



UNIVERSITÉ PARIS II
PANTHÉON-ASSAS

BANQUE DES MEMOIRES

Master de Droit pénal et sciences pénales
Dirigé par Philippe Conte et Didier Rebut
2016

L'infraction formelle

Simon Husser

Sous la direction d'Agathe Lepage

UNIVERSITÉ PANTHEON-ASSAS, PARIS II

Master 2 Droit pénal et sciences pénales

Année universitaire 2015-2016

L'infraction formelle

Mémoire réalisé sous la direction de Madame le Professeur Agathe LEPAGE

HUSSER Simon

Remerciements

Je tiens à remercier Madame le Professeur Agathe Lepage, chargée de la direction de ce mémoire, pour sa disponibilité, ses conseils avisés et l'autonomie qu'elle m'a laissé au cours de l'élaboration de ce travail.

J'adresse également mes remerciements à Monsieur le Professeur Philippe Conte et à l'ensemble du corps professoral pour une année d'élévation intellectuelle des plus agréables.

Je remercie enfin ceux qui ont contribué de près ou de loin à la réalisation de ce mémoire, plus particulièrement : Monsieur Thibault Desmoulins pour sa relecture attentive, Manuel pour l'élaboration de l'introduction et Olivia pour son soutien sans faille.

SOMMAIRE

PREMIÈRE PARTIE : LA THÉORIE DE L'INFRACTION FORMELLE

Chapitre 1 : La conceptualisation progressive de l'infraction formelle

Chapitre 2 : La conceptualisation délicate de l'infraction formelle

DEUXIÈME PARTIE : LA PRATIQUE DE L'INFRACTION FORMELLE

Chapitre 1 : L'utilité de l'infraction formelle

Chapitre 2 : Les dangers de l'infraction formelle

Liste des principales abréviations

al.	alinéa
art.	article
AJ Pénal	<i>Actualité juridique pénale</i>
Bull. crim.	Bulletin des arrêts de la Chambre criminelle de la Cour de cassation
CA	Cour d'appel
Cass.	Cour de cassation
Comm.	commentaire
Cons. Constit.	Conseil constitutionnel
Crim.	Chambre criminelle
Code env.	Code de l'environnement
Code pén.	Code pénal
Code trav.	Code du travail
Code proc. pén.	Code de procédure pénale
D.	<i>Recueil Dalloz</i>
éd.	édition
Infra	Renvoi à des développements subséquents
Dr. pénal	<i>Revue Droit pénal</i>
Gaz. Pal.	<i>Gazette du Palais</i>
Ibid	au même endroit que la référence précédente
JCP G	<i>La Semaine juridique – Édition générale</i>
JO	Journal officiel de la République française
JOAN	Journal officiel, Assemblée nationale
n°	numéro
Obs.	observations
Op.cit.	Ouvrage précédemment cité
p.	page
PUF	presses universitaires de France
RSC	<i>Revue de sciences criminelles et de droit pénal comparé</i>
Supra	Renvoi à des développements précédents
T.	Tome
V.	Voir

« Il y a très loin de la velléité à la volonté, de la volonté à la résolution, de la résolution au choix des moyens, du choix des moyens à l'application ».

Paul de Gondi,
Mémoires.

Introduction

L'élaboration du droit pénal général est semblable à l'édification d'une cathédrale, œuvre monumentale supposant le travail conjoint de plusieurs acteurs. À l'architecte, tout d'abord, de déterminer l'orientation générale des travaux, de tracer les plans. Au sculpteur, ensuite, d'orner l'ensemble d'une statuaire adaptée. Au maître verrier, enfin, de faire en sorte que les vitraux permettent à la lumière d'investir le lieu sacré. Semblablement, l'architecte du droit pénal général, en la personne du législateur, ne saurait appliquer la norme avec la précision du juge, sculpteur, ni la mettre en lumière comme le fait la doctrine, vitrailliste.

Si l'on érige une cathédrale pour manifester la puissance du Dieu créateur et donner un espace au citoyen pour vivre la communion fraternelle, la cathédrale du droit pénal général vise à manifester la puissance de l'État et à donner un cadre aux citoyens pour vivre en société. Lorsque les acteurs de la construction travaillent en accord, animé par des objectifs communs, le résultat est admirable. En architecture, l'amateur d'art doit pouvoir contempler un édifice impressionnant et le juriste, un droit pénal général cohérent, respectueux des libertés de chacun. Le parallèle s'arrête là. En effet les différents acteurs du droit pénal semblent animés par des conceptions différentes de l'architecture. Si l'ensemble se veut stable et fidèle à des canons bien établis, des touches de baroques apportent complexité et incertitude. L'une d'elles n'est autre que l'infraction formelle qui, importée de la doctrine italienne, s'apparente à un vitrail baroque, parfois délicat à appréhender. Pour se faire, il nous paraît nécessaire de retracer très brièvement l'histoire de cette notion (§1), pour s'appesantir ensuite de façon plus précise sur le problème de sa définition (§2) et sur les enjeux qui sous-tendent son usage (§3).

§1- Une touche de baroque dans le droit pénal général

L'art architectural se caractérise par une perpétuelle tension entre le désir d'innover et le retour aux principes antiques et bien établis. L'architecture gothique du XIII^e siècle, se détache de l'architecture romane du siècle précédent, d'où le qualificatif « gothique » qui évoque les barbares et le rejet de la civilisation. Le style Renaissance lui succédera, du XIV^e au XVI^e, en mettant en valeur les notions de proportion, de régularité et d'équilibre des motifs, s'inspirant ouvertement de l'antiquité classique, de l'architecture romaine en particulier. Puis surviendra le baroque au XVII^e siècle, dont la signification n'est autre que

les termes « absurde, grotesque »¹, l'architecte délaissant alors encore une fois les principes romains et grecs, pour introduire plus de faste, de variété et de majesté.

Le droit pénal est également parcouru par une tension, celle entre l'objectivité ou la subjectivité de la réponse pénale. En effet à la locution latine « *poena est malum passionis propter malum actionis* »², qui suggère une répression pénale objective, fondée sur le mal causé à la société, s'oppose la maxime de l'empereur Hadrien, « *in maleficiis voluntas spectatur non exitus* »³, qui incite au contraire à s'immiscer dans les méandres de la pensée humaine et à adopter une politique pénale teintée de subjectivité. En toute logique, l'on peut donc assimiler les principes architecturaux antiques à l'idée d'objectivité et le rejet de ceux-ci au désir d'incorporer de la subjectivité.

Sous l'ancien droit, l'idée d'objectivité matérielle est mise à mal, du fait que la peine, dans la droite ligne de la théologie de Saint Thomas d'Aquin, est fondée sur une responsabilité morale de l'individu. L'ordre naturel, qui procède de Dieu, est perturbé par la conduite de l'homme pécheur et celle-ci engendre un désordre, suite naturelle du péché, qui n'est corrigé que par la peine qui s'impose en vertu du droit naturel⁴. Ainsi, selon un auteur : « très tôt l'ancien droit criminel a fondé la punition sur l'intention qui avait guidé le geste du coupable, mesurant la gravité du châtiment à la perversité de cette intention [...]. En principe même, c'est le degré de perversité de l'intention criminelle qui déterminait les diverses catégories d'infractions »⁵. La prise en compte de la subjectivité de l'agent atteint son paroxysme avec la notion d'attentat, que l'on définira plus loin, qui permettait parfois de réprimer l'intention en tant que telle. Cette période est donc assimilable à celle de l'architecture gothique.

À cela s'opposera la philosophie des Lumières, en particulier celle de Beccaria, qui revendiquait une réponse pénale davantage fondée sur la matérialité d'un trouble à l'ordre public clairement identifié. Celle-ci se concrétisa partiellement avec la Révolution française, qui substitua à la responsabilité morale une responsabilité sociale. Les infractions sont alors classifiées en crime, délits et contraventions selon la gravité du résultat produit par le délinquant. L'attentat, en tant que concept, disparut et la subjectivité était cantonnée à la

¹ E.H. GOMBRICH, *Histoire de l'art*, Phaidon, 1950, p.388.

² « La peine est un mal causant une souffrance à raison du mal causé par une action. »

³ « La gravité d'un crime doit s'apprécier d'après la qualité de l'intention et non d'après le seul résultat objectif de l'acte. »

⁴ M. VILLEY, Des délits et des peines dans la philosophie du droit naturel classique, *Archives de la philosophie du droit*, T. 28 : Philosophie pénale, Sirey 1983, p. 186.

⁵ A. LAINGUI, *La responsabilité pénale dans l'ancien droit*, LGDJ 1970, p. 34.

théorie de la tentative⁶. Celle-ci fut progressivement rationalisée avec l'apparition de l'*iter criminis*, le chemin du crime, sur lequel on s'attardera plus loin. La comparaison avec le style Renaissance est de mise.

La subjectivité allait faire son retour au travers de l'infraction formelle, vitrail baroque objet de notre étude. À partir de l'apparition de celle-ci, la théorie de l'infraction allait dramatiquement se complexifier. En effet à propos de l'art baroque, l'on peut lire que « dès l'instant où l'on considère comme essentiel de compliquer et d'étonner, chaque artiste nouveau doit, s'il veut faire quelque impression, se livrer à une surenchère de complexité dans le décor, d'originalité dans la conception »⁷. L'on verra que c'est précisément le cas pour l'infraction formelle, car l'histoire de l'art, comme celle de la théorie de l'infraction, ne s'arrête pas là. Au baroque succède le classicisme, lui-même supplanté par le retour au baroque, sous un autre nom, le rococo. Résolus à ancrer la répression dans la matérialité, les auteurs français du XXe siècle ont construit des théories du résultat très élaborées pour pouvoir rationaliser le concept de l'infraction formelle, si bien que l'on peut y voir une sorte de classicisme. Mais la doctrine n'est que le vitrailliste et c'est l'architecte, le législateur, qui a le dernier mot. Acquis à la cause du baroque et de la surenchère qui le caractérise, c'est donc lui qui effectue le passage au rococo, développant la subjectivité en introduisant le concept d'infractions de mise en danger, ou en développant le recours à l'infraction-obstacle. Il faut en effet garder en tête la philosophie qui sous-tend l'art baroque et par extension le rococo. Dans l'optique de la contre-réforme, l'Église catholique allait recourir à cet art pour garder ses fidèles, en leur démontrant que la puissance céleste se trouvait dans ses temples. En effet « l'or et le stuc ont été employés à profusion dans le but délibéré de nous proposer une vision de gloire céleste capable d'agir plus puissamment sur nos sens que le mystère des cathédrales médiévales »⁸. Dans le même ordre d'idée, le recours à des techniques qui permettent de réprimer une intention déconnectée de sa matérialité manifeste le désir du législateur de dégager une impression de sévérité et de puissance étatique notoire. L'inflation législative qui caractérise notre droit contemporain ne serait-elle pas une conséquence directe de cette ambition ?⁹

⁶ Certains auteurs soulignent cependant que « le Code pénal ne méconnaît pas les conceptions subjectives de l'infraction, puisqu'il tient la tentative de crime pour le crime même (art. 2) et assimile ainsi la simple intention d'atteindre le résultat illicite au trouble effectif à l'ordre public. » P. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, A. Colin, 7^e édition, 2004, n° 15.

⁷ E.H GOMBRICH, *op.cit.*, p. 435.

⁸ *Ibid.*, p. 436.

⁹ *Infra*, p. 98.

Le caractère baroque de l'infraction formelle a donc un retentissement tant sur un plan théorique que pratique. Du fait qu'elle se détache d'une matérialité objective facilement mesurable pour s'attacher au comportement humain, elle est une notion doctrinale complexe, difficile à définir. De plus, le baroque coïncide généralement avec l'absolutisme et l'infraction formelle peut susciter la controverse par rapport à la politique criminelle dont elle est la conséquence.

§2- Une notion doctrinale complexe

La définition de l'infraction formelle se heurte à plusieurs difficultés. En premier lieu, il n'en existe aucune définition légale. La seule classification légale des infractions est celle de l'article 111-1 du Code pénal, qui énonce que les infractions pénales sont classées, selon leur gravité, en crime, délit, ou contravention, classification qui est loin d'être apte à représenter la diversité contemporaine des infractions pénales. Aussi la doctrine a-t-elle élaboré bien des classifications pour répondre à cet objectif, partant généralement des différents éléments de l'infraction. Il est en effet couramment admis aujourd'hui qu'une infraction pénale suppose la réunion de trois éléments, à savoir un élément matériel, un élément moral et un élément légal. Ce triptyque s'est construit progressivement. Ce n'est qu'en 1851 que la dichotomie entre élément moral et élément matériel apparaît, sous la plume de Molinier, aux termes duquel « tout fait incriminé et puni par la loi, offre deux éléments : un élément matériel qui consiste dans des actes extérieurs ; un élément purement moral qui se réfère à l'agent, qui constitue la culpabilité ».¹⁰ De nombreuses classifications doctrinales allaient alors voir le jour. De l'élément moral émerge la distinction entre les infractions intentionnelles et non-intentionnelles, tandis que découlent de l'élément matériel les oppositions entre infractions instantanées et continues, permanentes et successives, simples et complexes, de commission et d'omission, matérielles et formelles. Chacune de ces constructions doctrinales constitue un vitrail à part de la cathédrale du droit pénal général et mériterait une étude approfondie, mais l'objet des présents développements est de s'appesantir sur la dernière des distinctions soulevées. En toute hypothèse, si le législateur ne définit pas l'infraction formelle, elle est bel et bien une commande du législateur, architecte, qui détache le comportement de ses

¹⁰ Cité par J.H ROBERT, L'histoire des éléments de l'infraction, *RSC* 1977, p. 273. L'auteur explique que l'élément légal n'apparaissant qu'une vingtaine d'années plus tard et se définissant comme l'exigence d'une base textuelle en matière d'infractions pénales, n'est pas aussi essentiel que les autres et que certains auteurs le remettent d'ailleurs en cause. Par ailleurs, l'auteur évoque un quatrième élément, l'élément injuste, qui n'a pas connu le succès doctrinal des trois autres. Pourtant cet élément injuste justifie en droit allemand l'exigence d'un résultat objectif pour déclencher la répression. V sur ce point J. PRADEL, *Droit pénal comparé*, Précis Dalloz, 2008, n° 64.

conséquences en employant les termes « quelles qu'en aient été les suites », « en vue de », ou encore « de nature à ». Aux artisans du droit de préciser le sens de ces expressions, non sans mal.

La deuxième difficulté, qui découle naturellement de la première, est celle du critère de distinction entre l'infraction matérielle et l'infraction formelle. L'infraction matérielle est classiquement présentée comme celle qui, au titre de sa matérialité, exige la constatation d'un résultat, tandis que l'infraction formelle en serait dénuée. Mais qu'est-ce que le résultat ? Cette notion s'avère être « l'une des notions les plus obscures et complexes de notre droit pénal »¹¹, voire « l'une des moins construites de notre droit criminel »¹², si bien que certains comparent même la notion à la cause en droit civil, car « personne n'est d'accord sur sa définition, sur le rôle qu'elle peut et doit jouer »¹³. Une autre comparaison avec le droit civil conduit d'ailleurs certains auteurs à rapprocher d'une part l'infraction matérielle à l'obligation de résultat, où le débiteur promet de faire diligence pour parvenir à un résultat déterminé et d'autre part l'infraction formelle à l'obligation de moyens, où la diligence devient l'objet de l'obligation¹⁴. Cette comparaison a le mérite de mettre en exergue l'importance du moyen employé, mais elle se heurte bien entendu aux fonctions fondamentalement divergentes entre le droit pénal et le droit civil. Le résultat en tant que critère de l'infraction formelle pose d'autant plus problème lorsque, à l'instar de nombreux auteurs contemporains, l'on considère que toute infraction a un résultat. Nous aurons l'occasion de revenir sur cette question au cours de nos développements.

La troisième difficulté est celle de la technicité des notions en présence. Outre le résultat, l'infraction formelle suppose entre autres d'être articulée avec la tentative, la complicité, l'attentat, l'infraction obstacle, la faute contraventionnelle, la mise en danger, l'omission ou encore l'intention. En somme, presque toutes les notions qui mobilisent la plume de la doctrine pénaliste depuis les débuts du droit pénal général. En découle une incertitude quant au domaine de l'infraction formelle. Du fait de définitions divergentes, il est presque impossible de déterminer quelle infraction est formelle et quelle infraction ne l'est pas. L'empoisonnement (art. 221-5 C. pén.) est une infraction qui n'a pas grand-chose en commun avec la non-assistance à personne en danger (art. 223-6 Code pén.), le complot (art. 412-2 Code pén.), ou le délit de risques causé à autrui (art. 223-1 Code pén.), infractions

¹¹ A. PROTHAIS, note sous TGI Paris, 23 octobre 1992, *D.* 1993, p. 225.

