu'utilisée de plus en plus souvent, la notion d'emprise ne comporte pas de définition juridique[4068]. Il s'agit d'une notion psychologique laquelle ne comporte dans sa discipline aucune définition établie[4069], conférant ainsi à l'emploi de ce terme dans l'article 226-14 un caractère hautement symbolique[4070]. Souhaitant montrer son implication dans la lutte contre le fléau que sont les violences conjugales, le législateur renonce encore une fois à l'efficacité, lui préférant un texte d'affichage à la portée compromise par une rédaction aussi floue que pusillanime. Concernant l'abus de faiblesse, il convient de noter que des auteurs ont pu établir un lien entre groupement commettant des dérives sectaires – communément appelé secte[4071] – et emprise, définissant ce dernier comme « *un groupe dans lequel la relation d'emprise est institutionnalisée* »[4072]. La manipulation mentale à l'œuvre dans le cadre de l'abus de la vulnérabilité provoquée chez la victime s'apparenterait ainsi à une emprise de l'auteur sur celle-ci. Un nouveau lien s'établit alors entre l'abus de faiblesse *sui generis* et d'autres infractions impliquant un comportement similaire de l'auteur, preuve qu'elle n'est pas la seule infraction rendue possible par le recours à la manipulation mentale. Et on le constatera par la suite, la notion d'emprise est de plus en plus utilisée dans le cadre d'autres infractions. A quoi correspond donc cette emprise ? Pourrait-on la considérer comme une notion synonyme à celle de manipulation mentale ? Dans le langage courant, l'emprise renvoie à l'« *ascendant intellectuel ou moral exercé par quelqu'un ou quelque chose sur un individu* »[4073]. Elle s'apparente ainsi à une influence substantielle exercée sur un individu, et semble rejoindre l'idée d'une domination exercée par l'auteur des manipulations mentales sur l'esprit critique de la victime. Les parlementaires ont d'ailleurs employé la notion lors de l'élaboration de l'infraction de manipulation mentale préjudiciable. Dans sa présentation de sa proposition de loi, M. Doligé justifie la nécessité de créer un délit de manipulation mentale « *afin de lutter efficacement contre les sectes dont l'emprise*

[4066] S. Raoult, L. Duparc, « Emprise, manipulation et dépendance dans l'espace sémantique de la criminologie », RSC 2021 p.929 : qui présentent l'emprise comme constituant à la fois le résultat, mais également le miroir de la manipulation.

[4067] Loi n°2020-936 du 30 juillet 2020, art. 12.

[4068] Min. de la Justice, Haute autorité de santé, Ordre national des médecins, *Secret médical et violences au sein du couple. Vade-mecum de la réforme de l'article 226-14 du code pénal*, 2020, p.14 : une liste de question est proposée aux professionnels de santé afin de détecter un possible état d'emprise.

[4069] On retrouve plus souvent une description du processus à l'œuvre sans pour autant pouvoir noter d'automaticité ni d'exhaustivité dans les étapes décrites, v. par ex. I. Rome et E. Martinent (dir.), *L'emprise et les violences au sein du couple*, Dalloz, 2021.

[4070] V. égal. B. Le Devedec, « Violences volontaires - Levée du secret médical et accessibilité aux mineurs à la pornographie en ligne », Droit pénal n°9, 1er sept. 2020, à propos de la loi n°2020-936 du 30 juillet 2020, visant à protéger les victimes de violences conjugales : pour qui le législateur cède « tout à la fois aux sirènes de l'opinion publique et à sa lubie d'intégrer sans les définir des notions psychologiques et psychiatriques dans des codes pénaux, comme les notions de discernement ou encore de maturité ».

[4071] Mais la notion de secte est délicate à définir, renvoyant tant, au sens péjoratif, groupement religieux abusifs qu'à des groupements religieux minoritaires, ne commettant pas de dérives.

[4072] J.-C. Maes, « Familles et sectes », Cahiers critiques de thérapie familiale et de pratiques de réseaux, vol. 26, n°1, p. 203-225, 2001, p.222.

[4073] Définition du CNTRL : https://www.cnrtl.fr/definition/emprise ; Définition à laquelle se réfèrent également le Min. de la Justice, Haute autorité de santé, Ordre national des médecins, *Secret médical et violences au sein du couple. Vade-mecum de la réforme de l'article 226-14 du code pénal*, 2020, p.28.

sur nombre de nos concitoyens est incontestable »[4074]. C'est donc bien ce que l'on dénomme aujourd'hui l'emprise que le législateur a ciblé par la création de cette forme *sui generis* d'abus de faiblesse. Ce qui conduit certains à affirmer ainsi que « *La sujétion psychologique est donc la matérialisation juridique de l'emprise mentale* »[4075]. On retrouve d'ailleurs régulièrement la notion employée par la doctrine pour caractériser l'assujettissement requis par l'article 223-15-2[4076]. Ainsi, « *les dérives sectaires peuvent prendre de multiples formes et exister dans des domaines aussi variés que la spiritualité, la santé, l'éducation ou le développement personnel, elles ont toutes pour point commun une notion complexe et évolutive : l'emprise mentale* »[4077]. Le vade-mecum de la réforme de l'article 226-14 du code pénal introduisant la notion d'emprise renvoie d'ailleurs à des faisceaux d'indices dénotant des pratiques tout à faire similaires à celles relevées en jurisprudence concernant le processus de sujétion psychologique[4078]. L'on comprend alors que les moyens employés par l'auteur pour commettre l'abus incriminé par l'article 223-15-2 peuvent être mis en œuvre par maints autres délinquants dans l'optique de réaliser divers actes dommageables incriminés à titre autonome au sein d'autres articles du code pénal, ne distinguant pas le recours à ce procédé des autres moyens de commissions de l'infraction. De sorte, le point commun entre toutes les infractions citées précédemment tient à l'hypothèse dans laquelle l'auteur aura mis en place intentionnellement l'assujettissement de la victime afin d'obtenir quelque chose de sa part : un consentement qu'elle n'aurait dans d'autres circonstances pas donné, un silence sur les agissements ainsi perpétrés. En somme une servilité leur procurant divers avantages et souvent une impunité résultant de l'invisibilité de leur comportement aux yeux de l'autorité judiciaire, grâce au silence gardé par la victime, voire aux yeux de celle-ci. Que la manipulation mentale fasse partie ou non des éléments constitutifs de l'infraction, elle vient dans chaque hypothèse permettre ou faciliter la commission de celle-ci. L'aveuglement qui en résulte pour la victime rend le procédé d'autant plus condamnable qu'il constitue une grave mise en danger de la victime, incapable de faire usage de son libre-arbitre, soumise à toutes formes d'abus qui resteront souvent en dehors des radars de la justice.

622. ***Conclusion*****.** Finalement, si « *les concours de qualifications sont légions* », cela s'expliquerait par le fait que « *la fonction première du texte est d'être le symbole d'une politique. Peu importe alors [pour le législateur] l'incertitude des incriminations et l'enchevêtrement de qualifications dont résulte un cumul de doublons* »[4079]. Si le législateur a choisi de faire ce texte un symbole, forcé de constater que la répression d'un tel comportement apparaît comme nécessaire eu égard à la

---

[4074] E. Doligé, *Proposition de loi tendant à créer un délit de manipulation mentale*, n°2291, Assemblée nationale, 28 mars 2000, v. l'exposé des motifs.

[4075] A.-M. Courage, « Réseaux sociaux et nouvelles dérives sectaires dans l'océan numérique », AJ Pénal 2021 p.403.

[4076] A. Martin, D. Ferro, F. Trichet, « La répression des dérives sectaires en droit pénal », *op.cit.* ; A. Dorsner-Dolivet, « Loi sur les sectes », D. 2002 p.1086, n°34 ; A.-M. Courage, « Réseaux sociaux et nouvelles dérives sectaires dans l'océan numérique ».

[4077] A. Martin, D. Ferro, F. Trichet, « La répression des dérives sectaires en droit pénal », *op.cit.* ; V. égal. E. Martinent, « Emprise vous avez dit emprises », in I. Rome et E. Martinent (dir.), *L'emprise et les violences au sein du couple*, Dalloz, 2021, p.22-23 : « L'emprise mentale intéresse les résultats des manipulations d'un gourou vis-à- vis de ses adeptes qui lui sont aliénés dans un mouvement religieux relevant de dérives sectaires. […] L'état de sujétion est celui qui résulte de manœuvres et techniques destinées à soumettre la victime à l'emprise de leur auteur ».

[4078] Min. de la Justice, Haute autorité de santé, Ordre national des médecins, Secret médical et violences au sein du couple. Vade-mecum de la réforme de l'article 226-14 du code pénal, 2020, pp.30-33 ; V. égal. I. Rome et E. Martinent (dir.), *L'emprise et les violences au sein du couple*, Dalloz, 2021 : où l'état d'emprise abordé sous le prise des violences conjugales est régulièrement décrit comme un état de sujétion.

[4079] C. Lazerges, « De la fonction déclarative de la loi pénale », RSC 2004 p.194.

vulnérabilité créée chez des victimes à la merci d'abus parmi les plus graves. Parlant de « *viol psychique* »[4080], les parlementaires, par le recours à une expression extrêmement violente ont exprimé la gravité du comportement visé. On note en outre une recrudescence des saisines de la MIVILUDES pour des phénomènes d'emprise de nature sectaire[4081]. En 2021, l'organisation notait ainsi une hausse de 33,6% par rapport à l'année précédente et 86,1 % de plus qu'en 2015. Si l'accent mis sur la lutte contre les dérives sectaires peut en partie expliquer la hausse des saisines, il faut également tenir compte d'une évolution des pratiques. En effet, il semblerait que l'on assiste à une expansion du domaine d'action des mystificateurs, devenus de véritables « *gourous 2.0* »[4082] profitant de l'audience permise par l'internet et les réseaux sociaux afin d'accroître le nombre de leurs potentielles victimes. S'inscrivant désormais dans des plus registres variés, comme le coaching et le développement personnel, ils auraient tiré profit de la crise sanitaire de 2020[4083] et de l'isolement de populations anxieuses en quête de sérénité « *dans une société complexe, interconnectée, où l'information est aussi étendue que contradictoire* »[4084], dans un contexte de crise sanitaire, climatique et démocratique. Ils profitent de ce climat anxiogène et « *exploitent les rêves fantasmés des jeunes adultes avec la promesse d'une réussite sociale et des adultes en quête de bonheur ou de bien-être* »[4085]. Ils tirent également parti du recours à la dématérialisation, les associations de victimes notent ainsi que désormais « *On a affaire à de microgroupes, des communautés virtuelles, qui sont bien moins visibles* »[4086]. De sorte, « *dans cet océan numérique, la perception du risque est différente de celle du monde réel* », les victimes ne se pensent pas aussi vulnérables face à leur ordinateur que dans une rencontre en personne. On assiste alors à la rencontre de deux moyens invisibles commission de l'infraction, avec les risques délétères que cela peut faire encourir à la population prise pour cible. Le recours à l'incrimination du comportement consistant à assujettir un individu dans le but d'abuser de la vulnérabilité ainsi créée semble ainsi nécessaire de nos jours. Les difficultés relatives à l'incrimination doivent être dépassées afin de permettre la prise en compte d'un phénomène à l'ampleur croissante. Si les risques d'atteinte à la liberté de religion ont été logiquement évoqués par

---

[4080] J.-P. Morin, « Le viol psychique : un projet de définition juridique », Revue internationale de sciences criminelles et de criminologie, 1975, p.275 et s. proposant une nouvelle infraction réprimant toutefois le « fait de provoquer par violence, manœuvre ou tromperie, une asthénie pathologique combinée à des procédés de sophronisation pour inculquer une idéologie quelconque » et donc la seule conséquence de l'adhésion de l'individu à un quelconque mouvement. La proposition a par la suite été légèrement modifiée et renommée « captation de consentement » : S. Plana, *Le prosélytisme religieux à l'épreuve du droit privé, op.cit*., n°578 ; A. Dorsner-Dolivet, « Loi sur les sectes », D. 2002, p.1086, n°34 : « Le législateur, sur l'initiative de M. Eric Doligé, dans sa proposition de loi n°2291, a cru devoir prendre en compte les techniques d'emprise sur les personnes utilisées par les sectes et parfois qualifiées de « viol psychique » ».

[4081] Mission interministérielle de vigilance et de lutte contre les dérives sectaires (MIVILUDES), *Rapport d'activité*, 2021, p.21.

[4082] « Ces nouveaux gourous 2.0 », Aujourd'hui en France, éd. principale, 3 nov. 2022, p.11-12.

[4083] S. Laurent, « Les dérives sectaires nourries par la pandémie », Le Monde France, jeudi 11 mars 2021, p. 12 : « La crise sanitaire crée un climat propice à l'essor de gourous qui délaissent le spirituel au profit de la santé » ; A.-M. Courage, « Réseaux sociaux et nouvelles dérives sectaires dans l'océan numérique », *op.cit.* ; C. Damiani, F. Gathérias, « Des sectes et des victimes », AJ Pénal 2021, p.396 ; E. Jacob, « Sectes : les nouvelles méthodes des gourous », Le Figaro, n°24324, 4 nov. 2022, p. 15 ; « Pourquoi le phénomène sectaire ne fait-il qu'augmenter ? », l'Humanité, 16 déc. 2022, p. 20; « Ces nouveaux gourous 2.0 », Aujourd'hui en France, éd. principale, 3 nov. 2022, p.11-12.

[4084] H. Romdhane, J. Robin, « La MIVILUDES : une organisation renforcée pour lutter contre les dérives sectaires », AJ Pénal 2021 p.392

[4085] A.-M. Courage, « Réseaux sociaux et nouvelles dérives sectaires dans l'océan numérique », *op.cit.*

[4086] Interview de P. Duval, porte-parole de l'Union nationale des associations de défense des familles et des individus victimes de sectes par S. Laurent, « Les dérives sectaires nourries par la pandémie » Le Monde France, 11 mars 2021, p.12.

la doctrine, il semblerait que la pratique ne révèle pas de dérives dans l'application du texte. Seul un arrêt récent a soulevé la question à laquelle la Cour de cassation a répondu que « *nul ne peut se prévaloir de ses croyances religieuses pour s'affranchir des règles communes édictées par la loi pénale* »[4087]. Si l'argumentation de la chambre criminelle dans cette affaire apparaît particulièrement insuffisante, et ne s'apparentant qu'au principe de l'indifférence des mobiles[4088], la solution rendue pourrait toutefois se voir justifiée par l'application des critères fixés par la Convention européenne des droits de l'homme[4089] quant aux hypothèses légales de restriction de la liberté de religion. L'incrimination a cristallisé les débats quant à sa potentielle contrariété avec cette liberté, mais dans les faits on ne note donc pas la réalisation de la crainte des commentateurs. En outre, la difficulté pourrait être réglée au moyen d'une réécriture de l'article, car si « *l'ascendant naturel* »[4090] des prédicateurs religieux pourrait être entendue comme la cause d'une emprise des fidèles, ce n'est pas la simple obédience mais bien l'assujettissement intentionnel que le législateur avait pour cible. Ainsi, « *le processus d'emprise mentale relève d'un véritable dévoiement de la liberté de pensée* »[4091], on se situe bien au-delà de la liberté protégée à l'article 9 de la DDHC[4092]. Le législateur a ainsi bien ciblé la réduction d'autrui à l'état de sujet dans l'objectif de commettre à son encontre des actes illicites. On rejoint ici la seconde source de difficultés résultant de l'incrimination : une rédaction imparfaite et le recours à des notions mal ou non définies alors même que l'on vise un phénomène complexe et protéiforme. La chambre criminelle considère que la définition du délit d'abus de faiblesse ne soulève aucune difficulté d'interprétation, le texte définissant de façon claire et précise l'incrimination, ce pourquoi elle a jugé non sérieuse et refusé le renvoi devant le Conseil constitutionnel de la QPC formulée à l'encontre de la disposition[4093]. La doctrine quant à elle souligne l'« *extrême imprécision* »[4094] du texte. Or il s'agit d'un procédé subreptice et peu visible de l'extérieur, voire de l'intérieur pour les victimes aveuglées par la manipulation du mystificateur. Là encore, il semblerait que la difficulté de définition tienne à la difficulté de perception que l'on peut avoir de l'esprit humain. Mis à part l'observation indirecte des éventuelles manifestations extérieures de la sujétion mentale ou

---

[4087] Cass. crim., 5 nov. 2019, n°18-84.554, JurisData n°2019-019702 ; Dr. pén. 2020, comm. 2, note Ph. Conte ; J. Lagoutte, « Nul ne peut se prévaloir de ses croyances religieuses pour s'affranchir des règles communes édictées par la loi pénale. De beaux draps pour un matelas sale ? », Dr. pén. 2020, étude 5. A rapprocher de la solution rendue par Cass. crim. 16 oct. 2013, n°03-83.910 et 05-82.121, D. 2014. 41, chron. F. Dieu : « l'invocation d'une appartenance religieuse et la liberté de manifester ses convictions par des enseignements ou des pratiques ne sauraient légitimer la commission d'infractions pénales », mais l'infraction d'abus de faiblesse n'était pas en cause, est-ce la raison qui aurait poussé la doctrine à s'insurger contre la solution, l'incrimination ayant cristallisé les inquiétudes quant au respect de la liberté de religion ?

[4088] Ph. Conte, « Actes de cruauté envers un animal domestique - Mobile religieux », Dr. pén. 2020, comm. 2 ; C. Claverie-Rousset, « Droit pénal et procédure pénale », JCP G n° 18, 4 mai 2020, doctr. 569.

[4089] Comp. Ph. Conte, « Actes de cruauté envers un animal domestique - Mobile religieux », *précit.*

[4090] A. Dorsner-Dolivet, « Loi sur les sectes », D. 2002. 1086, n°34 ; S. Plana, *Le prosélytisme religieux à l'épreuve du droit privé, op.cit.*, n°583.

[4091] A. Martin, D. Ferro, F. Trichet, « La répression des dérives sectaires en droit pénal », AJ pénal 2021, p.393.

[4092] Arrêt Larissis de 1995 ; la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) souligne ainsi que « l'article 9 ne protège toutefois pas n'importe quel acte motivé ou inspiré par une religion ou une croyance. Ainsi, il ne protège pas le prosélytisme de mauvais aloi ». CEDH 24 févr. 1998, n° 23372/94 , Larissis et a. c/ Grèce, RSC 1999. 384, obs. R. Koering-Joulin.

[4093] Cass. crim., 19 sept. 2012, n°11-85.840 puis de nouveau Cass. crim., 9 avr. 2014, n°13-84.585 ; Comp. A. Martin, D. Ferro, F. Trichet, « La répression des dérives sectaires en droit pénal », *op.cit.*, qui notent « L'expérience des enquêteurs de la cellule d'assistance et d'intervention en matière de dérives sectaires (CAIMADES) de l'Office central pour la répression des violences aux personnes (10), en ce qui concerne la lutte contre les dérives sectaires, démontre des difficultés d'appréhension, de compréhension et d'application de l'article 223-15-2 du code pénal, tant de la part des enquêteurs que de certains magistrats ».

[4094] Ph. Conte, « Abus de faiblesse et sujétion psychologique », Dr. pén. n°1, 1er janvier 2016, comm. 1.

des procédés d'assujettissement, il encore impossible de lire dans l'esprit d'un auteur déterminé à déstabiliser mentalement sa victime ou d'une victime rendue inapte à mettre en œuvre son libre-arbitre. Il convient alors de repenser la rédaction de l'incrimination, afin de renforcer la légitimité d'une incrimination nécessaire à l'appréhension de comportements à la nocuité évidente. Les commentateurs de 2001 se sont farouchement opposés à l'incrimination qui se révèle pourtant nécessaire. S'ils ont légitimement soulevé les difficultés engendrées par le texte, reste que la difficulté de preuve ici est similaire à celle éprouvée pour la preuve de l'atteinte à l'intégrité psychique, ou encore de l'intention de l'auteur, pour lesquelles on ne retrouve pas autant de contestations doctrinales. Si l'on rejoint les critiques quant à la qualité du texte, nous nous opposons aux théories selon laquelle il ne s'agirait que d'un phénomène de mode[4095] auquel le législateur aurait cédé. La question de la nécessité de l'incrimination face aux nombreux concours évoqués plus tôt demeure cependant. Il y a ici, on l'accorde, une interrogation légitime quant à l'utilité de cet abus de faiblesse *sui generis*. On le verra plus tard, le recours aux incriminations classiques serait insuffisant de *lege lata* pour rendre compte de la gravité des moyens mis en œuvre pour parvenir aux potentiels résultats, déjà incriminés indépendamment. De nouvelles propositions devront alors être formulées.

§2 : La manipulation mentale entraînant une contrainte morale

623. Si le recours à la manipulation mentale par l'auteur de l'infraction est prévu textuellement dans le cas de l'abus de faiblesse *sui generis*, l'emploi d'un tel moyen peut également être décelé dans le cadre d'autres infractions. La répression de la manipulation mentale passe par le biais de notions ayant trait à la domination exercée par l'auteur sur une victime dont la capacité de s'opposer à tout acte abusif est, de fait, anéantie. De ce point de vue, l'hypothèse n'est pas sans rappeler la notion de contrainte morale, cette fois-ci élément constitutif d'infractions sexuelles dont la commission aura été rendue possible par le recours à cette dernière. La contrainte morale semble ainsi dans certaines hypothèses résulter d'une manipulation mentale mise en œuvre par l'auteur (**A**). On verra que là encore, le recours à la notion d'emprise est fréquent, et d'autant plus prégnant dans le contexte intra-familial. Toutefois, si la correspondance entre les notions de manipulation mentale et de contrainte morale devait être acquise, il faudra constater qu'une réécriture des textes serait nécessaire (**B**), permettant de gommer les risques de redondance, mais serait également utile afin de mener une réflexion approfondie sur ces notions délicates à définir.

A- La contrainte morale, une manipulation mentale ?

624. ***Présentation.*** On l'a vu, l'écart entre l'incrimination d'abus de faiblesse et les incriminations sexuelles est parfois particulièrement ténu. Le recours à l'infraction précédemment étudiée est rendu possible par le fait que l'incrimination vise la répression d'un abus largement entendu, pouvant ainsi correspondre à un préjudice extrapatrimonial[4096]. De sorte, si dans certaines hypothèses d'infractions sexuelles, on a pu évoquer la sujétion psychologique, ou parfois estimer que le recours à l'abus de faiblesse *sui generis* aurait été plus indiqué[4097], c'est qu'il existe un lien non

[4095] G.-X. Bourin, *Contribution à l'étude du délit de manipulation mentale préjudiciable*, *op.cit.*, p.206 qui parle d'un délit inutile.
[4096] La loi n'opérant aucune distinction quant au préjudice subi : en ce sens v. S. Plana, *Le prosélytisme religieux à l'épreuve du droit privé, op.cit.*, n°599.
[4097] M. Daury-Fauveau, « Le viol par mensonge (ou casanova, pointure 36 fillette) », D. 2019 p.945.

seulement entre le résultat incriminé, mais également entre les moyens mis en œuvre par l'auteur et par conséquent la victime atteinte. La mise en parallèle de notions nécessite que l'on revienne sur le sens attribué à la notion de contrainte morale.

625. ***Définition de la contrainte morale.*** Les infractions sexuelles visent la protection du consentement des individus[4098]. Ainsi les parlementaires estimaient lors des débats précédant l'adoption du texte que « *l'essentiel dans le crime de viol réside moins dans la réalité de l'acte sexuel que dans le viol du consentement de la victime* » [4099]. C'est la « *liberté de chacun* »[4100] que l'infraction vise à protéger. Lorsque le consentement aura été obtenu au moyen de la contrainte morale prévue par les textes, on considère que le consentement ainsi vicié ne vaut plus. La contrainte doit ainsi résulter d'une cause externe à l'agent. De sorte, si la liberté de l'individu est ainsi annihilée c'est du fait de la domination d'un tiers exercée à son encontre. La contrainte morale est, contrairement aux autres adminicules prévus par le texte, un résultat[4101], un état de la victime dû à un comportement protéiforme de l'auteur. Ce pourquoi elle se confond parfois avec les autres adminicules, véritables moyens prévus par le texte. De sorte, la contrainte morale peut être le résultat de menaces, de violences morales ou de tout autre procédé psychologique tendant à l'abolition de la liberté de consentement de l'individu. La notion de contrainte morale figure par ailleurs au sein d'un autre article du Code pénal, cette fois consacré aux causes subjectives d'irresponsabilité pénale. Mais la contrainte de l'article 122-2 doit s'entendre dans des limites bien plus strictes. En effet, « *Puisqu'elles engendrent une atteinte à la liberté sexuelle, les agressions sexuelles sont constituées dès l'instant que le consentement de la victime n'a pas été libre, sans qu'il soit donc nécessaire – contrairement au cas, différent, de la contrainte de l'article 122-2 du Code pénal – que cette liberté ait été abolie : il suffit qu'elle ait été altérée* »[4102]. Sans cette nuance apportée à l'interprétation de la notion, le risque est grand que les faits d'un individu agissant sous l'effet d'une contrainte morale au sens des articles 222-22 et suivants entraînent *de facto* son irresponsabilité pénale, faute d'élément moral. Hypothèse risquée si l'on considère que les individus adhérant à des mouvements sectaires[4103], ou au sein d'organisations à but terroriste ont fait l'objet d'une manipulation mentale, laquelle s'apparente à la contrainte morale. Il semblerait que la jurisprudence aille en ce sens, car lorsqu'elle admet la contrainte de l'article 122-2 à l'encontre de l'auteur ayant agi sous l'emprise de son gourou, reconnu coupable d'abus de faiblesse à son encontre, elle le fait par le biais d'une formule restrictive et

---

[4098] Concernant les majeurs à tout le moins. Les récentes réformes ayant modifié les infractions sexuelles commises à l'encontre des mineurs tendent à changer ce point de vue avec l'instauration d'une présomption irréfragable de non-consentement du mineur de quinze ans lorsque l'acte sexuel est réalisé par ou sur la personne d'un majeur. D'ailleurs une Décision QPC n°2023-1058 du 21 juillet 2023 semble confirmer cela en ce que le Cons. const. distingue clairement le viol du viol sur mineur, lequel constituerait une infraction à part, ne reposant pas sur une présomption de non-consentement. Ainsi, pour contourner les difficultés soulevées par une telle présomption, semble être opéré un déplacement de la valeur sociale protégée de la protection du consentement à la protection de la moralité des mineurs, à l'image de l'atteinte sexuelle.

[4099] Intervention de D'harcourt, JOAN, 11 avr. 1980, p. 327 cité par A. Darsonville, « Viol », Rep. pén. et de proc. pén., févr. 2020, actualisation oct. 2022, n°23.

[4100] Cass. crim. 5 sept. 1990 n°90-83.786, Bull. crim. n°313, gaz. Pal. 1991. 1. 58, note J.-P. Doucet ; Cass. crim. 5 sept. 1990, nº90-83.786, Bull. crim. n°313 ; D. 1991 p.13, note H. Angevin ; JCP G 1991. II. 21629, note M.-L. Rassat ; RSC 1991 p.348, obs. G. Levasseur.

[4101] A. Darsonville, « Viol », *précit*., n°28 ; Ph. Conte, « Agression sexuelle - Notion de contrainte », Dr. pén. n°11, nov. 2019, comm. 179 : qui place toutefois la surprise dans la même catégorie que la contrainte.

[4102] Ph. Conte, « Agression sexuelle - Notion de contrainte », *précit.*

[4103] A ce titre F. Archer, « L'emprise sectaire appréhendée par les sciences criminelles », Droit pénal n° 9, sept. 2023, étude 17, n°6 souligne qu'en matière de dérives sectaires l'hypothèse est fréquente ce qui rend « La frontière entre victime et coupable […] poreuse ».

strictement liée aux circonstances de la cause[4104]. Ainsi, point d'automaticité « *cet état de soumission mentale ne peut devenir exonératoire de responsabilité qu'à la condition de revêtir les critères de la contrainte* »[4105] au sens de l'article 122-2[4106].

626. ***Contrainte morale et emprise.*** Le caractère protéiforme de la contrainte morale laisse apparaître que l'emprise peut être considérée comme une modalité de la contrainte. Infractions sexuelles et abus de faiblesse *sui generis* se rejoignent sur ce point puisque l'emprise a pu être considérée comme pouvant caractériser l'assujettissement d'autrui[4107]. De sorte que l'individu placé sous emprise peut correspondre à l'hypothèse de la personne en état de sujétion psychologique, comme prévu par l'article 223-15-2, mais aussi à celle de l'individu, qui, sous la contrainte morale[4108] imposée par l'auteur, subit un abus sexuel. Avec la popularisation de la notion d'emprise ayant cours depuis quelques années, on assiste à une hausse des affaires dans lesquelles la notion est employée, et particulièrement dans le cadre d'affaires médiatisées[4109]. On constate de plus un intérêt croissant du monde judiciaire autour de la notion d'emprise[4110]. On note d'ailleurs une apparition plus fréquente du terme en jurisprudence depuis les années 2000. La chambre criminelle ayant ainsi retenu l'emprise d'un père sur son enfant victime de ses abus sexuels comme caractérisant la contrainte morale subie[4111]. C'est d'ailleurs dans ce contexte que le 25 novembre 2019, lors de son discours de clôture du Grenelle contre les violences conjugales, l'ex-Premier ministre Edouard Philippe avait centré son

---

[4104] Rennes, 29 sept. 2017, n°38/2017 ; C. Fonteix, « Contrainte morale résultant de l'emprise d'un gourou », Dalloz actualité, 30 oct. 2017.

[4105] C. Fonteix, « Contrainte morale résultant de l'emprise d'un gourou », *précit.*

[4106] V. égal. F. Archer, « L'emprise sectaire appréhendée par les sciences criminelles », *op.cit.*, n°14 pour qui « cette forme de contrainte n'est généralement pas retenue comme une cause d'irresponsabilité pénale en raison de l'exercice du libre arbitre qui a pu s'exercer au moment de rejoindre le groupe ».

[4107] Comp. *Ibid.*, n°9-10 qui dresse un parallèle entre ce qu'il nomme l' « emprise sectaire » et l'emprise au sein du couple. Mais note quelques « divergences substantielles » aux n°11-12 mais qui ne semblent toutefois déterminer une véritable différence quant au processus global de manipulation mentale ayant cours dans les deux hypothèses. Il note en effet une « notion d'intimité et d'affection entretenue avec le conjoint [qui] n'est pas de nature à éveiller la méfiance de la victime », le recours à la récompense dans le cadre des mouvements sectaires qui n'apparaît pas dans le cadre conjugal, des répercussions sur les enfants mineurs du couple qui n'existeraient pas dans l'hypothèse sectaire (ce qui reste à discuter) et la tendance pour les adeptes de mouvements sectaires victimes à reporter la violence subie sur les autres membres du groupe…

[4108] V. le rapprochement fait entre les deux notions par Min. de la Justice, Haute autorité de santé, Ordre national des médecins, Secret médical et violences au sein du couple. Vade-mecum de la réforme de l'article 226-14 du code pénal, 2020, pp.28-29.

[4109] V. Jaussent, « Violences sexuelles : comment la notion d'emprise « commence à prendre corps » dans le système judiciaire », France Télévisions, 2 mars 2021 ; Y. Bouchez, « La notion d'« emprise » au cœur de l'affaire Ramadan », Le Monde France, 22 mai 2020, p. 9 ; « Procès Tron : « l'emprise » au coeur du réquisitoire », Aujourd'hui en France, éd. principale, 17 février 202, p.11; A. Darsonville, « Comment décrire un processus d'assujettissement ? », Le Monde, 4 février 2020.

[4110] A. Darsonville, « Comment décrire un processus d'assujettissement ? », *précit.* : qui note « des signaux encourageants de la part des magistrats, « Comme le verdict que la cour d'assises de Paris vient de prononcer dans le procès en appel de Georges Tron » ; ou les propos de l'avocat Loïc Guérin ou de l'avocat général « L'emprise, ça n'est pas un mot interdit [...] c'est une réalité, c'est une modalité de la contrainte » dans cette affaire médiatisée : V. Jaussent « Violences sexuelles : comment la notion d'emprise « commence à prendre corps » dans le système judiciaire », *précit.* ; « Procès Tron : « l'emprise » au coeur du réquisitoire », *précit.*

[4111] Ainsi, la Cour de cassation a retenu la contrainte en énonçant « que l'examen des éléments du dossier permet d'établir la réalité d'une emprise quotidienne du père sur ses enfants, également révélée par les examens psychologiques et, que dès lors, cette emprise quotidienne de M. X… sur ses deux enfants caractérise la violence et la contrainte » : Cass. crim. 28 avr. 2011, n°11-80.617 ; Dans une autre espèce, la Cour de cassation confirme cette analyse et souligne que « la contrainte résulte de l'incapacité de la fillette, en raison de son tout jeune âge, six ans lors des premiers faits, à résister à l'emprise de son père et à donner un consentement valable à ses sollicitations » : Cass. crim. 5 déc. 2007, n°07-80.068, D. 2008. Pan. 1861, obs. Ph. Bonfils.

allocution sur la notion d'emprise, la qualifiant « *d'enfermement à l'air libre* »[4112], ou encore comme « *la prise de possession d'un membre du couple par l'autre* »[4113]. Par suite de cela fut ajouté un nouvel alinéa à l'article 226-14, autorisant la levée du secret professionnel pour le professionnel de santé constatant que son patient, victime de violences conjugales « *n'est pas en mesure de se protéger en raison de la contrainte morale résultant de l'emprise exercée par l'auteur des violences* ». De sorte, l'emprise est confirmée dans son statut de modalité de la contrainte morale[4114]. En revanche, on déplore, à la suite d'autres auteurs, que celle-ci ne soit admise que dans l'hypothèse restrictive des violences *stricto sensu*[4115] et l'on ajoutera dans le seul domaine des violences conjugales. On sait que les violences conjugales sont souvent plus largement des violences intra-familiales exercées notamment à l'encontre des enfants du couple. De plus, ces violences doivent être entendues au sens large, puisque l'on sait la récurrence d'infractions sexuelles commises dans cette hypothèse. Ainsi, une auteure souligne que « *Les viols commis sur des victimes mineures sont majoritairement perpétrés dans le milieu familial* ». Or, elle ajoute que dans cette hypothèse, « *l'acte est plus souvent imposé par le recours à la contrainte morale* »[4116]. Le législateur poussé par l'engouement médiatique autour de la notion d'emprise, a souhaité tenir compte de ce phénomène, sans pour autant bien le cerner : il ne l'a pas défini, il n'en a pas pris la mesure réelle en la circonscrivant à un domaine aussi restreint. En effet, l'emprise existe en dehors du cercle familial, et ne permet pas seulement l'accomplissement de violences générales mais également les violences spéciales que constituent les violences sexuelles, d'autant plus grave qu'on ne s'explique pas pourquoi le législateur a circonscrit la levée du secret médical à cette seule hypothèse. L'on comprend que c'est la lutte contre les violences conjugales qui était à l'origine visée par la loi, en réaction notamment au fait que le corps médical ne considère pas les femmes victimes violences conjugales comme des personnes vulnérables pour lesquelles la levée du secret médical ne nécessite pas leur accord. Mais une réflexion plus globale était nécessaire, qui démontre le recours à l'emprise dans d'autres hypothèses notamment de dérives sectaires, mais pas seulement, comme nous l'avons constaté précédemment. Le recours à la notion d'emprise au sein du Code pénal interroge alors. Si l'emprise, notion non juridique, ne constitue qu'une forme de contrainte morale, pourquoi la viser dans un texte aux côtés de celle-ci, alors même que cette première notion suscite déjà des difficultés d'appréciation. Avec les deux notions on se situe plus globalement au sein de mécanismes complexes de manipulation mentale. L'emprise a ainsi pu être décrite comme le processus par lequel un individu se rend « *maître de l'autre par occupation du terrain d'exercice de l'appareil psychique de la victime* »[4117]. Comme ce qui a pu être décrit concernant le phénomène des dérives sectaires, les auteurs notent un processus similaire ayant cours dans le cadre des violences conjugales où ils relèvent une emprise, laquelle s'est installée progressivement *via* une phase dite de séduction, puis un isolement progressif, une surveillance étroite jusqu'au basculement dans la domination la plus totale et la mise en dépendance de la victime. Là encore sont évoqués le recours aux violences, à la peur, aux intimidations[4118]. Ainsi on rejoint l'assujettissement décrit dans le cadre

[4112] V. Jaussent, « Violences sexuelles : comment la notion d'emprise « commence à prendre corps » dans le système judiciaire », *précit.*
[4113] A. Darsonville, « Comment décrire un processus d'assujettissement ? », *op.cit.*
[4114] En ce sens, v. L. Mary, « Présentation de la loi n° 2020-936 du 30 juillet 2020 visant à protéger les victimes de violences conjugales », AJ Famille 2020 p.384 : présentant l'emprise comme une variante de la contrainte morale.
[4115] A. Darsonville, « Comment décrire un processus d'assujettissement ? », *op.cit.*
[4116] A. Darsonville, « Viol », *op.cit.*, n°35.
[4117] L. Daligand, « Emprise dans les violences conjugales et la maltraitance infantile », Journal du Droit de la Santé et de l'Assurance-Maladie (JDSAM), 2021/3, n°30, pp.49-52 : l'auteure est Pr. de médecine légale et psychiatre.
[4118] *Ibid.*

de l'abus de faiblesse *sui generis* : « *Dans chaque rapport d'emprise, l'autre est considéré non plus comme un être humain mais comme un bien, un ustensile, une chose (un objet) mis à sa disposition* »[4119]. Pour Madame le Professeur Darsonville, « *repenser la problématique du non-consentement via le phénomène d'emprise serait une piste intéressante* », pour autant, elle souligne que le caractère protéiforme du processus à l'œuvre n'est pas conciliable avec le caractère général et abstrait de la loi pénale. Pour cela, elle préconise la formation des personnels juridiques à l'identification de ces processus d'assujettissement d'ores et déjà pris en compte par la loi pénale[4120]. En effet, l'assujettissement qu'il soit qualifié de contrainte morale, de sujétion psychologique ou encore d'emprise recoupe toujours le même phénomène global de domination d'un individu sur un autre mis hors d'état d'exercer sa liberté d'opinion, sexuelle ou de consentement. Plutôt que de démultiplier les termes inscrits au sein du code, il conviendrait de prendre conscience de ces recoupements pour s'intéresser plus globalement à ce processus et savoir identifier les hypothèses dans lesquelles il est à l'œuvre.