¹² P. CONTE et MAISTRE DU CHAMBON, *op. cit.*, n° 313.

¹³ V. MALABAT, Retour sur le résultat de l'infraction, in *Mélanges en l'honneur de Jacques-Henri Robert*, p. 443.

¹⁴ V. not., R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, Cujas, 7^e éd. 1997 ; P. SPITERI, L'infraction formelle, *RSC* 1966, p. 501.

que les auteurs regroupent pourtant souvent dans la catégorie des infractions formelles, sans forcément chercher à justifier ces rattachements. Or, on le verra, la structure de ces infractions les rend parfois fondamentalement inconciliables avec la définition classique de l'infraction formelle¹⁵. En effet pour élaborer cette définition classique, les auteurs raisonnent surtout sur le cas de l'empoisonnement, présenté comme l'infraction formelle de référence. Tous ces postulats devront être remis en question.

Conséquence inéluctable de tout cela, chaque auteur va définir l'infraction formelle à sa manière, en évitant de lui consacrer une étude approfondie¹⁶. L'un va la définir comme « celle que la loi définit comme un comportement qui est de nature à porter atteinte à un intérêt protégé, mais sans se soucier du point de savoir si le dommage envisagé s'est ou non produit »¹⁷, un autre comme « l'infraction dont le résultat n'est pas constitué par un préjudice subi par une victime »¹⁸, un autre encore comme celle qui « existe indépendamment de tout dommage, même si le résultat voulu par l'agent n'a pas été obtenu »¹⁹. « Résultat », « dommage », « atteinte à un intérêt protégé », autant de terminologies différentes qui ne permettent pas forcément d'y voir clair. Au regard du sens courant du terme « formel », dont l'étymologie n'est guère éclairante ici, cela est quelque peu paradoxal. En effet ce terme renvoie à « ce qui est en forme et qui par conséquent est exprès, nettement déterminé »²⁰. Vœu pieu sans doute, que le choix de cette terminologie. Ces difficultés de conceptualisation conséquentes ne nous semblent pas insolubles, mais requièrent une étude approfondie du mécanisme, ce que nous nous proposons de faire dans le cadre de cette étude. Reste à soulever le caractère controversé de cette technique législative.

¹⁵ Par exemple, peut-on vraiment raisonner en terme d'*iter criminis* pour une infraction d'omission alors que celle-ci ne se dirige vers aucun résultat ?

¹⁶ La dernière étude doctrinale approfondie consacrée à cette notion date en effet de 1975 : M. FREIJ, *L'infraction formelle*, thèse Paris II, 1975.

¹⁷ Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, PUF, 5^e éd., 2015, n° 195.

¹⁸ V. MALABAT, *Droit pénal spécial*, Dalloz, Hypercours, 7^e éd., n° 134.

¹⁹ B. BOULOC, *Droit pénal général*, Dalloz, 22^e éd., n° 240

²⁰ É. LITTRÉ, *Dictionnaire de la langue française*, Hachette, T. 1, 1873.

§3- Une technique législative sujette à controverse

La stabilité d'un édifice repose sur ses fondements. Tout comme le fou de la parabole ne bâtit pas sa maison sur le sable, au risque que celle-ci s'effondre une fois la tempête venue²¹, l'architecte en charge de la construction d'une cathédrale ne construira pas sur un sol instable. De même, on l'a soulevé, le législateur ne peut pas élaborer le droit pénal en se fondant exclusivement sur la subjectivité, sur l'intention criminelle. Il lui faut asseoir la répression dans l'objectivité et la matérialité. Plus il tend vers la répression subjective, plus l'architecte tend à se confondre avec le créateur qu'il vise à glorifier. En effet seul ce dernier « sonde les reins et les cœurs »²² et le divin ne saurait ici se confondre avec l'humain, car « l'homme regarde ce qui frappe les yeux, mais l'Éternel regarde au cœur »²³.

Pourtant, c'est bel et bien ce désir de punir avec sévérité une intention particulièrement vicieuse, qui est à l'origine de l'infraction formelle. Dès l'Antiquité, l'empoisonnement est soumis à un régime particulier. La loi *cornelia dei sicariis et veneficiis* adoptée par Sylla en 81 avant Jésus Christ sanctionne celui qui a administré ou préparé le poison, ou encore celui qui a vendu, acheté ou détenu des substances vénéneuses. Au Moyen Âge, l'empoisonnement était associé à la sorcellerie, si bien que dans les années 1320, les lépreux, accusés d'empoisonner les puits, furent arrêtés et soumis au supplice du bûcher. Il fallut attendre l'édit de juillet 1682, pris à la suite de l'affaire des Poisons²⁴, pour que l'empoisonnement soit détaché de la sorcellerie. Aux termes de cet édit, « seront punis de morts tous ceux qui seront convaincus de s'être servis de bénéfices et de poison, soit que la mort soit ensuivie ou non ».²⁵

Sous l'ancien droit, la notion d'attentat, évoquée plus haut, présente une certaine autonomie. Celui-ci faisait varier la répression en fonction du degré de maturité de l'infraction tentée. Plus l'action du coupable était éloignée de la consommation de l'infraction – *conatus remotus* – plus la répression devait être légère. Au contraire, plus les faits étaient proches de la consommation – *conatus proximus* – plus la sévérité de la sanction était accrue²⁶. Mais pour les crimes atroces, comme le crime de lèse-majesté, aucune distinction n'était opérée, un

²¹ *La bible*, évangile selon Matthieu, ch. 7 v. 24-27.

²² *Ibid.*, Jérémie, ch. 17 v. 10.

²³ *Ibid.*, 1 Samuel 16 v. 7.

²⁴ Séries de crimes d'empoisonnement qui survinrent à Paris, dans lesquels des membres de la Cour de Louis XIV furent impliqués. Le retentissement de cette affaire conduisit à la création d'une « Chambre ardente », pour juger ces crimes.

²⁵ A. PROTHAIS, Plaidoyer pour le maintien de l'incrimination spéciale de l'empoisonnement, *D.* 1996, p. 107.

²⁶ D. SPITERI, L'infraction formelle, *RSC* 1966, p. 499.

comportement même très lointain était sanctionné de la même peine que l'infraction réalisée. Le but était de frapper vite et fort et la tentative était associée à l'attentat. Selon Ortolan, « attenter n'est autre chose qu'une tentative ; attenter, autre chose que tenter »²⁷. L'ordonnance de Blois de 1570 manifeste bien ce désir de sévérité, celle-ci disposant, sans équivoque : « nous voulons la seule machination ou attentat être puny de mort, encore que l'effet ne s'en soit ensuivi ». En somme, sous l'ancien régime, le procès d'intention, que l'on considère aujourd'hui inconciliable dans un État de droit, était une réalité.

Avec le Code pénal de 1810 et le retour à une conception objective de la réponse pénale, la tentative (art. 2 de l'ancien Code pén.) est séparée de l'attentat, qui n'est plus qu'une infraction à part, dans la catégorie des atteintes aux intérêts fondamentaux de la nation (art. 331 du même Code). La répression de la tentative est alors soumise à la manifestation d'actes extérieurs, suivie d'un commencement d'exécution. Ces exigences conduisent les auteurs du XIXe siècle à rationaliser l'acte délicieux avec *l'iter criminis*, chemin du crime composé de cinq étapes²⁸. Les deux premières sont purement internes à l'individu, il s'agit de la pensée criminelle et de la résolution criminelle, qui échappent en principe à la répression pénale. Les trois étapes suivantes suggèrent une matérialité. Avec les actes préparatoires, l'agent se prépare à commettre l'infraction. Puis l'agent passe à l'acte et c'est là qu'intervient le commencement d'exécution, support de la répression de la tentative. Enfin, le chemin arrive à son terme avec la production du mal du délit, seule à même, pour les tenants de la conception objective de la répression, de légitimer la réponse pénale. Ce schéma va être utilisé pour définir l'infraction formelle par bien des auteurs, raisonnant sur le crime d'empoisonnement. Celle-ci va en effet faire remonter le résultat sur *l'iter criminis* au stade du commencement d'exécution. Ainsi, l'acte d'administration du poison ne constitue pas le commencement d'exécution de l'empoisonnement, mais son résultat. Cette approche présente, comme on le verra, des limites, mais toujours est-il qu'elle met en exergue encore une fois la volonté du législateur de revenir à la répression pénale subjective, détachée de la matérialité, pour les crimes les plus graves. Sur le plan procédural, l'infraction formelle, définie la sorte, va permettre de déclencher l'action publique plus tôt, ce qui renforce encore la redoutable efficacité du mécanisme.

Quid des fondements de notre droit pénal actuel ? Un bref survol de notre droit pénal contemporain permet de constater que la réponse pénale est on ne peut plus teintée de subjectivité, de nombreuses infractions faisant fi de l'exigence d'une matérialité objective.

²⁷ J.L.E. ORTOLAN, *Eléments de Droit pénal*, Plon, 5^{ème} ed., 1886, t. 1, n° 473.

²⁸ *Ibid.*, n° 981 et s. ; R. MERLE et A. VITU, *op. cit.*, n° 465.

Autrement dit, les infractions que l'on qualifiera pour l'instant, à défaut de définition claire du concept, d'infractions formelles, sont omniprésentes. En effet en droit commun, le déclin de la matérialité s'observe aussi bien en matière de contravention, que de délit ou de crime. De nombreuses contraventions ne sont que la simple sanction d'un comportement non conforme à la réglementation, sans pour autant qu'un dommage ait résulté de ce comportement. En matière délictuelle, il en est de même, l'on peut citer, parmi tant d'autres, le risque causé à autrui, la non-assistance à personne en danger, la subordination de témoins (art. 434-15 Code pén.), la corruption de fonctionnaire (art. 432-11 Code pén.), la propagande ou publicité des moyens en vue de se donner la mort (art. 222-14 Code pén.), ou encore l'embuscade (art. 222-15-1 Code pén.). L'infraction formelle semble donc loin d'être l'apanage des crimes les plus graves comme l'empoisonnement ou l'attentat (art 421-1 Code pén.) et la répression de l'intention ne semble plus uniquement liée à la gravité du comportement.

L'infraction formelle est également omniprésente dans les divers droits pénaux spéciaux. Un auteur affirmait, il y a un demi-siècle, que « le champ d'application de l'infraction formelle paraît très limité ; on ne cite le plus souvent que deux ou trois crimes ou délits faisant partie de cette catégorie »²⁹. Mais quelques années plus tard, un autre affirmera que « le domaine de la répression de l'infraction formelle se trouve de plus en plus étendu en droit français moderne. Cela est dû au caractère, à la fois souple et vigoureux du mécanisme de cette infraction ».³⁰ Cette assertion est d'une actualité indéniable, car l'on trouve des infractions de nature formelle tant en droit pénal du travail³¹, qu'en droit pénal de la presse³², de la communication³³, de l'environnement³⁴, ou encore en droit pénal des affaires. Par rapport à cette dernière matière, un auteur va même jusqu'à affirmer que l'infraction formelle est une « véritable égérie du droit pénal des affaires »³⁵.

Ce recours, on ne peut plus fréquent et systématique à l'infraction formelle soulève des questions et fragilise l'édifice du droit pénal. En effet les comparatistes font le constat

²⁹ D. SPITERI, *op. cit.*, p. 500, l'auteur ne fait référence qu'à la corruption de fonctionnaire, l'empoisonnement et la fabrication de fausse monnaie.

³⁰ M. FREIJ, *op. cit.*, p. 241.

³¹ Par ex., les délits d'entrave portant sur le comité d'entreprise (C. trav., art. L. 2328-1) ou sur le comité de groupe (Code trav., art. L. 2335-1), le délit de discrimination syndicale (Code trav., art. L. 2146-2).

³² Par ex., la provocation non suivie d'effet (loi du 29 juillet 1881, art. 24), le délit de fausse nouvelle (Loi du 29 juillet 1881, art. 27 al. 1^{er} et 2).

³³ Par ex., le délit de pratiques commerciales trompeuses (Code cons., art. L. 121-1).

³⁴ Par ex., le délit d'exploitation sans autorisation d'une installation classée (C. Env., art. L. 514-9).

³⁵ L. SAENKO, *Le temps en droit pénal des affaires*, Thèse Paris I, n° 37. Cependant, le même auteur affirmera que l'infraction formelle est un « cadeau empoisonné » pour le droit pénal des affaires, p. 276.

que le recours à ce genre d'infraction pour réprimer de simples « états dangereux » caractérise un modèle dit « autoritaire », par opposition à un modèle dit « libéral ».³⁶ Ce modèle implique une sévérité dans la répression par l'État, qui ne fait pas de la protection des libertés individuelles sa préoccupation essentielle. Si « autoritaire » n'est pas synonyme de « totalitaire », ce modèle se rapproche plus de cet extrême que le modèle « libéral ». Dans un article de presse au titre évocateur³⁷, Christine Lazerges met bien en exergue les dangers que peut représenter une répression trop subjective : « Nous incriminons aujourd'hui la préparation d'un délit, comme dans l'entreprise de terrorisme individuel. C'est une révolution ! [...] On criminalise une intention encore peu concrétisée, contrairement au principe selon lequel il n'y a pas de tentative punissable sans commencement d'exécution ». Par ailleurs, l'infraction formelle s'inscrit dans un contexte d'inflation législative importante qui touche directement la matière pénale et la création du délit d'embuscade suite aux émeutes de 2005 illustre cette idée d'un recours peut être trop systématique à cette technique³⁸.

En somme, l'édifice du droit pénal risque-t-il de s'effondrer par un recours trop systématique à l'infraction formelle, ou est-il suffisamment stable pour résister aux tempêtes qui peuvent s'abattre sur lui et pour continuer à préserver les libertés individuelles de ceux qui lui sont soumis ?

C'est là la question qu'il s'agira de trancher en analysant la pratique contemporaine de l'infraction formelle (deuxième partie). Mais pour évaluer la nocivité ou la légitimité un concept, encore faut-il savoir ce qu'il recouvre, en répondant à la question délicate de sa définition. Il faudra donc dégager une théorie de l'infraction formelle la plus complète et la plus cohérente possible (première partie).

³⁶ J. PRADEL, *Droit pénal comparé*, Précis Dalloz, 3^e éd., 2008, n°669 et s.

³⁷ « Christine Lazerges : *Le nouveau droit pénal se construit sur des sables mouvants* », in *Le Monde culture et idées*, 3 mars 2016.

³⁸ *Infra*, p. 98.

PREMIÈRE PARTIE : LA THÉORIE DE L'INFRACTION FORMELLE

La théorie de l'infraction formelle n'est pas au centre des préoccupations des pénalistes. Ceux-ci se bornent le plus souvent à mettre en exergue la sévérité de ce mécanisme, sans forcément s'appesantir sur l'abstraction théorique préalable, pourtant indispensable à l'étude d'une telle notion. À cet égard, nous voilà renvoyés à l'éternel débat qui oppose les tenants de la théorie à ceux de la pratique. Un éminent pénaliste, s'intéressant à la question, admet les limites du « raisonnement purement intellectuel et abstrait détaché de la vie et du réel : à quoi bon ratiociner sur l'existence précise des éléments de l'infraction et en faire des exposés savamment structurés selon l'usage, face aux problèmes de la drogue, du proxénétisme ? »³⁹ Aussi, tenterons-nous d'éviter cet écueil, afin de privilégier une approche théorique qui, aux termes du même auteur, se résume en « une analyse exigeante, approfondie et en même temps la synthèse qui permet de maîtriser un ensemble à de choses à première vue disparates [...] ; c'est le souci de rattacher le principe à ses applications ; c'est, aussi, celui de remonter de l'application au principe »⁴⁰. Animés par ces objectifs, nous exposerons d'abord la conceptualisation progressive de l'infraction formelle (Chapitre 1). Puis, il s'agira de mettre à l'épreuve les théories contemporaines avec leurs applications, afin de percevoir que la notion soulève encore bien des difficultés, que nous tenterons de résoudre, sans prétendre mettre un terme aux débats (Chapitre 2).

CHAPITRE 1 : LA CONCEPTUALISATION PROGRESSIVE DE L'INFRACTION FORMELLE

La conceptualisation de l'infraction formelle ne s'est pas faite en un jour. Puisant son origine dans des théories du XIXe siècle, elle s'est étalée sur l'ensemble du XXe siècle, sans pour autant que l'on puisse constater un consensus doctrinal stable à l'issue de cette période. La longueur de cette évolution s'explique bien entendu par le lien indéfectible que l'infraction formelle entretient avec la notion de résultat. Étant bien souvent présenté comme le critère de distinction entre infractions matérielles et formelles, il est tout à fait logique que la théorie

³⁹ J. LARGUIER, « Ce que les praticiens appellent la pratique (précédé de quelques propos théoriques) », in *Mélanges offerts à Raymond Gassin*, p. 276.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 277

de l'infraction formelle évolue parallèlement à celle du résultat, notion dont la théorisation, délicate, débuta au XIXe siècle⁴¹. Face à cette période de temps tout à fait conséquente, l'étude de la conceptualisation de l'infraction formelle au fil du temps implique de distinguer entre les théories premières de l'infraction formelle, recouvrant le XIXe et la première moitié du XXe siècle (section 1), afin de mieux comprendre d'où les théories contemporaines, principalement élaborées dans la deuxième moitié du XXe siècle, ont tiré leur inspiration (section 2).

SECTION 1 : THÉORIES PREMIÈRES

La doctrine française n'a pas inauguré la conceptualisation de l'infraction formelle, ni même celle du résultat. C'est essentiellement la doctrine italienne qui introduisit la distinction entre infractions formelles et matérielles (§1). La doctrine française s'est ensuite emparée de cette classification bipartite des infractions, recueillant cette logique non sans difficulté et se fondant sur des critères insatisfaisants (§2).

§1- Les théories italiennes

L'infraction formelle trouve donc son origine dans la doctrine italienne, alors que celle-ci commençait à s'intéresser au résultat de l'infraction pénale. Toutefois, la complexité de la notion de résultat l'a conduite à avancer lentement, presque en tâtonnant. Partant d'une vision naturaliste de cette notion, dégagée par la doctrine allemande, elle a d'abord élaboré des théories dites « classiques » de l'infraction formelle (A). Les critiques formulées à l'encontre de ces théories ont conduit à leur affinement et ont abouti à des théories « modernes » (B). Bien que toujours sujettes à la critique, ces théories ont constitué le point de départ des théories françaises de l'infraction formelle.

A. Les théories classiques

Sans que l'on puisse déterminer avec précision l'émergence de la notion de « modification du monde extérieur », c'est le pénaliste allemand Von Litz qui est généralement réputé l'avoir introduit pour théoriser le résultat. Selon cet auteur, l'infraction est un acte, ayant pour conséquence la modification du monde extérieur : « la notion d'acte

⁴¹ Un auteur exprime cette idée de façon tout à fait explicite : « c'est très souvent à l'occasion de l'exposé de cette question que le problème du résultat se trouve étudié, en général pour dire que le critère reste incertain parce que dépendant de la définition qu'on veut bien donner du résultat ». J.-Y. MARECHAL, *Essai sur le résultat dans la théorie de l'infraction pénale*, L'Harmattan, 2003, n° 108.

exige en plus l'apparition d'un changement dans le monde extérieur (subi par les hommes ou par les choses). Nous appelons ce changement résultat. »⁴² Bien que l'acte semble dissocié de ces conséquences dans cette assertion, la vision de l'auteur est en réalité extensive et dite « naturaliste », si bien que pour lui l'acte et ses conséquences fusionnent. Ainsi, il arrive à la conclusion qu'il y a un résultat dans chaque infraction. Il en déduit lui-même que la notion ne peut *a priori* pas permettre d'établir une distinction entre « délits formels » et « délits matériels ». ⁴³ Toutefois, c'est bien sur le fondement de cette notion qu'allait émerger la notion d'infraction formelle dans la doctrine italienne. Tout d'abord, elle adopta une conception purement matérielle du résultat, à l'origine de la notion d'infraction formelle (1), mais elle allait ensuite retenir une conception juridique du résultat et introduire une autre classification infractionnelle (2).

1. La naissance de l'infraction formelle

Certains auteurs italiens, reprenant le critère élaboré par Von Litz, ont insisté sur la dissociation entre l'activité et son effet à savoir la modification du monde extérieur, qui peut être « physique (comme la destruction d'un objet), physiologique (comme la perte d'un sens ou d'un membre), ou psychologique (comme la perception de propos injurieux) ». ⁴⁴ Considérée comme une conséquence purement matérielle et dissociable de l'acte qui l'a causé, ces auteurs vont admettre l'existence de l'infraction formelle, selon que le législateur incrimine l'acte ou la modification du monde extérieur. C'est à Carrara que l'on doit l'origine de la division entre infraction formelle et matérielle. Selon lui, « les délits se divisent en formels et matériels, les premiers se consomment par une simple action de l'homme, qui suffira par elle-même pour violer la loi ; les autres ne sont consommés que quand il s'est produit un résultat donné, qui seul est considéré comme infraction à la loi » ⁴⁵.

Cette analyse purement matérielle a fait long feu, car le critère de la modification du monde extérieur est un concept aux contours trop flous. En effet il est aisé d'arguer que tout acte, même de faible ampleur ou intensité, implique une modification du monde extérieur. Pour Battaglini ⁴⁶, dès que la volonté de l'agent se manifeste, il y a un changement dans le

⁴² F. VON LITZ, cité par J-Y. MARECHAL, *op. cit.*, n° 37.

⁴³ À noter que VON LITZ élaborera tout de même une distinction entre le résultat immédiat et le résultat éloigné, seul le résultat immédiat devant être pris en compte par le législateur.

⁴⁴ V. M. FREIJ in *op. cit.*, p. 29.

⁴⁵ F. CARRARA, *Programme de cours de droit criminel*, trad. Baret Paris, 1876, p. 39, cité par M. FREIJ, in *op. cit.*, p. 41.

⁴⁶ V. BATTAGLINI cité par M. FREIJ in *op. cit.*, p. 45.

monde extérieur, si bien que même dans les infractions de commissions considérées comme des infractions formelles, il est possible de discerner un résultat.

Partant de ce constat, certains auteurs sont revenus au présupposé du résultat dans toute infraction et ont consacré une opposition : celle entre la lésion et le risque. Cette classification était cette fois basée sur une conception purement juridique du résultat et elle conduisait à exclure la notion d'infraction formelle.

2. Le rejet de l'infraction formelle

Les partisans de la conception juridique du résultat ont pris le contrepied de la conception matérielle du résultat. Celle-ci était fondée sur un cumul des éléments, l'acte et sa conséquence, alors que la nouvelle conception du résultat se résume une opposition entre la lésion et le risque. La lésion absorbe le résultat matériel sans véritablement de nuance. Quant au risque, l'élément novateur de cette théorie, c'est ce qui se voit appelé le « résultat juridique ». Toutefois, ce dernier n'a pas grand-chose en commun avec le « résultat juridique » au sens des théories contemporaines⁴⁷, puisqu'il se réfère en réalité au comportement de l'agent. Le fondement de cette théorie est la nocivité de l'agent, ses agissements étant en eux-mêmes constitutifs d'un résultat. Le péril étant suffisant pour offenser le bien matériel et constituant ainsi un résultat, la conclusion qui s'impose rejoint le postulat de départ de Von Litz : il n'y a pas d'infraction sans résultat et dès lors, pas d'infraction formelle.

Cette théorie est doublement intéressante dans la construction de l'infraction formelle, bien qu'elle l'exclue temporairement. En effet elle consacre d'une part l'existence d'infractions de mise en danger, plus d'un siècle avant leur essor et elle introduit une terminologie qui sera réutilisée par la suite sous bien des angles : la notion de « résultat juridique ». Cependant, le clivage auquel aboutissait cette approche n'était pas satisfaisant pour la doctrine italienne moderne. Si bien qu'une conception mixte du résultat a vu le jour, conception permettant au concept de l'infraction formelle de refaire son apparition.

B. Les théories modernes

La conception mixte du résultat mise en avant par les auteurs italiens dans la première moitié du XXe siècle et ce sont les théories relatives à l'infraction formelle élaborées à cette époque que M. Freij qualifie de « modernes ».⁴⁸ Ces théories, fondées sur une conception mixte du résultat, ont eu pour conséquence de fonder la distinction entre les infractions

⁴⁷ *Infra*, p. 25.

⁴⁸ M. FREIJ, *op. cit.*, p. 49 et s.

formelles et matérielles sur un critère aléatoire (1). Elles n'ont eu en toute logique qu'un impact limité dans la doctrine italienne, l'aléa rendant ces théories inacceptables (2).

1. Une distinction aléatoire

Le résultat serait donc caractérisé cette fois par deux éléments conjoints et non distincts : la nocivité de l'action criminelle et ses conséquences. La nocivité renvoie à la notion d'offense ou de mise en péril, le résultat juridique, tandis que les conséquences renvoient à l'évènement, le résultat matériel. Deux hypothèses se rencontrent alors : soit les deux se confondent, c'est le cas où l'évènement s'intègre dans l'offense, on est alors en présence d'une infraction formelle, soit l'évènement se détache de l'action et peut se vérifier dans un lieu et un temps différents et il s'agit d'une infraction matérielle.⁴⁹

Cette théorie aboutit à un constat quelque peu étrange, puisqu'elle introduit un critère purement conjoncturel pour distinguer les infractions entre elles. La classification repose en effet sur les modalités d'exécution de l'infraction. Si la mort de la victime survient sur le champ, le meurtre sera une infraction formelle, alors que si elle succombe plus tard, l'infraction sera matérielle. De la même manière, l'injure sera formelle quand elle aura été commise par voie orale et matérielle quand elle sera commise par écrit. Une telle théorie est difficilement acceptable.

2. Une distinction inacceptable

Les constructions doctrinales en droit pénal, plus précisément en matière de théorie de l'infraction, sont censées clarifier la norme afin que le législateur puisse légiférer en connaissance de cause et le juge trancher sur la base d'un texte clair et précis. En cela, une telle conception n'est pas acceptable, car elle ne repose que sur un aléa et nuirait dès lors gravement à la sécurité juridique du justiciable. De plus, la notion de « résultat juridique » n'est pas assez précisée. Il est très délicat de savoir si ce dernier renvoie au péril séparable de l'action criminelle, ce qui reviendrait à la catégorie des infractions de péril, ou s'il renvoie à la nocivité de l'action criminelle, qui est plus un élément de l'action criminelle qu'un élément de l'infraction.

Cette théorie ayant été rejetée, le droit italien est par la suite revenu aux théories incompatibles avec l'infraction formelle précédemment évoquées. Toutefois, c'était alors à la doctrine française de s'intéresser à la notion. S'il est sans doute excessif de parler d'ouverture de la boîte de pandore, il est toutefois légitime d'avancer que l'introduction d'une notion

⁴⁹ V. BATTAGLINI, cité par M. FREIJ in *op.cit.*, p. 54.

aussi difficilement saisissable dans le droit français ne pouvait qu'inaugurer un débat doctrinal long et complexe. Il est à noter que, de façon surprenante, même si les auteurs allaient se saisir de la notion et aller sans cesse plus loin dans sa conceptualisation, rares sont ceux qui se sont par la suite intéressés à l'évolution contemporaine de la doctrine italienne, qui n'est pourtant pas dénuée d'intérêt.⁵⁰

§2- Les théories françaises

Près d'un siècle après l'apparition de l'infraction formelle en Italie, la notion allait donc faire son entrée dans la doctrine française et ce, tout à d'abord à travers le critère du préjudice (A). Toutefois, ce critère s'est révélé critiquable et certains auteurs lui ont préféré le « résultat juridique », dans une acception distincte que celle de la doctrine italienne (B).

A. Le critère du préjudice

Le préjudice fut donc le lien entre la doctrine italienne et la doctrine française quant à l'infraction formelle (1), toutefois ce critère a vite été abandonné, du fait de ses conséquences radicales sur la théorie de l'infraction en droit pénal. (2).

1. L'importation de l'infraction formelle en droit français

L'éminent auteur Henri Donnedieu de Vabres inaugura la conceptualisation de l'infraction formelle en droit français⁵¹. La question n'intéressait guère la doctrine de cette époque, dans la mesure où le droit français ne comptait que peu d'infractions formelles⁵². Dans une étude consacrée au préjudice, le pénaliste allait s'intéresser aux travaux italiens précités, en particulier à l'affirmation selon laquelle l'infraction formelle ne pouvait être indépendante du résultat, dans la mesure où toute infraction comporte un résultat. Selon lui, si cette objection ne pouvait être écartée, il était néanmoins possible de conceptualiser l'infraction formelle et de la distinguer de l'infraction matérielle à travers un nouveau critère : celui du préjudice. Dans la mesure où, dans le faux comme dans l'empoisonnement, le préjudice n'est pas requis pour constituer l'infraction, c'est donc que le délit formel est indépendant, non du résultat, mais du préjudice. Aux termes de l'auteur, « il y a délit matériel

⁵⁰ La doctrine italienne distingue aujourd'hui les infractions d'atteinte proprement dites ou *di lesione* des infractions qui, de manière anticipée, ne sanctionnent qu'une simple mise en danger du bien juridique, dites *reati di pericolo*. Ces dernières infractions vont elles-mêmes se subdiviser en fonction de la nature concrète, abstraite, indirecte ou présumée du danger énoncé par le législateur. V. J.CHACORNAC, *Le risque comme résultat dans les infractions de mise en danger : les limites de la distinction des infractions matérielles et formelles*, RSC 2008 p. 849.

⁵¹ H. DONNEDIEU DE VABRES, *Essai sur la notion de préjudice dans la théorie générale du faux documentaire*, Sirey, 1943, p. 28, p. 133s

⁵² V. note de bas de page n° 29.

quand le législateur, en définissant l'infraction, a considéré comme un élément constitutif de celle-ci, le résultat produit, le préjudice infligé à la victime ». L'auteur n'avait toutefois pas réalisé le bouleversement qu'une telle conception entraîne sur la notion d'infraction formelle, ni sur la théorie générale de l'infraction.

2. *Le rejet du critère du préjudice*

Au vu du faible nombre d'incriminations qui incluent la réalisation du préjudice, si l'on retient la conception évoquée, l'infraction formelle n'est plus l'exception, elle devient la norme. À titre d'exemple, la matérialité du délit d'escroquerie se rapporte à la remise du bien et non au préjudice qui a été causé par cette remise. Quant à l'abus de confiance, même si le préjudice est explicitement mentionné, c'est uniquement la conséquence du détournement, il est donc considéré dans sa virtualité. Dès lors, ces infractions devraient être considérées comme des infractions formelles.

Cette conception ne peut être retenue, car, comme le souligne un auteur contemporain⁵⁴, le préjudice recouvre uniquement les conséquences de la lésion subie et non la lésion elle-même, il est dès lors tout à fait périphérique à l'infraction pénale. Cela amène à l'objection fondamentale quant au critère du préjudice : ce dernier entretient des liens indéfectibles avec le droit civil, il n'est donc par nature pas adapté au droit pénal, si ce n'est dans le cadre de l'action civile. L'infraction pénale ayant principalement pour objet la sanction de comportements, le préjudice, ne peut pas prendre une place démesurée. Pour M. Spitéri, c'est l'auteur qui doit être au premier plan, non le préjudice.⁵⁵ Enfin, retenir le préjudice comme critère reviendrait à nier les spécificités de certaines infractions formelles : dans le cas de l'empoisonnement, si le préjudice est la mort de la victime, il n'y aurait pas d'empoisonnement si celle-ci ne survenait pas.

Le critère du préjudice a donc été rapidement écarté, mais cette tentative de conceptualisation eut pour conséquence de raviver l'intérêt de la doctrine française pour l'infraction formelle et corrélativement, pour la notion de résultat. Le résultat légal allait alors faire son apparition.

⁵⁴ V. MALABAT, art. précité, in *Mélanges en l'honneur de Jacques-Henri Robert*, p. 453

⁵⁵ P.SPITERI, art. précité, p. 509

B. Le critère du résultat juridique

À l'issue de la première moitié du XXe siècle, deux grands pénalistes allaient se lancer à leur tour dans le débat autour de la définition de l'infraction formelle. M. Merle allait introduire la conception française du « résultat juridique » (1), que M. Decocq devait compléter avec sa théorie du « résultat réel » (2).

1. L'acception française du résultat juridique

Abandonnant le critère du préjudice, M. Merle recentra les termes du débat sur le « résultat juridique » de l'infraction, qu'il opposa au « résultat matériel » de l'infraction⁵⁶. Toutefois, sa conception du « résultat juridique » était bien différente de celle de la doctrine italienne. Loin de renvoyer à la nocivité de l'agent⁵⁷, la notion s'entend selon l'auteur du résultat visé par le texte même de l'infraction. En d'autres termes : « le résultat légal ».