627. ***Contrainte morale et sujétion psychologique.*** La contrainte est ainsi l'état résultant de comportements non décrits par les textes qui leur sont indifférents : seul compte l'état de la victime peu important les moyens mis en œuvre pour parvenir à ce résultat. C'est pourquoi son appréhension est plus complexe, à l'image de l'état de sujétion psychologique, lequel toutefois s'est vu défini indirectement par les moyens permettant d'y parvenir, au prix de tournures extrêmement large et peu éclairantes. Les deux notions se rejoignent encore par le biais de la notion d'emprise, « *la notion de sujétion psychologique est quant à elle la matérialisation juridique de l'emprise psychologique de la victime* »[4121]. Un psychiatre spécialiste des phénomènes sectaires considère ainsi que placé sous emprise, « *le sujet donne son accord à une procédure, mais il a une méconnaissance de la nature du processus de transformation qu'il va connaître, du résultat final de cette transformation et aussi des finalités des maîtres du jeu* »[4122]. Finalement on le voit, que ce soit la contrainte morale ou la sujétion psychologique, toutes deux pouvant être apparentées à l'état d'emprise, expriment un vice du consentement de la victime.

628. ***Contrainte morale et vulnérabilité.*** En outre, la sujétion psychologique est construite au sein de l'article 223-15-2 comme une forme à part entière de vulnérabilité, cette fois provoquée. Si les infractions sexuelles sont aggravées lorsque la victime est considérée comme vulnérable, il apparaît toutefois que les termes employés ne renvoient qu'à l'hypothèse classique de la vulnérabilité que l'on a appelée « *naturelle* », soit non provoquée intentionnellement par un tiers. L'on pourrait souhaiter l'ajout de cette nouvelle catégorie de personnes vulnérables aux côtés de la catégorie traditionnelle, mais cela introduirait les difficultés liées à l'application de *non bis in idem*, dont l'application a longtemps compliqué[4123] l'appréciation du consentement des mineurs

[4119] *Ibid.* ; V. égal. A. Darsonville, « Comment décrire un processus d'assujettissement ? », *op.cit.*
[4120] A. Darsonville, « Comment décrire un processus d'assujettissement ? », *op.cit.*
[4121] A. Martin, D. Ferro, F. Trichet, « La répression des dérives sectaires en droit pénal », AJ pénal 2021, p.393.
[4122] M. Monroy, psychiatre et fondateur du groupe d'études consacré aux phénomènes sectaires GRAPH, cité par *Ibid*.
[4123] Jusqu'à l'introduction par la loi n°2021-478 du 21 avril 2021, art. 2 d'un nouvel art.222-22-1 du C. pén. prévoyant une contestable présomption irréfragable de non-consentement, quand on pourrait envisager une distinction entre l'absence de consentement pour absence de discernement en la matière (peu important l'âge) et l'aggravation en raison de la vulnérabilité de la victime.

notamment. En effet, la contrainte morale « *suppose l'exploitation de la faiblesse, de la vulnérabilité de la victime pour la forcer à une action sexuelle* »[4124].

B- Une réécriture nécessaire des textes

629. ***Scission du texte d'incrimination***. Si la contrainte morale est majoritairement le moyen de commission de l'infraction envisagé concernant les personnes présentant une vulnérabilité « naturelle » et pourrait, on l'a vu, être envisagée dans l'hypothèse d'une vulnérabilité « *provoquée* », un remodelage des textes devient nécessaire. Pour résoudre la difficulté liée à l'application de *non bis in idem,* et éviter un cumul inapproprié[4125], il faudrait procéder à une réécriture des incriminations d'infractions sexuelles, pour lesquelles l'intervention législative est aussi fréquente que décevante. Ainsi, il pourrait être envisagé de scinder les textes, avec un premier alinéa consacré aux autres adminicules, leur attribuant une peine. Puis prévoir dans un alinéa suivant la prise en considération de la contrainte morale comme autre moyen de commettre l'infraction, moyen faisant toutefois encourir une peine plus lourde. Le recours aux infraction sexuelles est en outre souvent plus intéressant d'un point de vue répressif que l'application de l'abus de faiblesse *sui generis* car les peines encourues sont plus lourdes.

630. ***Articulation avec l'abus de faiblesse***. Les risques de concours d'infractions existant notamment entre les infractions sexuelles ainsi décrites et l'abus de faiblesse rendent également nécessaire un remodelage de la dernière incrimination. On pourrait ainsi imaginer un abus de faiblesse circonscrit aux hypothèses d'abus non déjà incriminés par le biais d'autres incriminations. Ce qui permettrait d'appliquer uniquement les infractions spéciales propres à chaque dommage, en pouvant alors aggraver celles-ci lorsque l'agent aura facilité ou permis la commission de l'infraction par le recours intentionnel de son propre fait ou par l'intermédiaire d'un tiers à la neutralisation de la liberté de penser de la victime, par le recours à des techniques permettant son assujettissement. On le sait, les hypothèses d'abus réprimées actuellement par le texte de l'article 223-15-2 sont larges et balaient l'ensemble du droit pénal des personnes comme du droit pénal des biens, tout en ne se limitant pas aux hypothèses du code pénal[4126]. L'abus perpétré par le biais des incriminations classiques à l'encontre de victimes vulnérables se verrait alors sanctionné par le biais des circonstances aggravantes, lesquelles ne seraient plus restreintes aux victimes vulnérables au sens traditionnel, mais désormais aux victimes dont la vulnérabilité aura été ourdie par un tiers dans l'objectif de la réalisation d'un tel abus. L'aggravation ainsi rendue automatique se justifie par la « *dangerosité* » d'un tel assujettissement pour victime, à la merci d'abus parmi les plus graves. Mais également pour l'entrave à la justice que représente le recours à un tel moyen de commission de l'infraction. En effet, l'agent qui place intentionnellement la victime sous sa domination a pour objectif de faciliter la perpétration des faits délictueux. Mais il profite également de l'état de soumission psychique de la victime pour que l'infraction demeure invisible, l'assujettissement de celle-ci empêchant la possibilité d'une dénonciation des faits. En s'assurant de son emprise sur la victime, l'agent sait que celle-ci n'ira pas

[4124] A. Darsonville, « Viol », *op.cit.*, n°27.
[4125] Puisque la jurisprudence depuis un arrêt Cass. crim., 15 déc. 2021, n°21-81.864, JurisData n°2021-020330 semble avoir inversé le principe et n'admet désormais que deux séries d'exceptions permettant le non-cumul des qualifications, v. nos développements en *supra*, n°127.
[4126] V. par ex. Commet le délit d'abus de faiblesse la prévenue, dirigeante d'un mouvement religieux, qui conduit des personnes en situation de fragilité à différer leurs soins médicaux bien qu'atteintes de maladies sérieuses : Cass. crim., 5 nov. 2019, n°18-84.554, JurisData n°2019-019702 ; Dr. pén. 2020, comm. 1, obs. Ph. Conte.

dénoncer son comportement, que ce soit par crainte, par admiration ou encore parce qu'elle n'a pas conscience d'avoir subi un abus répréhensible. Il rend ainsi son infraction invisible aux yeux de la justice.

631. ***Rejet du recours à la technique de l'infraction-obstacle***. La jurisprudence a pu, dans un arrêt semble-t-il isolé, admettre que la *« soumission suffit à caractériser une situation qui […] a été gravement préjudiciable »*[4127] pour la victime permettant l'application de l'infraction d'abus de faiblesse *sui generis*. Partant, elle semble en faire une infraction-obstacle. Or, on connaît les risques à remonter trop tôt sur l'*iter criminis*. La solution semble d'autant plus problématique eu égard aux difficultés de preuve du recours à la manipulation mentale, mais également à l'état de sujétion de la victime. Certains avaient déjà souligné par ailleurs le risque d'une appréciation large par la jurisprudence de l'incrimination du seul emploi d'une manipulation mentale, qui pourrait entraîner la condamnation indifférenciée du psychanalyste, du confesseur, des commerciaux[4128] agissant dans le cadre habituel de leurs missions, des individus usant de leur influence dans un dessein malveillant. Comment faire la distinction en l'absence de résultat préjudiciable ? Il faudrait pouvoir « *dire où commence la manipulation interdite et de tracer la limite entre les niveaux d'influence acceptables et inacceptables* »[4129]. Les auteurs craignant ainsi la répression de méthodes persuasion[4130] et leur possible instrumentalisation.

Faute de meilleurs modes de preuve en la matière, l'introduction d'une infraction-obstacle semble donc peu souhaitable, et il ne faudrait pas céder aux exemples venus de l'étranger[4131] plaidant pour l'instauration d'une incrimination du « *contrôle coercitif* »[4132], dont l'expression figure depuis peu dans le vocabulaire d'institutions supra-européennes[4133]. Pourtant, la ministre chargée de

---

[4127] Toulouse, 15 sept. 2015, confirmé Crim. 26 oct. 2016, n°15-85.956.

[4128] S. Plana, *Le prosélytisme religieux à l'épreuve du droit privé, op.cit*., n°585 et 594.

[4129] E. Dépret, « Sectes et manipulation mentale : débat public et analyse psychosociale », *in* J.-M. Monteil et J.-L. Beauvois, *La psychologie sociale, vol.5 : Des perspectives pour l'application*, PUG, 2001, p.197 ; S. Plana, *Le prosélytisme religieux à l'épreuve du droit privé, op.cit.*, n°585.

[4130] S. Plana, *Le prosélytisme religieux à l'épreuve du droit privé, op.cit.,* n°585.

[4131] L'Angleterre reconnaît la notion de contrôle coercitif dans le Serious Act Crime de 2015 : *https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2015/9/contents/enacted* et un guide : *https://rightsofwomen.org.uk/wp-content/uploads/2016/03/ROW-%C2%AD-Legal-Guide-Coercive-control-final.pdf* vient apporter des exemples concrets de comportements fautifs : isolement, contrôle des activités sociales, menaces de publier des informations personnelles, etc. ; L'Écosse quant à elle a repris tous les éléments constitutifs du contrôle coercitif dans le Domestic Violence (Scotland) Act adopté en 2018 ; V. Y. Muller-Lagarde, A. Gruev-Vintila, « Violences au sein du couple : pour une consécration pénale du contrôle coercitif », AJ Pénal, mai 2022, p.251, évoquant les législations écossaise, anglaise et irlandaise. Ainsi que plusieurs projets de loi allant également en ce sens, notamment au Canada avec le projet C-202 du 25 nov. 2021 et dans plusieurs états australiens (Tasmanie, Nouvelles-Galles du Sud et Queensland) ; égal. F. Toledo, A. Gruev-Vintila, « Le contrôle coercitif. Repérer les violences au sein du couple dans les interactions et le rapport de pouvoir entre l'auteur et la victime » *in* I. Rome et E. Martinent (dir.), *L'emprise et les violences au sein du couple*, Dalloz, 2021, p.279.

[4132] J. Boccabella, F. Fusil, A. Gruev-Vintila, R. Hu, P. Jourdin et L. Karila-Cohen, « La notion de contrôle coercitif : état des lieux et perspectives », JCP G n°09, 7 mars 2022, 299 : Les auteurs concluent d'ailleurs défavorablement à l'instauration d'une telle incrimination et plaident comme nous en faveur de la prise en compte de celui-ci par le biais de circonstances aggravantes.

[4133] L'expression « contrôle coercitif » a récemment été employée dans une décision de la Cour européenne des droits de l'homme : « L'étude renvoie également à des recherches selon lesquelles la cybersurveillance par des partenaires intimes survient souvent dans le contexte de la violence conjugale et représente une forme de contrôle coercitif » ; Le Parlement européen a adopté une résolution le 6 oct. 2021 : *www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0406_FR.html*, PE, ass. plén., résol. 2019/2166(INI), 6 oct. 2021 introduisant le terme de « contrôle coercitif » dans plusieurs de ses paragraphes. La notion est définie dans son § F : « contrôle coercitif de la part de leur agresseur, caractérisé par l'intimidation, le contrôle, l'isolement et les mauvais traitements ». Elle sera reprise dans la partie « Prévention : formation des professionnels ».

l'égalité entre les femmes et les hommes, a exprimé récemment le souhait de s'inspirer de ces exemples et d'intégrer au sein du Code pénal un nouveau délit dit de « *contrôle coercitif* ». La notion est apparue pour la première fois dans un rapport de l'Assemblée nationale du 13 janvier 2022[4134] et fait l'objet d'une attention grandissante en doctrine[4135], et chez les praticiens[4136]. L'expression de « *contrôle coercitif* » est usuellement présentée comme trouvant son origine dans la littérature féministe des années 1970, avant d'être popularisée par les travaux d'Evan Stark[4137] au début des années 2000[4138]. L'auteur définit la notion comme une « *conduite calculée et malveillante déployée presque exclusivement par les hommes pour dominer une femme, en entremêlant des violences physiques répétées avec [des] tactiques de contrôle tout aussi importantes* »[4139]. L'on saisit là encore le caractère protéiforme du comportement ainsi visé, dont les contours demeurent flous et dont seule transparaît l'intention de son auteur : obtenir la soumission de la victime. Certains soulignaient déjà, évoquant l'emprise, la difficulté à introduire ce type de notion au sein du Code pénal : « *C'est là que le problème se pose : qualifier juridiquement un comportement aux multiples facettes. […] Or, faut-il le rappeler : les magistrats sont des experts du droit, pas du cerveau humain* »[4140].

L'introduction d'une telle incrimination serait toutefois nécessaire pour ses partisans. Dans un premier temps au regard du respect des exigences supranationales. Est en effet invoquée la jurisprudence de la CEDH, qui dans un arrêt Tunikova c./ Russie du 14 décembre 2021[4141] a enjoint l'Etat concerné d'introduire dans sa législation la sanction des « *manifestations de comportement de contrôle et de coercition* ». Exigence qui rejoindrait également les préoccupations du Parlement européen[4142]. Les auteurs évoquent ensuite une lacune du droit pénal, inapte à prendre en compte ce phénomène[4143]. Pourtant, une multitude d'incriminations semblent correspondre aux différents comportements de l'auteur d'un « *contrôle coercitif* ». En effet, cette technique d'asservissement d'un individu est décrite comme la mise en œuvre de divers comportements ayant pour finalité cet

---

[4134] F. Dumas et B. Liso, *Rapport d'information sur les droits des femmes dans le monde et l'application de la convention d'Istanbul*, Assemblée Nationale, 13 janv. 2022, p.65 : qui évoquent la pandémie comme contexte propice à son apparition.

[4135] F. Toledo, A. Gruev-Vintila, « Le contrôle coercitif. Repérer les violences au sein du couple dans les interactions et le rapport de pouvoir entre l'auteur et la victime » *in* I. Rome et E. Martinent (dir.), *L'emprise et les violences au sein du couple*, Dalloz, 2021, pp.270-290 ; J. Boccabella, F. Fusil, A. Gruev-Vintila, R. Hu, P. Jourdin et L. Karila-Cohen, « La notion de contrôle coercitif : état des lieux et perspectives », JCP G n°09, 7 mars 2022, 299 ; Y. Muller-Lagarde, A. Gruev-Vintila, « Violences au sein du couple : pour une consécration pénale du contrôle coercitif », AJ Pénal, mai 2022, p.251.

[4136] F. Toledo, A. Gruev-Vintila, « Le contrôle coercitif. Repérer les violences au sein du couple dans les interactions et le rapport de pouvoir entre l'auteur et la victime », *op.cit.,* p.277 ; Y. Muller-Lagarde, A. Gruev-Vintila, « Violences au sein du couple : pour une consécration pénale du contrôle coercitif », *précit.* : évoquant les formations de l'ENM.

[4137] E. Stark, *Coercive Control : How Men Entrap Women in Personal Life*, Oxford University Press, 2007.

[4138] F. Toledo, A. Gruev-Vintila, « Le contrôle coercitif. Repérer les violences au sein du couple dans les interactions et le rapport de pouvoir entre l'auteur et la victime », *op.cit.*, p.278 ; Y. Muller-Lagarde, A. Gruev-Vintila, « Violences au sein du couple : pour une consécration pénale du contrôle coercitif », *précit.*

[4139] E. Stark, *Coercive Control : How Men Entrap Women in Personal Life*, Oxford University Press, 2007, p.5 cité par F. Toledo, A. Gruev-Vintila, « Le contrôle coercitif. Repérer les violences au sein du couple dans les interactions et le rapport de pouvoir entre l'auteur et la victime » *op.cit.*, p.278.

[4140] I. Steyer, « La défense des femmes victimes de violences conjugales », *in* I. Rome et E. Martinent (dir.), *L'emprise et les violences au sein du couple,* Dalloz, 2021, p.79.

[4141] CEDH, Tunikova et a. c./ Russie, 14 déc. 2021, n°55974/16, 53118/17, 27484/18 et 28011/19.

[4142] Y. Muller-Lagarde, A. Gruev-Vintila, « Violences au sein du couple : pour une consécration pénale du contrôle coercitif », *précit.* : « Le 25 janvier 2022, la directrice de l'Institut européen pour l'égalité entre les hommes et les femmes (EIGE) a indiqué au Parlement européen que l'Institut terminait une étude sur la violence psychologique et le contrôle coercitif, préparée à la demande de la présidence française du Conseil de l'Union européenne ».

[4143] *Ibid.*

aveulissement de la victime et l'affirmation de la domination de son auteur. Les auteurs décrivant le phénomène font état du recours à la violence psychologique, la violence économique, la surveillance et le contrôle sur tout ou partie des activités quotidiennes de la victime directement ou *via* ses enfants, la violence administrative, la violence physique ou encore les violences sexuelles[4144]. Si le Code pénal semble à même d'appréhender nombre de ces comportements pris isolément, les auteurs regrettent qu'aucun texte ne permette une prise en compte globale du phénomène[4145], actant d'une finalité commune à tous ces actes et traduisant ainsi un degré supplémentaire de gravité pour chacune de ces infractions. Ainsi devrait être créée une infraction à l'élément matériel polyforme et dont l'élément moral comporterait un dol spécial, la volonté d'assujettir et de contrôler la victime[4146]. L'on pourrait tracer un parallèle avec l'échec de l'insertion dans le code pénal italien d'une incrimination visant l'assujettissement de la victime. Définie comme relevant de « *toute personne qui usant de pouvoir imposerait à autrui un total état de sujétion* », celle-ci fut censurée par le cour constitutionnelle italienne, en raison de contrariété au principe de légalité[4147]. Pourtant les auteurs favorables à ce nouveau délit persistent et signent, avançant que « *devrait être rapportée l'intention de l'auteur d'exercer un contrôle sur la vie de sa victime et de l'assujettir* »[4148]. Dont la délicate preuve, qu'on est à même de présager, pourrait toutefois découler de « *la nature, la pluralité et/ou la gravité des actes* »[4149] commis. Toutefois, dans le même temps, la doctrine favorable à l'instauration de cette nouvelle incrimination du « *contrôle coercitif* » évoque une matérialité réduite, puisqu'elle la conçoit à « *titre autonome comme infraction de mise en danger* » [4150]. En cela, les auteurs considèrent que ce nouveau délit n'exigerait pas « *la preuve d'une altération effective de la santé de la victime* »[4151], à la différence de l'infraction de harcèlement conjugal à laquelle elle est souvent comparée. Alors que paradoxalement certains précisent qu'« *Il suffira de prouver son état de peur et l'atteinte portée à l'un ou plusieurs de ses droits fondamentaux* »[4152]. On est donc bien au-delà de la simple mise en danger, telle qu'on la conçoit habituellement. En réalité c'est plutôt le danger de mort de la victime que les partisans de ce nouveau délit entendent éviter. C'est en ainsi une forme de prévention qui est visée à travers la l'introduction de cette nouvelle infraction. Pour Madame Hardouin-Le Goff, « *l'admission en droit positif du contrôle coercitif serait un vecteur de prévention des violences conjugales, en ce qu'il est le facteur prédictif de délits mais surtout de crimes* »[4153]. Or, l'on pourrait s'interroger quant à la nature du contrôle coercitif, n'y a-t-il pas déjà une forme de violence conjugale lorsqu'un membre du couple exerce un contrôle et de la domination sur l'autre ? Ou faudrait-il envisager l'infraction un cran plus en amont sur l'*iter criminis*, comme la simple tentative de mise en place d'un schéma de

---

[4144] *Ibid.*

[4145] *Ibid.* ; Interview de C. Hardouin-Le Goff sur le site https://blog.leclubdesjuristes.com/lincrimination-du-controle-coercitif-futur-outil-de-lutte-contre-les-violences-conjugales-par-carole-hardouin-le-goff/

[4146] Interview de C. Hardouin-Le Goff, *op.cit.* ; Y. Muller-Lagarde, A. Gruev-Vintila, « Violences au sein du couple : pour une consécration pénale du contrôle coercitif », *op.cit.*

[4147] V. S. Plana, *Le prosélytisme religieux à l'épreuve du droit privé, op.cit.*, n°582 : à propos du plaggio prévu à l'art. 603 du code pénal italien.

[4148] Interview de C. Hardouin-Le Goff, *op.cit.*

[4149] Y. Muller-Lagarde, A. Gruev-Vintila, « Violences au sein du couple : pour une consécration pénale du contrôle coercitif », *op.cit.*

[4150] Interview de C. Hardouin-Le Goff, *op.cit.*

[4151] *Ibid.* ; Y. Muller-Lagarde, A. Gruev-Vintila, « Violences au sein du couple : pour une consécration pénale du contrôle coercitif », AJ Pénal, mai 2022, p.251.

[4152] Y. Muller-Lagarde, A. Gruev-Vintila, « Violences au sein du couple : pour une consécration pénale du contrôle coercitif », *op.cit.* ; dans le même sens v. Interview de C. Hardouin-Le Goff, *op.cit.*

[4153] Interview de C. Hardouin-Le Goff, *op.cit.* ; Egal. Y. Muller-Lagarde, A. Gruev-Vintila, « Violences au sein du couple : pour une consécration pénale du contrôle coercitif », *op.cit.*

domination sur la victime ? Le risque est grand de réduire l'infraction à son seul élément moral, dont la preuve soulèverait là encore de nombreuses difficultés. Par ailleurs, certains ajoutent que *« le contrôle coercitif permettrait aussi de mieux comprendre pourquoi les femmes victimes de violences conjugales ne quittent pas leur conjoint violent »* [4154], le droit pénal se verrait de surcroît attribuer un rôle éducatif. Allant plus loin encore, certains envisagent l'incrimination comme une porte d'entrée vers « *un état de légitime défense différée* », eu égard au fait qu'elle vise « *une stratégie globale et permanente* » de l'auteur[4155]. Outre le danger de l'admission d'un tel fait justificatif d'une manière générale[4156], en cette hypothèse précise, octroyer une telle cause d'irresponsabilité en réponse à une incrimination-obstacle dont les contours restent de surcroît délicats à déterminer apparaît peu souhaitable. Il conviendrait cette fois pour le législateur d'éviter la création d'une nouvelle incrimination à la « *matérialité fuyante* »[4157] et de sorte l'emploi du droit pénal comme « *une réponse peu coûteuse et assez rapide à un problème social* », quand il faudrait plutôt s'attaquer *« aux causes du phénomène »*[4158]. Si la gravité du phénomène rend légitime son appréhension par le droit pénal, le choix du recours à une nouvelle incrimination et/ou à une infraction-obstacle est à proscrire. Là encore, c'est plutôt la création d'une nouvelle circonstance aggravante qu'il convient de privilégier[4159], sans qu'elle soit restreinte au contexte des violences conjugales mais puisse englober tout ce qui, en dehors de ce contexte, rejoint notre hypothèse de départ : la commission de l'infraction par le recours aux moyens de manipulation mentale.

§3 : La manipulation mentale, cause du suicide contraint

632. Enfin, il apparaît que l'on puisse déduire de la lettre d'autres textes du Code pénal que le comportement employé recourt à la manipulation mentale. On recense deux nouvelles hypothèses dans lesquelles ce comportement aura abouti à un suicide ou une tentative de suicide de la victime, contrainte par l'annihilation de son libre-arbitre, à attenter à sa propre vie. On évoque là la provocation au suicide (**A**), mais également la nouvelle hypothèse du suicide dit « *forcé* » (**B**), incriminé par le biais d'une circonstance aggravante ajoutée à certaines incriminations de harcèlement.

A- Le suicide provoqué

633. ***Une manipulation mentale.*** L'article 223-13 réprime le fait de « *provoquer au suicide d'autrui* ». Si la simple incitation a été exclue dès l'élaboration du texte[4160], c'est que

---

[4154] *Ibid.*
[4155] Interview de C. Hardouin-Le Goff, *op.cit.*
[4156] L'auteur le justifie par le caractère continu de l'infraction ainsi décrite, l'on craint alors que l'hypothèse fasse des émules.
[4157] V. Malabat, « Les infractions inutiles. Plaidoyer pour une production raisonnée du droit pénal », *in* V. Malabat, B. de Lamy, M. Giacopelli (dir.), *La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale. Opinio doctorum*, Dalloz, 2009, p.75.
[4158] *Ibid.*
[4159] En ce sens v. J. Boccabella, F. Fusil, A. Gruev-Vintila, R. Hu, P. Jourdin et L. Karila-Cohen, « La notion de contrôle coercitif : état des lieux et perspectives », JCP G n°09, 7 mars 2022, 299 ; égal. qui propose cette alternative v. Interview de C. Hardouin-Le Goff, *op.cit.*
[4160] M. Daury-Fauveau, *Droit pénal spécial*, CEPRISCA, 2010, n°188, p.176 : « Les travaux parlementaires de la loi de 1987 montrent que le législateur n'a eu de cesse de vouloir encadrer strictement le délit afin d'éviter des dérives. Il a ainsi préféré le verbe provoquer à celui d'inciter car le second pourrait inclure le simple conseil, contrairement au premier, dont le sens implique une coercition plus grande » ; J. Borricand, « La répression de la

l'incrimination requiert une véritable intrusion de l'auteur dans l'esprit d'une victime plus apte à réfléchir par elle-même. « *Provoquer* » en l'espèce renvoie à « *Faire naître, être à l'origine de* »[4161], car c'est bel et bien l'auteur de l'infraction qui doit avoir fait émerger dans l'esprit de la victime l'idée d'attenter à sa vie. Un auteur intègre ainsi l'étude de l'infraction au sein d'une section consacrée aux actes de prosélytisme, cette dernière notion qu'il définit comme le « *zèle déployé pour convaincre autrui de penser ou faire quelque chose* »[4162]. L'idée est ici d'user de tous les moyens pour « *tenter d'imposer ses convictions* »[4163] à la victime. Les moyens employés par l'auteur ne sont pas précisés par le texte[4164], lequel doit donc s'apprécier largement : l'auteur pourra recourir à des menaces, des promesses, mais également, et c'est ce qui nous intéresse ici, à la manipulation mentale. La doctrine définit d'ailleurs la provocation comme le recours à des procédés s'apparentant à ce processus psychique. Ainsi, la provocation peut s'entendre d'une « *pression psychologique* »[4165], ou encore d'« *une emprise intellectuelle ou morale sur autrui, qui le pousse à prendre une décision que, seul, il n'aurait pas prise* »[4166]. Selon un rapporteur de l'Assemblée nationale, l'incrimination a de sorte été conçue pour lutter contre « *la manipulation volontaire de la liberté psychique d'un être humain dans le but de motiver en lui la réalisation d'une action* »[4167]. La victime ne prend pas librement la décision de se suicider[4168]. Là, comme dans les infractions précédentes, se retrouve l'idée d'une annihilation de la liberté de la victime par un auteur qui « *cherche à porter atteinte à l'autonomie personnelle* »[4169].

634. ***Conflit avec l'art. 223-15-2***. Ressurgit l'idée d'une « *emprise [par laquelle il entend] faire échec au libre arbitre* d'autrui »[4170]. La jurisprudence quant à elle renvoie parfois à l'idée de « *manœuvres* »[4171] de l'auteur ou au « *caractère contraignant* »[4172] de sa provocation. Avec ces notions on retrouve le vocabulaire employé pour décrire la sujétion psychologique. L'idée d'un possible concours d'infraction avec la manipulation mentale préjudiciable incriminée à l'article 223-15-2 réapparaît alors, le suicide pouvant être entendu comme l'acte gravement préjudiciable imposé à la victime. Cette hypothèse est d'autant plus plausible qu'elle correspond au fait divers ayant choqué l'opinion, celui d'une secte dont les adeptes ont été conduits au suicide collectif, dont les parlementaires se sont saisis pour accélérer la création d'une incrimination traitant des dérives sectaires. Mais le texte de la provocation au suicide, prévoit une peine d'amende bien inférieure à celle prévue par l'abus de faiblesse[4173]. Or, on pourrait penser que c'est la provocation au suicide qui

---

provocation au suicide, de la jurisprudence à la loi », JCPG 1988, I.3359 ; M. Janbrel, « Commentaire de la loi numéro 87-1133 du 31 décembre 1987, tournant à réprimer la provocation au suicide ? », AMD, 1988, I,171.

[4161] Dictionnaire du CNTRL : https://www.cnrtl.fr/definition/provoquer.

[4162] E. Dreyer, *Droit pénal spécial*, *op.cit.*, n°1299.

[4163] Dictionnaire du CNTRL : https://www.cnrtl.fr/definition/prosélytisme.

[4164] Ph. Conte, *Droit pénal spécial*, *op.cit.*, n°31.

[4165] J. Pradel, M. Danti-Juan, *Droit pénal spécial*, *op.cit.*, n°125.

[4166] A. Lepage, « Fasc. 54 : provocation au suicide et propagande ou publicité en faveur de moyens de se donner la mort », art. 223-13 à 223-15-1, JCl Communication, 22 mai 2015, mise à jour du 7 déc. 2015, n°14.

[4167] M. Daury-Fauveau, *Droit pénal spécial*, *op.cit.*, n°188 p.176, citant les propos d'un rapporteur de l'Assemblée nationale.

[4168] E. Dreyer, *Droit pénal spécial*, *op.cit.*, n°1301.

[4169] A. Lepage, « Fasc. 54 : provocation au suicide et propagande ou publicité en faveur de moyens de se donner la mort », *précit.*, n°14.

[4170] *Ibid.*

[4171] Cass., crim., 5 mars 1992 ; Gaz. Pal. 1993. 2. Somm. p.486.

[4172] T. corr. Lille, 5 avr. 1990, JurisData n°1990-048138 ; Dr. pén. 1991, comm. 196, obs. M. Véron ; D. 1993, somm. p.14, obs. G. Azibert ; RSC 1993, p.325, obs. G. Levasseur.

[4173] 45 000 contre 375 000 euros d'amende pour l'abus de faiblesse.

s'appliquerait en raison de l'adage *specialia generalibus derogant*[4174]. En effet, si les deux hypothèses renvoient à un comportement supposant la manipulation mentale d'un tiers afin d'obtenir de lui un acte qu'il n'aurait autrement pas commis, les textes diffèrent quant à cet acte. L'abus de faiblesse vise largement tout acte (positif ou négatif) gravement préjudiciable, alors que la provocation au suicide vise spécifiquement le suicide dont on ne peut douter qu'il peut relever de la qualification d'acte gravement préjudiciable.