Il exprime dès lors la distinction des infractions formelles et matérielles en ces termes : « il y a deux catégories d'infractions : celles qui sont consommées indépendamment de la production d'un résultat, ce dernier n'étant pas inclus dans l'énumération légale des éléments constitutifs du fait punissables, ce sont les infractions formelles ; et celles dont la consommation n'est effective que si elles ont produit le résultat spécifié parmi les éléments légaux constitutifs du fait incriminé. » L'infraction formelle se consommerait donc par la production du « résultat légal » et indépendamment de « résultat matériel ». Partant, il suffirait donc de rechercher si l'on est en présence d'un « résultat matériel » visé par la loi pénale. Si ce dernier n'existe pas, les indices relatifs au moyen devraient permettre de déterminer si l'on est en présence d'une infraction formelle ou non. La principale difficulté que présente cette approche tient à ce que la loi pénale ne distingue pas assez le moyen de ses effets nocifs et au fait que les indices permettant d'effectuer une telle distinction ne sont pas toujours apparents.

2. L'apparition du résultat réel

M. Decocq allait reprendre la théorie précédente en introduisant une distinction entre le « résultat réel » et le « résultat juridique », faisant fi du « résultat matériel ». ⁵⁸ Selon lui, le « résultat réel », ou « résultat redouté », est l'atteinte que subit la victime d'une infraction, que ce soit la mort dans l'empoisonnement ou les atteintes corporelles dans les violences ou blessures involontaires. Cependant, ce résultat n'intéresse pas le juriste, mais uniquement le

⁵⁶ R. MERLE, *Manuel de droit pénal général complémentaire*, PUF, Paris, 1957, p. 129.

⁵⁷ *Supra*, p. 19

⁵⁸ A. DECOCQ, *Droit pénal général*, Armand Colin, 1971, p. 171 et p. 182s.

législateur. Il intervient dans le domaine de la politique criminelle et constitue « la source réelle de la qualification légale »⁵⁹, le but de la loi pénale étant d'incriminer les moyens qui peuvent provoquer ce résultat.

Dès lors, les infractions formelles sont celles où le « résultat réel » n'est pas pris en compte par le législateur dans la définition de l'incrimination. En d'autres termes, lorsque le « résultat réel » ne se confond pas avec le résultat « légal » ou « juridique », l'infraction est formelle. C'est le cas de l'empoisonnement, dont le « résultat réel » est la mort et le « résultat légal » est l'absorption. Le résultat juridique est donc entendu de la même manière que M. Merle, comme le résultat prévu par le texte d'incrimination. La véritable innovation consiste donc véritablement dans l'introduction du « résultat réel », mais cette approche ne résout pas la difficulté quant à l'entité que représente alors le « résultat juridique ». En voulant donner un aspect physique et concret à ce dernier, l'auteur le confond avec le « résultat matériel », ce qui n'aide pas toujours à discerner quelles infractions ont une nature formelle.⁶⁰

À l'issue de cette première phase de théorisation, les auteurs français ont donc réussi à dégager des théories séduisantes à première vue, mais dont le problème est l'imprécision de la définition du « résultat juridique ». Les auteurs contemporains, convaincus que la distinction entre infractions formelles et matérielles doit se faire en fonction du critère purement matériel du résultat, vont alors développer des théories du résultat aussi poussées que complexes, pour enfin pouvoir cerner les contours de la notion d'infraction formelle.

⁵⁹ *Ibid.*

⁶⁰ Par ailleurs, M. FREIJ démontre que la théorie présente des lacunes pour ce qui est des infractions formelles « d'acte unique », comme l'attentat à la pudeur ou la corruption de fonctionnaire public. Il n'y aurait qu'un seul résultat, légal et réel à la fois et les deux seraient alors indifférents. Si bien qu'il faudrait concéder qu'une infraction puisse exister sans résultat légal, ce que M. DECOCQ n'admet pas.

SECTION 2 : THÉORIES CONTEMPORAINES

La doctrine française n'aime guère les notions floues, elle préfère les critères clairs et précis de distinctions. Par ailleurs, face au développement des infractions formelles, la nécessité de trouver une définition précise devint pressante dans la deuxième moitié du XX^e siècle et surtout à son issue. Aussi, les auteurs français contemporains ont poursuivi la théorisation de l'infraction formelle sous l'angle du résultat, bien résolus à aboutir à une rationalisation de ces concepts et à apporter un peu de clarté dans ce champ relativement obscur du droit pénal. Du fait de la complexité des théories élaborées pour parvenir à cet objectif ambitieux, il conviendra d'étudier la théorisation extensive du résultat en tant que telle (§1), pour ensuite mieux comprendre l'impact de celle-ci sur la conceptualisation de l'infraction formelle, dont les contours se trouvent précisés (§2).

§1- La théorisation extensive du résultat

Les théories contemporaines du résultat ont toutes le même point de départ dans leur raisonnement : l'existence d'un résultat réel indifférent à la répression mais qui constitue la *ratio legis* de l'incrimination, tel que l'avait pensé M. Decocq. Toutefois, la terminologie liée à ce résultat varie selon les auteurs. Le résultat juridique, quant à lui, fait l'objet d'acceptions différentes, chaque auteur adoptant sa propre approche, toujours bien justifiée, mais non moins complexe. M. Mayaud a été le premier de ces auteurs contemporains à développer la théorie du résultat juridique, estimant qu'il pouvait se présenter de façon duale (A). MM. Conte et Maistre du Chambon ont ensuite réintroduit le résultat matériel (B), aboutissant à une décomposition du résultat pénal que M. Puech va renforcer dans sa présentation (C).⁶¹

A. La dualité du résultat juridique

M. Mayaud reprend la terminologie du « résultat réel », qu'il définit comme « la projection d'un dommage à éviter sur la qualification finale. C'est donc une "fin" qu'il appartient de prévenir par l'incrimination de "moyens" en rapport de causalité avec elle ». ⁶² Ce résultat peut être lié à un dommage à l'intégrité des personnes tout comme à une atteinte aux biens. L'auteur développe ainsi la terminologie des « valeurs sociales essentielles » ou des « biens juridiques collectifs » protégés par la loi pénale, une approche qui justifie selon

⁶¹ V. pour une étude exhaustive de ces théories J-Y. MARECHAL, *op.cit.*, p. 92 et s.

⁶² Y. MAYAUD, *Le mensonge en droit pénal*, thèse, Lyon 3, 1976, n° 360.

l'auteur l'utilité de l'infraction formelle.⁶³ Mise à part cette terminologie, l'auteur n'innove guère sur ce point.

En revanche, il considère que « résultat juridique » et « résultat légal » ne sont pas synonymes. Selon lui, le « résultat juridique » se définit comme le « dommage abstrait sous forme d'une atteinte isolée ou conjuguée à une ou plusieurs, valeurs sociales essentielles », alors que le « résultat légal » est « celui qui consomme l'infraction [...] Or le résultat légal est toujours porteur d'un résultat juridique (...) Le résultat légal est donc la fixation de la consommation de l'infraction, au nom d'une défense formelle de valeurs collectives, à une distance variable du résultat réel ».⁶⁴ En d'autres termes, le « résultat juridique » est une entité plus ou moins abstraite, définie comme une atteinte à une valeur sociale, toujours présente dans toute infraction et donc plus permanente que le « résultat réel ». Ainsi, encore une fois, le « résultat réel » est celui qui ne se produit pas dans les infractions formelles, alors que le résultat juridique est toujours présent. Toutefois, contrairement à la théorie de M. Decocq et c'est là l'apport central de cette théorie, ce n'est pas le « résultat juridique » qui permet de fixer le seuil de consommation, mais le « résultat légal ». Ce dernier est ici un instrument de technique juridique permettant de localiser la consommation du délit, il est inclus dans le résultat juridique mais il ne se confond toutefois pas avec celui-ci. C'est l'aspect concret du résultat, qui se conçoit non par rapport à l'infraction mais par rapport à l'*iter criminis*, sur lequel ce résultat se déplace tel un curseur sur une règle graduée.⁶⁵

C'est sensiblement la même approche que vont adopter MM. Conte et Maistre du Chambon, avec toutefois quelques nuances, dont la réintroduction du résultat matériel, ainsi que des changements de terminologie.

B. Le retour du résultat matériel

Le « résultat matériel » fait ici son retour dans la théorie du résultat pénal. Le « résultat réel » est toujours présent, mais cette fois-ci sous l'appellation « résultat sociologique ». Ce changement de terminologie a du sens, dans la mesure où l'on comprend plus aisément que ce résultat n'est utile que pour identifier la valeur sociale qui doit être respectée. En effet le terme « réel » évoque de prime abord un événement concret s'étant effectivement déroulé, plutôt que la valeur protégée pensée de façon abstraite. Par opposition, le terme

⁶³ *Infra*, p. 31.

⁶⁴ Y. MAYAUD, *op.cit.*, n° 366.

⁶⁵ *Ibid*, n° 371, 373.

« sociologique » indique bien la rupture avec le juridique et le fait que ce résultat intéresse davantage le législateur que le juge.

Quant au « résultat juridique », celui-ci peut être soit « légal », soit « matériel ». Le « résultat matériel » est la « conséquence qui découle immédiatement de l'exécution du comportement incriminé. Il doit être conçu en quelque sorte en termes de physique : c'est la modification du monde extérieur ». ⁶⁶ On retrouve ainsi la conception naturaliste du résultat qu'avaient adoptée les premiers auteurs qui s'intéressèrent à la question. ⁶⁷ Les auteurs illustrent leur propos de plusieurs exemples. Pour l'homicide, le « résultat matériel » est la lésion. Pour le vol, il s'agit du déplacement de l'objet soustrait. Le « résultat légal », quant à lui est « constitué lorsque le délinquant est parvenu au seuil, jugé suffisant par le législateur, de l'atteinte portée à la valeur sociale protégée : si le résultat légal de l'homicide est la mort et une atteinte à la vie humaine est alors effectivement réalisée, le résultat légal de l'empoisonnement est l'intoxication de la victime, alors que l'atteinte à la vie humaine n'est pas encore effectivement réalisée » ⁶⁸. Les auteurs concèdent qu'il peut être délicat de distinguer le « résultat matériel » du « résultat légal », car ceux-ci coïncident très souvent. En effet quand il y a lésion dans le cadre du meurtre, il y a automatiquement atteinte à la valeur protégée, à savoir la vie humaine. De même, quand il y a remise du fait des manœuvres dans l'escroquerie, il y a atteinte à la propriété. Toutefois, les auteurs prennent l'exemple de la bigamie pour démontrer l'utilité de la distinction. Dans ce cas-là, il peut y avoir, résultat matériel – la célébration d'un deuxième mariage – mais cela n'implique pas nécessairement l'atteinte à l'institution du mariage, dans l'hypothèse où le premier mariage n'était pas valide. ⁶⁹ L'utilité de cette distinction est donc, comme dans les théories précédentes, de déterminer le seuil de consommation, ce qui permet de présenter les infractions formelles comme celles qui sont constituées par la seule survenance du « résultat matériel ». Il s'agit donc dans ce cas, selon les auteurs, d'une « consommation matérielle » de l'infraction et non d'une « consommation légale ». ⁷⁰

La décomposition du résultat est donc très conséquente dans cette approche et l'on peut se demander si la résolution d'une difficulté particulière, comme le cas de la bigamie, justifie toujours une telle démarche. Ne vaudrait-il pas mieux raisonner en termes de principes et d'exceptions plutôt que de multiplier les principes ? Ce décorticage atteint son

⁶⁶ P. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, A. Colin, 7^{ème} éd., 2004, n° 825

⁶⁷ *Supra*, p. 18.

⁶⁸ *Ibid.*, n° 826

⁶⁹ *Ibid.*, n° 827

⁷⁰ *Ibid.*, n° 831

paroxysme avec la présentation de M. Puech, qui tente de synthétiser l'ensemble des approches précédentes avec une autre terminologie.

C. La décomposition du résultat pénal

Pour M. Puech, il convient d'écarter de façon explicite le préjudice dans l'appréciation du résultat. Ainsi, la *summa divisio* en la matière consisterait à séparer le « résultat social » du « résultat individuel ». Le premier « correspond à une atteinte (ou menace) à un bien juridique déterminé », on retrouve le résultat « réel », « redouté », ou « sociologique » ; tandis que le second « correspond à la situation de la victime », c'est le « préjudice propre à la personne directement protégée »⁷¹. L'auteur souligne bien avec cette distinction le fait que le préjudice « ne relève pas en règle générale de la théorie de l'incrimination ».⁷²

Le résultat « social » est la source d'une deuxième distinction, celle entre le « résultat efficient » et le « résultat inhérent ». Le « résultat efficient » peut se décrire comme l'équivalent du « résultat légal » dans la théorie de MM. Conte et Maistre du Chambon, c'est le seuil de consommation que fixe le législateur, le terme efficient renvoie donc à la consommation effective. Quant au résultat inhérent, il se divise en un « résultat extérieur » et un « résultat juridique ». Le premier a trait à la conséquence naturelle du comportement incriminé, c'est donc l'équivalent du « résultat matériel » des auteurs évoqués et il entraîne le plus souvent le deuxième, qui recouvre l'atteinte à la valeur protégée par l'incrimination, variable d'une infraction à une autre. C'est la même logique que dans la théorie précédente et là encore, cette décomposition du « résultat inhérent » n'est pas essentielle pour l'auteur, qui précise que comme le résultat extérieur et juridique « tiennent à la qualification même des faits incriminés ils ont un caractère permanent et sont toujours réalisés d'une infraction à une autre »⁷³. Elle n'est justifiée que pour des cas bien particuliers, comme celui de la bigamie : si le premier mariage est nul, la célébration du second, si elle concrétise le résultat extérieur, ne pourrait produire le résultat juridique⁷⁴.

Toutes ces théories sont donc complexes, mais permettent toutefois de préciser la distinction entre infraction matérielle et infraction formelle avec plus de netteté que les théories premières en la matière et même de conférer une certaine autonomie conceptuelle à cette dernière.

⁷¹ M. PUECH, *Droit pénal général*, Paris, Litec, 1988, n° 582.

⁷² *Ibid.*

⁷³ *Ibid.*, n° 591.

⁷⁴ Cette présentation encourt donc une critique similaire à celle que nous avons formulée à l'égard de la théorie précédente.

§2- L'infraction formelle précisée

Une fois toutes les subtilités des théories contemporaines du résultat comprises, l'on réalise qu'elles présentent un intérêt pédagogique certain, celui de la détermination du seuil de consommation des infractions. Il s'agit d'un concept clef, car il permet de distinguer les infractions formelles d'autres notions du droit pénal général et ainsi de lui conférer une autonomie conceptuelle (A). De plus, loin du concept doctrinal étranger quelque peu dénué d'intérêt qu'elle représentait à l'origine, l'infraction formelle devient presque omniprésente pour certains auteurs, qui lui confèrent alors un domaine étendu (B).

A. L'intérêt pédagogique de l'approche

La distinction entre l'infraction formelle et l'infraction formelle, comme on l'a vu, est la question la plus délicate qui a traversé la doctrine à travers les différentes évolutions doctrinales précédemment exposées. Si plusieurs constructions théoriques parvenaient à cet objectif, c'était le plus souvent au détriment d'autres concepts du droit pénal général, comme la tentative ou l'infraction obstacle. Les théories contemporaines, en fixant le seuil de consommation avec précision, permettent de trancher des conflits de lois dans le temps ou dans l'espace et de déterminer le point de départ de la prescription, mais plus encore, elles permettent justement de mieux comprendre l'articulation entre l'infraction formelle et la tentative d'infraction matérielle (1), ainsi que de mieux appréhender le concept d'infraction obstacle (2).