635. ***Difficultés***. Les difficultés résultant de l'invisibilité ressurgissent là encore, s'agissant d'un procédé insidieux exercé à l'encontre du psychisme de la victime, la preuve des faits s'avère en effet délicate en pratique. C'est ici le lien causal entre des propos ou un comportement de l'auteur, qu'il faudra déjà parvenir à prouver, et le passage à l'acte de la victime qui soulève le plus de difficultés. Le garde des sceaux lors de l'élaboration de la loi évoquait d'ailleurs « *ce lien de causalité, […], demeure, on le sait l'élément le plus difficile, je dirai même le plus souvent impossible à cerner lorsqu'il s'agit de suicide* », s'appuyant sur des travaux en psychiatrie démontrant l'inaptitude de la science à déterminer les causes précises d'un suicide[4175]. Pour autant la répression du comportement incriminé s'avérant nécessaire eu égard à la gravité et l'insidiosité de celui-ci, le législateur est donc passé outre cette difficulté. Cependant la rédaction large du texte engendre des difficultés, à ce jour irrésolues, quant à l'appréciation de ce lien causal. L'auteur peut-il n'avoir causé qu'indirectement le passage à l'acte de la victime ? Une provocation indirecte correspond à l'hypothèse dans laquelle elle tendrait seulement « *à susciter non pas l'entreprise criminelle mais un mouvement d'opinion de nature à créer à son tour un état d'esprit susceptible de permettre la naissance de l'entreprise criminelle* »[4176]. Appliquée à la provocation au suicide, cela supposerait alors « des *comportements ayant créé chez la victime un état psychique – stress, honte, humiliation, mélancolie – qui l'aurait amenée à se suicider* »[4177]. Une grand partie de la doctrine s'oppose[4178] légitimement à une telle solution, à laquelle la jurisprudence semble se rallier[4179]. C'est le suicide de la victime que l'auteur vise et non seulement une altération de sa santé psychique. Entre alors en considération l'intention de l'auteur, ce dernier doit avoir eu l'intention de pousser la victime au suicide, ce que la provocation directe démontrera aisément. En revanche s'il a usé de moyens détournés pour altérer la santé mentale de la victime, il ne pourrait se voir appliquer l'article 223-13 que s'il a agi délibérément dans l'objectif que cette dernière, plongée dans un état dépressif sévère en vienne à l'autodestruction. L'exigence d'une causalité directe apparaît alors comme un palliatif à une difficulté de preuve de l'intention de l'auteur puisqu'on ne peut nier que cette dernière hypothèse correspond tout à fait à l'esprit du texte[4180]. La question reste cependant en suspens, d'autant que le législateur a introduit une nouvelle circonstance aggravante

[4174] Uniquement dans l'hypothèse d'une personne agissant seule, l'art. 223-15-2 semblant présenter une spécificité lorsque l'acte a été commis au sein d'un groupement.
[4175] C. Claverie-Rousset, « Fasc. 20 : provocation au suicide », Jcl Pénal Code, 10 juill. 2016, n°24, citant le garde des Sceaux, A. Chalandon, lors des travaux préparatoires à la loi de 1987.
[4176] L. Hugueney, RSC 1954, p.763, obs. sur Cass. crim., 25 févr. 1954.
[4177] A. Lepage, « Fasc. 54 : provocation au suicide et propagande ou publicité en faveur de moyens de se donner la mort », *op.cit.*, n°15.
[4178] *Ibid*.
[4179] CA Paris, ch. 11, sect. B, 26 oct. 1995, n°3692-95, JurisData n°1995-023405 ; *Contra* TGI Saint-Omer, 21 déc. 2007, n°07/6258, Bull. inf. C. cass. 1er avr. 2008, n°679 et n°604.
[4180] V. A. Lepage, « Fasc. 54 : provocation au suicide et propagande ou publicité en faveur de moyens de se donner la mort », *op.cit.*, n°15 : en ce sens, qui énonce que « tout comportement offensant, malveillant à l'égard d'une personne qui finit par se suicider ne saurait constituer une provocation au suicide sauf à établir que c'est à cette fin précise que l'agent a agi ainsi ».

concernant certaines hypothèses de harcèlement moral, lesquelles correspondent trait pour trait au cas de la provocation indirecte au suicide.

B- Le suicide forcé

636. ***Origines du texte***. Par une loi de 2020[4181], le législateur a souhaité renforcer la lutte contre les violences conjugales en complétant l'arsenal juridique avec l'incrimination d'hypothèses dans lesquelles un climat de violences psychologiques exercées par un conjoint sur l'autre a conduit au suicide de ce dernier[4182]. La répression sur le fondement d'incriminations préexistantes s'était jusqu'alors trouvée empêchée par la difficile visibilité du lien causal pouvant exister entre le passage à l'acte de la victime et le climat de violences exercé par le conjoint[4183]. Cette hypothèse dite du « *suicide forcé* » a ainsi été consacrée par une nouvelle circonstance aggravante de l'infraction de harcèlement au sein du couple[4184]. Deux ans plus tard, le législateur a fait de même dans le cadre du harcèlement scolaire[4185].

D'après les articles 222-33-2-1 et 222-33-2-3, le suicide forcé correspond donc à un harcèlement, se traduisant par des propos ou comportements répétés, ayant pour objet ou pour effet une dégradation des conditions de vie de la victime, se traduisant par une altération de sa santé physique ou mentale ayant conduit cette dernière à se suicider ou à tenter de se suicider. Au sens courant forcer autrui renvoie à le contraindre, le « *mettre dans la nécessité d'accomplir une action* » ou encore « *imposer contre son gré* »[4186]. Ainsi l'auteur a créé les conditions, un état dépressif, une altération de la santé mentale de la victime, la rendant incapable de percevoir une autre issue salvatrice que le suicide. On rejoint l'idée d'une victime dont le libre-arbitre est annihilé par la domination exercée par un tiers sur son esprit. On retrouve donc bien l'hypothèse de la causalité indirecte envisagée dans le cadre de la provocation au suicide. C'est d'ailleurs notamment pour parer à la difficulté d'application de l'infraction de provocation au suicide que le suicide forcé a vu le jour, afin de contourner les exigences d'une provocation directe au suicide, ou la preuve de l'intention de provoquer la victime au passage l'acte en cas de causalité indirecte. Or, une telle intention est si subreptice que sa preuve est extrêmement délicate à rapporter en pratique.

637. ***Conflits de qualification***. Le texte apparaît finalement comme un texte spécial, dont l'application devra primer face aux éventuels concours avec les infractions de provocation au suicide, ou encore de coups mortels autrefois envisagés dans cette hypothèse[4187], s'agissant de

---

[4181] Loi n°2020-936 du 30 juillet 2020 visant à protéger les victimes de violences conjugales, art. 9.

[4182] Suite notamment à la proposition formulée par le groupe de travail sur les violences psychologiques et l'emprise co-dirigé par Y. Mellul et H. Furnon-Petrescu. Composé de F. Brié, V. Dontenwille, N. Henry, M.-F. Hirigoyen, J. Leclercq, Maître M.-K. Yang Paya, M. Nectoux, C. Picard, H. de Ponsay, Pr. F. Thibaud.

[4183] V. Wester-Ouisse, « De l'incrimination du suicide d'un conjoint, dit « suicide forcé » », JCP G n°51, 16 déc. 2019, p.1351 ; V. égal. un arrêt Cass. crim., 21 juin 2016, n°15-84.666 dans lequel les poursuites fondées sur les coups mortels ont échoué ; de même v. Cass. crim., 13 nov. 2018, n°18-80.374, JurisData n°2018-020197 pour l'incrimination de harcèlement.

[4184] C. pén., art. 222-33-2-1.

[4185] Loi n°2022-299 du 2 mars 2022 visant à combattre le harcèlement scolaire, art. 11, complétant l'art. 222-33-2-3 C. pén.

[4186] Dictionnaire du CNTRL : https://www.cnrtl.fr/definition/forcer.

[4187] C. Duvert, « Fasc. 20 : Harcèlement moral », Art. 222-33-2 à 222-33-2-2, Jcl Pénal Code, 11 janv. 2022, mise à jour du 5 déc. 2022, n°42. ; C. Duvert, note ss Cass. crim., 13 nov. 2019, n° 18-85.367 : JurisData n° 2019-020275 ; D. 2020. p. 916 ; D. Guirimand, « Droit pénal et droit du travail », *in* J.-C. Saint-Pau (dir.), *Droit pénal et autres branches du droit. Regards croisé*, Cujas 2012.

réprimer des violences psychologiques ayant entraîné la mort sans intention de la donner. Le suicide forcé fait encourir une peine bien supérieure à celle prévue dans le cadre de la provocation au suicide[4188], en revanche, elle ne franchit pas la barre criminelle comme l'infraction de coups mortels l'aurait permis. A ce titre, la différence de gravité entre les deux qualifications interroge. Face à des violences psychologiques ayant entraîné la mort sans intention de la donner, pourquoi l'infraction intentionnelle de provocation au suicide serait moins sévèrement punie ? Le modèle des coups mortels pensé à l'origine pour les violences physiques trouve ici ses limites face au texte plus récent de la provocation au suicide. Pourtant, ce dernier incrimine le comportement de l'agent ayant usé de stratagèmes psychologiques pour déterminer la victime à se donner la mort. Son comportement semble pourtant plus grave en ce que l'agent souhaite la mort de la victime. Après tout, ne pourrait-on pas considérer que l'agent qui met intentionnellement en place un processus délétère atteignant la santé mentale de la victime dans l'optique qu'elle s'ôte la vie ne commet un homicide sans même se salir les mains ? En quoi la « *dangerosité* » de l'individu qui use de la manipulation mentale plutôt que de ses mains pour attenter à la vie d'autrui serait-elle moindre ?

Quoiqu'il en soit, avec cette nouvelle incrimination plus besoin de s'interroger quant à l'intention de l'auteur. A la manière du harcèlement simple qui traite le harceleur intentionnel de la même façon que le harceleur « *imprudent* »[4189], seule compte désormais la démonstration du lien causal pouvant exister entre le comportement de l'auteur et le passage à l'acte de la victime. Sans doute se trouve là encore un moyen de contourner les difficultés de preuve d'une intention encore et toujours difficile à saisir. Ou s'agit-il d'assimiler à l'intention les imprudences les plus intolérables ? Quoiqu'il en soit l'incrimination semble réduite à sa seule matérialité, laquelle demeure délicate à établir dans les hypothèses de suicide de la victime. Lors de l'élaboration du texte les parlementaires évoquaient déjà leurs craintes à ce sujet. Ainsi, dans son rapport, la commission des lois exprimait craindre « *que le lien de causalité entre le harcèlement et le suicide soit difficile à prouver et que les condamnations prononcées sur ce fondement soient finalement assez rares* »[4190] ce qui n'a pas empêché le législateur de réitérer deux ans plus tard dans l'hypothèse du harcèlement scolaire.

638. ***Une manipulation mentale ?*** Si l'on en revient à une étude globale du recours à la manipulation mentale comme moyen de commission de l'infraction, le suicide forcé interroge. Le harcèlement ayant conduit au passage à l'acte de la victime constitue-t-il une manipulation mentale à l'image de celles découvertes dans les incriminations précédemment étudiées ? La manipulation mentale telle que nous l'avons étudiée jusqu'alors correspond à l'emploi de manœuvres destinées à déstabiliser la victime, à altérer son jugement, pour la pousser à agir conformément aux attentes du manipulateur, alors qu'elle n'aurait pas agi ainsi d'ordinaire. Alors que le harcèlement tel que décrit par le législateur consiste à adopter un comportement entraînant une dégradation de la santé mentale de la victime, sans pour autant que l'agent espère induire un comportement particulier chez la victime. Son seul objectif réside, dans l'hypothèse où l'acte est intentionnel, dans l'atteinte à l'intégrité psychique de la victime. Alors que dans les infractions étudiées précédemment et commises au moyen de la manipulation mentale, cette atteinte est un passage obligé pour permettre l'asservissement de la victime et partant la commission de l'abus visé originellement. Avec l'ajout de la circonstance

[4188] Dix ans d'emprisonnement et 150 000 € pour le « suicide forcé » contre 3 ans et 45 000 euros d'amende pour la provocation au suicide.
[4189] Les textes incriminent les « propos ou comportements répétés ayant **pour objet ou pour effet** une dégradation de ses conditions de vie » sans distinguer les situations.
[4190] M. Mercier, *Proposition de loi visant à protéger les victimes de violences conjugales, Rapport n°482*, Sénat, 3 juin 2020, p.12-13.

aggravante concernant les victimes ayant attenté à leur vie, on voit ressurgir l'hypothèse de la manipulation mentale. On pourrait identifier un tel procédé lorsque le harcèlement aura été intentionnellement perpétré par l'auteur dans l'objectif de créer les conditions favorables au passage à l'acte de la victime. Il n'y a ainsi manipulation mentale que lorsque l'agent a dès l'origine l'intention de pousser la victime au suicide, comme c'est le cas avec l'incrimination de la provocation au suicide. L'agent emprunte un chemin détourné, plus sournois et partant moins visible pour atteindre le résultat espéré : la mort de la victime. L'on peut d'un point de vue pragmatique comprendre que le législateur ait souhaité permettre la répression du suicide causé par le harcèlement, quand bien même ces conséquences désastreuses n'auront pas été souhaitées par l'agent. Il convient toutefois de bien distinguer l'auteur qui use intentionnellement du harcèlement pour causer le décès de la victime tout en se dissimulant derrière des procédés opacifiant le lien causal entre son comportement et le passage à l'acte. L'incrimination de la provocation au suicide semblerait dans son cas plus adaptée, mais la peine encourue est moindre alors que le comportement est d'une gravité supérieure et demeure la difficulté de la preuve de l'intention. Finalement, comparé aux incriminations classiques, l'individu qui souhaite attenter à la vie de sa victime, en recourant à la manipulation mentale afin qu'elle se donne elle-même la mort, s'apparente à l'auteur d'un homicide intentionnel. Quand en revanche celui qui souhaite porter atteinte à l'intégrité psychique de la victime, use de violences psychologiques ayant pour conséquence le suicide de cette dernière, a plutôt trait à l'auteur de coups mortels. La doctrine a relevé les multiples conflits de qualification potentiels entre le harcèlement et les incriminations plus courantes, mais il semble que le législateur ait privilégié l'affichage politique et le contournement des difficultés de preuve induites par le recours aux qualifications déjà existantes.

Conclusion de la section

639. Plutôt que de retravailler l'arsenal juridique déjà existant, le législateur a tendance à multiplier les qualifications. On l'aura constaté au long de cette section, le recours à la manipulation mentale comme procédé de commission d'une infraction engendre de multiples conflits de qualifications[4191]. D'où notre proposition de créer une circonstance aggravante à greffer sur les infractions déjà existantes, plutôt que d'opter pour une infraction « *fourre-tout* »[4192] comme l'abus de faiblesse *sui generis*. D'autant que l'infraction, qui ne correspond pas à l'hypothèse originelle d'abus de faiblesse, constitue une infraction à part au sein de l'article 223-15-2 et dont la portée est compromise par une rédaction mal comprise par les magistrats et qui ne révèle pas le potentiel répressif souhaité par le législateur. En outre, la répression du recours à la manipulation mentale ne souligne pas toujours le caractère pernicieux d'un tel comportement, au moins aussi « *dangereux* »[4193] que d'autres comportements, eux, bien visibles. Par ailleurs, on l'a constaté, la manipulation mentale a été expressément envisagé dans l'hypothèse de l'abus de faiblesse, mais elle peut être à l'œuvre dans maintes autres qualifications. Les auteurs pouvant user de cet artifice pour pousser les victimes à accepter ou commettre une multitude d'actes. D'ailleurs, il convient de rappeler que l'ancien article 60 du code pénal, prévoyait en son premier alinéa que l'instigateur d'une infraction pouvait provoquer

[4191] V. not. S. Plana, *Le prosélytisme religieux à l'épreuve du droit privé, op.cit.*, n°547 : estimant que « la législation existante était sans doute suffisante pour réprimer l'ensemble des agissements délictuels commis par les mouvements religieux ». Ainsi, le législateur aurait pu se contenter d'améliorer l'arsenal répressif.
[4192] Ph. Conte, *Droit pénal spécial*, *op.cit.*, n°283.
[4193] Puisque le terme attire l'attention du législateur…

un tiers à celle-ci en recourant à des « *machinations et artifices coupables* »[4194]. Ainsi, l'auteur de l'infraction principale aura pu être déterminé dans son action par la manipulation exercée par l'auteur moral de celle-ci. C'est d'ailleurs une hypothèse tout à fait semblable que les juges ont eu à débattre concernant la victime sous emprise d'un gourou, laquelle avait été poussée à commettre des infractions sexuelles[4195]. L'hypothèse de la commission d'une infraction par le recours à la manipulation mentale est donc à envisager largement et non seulement restreinte à une infraction expressément désignée[4196].

L'articulation de l'ensemble des infractions étudiées est ainsi à repenser autour d'un unique article consacré à la répression du recours intentionnel à l'assujettissement de la victime ayant conduit à un acte gravement préjudiciable qui ne serait pas incriminé indépendamment par le code pénal. Hypothèses telles que le viol ou encore l'escroquerie, lesquelles se verraient assortir une nouvelle circonstance aggravante résultant du recours à l'emprise comme moyen de commission de l'infraction. La gravité du moyen employé par l'agent pourrait de sorte être soulignée, en tant qu'elle facilite ou permet la commission d'infractions, mais également qu'elle contribue bien souvent à invisibiliser l'infraction, d'abord aux yeux de la victime, et partant aux autorités judiciaires.

Ce comportement délétère, profite d'une certaine invisibilité pour porter atteinte à de nombreuses valeurs protégées par le Code pénal tout en restant à l'abri des poursuites et nécessite pour cela l'attention du législateur afin d'en prendre toute la mesure et d'adapter en conséquence la répression pénale. En revanche, si l'assujettissement de la victime doit être pris en compte, il est préférable de ne pas réprimer ce comportement en lui-même. La nocuité du recours à des procédés invisibles ne doit pour autant autoriser le recours à des incriminations rédigées dans l'urgence, au mépris des principes les plus fondamentaux du droit pénal. Le recours à la manipulation mentale doit être envisagé seulement comme moyen de commission d'une infraction et non en lui-même. En cela, le recours à une répression anticipée n'est pas souhaitable, et repose sur l'idée galvaudée d'une prévention répressive, alors que la prévention, nécessaire en la matière, doit avant tout passer par une meilleure connaissance du phénomène et sa large diffusion à la population[4197]. Là encore, la matière pénale ne doit être envisagée comme le remède à tous les maux, il convient de rejeter « *l'usage incantatoire de la loi pénale qui aboutit à la création d'infractions en réponse à des phénomènes sociaux ayant suscité un certain émoi sans que toutefois la réaction pénale n'ait été pensée et pesée ni qu'elle paraisse utile* »[4198].

Le procédé est aujourd'hui considéré comme tellement « *dangereux* » que le gouvernement envisage d'intervenir de manière préventive par le biais d'une infraction-obstacle résultant en la simple répression de la mise en état de sujétion de la victime. Les difficultés de preuve qui en résulteraient tant pour établir la manipulation exercée par l'auteur que l'état de sujétion en résultant pour la victime[4199] seraient certainement à l'origine soit d'une désuétude – souhaitable – de

---

[4194] Anc. c. pén., art. 60 : « Seront punis comme complices d'une action qualifiée crime ou délit ceux qui, par dons, promesses, menaces, abus d'autorité ou de pouvoir, machinations ou artifices coupables, auront provoqué à cette action ou donné des instructions pour la commettre ».

[4195] Rennes, 29 sept. 2017, n°38/2017 ; C. Fonteix, « Contrainte morale résultant de l'emprise d'un gourou », Dalloz actualité 30 octobre 2017.

[4196] V. S. Detraz et L. Saenko, « L'article 222-22-2 du Code pénal, hypothèse d'emprunt de matérialité », Droit pénal n° 1, janv. 2014, étude 1 : qui regrettent l'expression de l'ancien art.60 au nom de son utilité dans l'appréciation de la contrainte au sien des infractions sexuelles.

[4197] S. Plana, *Le prosélytisme religieux à l'épreuve du droit privé, op.cit.*, n°655.

[4198] V. Malabat, « Les infractions inutiles. Plaidoyer pour une production raisonnée du droit pénal », *op.cit.*, p.72.

[4199] Si tant est que le législateur ne se contente de réprimer la tentative de mise en état de sujétion…

l’incrimination voire d’une élasticité de la qualification, appliquée au gré des velléités répressives des juges saisis, pour une justice rendue toute aussi déceptive pour les victimes.

Conclusion du chapitre

640. Finalement, constat est fait que le champ des comportements invisibles est plus vaste qu'il n'y paraît. Si on avait pu le pressentir eu égard au phénomène de dématérialisation touchant les infractions contre les biens, il faut souligner que l'invisible a toujours trouvé place au sein des comportements réprimés par le code pénal, notamment lorsque l'auteur a recours à des moyens psychologiques pour permettre la commission de l'infraction. Il convient alors d'en prendre pleine conscience et de retravailler les définitions insuffisamment claires afin de permettre l'appréhension de l'ensemble de ces comportements. Une notion mieux définie permettra alors une avancée sur le plan probatoire, mettant le juge plus à même de déterminer l'objet de la preuve du comportement invisible. On constate par ailleurs une inquiétude grandissante du législateur face à certains modes invisibles de commission des infractions. Si la manipulation mentale *lato sensu* fait l'objet d'une attention grandissante eu égard à ses implications dans le contexte des violences conjugales, c'est en outre le numérique qui représente un véritable enjeu pour le législateur depuis maintenant plusieurs décennies. La multiplication des interventions législatives ces dernières années, notamment dans le domaine des infractions sexuelles commises au moyen du numérique témoigne d'une appréhension ambivalente de ce dernier. Si le législateur avait pu dans un premier temps afficher « *la volonté de ne pas « jeter le discrédit sur le recours aux méthodes modernes de communication comme internet ou le minitel » voir éviter de « donner l'impression d'une frilosité, voire d'une méfiance du législateur à l'égard de ces procédés modernes de communication »* »[4200]. Certains relèvent que les dernières avancées législatives en matière d'infractions sexuelles commises *via* le numérique tendent à réintroduire « *la fuyante notion de mœurs que le nouveau Code pénal avait tenté d'abolir* »[4201] notamment face au caractère anticipé ou formel de la répression des nouvelles incriminations, ou à l'élasticité induite par leurs rédactions ambiguës. Le numérique pourrait ainsi apparaître « *diabolisé* »[4202], mais l'initiative paraît tout à la fois « *privée de toute crédibilité dès lors qu'elle s'avère limitée aux infractions sexuelles. Sauf à considérer que la loi pénale ne tend pas à protéger une valeur essentielle mais à répondre à une crainte de la population à un moment donné, voire aux attentes d'un groupe de pression* »[4203]. Il faut dire que le numérique ne doit être perçu comme une menace en lui-même, il convient seulement d'acter sa capacité à faciliter, multiplier et/ou invisibiliser certains comportements délictueux. Il représente les avancées tout comme les enjeux de demain, d'où la nécessité d'une rédaction rigoureuse des textes, prenant en compte le numérique comme un des moyen de commettre les actes réprimés, et dont une juste souplesse permettra leur adaptabilité aux évolutions que nous réservent un futur faisant la part belle au virtuel[4204].

[4200] A.-S. Chavent-Leclère, « Le renouveau des infractions sexuelles à l'ère d'internet », *in Mélanges en l'honneur d'Yves Mayaud, Entre tradition et modernité, le droit pénal en contrepoint*, Dalloz, 2017, p.343.
[4201] *Ibid*., p.353.
[4202] D'après l'expression de E. Dreyer, « Notations sur l'éclatement des circonstances aggravantes », *in* V. Malabat, B. de Lamy, M. Giacopelli (dit.), *La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale, Opinio doctorum*, Dalloz, 2009, p.67.
[4203] E. Dreyer, « Notations sur l'éclatement des circonstances aggravantes », *op.cit*., p.67.
[4204] V. Cantat-Lampin, « Les atteintes à la personne par le biais des communications électroniques. Une réponse imparfaite du droit pénal », *in Mélanges en l'honneur d'Yves Mayaud, Entre tradition et modernité, le droit pénal en contrepoint*, Dalloz, 2017, p.305.

Conclusion du titre 2

641. La matérialité de l'infraction, est finalement bien plus que la simple extériorisation de la pensée infractionnelle. L'infraction-incrimination comporte ainsi un deuxième siège pour l'invisible avec l'élément matériel. L'étude menée tout au long de ce titre nous conduit à constater, en parallèle du titre précédent, deux types de difficultés induites par l'invisible : des difficultés notionnelles et des difficultés de preuve. Là encore, l'élément étudié semble parfois s'atrophier sous le poids d'un phénomène invisible par trop délicat à prendre en compte. Les difficultés soulevées par la dématérialisation des infractions semble toutefois pouvoir être plus aisément surmontées qu'il n'y paraît. Une politique volontariste du législateur permettrait de dépasser les interrogations tenant à la compatibilité des textes classiques avec la prise en compte d'une immatérialité toujours plus importante quantitativement et qualitativement. Reste que la preuve doit faire l'objet d'une certaine vigilance, afin d'éviter que des velléités répressives ne la réduisent outre mesure. L'avenir virtualisé qui semble nous attendre nécessite en outre une réflexion globale sur l'adaptabilité du droit pénal afin de garantir une prévisibilité juridique essentielle. En revanche, on rejoint le constat de l'inextricabilité des difficultés telles que perçues dans le titre précédent, lorsque la matérialité de l'infraction nécessite la prise en compte de facteurs psychologiques. Là encore, le droit pénal peine à accueillir les notions psychologiques tant du point de vue de leur définition que pour la preuve qu'elles nécessitent. Or, le législateur face à de telles difficultés a tendance à recourir à la multiplication d'incriminations, rédigées plus pour leurs vertus symboliques que dans l'optique de saisir au plus près le phénomène qu'il tente d'endiguer. En outre, si l'outil neuroscientifique semblait dans cette nouvelle hypothèse plus propice à l'établissement de la preuve, cette fois de l'atteinte à l'intégrité psychique de la victime, là encore celui-ci ne permet pas une réponse incontestable. Faute d'indicateurs visibles de l'existence d'une perturbation émotionnelle dans le cerveau d'un individu, l'outil ne peut s'imposer comme la preuve directe de cette atteinte.

Conclusion de la partie 2

642. L'infraction lorsqu'elle s'est révélée peut receler l'invisible au sein de ses composantes. L'étude menée tout au long de cette seconde partie nous a conduit à constater que tous les aspects de l'infraction peuvent faire l'objet d'une invisibilité. L'aspect moral de l'infraction constitue par essence le premier siège de l'invisible au sein de l'infraction, mais il est des hypothèses dans lesquelles la matérialité de l'infraction présente, par exception, divers degrés d'invisibilité. Ces cas de figure, pas si marginaux qu'on aurait pu le croire nous démontrent que l'invisible peut en effet être partout. L'étude des deux composantes de l'infraction nous a conduit à constater que l'invisible dans ces hypothèses engendrait des difficultés de deux ordres. C'est d'abord une difficulté notionnelle qui a pu être constatée. L'adaptabilité des textes classiques, conçus pour saisir une réalité immédiate et matérielle, est en effet questionnée face aux évolutions de la délinquance touchant si bien l'objet que les moyens de l'infraction. Si le défi peut être relevé par une politique volontariste du législateur ou une interprétation renouvelée des notions par le juge, plus délicate est la difficulté de définition de notions appréhendant l'invisible. Le droit pénal peine à définir les réalités complexes, éthérées du fait de leur nature invisible. La rationalité juridique s'accommode mal de ces notions, majoritairement d'ordre psychologique. Pourtant, bien souvent, elle ne peut faire l'économie de ces réalités, nécessaires à une appréhension globale des phénomènes que le droit pénal entend réprimer. Or, les définitions par trop obscures, larges et/ou approximatives adoptées en la matière offrent une porte d'entrée à un opportunisme, souvent répressif, grâce à la malléabilité résultant des notions ainsi (mal)définies. La complexité de la tâche doit être admise, mais ne peut permettre la moindre désinvolture dans la rédaction ou l'interprétation de ces notions. Dans un second temps, il a pu être constaté que la présence de l'invisible au sein de l'infraction entraîne des difficultés probatoires. Le caractère invisible des éléments dont la preuve est requise implique qu'une preuve directe sera généralement impossible. Le recours aux preuves indirectes s'avère alors nécessaire et légitime. Mais l'on note une tendance à l'opportunisme là encore, la preuve se trouve souvent réduite à sa plus simple expression. Il en découle alors une atrophie de l'élément concerné. De sorte, on constate parfois une forme de méfiance envers l'élément invisible dont la preuve est requise. On s'approche alors de ce que le Doyen Carbonnier décrivant comme *« la théorie de l'état dangereux : le menu fait symptomatique devrait être soigné, sinon puni, non pour le peu qu'il est, mais pour l'abîme qu'il dévoile* »[4205] ou, bien souvent, que l'on pense être ainsi dévoilée.

[4205] J. Carbonnier, « De peu, de tout et de rien », *in Etudes offertes à René Rodière*, Dalloz, 1982, p.47.

Conclusion générale

643. ***L'invisible comme clé de lecture***. L'invisible est partout. L'étude a démontré que l'invisible était diffus et les obstacles potentiels à l'efficacité du droit pénal, multiples. Ce qui est parfois perçu comme une menace au bon fonctionnement de la justice est alors combattu par la jurisprudence et/ou le législateur. Et force est de constater que la matière pénale regorge d'outils permettant de surmonter, contourner ou retrancher l'invisible, qu'ils soient pour cela dévoyés par une pratique opportuniste, ou permis par un législateur peu méticuleux ou soucieux de répondre aux attentes populaires. L'invisible révèle ainsi une tendance répressive bien visible : l'infraction doit être démontrée à tout prix. L'artifice de la matière pénale se révèle alors par le recours à des techniques et mécanismes dont le caractère fictif galvaude des réalités difficiles à saisir. C'est que le droit pénal fait avec ce dont il dispose pour lutter contre la menace qui plane contre son efficacité. L'invisible, ce non-dit de la matière pénale, vient alors éclairer nombre de pans du droit pénal en s'imposant comme une clé de lecture à certains mouvements répressifs.

644. ***L'invisibilité surmontée des infractions***. Par une étude progressive, le constat a dans un premier temps été fait de l'existence de nombreux outils permettant de lutter contre l'invisibilité des infractions, tout en soulignant les dérives d'une quête effrénée de répression.

645. ***Identification des infractions sujettes à l'invisible***. L'identification des principaux domaines propices à l'invisibilité des infractions a révélé le vaste champ de cette partie inconnue de la délinquance[4206]. Si certains domaines ont pu être identifiés comme favorisant cette invisibilité, résultant d'obstacles technologiques ou circonstanciels[4207], reste que toute infraction, ou presque, pourrait demeurer inconnue des autorités judiciaires. Il en va de la nature humaine, le délinquant cherchant à échapper à sa responsabilité pénale est naturellement enclin à dissimuler son forfait. Or, en *sus* de l'aversion épidermique de la population pour l'impunité de tout auteur de faits délictueux, plane l'ombre du délinquant récidiviste, galvanisé par l'échec du contrôle social[4208]. Ainsi, pour une population constamment noyée sous des informations de toutes sortes, la non-connaissance d'un quelconque fait délictueux est inacceptable, et punir chaque délinquant paraît essentiel pour éradiquer toute menace planant sur la société. De là à ce que l'identification de domaines propices à l'invisibilité, et partant l'impunité, ne conduise à la mise en place de méthodes actuarielles, il n'y a qu'un pas[4209].

[4206] V. nos développements en *supra*, sur les domaines de l'invisibilité n°91 et s.

[4207] Technologiques lorsque les technologies employées ou visées nécessitent un intermédiaire pour se révéler, ou circonstancielles, lorsque le fait délictueux demeurera inconnu des autorités judiciaires eu égard à la position, le statut de l'auteur ou de la victime.

[4208] V. la figure de l'homme invisible chez Platon ou H.G. Wells.

[4209] A ce sujet, v. not. B. E. Harcourt, « Surveiller et punir à l'âge actuariel. Généalogie et critique », Déviance et Société 2011/1, vol. 35, pp.5-33 ; B. E. Harcourt, « Surveiller et punir à l'âge actuariel. Généalogie et critique (Partie II) », Déviance et Société 2011/2, vol. 35, pp. 163-194 ; J. Lelieur, « L'intelligence artificielle, une nouvelle technologie probatoire en émergence », AJ Pénal 2023 p.112 à propos des systèmes d'IA utilisés en police prédictive ; Gare à la dérive sécuritaire d'un législateur, souvent inspiré des techniques étrangères. Les contrôles d'identité sur réquisition du Procureur de la République devant être justifiés par la mise en exergue de statistiques font déjà l'objet d'une application largement dévoyée, par leur continuité dans certaines zones : V. nos développements en *supra*, n°191.

646. ***Inefficacité de la prévention en la matière***. L'étude nous a ensuite conduit à constater que la prévention n'est en outre pas une ressource à privilégier en la matière. Il est un mouvement actuel favorable à la prévention en matière pénale dans le dessein d'empêcher la réalisation d'infractions graves, mais également dans l'hypothèse qui nous intéresse ici, d'infractions difficiles à découvrir, en incriminant des comportements antérieurs à ceux originellement réprimés. L'anticipation de la réponse pénale est cependant problématique à trois égards. Elle procède d'abord à une exagération du rôle et de l'effet préventif du droit pénal, au détriment d'outils extra-pénaux, certes moins visibles mais plus efficaces. Elle constitue en outre une porte d'entrée aux dérives précautionnistes[4210] et conduit ensuite à une banalisation de la répression du simple état dangereux. Cela au détriment du système pénal fondé sur la répression d'un acte, non pour ce qu'il pourrait potentiellement révéler d'un risque plus ou moins avéré, mais pour l'atteinte réelle qu'il constitue à l'ordre public. Elle est enfin peu efficace, car à ce stade de l'*iter criminis*, l'extériorisation est minime et d'autant plus délicate à découvrir[4211].