1. L'articulation entre infraction formelle et tentative

Dans une étude récente sur le résultat de l'infraction, se fondant sur les théories contemporaines de ladite notion, un auteur estime qu'il est indispensable de doter toute infraction d'un résultat, ne serait-ce que pour fixer son seuil de consommation⁷⁵. Pour M. Mayaud, il s'agit du « résultat juridique » et pour MM. Conte et Maistre du Chambon, du « résultat légal », les deux renvoyant à la même idée, à savoir le résultat choisi par le législateur comme seuil de consommation. La détermination de ce seuil est essentielle, car elle permet de savoir si l'infraction est arrivée à son terme et si elle peut donc être poursuivie. Il s'agit donc d'une conception objective de l'infraction. La consommation marque le déclenchement de la répression, laquelle n'est possible qu'en présence d'un trouble à l'ordre public, or celui-ci n'existe que si un résultat se produit, donc la consommation suppose nécessairement la production d'un résultat. La conséquence de ce raisonnement est que la tentative punissable

⁷⁵ V. MALABAT, art. précité, in *Mélanges en l'honneur de Jacques-Henri Robert*, p. 445.

n'est pas une infraction consommée, mais se résume en une exception au principe de la répression de la seule infraction consommée.⁷⁶ Si l'on adopte cette approche, c'est donc la tentative et non l'infraction formelle, qui est punissable en l'absence de tout résultat, qu'il soit « réel », « sociologique », « matériel », « efficient » ou autre.⁷⁷

Cela étant dit, l'infraction formelle entretient tout de même des liens étroits avec la tentative, plus précisément avec la tentative d'infraction matérielle. C'est ce qui ressort de l'analyse des théories contemporaines du résultat par M. Marechal. Ce dernier considère que les auteurs adoptent soit une définition négative de l'infraction formelle, soit une définition positive, mais que la conclusion reste la même⁷⁸. Quant à la définition négative, elle consiste à estimer que les infractions formelles sont celles dont la matérialité objective est indifférente au « résultat réel ». Le « résultat légal », c'est à dire le seuil de consommation, est fixé avant le « résultat réel » au niveau du commencement d'exécution de l'infraction matérielle correspondante. C'est l'approche de M. Mayaud et de M. Puech, elle est donc négative puisqu'elle se fonde sur le résultat le plus éloigné des agissements, le « résultat réel ». À l'inverse, la définition positive raisonne sur la base du résultat le plus proche, le « résultat matériel ». Selon MM. Conte et Maistre du Chambon, « l'infraction formelle est celle qui se caractérise par le fait que son résultat légal se résume tout entier dans le résultat matériel du comportement interdit ».⁷⁹ Par exemple, pour l'empoisonnement, l'intoxication est la conséquence physique de l'acte du criminel, l'unique « résultat matériel ». Le raisonnement est différent, mais la conclusion est la même, l'infraction formelle est « l'incrimination à titre autonome, de la tentative de l'infraction matérielle homologue ».⁸⁰ Cependant, si l'infraction formelle puise son origine dans la tentative punissable, elle s'en démarque tout de même, c'est d'ailleurs un des intérêts que peut avoir ce type d'incrimination pour le législateur.⁸¹ Retenons pour lors que, sur le plan conceptuel, l'articulation entre tentative et infraction formelle est clarifiée.

⁷⁶ J.-Y. MARECHAL, *op. cit.*, n° 147.

⁷⁷ Comme on le soulignera plus loin, une telle conclusion est cependant quelque peu paradoxale lorsque l'on définit l'infraction formelle comme une tentative d'infraction matérielle incriminée à titre autonome.

⁷⁸ J.-Y. MARECHAL, *op. cit.*, n° 151.

⁷⁹ P. CONTE et MAISTRE DU CHAMBON, *op.cit.*, n° 322.

⁸⁰ *Ibid.*

⁸¹ *Infra*, p. 90.

2. La distinction entre infraction formelle et infraction obstacle

Il sera question plus loin de la distinction entre l'infraction formelle et l'infraction obstacle⁸², mais l'on peut d'ores et déjà indiquer que les théories contemporaines du résultat permettent de mieux appréhender la différence technique qu'il existe entre ces deux types d'incriminations. Elles sont souvent présentées comme deux infractions de nature différente, alors que ce n'est pas le cas. Si les auteurs adoptent deux approches différentes pour définir l'infraction formelle, ils utilisent tous le mode de définition négatif pour définir cette dernière. Ainsi, celle-ci est l'infraction dont la consommation, là encore le résultat « légal » ou « efficient », se situe au stade non plus du commencement d'exécution, comme dans le cas de l'infraction formelle, mais des actes préparatoires ou de la résolution criminelle extériorisée. L'éloignement avec le « résultat réel » ou « redouté » est alors plus important. En somme, il ne s'agit pas d'une différence de nature, mais de degrés entre les deux infractions.

L'autonomie conceptuelle de l'infraction formelle semblant acquise, certains auteurs vont étendre son domaine, de manière parfois très conséquente.

B. L'extension du domaine de l'infraction formelle

La définition négative de l'infraction formelle, c'est-à-dire par référence au résultat le plus éloigné, le « résultat réel », va entraîner un élargissement significatif du domaine de l'infraction formelle. Ainsi, pour M. Mayaud, dès lors qu'un texte pénal n'implique pas de démontrer un préjudice, qu'il assimile au « résultat réel », l'infraction est formelle. Un tel constat ne peut qu'entraîner un renversement de paradigme, à l'instar de celui avancé par Donnedieu de Vabres⁸³, car il est en réalité rare que le préjudice soit explicitement exigé par le texte. Si bien que l'infraction formelle devient, si ce n'est le principe, au moins un type d'infraction aussi fréquent que l'infraction matérielle. L'auteur tire cette conclusion en cherchant à démontrer dans le domaine du « droit pénal du mensonge » cette omniprésence de l'infraction formelle. Pour lui, « le mensonge en lui-même est un facteur de danger (...) Le droit pénal se doit donc de prévenir le mensonge pour sa nocivité intrinsèque, liée à son seul caractère trompeur. C'est-à-dire que la tromperie suffit à l'incrimination du danger que représente le mensonge ».⁸⁴ C'est pour cette raison que le législateur utiliserait beaucoup la technique de l'infraction formelle dans ce domaine. Dès lors, constitueraient des infractions formelles : la dénonciation calomnieuse, le faux témoignage et le faux serment, la

⁸² *Infra*, p. 70.

⁸³ *Supra*, p. 21.

⁸⁴ Y. MAYAUD, *op.cit.*, n° 473.

subordination de témoins, la contrefaçon des signes distinctifs, l'usurpation de titres ou de fonctions, la fabrication de fausses monnaies, ou encore la publicité mensongère⁸⁵. Cette extension pourrait même englober la diffamation, car les termes qu'emploie la jurisprudence, à savoir « de nature à porter atteinte » à l'honneur impliquerait l'inutilité de démontrer un préjudice. Ce raisonnement est ambitieux et critiquable, car l'infraction formelle est une technique répressive sévère qu'il convient d'utiliser avec parcimonie⁸⁶ et l'on ne saurait en faire le principe en matière répressive, mais il montre bien l'attrait doctrinal pour cette notion.

Cet attrait se constate aussi à travers l'extension de l'infraction formelle aux délits d'abstentions. De par un raisonnement quasiment identique au précédent, car lui aussi fondé, sur la définition négative de l'infraction formelle, un auteur n'hésite pas à considérer que tous ces délits sont formels⁸⁷. Il considère que les délits d'abstention sont consommés par un « résultat juridique » – le comportement d'abstention – tout en étant indifférents au « résultat réel » avec lequel un lien de causalité n'a pas à être véritablement démontré puisque ce résultat réel est beaucoup plus théorique qu'objectif. Ainsi, selon l'auteur, « l'omission de porter secours comporte un résultat pénal qui consiste dans sa consommation même »⁸⁸. Si l'on adopte cette approche, le domaine de l'infraction formelle devient encore plus étendu, car ces délits d'abstentions ne font que se développer dans notre droit pénal contemporain⁸⁹, avec notamment le défaut de déclaration de naissance (article R. 645-4 Code pén.), le défaut de dénonciation d'un crime tenté ou commis (article 434-1 Code pén.), ou encore le défaut de paiement pendant plus de deux mois de prestations dues en raison d'obligations familiales et résultant d'une obligation judiciaire (article 227-3 Code pén.).

En somme, à l'issue du XXe siècle, la doctrine s'est efforcée de transformer la notion baroque de l'infraction formelle en une notion classique. La dichotomie entre la nature formelle ou matérielle de l'infraction est même devenue une distinction utilisée par tous les enseignants, tant dans leurs ouvrages, que dans leurs enseignements universitaires. Toutefois, dès lors que l'on s'attarde un peu plus sur la question de l'infraction formelle, un bon nombre d'interrogations ressurgissent. Le développement croissant de techniques répressives déconnectées de la matérialité rend notamment les théories évoquées désuètes et soulève de nouvelles difficultés.

⁸⁵ *Ibid*, seule l'escroquerie ferait exception à ce panorama, du fait de sa nature complexe. Voir J-Y. MARECHAL, *op. cit.*, n° 156.

⁸⁶ *Infra*, p. 85 et s.

⁸⁷ D. REBUT, *L'omission en droit pénal. Pour une théorie de l'équivalence entre l'action et l'inaction*, thèse, Lyon 3, 1993.

⁸⁸ D. REBUT, *op. cit.* n° 170.

⁸⁹ B. BOULOC, *Droit pénal général*, Dalloz, 22^e ed., n° 226.

CHAPITRE 2 : LA CONCEPTUALISATION DÉLICATE DE L'INFRACTION FORMELLE

L'édifice du droit pénal général, nous l'avons dit, repose sur le travail conjoint de trois acteurs. Or, la difficulté principale que présente l'infraction formelle, ce vitrail baroque, est que les acteurs n'ont pas une vision commune et consensuelle de cette notion. La conceptualisation actuelle de l'infraction formelle repose sur un équilibre instable, qui nuit à la cohérence d'ensemble de la théorie de l'infraction pénale. Bien que la doctrine française a œuvré dans l'optique de proposer un schéma pédagogique cohérent, les théories élaborées présentent des limites, en particulier du fait de ce manque de dialogue entre les différents acteurs chargés d'élaborer la norme pénale (section 1). Ainsi, de nouvelles pistes de réflexion doivent être envisagées, afin de déterminer quelle est véritablement la place de l'infraction formelle dans notre droit pénal (section 2).

SECTION 1 : LES LIMITES DES THÉORIES ELABORÉES

Les théories du résultat exposées, qui constituent à l'heure actuelle, la base de la distinction entre infractions formelles et matérielles, ne sont guère remises en cause aujourd'hui, si bien qu'un consensus doctrinal semble être atteint. C'est du moins ce que les auteurs partisans de ces théories affirment. L'un d'eux considère que ces théories relèvent « de la plus parfaite certitude »⁹⁰. Un autre affirme « qu'il est aujourd'hui incontestablement démontré que chaque infraction produit nécessairement un résultat »⁹¹. Pourtant, une théorie doctrinale de droit pénal général se doit, pour être validée, d'avoir des incidences pratiques en étant prise en compte par le législateur, appliquée par le juge, ou au moins l'un des deux. Or, cela n'est pas le cas de l'infraction formelle. En effet les théories élaborées à son égard, aussi séduisantes puissent-elles être sur un plan théorique, sont très peu appliquées par le juge, ce qui amène à une remise en question desdites théories (§1). Par ailleurs, le législateur introduit des incriminations qui s'inscrivent difficilement dans la dichotomie entre infraction formelle ou matérielle, à savoir les infractions de mise en danger (§ 2), ce qui ne facilite pas la conceptualisation de l'infraction formelle.

⁹⁰ M. MAYAUD, *Ratio legis et incrimination*, RSC 1983, p. 597, n° 10.

⁹¹ D. REBUT, *op. cit.*, n° 170.

§1- La remise en cause des théories contemporaines

La jurisprudence ne s'approprie pas vraiment les théories du résultat dégagées par la doctrine pénale et il n'est pas rare que, lorsqu'elle a à examiner la matérialité d'une infraction, elle s'y attèle sans faire référence aux théories contemporaines du résultat (B). Ce constat découle sans doute du fait que les théories présentent un niveau d'abstraction trop important pour que le juge puisse s'en saisir facilement (A).

A. Un excès d'abstraction

Les théories exposées sont très abstraites. Si chacune présente une cohérence certaine lorsqu'elle est considérée à part, une approche comparative fait apparaître un manque global de lisibilité (2). Par ailleurs, les différents résultats dégagés ne sont pas exempts de toute critique (1).

1. Les lacunes théoriques des différents résultats dégagés

Tout d'abord, le résultat « réel », « sociologique », ou « redouté », est difficile à déterminer. Pour tous les auteurs, il est indifférent à la constitution de l'infraction et la difficulté de cerner ce résultat peut paraître à première vue dénuée de conséquence importante. Pourtant, la détermination de ce résultat est primordiale, car une infraction consommée avant le « résultat réel » est une infraction formelle dans plusieurs théories. Ainsi, plus on détermine un « résultat réel » éloigné de l'acte incriminé par le texte de loi, plus il est facile de dégager des infractions formelles. L'interprète du texte est alors souverain pour déterminer si une infraction formelle ou matérielle. C'est ce qu'illustre l'approche qu'adopte un auteur par rapport à la non-représentation d'enfant⁹². L'article 227-5 du Code pénal réprime le fait de refuser de représenter un enfant mineur à la personne qui a le droit de le réclamer. Si l'on considère que le résultat réel est une atteinte à une décision de justice, alors l'infraction est matérielle, car l'atteinte découle de la non-représentation. Mais, pour cet auteur, la valeur protégée est « l'enlèvement de l'enfant ou son détournement des mains de celui qui exerce régulièrement l'autorité parentale »⁹³. Or, dans la mesure où il n'est pas nécessaire que ce résultat soit constitué, l'infraction serait formelle. Pourtant ce résultat est improbable et si l'on s'inscrit dans cette logique, il serait de même possible d'avancer que le résultat réel devrait être la mort de l'enfant, un résultat encore plus hypothétique. Le « résultat réel » est donc trop malléable pour constituer un critère précis de répression.

⁹² D. REBUT, *op.cit.*, n° 186.

⁹³ D. REBUT, *Ibid.*

Le résultat « matériel » semble plus précis et les théories qui se fondent sur ce résultat sont sans doute les plus abouties⁹⁴. Ceci étant dit, ce résultat est intimement lié à la notion de « modification du monde extérieur ». Or, on l'a dit, le monde extérieur est en perpétuelle modification, fixer ce critère est donc arbitraire, les critiques émises à l'encontre de cette notion étant toujours d'actualité. De surcroît, les auteurs qui adoptent cette terminologie affirment que l'infraction formelle se consomme par la seule survenance de ce résultat, tout en concluant par la suite que l'infraction formelle est « l'incrimination à titre autonome de la tentative de l'infraction matérielle correspondante »⁹⁵. Ces deux assertions sont tout simplement inconciliables, car cela revient à dire qu'une tentative peut s'apparenter à un résultat « matériel »⁹⁶. Or la tentative est justement censée, dans ces constructions théoriques, être la notion qui ne se concilie avec aucun résultat et qui se présente comme indépendante du résultat « matériel ».⁹⁷ Ce raisonnement est la conséquence directe de l'usage de la notion fuyante de « modification du monde extérieur ». Après tout, le commencement d'exécution ou les actes préparatoires ne représentent-ils pas déjà une telle modification ? Dans l'escroquerie (art 313-1 Code pén.), la simulation d'un sinistre s'y apparente et pourrait donc être qualifiée de résultat si l'on suivait la logique jusqu'au bout, alors que chacun s'accorde à dire qu'il ne s'agit que d'actes préparatoires.

Enfin, le « résultat légal » est purement théorique et il sert uniquement à fixer le moment de consommation de l'infraction. Cette acception revient à vider de sa substance la notion même de consommation, notion pourtant centrale dans la théorie de l'infraction. L'obsession des auteurs contemporains à vouloir dégager un résultat dans chaque infraction nuit à la cohérence même de cette notion et le champ de l'infraction formelle en est d'autant plus difficile à discerner, car toutes les théories n'ont pas la même approche de ce « résultat légal ». De manière générale, le manque d'harmonie entre les différentes théories les rend peu lisibles.

⁹⁴ *Supra*, p. 27.

⁹⁵ *Supra*, p. 30.

⁹⁶ On exclut ici le cas de la tentative impossible, dans laquelle l'agent parvient au but recherché sans pour autant consommer l'infraction, que les auteurs refusent justement de considérer comme une tentative punissable du fait de la réalisation du résultat « matériel ».

⁹⁷ *Supra*, p. 30.

2. Un manque de lisibilité globale

Il convient de relever l'extrême diversité des termes utilisés par les auteurs. Le résultat se voit apposer huit qualificatifs différents par les trois théories citées. Une telle disparité ne facilite pas la compréhension de la notion, si bien que des auteurs n'hésitent pas à affirmer que cette disparité est « source de trop grande confusion dans l'étude d'une notion en voie de construction théorique »⁹⁸. Mais surtout, bien qu'elles partent d'un même postulat de départ, à savoir l'existence d'un résultat dans chaque infraction, les théories ne se recoupent pas toujours, elles sont même parfois inconciliables. En effet certains auteurs font jouer un rôle au « résultat réel » ou « redouté » alors que pour d'autres il est totalement indifférent. Certains vont fonder leur théorie sur le « résultat matériel », crucial en ce qu'il fixe la frontière entre la tentative et la consommation, alors que d'autres n'évoquent même pas la notion. Devant toutes ces théories, laquelle retenir ? Comment le juge peut-il bien discerner quelle construction adopter au moment d'aborder une norme aux éléments constitutifs ambigus ?