647. ***Démultiplication des modalités de découverte des infractions***. Plus que sur la prévention, c'est sur l'étape suivante de la découverte de l'infraction que l'accent semble mis, particulièrement en ce qui concerne l'activité policière[4212]. Lorsqu'il s'agit de révéler l'infraction qui n'a pu être anticipée et s'est effectivement réalisée, le droit pénal se fait en effet bien plus intrusif que directif. Si de nouvelles plateformes de recueil de la parole des victimes se sont développées ces dernières années[4213], le droit pénal reste frileux dans ses encouragements[4214], et d'autant plus dans ses sommations de collaborer avec la justice[4215]. Pourtant l'on sait que les infractions atteintes d'une invisibilité circonstancielle sont néanmoins souvent connues de quelques-uns, préférant fermer les yeux sur leur existence[4216], permettant de sorte la perpétuation de l'invisibilité des faits délictueux même parmi les plus graves[4217]. C'est en revanche l'activité policière qui fait l'objet d'un développement croissant de ses moyens, de plus en plus intrusifs. C'est exceptionnellement que le Code de procédure pénale autorise les enquêteurs à faire œuvre d'une certaine proactivité en ce que les textes visent expressément la recherche d'infractions par le biais des contrôles d'identité. Mais dans cette hypothèse, la recherche d'infractions demeure ciblée en fonction de la connaissance d'un terrain propice à la délinquance. Le procédé ne convainc cependant guère en ce qu'il se révèle source de discriminations et trop opaque pour s'assurer que chacune de ses occurrences respecte les conditions fixées par le Code de procédure pénale[4218]. Le recours à l'invisibilité opératoire[4219] s'avère plus convaincant en ce que mieux encadré, il vise non plus des populations mais des milieux. Ainsi, l'infiltration *lato sensu* des enquêteurs au sein de milieux réservés, propices au silence et à l'opacité permet la découverte d'infractions qui seraient autrement restées invisibles aux yeux de la justice. Plus

---

[4210] V. nos développements en *supra*, n°119.
[4211] V. nos développements en *supra*, n°137.
[4212] V. nos développements en *supra*, n°187 et s.
[4213] V. nos développements en *supra*, n°176 et s.
[4214] Par une protection limitée, V. nos développements notamment concernant le lanceur d'alerte en *supra*, n°164 et s.
[4215] V. nos développements en *supra*, n°141 et s.
[4216] V. nos développements en *supra*, n°96 et 101 sur les motifs poussant ceux qui savent à garder le silence.
[4217] V. nos développements en *supra*, n°143 et s. notamment sur l'affaire Barbarin, silence gardé par certains, qui a permis de surcroît à l'auteur de faire de nouvelles victimes.
[4218] V. nos développements en *supra*, n°191.
[4219] Selon l'expression employée par D. Déchenaud, « La clandestinité en procédure pénale », *in Mélanges en l'honneur du professeur Jacques-Henri Robert*, LexisNexis, 2012, pp.213-228, spé. n°6.

problématique est la porosité grandissante entre les missions de police administrative et judiciaire. En effet, dans un objectif de tolérance zéro, on assiste à un effacement de la frontière entre une police administrative, de plus en plus coercitive, et une police judiciaire qui se voit attribuer des missions préventives[4220]. L'invisible rendant ainsi la distinction inopérante, peut-être conviendrait-il d'admettre la fin de celle-ci afin de donner des garanties identiques dans les deux hypothèses.

648. ***Sauvegarde des poursuites pour les infractions découvertes tardivement***. La découverte de l'infraction en résultant serait-elle tardive que la pérennité des poursuites n'en serait pas pour autant en péril. L'intolérance pour l'impunité entraîne en effet un rejet de l'oubli par une société devenue hypermnésique. L'institution de la prescription, laquelle est remise en question depuis bientôt un siècle, voit progressivement son champ se réduire, par le recours à l'allongement des délais de prescription, le développement de mécanismes de suspension, d'interruption ou encore le report du point de départ du délai. Les atteintes jurisprudentielles à son efficacité ont peu à peu été adoubées par le législateur, lequel a finalement accueilli ladite « *théorie* » des infractions clandestines, qui n'a d'ailleurs de théorie que le nom tant la construction intellectuelle pêche par sa légèreté[4221]. Plutôt régime dérogatoire à la prescription, le législateur a toutefois acté quelques limites au recul du point de départ de la prescription de ces infractions restées longtemps invisibles aux yeux des autorités de poursuites[4222]. Si des aménagements procéduraux sont compréhensibles pour ce qui concerne la criminalité organisée ou les infractions d'affaire pour l'impact et le coût sociétal qu'elles représentent, ils ne doivent représenter une brèche pour l'opportunisme répressif. Or, l'effort de définition des deux catégories d'infractions clandestines dégagées par la jurisprudence n'est pas suffisant pour éteindre le feu des critiques qui consume ainsi la légitimité de la création jurisprudentielle. La notion de « *manœuvre caractérisée* » permettant d'acter l'existence d'une infraction dissimulée interroge : par quoi la manœuvre doit-elle être caractérisée ? Le risque est que l'on se trouve, une fois encore, face à une notion ouvrant une faille, ici vers l'automatisation du report du point de départ de la prescription de l'action publique dès lors que les autorités auront eu du mal à mettre au jour l'infraction, ou lorsque la victime évoquera une amnésie traumatique à l'origine de l'oubli de l'infraction subie[4223]. Quant à l'infraction occulte, le renvoi aux « *éléments constitutifs* » est aussi flou que galvaudé. Déjà parce que la théorie de l'infraction est toujours discutée et que tant le nombre que le contenu de ces éléments constitutifs est toujours questionné par une doctrine qui parfois même rejette cette présentation analytique[4224]. L'analyse microcosmique de l'infraction, selon la théorie retenue dans cette étude, a en outre révélé la nature invisible de l'aspect moral de l'infraction[4225]. En sorte que l'élément moral ne peut être considéré comme la source de l'invisibilité de l'infraction sous peine d'admettre le caractère occulte de l'ensemble des infractions. De plus, on ne saurait admettre d'automaticité entre invisibilité de l'élément moral de l'infraction et invisibilité macrocosmique de celle-ci. L'usage du pluriel dans le

---

[4220] V. nos développements en *supra*, n°215 et s.
[4221] V. nos développements en *supra*, n°231 et s.
[4222] En instaurant un délai-butoir, v. nos développements en *supra*, n°321.
[4223] On s'interroge sur la question : oubli de l'infraction ou absence de conscience que les faits subis correspondent à une infraction, ce qui résulterait d'une immaturité de l'individu déjà prise en compte au titre des aménagements relatifs à la minorité. De plus, lorsqu'il y a véritablement eu amnésie traumatique, comment prouver cet oubli ? Comment être sûr de la non-altération du souvenir resurgit ? Comment distinguer l'oubli inconscient de l'oubli conscient ? Ne risque-t-on pas de renforcer la souffrances des victimes par la recherche d'une preuve si délicate à rapporter ? Les scientifiques sont eux-mêmes partagés sur la question. Prudent, le législateur a préféré résoudre la question par l'allongement du délai de prescription concernant les infractions sexuelles commises sur mineur.
[4224] V. nos développements en *supra*, n°41 et s.
[4225] V. nos développements en *supra*, n°353 et s.

texte pourrait indiquer le caractère cumulatif de la source de l'invisibilité à rechercher à la fois dans l'aspect moral et dans l'aspect matériel de l'infraction. Mais là encore, la référence à l'élément moral est superflue eu égard à sa nature. La source de cette invisibilité serait donc à rechercher dans l'élément matériel de l'infraction uniquement. Mais dans ce cas, l'infraction occulte ne serait-elle pas une infraction qui ne peut se commettre que de façon dissimulée, car définie ainsi par le législateur ? La différence avec la catégorie des infractions dissimulées résultant dans la possibilité pour celles-ci d'être réprimées en dehors de tout acte de dissimulation. Quoiqu'il en soit, la rédaction pêche par manque de clarté et d'une vision globale du phénomène.

649. ***Nécessité du recours à la notion d'invisible en matière de prescription***. Les infractions clandestines s'inscrivent dans le champ plus large des infractions inconnues de la justice : les infractions invisibles. Des difficultés de découverte peuvent, au-delà de la clandestinité telle que présentée, également résulter de la technologie ou de données circonstancielles. Ainsi, la difficile reportabilité des infractions contre les mineurs est actée et fait l'objet d'une répression aménagée, notamment par le recours au mécanisme du report du point de départ de la prescription de l'action publique. Sans toutefois que la jurisprudence n'ait jusqu'alors considéré ces infractions comme clandestines. C'est bien là encore l'expression d'une création prétorienne opportuniste, qui n'a pas cherché à élaborer une véritable « *théorie* » mais créé un régime dérogatoire au coup par coup pour lutter contre une criminalité d'affaires, protégée des regards par son statut. De sorte, eu égard aux infractions jusqu'alors admises en doctrine comme étant clandestines, il faudrait considérer que les infractions dont l'invisibilité est circonstancielle ou technologique ne procèdent pas de la catégorie. Pourtant, la définition donnée par le législateur des infractions dissimulée et occulte est suffisamment large pour les faire entrer dans le champ de la notion, mais fait également craindre un élargissement illimité de celui-ci. A l'heure où la résolution de « *cold cases* » fait l'objet d'une attention grandissante du milieu judiciaire, notamment avec la création d'un pôle national consacré à ces affaires non résolues, l'on risque de profiter du flou de ces notions pour confondre infractions demeurées inconnues de la justice et infractions non élucidées par celle-ci. Or, si c'est la résolution de l'affaire qui a été entravée par la ruse ou des circonstances favorables à l'auteur de l'infraction, il ne s'agit toutefois pas d'une entrave à la découverte des faits délictueux. Ce n'est pas l'infraction qui est invisible mais sa qualification, sa victime ou encore son auteur. A l'encontre de ce mouvement tendant à la fin de l'institution, nous estimons que la prescription de l'action publique doit demeurer, comme un moteur pour une action policière et judiciaire réactive et rigoureuse[4226].

650. ***L'invisibilité contournée de l'infraction***. Dans un second temps, une analyse microcosmique, réalisant un gros plan sur l'infraction dans son contenu[4227], a permis de constater là encore le caractère diffus de l'invisible qui touche tant à l'aspect moral de l'infraction, qu'à sa matérialité. Là encore, le droit pénal fait avec les outils dont il dispose et l'on constate de la même façon en jurisprudence que la tendance est à l'élargissement des notions pour permettre le sauvetage du plus grand nombre de procédures. Il faut dire que la difficulté de rationalisation par le droit de notions complexes entraîne des définitions obscures[4228], propices au dévoiement de celles-ci par le juge au gré d'un opportunisme souvent répressif.

[4226] Combien de cas non élucidés sont dus à des enquêtes bâclées, partiales ou déclenchées trop tardivement ?
[4227] V. nos développements en *supra*, seconde partie à partir du n°351.
[4228] V. notamment nos développements en *supra*, n°363 à propos de la faute.

651. ***Adaptabilité et dévoiements des notions***. La notion de faute, malgré les efforts doctrinaux réalisés pour tenter de la saisir, reste une notion difficile à appréhender du fait de sa nature psychologique, loin du rationalisme abstrait de la technique juridique. En parallèle, le développement sans cesse croissant de la valeur donnée aux objets immatériels interroge la compatibilité des textes classiques avec l'appréhension des atteintes à ces biens. Lesquelles difficultés pourraient toutefois être surmontées par une prise de décision claire et volontariste du législateur de manière à restaurer la prévisibilité de la jurisprudence et l'adaptabilité du droit aux évolutions technologiques. La dématérialisation progressive de nos sociétés vers un univers - métavers ? - constitué par toujours plus d'immatériel nécessite ainsi une réflexion globale sur l'adaptabilité des définitions consacrées par le droit pénal, et l'aménagement si nécessaire de celles-ci par des formules claires respectant le principe de légalité matérielle.

652. ***Difficultés de preuve***. Dans le domaine de la dématérialisation technologique, la preuve nécessite l'anticipation et la formation des enquêteurs aux objets pouvant être la cible de moyens toujours plus innovants employés par les délinquants pour commettre leurs méfaits. Reste que les difficultés de preuve qui apparaissent aujourd'hui inextricables dans les hypothèses où c'est l'esprit humain, de l'auteur ou de la victime qui doit être analysé. Si l'aspect intellectuel de l'infraction de l'infraction ne permet que des modes de preuves indirects et imparfaits, la matérialité même de l'infraction n'est ainsi, dans certaines hypothèses, plus que présumée, à partir de critères sibyllins. On assiste globalement à une hypertrophie de l'élément moral comme de l'élément matériel dont la preuve repose sur des éléments de preuve appréciés non ce qu'ils sont mais pour ce qu'ils paraissent révéler de la dangerosité de l'auteur. Le raisonnement mené sur l'élément matériel rejoint celui sur l'élément moral puisqu'au fond, le droit pénal s'accroche à des éléments visibles qu'il suppose révéler l'invisible. Faute de mieux, le droit pénal recourt aux fictions et l'on s'est accoutumé de l'emploi de mécanismes présomptifs et autres faisceaux d'indices permettant d'éclairer l'état d'esprit de l'auteur au moment des faits ou encore l'atteinte à l'intégrité psychique de la victime, faute de pouvoir trouver une solution fiable avec les neurosciences[4229]. Le commentateur demeure cependant aveuglé par la légitimité du recours à ces modes de preuves indirects et ne perçoit plus l'opportunisme des solutions jurisprudentielles et le dévoiement des principes fondamentaux du droit pénal. Si l'on doit admettre le recours à ces modes de preuve, faute de mieux, il ne faut toutefois pas accepter leur emploi hasardeux et requérir des juges une application rigoureuse de ceux-ci à partir de critères clairs et prévisibles[4230].

653. ***Une activité législative bien visible***. L'étude nous a enfin conduit à constater que lorsque le législateur se trouve confronté à un phénomène qu'il peine à décrire, et partant à circonscrire dans le cadre d'une incrimination, il préfère multiplier ses interventions et les textes législatifs. Alors qu'il conviendrait d'opter pour un travail de fond qui permettrait l'adaptation des textes existants à la répression devenue nécessaire de phénomènes dont la visibilité se fait grandissante dans la société. Si le législateur pourrait aisément s'adapter aux évolutions technologiques et donc au modes de commission dématérialisés des infractions, il est bien plus délicat pour lui de rationaliser le processus psychologique à l'œuvre lorsque l'auteur agit par l'entremise de la manipulation mentale[4231].

[4229] V. nos développements en *supra*, n°527 et s. et 571 et s.

[4230] V. nos développements en *supra*, n°488 et s. notamment à propos de l'emploi du mécanisme de la présomption pour prouver l'*animus necandi* et dont les critères ne sont pas toujours formulés de la même manière entraînant des disparités de solutions, par exemple entre la partie visée, touchée ou encore visée et touchée retenue par les juges comme présumant l'intention homicide…

[4231] V. nos développements en *supra*, n°606 et s.

Ainsi du délit que l'on a pu nommer manipulation mentale préjudiciable, dont la répression envisagée de longue date, avait abouti à l'adoption précipitée d'un alinéa au sein de l'abus de faiblesse, résultant en un texte aux défauts multiples. Outre de multiples conflits de qualifications lors du recours, par l'auteur d'une infraction, à la manipulation mentale comme moyen de commission d'une infraction. Le délit présente également le défaut de ne pas saisir toute l'ampleur et la perniciosité du moyen ainsi employé, lequel, on l'aura constaté, peut aboutir à la réalisation d'une multitude d'atteintes tant aux biens qu'aux personnes.

654. ***Propositions formulées.*** Des propositions ont alors été formulées, dans un souci de cohérence et à l'encontre de la démultiplication des infractions, afin d'explorer tout le potentiel des incriminations déjà existantes. Plutôt que d'opter pour une infraction « *fourre-tout* »[4232] comme l'abus de faiblesse *sui generis*, et puisque la manipulation mentale, expressément envisagée dans l'hypothèse de l'abus de faiblesse, peut être à l'œuvre dans maintes autres qualifications, il s'agirait d'instituer une circonstance aggravante incriminant ce moyen de commission des infractions. En conséquence, la contrainte morale envisagée comme moyen de commission des infractions sexuelles nécessitera d'être extraite de l'alinéa consacré à la définition de l'infraction pour en intégrer un subséquent aggravant la répression lors du recours à ce moyen par l'auteur. Les personnes ainsi placées en état de sujétion psychologique constitueraient *de facto* une nouvelle catégorie de personnes vulnérables qu'il convient de protéger. En outre, la perniciosité du comportement serait saisie sans pour autant que l'on prenne le risque de basculer dans une anticipation risquée[4233] de la répression ou que l'on ne doive jongler avec diverses qualifications difficiles à articuler. En outre, s'agissant de l'article 223-15-2, il connaîtrait un regain d'intérêt en ce qu'il serait désormais consacré à la répression du même comportement lorsqu'il aura conduit à un acte gravement préjudiciable qui ne serait pas incriminé indépendamment par le Code pénal. La gravité du moyen employé par l'agent pourrait de sorte être rendue visible aux yeux de tous, et envisagée dans sa globalité. La difficulté de sa définition serait de plus contrebalancée par le garde-fou d'une répression visant uniquement ses conséquences les plus graves.

655. ***L'invisibilité, risque pour les libertés individuelles***. Nous l'aurons constaté, l'invisible est un obstacle à l'efficacité du droit pénal qui peut expliquer le recours à nombre de mécanismes et d'interprétations peu satisfaisants qui déforment les notions et atrophient les principes fondamentaux dans le dessein de permettre la répression de ce qui est perçu comme une menace que le société ne tolère plus. Finalement, avec ces procédés, ce n'est pas l'efficacité du droit pénal qui est le plus à risque face aux occurrences de l'invisible. C'est le respect des principes fondamentaux du droit pénal, garants des libertés individuelles qui subit la plus forte atteinte. La pratique y contribue en s'efforçant de surmonter les difficultés résultant de l'invisibilité à tous niveaux, à cause de la latitude laissée par un législateur imprécis et agissant au coup par coup, sans une réflexion d'ensemble à laquelle son rôle l'incite pourtant. Au critère de gravité semble alors s'ajouter celui de la dangerosité[4234]. L'invisibilité fait peur, elle apparaît telle une menace à l'ordre social, notamment par le risque d'impunité qu'elle implique. Or, l'impunité est perçue comme la mère de tous les vices et la

[4232] Ph. Conte, *Droit pénal spécial*, LexisNexis, 6ème éd., 2019, n°283.
[4233] V. nos développements en *supra*, n°631 concernant le projet de création d'un nouveau délit de « contrôle coercitif ».
[4234] V. J.-B. Perrier, « Gravité et dangerosité », in J. Alix, A. Darsonville (dir.), *Gravité et droit pénal*, Mare et Martin, 2021, pp.127-138 à propos de la « superposition » des théories de la gravité et de la dangerosité.

source incontestée de la figure inquiétante du délinquant récidiviste. Mais les attentes populaires d'une tolérance zéro sont inatteignables dans un Etat de droit.

656. ***Vers une société du visible ?*** Une société exempte d'infractions invisibles nécessiterait une surveillance totale, un panoptique[4235] liberticide. L'acceptation d'une part de risque est nécessaire autant que l'objectif d'une amélioration constante de la réponse pénale *via* le recours à des notions claires et une pratique rigoureuse. La connaissance des infractions par les autorités requiert la restauration de la confiance en l'institution judiciaire et la responsabilisation des individus. La lutte contre l'impunité ne passe partant pas par le recours systématique à la matière pénale, malgré ce que semble croire le législateur contemporain. Si la création d'une nouvelle mesure pénale est bien plus visible que le recours aux mesures extra-pénales, se cache dans l'ombre de ces méthodes la figure bien plus inquiétante de la réduction progressive des libertés individuelles. Le recours aux drones policiers, la multiplication de la vidéosurveillance[4236] et ses potentielles améliorations futures[4237], les écoutes à distance, sont autant de méthodes qui permettront à terme d'atteindre la transparence réclamée par la population au prix de sa liberté. Le risque est tel que l'on aboutisse à une société du visible, où tout et tout le monde doit à tout moment pouvoir être vu : demain des puces de localisation en temps réel pour les délinquants sexuels ? La fin de l'anonymat sur les réseaux sociaux[4238] ? Un équilibre est à trouver entre la liberté de se rendre invisible et la protection contre les dérives de l'invisibilité. Entre tyrannie du visible[4239] et menace de l'invisible, une voie médiane est possible. Car le prix de la sécurité totale est bien celui de la sûreté. L'efficacité des investigations ne doit pour cela pas passer par un accroissement illimité des pouvoirs policiers. L'objectif du droit pénal *lato sensu* ne doit être celui de saisir chaque comportement infractionnel, de punir « *tous les coupables* »[4240], mais d'assurer une répression légitime car respectueuse des principes fondamentaux innervant la matière. Condamner moins mais condamner mieux ? Droit des Hommes pour les Hommes, le droit pénal est par essence imparfait et doit sans cesse interroger sa perfectibilité, sans pour autant que soient perdues de vue les limites de son action. Il convient alors de refermer les brèches de l'opportunisme répressif en corrigeant les défauts matériels de la loi pénale et d'opter pour une réflexion globale et raisonnée sur l'appréhension de l'invisibilité des infractions et de l'infraction.

657. ***L'invisible de l'infraction à la peine***. Cette étude a permis de rendre l'influence exercée par l'invisible sur l'appréhension de l'infraction, à divers niveaux, par le législateur et la jurisprudence, bien visible. L'invisible peut en effet être considéré comme un élément d'explication de régimes dérogatoires comme d'appréciations extensives, comme autant de moyens d'assurer l'efficacité du droit pénal lorsqu'il se retrouve confronté à ce qui lui demeure insaisissable. On pourrait conclure en ajoutant que la peine, conséquence de l'infraction, peut elle aussi faire l'objet de l'invisible. On songe dans un premier temps à l'invisibilité des effets attribués à la peine. La quête effrénée de la

---

[4235] J. Bentham, *Le Panoptique*, 1780.

[4236] Par l'installation de caméras fixes ou par le recours aux drones policiers. Les JO de Paris apparaissent à ce titre comme l'occasion d'une multiplication de ces dispositifs et d'une brèche ouverte pour le recours à la vidéosurveillance automatisée ou algorithmique : v. Loi n°2023-380 du 19 mai 2023 relative aux jeux Olympiques et Paralympiques de 2024 et portant diverses autres dispositions.

[4237] On songe notamment aux systèmes de reconnaissance faciale.

[4238] Nombreux sont ceux qui réclament la transparence totale sur les réseaux sociaux, quand l'invisibilité permet la protection de la vie privée et la liberté d'expression face aux dérives autoritaires.

[4239] N. Aubert, C. Haroche (dir.), *Les tyrannies de la visibilité. Être visible pour exister ?*, Erès, 2011.

[4240] J. Larguier, *La procédure pénale*, PUF, Que sais-je ?, 13ème éd., 2007, p.7 ; V. également J. Larguier, Ph. Conte, *Procédure pénale*, Dalloz, 25ème éd., 2019, p.1.

répression repose notamment sur l'illusion de la peine comme solution ultime à tous les maux de la société, ce que Ricoeur soulignait à ce titre comme figurant un véritable « *mythe de la peine* »[4241]. La peine privative de liberté reste à ce titre la seule sanction visible, et donc valable, aux yeux du public, quand pourtant plus de 46% de la réponse pénale passe par des alternatives aux poursuites, certes bien moins spectaculaires[4242]. Cette part invisible de l'activité des magistrats ne remplit donc pas les attentes sociales. En parallèle, et eu égard au mouvement tendant à la disparition de l'institution de la prescription de l'action publique, on déduit l'imperméabilité de la société à l'idée d'une peine invisible du délinquant. Lequel emprisonné au dehors, bornerait sa liberté aux risques qu'il encourt de se faire rattraper par la justice et veillerait ainsi à son insertion sociale pour se rendre invisible dans la masse. Pourtant, la peine, et la peine privative de liberté n'est pas la panacée, tant son efficacité reste questionnable eu égard aux nombreux objectifs qui lui sont assignés[4243]. En effet, telle une « *puissance magique* »[4244] le système pénal, *via* la peine, devrait tout à la fois remplir l'objectif « *de protéger la société, de condamner et réinsérer le délinquant, de prendre en compte les intérêts des victimes et de lutter contre la récidive* »[4245]. Or, force est de constater que « *la preuve de l'efficacité du système pénal à atteindre ces buts se soustrait à toute démonstration* »[4246]. La peine ne peut à elle seule faire disparaître l'ensemble des menaces qui planeraient sur la société. Tout comme elle ne parvient pas à invisibiliser pleinement le trouble résultant de l'infraction. Ainsi, comme l'a souligné Ricoeur, est irrationnelle la pensée qui considère que la peine efface l'infraction[4247]. Et plus largement, il faut admettre l'irrationnalité du schéma de pensée qui envisage le système pénal comme unique ou principal remède aux comportements antisociaux[4248]. Enfin, et d'une manière plus prospective, on pourrait envisager un futur dans lequel, les nouvelles technologies, lesquelles constituent déjà la véritable puissance invisible de nos sociétés modernes, prendraient le pas sur l'humain dans le rendu de la justice. On imagine alors une nouvelle ordalie judiciaire, permettant le jugement des individus et l'attribution d'une peine par le recours aux intelligences artificielles et autres algorithmes, agissant telles la main invisible d'une justice déshumanisée prétendant réadapter l'humain à la société dont il a troublé le cours.

[4241] P. Ricoeur, « Interprétation du mythe de la peine », *in* E. Castelli (dir.), *Le mythe de la peine*, Aubier éd. Montaigne, 1967, pp.23-42.

[4242] V. F. Fourment, E. Camous, *Procédure pénale*, Bruylant, 16ème éd., 2023, n°499.

[4243] M. Pariguet, « Une autre rationalité pénale », RSC 2014, p.543, n°2.

[4244] *Ibid. ;* M. Delmas-Marty, *Le flou du droit,* PUF, 2004, p.67-68 : évoquant un « droit pénal magique ».

[4245] *Ibid. ;* L'auteure estime alors que le système actuel défaillant car ne pas ne place pas suffisamment l'individu au cœur de la peine, car l'efficacité de la peine repose sur l'implication de l'individu à qui elle s'applique, l'équilibre social dépend donc avant tout de l'individu et non d'une peine suffisamment rétributive. Elle estime alors qu'il faut remettre de l'humain au cœur de la peine.

[4246] *Ibid.*

[4247] P. Ricoeur, « Interprétation du mythe de la peine », *précit*. p.27. « ce qui dans la peine est le plus rationnel, à savoir qu'elle vaut le crime, est en même temps le plus irrationnel : à savoir qu'elle l'efface ».

[4248] On rejoint là M. Pariguet, « Une autre rationalité pénale », RSC 2014, *précit., loc.cit.,* qui perçoit ici « *La conception du système pénal comme système seul à même de répondre à l'infraction commise ôte précisément toute rationalité à la justice pénale pour ne lui conférer qu'une puissance magique* » faisant référence au système de pensée conceptualisé par A. Pirès de la « rationalité pénale moderne », v. A. Pires, *in* C. Debuyst, F. Digneffe, A. Pires, *Histoire des savoirs sur le crime et la peine, 2. La rationalité pénale et la naissance de la criminologie*, De Boeck Université, Les Presses de l'université de Montréal, Les Presses de l'Université d'Ottawa, 1995, p. 8 ; A. Pires « La rationalité pénale moderne, la société du risque et la juridicisation de l'opinion publique », Sociologies et sociétés, vol. 33, n°1, printemps 2001, pp.179-204.

Bibliographie

I. Ouvrages généraux, traités et manuels

A- Droit pénal général

BENTHAM J., *Traités de législation civile et pénale*, Rey et Gravier, 3ème éd., 1830, t.2

BERNARDINI R., DALLOZ M., *Droit criminel, volume I – Eléments préliminaires*, Bruylant, 5ème éd., 2023

BERNARDINI R., DALLOZ M., *Droit criminel, volume II – L'infraction et la responsabilité*, Bruylant, 5ème éd., 2023

BORRICAND J., *Droit pénal*, Masson et cie, 1973

BOULOC B., *Droit pénal général*, 27ème éd., Dalloz Précis, 2021

BOUZAT P., PINATEL J., *Traité de droit pénal et de criminologie*, tome I, 2ème éd., 1970

CONTE PH., MAISTRE DU CHAMBON P., *Droit pénal général*, Armand Colin, 7ème éd., 2004

CUCHE P., *Précis de droit criminel*, Dalloz Précis, 1925

DECIMA O., DETRAZ S., VERNY E., *Droit pénal général*, LGDJ, 5ème éd., 2022

DECOCQ A., *Droit pénal général*, Armand Colin, Collection U, 1971

DESPORTES F., LE GUNEHEC F., *Droit pénal général*, Economica, 16e éd., 2009

DONNEDIEU DE VABRES H., *Précis de droit criminel*, Petits précis Dalloz, 3ème éd., 1953

DONNEDIEU DE VABRES H., *Traité élémentaire de droit criminel et de législation pénale comparée*, Sirey, 1937

DREYER E., *Droit pénal général,* LexisNexis, 6ème éd., 2021

FOURNIER S., *Droit pénal général*, LexisNexis, 2ème éd., 2021

FREJAVILLE M., *Eléments de droit criminel*, 1933

GARRAUD P., *Précis de droit criminel*, 11ème éd., Sirey, 1934

GARRAUD R., *Précis de droit criminel*, 11ème éd., Sirey, 1912

GARRAUD R., *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, Tome Ier, 3ème éd., Sirey, 1913

HERZOG-EVANS M., *Droit pénal général*, Vuibert, 2ème éd., 2009

JEANDIDIER W., *Droit pénal général*, Montchrestien, coll. Domat, 1988

LARGUIER J., *Droit pénal général*, Memento Dalloz, 20ème éd., 2005

LARGUIER J., CONTE PH., MAISTRE DU CHAMBON P., *Droit pénal général*, mémentos Dalloz, 24ème éd., 2022

LEROY J., *Droit pénal général*, LGDJ, 9ème éd., 2022

MAYAUD Y., *Droit pénal général*, PUF, 7ème éd., 2021

MERLE A., VITU R., *Traité de droit criminel. Problèmes généraux de la science criminelle*, *Droit pénal général*, Cujas, 7ème éd., Tome 1, 2000

PIN X., *Droit pénal général*, Dalloz Cours, 14ème éd., 2023

PRADEL J., *Droit pénal général*, Cujas, 22ème éd., 2019

PRADEL J., VARINARD A., *Les grands arrêts du droit pénal général*, Dalloz, 12ème éd., 2021

RASSAT M.-L., *Droit pénal général*, Ellipses, 4ème éd., 2017

RENOUT H., FOURMENT F., *Droit pénal général*, Larcier, 18ème éd., 2013

ROBERT J.-H., *Droit pénal général*, PUF, 6ème éd., 2005

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

SALVAGE PH., *Droit pénal général*, 8ème éd., PUG, 2016

SORDINO M.-C., *Droit pénal général*, Ellipses, 6ème éd., 2016

SOYER J.-C., *Droit pénal et procédure pénale*, LGDJ, 20ème éd., 2008

B- Droit pénal spécial

ANDRE CH., *Droit pénal spécial*, Dalloz, 6ème éd., 2021

CONTE PH., *Droit pénal spécial*, LexisNexis, 6ème éd., 2019

DAURY-FAUVEAU M., *Droit pénal spécial*, CEPRISCA, 2010

DREYER E., *Droit pénal spécial*, LGDJ, 2020

GARÉ T., *Droit pénal spécial. Personnes et biens*, Bruylant, 8ème éd., 2022

LARGUIER J., CONTE PH., FOURNIER S., *Droit pénal spécial*, Mémento Dalloz, 15ème éd., 2013

LEPAGE A., MATSOPOULOU H., *Droit pénal spécial*, PUF, 2015

MALABAT V., *Droit pénal spécial*, HyperCours, Dalloz, 10ème éd., 2022

MERLE R., VITU A., *Traité de droit criminel. Droit pénal spécial*, Cujas, 1982

OLLARD R., ROUSSEAU F., *Droit pénal spécial*, Bréal, 2ème éd., 2015

PRADEL J., DANTI-JUAN M., *Droit pénal spécial*, Cujas, 8ème éd., 2020

RASSAT M.-L., *Droit pénal spécial*, Dalloz, 8ème éd., 2018

VÉRON M., *Droit pénal spécial*, Sirey, 17ème éd., 2019

VOUIN R., *Droit pénal spécial, t.1,* Précis Dalloz, 3ème éd, 1971

C- Droit pénal des affaires

BONFILS Ph., *Droit pénal des affaires*, Montchrestien, 2016

CONTE P., JEANDIDIER W., *Droit pénal des sociétés commerciales*, Litec, 2004

JEANDIDIER W., *Droit pénal des affaires*, Dalloz, 6ème éd., 2005

LARGUIER J., CONTE P., *Droit pénal des affaires*, 11ème éd., Armand Colin, 2004

LEPAGE A., MAISTRE DU CHAMBON P., SALOMON R., *Droit pénal des affaires*, Lexis Nexis, 6ème éd., 2020

ROBERT J.-H., MATSOPOULOU H., *Traité de droit pénal des affaires*, PUF, 2004

VÉRON M., BEAUSSONIE G., *Droit pénal des affaires*, Dalloz, 13ème éd., 2022

D- Procédure pénale

AMBROISE-CASTEROT C., Ph. Bonfils, *Procédure pénale*, PUF, 2011

BOULOC B., *Procédure Pénale*, Précis Dalloz, 28ème éd., 2022

CONTE Ph., **MAISTRE DU CHAMBON P.**, *Procédure pénale*, Armand Colin, 4ème éd., 2002

DESPORTES F., **LAZERGUES-COUSQUER L.**, *Traité de procédure pénale*, Economica, 4ème éd., 2016

DREYER E., **MOUYSSET O.**, *Procédure pénale*, LGDJ-Lextenso, 2ème éd., 2019

FOURMENT F., **CAMOUS E.**, *Procédure pénale*, Bruylant, 16ème éd., 2023

GUINCHARD S., **BUISSON J.**, *Procédure pénale*, Lexisnexis, 15ème éd., 2022

KELLENS G., *Eléments de criminologie*, Bruylant, Erasme, Collection espaces droit, 1998

LARGUIER J., *La procédure pénale*, PUF, Que sais-je ?, 13ème éd., 2007

LARGUIER J., CONTE PH., *Procédure pénale*, Dalloz, 25ème éd., 2019

LEPAGE A., MAISTRE DU CHAMBON P., SALOMON R., *Droit pénal des affaires*, 5ème éd., 2018

LEROY J., *Procédure pénale*, LGDJ, 7ème éd., 2021

MERLE A., **VITU R.**, *Traité de droit criminel. Tome 2, Procédure pénale*, Cujas, 5ème éd., 2001

PRADEL J., *Procédure pénale*, Cujas, 19ème éd., 2017

PRADEL J., **VARINARD A.**, *Les grands arrêts de la procédure pénale*, Dalloz, 10ème éd., 2020

RASSAT M.-L., *Traité de procédure pénale*, PUF, 2001

ROBACZEWSKI C., *Procédure Pénale*, LGDJ, 6ème éd., 2023

ROBERT J.-H., MATSOPOULOU H., *Traité de droit pénal des affaires*, PUF, 2004

SOYER J.-C., *Droit pénal et procédure pénale*, LGDJ, 20ème éd., 2008

VERNY E., *Procédure pénale*, Dalloz, 8ème éd., 2022

VERGÈS E., *Procédure pénale*, LexisNexis, 6ème éd., 2020

VLAMYNCK H., *Droit de la police*, 7ème éd., Vuibert, 2021

E- Criminologie

GASSIN R., BONFILS PH., CIMAMONTI S., *Criminologie*, Dalloz, 7ème éd., 2011

KELLENS G., *Eléments de criminologie*, Bruylant, Erasme, Collection espaces droit, 1998

MORVAN P., *Criminologie*, Lexis Nexis, 4ème éd., 2022

LARGUIER J., *Criminologie et science pénitentiaire*, Mémentos Dalloz, 10ème éd., 2005

F- Droit de la preuve

VERGÈS E., VIAL G., LECLERC O., *Droit de la preuve*, PUF, 2ème éd., 2022

G- Histoire du droit

CARBASSE J.-M., *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, PUF, 3ème éd., 2014

DEBUYST C., DIGNEFFE F., PIRES A. P., *Histoire des savoirs sur le crime et la peine, 1. Des savoirs diffus à la notion de criminel-né*, De Boeck Université, Les Presses de l'université de Montréal, Les Presses de l'Université d'Ottawa, 1995

DEBUYST C., DIGNEFFE F., PIRES A. P., *Histoire des savoirs sur le crime et la peine, 2. La rationalité pénale et la naissance de la criminologie*, De Boeck Université, Les Presses de l'université de Montréal, Les Presses de l'Université d'Ottawa, 1995

LAINGUI A., *Histoire du droit pénal*, Que sais-je ?, PUF, 2ème éd., 1993

LOVISI C., *Introduction historique au droit*, Dalloz Cours, 6ème éd., 2022

MOUTON E., *Le devoir de punir. Introduction à l'histoire et à la théorie du droit de punir*, Libr. L. Cerf, 1887

H- Introduction au droit

CARBONNIER J., *Sociologie juridique*, PUF, 2004

DREYER E., *Droit pénal général*, LexisNexis, 6ème éd., 2021

FERRI E., *La sociologie criminelle*, Paris A. Rousseau, 1893

GÉNY F., *Science et technique en droit privé positif*, *t.III Elaboration technique du droit positif*, Sirey, 1921

MALINVAUD Ph., *Introduction à l'étude du droit*, Paris, Litec, 12e éd., 2008

II. Ouvrages spéciaux

A- Thèses

BALLOT-SQUIRAWSKI C., *Les éléments constitutifs, essai sur les composantes de l'infraction*, Thèse Université Paris-Sud Saclay, 2017

BARBERGER C., *De la criminalité apparente*, Thèse de doctorat, Lyon 3, 1981

BAVITOT A., *La probité publique en droit pénal*, Thèse, Université Jean Moulin Lyon III, 2016

BEAUSSONIE G., *La prise en compte de la dématérialisation des biens par le droit pénal. Contribution à l'étude de la protection pénale de la propriété*, Thèse, LGDJ, 2012

BÉNÉJAT M., *La responsabilité pénale professionnelle*, Thèse, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, volume 111, 2012

BERNARDINI Roger, *L'intention coupable en droit pénal*, Université de Nice, 1976

BOURRIN G.-X., *Contribution à l'étude du délit de manipulation mentale préjudiciable*, Thèse, PUAM, 2005

CAIRE A.-B., *Relecture du droit des présomptions à la lumière du droit européen des droits de l'Homme,* Thèse, éd. A. Pedone, 2012

CARRASCO-DAËRON M., *La dissimulation en droit pénal*, LGDJ Institut Universitaire de Varenne, Coll. Des Thèses, n°131, 2016

CLARET-TOURNIER V., *La clandestinité en matière pénale*, Thèse, Université de Grenoble, 2012

CONTE Ph., *L'apparence en matière pénale*, Thèse, Université Grenoble II, 1984

DANA A.-C., *Essai sur la notion d'infraction pénale*, Thèse, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1982

DECOTTIGNIES Roger, *Les présomptions en droit privé*, thèse Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, R. Pichon et R. Durand-Auzias, 1949

DEMARCHI J.-R., *Les preuves scientifiques et le procès pénal*, LGDJ, 2012

FLASQUIER A., *L'état de nécessité en droit pénal, Contribution à la théorie générale des faits justificatifs*, Thèse, Montpellier, 2003

FRAMBÉRY-IACOBONE A., *La recherche de l'intention en droit pénal contemporain (XIXe -XXe siècles)*, Thèse, Université de Bordeaux, 2022

GRIFFON R., *De l'intention en droit pénal*, Paris, Sirey, 1911

JOMBART J., *Les violences numériques en droit pénal*, Thèse, Université de Lille, 2021

KERLÉO J.-F., *La transparence en droit : recherche sur la formation d'une culture juridique*, Thèse, Lyon 3, 2012

LACAZE M., *Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, Thèse, LGDJ, Fondation Varenne, t.39, 2011

LAJUS-THIZION E., *L'abus en droit pénal*, Thèse, Université Bordeaux IV, 2009, Dalloz, 2011

LEGROS R., *L'élément moral dans les infractions*, Sirey, 1952

LEMOINE E., *La répression de l'indifférence sociale en droit pénal français*, Thèse, L'Harmattan, collection logiques juridiques, 2002

MARGAINE C., *La capacité pénale*, Thèse, Université Montesquieu-Bordeaux IV, 2011

MERLE Ph., Les *présomptions légales en droit pénal*, thèse Paris, 1970

MIHMAN A., *Juger à temps. Le juste temps de la réponse pénale*, L'Harmattan, 2008

NABAT Y., *Fichiers de police et de justice et libertés fondamentales*, Thèse, Bordeaux, 2023

PELTIER V., *Le secret des correspondances*, thèse Bordeaux, IV, PUAM, 1999

PIGNATEL L., *L'émergence d'un neurodroit. Contribution à l'étude de la relation entre les neurosciences et le droit*, Thèse, Dalloz, 2021
PIN X., *Le consentement en matière pénale*, Thèse, LGDJ, 2002
PLANA S., *Le prosélytisme religieux à l'épreuve du droit privé*, L'Harmattan, 2006
ROTH S., *Clandestinité et prescription de l'action publique*, Thèse, Université de Strasbourg, 2013
ROUSVOAL L., *L'infraction composite : essai sur la complexité en droit pénal*, Thèse, Rennes, 2011
SAINT-PAU J.-C., *L'anonymat et le droit*, Thèse, Université Montesquieu, Bordeaux IV, 1998
THELLIER DE PONCHEVILLE B., *La condition préalable de l'infraction*, Thèse Lyon 3, PUAM, 2010
TREUIL E., *La preuve en droit de l'environnement*, Thèse Paris, Panthéon-Assas, 2002
VALOTEAU A., *Le droit pénal et la théorie des vices du consentement*, Thèse, Grenoble, PUAM, 2006
WAGNER E., *La notion d'intention pénale dans la doctrine classique et la jurisprudence contemporaine*, Université de Clermont I, 1976
WALTHER J., *L'antijuridicité en droit pénal comparé franco- allemand*, Thèse Nancy, 2003

B- Monographies, Essais, Travaux collectifs

- ***Mélanges***

*Mélanges de droit, d'histoire et d'économie offerts à M. **Laborde-Lacoste***, éd. Bière, 1963
Problèmes contemporains de procédure pénale, *Mélanges **L. Hugueney***, Sirey, 1964
*La chambre criminelle et sa jurisprudence. Recueil d'études en hommage à la mémoire de **Maurice Patin***, Cujas, 1964
*Aspects nouveaux de la pensée juridique – recueil d'études en hommage à **Marc Ancel**,* tome 2, A. Pedone, 1975
*Etudes offertes à **René Rodière***, Dalloz, 1982
*Mélanges offerts à **Albert Chavanne** : droit pénal, propriété industrielle,* Litec, 1990
*Mélanges en l'honneur du professeur **Jean Larguier*** : droit pénal, procédure pénale, PUG, 1993
*Mélanges en l'honneur de **Jean-Claude Soyer**, L'honnête homme et le droit*, LGDJ, 2000
*Propos impertinents de droit des affaires, Mélanges en l'honneur de **Christian Gavalda***, Dalloz, 2001
*Mélanges offerts à **Pierre Couvrat**. La sanction du droit*, PUF, 2001
*Mélanges en l'honneur du doyen **Roger Decottignies***, PUG, 2003
*Etudes offertes à **Jacques Dupichot**, Liber amicorum*, Bruylant, 2004
*Mélanges en l'honneur du professeur **R. Ottenhof***, Dalloz, 2006
*Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire, Mélanges offerts à **Jean Pradel***, Cujas, 2006
*Mélanges dédiés à **Bernard Bouloc**, Les droits et le droit, Dalloz 2007*
*Mélanges en l'honneur du professeur **Jacques-Henri Robert**,* LexisNexis, 2012

Mélanges en l'honneur de ***Christine Lazerges****, Politique(s) criminelle(s)*, Dalloz, 2014
Mélanges en l'honneur du professeur ***Nicole Decoopman****. Les frontières du droit*, CEPRISCA, 2014
*Mélanges en l'honneur d'****Yves Mayaud****, Entre tradition et modernité, le droit pénal en contrepoint*, Dalloz, 2017

- ***Monographies, Travaux collectifs, Actes de colloque***

ALIX J., DARSONVILLE A. (dir.), *Gravité et droit pénal*, Mare et Martin, 2021
ANCEL M., *La défense sociale nouvelle : un mouvement de politique criminelle humaniste*, Cujas, 1954
ARCHAN CH., COURTOIS G., DAVY G., VALLEUR M., VERDIER R. (dir.), *Les ordalies : rituels et conduites*, Mare & Martin, 2022
AUBERT N., HAROCHE C. (dir.), *Les tyrannies de la visibilité. Être visible pour exister ?,* Erès, 2011
BEAUD S., LINDGAARD J., CONFAVREUX J. (dir.), *La France invisible*, La Découverte, 2006
BEAUVAIS P. et PARIZOT R. (dir.), *Les transformations de la preuve pén*ale**,** LGDJ, 2018
BECCARIA C., *Traité des délits et des peines*, éd. du bicentenaire, Paris 1966
BENTHAM J., *Le Panoptique*, 1780
BERR C.-J., **TREMEAU H.**, *Le droit douanier. Communautaire et international, Economica*, 6ème éd., 2004
BOULAD-AYOUD J., **ANTAKI M.**, **ROBERT P. (dir.)**, *Rationalité pénale et démocratie*, Presses de l'université de Laval, 2013
CASADO A., SAFI F. (dir.), *Daech et le droit*, éd. Panthéon Assas, 2016
CASTELLI E. (dir.), *Le mythe de la peine*, Aubier éd. Montaigne, 1967
CHATELAIN Y., *Surfez couvert ! Protéger et défendre sa vie privée numérique*, Ellipses, 2015
CHESNAIS J.- C., *Les morts violentes en France depuis 1826*, Paris, PUF, 1976
CLAY T., FAUVARQUE-COSSON B., RENUCCI F. et ZIENTARA-LOGEAY S. (dir.), *Etats généraux de la recherche sur le droit et la justice*, LexisNexis, 2018
COHET-CORDEY F. (dir.)*, Vulnérabilité et droit,* PUG, 2000
COMMAILLE J., DUMOULIN L., ROBERT C., *La juridicisation du politique*, Leçons scientifiques, éd. L.G.D.J., 2000
COULON J.-M., **FRISON-ROCHE M.-A. (dir.)**, *Le temps dans la procédure*, Dalloz Thèmes et Commentaires, 1996
CUSSON M., *Prévenir la délinquance. Les méthodes efficaces*, PUF, 2ème éd., 2009
CYRULNIK B. (dir.), *Le cerveau est-il coupable ?*, Sciences Psy, éd. Philippe Duval, 2016
DEBAETS E., DURANTHON A., SZTULMAN M., *Les fichiers de police*, Institut universitaire Varenne, 2019
DELAGE G., C. LAZERGES (dir.), *La dangerosité saisie par le droit pénal*, PUF, IRIS éd., 2011

DELMAS-MARTY M., *Le flou du droit,* PUF, 2004

DELMAS-MARTY M., *Liberté et sûreté dans un monde dangereux*, Le seuil, 2010

DISANT M., **POLLET-PANOUSSIS D. (dir.)**, *Les lanceurs d'alerte, Quelle protection juridique ? Quelles limites ?*, LGDJ, 2017

DUBOIS C., **LE MONNIER DE GOUVILLE P. (dir.)**, *Les infractions sexuelles à l'épreuve du numérique*, Mare&Martin, 2023

DURKHEIM E., *Les règles de la méthode sociologique*, Paris, Alcan, 1894

FERAL-SCHUHL CH., *Cyberdroit. Le droit à l'épreuve de l'internet*, Dalloz Praxis, 8ème éd., 2020-2021

FERRI E., *La sociologie criminelle*, A. Rousseau, Paris, 1893

FOTTORINO E. (dir.), *Qui est Daech ? Comprendre le nouveau terrorisme*, Ph. Rey, 2015

FOUCAULT M., *Surveiller et punir*, Gallimard, 1975

FOURNIER S. (dir.), *L'immatériel et le droit. Perspectives et limites*, Institut Universitaire Varenne, 2017

GALMARD M.-H., *Etat, société civile et loi pénale*, PUAM, 2006

GARAPON A., **PAPADOPOULOS I.**, *Juger en Amérique et en France*, Odile Jacob, 2003

GARÇON E., *Code pénal annoté*, t.1, Sirey, 1901-1906

GARNEAU J., *La mornifle,* P. Tisseyre, Montréal, 1976

GÉNY F., *Science et technique en droit privé positif, T.III Elaboration technique du droit positif*, Sirey, 1921

GHERNAOUTI-HELIE S., *La cybercriminalité. Le visible et l'invisible*, Presses polytechniques et universitaires romandes, 2009

GUÉRY C., *Le meurtre. Analyse juridique et pratique de l'homicide volontaire*, Dalloz, sept. 2019

GUINCHARD S., **BUISSON J.** (dir.), *Les transformations de la justice pénale, Cycle de conférences 2013 à la Cour de cassation,* Dalloz, 2014

JOUSSE M., *Anthropologie du geste. III. Le Parlant, la Parole et le Souffle*, Gallimard, 1978

KOUMADJI A., EL MAHJOUBI K. (DIR.), Les violences conjugales : le couple sous haute surveillance, Les éd. du Cerf, 2016

LARRIEU P., *Neurosciences et droit pénal. Le cerveau dans le prétoire*, L'Harmattan, 2015

MALABAT V., DE LAMY B., GIACOPELLI M. (dir.), *La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale*, Opinio doctorum, Dalloz, 2009

MELLOR A., *Les grands problèmes contemporains de l'instruction criminelle*, Domat Montchrestien, 1952

MERLEAU-PONTY M., *Le visible et l'invisible*, Gallimard, 1988

MONTEIL J.-M, **BEAUVOIS J.-L.**, *La psychologie sociale, vol.5 : Des perspectives pour l'application*, PUG, 2001

MUCCHIELLI L., *L'invention de la violence. Des peurs, des chiffres, des faits*, Fayard, 2011

OULLIER O. (dir.), *Le cerveau et la loi : analyse de l'émergence du neurodroit*, Centre d'analyse stratégique, sept. 2012

PELTIER-HENRY M., *Le droit pénal à l'épreuve des neurosciences*, L'Harmattan, Bibliothèques de droit, 2019

QUÉMÉNER M., CHARPENEL Y., *Cybercriminalité. Droit pénal appliqué*, Economica, Pratique du droit, 2010

RIBEYRE C. (dir.), *Le contradictoire dans le procès pénal*, Cujas, 2012

RIBEYRE C. (dir.), *La victime de l'infraction pénale*, Dalloz Thèmes et Commentaires, 2016

ROBERT Ph., AUBUSSON DE CAVARLAY B., POTTIER M.-L., TOURNIER P., *Les comptes du crime. Les délinquances en France et leurs mesures*, L'Harmattan, 2ème éd., 1994

ROBERT PH., ZAUBERMAN R., *Mesurer la délinquance*, Presses de Sciences-Po, coll. « Bibl. Du Citoyen », 2011

ROBERT PH., ZAUBERMAN R., *Comment améliorer la mesure de la délinquance ?*, Terra Nova, Think Tank, 11 juillet 2019

ROCHÉ S., *La délinquance des jeunes. Les 13-19 ans racontent leurs délits*, Paris, le Seuil, 2001

ROME I., MARTINENT E. (dir.), *L'emprise et les violences au sein du couple*, Dalloz, 2021

ROSANVALLON P., *La contre-démocratie. La politique à l'âge de la défiance*, Seuil, 2006

SAINT-PAU J.-C. (dir.), *Droit pénal et autres branches du droit. Regards croisé*, Cujas, 2012

SALAS D., *La volonté de punir. Essai sur le populisme pénal,* Hachette Littératures, 2005

SELLIN T., WOLFGANG M. E., *The measurment of delinquency*, New York, John Wiley and sons, 1964

SUTHERLAND E. H., *White Collar Crime*, New York: Holt, Rinehart & Winston, 1949

TIJUS C., PUIGELIER C. (dir.), *L'esprit au-delà du droit. Pour un dialogue entre les sciences cognitives et le droit*, Mare&Martin, 2016

VALETTE-ERCOLE V. (dir.), *Le droit pénal économique. Un droit pénal très spécial ?*, Cujas, 2018

VAN DIJK J., *Approcher la vérité en matière de délinquance. La comparaison des données d'enquêtes en population générale avec les statistiques de police sur la délinquance enregistrée*, Paris, Forum européen pour la sécurité urbaine, 2009

VERDIER R., KALNOKI N., KERNEIS S. (dir.), *Les justices de l'invisible,* L'Harmattan, Collection Droit et Cultures, 2013

VERNANT J.-P., *Mythe et pensée chez les Grecs. Étude de psychologie historique*, Paris, 2ème éd., 1985

VERPEAUX M., MATHIEU B., *Transparence et Vie publique*, Dalloz, jan. 2015

VIVANT M. (dir.), *Les grands arrêts de la propriété intellectuelle*, 3ème éd., Dalloz, 2020

WELLS H. G., *L'homme invisible*, Calmann-Lévy, 1912

III. Etudes, chroniques, observations, notes et commentaires

Entretien avec **ARENS Chantal**, JCP G, 30 mars 2020, n°13, pp.628-634.

« Interview **d'Olivier OULLIER**, Neurodroit : les sciences du cerveau à la barre », *in* B. Cyrulnik (dir.), *Le cerveau est-il coupable ?*, Sciences Psy, éd. Philippe Duval, 2016, p.79-89.

« Rencontre avec **MORSE Stephen**, Du cerveau, encore du cerveau, rien que du cerveau » *in* B. Cyrulnik (dir.), *Le cerveau est-il coupable ?,* Sciences Psy, éd. Philippe Duval, 2016 pp.45-55,

« Interview **d'Olivier OULLIER**, Neurodroit : les sciences du cerveau à la barre », *in* Boris Cyrulnik (dir.), *Le cerveau est-il coupable ?*, Sciences Psy, éd. Philippe Duval, 2016, p.79-89

« Rencontre avec **LAUDE A.**, Le droit face aux apports de la science », *in* Boris Cyrulnik (dir.), *Le cerveau est-il coupable ?*, *op.cit*., p.31-37

« Publication du rapport annuel de l'Observatoire national de la délinquance et des réponses pénale, 3 questions à **SOULLEZ Christophe**, chef du département de l'ONDRP », dr. pén. n°12, décembre 2016, entretien 6

Entretien avec **M. SANGUY Jean-pierre**, directeur de la police judiciaire à la Préfecture de police de Paris, « De l'usage opérationnel des statistiques de la délinquance par les services de police », Les Cahiers de la sécurité intérieure, n°4, février-avril 1991, pp.171-176

Dossier « L'évaluation du dommage psychique - 1re partie » Gaz. Pal. 17 févr. 2015, n° 48

Dossier « L'évaluation du dommage psychique - 2de partie » Gaz. Pal. 30 juin 2015, n° 181

Dossier « La prise en charge des victimes atteintes dans leur intégrité psychique », Gaz. Pal. 11 oct. 2022, n° 32.

Les étudiants du master II droit pénal de l'université Montesquieu – Bordeaux IV, « Secret professionnel et obligation de dénonciation », Dr. pén. n° 9, sept. 2008, étude 13

A

ABEL O., « Sens et non sens de la peine », Études théologiques et religieuses, 2005/2 (Tome 80), p.177-187

AEBI M. F., JACQUIER V., « *Les sondages de délinquance autoreportée : origines, fiabilité et validité* », Déviance et société, 2008, n°2, vol.32, pp.205-227

ALIX J., « Une liaison dangereuse », *in* G. Delage et C. Lazerges (dir.), *La dangerosité saisie par le droit pénal*, PUF, IRIS éd., 2011, pp.49-78

ALIX J., CAHN O., « Mutations de l'antiterrorisme et émergence d'un droit répressif de la sécurité nationale », RSC 2017 p.845

ALT E., « De nouvelles protections pour les lanceurs d'alerte », JCP G 2017, n°90

AMBROISE-CASTEROT C.,

- « Recherche et administration des preuves en procédure pénale : la quête du Graal de la Vérité », AJ Pén. 2005 p.26
- « Consommation : l'interruption de la prescription s'étend aux faits de tromperie », RSC 2006, p. 84
- « L'abus de faiblesse, infraction bicéphale », AJ Pénal 2018 p.220

AMSELEK.P, « La part de la science dans les activités des juristes », D. 1997 p.337

ARCHER F., « L'emprise sectaire appréhendée par les sciences criminelles », Droit pénal n° 9, sept. 2023, étude 17, n°22

ASTRUC L., « Social - Maltraitance des personnes vulnérables - Dénonciation par les professionnels : briser la loi du silence », Juris associations 2014, n°498, p.40

AUBERT A., COUDRET E., « Prédictibilité du comportement : neuro-sciences et neuro-mythes », AJ Pénal 2012 p.80

AUBERT N., HAROCHE C., « Être visible pour exister : l'injonction à la visibilité » *in* Aubert N., Haroche C. (dir.), *Les tyrannies de la visibilité. Être visible pour exister ?*, Erès, 2011, pp.7-22

AUROUX J.-B., « Nouvelles technologies de la communication électronique et droit pénal », Revue Lamy Droit de l'immatériel, nº 15, 1er avril 2006

AYNES L., « La cause, inutile et dangereuse », Droit et Patrimoine, nº 240, 1er octobre 2014

AZOULAY W., « Déni de service distribué et passerelle en ligne : l'organisation d'une bande désorganisée », D. actu. 24 novembre 2017

B

BARATTA A., « L'expertise post-sentencielle et l'évaluation du risque RFCDP, n°1, octobre 2013, p.73

BARBIERI J.-F.,

- « Prélèvements occultes sur fonds sociaux : maintien d'une présomption d'intérêt personnel du dirigeant poursuivi », note sous Cass. crim. 20 juin 1996, Bull. Joly Sociétés, janv. 1997, n° JBS-1997-004, p. 18

- « Prélèvements occultes sur fonds sociaux : maintien d'une présomption d'intérêt personnel du dirigeant dans un contexte de répression renforcée », Bull. Joly Sociétés, nov. 1998, n°11, p.1145
- « Abus de biens sociaux et irrégularités dans la gestion financière et comptable d'une entreprise : l'absence de profit pour le dirigeant ne détruit pas la présomption d'intérêt personnel », Bulletin Joly Sociétés déc. 1998, n° 12, p. 1257

BARBRY E., DUFIEF V., « Le projet de loi relatif à la prévention de la délinquance : vers un droit pénal numérique », Gaz. Pal. 18 janv. 2007, n°18, p. 18

BARLATIER J., « De l'enquête au renseignement, changement de paradigme pour la victime », AJ Pén. 2020 p.17

BARRAUD B., « Le darknet et le droit », JCP G, n°1-2, janvier 2018

BAUMGARTNER F. ET MOUSSERON P., « Blanchiment, contrats et opinions juridiques », JCP E, 2006.242

BEAUSSONIE G.,

- « La protection pénale de la propriété sur l'information », Dr. pén. n°9, sept. 2008, étude 19
- « La pérennité de la protection pénale des biens incorporels », D. 2012 p.137
- « Un pas de plus vers la dématérialisation de l'abus de confiance : la sanction d'un détournement de temps de travail », D. 2013. 1936
- « La dématérialisation de l'abus de confiance », AJ Pénal 2017, p.215
- « Vol du contenu d'un courriel », AJ Pénal 2018 p.150

BENBOUZID B., « L'enquête de victimation américaine : de l'étude compréhensive à l'analyse des facteurs de risque (1965-1985) », Revue française de socio-économique 2010/1, n°5, pp.63-82

BENELLI DE BÉNAZÉ C., « Contrôles d'identité au faciès : entre nullités et responsabilités », D. Actu., 18 nov. 2016

BENICHOU.D, « Cybercriminalité : jouer d'un nouvel espace sans frontière », AJ Pénal 2005 p.224

BENNETT C. M., BAIRD A. A., MILLER M. B., WOLFORD G. L., « Neural correlates of interspecies perspective taking in the post-mortem Atlantic Salmon : An argument for multiple comparisons correction », NeuroImage, Vol. 47, Supplement 1, July 2009, p.125

BERNFELD C., BIBAL F., « Pour une égalité de traitement des dommages psychiques et physiques », Gaz. Pal. n°048, 17 févr. 2015, p.5

BERTOCCO J., « La responsabilité pénale douanière, 2e partie : Les complices d'infractions douanières et les intéressés à la fraude douanière », AJ Pénal 2013 p.35

BIDERMAN A. D., REISS A. J., « On exploring the « Dark Figure » of Crime », , The annals of the American Academy of political and social science, Sage publications, JSTOR, 1967, pp.1-15

BLAIN B., OULLIER O., « Détecter le mensonge dans le cerveau : *in neuro veritas* ? », *in* O. Oullier (dir.*), Le cerveau et la loi : analyse de l'émergence du neurodroit*, Centre d'analyse stratégique, sept. 2012, pp. 95-118

BOCCABELLA.J, FUSIL.F, GRUEY-VINTILA.A, HU. R, JOURDIN.P et KARILA-COHEN.L., « La notion de contrôle coercitif : état des lieux et perspectives », JCP G n°09, 7 mars 2022, 299

BOCCON-GIBOD D., « *Les exigences contradictoires d'un régime raisonné de la prescription de l'action publique* » AJ Pénal 2016 p.297

BOLLE P.-H. « Origines et destin d'une institution menacée, la présomption d'innocence » *in Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire. Mélanges offerts à Jean Pradel*, Cujas, 2006, pp.43-51

BOMBLED M., « Participation aux délits d'association de malfaiteurs et d'évasion en bande organisée », D. actu. 2 mars 2010

BONFILS PH.,

- « *La simulation et la dissimulation d'enfant sont des infractions clandestines* », Revue juridique Personnes et Famille, n°11, 1er novembre 2004
- « Loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure. Loi n° 2011-267 du 14 mars 2011 », RSC 2011, p.440
- « *Clandestinité de l'infanticide et suspension de la prescription* », Droit de la famille n°1, janv. 2015, comm. 24
- « Entre continuité et rupture : la loi du 3 août 2018 sur les violences sexuelles et sexistes », JCP G n° 39, 24 sept. 2018, 975

BONFILS PH., LASSERRE CAPDEVILLE J., « Tentative de clarification de la loyauté de la preuve en matière pénale », *in* MALABAT V., DE LAMY B., GIACOPELLI M., *La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale*, Opinio doctorum, Dalloz, 2009, pp.247-256.

BORDAIS P., « Finance décentralisée et NFT (non fungible token) : deux nouvelles innovations de la blockchain », Rev. Droit bancaire et financier n° 6, nov. 2021, étude 19

BORRICAND.J, « La répression de la provocation au suicide, de la jurisprudence à la loi », JCPG 1988, I.3359

BOULMIER.D, « Le leurre de la protection des travailleurs sociaux en cas de dénonciation d'actes de maltraitance », RDSS 2006, p.992

BOULOC B.,

- « L'utilisation des fonds sociaux dans un but illicite n'est pas nécessairement un usage délictueux, Cass., crim., 11 janvier 1996, « Rosemain », Rev. sociétés 1996 p.586

- « Le point... provisoire ? sur l'abus de biens sociaux », note sous Cass., crim 20 juin 1996, D. 1996 p.589
- « La preuve de l'acte abusif dans l'abus de biens sociaux », Revue des sociétés 1996 p.105
- « Le prélèvement occulte est présumé fait dans l'intérêt personnel », note sous Cass., crim., 9 juillet 1998, Rev. sociétés 1998 p.821
- « Régularité d'une requalification de corruption en recel d'abus de biens sociaux, et connaissance de l'origine délictueuse des fonds remis », Rev. sociétés 1998 p.806
- « Remarques sur l'évolution de la prescription de l'action *publique* », *in Propos impertinents de droit des affaires, Mélanges en l'honneur de Christian Gavalda*, Dalloz, 2001
- « Stabilisation du point de départ de la prescription du délit d'abus de biens sociaux », Revue des sociétés 2001 p.873
- « *Colloque l'entreprise et le droit pénal* », Gaz. Palais 10-12 mars 2002, p.12
- « Remarques sur l'élément matériel du recel », *in Mélanges en l'honneur du professeur R. Ottenhof*, Dalloz, 2006, p.253
- « Abus de biens sociaux : l'affaire Elf, note sous Cass. crim. 31 janvier 2007 », Rev. sociétés 2007 p.379
- « Le secret professionnel du commissaire aux comptes », Rev. Soc. 2008 p.291
- « Regard sur la prescription pénale », AJ Pénal 2016 p.294

BOURSIER.M.-E, « Qu'est-ce que la compliance ? Essai de définition », D. 2020, p.1419

BOUTON J., « Lanceur d'alerte, nouvelle mouture et grains à moudre », *in* CLAY T., FAUVARQUE-COSSON B., RENUCCI F. et ZIENTARA-LOGEAY S. (dir.), *Etats généraux de la recherche sur le droit et la justice*, LexisNexis, 2018, p.703

BOUZAT P., « La loyauté dans la rechercher des preuves », *in Problèmes contemporains de procédure pénale*, Mélanges L. Hugueney, Sirey, 1964, pp. 155-177

BRIGANT J.-M., « Pleins feux sur le délit de favoritisme : prescription, caractérisation et motivation », JCP G n° 29, 20 juillet 2020, act. 889

BRIMO S., « Pollution de l'air ? Circulez, il n'y a rien à voir ! », AJDA 2023 p.809

BROUILLAUD J.-P., « Faut-il supprimer la notion d'intérêt personnel dans la définition de l'abus de biens sociaux ? » D. 2008 p.375.

BRUNEL A., « État d'urgence et renseignement : retour sur la répartition des contentieux », AJ Pén. 2017 p.475

BUIJZE A., « the six faces of transparency », Ultrecht Law Review, vol. 9, issue 3, juill. 2013

BUISSON J.,

- « La loi n° 2011-267 du 14 mars 2011 d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure », Procédures n°5, mai 2011, étude 5
- « La réforme de la prescription en matière pénale par la loi n°2017-242 du 27 février 2017 », Procédures n°4, avril 2017, étude 20

BURGELIN J.-F.,

- « La situation spécifique de la matière pénale », *in* J.-M. Coulon, M.-A. Frison-Roche (dir.), *Le temps dans la procédure*, Dalloz Thèmes et Commentaires, 1996, pp.31-40
- « Pour l'unification des délais de prescription en droit pénal », in *Mélanges Jean-Claude Soyer, L'honnête homme et le droit*, LGDJ, 2000, pp.49-56

BUSSEUIL.G,

- « Du visible à l'invisible : la notion de publicité à l'épreuve du nom de domaine et des métatags », LPA, 21 mai 2014, n°101, p.4
- « L'utilisation des données personnelles comme méta-balises : neutralité technologique ou atteinte à la vie privée ? », LPA 26 nov. 2014, n°236, p.16

BYK CH.,

- « Neurosciences et administration de la preuve pénale devant les juridictions des Etats-Unis », Médecine et droit, 2011, pp.59-63
- « Les neurosciences : une contribution à l'identité individuelle ou au contrôle social ? », RDSS 2012 p.800
- « S'interroger sur l'expertise neurobiologique », Les grands débats : les neurosciences doivent elles entrer au tribunal ?, 15 mai 2012

C

CABON S.-M.,

- « L'influence du cyber espace sur la criminalité économique et financière », Droit pénal n° 3, Mars 2018, étude 5
- « Fraude fiscale - Entre pragmatisme et idéalisme, quelle place pour la négociation en droit pénal fiscal ? », Revue de droit fiscal n° 11 du 14 mars 2019

CAHN O., « Sauriez-vous reconnaître le terroriste ? », Grief, n° 4, 2017, Dalloz/Ed. EHESS, pp. 127-138

CAILLON É., « Les troubles psycho-traumatiques chez l'adulte », Gaz. Pal. n°048, 17 févr. 2015, p.14

CAMOUS E., « Les procédures incidentes : le point de vue d'un magistrat du parquet », Gaz. Pal. 19 juill. 2016, n°27, p. 70

CANTAT-LAMPIN.V, « Les atteintes à la personne par le biais des communications électroniques. Une réponse imparfaite du droit pénal », *in Mélanges en l'honneur d'Yves Mayaud, Entre tradition et modernité, le droit pénal en contrepoint*, Dalloz, 2017, pp.305-315

CAPELLO.A, *«* La création d'infractions sexuelles *», in* DUBOIS C., LE MONNIER DE GOUVILLE P. (dir.), *Les infractions sexuelles à l'épreuve du numérique*, Mare&Martin, 2023, pp.43-54

CAPRIOLI E. A.,

- « Une première condamnation aux USA pour la commission d'infractions sur le Dark Web », Comm. com. électr. 2017, comm. 68
- « Entente ayant pour but d'entraver le fonctionnement d'un STAD », Communication Commerce électronique n° 4, Avril 2018, comm. 31

CARBONNIER J.,

- « La *règle contra non valentem agere non currit praescriptio* », Revue critique de la jurisprudence en matière civile, administratif, commerciale et criminelle, 1937, pp.155-194
- « Le silence et la gloire », D. 1951 p.119
- « De peu, de tout et de rien », *in Etudes offertes à René Rodière*, Dalloz, 1982, pp.47-54

CARCASSONNE G., « Le trouble de la transparence », Pouvoirs, 97 – 2001, pp.17-23

CARRIVE E., Note sous Cass, crim 4 janvier 1935, RSC 1936 pp.86-87

CARON.Ch, « L'essentiel est invisible », Comm. comm. élec. n° 9, sept. 2021, repère 8

CARTIER M.-É.,

- « Le terrorisme dans le nouveau Code pénal français », RSC. 1995, p. 225
- « *Le secret religieux* », RSC 2003 p.485

CASTRONUOVO D., « Les défis de la politique criminelle face aux générations futures et au principe de précaution : le cas des OGM », RSC 2014 p.523

CATELAN N., « Les nouveaux textes relatifs au renseignement : un moindre mal », RSC 2015 p.922

CAZENEUVE J., « La cybercriminalité : l'émergence d'un nouveau risque », AJ Pénal 2012 p.268

CÉDRAS J., « Le dol éventuel : aux limites de l'intention », Dalloz 1995, p.18

CENTRE D'ANALYSE STRATEGIQUE, « Le cerveau et la loi : éthique et pratique du neurodroit », La note d'analyse, septembre 2012 n°282

CERF-HOLLENDER A., « Importantes précisions sur le point de départ du délai de prescription du délit de banqueroute par détournement de l'actif », Lettre d'actualité des Procédures collectives civiles et commerciales n° 3, févr. 2021, alerte 41

CHAMBON P., Note sous Cass, crim. 8 août 1981, JCP G 1982.II.19845

CHASSAING J.-F., « L'internet et le droit pénal », D. 1996, chron. p. 329

CHAUSSEBOURG L., « Se déclarer victime : de l'atteinte subie au dépôt de plainte », Infostat justice, nov. 2010, n°110

CHAVANNE A. note sous Cass. crim. 18 mai 1954, JCP 1954 II.8.247

CHAVENT-LECLERE A.-S.,

- « *Revirement de jurisprudence : la clandestinité de l'homicide volontaire permet le report du point de départ de la prescription au jour de la découverte du cadavre* », Procédures n°12, déc.2014, comm.326
- « Le renouveau des infractions sexuelles à l'ère d'internet », *in Mélanges en l'honneur d'Yves Mayaud, Entre tradition et modernité, le droit pénal en contrepoint*, Dalloz, 2017, p.343