Au-delà d'un manque de cohérence globale, c'est aussi un manque d'ambition qui caractérise ces théories. Obnubilés par la volonté d'établir un cadre théorique rassurant qui permette de distinguer les infractions formelles des infractions matérielles, les auteurs raisonnent sur des infractions très étudiées comme l'empoisonnement, les blessures involontaires, l'escroquerie ou encore l'abus de confiance, des infractions que l'on classe sans peine dans l'une ou l'autre catégorie. D'autres infractions sont d'une nature bien plus délicate à saisir, comme les infractions contraventionnelles, les infractions de mise en danger ou les infractions d'abstention. Ces infractions présentent chacune des particularités qui les rendent difficiles à saisir dans la dichotomie pourtant si chère aux auteurs contemporains. Lorsque des auteurs tentent de classer ces infractions, le résultat est assez critiquable. Ainsi, on l'a mentionné, un auteur s'est fondé sur les théories modernes du résultat pour considérer que les infractions d'abstentions sont des infractions formelles. Ce rattachement pose problème. Certes ces délits sont indifférents au « résultat réel », mais vers quel résultat tendent-ils vraiment et de quelles infractions matérielles seraient-ils la tentative ? La non-assistance à personne en danger (art 223-6 Code pén.) n'a vraiment pas grand-chose en commun avec l'empoisonnement. Ce rattachement de l'infraction d'abstention aux infractions formelles est

⁹⁸ D. REBUT, *op. cit.*, n° 165.

repris par bien des auteurs⁹⁹ mais, selon nous, il est essentiel de mettre en exergue la spécificité de ce délit et de préciser son articulation délicate avec les délits formels.¹⁰⁰

Enfin, ces théories sont paradoxales, car elles retombent pour la plupart d'entre elles sur la notion insatisfaisante qui justifie précisément leur élaboration : le préjudice comme critère de distinction entre infraction formelle et matérielle. Ainsi, un des pénalistes commence sa démonstration en affirmant qu'il faut exclure ce critère¹⁰¹, mais élabore un raisonnement consistant à affirmer que l'infraction formelle se consomme en l'absence de « résultat réel »¹⁰², notion qui en définitive équivaut à celle de préjudice. Il parvient d'ailleurs au même constat que Donnedieu de Vabres, à savoir un renversement de paradigme, l'infraction formelle devenant le principe.

La cohérence doctrinale autour de l'infraction formelle n'est donc qu'apparente et il n'est guère étonnant que le juge raisonne indépendamment de toutes ces théories lorsqu'il se voit confronté à la question concrète du résultat dans des hypothèses que les auteurs n'ont pas envisagées.

B. Une déconnexion avec la jurisprudence

Parfois, le juge et la doctrine, les deux artisans du détail dans l'élaboration du droit pénal général, s'accordent entre eux, dialoguent et la jurisprudence valide la construction théorique de l'auteur. C'est précisément le cas de la soustraction juridique, notion élaborée par Garçon¹⁰³ et reprise par le juge qui y fait explicitement référence dans ses arrêts¹⁰⁴. Parfois en revanche, la jurisprudence fait la sourde oreille. Par rapport à la définition d'autrui et de l'homicide involontaire sur fœtus, le juge refuse de faire droit aux critiques d'une doctrine quasi unanime¹⁰⁵, pour des motifs éminemment politiques, elle est ainsi tout à fait critiquable. Le cas de l'infraction formelle et des théories du résultat est un peu différent. Si le juge semble également faire la sourde oreille aux différentes théories relative à ces notions, il est sans doute moins critiquable ici, dans la mesure où la doctrine est loin d'être cohérente et limpide sur la question. Le juge adopte en l'occurrence sa propre approche lorsque le législateur, qui

⁹⁹ V. not. M. LAURE RASSAT, *Droit pénal spécial - Infractions du Code pénal*, Précis Dalloz, 7e éd., n°414 ; M. VERON, *Droit pénal spécial*, Sirey, 14e éd., n°208 ; V. MALABAT, *Droit pénal spécial*, Dalloz Hypercours, 7e éd., n°451.

¹⁰⁰ *Infra*, p. 65.

¹⁰¹ Y. MAYAUD, *op. cit.*, n° 356.

¹⁰² *Supra*, p. 26.

¹⁰³ E. GARÇON, Code pénal annoté, 2e ed (remis à jour par M. Rousset M. Patin et M. Ancel) Sirey, 1956, art 379, n°40.

¹⁰⁴ *Infra*, p. 50.

¹⁰⁵ V. not. M. LAURE RASSAT, *op. cit.*, n°306.

ne désigne jamais explicitement les infractions comme formelles ou matérielles, crée des incriminations dont la nature est sujette à débat. Ainsi, le juge semble supprimer ponctuellement l'exigence d'un résultat dans une infraction (1), pour la rajouter dans une autre (2), et ce, sans forcément se fonder sur les théories du résultat existantes, ni même évoquer ce terme.

1. La suppression de l'exigence d'un résultat par le juge

Deux infractions illustrent des cas dans lesquels les juges semblent avoir supprimé l'exigence d'un résultat dans une infraction. La première est l'abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de faiblesse. Selon l'article 223-15-2 du Code pénal, est puni l'abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de faiblesse pour « conduire le mineur ou la personne à un acte ou une abstention qui lui soient gravement préjudiciable ». Dans un arrêt du 12 janvier 2000¹⁰⁶, la Cour de cassation énonce que le Code pénal prévoit que « l'acte obtenu de la victime doit être de nature à lui causer un grave préjudice, il n'exige pas que cet acte soit valable, ni que le dommage se soit réalisé ». Il est frappant de constater que le juge ne mentionne aucun résultat, quelle que soit sa dénomination et s'il semble raisonner sur le préjudice, cela n'est pas certain étant donné qu'il emploie le terme « dommage ». Ce terme est certes employé par certains auteurs pour décrire le résultat¹⁰⁷, mais rien ne permet d'affirmer avec certitude que la Cour comptait faire une distinction entre le préjudice et le dommage. Il est vraisemblable que pour le juge les deux termes soient synonymes. Au vu de cette motivation, difficile de savoir si l'infraction est simplement indifférente au préjudice, ou si elle n'exige aucun résultat. Conséquence inévitable de cette incertitude, les commentateurs ne s'accordent pas sur le caractère formel ou matériel de l'infraction, la plupart des auteurs la décrivant dans leurs ouvrages comme une infraction matérielle du fait de cet arrêt¹⁰⁸, alors que l'annotateur de l'arrêt la classait, lui, dans la catégorie des infractions de résultat, comparable à l'abus de confiance ou à l'escroquerie¹⁰⁹.

La deuxième infraction qui illustre notre propos est le délit de prise illégale d'intérêt. Aux termes de l'article 432-12 du Code pénal, l'infraction réside dans le fait pour « une personne [...] investie d'un mandat électif public, de prendre, recevoir ou conserver, directement ou indirectement, un intérêt quelconque dans une entreprise [...] dont elle a, au moment de l'acte,

¹⁰⁶ Crim 12 janvier 2000, *Bull. crim.* n° 15.

¹⁰⁷ V. MALABAT, art. précité, p.402 et suivantes, l'auteur distingue le préjudice du dommage, le premier étant la conséquence du second et le résultat se résumant alors au dommage. Nous reviendrons plus loin sur cette approche.

¹⁰⁸ V. not. M. VERON, *op. cit.*, n°238 et V. MALABAT, *op. cit.*, n°294.

¹⁰⁹ J.-Y MARECHAL, Un abus de faiblesse préjudiciable... sans préjudice, *D.* 2001 p. 813.

en tout ou partie, la charge d'assurer [...] l'administration ». Le texte ne mentionne pas l'exigence d'un dommage causé à la collectivité. Dans le silence de la loi, le juge a cette fois encore estimé qu'un tel dommage n'était pas nécessaire, renforçant l'approche souple qu'elle a de ce délit à tous les niveaux. Dès 1975¹¹⁰, la Cour de cassation jugeait « qu'il n'importe en effet que finalement pour des raisons indépendantes de la volonté de Y, les affaires incriminées n'aient pas pu se réaliser, le délit d'ingérence étant consommé et non point seulement tenté ». La Cour évoque la notion de consommation et de tentative, semblant faire écho à la définition selon laquelle l'infraction formelle se définit comme l'incrimination à titre autonome de la tentative de l'infraction matérielle correspondante, mais l'on ne trouve aucune référence au terme de « résultat légal ». Plus récemment, en 2008¹¹¹, la Cour s'est prononcée dans le même sens, en abandonnant cette fois toute terminologie doctrinale : « il n'importe que ces élus n'en aient retiré un quelconque profit et que l'intérêt pris ou conservé ne soit pas en contradiction avec l'intérêt communal ». Cela dit, la doctrine s'accorde cette fois-ci pour qualifier ce délit d'infraction formelle,¹¹² contrairement à ce qui a pu être observé par rapport à l'abus de faiblesse.

Le juge joue donc parfois un rôle décisif dans la catégorisation des infractions, sans pour autant s'intéresser véritablement aux conséquences doctrinales de ces décisions. Cela se confirme lorsque le juge ajoute l'exigence d'un résultat au titre de la consommation d'une infraction.

2. L'ajout de l'exigence d'un résultat par le juge

Le délit de privation de soins ou d'aliments à l'égard d'un mineur, que prévoit l'article 227-15 du Code pénal, est emblématique de l'imprécision dont peut faire preuve le législateur en matière de résultat. Selon l'alinéa 1 dudit article, est puni le fait de « priver le mineur de 15 ans d'aliments ou de soins au point de compromettre sa santé ». Le législateur a ajouté un deuxième alinéa, qui énonce que « constitue notamment une privation de soins, le fait de maintenir un enfant de moins de six ans sur la voie publique ou dans un espace affecté au transport collectif de voyageur dans le but de solliciter la générosité des passants ». Toute l'incertitude réside dans l'emploi du terme « au point de compromettre ». Le dictionnaire Robert donne comme synonymes de « compromettre » aussi bien « exposer » ou

¹¹⁰ Crim. 16 déc. 1975, *Bull. crim.* n° 279, obs. A. VITU, D.1976. 713.

¹¹¹ Crim 22 oct. 2008, n° 08-82.068.

¹¹² V. MALABAT, *op. cit.* n°944; G. ROYER, La nature formelle du délit de prise illégale d'intérêts commis par un élu local, *AJ Pénal* 2009 p.34 ; J-P. DELMAS SAINT HILAIRE, Ingérence (art. 432-12, c. pén.) : confirmation de l'extension de son champ d'application. Ce délit deviendrait-il une infraction, à la fois, formelle, matérielle et continue ? *RSC* 2002, p. 111.

« risquer » qu'« atteindre » ou « blesser ». En revanche, l'usage de l'expression « au point de » semble impliquer la prise en compte d'une conséquence ou d'un résultat. La doctrine était dès lors divisée sur la nature de cette infraction et attendait que le juge tranche le débat. La question s'est posée une seule fois devant le juge à l'heure actuelle, dans un arrêt du 12 octobre 2005¹¹³. En l'espèce, la santé de l'enfant maintenu sur la voie publique par sa mère se livrant à la mendicité n'avait pas été altérée et la Cour d'appel avait relaxé la prévenue du fait de cette non-altération. Par un attendu lapidaire, la Cour de cassation rejette le pourvoi, se retranchant derrière l'appréciation souveraine des juges du fond, ce qui revient à transformer le délit en infraction matérielle¹¹⁴. Pourtant, il est à noter que le procureur général avait posé une question de fond en affirmant que « le choix par le législateur du terme “compromettre” exclut la notion de résultat et implique seulement celle de risque »¹¹⁵, ce qui est intéressant dans la mesure où le juge ne semble pas totalement indifférent à la doctrine du résultat. Pour autant, les magistrats vont encore une fois s'abstenir d'insérer de tels termes dans leur décision, si bien que l'annotateur estime que la Cour « laisse planer une fâcheuse incertitude quant à la teneur exacte de l'élément matériel du délit » et appelle à « une prise de position beaucoup plus nette de la part de la Cour de cassation, dont l'excessive réserve entretient une grande incertitude ».¹¹⁶

Dans le même ordre d'idée et encore une fois à l'égard d'une infraction concernant le mineur, l'article 227-17 du Code pénal soulève une incertitude à l'égard de sa matérialité. Au terme de cet article, est puni « le fait par le père ou la mère de se soustraire à ses obligations légales au point de compromettre la santé, la sécurité, la moralité ou l'éducation de son enfant mineur ». La formule employée, qui est la même que pour l'infraction précédente, est tout autant source d'ambiguïté. Dans un arrêt antérieur à celui cité relatif à la privation de soins, la Cour de cassation a adopté exactement la même approche. Des parents avaient en l'espèce envoyé leur enfant dans une école en Inde alors qu'il n'était âgé que de 6 ans et demi. La Cour d'appel avait relaxé les parents aux motifs que « le rapport de l'enquête éducative ordonnée par le juge d'instruction et l'attestation délivrée par l'instituteur actuel de l'enfant [révélaient] que celui-ci ne présentait aucun trouble physique ou psychique et qu'il [était] socialement bien intégré ». Là encore, la Cour de cassation estime que les juges ont

¹¹³ Crim. 12 oct 20005, J-Y. MARECHAL, ROUJOU DE BOUBE, *D.*2006 p. 1656.

¹¹⁴ V. M-L.RASSAT, *op cit.*, n°348, L'auteur considère que le juge a ici ruiné la bonne idée du législateur d'avoir choisi la technique de l'infraction formelle, faisant « une application de [l'article] en complète contradiction avec sa lettre ».

¹¹⁵ D. COMMARET avis *in Gaz. Pal.*, 30 oct.-3 nov. 2005, p. 10.

¹¹⁶ J.Y- MARECHAL, La privation de soins ou d'aliments : une infraction de prévention? , *D.* 2006, p. 2446.

souverainement apprécié les faits et rejette le pourvoi. Le constat ne souffre guère d'équivoque : les juges du fond et la Cour de cassation se désintéressent de la question technique du résultat et de la classification des infractions, la juridiction suprême tendant même à exclure toute évocation des notions sur lesquels nous avons jusque-là raisonné dans nos développements.

Ce bref aperçu de l'indifférence des tribunaux à l'égard de la définition conceptuelle de l'infraction formelle démontre bien que les théories élaborées autour de la notion relèvent bien souvent de la spéculation intellectuelle, certes de grande richesse, mais trop éloignée du droit positif. Il conviendra donc dans nos développements de tenter de clarifier la matière, afin que théorie et pratique s'articulent avec plus de cohérence. Pour lors, il nous reste à réaliser que, davantage que le juge, c'est le législateur qui dénature parfois le concept de l'infraction formelle.

§2- L'impact des infractions de mise en danger sur l'infraction formelle

Il est rare que le législateur tienne compte d'une doctrine pénale dans tous ces aspects techniques et qu'il légifère en prenant garde de ne pas nuire à la cohérence du droit pénal général. L'infraction formelle ne fait pas exception à ce principe. Au-delà de la promotion de l'infraction d'abstention, de l'infraction contraventionnelle, ou de l'infraction obstacle, qui se concilient difficilement avec les théories contemporaines du résultat, c'est surtout le développement des infractions de mise en danger qui soulève des questions délicates. Ce concept est apparu relativement récemment et les infractions relevant de cette catégorie, malgré les classifications du législateur, ne sont pas toujours faciles à identifier (A). Niant l'effort de classicisme de la doctrine, le législateur, tel un amateur de Rococo, réintroduit une touche de baroque, si bien que le concept de la mise en danger se révèle hybride et difficilement catégorisable (B).

A. L'apparition des infractions de mise en danger

La notion de mise en danger apparaît avec le nouveau Code pénal de 1992, de deux façons distinctes. La mise en danger délibérée d'autrui est insérée à l'alinéa 2 de l'article 121-3, qui pose les règles en matière d'élément moral des infractions et on la retrouve souvent au titre de circonstances aggravantes dans diverses infractions non-intentionnelles, comme pour les violences involontaires (art. 222-19 al. 2 Code pén.) ou l'homicide par imprudence (art. 221-6 al. 2). Par ailleurs, c'est l'élément sur lequel notre attention se portera dans les développements présents, le législateur incrimine parfois la mise en danger à titre autonome.

Il consacre un chapitre et une section du Code pénal à des infractions de mise en danger. A priori, cette technique répressive permet d'incriminer toutes les situations portant en germe une atteinte. Dès lors, le législateur a-t-il souhaité introduire une catégorie d'infractions tierce, distincte de l'infraction formelle et de l'infraction matérielle ? Si telle était son ambition, une brève analyse des parties du Code conférées à la mise en danger laisse perplexe à cet égard, tant les infractions concernées sont de natures diverses.