CHIARAMONTI. C, « Un solide instrument de mesure. Les statistiques des faits constatés établie par la DCPJ », Les Cahiers de la sécurité intérieure, n°4, févr.-avr. 1991, pp.15-26

CHOMIAC DE SAS P.-X., « Le dark web ou l'internet clandestin et son encadrement juridique », Revue Lamy droit de l'immatériel, n°149, 1er juin 2018

CIMAR L., « Nul n'est censé ignorer les droits fondamentaux des patients en fin de vie, pas même le médecin, encore moins la justice… », RDLF 2015, chron. n°18

CIOLINO-BERG D., « Vol d'informations sur l'Internet », Comm. Comm. électronique n° 11, nov. 2003, chron. 28

CLAVERIE-ROUSSET C., « Droit pénal et procédure pénale », JCP G n° 18, 4 mai 2020, doctr. 569

CLEMENT S., « Songes d'une pure vérité : à propos des détecteurs de mensonges », RI crim. et pol. tech. 2004, pp.55-68

COLLET Ph., « L'intérêt modeste de la notion d'infraction dissimulée », D. 2022 p.1347

COMMARET D.-N., « Point de départ du délai de prescription de l'actin publique : des palliatifs jurisprudentiels, faute de réforme législative d'ensemble », RSC 2004 p.897

CONTE PH.,

- « Aspect pénal des obligations de vigilance tendant à prévenir le blanchiment », JCP G 2005. I. 126.
- « La loi sur la prévention de la délinquance (loi n° 2007-297 du 5 mars 2007) : présentation des dispositions de droit pénal », Dr. pén. n° 5, mai 2007, étude 7
- , « Les messieurs Jourdain dans les palais de la République : variation sur l'article 121- 3 du code pénal et ses avatars », *in Mélanges en l'honneur du professeur Jacques-Henri Robert,* LexisNexis 2012, pp.137-144
- « Les éléments constitutifs de l'association de malfaiteurs sont différents des composantes de la circonstance aggravante de bande organisée », Dr. pén.n° 10, oct. 2015, comm. 120
- « Vol d'information », Droit pénal n° 10, oct. 2015, comm. 123

- « Abus de faiblesse et sujétion psychologique », Dr. pén. n°1, 1er janvier 2016, comm. 1
- « Peut faire l'objet d'un abus de confiance tout bien susceptible d'appropriation » Droit pénal n° 3, Mars 2016, comm. 40
- « Détention de matériel destiné à porter atteinte au fonctionnement d'un système de traitement automatisé – Motif légitime », Dr. pén. n° 5, Mai 2018, comm. 74
- « Refus d'application du principe : complicité de trafic de stupéfiants et participation à l'association de malfaiteurs correspondante », Dr. pén. n° 6, Juin 2019, comm. 105
- « Association de malfaiteurs et circonstance aggravante de bande organisée », Dr. pén. n° 9, sept. 2019, comm. 142
- « Agression sexuelle - Notion de contrainte », Dr. pén. n°11, nov. 2019, comm. 179
- « Actes de cruauté envers un animal domestique - Mobile religieux », Dr. pén. 2020, comm. 2
- « Personne en état de sujétion psychologique ou physique », Droit pénal n° 1, Janvier 2020, comm. 1
- « Manquement à une obligation de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement », Droit pénal n° 2, février 2020, comm. 25
- « Importation, détention, offre, cession ou mise à disposition d'un équipement, instrument, programme informatique ou donnée conçus ou spécialement adaptés pour commettre une ou plusieurs des infractions prévues par les articles 323-1 à 323-3 du Code pénal », Dr. pén. n° 5, Mai 2020, comm. 93
- « Un droit en trompe-l'œil », Dr. pén. n°7-8, juillet 2020, étude 19
- « Le cas de l'association de malfaiteurs », Dr. pén. n° 12, déc. 2020, comm. 201
- « Association de malfaiteurs: application du principe non bis in idem », Dr. pén. n° 2, févr. 2021, comm. 24
- « Dénonciation requise : conditions tenant à l'infraction à dénoncer », Dr. pén. n° 6, juin 2021, comm. 102
- « Le cas des infractions de prévention », Dr. pén. n° 9, sept. 2021, comm. 139
- « Condition d'application du principe », Dr. pén. n° 2, fév. 2022, comm. 23
- « Non bis in idem : exercice d'analyse d'où il résulte que le droit n'est pas la mathématique », Dr. pén. n° 3, mars 2022, dossier 3
- « Porosité entre la faute caractérisée et la faute délibérée », Dr. pén. n°4, avril 2022, comm.61
- « Le cas de l'« auto-recel » », Dr. pén.n° 6, juin 2022, comm. 103
- « Les cas de l'association de malfaiteurs et de la bande organisée », Dr. pén. sept. 2022, comm. 138

CORNU G., « Le visible et l'invisible », Droits n°10/1, PUF, 1989, pp.27-29

CORREIA V., « L'irrationnalité est naturelle : comment la réduire ? Illusions cognitives et stratégie de contrôle épistémique », *in Le droit et les sciences de l'esprit*, Archives de philosophie du droit, t.55, 2012, pp.65-77

COTTE B. et **GUILHAL D.**, La loi Fauchon, cinq ans de mise en œuvre jurisprudentielle : Dr. pén. 2006, étude 6, n° 46

COULON J.-M., « Les solutions relatives à l'office du juge », *in* J.-M. Coulon, M.-A. Frison-Roche (dir.), *Le temps dans la procédure*, *op. cit.*, pp.57-65

COURAGE A.-M., « Réseaux sociaux et nouvelles dérives sectaires dans l'océan numérique », AJ Pénal 2021 p.403

COUVRAT P., « Les infractions contre les personnes dans le Nouveau code pénal », RSC 1993, p.469

COUVRAT P. et GIUDICCELLI-DELAGE G., « Une nouvelle procédure pénale ? », RSC 2001, p.139

CROISIER-NERAC R., commentaire sous 8 janvier 1991, Dalloz 1992, p.115

CUSSON.M, « Dissuasion, justice et communication pénale », RFCDP, n°2, avril 2014, p.3

D

DALEAU J., « Abus de confiance et destruction : peu importe la qualification d'œuvre », Dalloz IP/IT 2016 p.140.

DALIGAND.L, « Emprise dans les violences conjugales et la maltraitance infantile », Journal du Droit de la Santé et de l'Assurance-Maladie (JDSAM), 2021/3, n°30, pp.49-52

DAMIANI.C, GATHERIAS.F, « Des sectes et des victimes », AJ Pénal 2021, p.396

DANET J.,

- « De la procédure à la répression de la criminalité organisée, ou laquelle est l'instrument de l'autre ? », AJ Pén. 2004, n°5
- « L'Assemblée plénière ne transmet pas la question de la constitutionnalité de sa jurisprudence sur la prescription de l'action publique », RSC 2011 p.656

DAOUD E., « La prescription des infractions occultes ou dissimulées en droit pénal des affaires : à la poursuite du temps perdu », Droit pénal n°5, Mai 2017, dossier 3

DAOUST F., « Le cyber-enquêteur : le renouvellement des techniques d'investigation », *in* DUBOIS C., LE MONNIER DE GOUVILLE P. (dir.), Les infractions sexuelles à l'épreuve du numérique, Mare&Martin, 2023, pp.103-108

DARSONVILLE A.,

- « Atteinte à un système de traitement automatisé de données », D. 2010 p.806

- « Prescription de l'action publique : l'urgence de repenser « un système en crise » », note sous ass. plén. 7 nov. 2014, AJ Pénal 2015, p.36
- « Recul du point de départ de la prescription de l'action publique et suspension du délai : le flou actuel et à venir ? », AJ Pén. 2016 p.306
- « La preuve renversée : l'explosion des présomptions », *in* P. Beauvais et R. Parizot (dir.), *Les transformations de la preuve pénale*, LGDJ, 2018, p.265
- « La fin de la mise en cause du cardinal Barbarin et le renouveau du délit de non-dénonciation de mauvais traitements », AJ Pén. 2021 p.257

DAURY-FAUVEAU M.,

- « La pénalisation proliférante des atteintes virtuelles aux personnes », *in Mélanges en l'honneur du professeur Jacques-Henri Robert*, LexisNexis, 2012, pp.179-189
- « Les délits intentionnels à intention présumée », *in Mélanges en l'honneur du professeur Nicole Decoopman. Les frontières du droit*, CEPRISCA, 2014, pp.171-183
- « Le viol par mensonge (ou casanova, pointure 36 fillette) », D. 2019 p.945

DAVOUST D., « La lutte contre les blanchiments de capitaux : une action menée au plan international, européen et national », LPA août 2002, p. 4

DEBOVE F., « L'overdose législative » : Dr. pén. 2004, étude 12

DECHENAUD D.,

- « Nouvelles menaces sur le droit pénal des affaires. Libres propos au sujet de l'avant-projet. Libres propos au sujet de l'avant-projet du futur Code de procédure pénale », Droit pénal n°6, juin 2010, étude 13
- « *La clandestinité en procédure pénale* », *in Mélanges en l'honneur du professeur Jacques-Henri Robert*, LexisNexis, 2012, pp.213-228
- « L'élément matériel de l'infraction économique » *in* VALETTE-ERCOLE V. (dir.), *Le droit pénal économique. Un droit pénal très spécial ?*, Cujas, 2018, pp.25-36Lexisnexis, 2012, pp.213-228

DÉCIMA O., « Requiem pour Ne bis in idem », Dr. pén. n° 3, Mars 2022, dossier 4

DELAGE P.-J,

- « Fragments archéologiques de la défense sociale », *in* G. Delage et C. Lazerges (dir.), *La dangerosité saisie par le droit pénal*, PUF, IRIS éd., 2011, pp.23-46
- « Le délit de dépôt illégal de déchets dangereux est susceptible de dissimulation », RSC 2022 p.635

DE LAMY B.,

- « Le fait de prendre sciemment le risque de ne pouvoir représenter la chose confiée caractérise l'élément intentionnel de l'abus de confiance », Dalloz 1999 p.157

- « Abus de confiance et bien incorporel : dématérialisation ou défiguration du délit ? », D.2001 p.1423
- « Abus de confiance et biens immatériels : extension du domaine des possibles », D. 2005, p.411
- « La conception constitutionnelle de la légalité pénale et les aléas de la jurisprudence de la chambre criminelle », RSC 2012, p.221

DE MAILLARD J., « Némésis judiciaire ou le cauchemar d'une justice parfaite », Le débat, Gallimard, 2007/1 n°143, pp.46-62

DE MAISON ROUGE O., « Darkweb : plongée en eaux troubles », Dalloz IP/IT 2017 p.74

DEPRET E., « Sectes et manipulation mentale : débat public et analyse psychosociale », *in* MONTEIL J.-M. et BEAUVOIS J.-L., *La psychologie sociale, vol.5 : Des perspectives pour l'application*, PUG, 2001, p.197

DESAULNAY O., OLLARD R., « Le renseignement français n'est plus hors-la-loi », Dr. pén. n° 9, sept. 2015, ét. n°17

DESMOULIN-CANSELIER S., « Usages et interprétations judiciaires des images cérébrales », RSC 2018 pp.343-357

DESNOYER Ch., « Auteurs et victimes de viol majeurs dans les dossiers clos en 2012 du ressort du TGI de Lille », AJ Pén. 2017, p.263

DETRAZ S.,

- « Un aspect de la protection des infiltrés et des repentis : le délit de révélation d'identité », RSC, 2006, p.49, n°5
- « Recel de fichiers clients d'une entreprise », Note sous Cass., crim. 20 juin 2006, n°05-86.491, JCP G n°51, 20 déc. 2010
- « Clarté, précision et adéquation de la notion de faute caractérisée », JCP G n° 46, 11 nov. 2013, p. 1176
- « Pas de report du point de départ de la prescription de l'action publique en matière criminelle, JCP G, n°50, 9 décembre 2013, p.1309
- « Associés désorganisés », Gaz. Pal. 3 nov. 2015, n°307, p.29
- « Liberté d'escroquer », Gaz. Pal. 24 janv. 2017, n° 4, p. 51
- « Le nouveau délit de sextorsion », Gaz. Pal. 31 août 2021, n°29, p. 77

DETRAZ S., OLLARD R.,

- « La dissociation de l'objet de l'abus de confiance. Première partie », Droit pénal n° 11, nov. 2014, étude 20

- « La dissociation de l'objet de l'abus de confiance. Deuxième partie », Droit pénal n° 12, Décembre 2014, étude 22

DETRAZ S., SAENKO L., « L'article 222-22-2 du Code pénal, hypothèse d'emprunt de matérialité », Droit pénal n°1, janv. 2014, étude 1

DEVEZE J., « Le vol de « biens informatiques », JCP 1985. I. 3210

DONNIER A., « Prescription et clandestinité : la troublante décision de la Cour de cassation », D. 2005 p.2998

DORSNER-DOLIVET A., « Loi sur les sectes », D. 2002, p.1086

DOUVILLE T., « L'utilisation licite du nom d'autrui comme « méta-balise » d'un site internet », LEFP 15 nov. 2014, n°10 p.2

DREYER E.,

- « La dignité opposée à la personne », D. 2008 p.2730
- « Notations sur l'éclatement des circonstances aggravantes », *in* MALABAT V., DE LAMY B., GIACOPELLI M. (dir.), *La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale, Opinio doctorum, Dalloz*, 2009, pp.63-70
- « La subsidiarité du droit pénal », *in Mélanges en l'honneur du professeur Jacques-Henri Robert*, Lexisnexis, 2012, pp.247-263
- « Réforme de la prescription : le baiser empoisonné », Gaz. Palais, 24 janvier 2017, n°4, p.40
- « Association de malfaiteurs en vue de porter atteinte à un STAD », RSC 2018 p.114
- « Propositions sexuelles par SMS effacés ! », RSC 2019 p.642
- « Faire et (y) penser », Gaz. Pal. 4 févr. 2020, n° 370, p. 72
- « Il n'y a pas délit à fournir l'instrument d'une fraude fiscale », JCP G n° 10, 9 mars 2020, p. 267
- « Retour sur la non-dénonciation d'infractions commises sur mineur ou personne vulnérable », Gaz. Pal. 11 mai 2021, n° 18
- « Aide-toi et l'archevêque t'aidera... », D. 2021 p.937

DUBOIS C.,

- « De la cacophonie des propositions de lois réformant les infractions sexuelles sur mineurs », Gaz. Pal. 9 mars 2021, n°10, p. 12
- « Propos introductifs », *in* DUBOIS C., LE MONNIER DE GOUVILLE P. (dir.), *Les infractions sexuelles à l'épreuve du numérique*, Mare&Martin, 2023, pp.13-17

DUCOULOUX-FAVARD C., « Caisses noires et abus de biens sociaux », LPA 3 avril 1996, n° 41, p. 23

DUMENIL G., « La nécessité urgente d'encadrer procéduralement la mesure de cyber-infiltration », Dr. pén. n°9, sept. 2018, ét. 22.

DUPARC A., « Une nouvelle loi visant à protéger (entre autres) les victimes de violences conjugales », JCP G n°39, 21 sept. 2020, act. 1028

DURKHEIM E., « Le crime, phénomène normal », *in Les règles de la méthode sociologique*, Paris, Alcan, 1894

DUVERT C.,

- « Dix ans de harcèlement. La naissance litigieuse de l'intégrité psychique », Esprit, 2012/5, p.53
- Note sous Cass. crim., 13 nov. 2019, n° 18-85.367, D. 2020. p. 916

DYENS S., « Le lanceur d'alerte dans la loi « Sapin 2 » : un renforcement en trompe-l'œil », AJ Coll. Terr. 2017 p.127

E

ÉCHAPPÉ O., « Le secret professionnel de l'ecclésiastique », D. 2001 p.2606

F

FEUGERE W., « Loi Sapin 2 et nouvelles responsabilités : un changement de paradigme ? », AJ Pén. 2018, p.553

FÉRAL-SCHUHL C., « Une procédure pénale adaptée à l'internet se dessine : entre « cyber-enquêteurs » et collaboration des fournisseurs et utilisateurs », AJ Pén. 2005 p.228

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

FINN E. S., TODD CONSTABLE R., « Individual variation in functional brain connectivity: implications for personalized approaches to psychiatric disease », Dialogues in Clinical Neuroscience, 18:3, 2016, p.277

FLOQUET A., ROTH C., « L'intention homicide peut-elle découler d'une règle de droit ? », AJ Pénal 2017, p.348

FONTEIX C.,

- « Abus de confiance et destruction d'un enregistrement vidéo non protégé par un droit d'auteur », Dalloz actualité, 22 janv. 2016
- « Contrainte morale résultant de l'emprise d'un gourou », Dalloz actualité, 30 oct. 2017

FORTIS E.,

- « *La définition des incriminations* », RSC 2012 p.131
- « La nouvelle définition des délits non intentionnels par la loi du 10 juillet 2000. Les conséquences de la loi du 10 juillet 2000 en droit pénal », RSC 2001 p.737

FOURMENT F.,

- « Contrôles d'identité : « Contrôlez, contrôlez, il en restera toujours quelque chose » », Gaz. Pal. 14 janv. 2012, p. 8
- « Les contrôles d'identité à l'épreuve de l'enquête sociologique - Entretien avec René Lévy », Gaz. Pal. 14 janv. 2012, p. 21
- « La loi « Renseignement », le renseignement incident de commission d'une infraction et l'autorité judiciaire », Gaz. Pal. 26 janv. 2016, n°4, p. 75
- « Irrépressibles procédures incidentes », Gaz. Pal. 19 juill. 2016, n°27, p. 80
- « Variation sur la prescription de l'action publique », Gaz. Pal., n° 34, oct. 2016, p.57
- « Le détournement de procédure, sans détour », Gaz. Pal. 19 nov. 2019, n°40, p. 53

FOURNIER S., « Non dénonciation de mauvais traitements a un mineur ou a une personne vulnérable : caractère instantané ou continu du délit et finalité de l'incrimination », Rev. Pén. et de Droit Pén., n° 2, avril-juin 2021

FRANCILLON J., « Piratage informatique. Révélation de failles de sécurité informatique », RSC 2010 p.178

FUCINI.S, « Principe ne bis in idem et cumul de l'association de malfaiteurs et de la bande organisée », D. actu. 28 mai 2019.

G

GALLARDO E., « L'action publique doit-elle subir les affres du temps ? », Lexbase Hebdo, éd. privée n°686, 2 fév. 2017

GALLOIS A., « L'infiltration », Procédures, n°5, mai 2014, alerte n°19

GALLOIS J., GOUDJIL S., MAJORCZYK M., OUDAOUD A., PIGNATEL L., « L'effet thérapeutique du procès pénal », *in* RIBEYRE C. (dir.), *La victime de l'infraction pénale*, Dalloz Thèmes et Commentaires, 2016, pp.157-168

GALLOUX J.-C., « Ebauche d'une définition juridique de l'information », D. 1994 p.233

GIACOPELLI M., « Les raisons de la prescription, propos introductifs », Lexbase Hebdo, édition privée n°686, 2 février 2017

GIUDICCELLI A., « Témoignage sous hypnose ou expertise hypnotique ? », RSC 2001 p.610

GIUDICELLI-DELAGE G., « La sanction de l'imprudence », *in Mélanges offerts à Pierre Couvrat. La sanction du droit*, PUF, 2001, p.528

GLAVIANO-CECCALDI M.-P., « Violences conjugales et levée du secret médical sans accord », AJ Famille 2020 p.467.

GLEIZE B., « Arrêts n°s 42-43 - De l'indépendance des propriétés incorporelle et corporelle – Article L. 111-3 du CPI », *in* VIVANT M. (dir.), *Les grands arrêts de la propriété intellectuelle*, 3ème éd., Dalloz, 2020, p.267

GODIN G., « Pour une prévision statistique de la criminalité », Les Cahiers de la sécurité intérieure, n°4, février-avril 1991, pp.187-202 : « il est probable que l'on n'atteindra jamais le stade d'une exacte mesure »

GOGORZA A., « *Infractions clandestines et prescription de l'action publique* », Revue de droit des transports n°6, Juin 2009, comm. 123

GRUNVALD S., « Les correctionnalisations de l'infraction de viol dans la chaîne pénale », AJ Pén. 2017, p.269

GUÉRY CH., « Le défaut de protection de l'enfant par le professionnel : un nouveau délit ? », D. 2001 p.3293.

GUINCHARD S., « Qui cassera les arrêts de la Cour de cassation ? », *in Etudes offertes à Jacques Dupichot*, Paris, Dalloz, 1999, p.769

GUIRIMAND D., « Droit pénal et droit du travail », *in* SAINT-PAU J.-C. (dir.), *Droit pénal et autres branches du droit. Regards croisé*, Cujas 2012

H

HAAS G., « L'odeur, un instrument invisible du marketing difficile à protéger », Décisions Marketing, avril-juin 2003, n° 30, pp. 77-80

HARDOUIN-AVRINHAC M.-L., « Le point sur les règles applicables aux cookies », Le Quotidien du 5 janvier 2021 : Données personnelles, Lexbase

HARDOUIN-LEGOFF C., « La loi visant à protéger les mineurs des crimes et délits sexuels et de l'inceste - Une avancée attendue de longue date... au goût d'inachevé », JCP G n°19-20, 10 mai 2021, act. 513

HARCOURT B. E., « Surveiller et punir à l'âge actuariel. Généalogie et critique (Partie II) », Déviance et Société 2011/2, vol. 35, pp.163-194

HELMIS A., « L'invisible au tribunal : les « esprits » et le crime de sang devant une cour d'assises (Togo) » *in* VERDIER R., KALNOKI N., KERNEIS S. (dir.), *Les justices de l'invisible,* L'Harmattan, Collection Droit et Cultures, 2013*,* pp.91-96

HERPE F., « L'utilisation d'une marque d'un tiers dans les codes sources d'un site web est-elle fautive ? », LEPI, n°9, oct. 2016, p.7

HERRAN T.,

- « La distinction police administrative et police judiciaire à l'épreuve de l'entraide policière internationale », D. 2015 p.1880
- « Renseignement et nullité des actes de procédure », Gaz. Pal. 26 jan. 2016, n°4, p.78.

HUYETTE M., « Les sectes et le droit », D. 1999 p.383

J

JACOBET DE NOMBEL C.,

- « Le recel d'information », Dr. pén. 2008, étude 21
- « *L'article 8, alinéa 3 du Code de procédure pénale, cas de report de la prescription fondé sur la clandestinité de l'infraction ?* », Droit pénal n°2, Février 2013, étude 3

JACOPIN S., « Le début d'une évolution sur la nature de la chose susceptible d'appropriation frauduleuse », Droit pénal n°4, avril 2001, chron. 16

JACQUOT N. et **GUILLAND N.**, « Vers une balkanisation du contentieux fiscal ? Réflexions sur les nouveaux contours de l'office du juge pénal en matière de fraude fiscale. À propos de Cass. crim., 11 sept. 2019, n° 18-81.980, n° 18-82.430, n° 18-81.067, n° 18-81.040 et n° 18-84.144 », Dr. fisc. 2019, n° 43, étude 412

JANBREL M., « Commentaire de la loi numéro 87-1133 du 31 décembre 1987, tournant à réprimer la provocation au suicide ? », AMD, 1988, I,171

JANCOVICI E., « Dédiaboliser les « sectes » », LPA, 29 nov. 1999, n°237, p.34

JEANDIDIER W., « La correctionnalisation législative », JCP 1991. I. 3487, n° 10

JOISSAINS S., BIGOT J., « Cybercriminalité : un défi à relever aux niveaux national et européen, Rapport d'information », Sénat, n° 613, 9 juillet 2020, p.20

JOUGLA S., JOUGLA J.-P., « L'emprise psychologique de nature sectaire dans la jurisprudence sur l'abus de faiblesse », AJ Pénal 2018 p.230

JOUNIOT S., « Vol : avatars d'une infraction protéiforme », AJ Pénal 2019 p.26

K

KARSENTI J., « Contrôles d'identité : comment lutter contre le contrôle au faciès ? », Gaz. Pal. 14 janv. 2012, p. 19

KASSIN S. M, « False confessions. Causes, consequences, and implications for reform » Current Directions in Psychological Science, août 2008, vol. 17 issue 4, p.249-253

KLAVER J. R., **LEE Z.**, **GORDON ROSE V.**, « Effects of personality, interrogation techniques and plausibility in an experimental false confession paradigm », Legal and Criminal Psychology, 2008, 13, 71-88

L

LAGOUTTE J., « Nul ne peut se prévaloir de ses croyances religieuses pour s'affranchir des règles communes édictées par la loi pénale. De beaux draps pour un matelas sale ? », Dr. pén. 2020, étude 5

LAMBERT J.-F., « Les neurosciences et la justice. L'imagerie cérébrale au tribunal » *in* TIJUS C., PUIGELIER C. (dir.), *L'esprit au-delà du droit. Pour un dialogue entre les sciences cognitives et le droit*, Mare&Martin, 2016, pp.159-190

LANTHIEZ M.-L., « Du préjudice dans quelques infractions contre les biens », D., 2005, p.464

LARGUIER J.,

- Note sous CA Paris, 27 mars 1953, JCP 1953, II, n° 7701
- Note sous CA Bordeaux, 9 octobre 1962, JCP G 1963, II, 13128
- « Le juge et l'astrologue », JCP, 1963, I, 1744
- « Le juge et le sorcier », JCP, 1967, I, 2055
- « Mort et transfiguration du droit pénal », in *Aspects nouveaux de la pensée juridique – recueil d'études en hommage à Marc Ancel,* tome 2, A. Pedone, 1975 pp.123-150
- « chron. de jurisprudence », RSC 1984, pp.723-730
- « Théorie des ensembles et qualifications pénales », *in Mélanges offerts à Albert Chavanne : droit pénal, propriété industrielle*, Litec, 1990, pp.109-125

LARRIEU P.,

- « La réception des neurosciences par le droit », AJ Pénal 2011, p.231.
- « Le droit à l'ère des neurosciences », Médecine et droit, Issue 115, juill.-août 2012, pp.106-110.
- « Regards éthiques sur les applications juridiques des neurosciences. Entre blouses blanches et robes noires », Revue interdisciplinaire d'études juridiques, Université Saint-Louis, Bruxelles, 2012/1, Volume 68, pp.145-174

LARTIGUE M., « La compliance, une fonction qui monte, qui monte », D. Actu. 13 mai 2022

LASSERRE-CAPDEVILLE J.,

- « Délit de trafic de moyens destinés à commettre une atteinte à un système de traitement automatisé de données », D. 2010 p.806
- « Nouvelles précisions sur le délit d'abus de confiance », D. 2010 p.2820
- « Infractions commises à l'encontre de mineurs par l'intermédiaire d'Internet », Gaz. Pal. 6 sept. 2012, n°250, p. 12
- « Les développements récents du droit sanctionnant le vol », AJ Pénal 2017 p.208

- « Nouvelle solution favorable au vol d'informations », AJ Pénal 2017 p.448

LATOUR X., « La loi relative au renseignement : un État de surveillance ? », JCP A n°40, 5 oct. 2015, 2286, n°13

LAUDE A., LAGARD T., « Utilisation des neurosciences par le juge, l'avocat et l'expert : perspective historique » *in* OULLIER O. (DIR.), *Le cerveau et la loi : analyse de l'émergence du neurodroit*, Centre d'analyse stratégique, n°2012-07, septembre 2012, p.15

LAZERGUES C.,

- « De la fonction déclarative de la loi pénale », RSC 2004 p.194
- « Introduction », *in* GIUDICCELLI- DELAGE G. et LAZERGES C. (dir.), *La dangerosité saisie par le droit pénal*, PUF, IRIS éd., 2011, pp.17-21

LEBLOIS-HAPPE J.,

- « La tromperie constitue un délit clandestin par nature, dès lors le délai de prescription de l'action publique court à compter du jour où il apparait », JCP G n°42, 19 octobre 2005, II, 10143
- « Le droit de ne pas contribuer à sa propre accusation », travaux de l'institut de sciences criminelles et de la justice, Cujas n°1, 2011 p.296
- « La réforme de la prescription, enfin ! Loi n°2017-242 du 27 février 2017 », JCP G n°15, 10 avril 2017, doctr. 424

LEBRET J., « *Essai sur la notion de l'intention criminelle* », RSC 1938, n°1 janvier-mars, pp. 438 – 484

LECUYER G., « La clandestinité de l'infraction comme justification du retard de la prescription de l'action publique », Droit pénal n°11, nov. 2005, étude 14.

LE DEVEDEC B.,

- « Violences volontaires - Levée du secret médical et accessibilité aux mineurs à la pornographie en ligne », Droit pénal n°9, 1er sept. 2020
- « Levée du secret médical et accessibilité aux mineurs à la pornographie en ligne - Loi n° 2020-936 du 30 juillet 2020, visant à protéger les victimes de violences conjugales », Dr. pén. n°9, sept.2020, étude 26

LE GUNEHEC F., « L'abus de biens sociaux », Gaz. Pal. 9 et 13 août 1996, p. 14

LELIEUR J.,

- « La prescription des infractions de corruption », D. 2008 p.1076
- « L'intelligence artificielle, une nouvelle technologie probatoire en émergence », AJ Pénal 2023 p.112

LE MAGUERESSE C., MADURAUD A.-L., « Ces viols qu'on occulte : critique de la « correctionnalisation » », Délibérée 2018/2, n°4, pp.32-35

LEPAGE A.,

- « Un an de droit pénal des nouvelles technologies », Dr. pén. n° 12, déc.2008, chron. 10
- « Un an de droit pénal des technologies 2008-2009 », Dr. pén. 2009, chron. 11
- « Un an de droit pénal des nouvelles technologies 2009-2010 », Dr. pén. n° 12, déc. 2010, chron. 10
- « Un de droit pénal des nouvelles technologies », Dr. pén. n°12, déc. 2011, chron. 10
- « A noter également », Communication Commerce électronique n° 2, fév. 2012, comm. 21
- « Un de droit pénal des nouvelles technologies », Dr. pén.n° 12, déc. 2013, chron. 11
- « Un an de droit pénal des nouvelles technologies », Dr. pén. n° 12, déc. 2014, chron. 11
- « Les provocations sur Internet (Loyauté de la preuve et nouvelle technologies : entre exigences et efficacité répressive) », in S. Guinchard et J. Buisson (dir.), *Les transformations de la justice pénale, Cycle de conférences 2013 à la Cour de cassation*, Dalloz, 2014, p.p 231- 245
- « Un de droit pénal des nouvelles technologies », Dr. pén. n°12, déc. 2015, chron. 10

LE STANC CH., TREFIGNY P., « Droit du numérique : panorama 2005 », D. 2006, p.785

LETURMY L., « commentaire du jugement du tribunal correctionnel de caen du 4 septembre 2001 (l'affaire pican), Dr. Pén. n° 12, déc. 2001, chron. 46

LEVASSEUR G.,

- « L'élément intentionnel de l'homicide volontaire », Comm. Crim 8 janvier 1991, RSC 1991, p.760
- « Homicide volontaire. Animus necandi », Note sous Cass., crim. 18 juin 1991, RSC 1992 p.73
- « Meurtre. Animus necandi », Note sous Cass., crim. 6 janvier 1993, RSC 1993, p.773
- « Meurtre. Animus necandi », RSC 1993, p.773
- « Meurtre, animus necandi », RSC 1990 p.337
- « Homicide volontaire. Animus necandi », RSC 1992 p.73
- « L'élément moral du meurtre : l'animus necandi », RSC 1992 p.748
- « Elément moral de l'homicide volontaire : l'animus necandi », RSC 1991 p.345
- « L'élément intentionnel de l'homicide volontaire », RSC 1991, p.760
- « L'élément moral du meurtre : l'animus necandi », RSC 1992, p.748

LEVY R., **ZAUBERMAN R.**, « Connaître la criminalité ou connaître les victimes. Quelle place pour les enquêtes de victimation ? », Les Cahiers de la sécurité intérieure, n°4, février-avril 1991

LOCHAK D., « (In)visibilité sociale, (in)visibilité juridique », *in* BEAUD S., LINDGAARD J., CONFAVREUX J. (dir.), *La France invisible*, La Découverte, 2006, pp.499-507

LOFTUS E., « *Planting Misinformation in the Human Mind: A 30-Year Investigation of the Malleability of Memory.* », Learning & Memory, vol. 12, nº 4, 2005, p. 361-366.

LUBIN J.-J., « Fraude et évasion fiscales : la difficile mesure de l'invisible », La revue fiscale du patrimoine n° 11, nov. 2022, 10

LUCAS DE LEYSSAC M.-P., « Une information seule est-elle susceptible de vol ou d'une autre atteinte juridique aux biens ? », D. 1985, chron. 43.

LUDWICZAK F., « Le droit d'alerte aux risques de la répression pénale », *in* M. Disant et D. Pollet-Panoussis (dir.), *Les lanceurs d'alerte, Quelle protection juridique ? Quelles limites ?*, LGDJ, 2017.177-191

LYON L., « Dead salmon and voodoo correlations : should we be sceptical about functional MRI ? », Brain, 2017: 140, 1-5

M

MADRAY G., « *Le dol éventuel* », RIDP 1938, p.207

MAES J.-C., « Familles et sectes », Cahiers critiques de thérapie familiale et de pratiques de réseaux, vol. 26, 2001, n°1, p. 203-225

MAGNON X., « Morale et politique : quelles places pour le droit ? », *in* VERPEAUX M., MATHIEU B., *Transparence et Vie publique*, Dalloz, jan. 2015, p.18

MAILLARD J., « La réforme de la prescription pénale : une « amnistie » ... occulte et dissimulée ? », Gaz. Palais, 18 avril 2017, n° 15, p. 21

MAISTRE DU CHAMBON P.,

- *«* L'hostilité de la Cour de cassation à l'égard de la prescription de l'action publique », JCP G n° 21, 22 mai 2002, II 10075
- « Le déclin du principe de la légalité en matière pénale », *in Mélanges en l'honneur du doyen Roger Decottignies*, Presses universitaires de Grenoble, 2003, pp.209-216

MALABAT V.,

- « Les infractions inutiles. Plaidoyer pour une production raisonnée du droit pénal », in MALABAT V., DE LAMY B., GIACOPELLI M. (dir.), *La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale. Opinio doctorum*, Dalloz, 2009, p.75
- « Retour sur le résultat de l'infraction », *in Mélanges en l'honneur du professeur Jacques-Henri Robert*, LexisNexis, 2012, pp.443-459
- « La sanction pénale du détournement de son temps de travail par un salarié : détournement de l'abus de confiance ? », Rev. trav., 2013, p.767
- « L'immatériel objet de droit pénal », *in* FOURNIER S. (dir.), *L'immatériel et le droit. Perspectives et limites*, Institut Universitaire Varenne, 2017 pp.35-47

MARÉCHAL J.-Y., « *Prescription du meurtre : « Couvrez ces cadavres que je ne saurais voir »* », Droit pénal n°12, déc. 2013, étude 18

MARON A., HAAS C., « Occupée à ne rien faire… », Dr. pén. 2010, comm. 28.

MARON A., HAAS M., «Le ruisseau qui veut se faire aussi gros que le fleuve (s'enfla si bien qu'il creva) », Dr. pén. 2017, comm. 167.

MARTIAL-BRAZ N., « Les NFT aux prises avec le droit des biens : essai d'une qualification », Rev. droit bancaire et financier n°4, juil. 2022, dossier 31

MARTIN A., FERRO D., TRICHET F., « La répression des dérives sectaires en droit pénal », AJ pénal 2021, p.393

MARTINENT E., « Emprise vous avez dit emprises », in I. Rome et E. Martinent (dir.), *L'emprise et les violences au sein du couple*, Dalloz, 2021, p.22-23

MARTINON A., « De la faute délibérée à la faute caractérisée », JCP Social n° 42, 18 octobre 2011, 1476

MARY L., « Présentation de la loi n°2020-936 du 30 juillet 2020 visant à protéger les victimes de violences conjugales », AJ Famille 2020 p.384.

MASCALA C.,

- « Le dérapage de l'interprétation jurisprudentielle en droit pénal des affaires », D. 2004 p.3050
- « Abus de confiance par détournement d'usage de subventions », RSC 2008 p.595
- « Droit pénal des affaires », D. 2011 p.1859
- « Droit pénal des affaires, juillet 2018 - juillet 2019 », D. 2019, p.1858

MATSOPOULOU H.,

- « L'obligation de déclaration : du secret à la révélation, Gaz. Pal., n°181, 29 juin 2004, p. 27
- « L'oubli en droit pénal », *in Mélanges dédiés à Bernard Bouloc, Les droits et le droit,* Dalloz 2007, pp.771-806
- « Quelques réflexions sur la place des statistiques dans la politique pénale », *in Mélanges en l'honneur de Christine Lazerges, Politique(s) criminelle(s)*, Dalloz, 2014, pp. 233-244
- « Vol d'informations », RSC 2017, p. 752
- « L'obligation de dénoncer n'est pas « éternelle ! » », JCP G n° 22, 31 mai 2021, 575

MAYAUD Y.,

- « La volonté à la lumière du nouveau Code pénal », *in Mélanges en l'honneur du professeur Jean Larguier : droit pénal, procédure pénale*, PUG, 1993, p.203
- « Conséquences de l'omission, dans la question principale, de la mention du caractère volontaire de l'homicide », Dalloz, 2000 p.26

- « Pas de violences sans victime... Précisions nécessaires relatives à la victime », à propos de Cass. crim. 27 octobre 1999, Bull. crim. n° 235, RSC 2000 p.396
- « Retour vers la culpabilité non intentionnelle en droit pénal... », D. 2000, p. 603
- « La condamnation de l'évêque de Bayeux pour non-dénonciation, ou le tribut payé à César... », D. 2001 p.3454
- « *La simulation ou dissimulation d'enfant, une clandestinité reconnue* », RSC 2004 p.883
- « L'abus de faiblesse par sujétion psychologique, ou les leçons de la catastrophe d'AZF », RSC 2005 p.306
- « Le délit de blessures involontaires, une infraction clandestine *?* », RSC 2008 p.903
- « La mesure de sûreté après la décision du Conseil constitutionnel n°2008-562 DC du 21 février 2008 », D. 2008 p.1364
- « Des violences routières aux... violences sur les routes », RSC 2008 p.587
- « Des innocents oubliés, victimes de la prescription », D. 2013 p.2673
- « Huit infanticides couverts par la prescription *!* », RSC 2013 p.803
- « Abus de faiblesse, abus de confiance, et droit canonique », RSC 2015 p.847
- « Assassinat ou violences mortelles ? Aller-retour sur une requalification… », RSC 2017, p.293
- « Interprétation stricte pour l'abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de faiblesse », Cass. crim. 11 juill. 2017, n°17-80.421, RSC 2017 p.507
- « Le droit pénal de la dénonciation », AJ Pén. 2020 p.8

MAYER D., CHASSAING J.-F., « Y a-t'il une place pour l'hypnose en procédure pénale ? », D., 2001 p.1340

MENDOZA-CAMINADE A. « L'abus de confiance constitué par le détournement d'un projet considéré comme objet d'un droit de propriété », JCP G n° 11, 16 Mars 2005, II 10034

MERCADAL B., « Recherche sur l'intention en droit pénal », RSC. 1967, p. 1.

MERLE R., VITU A., *Traité de droit criminel*, *Procédure pénale*, Cujas, 4ème éd. 1989, p. 159, n° 129

MESA R.,

- « Point de départ du délai de prescription de l'action publique : les crimes ne sont pas des infractions clandestines », Gaz. Palais 23/11/2013 n°327
- « Le droit pénal général à l'épreuve de l'infraction digitalisée », D. 2022 p.125
- « Quelle qualification infractionnelle pour l'usage abusif du like ? », Dalloz IP/IT 2022 p.140
- « La réponse pénale au cyber-délit commis à l'encontre d'un mineur », D. 2023 p.27

MIHMAN A., « La réforme de la prescription de l'action publique », Gaz. Palais, 7 mars 2017, n° 10, p. 14

MIMIN P., « L'intention et le mobile » *in* L*a chambre criminelle et sa jurisprudence. Recueil d'études en hommage à la mémoire de Maurice Patin*, 1964, pp. 115-128

MIRABAIL S.,

- « L'élément intentionnel de l'abandon de famille ne saurait être déduit du seul défaut de paiement », D. 1999 p.156
- « Droit pénal, oct. 2007 – oct.2008 », D. 2009 p.123
- « Droit pénal » D. 2016 p.2424

MOINE-DUPUIS I., « La plaisanterie, chose sérieuse en droit pénal », D. 2003, p.1001

MORIN J.-P., « Le viol psychique : un projet de définition juridique », Revue internationale de sciences criminelles et de criminologie, 1975, p.275

MORVAN P.,

- « Droit pénal de l'accident du travail », Dr. soc. 2001, p. 654, n°11
- « L'irrésistible ascension de la faute caractérisée : l'assaut avorté du législateur contre l'échelle de la culpabilité », *in Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire, Mélanges offerts à Jean Pradel*, Cujas, 2006, pp.443-472

MOUTOUH H., « Secret professionnel et liberté de conscience : l'exemple des ministres des cultes », D. 2000 p.431

MUCCHIELLI L.,

- « La criminalité : une construction sociale », Sciences humaines, vol. 123, n°1, 2002, p. 26
- « Les techniques et les enjeux de la mesure de la délinquance », Savoir/Agir, Ed. du Croquant, 2010/4 n°14, pp.93-101

MULLER-LAGARDE Y., **GRUEY-VINTILA A.**, « Violences au sein du couple : pour une consécration pénale du contrôle coercitif », AJ Pénal, mai 2022, p.251

MURBACH M., « Théorie générale des pouvoirs d'investigation : l'investigation proactive », AJ Pén. 2011 p.506.

N

NEYRET L., REBOUL-MAUPIN N., « Droit des biens », D. 2016 p.1779

O

OLLARD R., « La distinction du dommage et du préjudice en droit pénal », RSC 2010, p. 561.

OTTENHOF R.,

- « Abus de confiance. Détournements commis par des mandataires. Nécessité de l'élément intentionnel », RSC 1995 p.820

- « Abus de confiance. Notion de détournement. Impossibilité de restituer », Note sous Cass. crim 3 juillet 1997 n°96-85144, RSC 1998 p.552
- « Abus de confiance. Notion de détournement. Impossibilité de restituer », Note sous Cass. Crim 3 juillet 1997, n°96-85144, RSC 1998 p.552
- « Abus de confiance. Notion de détournement. Impossibilité de restituer », RSC 1998, p.552
- « Imputabilité, culpabilité, et responsabilité en droit pénal », Archives de politique criminelle, Pedone, 2000, n°22, pp.71-83
- « Abus de confiance. Nature du bien détourné », RSC 2001 p.385
- « Abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de la situation de faiblesse d'une personne vulnérable », RSC 2002 p.821

OULLIER O.,

- « Clear up this fuzzy thinking on brain scans », Nature, vol. 483, 1er mars 2012
- « Délibérations au tribunal : Jugements, décisions, biais et influences », *in Le droit et les sciences de l'esprit*, Archives de philosophie du droit, Dalloz, tome 55, 2012, pp.269-280

P

PAGEAUD P.-A., « L'intention de la victime comme critère de la soustraction en matière de vol » JCP 1955, I, 1256

PAISANT G., « De l'obligation de transparence dans les contrats de consommation », *in* Mélanges R. Decottignies, PUG, 2003, p. 233

PAMART D., « Abandon de déchet illégaux, l'émergence d'une infraction occulte », Droit rural n° 505, Août 2022, comm. 110

PARIENTY A., « La délinquance est-elle mesurable ? », , *Alternatives économiques*, vol. 280, no. 5, 2009, pp. 68-68

PARIGUET M., « Une autre rationalité pénale », RSC 2014, p.543

PARIZOT R.,

- « CEDH x contre France : la rétention de sûreté devant la Cour européenne des droits de l'homme », *in* G. Delage et C. Lazerges (dir.), *La dangerosité saisie par le droit pénal*, PUF, IRIS éd., 2011, pp.97-116
- « « Ceci n'est pas une pipe » : l'association de malfaiteurs et la bande organisée selon la Cour de cassation », D. 2015 p.2541.
- « Surveiller et prévenir… à quel prix ? », JCP G n°41, 5 oct. 2015, doctr. 1077
- « Les renversements de la responsabilité pénale », RSC 2017 p.363

PARTOUCHE B., « Tentative et violences volontaires dans la jurisprudence contemporaine », RSC 2013 p.759

PELLE S., « De l'intention criminelle en général et de l'intention terroriste en particulier », JCP G n°24, 12 juin 2017, 670

PERRIER J.-B.,

- « Le droit pénal préventif et l'anticipation de la répression », RDA, février 2017, n°13-14 pp.173-180
- « Gravité et dangerosité », in. ALIX J, DARSONVILLE A. (dir.), *Gravité et droit pénal*, Mare et Martin, 2021, pp.127-138

PERRIER J.-B., ROUSSEAU F., « Le renforcement de la répression des infractions sexuelles contre les mineurs, (Loi n° 2021-478 du 21 avril 2021 visant à protéger les mineurs des crimes et délits sexuels et de l'inceste) », RSC 2021 p.454

PETIT A., « Propos sur la répression d'une infraction invisible », Rev. pén. 1969, p.329

PETIT A., « Visite guidée du Darkweb cybercriminel », Dalloz IP/IT 2017p.86

PICARD E., « Les contrôles d'identité au regard des droits fondamentaux : des régimes inutilement hétéroclites », RFDA 1994, p.959

PIGNATEL L., « L'émergence du neurodroit dans le monde », *in* B. Cyrulnik (dir.), Le cerveau est-il coupable ?, Sciences Psy, éd. Philippe Duval, 2016, pp.57-67

PIGNATEL L. et OULLIER O., « Les neurosciences dans le droit », Cités, PUF, 2014/4 n°60, pp.83-104

PILLON F., « Le problème juridique de l'électricité », RTD civ. 1904. 5, spéc. 19.

PIN X.,

- « La vulnérabilité en matière pénale », *in COHET-CORDEY F. (dir.), Vulnérabilité et droit,* PUG, 2000, p. 119
- « La notion de faute en droit pénal (121-3=0 ?) », *in* MALABAT V., DE LAMY B., GIACOPELLI M. (dir.), *Droit pénal : le temps des réformes.* Actes du colloque des 7,8 et 9 octobre 2009 à l'Université de Montesquieu Bordeaux IV, 2011, p.95
- « Une politique criminelle en quête de rationalité : le cas français », *in* Boulad-Ayoub J., Antaki M., Robert P. (dir.), *Rationalité pénale et démocratie*, Presses de l'université de Laval, 2013, 2013, pp. 39-69
- « Conflit de qualifications : beaucoup de bruit... », RSC 2022 p.311
- « Concours de qualifications : bis in idem ! », RSC 2022 p.811

PIRES A., « La rationalité pénale moderne, la société du risque et la juridicisation de l'opinion publique », Sociologies et sociétés, vol. 33, n°1, printemps 2001, pp.179-204

PLANTEVIN A., « Les propositions sexuelles faites à un mineur de quinze ans par un moyen de communication électronique », Gaz. Pal. 27 oct. 2012, n°301, p. 24

PLANQUE J.-C.,

- « La répression du « cyber-viol » : simple adaptation ou prémices d'une révolution des concepts pénaux ? », Droit pénal n°2, févr. 2019, étude 4
- « Live-streaming pédopornographique : des violences sexuelles difficiles à appréhender pour le droit pénal français », Droit pénal n°9, sept. 2020, étude 27

PLANQUE J.-C., JOMBART J., « Quand l'avatar se met à verser dans la délinquance ! - Mondes virtuels, infractions et réalités pénales », Droit pénal n°1, Janvier 2023, étude 1

PONSEILL A., « La faute caractérisée en droit pénal », RSC 2003 p.79

PORTMANN A., « Bilan du dispositif de pré-plainte en ligne », Dalloz Actu 15 mai 2013

PRADEL J.,

- « L'exacte mesure de la délinquance : des progrès aujourd'hui, une maîtrise demain ? », Les Cahiers de la sécurité intérieure, n°4, février-avril 1991, pp.203-205
- « De l'enquête pénale proactive : suggestions pour un statut légal », D. 1998 p.57
- « La loi n°2002-307 du 4 mars 2002 : un placebo pour guérir certains maux de la réforme du 16 juin 2000 sur la présomption d'innocence », D. 2002, p. 169
- « *Une surprenante décision sur la prescription de l'action publique en cas de dissimulation des faits* », AJ Pénal 2014 p.30

PRALUS M., « Réflexions autour de l'élément moral des délits », dr. pén. n°12, déc. 2002, chr. n°41

PREVOST J.-B., « L'évaluation de la souffrance psychique et ses obstacles », Gaz. Pal. n°048, p.22, 17 févr. 2015

PRIETO N., « Intensité du psychotraumatisme et fait générateur », Gaz. Pal. n°32,11 oct. 2022, p. 63

PROST J., JEAN-BAPTISTE A., « Les *Non-Fungible Tokens* saisis par le droit », Dalloz IP/IT 2022 p.260

PROTHAIS A., « La tentation pour le juge de refaire la loi pénale », *in Mélanges dédiés à Bernard Bouloc*, *Les droits et le droit, Dalloz 2007,* pp.909-922

PRZYGODZKI-LIONET N., « Le témoignage en justice – Les apports de la psychologie sociale et cognitive », Histoire de la justice 2014, n°24, p.123

PY B., « Secret professionnel : le syndrome des assignats ? », AJ Pénal 2004 p.133

Q

QUÉMÉNER M.,

- « Réponses pénales face à la cyberpédopornographie », AJ Pén. 2009 p.107
- Article sans titre *in* S. Guinchard et J. Buisson (dir.), *Les transformations de la justice pénale, Cycle de conférences 2013 à la Cour de cassation,* Dalloz, 2014, pp. 247-259

- « Enquêtes dans le Darkweb », Dalloz IP/IT 2017 p.83

QUEZEL-AMBRUNAZ CH., « Victimes d'atteintes psychiques : en finir avec la demi-mesure », Gaz. Pal. n°32, 11 oct. 2022, p. 66.

R

RACINE A., « Quelques aspects psycho-sociologiques du phénomène de la délinquance cachée », Bruxelles, Revue de l'institut de sociologie, 1963, n°1, pp.161-176

RAOULT F., « Statistiques criminelles : mythes et réalité », JCP G n°45, 7 novembre 2016, 1163

RAOULT S., DUPARC L., « Emprise, manipulation et dépendance dans l'espace sémantique de la criminologie », RSC 2021 p.929

RASCHEL E., « Le report de la prescription : comprendre », Lexbase édition privée n°686, 2 février 2017

RASSAT M.-L.,

- « Les infractions contre les biens et les personnes dans le nouveau code pénal », D. 1995 p. 176
- « De l'objet de l'abus de confiance », Droit pénal n° 4, avril 2015, étude 10

RENELIER A., WONG C., « Souffrances psychiques : un déni médico-légal ? », Gaz. Pal. n°181, 30 juin 2015, p.12

RENUCCI J.-F.,

- « Compatibilité avec la Convention européenne des droits de l'homme des présomptions de culpabilité instituées par le code des douanes et manquement au procès équitable à défaut de commission d'office d'un avocat devant la Cour de cassation », D. 1993 p.38
- « La preuve de l'abus de biens sociaux, note sous 28 novembre 1994 », D. 1995 p.506
- « Infractions d'affaires et prescription de l'action publique », D. 1997 p.23
- « Abus de biens sociaux : prescription et constitution de partie civile », RSC 1998 p.336

RIBEYRE C.,

- « LOPPSI II : de nouvelles règles au service de la répression », Droit pénal n° 7-8, juillet 2011, étude 10
- « chronique de procédure pénale », RPDP n°2 avril-juin 2015, p.343
- « L'élargissement des mesures spéciales et dérogatoires face à Daech », *in* A. Casado et F. Safi (dir.), *Daech et le droit*, éd. Panthéon Assas, 2016, p. 127
- « Loi n° 2017-242 du 27 février 2017 portant réforme de la prescription en matière pénale : enfin adoptée mais bientôt adaptée ! », Lexbase Droit privé, mars 2017
- « La procédure pénale à l'épreuve de l'état d'urgence sanitaire », Dr. pén. n° 5, mai 2020, n°3

RICOEUR P., « Interprétation du mythe de la peine », *in* E. Castelli (dir.), *Le mythe de la peine*, Aubier éd. Montaigne, 1967, pp.23-42

ROBACZEWSKI C., « Le droit pénal des affaires à l'épreuve des principes du Code pénal », *in Mélanges en l'honneur d'Yves Mayaud, Entre tradition et modernité, le droit pénal en contrepoint,* Dalloz, 2017, pp.241-253

ROBERT A.-G., « Chronique législative », RSC 2007 p.853

ROBERT M., « Cybercriminalité : les nouvelles réponses législatives », AJ Pén. 2016 p.412

ROBERT J.-H.,

- « Histoire des éléments de l'infraction », RSC, 1977, n°1, p.274
- « Dénivelés alcoométriques jurassiens », Dr. Pén., juin 2003, n°6, comm. 75
- « La jurisprudence du sang contaminé appliquée à l'hormone de croissance », Droit Pénal n°9, sept. 2005, comm.132
- « Abus de biens sociaux - La cour d'appel de Grenoble sait tout par cœur sur l'abus de biens sociaux », Note sous Cass. crim., 14 juin 2006 n° 05-85.912, Droit pénal n° 10, Octobre 2006, comm. 127
- « Abus de biens sociaux - À Bali, c'est parti », Note sous Cass. crim., 24 sept. 2008, n° 08-80.872, Droit pénal n° 1, Janvier 2009, comm. 10
- « Abus de biens sociaux et présomption », JCP EA n° 4, 22 Janvier 2009, p.1073
- « Abus de biens sociaux et présomption, note sous Cass. crim., 24 sept. 2008, n° 08-80.872 », JCP EA n° 4, 22 Janvier 2009, 1073
- « Des hectolitres de champagne », Dr. pén. n° 3, Mars 2019, comm. 52
- « Un utile obiter dictum », Droit pénal n° 1, Janvier 2021, comm. 11

ROBERT J.-H., CLAVERIE-ROUSSET C., DETRAZ S., PERRIER J.-B., « Droit pénal et procédure pénale », JCP G n°13, 27 mars 2017, doctr. 355

ROBERT PH., « *Les statistiques criminelles et la recherche. Réflexions conceptuelles* », Déviance et société, 1977, vol.1, n°1, pp.3-27

ROCA C., « Secret de la confession, secret professionnel et atteintes sexuelles sur mineur », LPA 6 avr. 2001, p. 10

ROCHÉ S., « Vers la démonopolisation des fonctions régaliennes : contractualisation, territorialisation et européanisation de la sécurité intérieure », Revue française de science politique, vol. 54, n°1, fév. 2004, p.46

ROETS D., « Réflexions sur les possibles implications du principe de précaution en droit pénal de l'imprudence », RSC 2007 p.251

ROMDHANE H., ROBIN J., « La MIVILUDES : une organisation renforcée pour lutter contre les dérives sectaires », AJ Pénal 2021 p.392

ROUJOU DE BOUBEE G., « L'évêque peut-il invoquer le secret professionnel pour ne pas dénoncer un prêtre de son diocèse coupable de pédophilie ? », D. 2002 p.1803.

ROUSSEAU P., « Le renforcement de la lutte contre les commanditaires d'abus sexuels en live streaming », AJ Pén. 2020 p.396

ROUSSEL G.,

- « L'introduction du « repenti » ou le pragmatisme appliqué du législateur », AJ Pénal 2005 p.363
- « Les originalités du droit pénal douanier », AJ Pénal 2009 p.201
- « Le régime des techniques de renseignement », AJ Pén., 2015 p.520

ROUX J.-A., « Le vol d'électricité », Journ. Parq. 1900. 1. 180 et note au S. 1902. 2. 185, et 1913. 337

ROUX-DEMARE F.-X., « Les mineurs et les réseaux sociaux sur Internet, regard par le prisme du droit pénal », Rev. pénit. 2015, p. 859

ROYER G., « Communication d'une faille dans un système informatique : le motif légitime exonératoire reste imprécis », AJ Pén. 2010 p.79

ROYO M., « La « machine à arrêter le temps » selon la Cour de cassation… », D. 2005 p.1399

S

SAENKO L.,

- « La notion de dissimulation en matière d'abus de biens sociaux : évolution ou dérive ? », RTD Com. 2005 p.671
- « Abus de confiance par détournement du temps de travail du salarié », Rev. Droit social 2013, p.1008
- « Enregistrement vidéo et droit pénal des biens : entre dématérialisation et appropriation », D. 2016 p.587
- « Vol de documents numériques par impression d'un email », RTD Com. 2018 p.492
- « Retour sur l'obligation de dénonciation des commissaires aux comptes », Gaz. Pal. 11 mai 2021, n° 18
- « Les concours d'infractions en matière pénale : la fractura temporis ? », D. 2022, p.1762
- « L'infraction sexuelle sur internet : quel rapport à l'espace ? », *in* C. Dubois, P. Le Monnier de Gouville (dir.), *Les infractions sexuelles à l'épreuve du numérique*, Mare&Martin, 2023, pp.83-91

SAFI F., « La loi du 30 juillet 2021 relative à la prévention d'actes de terrorisme et au renseignement. Entre pérennisation et extension de l'exception… », JCP G n°40, 4 oct. 2021, 1012

SAINT-PAU J.-C.,

- « Les obstacles au contradictoire : l'exemple de l'anonymat des témoins », *in* RIBEYRE C. (dir.), *Le contradictoire dans le procès pénal*, Cujas, 2012, pp. 123-132
- « La responsabilité pénale réparatrice et la responsabilité civile punitive ? », Responsabilité civile et assurances n° 5, Mai 2013, dossier 23
- « La faute caractérisée de l'auteur indirect d'un homicide involontaire : une faute supplétive et subjective », JCP G n° 15, 18 avril 2022

SALOMON R.,

- « *Précisions sur le point de départ de la prescription et l'usage contraire à l'intérêt social* », Note sous Cass. crim., 14 juin 2006, n° 05-85.912, Droit des sociétés n° 10, Octobre 2006, comm. 152
- « *Le dol spécial de l'abus de biens sociaux se déduit du caractère occulte des prélèvements opérés* », Note sous Cass. crim., 24 sept. 2008, n° 08-80.872, Droit des sociétés n° 11, Novembre 2008, comm. 234
- « Un élément moral réduit », Dr. des soc., avril 2011, n°4
- « Cumul des délits de présentation de comptes infidèles et de banqueroute par désordres comptables », Droit des sociétés n° 1, Janvier 2014, comm. 18
- « Caractérisation du dol spécial de l'abus de biens sociaux », Droit des sociétés n°3, Mars 2017, comm. 53
- « Droit pénal fiscal », Droit fiscal n°46, 15 nov. 2019, 437
- « Banqueroute et détermination du point de départ de la prescription », Droit des sociétés n° 1, janv. 2021, comm. 14
- « Banqueroute et détermination du point de départ de la prescription », Droit des sociétés n° 1, Janvier 2021, comm. 14
- ., « Abus de biens sociaux. Publication de comptes infidèles », Droit des sociétés n° 6, Juin 2023, comm. 78

SALVAGE PH., « L'imprudence en droit pénal », JCP G n° 50, 11 décembre 1996, doctr. 3984

SALVAT X., « Prescription : ne constituent pas un obstacle insurmontable à l'exercice des poursuites, de nature à reporter le point de départ de la prescription, le secret et l'absence d'indice apparent révélant l'existence physique d'enfants, nés clandestinement et morts dans l'anonymat », RSC 2013, p.933

SANSY S., SOURTY A., « Les mineurs victimes de dérives sectaires : enjeux français et perspectives européennes », AJ Pénal 2021 p.400

SAUNERON S., Centre d'analyse stratégique, « Impact des neurosciences : quels enjeux éthiques pour quelles régulations ? », La note de veille, mars 2009, n°128.

SCHMALTZ B., « Les consultations de fichiers de police pour enquête administrative », *in* DEBAETS E., DURANTHON A.ET SZTULMAN M., *Les fichiers de police*, Institut universitaire Varenne, 2019, pp.191-223

SCHORTGEN É., YAKOUBEN D., « Le besoin en tierce personne en matière psychiatrique », Gaz. Pal. n°181, 30 juin 2015, p.16

SEGONDS M., « L'intérêt personnel du dirigeant qui prélève des fonds sociaux de manière occulte est présumé », D. 1999 p.159

SENON J.-L., **MANZANERA C.**, « L'expertise psychiatrique pénale : les données d'un débat », AJ Pénal 2006 p.66

SEUVIC J.-F., « Chronique législative », RSC 2001, p.840

SKOGAN W. G., « Measurement problems in official and survey crime rates », Journal of criminal justice, vol 3, 1975, Pergamon Press, pp.17-32

SONTAG KOENIG S.,

- « « Silence, on tourne ! ». L'essor des caméras mobiles : le clair-obscur de la transparence », Dr. pén. n° 4, avril 2018, ét. 10
- « Déposer plainte en ligne : simplifier, renforcer mais aussi repenser la physionomie de la plainte », AJ Pén. 2020 p.14

SORDINO M.-C.,

- « Le procès pénal confronté aux neurosciences : science sans conscience… ? », AJ Pénal 2014, p.58
- « Lanceur d'alerte et droit pénal : entre méfiance et protection », Rev. soc. 2017, p. 19, n°11
- « Abus de biens sociaux et recel en famille... prenez garde aux présomptions ! », AJ Pénal 2019 p.207

SOURZAT C., « Les nouveaux défis pour les infractions traditionnelles », *in* DUBOIS C., LE MONNIER DE GOUVILLE P. (dir.), *Les infractions sexuelles à l'épreuve du numérique*, Mare&Martin, 2023, pp.29-42

SPIRE A., « Pour une approche sociologique de la délinquance en col blanc », Champ pénal, Vol. X, 2013.

SPITERI P., « L'infraction formelle », RSC, 1966, p.497

STEVER I., « La défense des femmes victimes de violences conjugales », *in* I. Rome et E. Martinent (dir.), *L'emprise et les violences au sein du couple,* Dalloz, 2021, p.79

STOCLET M., « La Cour de cassation apporte des précisions sur le cumul des sanctions fiscales et pénales pour fraude fiscale », Dr. fisc. 2019, n° 40, act. 420

SUTHERLAND E. H., « Le problème de la criminalité en col blanc », 1985, Trad. de G. Chantraine et G. Salle, Champ Pénal, Vol. X, 2013

T

TARDY J.-N., « Visibilité, invisibilité. Voir, faire voir, dissimuler », Hypothèses 2007/1 (10), pp. 15-24

THIERRY J.-B.,

- « La réforme de la prescription pénale : simplifier ? », Lexbase Hebdo, éd. privée n°686, 2 fév.2017
- « Participation à une cyber-association de malfaiteurs », AJ Pén. 2018 p.44
- « La loi n°2019-222 du 23 mars 2019, loi de réforme pour la justice numérique ? », JCP 2019, ét. 932-938

THOMASSIN N., « Le bien susceptible d'abus de confiance (réflexion sur la jurisprudence récente) », D. 2012 p.964

TOLEDO F., **GRUEY-VINTILA A.**, « Le contrôle coercitif. Repérer les violences au sein du couple dans les interactions et le rapport de pouvoir entre l'auteur et la victime » *in* ROME I. et MARTINENT E. (dir.), *L'emprise et les violences au sein du couple*, Dalloz, 2021, p.279

TOUZET J., « L'État condamné à indemniser des enfants victimes des pollutions de l'air » D. Actu., 5 juill. 2023

V

VARINARD A., « *La prescription de l'action publique, une institution à réformer* », *in Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire, Mélanges offerts à Jean Pradel*, Cujas, 2006 p.626.

VERDIER R., » Le corps à l'épreuve du feu de la justice divine chez les Kabyè du Togo » *in* B. Durand (dir.), *La torture judiciaire,* Approches historique et juridique, Montpellier, 2002, vol. I, pp.191-198

VERGÈS E.,

- « Chronique de procédure pénale », RPDP, 2006, pp.174-176
- « La prescription de l'action publique rénovée. A propos de la loi n°2017-242 du 27 février 2017 portant réforme de la prescription en matière pénale », RSC 2017, p.91

VERNANT J.-P., « De la présentification de l'invisible à l'imitation de l'apparence », *in Mythe et pensée chez les Grecs. Étude de psychologie historique*, Paris, 2ème éd., 1985, p. 339-351

VERNY E., « La loyauté de la preuve lors d'une cyber-enquête », *in* DUBOIS C., LE MONNIER DE GOUVILLE P. (dir.), *Les infractions sexuelles à l'épreuve du numérique*, Mare&Martin, 2023, pp.95-102

VÉRON M.,

- Note sous Cass. crim. 22 mai 1989, Droit pénal, comm. 56, déc. 1989, p.5
- Note sous Cass. crim. 18 juin 1991, Droit pénal, octobre 1991, n°277, p.4
- Note sous Cass. crim. 26 novembre 1991, Droit pénal, mai 1992, n°120 p.7
- Note sous Cass, crim. 6 janvier 1993 n°92-83.316, Dr. pén 1993, comm.103
- « Clandestinité et prescription », Droit Pénal, 1998 chron. 16
- « Violence et trouble psychologique », Dr. pén. n°3, mars 2000, comm. 30
- « Prescription : cessation de l'état d'ignorance », Droit pénal n°3, mars 2003, comm. 29
- « Visite à la cour du roi Pétaud, ou les errements de la prescription en matière pénale », *in Etudes offertes à Jacques Dupichot, Liber amicorum*, Bruylant, 2004 p.501-517
- « La preuve de l'animus necandi », Droit pénal n°12, décembre 2006, comm. 151
- « Rappels sur la remise à titre précaire et la constatation de l'élément intentionnel », Droit pénal n°9, sept. 2009, comm. 108, Note sous Cass. crim., 8 avr. 2009, n°08-83.981 et Cass. crim., 12 mai 2009, n°08-87.418
- « La double condamnation du détenu évadé », Dr. pén. n° 4, avril 2010, comm. 43
- « La nature du bien détourné : surplace ou rétropédalage ? », Dr. pénal 2011. Comm. 29
- « Un aspect de la dématérialisation : utilisation frauduleuse de son temps de travail », Dr. pén. n° 11, nov. 2013, comm. 158
- « Le recel d'odeur de pastis, Réflexions sur l'élément matériel du recel », Dr. pén. 1990, chron. p. 2
- Note sous Cass. crim. 22 mai 1989, Droit pénal, comm. 56, déc. 1989 p.5
- Note sous Cass. crim. 18 juin 1991, Droit pénal, octobre 1991, n°277, p.4
- Note sous Cass. crim. 26 novembre 1991, Droit pénal, mai 1992, n°120 p.7
- « La preuve de l'animus necandi », Droit pénal n°12, décembre 2006, comm. 151
- « Abus de confiance - Rappels sur la remise à titre précaire et la constatation de l'élément intentionnel », Note sous Cass. crim., 8 avr. 2009, n° 08-83.981 et Cass. crim., 12 mai 2009, n° 08-87.418, Droit pénal n° 9, Septembre 2009, comm. 108

VERSELE S.C., « Compte rendu de l'ouvrage Unrecorded criminality in Finland, par Inkeri Anttila et Risto Jaakkola, Helsinki, Institut de criminologie, 1966 », RDPC 1966-1967, pp.1031-1032

VIANGALLI F., « L'homme invisible à l'ère numérique : du mythe à la réalité contemporaine », International Journal of Digital and Data Law, 2022, Vol.8

VIAL J.-P., « Loi Fauchon : il faut remettre l'ouvrage sur le métier ! », AJ Pénal 2012 p.84

W

WEIL B., « Un désir d'objectivation : constitution du savoir psychiatrique contemporain », L'evolution psychiatrique 85 (2020), pp. 5–11

WESTER-OUISSE V., « De l'incrimination du suicide d'un conjoint, dit « suicide forcé » », JCP G n°51, 16 déc. 2019, p.1351

Z

ZAUBERMAN R., **ROBERT Ph.**, **BECK F.**, **NEVANEN S.**, « Mesurer l'implication des jeunes dans la violence », Déviance et société, 2013/1, vol. 37, pp.89-115

IV. Rapports, sources officielles

BONNET Ch., *Rapport n°381*, Sénat, 23 juin 1993

BOUSQUET D., **DURAND E.**, **RONAI E.**, **GAYRAUD Al.**, **GUIRAUD C.**, Haut Conseil pour l'Égalité entre les femmes et les hommes, *En finir avec l'impunité des violences faites aux femmes en ligne : une urgence pour les victimes*, Rapport n°2017-11-16-VIO-030, 16 novembre 2017

BUFFET F.-N., A*vis n°381 sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale, relatif à la bioéthiqu*e, Sénat, 29 mars 2011

BUFFET F.-N. Buffet, *Rapport n°8 portant réforme de la prescription en matière pénale*, 5 octobre 2016

BUFFET F.-N., *Rapport n°636 portant réforme de la prescription en matière pénale*, 25 mai 2016

BUFFET F.-N., **DETRAIGNE Y.**, *Rapport fait au nom de la commission des lois sur le projet de loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice et sur le projet de loi organique relatif au renforcement de l'organisation des juridiction*s, n°11, Sénat, 3 octobre 2018

CLAEYS A., **VIALATTE J.-S.**, *Rapport n° 476 (2011-2012) fait au nom de l'Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques*, 13 mars 2012

CNCDH, *La lutte contre le racisme, l'antisémitisme et la xénophobie*, année 2019, La documentation française

COMMISSION NATIONALE CONSULTATIVE DES DROITS DE L'HOMME, *Avis interministériel de lutte contre le racisme et l'antisémitisme : bilan et perspectives*, JO du 23 déc. 2017, n°299