Le chapitre III du Titre II du Code pénal a pour intitulé « la mise en danger de la personne », on pourrait donc supposer que toutes les infractions présentes dans ce chapitre répondent à une même logique. Toutefois, l'on trouve de nombreuses infractions qui s'apparentent à des infractions matérielles tout à fait classiques, au sens où l'on n'a guère de doute sur l'exigence d'un résultat. À titre d'exemple, l'interruption illégale de grossesse (art. 223-10 Code pén.) suppose à n'en pas douter l'expulsion du fœtus par des manœuvres abortives pour être consommée sur le plan de la matérialité. De même, l'expérimentation sur la personne humaine sans son consentement (art. 223-8 Code pén.) a pour vocation de sanctionner la violation du consentement de la personne sujet de l'expérimentation. La loi ne cherche donc pas à prévenir les conséquences d'une expérimentation, qui peut être licite en cas d'adhésion de la personne. La section 5 du chapitre VII du Code pénal s'intitule quant à elle « De la mise en péril des mineurs », mais comme on l'a vu le juge considère que plusieurs infractions incluses dans cette section semblent s'inscrire dans la catégorie des infractions matérielles en exigeant un résultat concret la compromission de la santé du mineur, comme dans le cas de la privation de soins (art. 227-15 Code pén.) ou de l'abandon moral de la famille (art. 222-17 Code. pén.)¹¹⁷.

En revanche, certaines infractions sont de bonnes illustrations de mise en danger, en tant que notion hybride. Ainsi, le délaissement d'une personne hors d'état de se protéger (art. 223-3 Code. pén.) incrimine un comportement qui consiste à créer un danger pour la victime en l'abandonnant à elle-même. Le danger, ou le risque, pris en compte, peut être facilement identifié ici, il s'agit de l'atteinte à la vie ou à l'intégrité physique de la victime. Si le comportement entraîne une telle atteinte, l'infraction s'aggrave, comme le prévoit l'article 223-4 du Code pénal. En toute logique, le délaissement de mineur (art. 227-1 Code pén.) devrait donc être inclus dans la section relative à la mise en danger du mineur, car ses éléments constitutifs sont très proches du délit de délaissement de l'article 223-3 dudit code. Ce n'est pourtant pas le cas, il figure dans une section à part, justement intitulée « du

¹¹⁷ *Supra*, p. 35 et s.

délaissement de mineur », ce qui montre bien que le souci du législateur de classer les infractions de façon cohérente n'est qu'apparent, ou encore qu'il n'a pas vraiment réfléchi à ce que recouvrait la notion de mise en danger.

Enfin, l'infraction emblématique en la matière est bien sûr le risque causé à autrui, prévu à l'article 223-1 du Code pénal, qui incrimine, dans un style de plomb¹¹⁸, « le fait d'exposer directement autrui à un risque immédiat de mort ou de blessures de nature à entraîner une mutilation ou une infirmité permanente par la violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de sécurité ou de prudence imposée par la loi ou le règlement ». Présenté comme une innovation majeure du Code pénal, l'objectif affiché de ce délit était de combler une lacune supposée du droit français, à savoir de sanctionner le comportement gravement imprudent n'ayant causé aucun dommage à une victime identifiée, afin de lutter contre « ces fléaux de notre civilisation que constituent la délinquance routière et les accidents du travail », qualifiés de « délinquance homicide de masse »¹¹⁹. Cette sorte de « tentative d'infraction d'imprudence » a beaucoup focalisé l'attention de la jurisprudence et les solutions rendues en la matière rendent l'appréhension de l'infraction de mise en danger délicate, ce qui en fait un concept hybride difficilement catégorisable.

B. Un concept hybride difficilement catégorisable

Le délit de risque causé à autrui a suscité bien des débats et des réflexions autour de sa nature et donc par ricochet sur la notion de mise en danger elle-même. L'on peut affirmer que c'est bien à travers elle que la notion a pris une dimension importante sur le plan théorique, car le délit de délaissement était déjà réprimé par l'ancien Code pénal, sans qu'il suscite de nombreux commentaires. L'infraction de l'article 223-1 a notamment fait l'objet de nombreux débats par rapport à son élément matériel, débats qui révèlent la difficulté que l'on peut avoir à l'insérer dans des catégories infractionnelles classiques (1). La jurisprudence de la Cour de cassation, aux prises avec une notion dont un sénateur disait qu'elle était « faite pour ne pas être appliquée parce que manifestement elle est inapplicable »¹²⁰, a tranché la question encore une fois de façon pragmatique (2), laissant la question de la nature du délit ouverte.

¹¹⁸ J. CEDRAS, *Le dol éventuel : aux limites de l'intention*, *D.* 1995, p. 18.

¹¹⁹ Exposé des motifs, projet de loi portant réforme du Code pénal présenté par R. BADINTER, *JO Sénat*, doc. n° 300 (1986), p. 17.

¹²⁰ JOAN, séance du 21 juin 1991, p. 3508.

1. Un désaccord doctrinal majeur quant à l'élément matériel du délit

Comme le soulignait un commentateur au moment d'aborder l'analyse textuelle de l'incrimination afin d'en comprendre le champ, « tout ou presque donne lieu à discussion dans le texte de l'article 223-1 »¹²¹. Sur le plan de son élément moral, l'infraction a attiré l'attention du fait qu'elle était censée être l'infraction type en matière de dol éventuel¹²². Cependant, si les auteurs n'ont pas hésité à considérer que le délit s'insérait dans une catégorie hybride en termes d'élément moral, ils ont refusé de lui conférer une autonomie sur le plan matériel et se sont efforcés de classer cette infraction dans des catégories d'infractions existantes, sans parvenir à un consensus. Loin s'en faut, presque toutes les catégories ont été considérées.

Certains auteurs ont estimé que cette infraction était une infraction obstacle, du fait qu'aucun but précis ne pouvait être distingué et qu'il n'avait, *a priori*, pas à être pris en compte¹²³. Ces auteurs se fondent précisément sur la théorie du résultat de M. Mayaud, qu'ils exposent avant de relever que « l'article 223-1 est à cet égard un exemple probant d'indifférence au résultat réel »¹²⁴ et d'en conclure que l'infraction est un délit-obstacle. Pourtant, à cette époque, M. Mayaud conclut, quant à lui, que l'infraction est formelle.¹²⁵ Cela démontre bien encore une fois recouvrent ce que l'interprète souhaite qu'elles recouvrent. Illustrant ce désaccord de façon paroxystique, un auteur a quant à lui avancé que le délit était « matérielle et successive. Elle constitue un délit-obstacle général ».¹²⁶ Il est quelque peu surprenant qu'une infraction se voie qualifiée à la fois de « matérielle » et de « délit-obstacle », si l'on considère qu'une infraction matérielle se définit comme celle qui suppose un résultat pour être constituée, alors précisément que le délit de risque causé à autrui est censé en être dépourvu.

De manière générale, à l'instar du délit d'abstention, il nous semble peu pertinent de rattacher les infractions de mise en danger à l'infraction formelle, au sens où les auteurs contemporains la définissent, car elle ne correspond en rien au schéma qu'ils ont dégagé, si ce n'est par l'absence de survenance du résultat « redouté », critère dont a démontré l'extrême

¹²¹ J. CEDRAS, art. précité, B. a).

¹²² *Infra*, p. 61.

¹²³ C.GUERY et G. ACCOMANDO, Le délit de risque causé à autrui ou de la malencontre à l'article 223-1 du nouveau Code pénal, *RSC* 1994, p.681, n° 46.

¹²⁴ *Ibid*, n° 14.

¹²⁵ Y. MAYAUD, Des risques causés à autrui. Applications et implications, ou de la naissance d'une jurisprudence, *RSC* 1995, p. 575.

¹²⁶ J. CEDRAS, art. précité, B. b).

élasticité. Certes, il serait possible d'affirmer que le délit de risque causé à autrui s'apparente à une « tentative d'infraction d'imprudence », telle que les violences ou l'homicide par imprudence. Mais la tentative suppose l'intention, à savoir la volonté de tendre vers un résultat. Or le risque causé à autrui et les infractions de mise en danger de façon plus générale se caractérisent par le fait qu'elles tendent vers la création d'une situation de risque et non vers un but précis. Parler de « tentative d'imprudence » n'est en réalité pas pertinent et revient à juxtaposer des termes inconciliables, sauf à considérer que l'expression « tenter le diable » est transposable en des termes juridiques. Si l'idée de pencher vers le rattachement à l'infraction obstacle peut dès lors se comprendre, elle n'est pas forcément source de plus de satisfaction, car il est tout aussi difficile de concevoir des « actes préparatoires d'infraction d'imprudence » que son hypothétique tentative. De plus, l'exposition au risque est censée être directe ce qui évoquerait cette fois davantage l'infraction formelle.

Une fois n'est pas coutume, la jurisprudence s'est saisie de ce délit sans prendre parti pour l'une ou l'autre classification, en adoptant une démarche pragmatique visant à rendre possible l'application du délit.

2. *Une jurisprudence pragmatique*

De la longue définition que donne le Code pénal du délit de risques causé à autrui, deux éléments principaux ont trait à la matérialité, à savoir « l'exposition directe à un risque immédiat de mort ou de blessures de nature à entraîner une mutilation ou une infirmité permanente » et « la violation particulière d'une obligation de prudence ou de sécurité ». Toute la question a consisté pour le juge à savoir comment articuler ces deux composantes. S'agissait-il de considérer que le risque découlait de la violation de l'obligation, comportement incriminé de façon autonome ? Cette interprétation était sans doute la plus proche de la lettre du texte, mais risquait de correctionnaliser un bon nombre de contraventions. Fallait-il exiger au contraire les deux éléments séparément et les considérer comme deux conditions cumulatives ? Auquel cas l'infraction devient complexe et teintée de matérialité. Le juge devait-il enfin, considérer les deux éléments en se concentrant sur le lien de causalité entre la violation et le risque ? La jurisprudence a progressivement répondu à toutes ces questions.

Tout d'abord, dans un arrêt de la Chambre criminelle le 16 février 1999¹²⁷ le juge se prononce sur l'importance du rapport de causalité directe et immédiate qui unit la violation et l'exposition à un risque. En l'espèce, un directeur était poursuivi pour avoir commis une

¹²⁷ Crim. 16 févr. 1999, *Bull. crim.* n° 24 ; D. 2000. 9, note A. CERF ; *Dr. pénal* 1999. 82, obs. VERON ; D. 1999. 581, obs. Y. MAYAUD ; 837, obs. G. GIUDICELLI-DELAGE.

infraction à la réglementation sur l'hygiène et la sécurité du travail entraînant la mise en œuvre de l'article 223-1 du Code pénal. Les juges du fond l'avaient déclaré coupable de ce délit, car il n'avait pas tenu compte d'une lettre de mise en garde adressée par l'Inspection du travail préalablement à la survenance d'un accident. L'arrêt est cassé, aux motifs que le manquement établi, s'il n'implique pas la recherche de la connaissance par l'auteur de la nature du risque, doit néanmoins être caractérisé sur la base d'un lien immédiat entre la violation des prescriptions réglementaires et le risque auquel avaient été exposés les salariés. Pour fonder l'application de l'article 223-1 du Code pénal, la Cour d'appel aurait dû caractériser le lien entre la violation même et le risque tel que défini par l'incrimination, ce dernier ne s'étant pas réalisé. L'annotateur en conclut que « l'article 223-1 du Code pénal place la causalité au cœur de la mise en danger »¹²⁸, si bien qu'est sanctionné l'établissement d'un lien automatique entre le non-respect de la procédure réglementaire d'évaluation des risques et l'existence d'un risque. Il s'agit bel et bien d'une approche pragmatique, visant à éviter l'instauration d'une présomption de risque du simple fait de la violation de l'obligation de sécurité.

La Chambre criminelle est allée plus loin dans un arrêt du 3 avril 2001¹²⁹. En l'espèce, le prévenu se voyait reprocher la conduite à des fins de loisirs d'une motoneige sur les pistes de ski durant leurs heures d'ouverture. La Cour d'appel avait condamné le prévenu sur la base de la fréquentation des pistes par des débutants et de la fréquente répétition par celui-ci dudit comportement. La cassation est encore de mise, au motif que la Cour d'appel n'avait pas relevé tous les éléments constitutifs de l'infraction. Le risque immédiat, distinct de la violation de l'arrêté du maire relevée par les juges du fond comme élément matériel de l'infraction, n'avait pas été suffisamment précisé. La Chambre criminelle fait donc du risque un élément constitutif de l'infraction à part et dans une démarche pédagogique, elle va même exposer les circonstances de fait que les juges du fond auraient pu et dû rechercher pour caractériser le risque, telles que la configuration des lieux, la manière de conduire du prévenu, ou encore la vitesse de l'engin. Par ce biais, l'objectif est sans aucun doute, ainsi que le soulève l'annotateur, toujours le même, d'éviter de faire de la violation de sécurité « un instrument de correctionnalisation des nombreuses contraventions qui en sanctionnent par ailleurs le principe »¹³⁰. Ce dernier ajoute que l'infraction s'apparente du fait de cette décision à une infraction complexe, au même titre que l'escroquerie, exigeant deux éléments distincts au

¹²⁸ V. les obs. d'Y. MAYAUD.

¹²⁹ Crim. 3 avr. 2001, *Bull. crim.* n° 90 ; *D.* 2001. 575, obs. Y. MAYAUD.

¹³⁰ Y. MAYAUD, Le délit de risques causés à autrui, infraction complexe ?, *D.* 2001, p. 575.

titre de son élément matériel¹³¹. Cette jurisprudence a finalement été intégrée par les juges du fond, qui procèdent à présent à une évaluation du risque.¹³²

Dans une étude récente¹³³, un auteur a mis en parallèle cette jurisprudence avec une autre relative à l'application du délit de l'article 227-24 du Code pénal, qui sanctionne la fabrication, le transport, la diffusion, par quelque moyen que ce soit et quel que soit le support, d'un message nocif lorsque ce message est « susceptible d'être vu ou perçu par un mineur ». Selon l'auteur, le délit est un exemple d'infraction de mise en danger et il démontre que, dans le sillage de la jurisprudence en matière de risque causé à autrui, le risque de perception du message par le mineur doit être établi en plus de sa diffusion. À cela, l'on ajoutera qu'en matière de délaisement de mineur (art. 227-1 Code pén.), la Chambre criminelle exige aussi un acte positif démontrant l'intention de délaiser de façon permanente un mineur, pour que le seuil de gravité du délit soit atteint.¹³⁴

Ainsi, pour les infractions de mise en danger, la jurisprudence semble rechercher un résultat, afin tout simplement de pouvoir appliquer ces délits de façon cohérente. Pour autant, cette importance d'un résultat ne doit pas inciter à ranger les délits de mise en danger dans la catégorie des infractions matérielles. En effet aux termes de l'auteur de l'étude précitée, si le délit de mise en danger « n'est pas formel en ce qu'il implique la vérification par le juge d'un élément qui ne se confond pas avec l'élément matériel, une hausse de probabilité d'une virtualité d'occurrence de l'atteinte au bien juridique, il n'est pas [non plus] matériel en ce qu'il ne s'agit pas d'une lésion directe, même légère, du bien juridique »¹³⁵.

En somme, le constat est inévitable : la dichotomie infraction matérielle et infraction formelle est insatisfaisante. Le résultat étant théorisé de façon trop complexe, il est très délicat de déterminer quelles infractions sont de nature formelle ou matérielle. Par ailleurs, l'apparition de nouvelles formes d'incriminations par le législateur vient renforcer la difficulté d'une telle entreprise. Ce constat est partagé par une partie de la doctrine, qui s'attelle en conséquence à proposer des nouvelles pistes de réflexion en la matière.

¹³¹ *Ibid.*

¹³² V. à titre d'exemple, CA Douai, 6e Chambre, 6 mars 2008, où la cour met rigoureusement en lumière de quelle manière la présence d'amiante dans les locaux, en l'absence d'une information adéquate des salariés et de mesure appropriées pour limiter leur exposition aux matériaux amiantés, a eu pour effet de les exposer à un risque suffisamment grave.

¹³³ J. CHACORNAC, Le risque comme résultat dans les infractions de mise en danger : les limites de la distinction des infractions matérielles et formelles, *RSC* 2008 p. 849.

¹³⁴ Crim. 23 févr. 2000: *Bull. crim.* no 84; *RSC* 2000. 610, obs. MAYAUD, ne constitue pas l'infraction le fait de simplement oublier de venir chercher l'enfant à l'école.

¹³⁵ J. CHACORNAC, art. précité.