COMITE CONSULTATIF NATIONAL D'ETHIQUE POUR LES SCIENCES DE LA VIE ET DE LA SANTE, avis n°116, *Enjeux éthiques de la neuroimagerie fonctionnelle*, 23 févr. 2012

COULON J.-M., *La dépénalisation de la vie des affaires, rapport remis au garde des sceaux*, janvier 2008

COUILLARD B., *Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la république sur la proposition de loi, après engagement de la procédure accélérée, visant à protéger les victimes de violences conjugales*, n°2478, Assemblée nationale, 15 janvier 2020

COUR DE CASSATION, *La preuve*, Rapport, 2012

COUR DE CASSATION, *Avis de M. Ph. Petitprez, avocat général (chambre criminelle)*, Arrêt n°484 du 14 avril 2021, pourvoi n°20-81.196

COUR DE CASSATION, *Rapport de M. Henri de Larosière de Champfeu, conseiller (chambre criminelle), Arrêt n° 484 du 14 avril 2021*, Pourvoi n°20-81.196

DENAJA S. et **PILLET F.,** *Rapport relatif à la compétence du Défenseur des droits pour l'orientation et la protection des lanceurs d'alerte*, n°4032 et 4033, 14 sept. 2016

DOLIGE E., *Proposition de loi tendant à créer un délit de manipulation mentale*, Rapport n° 2291, Assemblée nationale, 28 mars 2000

DOSIERE R., *Rapport tendant à préciser la définition des délits non intentionnels*, n°2266, Assemblée Nationale, 29 juin 2000

DUMAS F. et **LISO B.**, *Rapport d'information sur les droits des femmes dans le monde et l'application de la convention d'Istanbul*, Assemblée Nationale, 13 janv. 2022

GROUPE DE TRAVAIL INTERMINISTERIEL SUR LA LUTTE CONTRE LA CYBERCRIMINALITE, *Protéger les internautes. Rapport sur la cybercriminalité*, février 2014

HOUILLON Ph., « Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la république sur le projet de loi adopté par le sénat (n° 3338), relatif à la prévention de la délinquance », n°3436, 15 nov. 2006

HUMAN RIGHTS WATCH, *La base de l'humiliation : les contrôles d'identité abusifs en France*, Rapport, janv. 2012

HYEST J.-J., **PORTELLI H.**, **YUNG R.**, *Pour un droit de la prescription moderne et cohérent*, Rapport n° 338, 20 juin 2007

JOISSAINS S., **BIGOT J.**, *Rapport d'information*, Sénat, n° 613, 9 juillet 2020

LARCHE J., président de la commission des lois, Compte-rendu des débats, Sénat, Séance du 28 juin 2000

LARRIVE G., *Avis n° 2267 fait au nom de la commission des lois sur le projet de loi n° 2234 de finances pour 2015*, Tome VI

LEFEVRE A., « Pour que « le crime ne paie pas » : consolider l'action de l'AGRASC », Rapp. Sénat n°421, 15 février 2017

LEONETTI J., *Rapport n°3111 de la Commission spéciale chargée d'examiner le projet de loi relatif à la bioéthique*, 2011

LOUIS A., *Rapport d'évaluation de la loi du 3 août 2018 renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes*, Assemblée Nationale, 4 déc. 2020

LOUIS A., *Rapport n°4048 fait au nom de la commission de lois*, 7 avril 2021

MALDONADO V., *Numérique, renseignement et vie privée* : *De nouveaux défis pour le droit*, rapp. Sénat n°663, 27 juin 2014

MASSON P., *Rapport sur le projet de loi adopté par l'Assemblée Nationale, portant réforme des dispositions du code pénal relatives à la répression des crimes et délits contre la Nation, l'État et la paix publique*, Sénat, 1er avril 1992

MAZEAUD P., *Proposition de loi relative à la* prescription *du délit d'abus de biens sociaux*, n° 2335, 6 novembre 1995

MERCIER M., *Proposition de loi visant à protéger les jeunes mineurs des crimes sexuels*, *Rapport Sénat n°467*, 23 mars 2021

MIN. DE LA JUSTICE, HAUTE AUTORITE DE SANTE, ORDRE NATIONAL DES MEDECINS, *Secret médical et violences au sein du couple. Vade-mecum de la réforme de l'article 226-14 du code pénal*, 2020

Mission interministérielle de vigilance et de lutte contre les dérives sectaires (**MIVILUDES**), *Rapport d'activité*, 2021

MERCIER M., *Proposition de loi visant à protéger les victimes de violences conjugales, Rapport n°482*, Sénat, 3 juin 2020

MERCIER M., **MEUNIER M.**, **VERIEN D.**, *Violences sexuelles sur mineurs en institutions : pouvoir confier ses enfants en toute sécurité*, Rapp. n° 529, 28 mai 2019

NADAL J.-L., *Renouer la confiance publique, Rapport sur l'exemplarité des responsables publics*, janv. 2015

PILLET F., *Projet de loi relatif à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, Rapport n°712*, 22 juin 2016

RIBEYRE C., **ROBERT A.-G.**, **BARRET E.**, **ETTORI P.-F.**, **LAGANA A.**, *Etude du lien entre consommation d'alcool et de stupéfiants et atteintes volontaires à l'intégrité physique, et son appréhension par les acteurs judiciaires*, Rapport de synthèse pour la MILDECA, nov. 2018

SAPIN M, **MACRON E.**, **URVOAS J.-J.**, *Projet de loi relatif à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique*, n°3623, 30 mars 2016

TOURRET A., *Rapport sur la proposition de loi (n°2931) portant réforme de la prescription en matière pénale, n°3540*, 2 mars 2016

TOURRET A., *Rapport Assemblée Nationale n°4309*, 14 décembre 2016

TOURRET A., **FENECH G.**, *Rapport d'information sur la prescription en matière pénale*, n°2778, Assemblée Nationale, 20 mai 2015

SAPIN M, **MACRON E.**, **URVOAS J.-J.**, *Projet de loi relatif à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique*, n°3623, 30 mars 2016
WARSMAN J.-L., *Rapport fait au nom de la Commission de lois (première lecture)*, 2003, Doc. AN n° 856

V. Lexiques, dictionnaires, encyclopédies

A- Lexiques, dictionnaires

1. Dictionnaires

Généralistes

Dictionnaire de l'Académie française, 9ème éd. : https://www.dictionnaireacademie.fr/
Dictionnaire du Centre national des ressources textuelles et lexicales : https://www.cnrtl.fr/
Dictionnaire Gaffiot : https://gaffiot.fr/
Dictionnaire Larousse en ligne : https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/
Dictionnaire Littré : https://www.littre.org/definition/comportement.

Juridiques

ALLAND D., **RIALS S. (dir.),** *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy PUF, 2003
Autorité nationale de sécurité des systèmes d'informations (**ANSSI**), glossaire en ligne : https://www.ssi.gouv.fr/administration/glossaire/c/
CORNU G., *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, 13ème éd., 2020
JEANCLOS Y., *Dictionnaire de droit criminel et pénal. Dimension historique*, Economica, 2011

2. Encyclopédies juridiques

Juris-Classeur

ARCHER F., « Fasc. 20 : Abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de faiblesse », Jcl Pénal, 1er déc. 2020, mise à jour du 24 févr. 2022
BONFILS Ph.,

- « Art. 434-1 et 434-2 - Fasc. 20 : non-dénonciation de crime », Jcl Pén., Date du fascicule : 8 Décembre 2016, Date de la dernière mise à jour : 4 Décembre 2019

- « Art. 434-3 - Fasc. 20 : non-dénonciation de mauvais traitements à un mineur ou à une personne vulnérable », Jcl Pén., Date du fascicule : 5 août 2017, Date de la dernière mise à jour : 31 Mai 2021

BUISSON J., « Fasc. 20-10 : Contrôles, vérifications et relevés d'identité », Jcl Pén., Date du fascicule : 21 oct. 2019, Date de la dernière mise à jour : 25 oct. 2021

CLAVERIE-ROUSSET C., « Fasc. 20 : provocation au suicide », Jcl Pénal Code, 10 juill. 2016

CULIOLI M., **GIOANNI P.**, « Association de malfaiteurs », Rép. pén., mai 2017, actualisation juin 2019

DAURY-FAUVEAU M., « Atteintes aux systèmes de traitement automatisé de données », Fasc. 20, JCL pénal, Date de la dernière mise à jour : 24 février 2020

DAURY-FAUVEAU M., « Fasc. 10 : RECEL », Art. 321-1 à 321-5, Jcl Pénal Code, 7 janv. 2020, misé à jour : 29 août 2020

DAURY-FAUVEAU M., « Fasc. 20 : ATTEINTES AUX SYSTÈMES DE TRAITEMENT AUTOMATISÉ DE DONNÉES – C. pén., art. 323-1 à 323-8 » ; Jcl Pénal Code, 22 oct. 2019, mise à jour du 27 mai 2022

DEJEAN DE LA BATIE A., « Fasc. 18-50 : Lanceurs d'alerte », Date du fascicule : 1er Septembre 2021, Date de la dernière mise à jour : 1er Avril 2022

DUVERT C., « Fasc. 20 : Harcèlement moral », Art. 222-33-2 à 222-33-2-2, Jcl Pénal Code, 11 janv. 2022, mise à jour du 5 déc. 2022

FOURNIER S., « Fasc. 10 : Abus de confiance », Jcl Pénal des Affaires, 15 janv. 2021, mise à jour du 4 avril 2022

JEANDIDIER W., « Fasc. 147-40 : Délit de présentation ou de publication de comptes annuels ne donnant pas une image fidèle », JCP Sociétés, Date de la dernière mise à jour : 23 Mai 2020

JEANDIDIER W., « Fasc. 20 : Abus de confiance », Jcl Pénal Code, Art. 314-1 à 314-4, 1er juin 2022, mise à jour du 23 nov. 2022

LANGE D., « Fasc. 134-20 : Commissaire aux comptes. – Missions », JCl Sociétés, Date du fascicule : 21 novembre 2011, Date de la dernière mise à jour : 7 juin 2012

LEPAGE A., « Fasc. 54 : provocation au suicide et propagande ou publicité en faveur de moyens de se donner la mort », art. 223-13 à 223-15-1, JCl Communication, 22 mai 2015, mise à jour du 7 déc. 2015

LETOUZEY E., « Fasc. 20 : concours et cumul d'infractions », JCL pén., Date de la dernière mise à jour : 18 Février 2021

MARÉCHAL J.-Y., « Art. 121-3 - Fasc. 20 : Élément moral de l'infraction », Jcl Pén., 5 déc. 2019, mise à jour 23 févr. 2023

PERRIER J.-B., « Fasc. 20 : Faits justificatifs. – Lanceur d'alerte », 30 Sept. 2019, JCL Pén., LexisNexis

PELTIER V., « Fasc. 20 : Révélation d'une information à caractère secret », JCL Pénal, Date du fascicule : 28 mai 2015, Date de la dernière mise à jour : 31 mai 2021

QUEMENER M., « Fasc. 1110 : Infiltrations Numériques », Jcl Comm., 4 fév. 2015, dernière mise à jour le 3 juil. 2019

RASSAT M.-L.,

- « Fasc. 10 : Escroquerie », Jcl Pénal des Affaires, 15 nov. 2020, mise à jour du 6 juin 2022
- « Fasc. 20 : Escroquerie », Date de la dernière mise à jour : 29 août 2022, JCl Pénal

SAAS C., « Fasc. 20 : Circonstances entraînant une réduction ou une exemption de peine », 31 mai 2016

SOULARD C., **CHAUCHIS D.**, « Fasc. 20 : extorsion. Chantage. Demande de fonds sous contrainte », Art. 312-1 à 312-15, JCl Pén., 15 mai 2018

VALAT J.-P., « Fasc. 10 : Violences », Art. 222-7 à 222-16-3, Jcl Pénal Code, 11 févr. 2020, mise à jour du 5 déc. 2022

VITU A., **BEAUVAIS D.**, « *Participation à une association de malfaiteurs* », Fasc. 20, JCL pénal, LexisNexis, dernière mise à jour le 7 décembre 2020

RASCHEL E., « Art. 7 à 9-3 - Fasc. 20 : ACTION PUBLIQUE. – Prescription », JCl. Procédure pénale, 1er oct.2018, mise à jour du 25 août 2023

ROBERT A.-G.,

- « Propositions sexuelles à mineur de quinze ans par voie de communication électronique », JCL Pén., Fasc. 20, Date du fascicule : 15 Janvier 2021
- « Fasc. 20 : Cyber incitation d'un mineur à un acte de nature sexuelle », Jcl Pénal, 24 juin 2022

Répertoire Dalloz

AMBROISE-CASTEROT C.,

- « Présomption d'innocence », Rep. pén., octobre 2019
- « Aveu », Rep. pén., avril 2020

BEAUSSONIE G., « L'infraction », Rep. pén., juill. 2021

BONIS E., « Plainte et dénonciation », Rep. pén., janvier 2018

BUISSONT J. , « Preuve - Charge de la preuve », Rep. pén., oct. 2013, actualisation févr. 2020

CARREAU D., « Système commercial multilatéral : volet institutionnel », Rép. de droit int., sept. 2011

CARREAU D., **DUBIN L.**, « Services », Rép. de droit int., mars 2013

DANTI-JUAN M. , « Discriminations », Rép. pén. et de proc. pén., juillet 2019

DARSONVILLE A., « Viol », Rep. pén. et de proc. pén., févr. 2020, actualisation oct. 2022

DETRAZ S., « Diffamation », Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, octobre 2017

GIRAULT C., « Contrôles et vérifications d'identité », Rep. Pén. et de proc. pén., Dalloz, janvier 2017

JEANDIDIER W.,

- « Infractions économiques », Rép. pén., oct. 2016
- « Criminalité et délinquance organisées », Rép. pén. et de proc. pén., jan. 2017, actualisation juin 2019

LUCAS DE LEYSSAC M.-P, **MIHMAN A.**, « Vol », Rep pén. Dalloz, avril 2016

MAISTRE DU CHAMBON P., « Recel », Rép. pén., Dalloz, janvier 2009, actualisation février 2020

MASCALA C.,

- « Abus de confiance », Rép. pén. et de proc. pén., juin 2022
- « Escroquerie – Remise de la chose », Rép. pén. et de proc. pén., juin 2022

MAYAUD Y.,

- « Violences volontaires », Rep. Pén. et de proc. pén., oct. 2008
- « Terrorisme – Poursuites et indemnisation », Rép. pén. et de proc. pén., fév. 2020, actualisation nov. 2021

MÉNABÉ C., « Criminologie », Rép. pén., octobre 2019

NAJJAR I., « Libéralités : consentement et cause », Rép. droit civil, Dalloz, Actualisation par **BRÉMOND**, juin 2011

PY B., « Secret professionnel », Rép. pén., févr. 2003

REBUT D., « Omissions de porter secours – Entrave aux mesures d'assistance », Rép. pén., oct. 2003

VI. Autres

Sites internet

Blog de M. le professeur **MORVAN P.**, « L'échelle de la culpabilité en droit pénal : un mode d'emploi », http://patrickmorvan.over-blog.com/article-18662651.html dernière date de consultation le 26/05/2023

Interview de **HARDOUIN-LE-GOFF C.** sur le site https://blog.leclubdesjuristes.com/lincrimination-du-controle-coercitif-futur-outil-de-lutte-contre-les-violences-conjugales-par-carole-hardouin-le-goff/

Index

Les entrées référencées renvoient aux numéros de paragraphes.

A

Abus de biens sociaux :
- dématérialisation : 541 (en note)
- infraction-obstacle à l'- : 130
- preuve de l'intention : 505 à 508
- prescription de l'action publique : 99, 245, **263**

Abus de confiance :
- abus de faiblesse et – (concours) : 616
- dématérialisation :
  - de son objet : 540 et s.
  - du détournement : 582 et s.
- preuve de l'intention : 514
- prescription de l'action publique : 260, 263
- recel d'- : 265

Abus de faiblesse : 606, **608,** 609

Animus necandi :
- définition : 488
- dol spécial : 442
- preuve : 492 et s.

Anonymat :
- de l'agent de renseignement : 209
- de l'agent infiltré : 202
- de l'enquêteur sous pseudonyme : 206
- des internautes : 105, 107
- invisible et - : 29

Apparence : 48
- invisible et - : 31

Association de malfaiteurs :
- concours d'infractions : 126 à 128
- infraction-obstacle : **123** et s.
- invisibilité de l'infraction : 103

Atteinte à l'intégrité psychique :
- invisibilité : 562, **563**
- objet de l'infraction : 564 à 567
- preuve : 568 et s.

B

Barbarin (affaire) :
- chambre criminelle : 146
- juridictions du fond : 145

Bien :
- destruction ou dégradation de - : 550
- le – invisible : 539 et s.

Blanchiment : 517, **519**, 587
- invisibilité : 172
- prescription de l'action publique : 333

Blessures par imprudence :
- clandestinité : 264

C

Chiffre noir de la délinquance : 50, 56
- invisibilité : 60 et s.
- critique de la notion : 67
- méthodes d'évaluation : 71 et s.

Choc émotif : 570

Chose :
- invisibilité de la - : 552 et s.

Clandestin :
- invisible et : **23**
- infraction - : 231 et s.

« Col blanc » :
- délinquance en - : **94**, 99, 100, 279

Compliance : 32

Conditions préalables :
- de l'infraction : 40
- abus de faiblesse : 610

Contrainte morale :
- définition : **625**
- manipulation mentale : 624 et s.
- sujétion psychologique : 627
- vulnérabilité : 628

Contraventions :
- prescription de l'action publique : 330

Contrôle coercitif : 631

Contrôles d'identité : 212 et s.

Correctionnalisation : 594

Crimes :
- prescription de l'action publique : 331

Cybersurveillance : 603

D

Dark web, Darknet, Deep web : 105, 107

Délai butoir : 317, 318, 321 et s.

Dématérialisation :
- comportement infractionnel : 575 et s.
- objet de l'infraction : 538 et s.

Dérive sectaire :

Détention d'instruments conçus pour commettre une atteinte aux systèmes de traitement automatisé de données : 135

Dissimulé :
- invisible et - : 25
- infraction - :

Dol :
- aggravé : 447
- dépassé : 450
- déterminé : 449
- éventuel : **405**, 516, 522
- général : 437 et s.
- indéterminé : 449
- intermédiaire : 448
- simple : 447
- spécial : 439 et s.

E

Élément :
- constitutif :
  - injuste : 45
  - légal : 41, **44**
  - matériel : 46 (théorie), 353 et s. (invisibilité dans l'-)
  - moral : 46 (théorie), 536 et s. (invisibilité dans l'-)

Emprise :
- abus de faiblesse et – : 621
- contrainte morale et - : 626
- définition : 621
- report du point de départ de la prescription : 252, 291, 345
- secret professionnel et - : 159

Enquête :
- de délinquance autoreportée/ d'autoconfession : 83 et s.
- de victimation : 72 et s.
- sous pseudonyme : 204 et s.

Erreur de droit : 16, 404, 434, 481, 515

Escroquerie :
- abus de faiblesse et – (concours) : 615
- cybercriminalité : 106, 180
- enquêteurs spécialisés : 109
- infraction obstacle à l'- : 130, 131 (cumul)
- invisibilité : 99
- prescription de l'action publique : 273

Extorsion :
- abus de faiblesse et – (concours) : 617

F

Fiction : 1, 6, 434, 466, 652

Faute :
- caractérisée : 386 et s.
- délibérée : 402 et s.
- intentionnelle : v. intention
- non-intentionnelle : 364 et s.
- ordinaire : 379 et s.
- qualifiée : 385 et s.

G

Géolocalisation : 212, 217

Grooming : 136

H

Harcèlement moral :
- abus de faiblesse et – (concours) : 618
- atteinte à l'intégrité psychique : 565
- circonstance aggravante (suicide) : 636 et s.
- cyber- : 590
- moyen de l'abus de faiblesse : 612

I

Immatériel : 538

Imperceptible :
- invisible et - : 27

IMSI- Catcher : 217, 220

Incorporel : 538

Infanticide :
- affaire de l'octuple - : 255, 327

Infiltration : 200 et s.

Infraction :
- définition : 36 et s.
- infraction-incrimination : 37, 39
- infraction-acte : 37
- clandestine : 231 et s.
- dissimulée : 244, 305, 315, 333
- formelle : 116
- obstacle : **112 et s.**
- occulte : 245, 304, 315, 332, 335
- sexuelle :
    - abus de faiblesse– (concours) : 620
    - cyber- : 136 et s.
- théorie de l'- : 41 et s.

Intangible :
- invisible et - : 26

Intention : 426 et s.

Invisible :
- caractères : 21
- causes : 17
- conséquences : 19
- définition : 16
- destinataire : 20
- durée : 18
- l'- et les infractions (présentation) : 49, 50
- l'- et l'infraction (présentation) : 51
- notions antagonistes : 30 et s.
- notions voisines : 22 et s.
- obstacle à la répression (présentation) : 52

IRM fonctionnelle : 524, 525, 527, 529

L

Lanceur d'alerte : 164 et s.

Live streaming pédopornographique : 592 et s.

M

Manipulation mentale :
- moyen de l'infraction : 606 et s.

Manipulation mentale préjudiciable : 607 et s.

Mobiles : 413 et s.

N

Neurosciences : 523 et s., 571 et s.

Non bis in idem : 131, 135, 403, 628, 629
- depuis 2021 : **128**

Non-convocation aux assemblées d'actionnaires : 129

Non dénonciation d'infractions : 142 et s. (art. 434-1 et 434-3 C. pén.)

Non-désignation d'un commissaire aux comptes : 129

Notes blanches : 219 (en note)

O

Occulte :
- invisible et : 24

Option de conscience : 158

Ordalie : 3, 657

P

Peine : 38, 657
- sens de la - : 349, 657

PERCEVAL : 179

PHAROS : 178

Plainte électronique : 181

Plateforme de contact numérique avec la gendarmerie nationale : 183

Plateforme de signalement des violences sexuelles et sexistes : 183

Pré-plaintes : 177

Prescription de l'action publique (délai):
- interruption : 254, 323, 327
- report du point de départ : 252 et s.
- suspension : 254, **255**, 259

Présomption : 461 et s.

Propositions sexuelles à mineur de quinze ans par voie de communication électronique : 597

Provocation au suicide : 633 et s.
- abus de faiblesse et – (concours) : 619

Publicité :
- invisible et - : 34

R

Recel : 124
- chose (dématérialisation) : 556 et s.
- clandestinité : 265
- comportement (dématérialisation) : 587
- détention : 560
- - d'information : 559
- preuve de l'intention : 518
- profit : 557

Renseignement :
- services de - : 215

Repenti : 170 et s.

S

Secret :
- invisible et - : 28

Sextorsion :
- notion : 600

Simulation ou dissimulation d'enfant : 259

Statistiques criminelles : 61 et s.

Sujétion psychologique :
- contrainte morale et - : 627
- notion : 610 à 612
- preuve : 613 et s.

Surveillance : 197 et s.

T

Téléservices : 184

Théorie :
- de l'infraction
- du délinquant
- des infractions clandestines

THESEE : 180

Transparence :
- invisible et - : 31

Travail dissimulé : 7, 190, 191

Tromperie :
- prescription de l'action publique : 274

V

Veille policière : 205

Vidéosurveillance : 656

Viol : 620, 623 et s.
- délocalisation de la matérialité (mandat) : 591
- cyber- : 596 et s.

Visibilité : 48

Vol :
- objet : 553 et s.
- soustraction : 578 et s.

Volonté : 409 et s.

Visioplainte : 182

Visite de véhicules :
- contrôles, visites et fouilles : 192, 194

Vulnérabilité :
- naturelle ou provoquée : 610
- contrainte morale et - : 628

Table des matières

Introduction générale 11

I. Prolégomènes 18

A- La notion d'invisible 19

1- Analyse en plein de la notion d'invisible 19

2- Analyse en creux de la notion d'invisible 25

B- La notion d'infraction 28

1- Définition de l'infraction 28

2- Retour sur la théorie de l'infraction 32

II. Problématisation du sujet 39

A- Enjeux du sujet 39

B- Démarche scientifique 43

Partie 1 : L'invisibilité des infractions 45

Titre 1 : L'invisibilité des infractions : obstacle à leur découverte 45

Chapitre 1 : Le droit pénal à l'œuvre en amont de la commission des infractions invisibles 47

Section 1 : Identifier les infractions à potentiel invisible 47

§1 : Le chiffre noir de la délinquance ou la mesure des infractions invisibles 47

A- Le chiffre noir de la délinquance, somme des infractions invisibles 47

1- La prise en compte de la criminalité invisible 47

2- Les enjeux de la criminalité invisible 51

B- Les méthodes d'évaluation de la délinquance invisible 54

1- Les enquêtes de victimation 54

2- Les enquêtes de délinquance autoreportée 57

3- Outils de mesure indirecte de la délinquance 59

§2 : Les domaines de l'invisibilité 61

A- Les domaines traditionnels de l'invisible 61

1- Les différents types d'invisibilité 61

2- Domaines infractionnels 64

B- Les nouvelles technologies, l'invisibilité renouvelée 67

1- Une menace nouvelle 68

2- Une réaction conséquente 74

Section 2 : Prévenir la commission d'infractions invisibles grâce à l'infraction-obstacle 79

§1 : Les infractions-obstacle, potentielles inhibitrices d'infractions invisibles 79

A- Les contours flous de l'infraction-obstacle 79

1- L'infraction-obstacle, une notion obscure 79

2- Le régime abscons de l'infraction-obstacle 82

B- L'infraction-obstacle, une prévention répressive 84

§2 : Hypothèses d'infractions-obstacle pouvant intervenir dans le domaine de l'invisible ... 88

A- Les infractions-obstacle du droit pénal des affaires 88

1- L'association de malfaiteurs, prévention des infractions de droit commun applicables au droit des affaires 88

2- Les infractions-obstacle techniques du droit des affaires 100

B- Les infractions-obstacle de la cyberdélinquance 103

1- Empêcher les infractions spécifiques à internet 104

2- Empêcher la facilitation d'infractions grâce à internet 108

Chapitre 2 : Le droit pénal à l'œuvre pour mettre au jour les infractions invisibles 115

Section 1 : Découvrir les infractions invisibles grâce à la collaboration des individus ... 115

§1 : L'obligation de collaborer 115

A- La collaboration impérative 116

1- Les infractions applicables à l'ensemble des individus 116

2- Les articles spécifiques à certains professionnels 126

B- L'adaptation de la collaboration impérative aux professions soumises au secret..130

§2 : Les incitations à collaborer 141

A- L'incitation par la protection 142

1- La protection substantielle du statut de lanceur d'alerte 142

2- La protection partielle du statut de repenti 151

B- L'incitation par la simplification procédurale 157

Section 2 : Découvrir les infractions invisibles grâce à l'activité des enquêteurs. 165

§1 : La découverte provoquée d'infractions invisibles 166

A- Les contrôles d'identité sur réquisition du procureur de la République 166

B- L'infiltration *lato sensu* 173

1- La surveillance, ou l'ancêtre des outils d'invisibilisation des enquêteurs 174

2- L'infiltration, véritable outil d'invisibilisation des enquêteurs 176

3- L'enquête sous pseudonyme, une infiltration 2.0 182

***§2 :* La découverte fortuite d'infractions invisibles** 185

A- La découverte incidente par les activités des services policiers et douaniers 186

B- La découverte par l'activité des services de renseignement 191

Titre 2 : La poursuite des infractions invisibles : l'obstacle de la prescription de l'action publique 203

Chapitre 1 : Une solution prétorienne à la poursuite de certaines infractions invisibles ... 207

Section 1 : La théorie prétorienne des infractions clandestines 207

§1 : Le caractère des infractions clandestines 207

A- Les origines de la notion d'infraction clandestine 207

1- Les fondements incertains de la prescription de l'action publique 207

2- L'apparition de la théorie des infractions clandestines 211

B- La notion d'infraction clandestine 214

1- La définition de la notion d'infraction clandestine 214

2- Les caractères de la notion d'infraction clandestine 217

§2 : Le régime des infractions clandestines 220

A- La prescription des infractions clandestines 220

1- Le régime de principe de la prescription de l'action publique 220

2- Le régime d'exception des infractions clandestines 222

B- Les applications jurisprudentielles de la théorie des infractions clandestines 225

1- Les infractions admises au titre d'infractions clandestines 226

a- Les infractions reconnues clandestines par nature 226

b- Les infractions reconnues clandestines par réalisation 228

2- Les infractions dont la clandestinité a été rejetée par la jurisprudence 231

a- Les infractions contre les personnes 231

b- Les infractions contre les biens 234

Section 2 : La légalisation progressive de la théorie prétorienne 235

§1 : Une théorie légitime 235

A- Une théorie factuellement justifiée 235

B- Une théorie juridiquement admissible 240

§2 : Une théorie confirmée par le législateur 243

A- Une admission partielle avant la réforme du 27 février 2017 244

B- Une admission totale par la réforme du 27 février 2017 251

Chapitre 2 : La solution législative à la poursuite de certaines infractions invisibles 257

Section 1 : L'encadrement de la théorie prétorienne 257

§1 : Une intervention législative nécessaire 257

A - Une théorie contraire au principe de la légalité 258

B- Une théorie contraire au principe de séparation des pouvoirs 263

§2 : Une réforme au-delà de la simple transposition de la théorie prétorienne 267

A- Une définition stricte de la notion d'infraction clandestine 267

B- Un régime de prescription restreint 269

Section 2 : la modification de la théorie prétorienne 273

§1 : Des interrogations quant au régime des infractions clandestines 273

A- Les incertitudes générées par le mécanisme du délai butoir 273

B- Les incertitudes générées par l'article 4 de la loi du 27 février 2017 277

§2 : L'avenir de la théorie des infractions clandestines 282

A- La notion d'infraction clandestine remise en question 283

B- D'autres implications pour la théorie des infractions clandestines ? 293

Partie 2 : L'invisibilité de l'infraction 309

Titre 1 : L'invisibilité dans l'élément moral 311

Chapitre 1 : La faute, notion insaisissable 317

Section 1 : La faute d'imprudence, notion insaisissable 317

§1 : Genèse de la faute d'imprudence 318

A- L'évolution de la notion de faute d'imprudence 318

B- Faute d'imprudence pénale et faute d'imprudence civile 323

§2 : Les différents degrés de l'imprudence 328

A- La faute ordinaire 329

B- Les fautes qualifiées 331

1- La faute caractérisée 331

a- Aux origines de la faute caractérisée 331

b- Une formule incertaine 337

2- La faute délibérée 346

Section 2 : L'intention, notion insaisissable 349

§1 : Approche négative de la notion d'intention 349

A- La volonté 350

B- Les mobiles 352

§2 : Approche positive de la notion d'intention 356

A- Définition générale 357

B- Les différents dols 361

1- Le dol général 361

2 - Le dol spécial 362

3 - Autres dols 364

Chapitre 2 : La faute, une preuve délicate 373

Section 1 : La présomption, preuve imparfaite 373

§1 : Les rares présomptions légales 373

A- La notion de présomption 374

B- Occurrences de la présomption en droit pénal 379

1- Des cas de présomptions d'intention 379

2- Des présomptions de faute d'imprudence ? 384

§2 : L'usage courant des présomptions de fait 386

A- La preuve de la faute d'imprudence 386

B- La preuve de la faute intentionnelle 389

1- Le cas de l'*animus necandi* 389

2- La présomption et les autres infractions intentionnelles 403

a- L'intention présumée dans les autres infractions 403

b- Le dol général présumé pour les professionnels 411

Section 2 : L'espoir des neurosciences 417

§1 : L'émergence des neurosciences : Une invisibilité dont les jours sont comptés ? 417

§2 : Les neurosciences entre dangers éthiques et manque de fiabilité 421

Titre 2 : L'invisibilité dans l'élément matériel 433

Chapitre 1 : L'invisibilité de l'objet de l'infraction 435

Section 1 : Les objets invisibles des atteintes aux biens 435

§1 : Le « bien » invisible 436

A- Le cas de l'abus de confiance 436

B- Le cas de l'escroquerie 444

C- L'hypothèse des dégradations et destructions de biens 447

§2 : La « chose » invisible 450

A- Le cas du vol 450

B- Le cas du recel 456

Section 2 : L'objet invisible des atteintes aux personnes 460

§1 : L'intégrité psychique, objet invisible de l'infraction 461

A- L'invisibilité de l'atteinte à l'intégrité psychique 461

B- Atteinte à l'intégrité psychique et objet de l'infraction 463

§2 : La délicate preuve de l'atteinte à l'intégrité psychique 465

A- Des modes de preuve imparfaits 466

B- Un recours possible aux neurosciences ? 470

Chapitre 2 : L'invisibilité du comportement infractionnel 475

Section 1 : La dématérialisation, source d'invisibilité du comportement de l'auteur de l'infraction 475

§1 : L'invisibilité de l'appréhension juridique des biens 476

A- La dématérialisation des comportements attentatoires à la propriété 476

1- La dématérialisation de la soustraction 476

2- La dématérialisation du détournement 478

3- La dématérialisation de la tromperie 481

4- La dématérialisation dans le cadre des infractions de conséquence 482

B- Les difficultés de preuve des comportements dématérialisés 483

§2 : Les nouvelles technologies, nouveaux moyens invisibles de commission de l'infraction 484

A- Une invisibilité permise par la commission à distance 484

1- L'invisibilisation par la délocalisation de la matérialité des infractions sexuelles 485

2- Une main invisible à l'origine d'infractions sexuelles 489

B- Une invisibilité dans la commission à proximité 494

Section 2 : La manipulation mentale, moyen invisible de commission de l'infraction 496

§1 : La manipulation mentale entraînant un état de sujétion psychologique 497

A- La genèse du texte d'incrimination 497

B- Le comportement incriminé 500

C- La difficile appréhension juridique d'un mécanisme psychologique 506

§2 : La manipulation mentale entraînant une contrainte morale 515

A- La contrainte morale, une manipulation mentale ? 515

B- Une réécriture nécessaire des textes 520

§3 : La manipulation mentale, cause du suicide contraint 524

A- Le suicide provoqué 524

B- Le suicide forcé 527

Conclusion générale 539

Bibliographie 549

I. Ouvrages généraux, traités et manuels 549

A- Droit pénal général 549

B- Droit pénal spécial 550

C- Droit pénal des affaires 550

D- Procédure pénale 551

E- Criminologie 551

F- Droit de la preuve 552

G- Histoire du droit 552

H- Introduction au droit 552

II. Ouvrages spéciaux 552

A- Thèses 552

B- Monographies, Essais, Travaux collectifs 554

- ***Mélanges*** 554

- ***Monographies, Travaux collectifs, Actes de colloque*** 555

III. Etudes, chroniques, observations, notes et commentaires 558

A 558

B 559

C 563

D 567

E 571

F 571

G 572

H 573

J 574

K 574

L 575

M 578

N 581

O 581

P 582

Q 584

R 585

S 587

T 590

V 590

W 592

Z 592

IV. Rapports, sources officielles 592

V. Lexiques, dictionnaires, encyclopédies 595

A- Lexiques, dictionnaires 595

1. Dictionnaires 595

2. Encyclopédies juridiques 595

VI. Autres 598

Table des matières 609