SECTION 2 : LES NOUVELLES PISTES DE RÉFLEXION

« Le droit pénal vaut par ses moyennes, mais il vit par ses limites »¹³⁶. Ce constat est celui d'un auteur menant une réflexion sur le dol éventuel dans le cadre de l'infraction de risque causé à autrui. Cette assertion est tout à fait transposable en matière de matérialité et applicable à l'évolution générale de la notion d'infraction formelle. À cette dernière se sont progressivement rattachés plusieurs concepts, de l'abstention à la mise en danger, pourtant inconciliables avec sa définition contemporaine. Dans une logique de prévention toujours plus assumée¹³⁷ le législateur cherche à tout prix à prévenir le crime allant jusqu'à sanctionner la psyché du délinquant. Or, saisir cette psyché dans des catégories juridiques étanches est une entreprise ardue, qui se heurte à la volatilité intrinsèque de l'esprit humain. Pour autant, vouloir ramener un peu d'ordre dans cette matière confuse nous semble possible. Certes, le législateur pousse le droit pénal dans ses limites et les classifications doctrinales actuelles montrent en conséquence les leurs, mais la doctrine ne renonce pas à chercher de la cohérence, en proposant des classifications infractionnelles parfois innovantes (§1), ou en se risquant à évaluer la matérialité de l'infraction formelle à travers son élément subjectif ou moral (§2). Après avoir exposé ces théories, il conviendra de tenter une synthèse de toute la réflexion menée au sujet de la conceptualisation de l'infraction formelle, afin d'en tirer une définition suffisamment claire et précise.

§1- Les innovations doctrinales en matière de classification des infractions

Jusqu'à présent, la classification bipartite consistant à opposer l'infraction matérielle et l'infraction formelle a été évoquée à maintes reprises, mais notre étude s'est surtout focalisée sur l'infraction formelle et ses dérivées. Or, en art comme en droit, si l'on veut saisir l'essence d'une touche de baroque, le changement de perspective est de mise. Aussi, afin de mieux comprendre ce que recouvre l'infraction formelle, il s'agit de déterminer, de façon négative, ce qu'elle ne recouvre pas en s'intéressant justement à l'autre pan de cette dichotomie, l'infraction matérielle. Une brève étude de cette dernière permet de conclure à l'inadaptation de la classification bipartite actuelle (A) et incite à se pencher sur des classifications tripartites suggérées par certains auteurs (B).

¹³⁶ Jean CEDRAS, art. précité.

¹³⁷ *Infra*, p. 67.

A. Le constat de l'inadaptation de la classification bipartite actuelle

Il serait erroné d'avancer que l'infraction matérielle ne pose pas autant de difficultés conceptuelles que l'infraction formelle. Bien au contraire, les deux entités sont intimement liées, tout simplement, car la distinction entre elles repose, traditionnellement, sur cette notion si délicate à définir qu'est le résultat pénal. Sans rentrer trop en profondeur dans l'étude de ces infractions, il s'agit ici de relever que la pertinence de l'usage de cette notion est discutable et discutée (1), ce qui rend la classification bipartite actuelle insatisfaisante. Il apparaît en réalité qu'il conviendrait de substituer à cette notion celle d'infraction de résultat (2), ce qui supposera bien entendu de s'entendre sur ce que désigne ce fameux résultat pénal.

1. L'érosion de l'infraction matérielle

Dans le cadre de son étude approfondie sur le résultat que nous avons déjà citée à plusieurs reprises¹³⁸, M. Marechal souligne que la terminologie « d'infraction matérielle » est quelque peu étrange, car en réalité, comme plusieurs auteurs l'ont relevé à travers la longue conceptualisation de l'infraction formelle, la loi pénale ne réprime pas la seule pensée criminelle, celle-ci doit nécessairement s'extérioriser. Dans toute infraction, il est possible de déceler une action. Il n'existe aucun délit d'abstention pure, car même dans les délits d'omissions, la preuve de l'abstention passe par l'analyse des actes de l'agent au moment où il aurait dû agir. En effet s'éloigner du lieu d'un accident est déjà une action. Toute infraction aurait donc un élément matériel et c'est cette analyse qui a mené la doctrine à considérer que toute infraction comportait un résultat, ce que l'on contestera d'ici peu. Toujours est-il que, si parler d'élément matériel est donc légitime quelle que soit l'infraction que l'on aborde, opposer infraction matérielle et formelle apparaît en revanche beaucoup moins pertinent.

De plus, le droit pénal contemporain s'est engagé dans une logique constante d'érosion de la matérialité dans les infractions censées en être fortement imprégnées. Pourtant, personne ne conteste leur rattachement à la catégorie des infractions matérielles. C'est le cas pour les violences volontaires¹³⁹. Dès 1863, les voies de fait avaient fait leur apparition dans le Code pénal et permettaient de considérer que la brutalité physique d'une personne, malgré l'absence de véritables coups portés à cette victime, était constitutive d'un acte de violence. Ces voies de fait n'ont pas été reprises dans le nouveau Code pénal, mais la

¹³⁸ J.Y MARECHAL, *Essai sur le résultat dans la théorie de l'infraction pénale*, L'Harmattan, 2003.

¹³⁹ Art. 222-13, 222-14 et R. 624-1 Code pén.

jurisprudence a continué d'adopter une telle solution¹⁴⁰. Le juge est ensuite allé plus loin en adoptant une conception très extensive de la voie de fait et a considéré que le délit de violence 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 l'intégrité physique ou psychique caractérisée par un « choc émotif ou une perturbation psychologique »¹⁴¹. Cette approche a conduit à considérer qu'un automobiliste qui tapait avec une barre de fer sur le capot d'une voiture était coupable de violences¹⁴², mais également que l'on pouvait être auteur d'une violence à l'encontre d'un individu sans même être dans le même lieu que lui¹⁴³. Le repli de la matérialité est donc patent, le choc émotif est mis sur le même plan que l'atteinte corporelle initialement réprimée, la seule limite à cette interprétation extensive étant que la victime ait pu craindre pour son intégrité physique à raison du caractère agressif de l'acte. Bien évidemment, se fondant sur l'expression « de nature à » employée par les juges, certains auteurs ont affirmé que l'infraction devenait formelle, analyse permise par les théories contemporaines du résultat, dont on verra qu'elle est erronée.

Une autre illustration du déclin de la matérialité est la notion de soustraction juridique, que l'on oppose, on notera la terminologie employée, à la soustraction matérielle. Cette dernière se caractérise normalement par une certaine violence et s'apparente à une véritable dépossession physique d'un individu, alors que la soustraction juridique se caractérise par la remise préalable de la chose à l'agent, à titre de détention précaire ou involontaire, qui va en usurper la possession.¹⁴⁴ De la même manière, tout le débat autour du vol d'information¹⁴⁵ et la consécration du vol d'énergie (art 311-2 Code pén.) font que l'exemple du vol illustre bien que l'irruption de l'abstraction juridique est présente dans une matière qui devrait *a priori* se caractériser par des appréciations exclusivement concrètes. Pour plus de cohérence, il semble donc nécessaire d'abandonner la qualification d'infraction matérielle pour lui substituer une notion qui se concilierait mieux avec l'abstraction juridique constatée. La notion d'infraction de résultat nous semble à même de remplir cette fonction.

¹⁴⁰ V. par ex. Crim. 23 nov 1999, n° 98-87.849, le fait d'agripper une femme par son corsage et de la maintenir contre un mur est constitutif d'une violence. L'auteur des faits s'était rendu coupable d'une atteinte à l'intégrité de la victime qui a « avait entraîné des conséquences tant sur le plan physique qu'émotionnel ».

¹⁴¹ Crim 2 sept 2005, n° 04-87.046.

¹⁴² Crim 18 mars 2008, n° 07-86.075.

¹⁴³ Crim 13 juin 1991, *bull. crim.* n° 253 ; RSC 1992. 74, obs. LEVASSEUR. l'envoi de 45 lettres anonymes contenant des croix gammées et de cercueils est constitutif d'un choc émotif.

¹⁴⁴ Sur la notion de soustraction juridique, v. not. : P. CONTE, *Droit pénal spécial*, LexisNexis, 2013, n° 524 et s.; V. MALABAT, *op. cit.*, n° 734 et s.

¹⁴⁵ S. DETRAZ, R. OLLARD et J.-C. SAINT-PAU, « Contre l'incrimination du vol d'information », in *La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale*. Opinio doctorum, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2009, p. 97 s., spéc. p. 107-108.

2. *L'éclosion de l'infraction de résultat*

Prôner la terminologie d'infraction de résultat suggère au préalable de définir le concept de façon fonctionnelle, en s'efforçant de donner à la notion une acception unique. Dans son étude, après avoir démontré les difficultés que peuvent poser les théories contemporaines du résultat, M. Marechal en tire les conséquences et propose la définition suivante : « le résultat, élément constitutif de l'infraction prévu, le cas échéant, par le texte d'incrimination, consiste en une atteinte, concrète ou abstraite, à un intérêt pénalement protégé, qui constitue l'effet ou la conséquence des actes d'exécution de l'infraction ». À première vue, cette définition n'a rien de véritablement révolutionnaire et l'on pourrait considérer qu'elle n'est qu'une expression de certaines théories exposées plus haut, exprimée en des termes différents. La mention du texte d'incrimination peut évoquer le « résultat légal », l'atteinte à l'intérêt pénalement protégé le « résultat réel » et les actes d'exécution le « résultat matériel ». Cependant, l'ambition de cette définition dépasse la simplification terminologique, car elle se démarque des théories contemporaines sur plusieurs points. Tout d'abord, le paradigme de la présence d'un résultat dans chaque infraction est remis en cause, du fait que la loi doit le prévoir explicitement, il existerait donc bel et bien des infractions sans résultat. Ensuite, le caractère relatif du résultat est mis en exergue. De même que l'intention peut être théorisée de façon générale, pour être ensuite adaptée à chaque infraction, le résultat pénal varierait en fonction de l'infraction, il relèverait surtout du droit pénal spécial. Est-ce à dire que toute classification des infractions est impossible ? L'auteur ne va pas jusque-là et l'innovation majeure de cette définition est de mettre l'accent sur le caractère abstrait de l'atteinte. Si ce caractère abstrait était inclus par M. Mayaud dans son « résultat juridique », cet auteur n'en tirait pas toutes les conséquences, il était même le premier à considérer que les infractions telles que la diffamation pouvaient être qualifiées d'infractions formelles. Or, si l'on suit la logique de M. Marechal jusqu'au bout, il est possible de catégoriser les infractions de résultat, de façon satisfaisante.

Avant cela, il convient de mettre cette définition du résultat en parallèle avec celle proposée dans une étude plus récente¹⁴⁶. Dans celle-ci, l'auteur définit le résultat comme une « atteinte effective à une victime et non plus à une valeur »¹⁴⁷. Cette vision semble donc plus précise que dans la définition précédente. Ensuite, l'auteur emploie le terme de « dommage » pour décrire le résultat pénal¹⁴⁹. Cette terminologie nous semble adéquate dans la mesure où

¹⁴⁶ V. MALABAT, art. précité, p. 458.

¹⁴⁷ *Ibid.*

¹⁴⁹ V. dans le même sens, M-A. RAYMOND, *Les infractions de résultat*, thèse Bordeaux IV, 2010, n°32 et s.

c'est celle-là même que l'on retrouve dans la jurisprudence¹⁵⁰, si bien que son usage permettrait peut-être de réconcilier le juge et la doctrine. Elle distingue ce dommage du préjudice, qui recouvre alors uniquement la conséquence, patrimoniale ou extrapatrimoniale du dommage et qui dès lors ne peut pas servir de critère en droit pénal¹⁵¹. Ainsi, dans le cas d'une atteinte à l'intégrité physique, le dommage serait l'atteinte corporelle subie, la blessure, tandis que le préjudice engloberait ses conséquences. Toutefois, l'auteur arrête là son raisonnement et ne considère pas la question d'un éventuel dommage abstrait.

Selon nous, si l'on combine ces deux approches, la notion de résultat se définit, de façon fonctionnelle, comme un dommage concret ou abstrait causé à une victime. L'infraction de résultat se diviserait donc en deux, avec d'une part les infractions de « résultat concret » et les infractions de « résultat abstrait », cette division terminologique étant la seule qui présente une utilité. La première catégorie inclut alors les infractions matérielles classiques, telles que le meurtre ou le vol dans son sens originel et toutes les infractions non-intentionnelles, telles que les blessures par imprudence. Les valeurs protégées, comme l'intégrité physique ou la propriété, sont ici concrètes. À l'inverse, la deuxième catégorie va recouvrir les infractions où la matérialité est plus abstraite, car la valeur protégée est elle-même plus abstraite. Ainsi, les violences, lorsqu'elles provoquent un choc émotif, rentrent dans cette catégorie, tout comme la diffamation, car l'honneur et l'intégrité psychique d'une personne sont moins tangibles. À cet égard, il convient de revenir sur l'expression « de nature à », employée par la jurisprudence dans le cadre des violences et de la diffamation. Dans les deux cas, ces termes ne suggèrent en rien que c'est le comportement qui est incriminé en tant que tel, comme dans le cadre de l'infraction formelle, mais il s'agit tout simplement d'une règle de preuve. Le choc émotif, tout comme l'atteinte à l'honneur, sont deux éléments très subjectifs, difficiles à prouver, qui sont ici appréhendés de façon objective. Le comportement n'est pas incriminé en tant que créateur de risque ni en tant que tentative, mais en ce qu'il entraîne nécessairement un résultat dommageable. C'est pour faciliter la répression de ces infractions que ces termes sont employés¹⁵². Une telle conception de l'atteinte permet d'élargir le domaine de l'infraction de résultat et de réduire corrélativement celui de l'infraction formelle, dont on a déjà dit qu'elle ne saurait constituer le principe répressif.

¹⁵⁰ *Supra*, p. 35.

¹⁵¹ *Supra*, p. 23.

¹⁵² Il en va sans doute de même pour la fourniture de fausses informations (art. 411-10 Code pén.) ou le sabotage (art. 411-9 Code pén.) qui doivent être « de nature à porter atteinte aux intérêts fondamentaux de la nation », ces intérêts étant une entité là encore plus abstraite que l'intégrité physique d'une personne.

Toute la difficulté réside bien entendu dans la distinction entre l'atteinte abstraite et le comportement incriminé en tant que tel, qui cette fois sort du domaine de l'infraction de résultat pour constituer une infraction formelle. Le critère est sans doute celui de l'exigence de la démonstration de l'atteinte. Le choc émotif est impliqué par l'attitude violente. Au contraire, la mort n'est pas impliquée par l'administration de substances mortifères et l'atteinte à l'intégrité du mineur n'est pas impliquée non plus lorsqu'il est délaissé. Parfois, la jurisprudence hésite. C'est le cas en matière d'atteinte à l'intimité de la vie privée. On peut estimer qu'il faut établir successivement le fait que l'agent a commis un des actes incriminés à l'article 226-1 du Code pénal, puis que par cet acte, il a été effectivement porté atteinte à vie privée. À l'inverse, il est possible de considérer que l'atteinte à la vie privée n'a pas à être démontrée de façon autonome, cette atteinte découlant de la seule fixation de l'image ou de la parole de la victime. La réponse de la jurisprudence est pour l'instant obscure et l'on observe une divergence d'opinions entre la jurisprudence selon qu'il s'agit de la fixation d'une parole ou d'une image. S'agissant de la parole, la Cour de cassation semble exiger une atteinte effective¹⁵³, tandis que le seul fait de fixer l'image d'une personne constitue une atteinte à l'intimité de la vie privée¹⁵⁴ si les autres conditions de l'article 226-1 sont remplies. Là encore, l'on voit que les théories du résultat sont rarement absolues lorsqu'on les confronte à la jurisprudence.

L'infraction de résultat est donc précisée et elle semble être plus adaptée que la notion d'infraction matérielle. La classification bipartite semble même retrouver une certaine vigueur avec cette qualification. Toutefois, la question du deuxième bloc monolithique des infractions sans résultat demeure entière et incite parfois les auteurs à adopter des classifications infractionnelles tripartites.

¹⁵³ Crim. 16 janv.1990, n° 89-83.075 ; Crim.14 févr. 2006, n° 05-84.384. La première chambre civile rejoint la chambre criminelle sur ce point, V. 1ere civ. 3 septembre 2014.

¹⁵⁴ Crim 16 fev. 2010, n° 09-81.492, *D.* 2011.782, obs. DREYER. Cette décision est critiquée car le passage qu'elle opère d'une infraction de résultat à une infraction formelle conduit également à un décalage de la protection de la vie privée à celle de l'image de la personne, qui n'est pourtant pas la valeur sociale protégée par le texte. De plus, l'article 226-1 du Code pénal devient le seul article à réprimer à la fois une infraction formelle et une infraction de résultat, ce qui peut laisser dubitatif quant à la cohérence du texte.

B. L'élaboration de classifications infractionnelles tripartites

Si des auteurs considèrent que la classification bipartite est toujours de mise¹⁵⁵, d'autres ont mis en avant la nécessité de renouveler les classifications infractionnelles, le schéma binaire actuel étant « inapte à rendre compte de la diversité des techniques modernes d'incrimination »¹⁵⁶. Le premier est encore une fois M. Marechal, un des rares auteurs à tenter d'articuler tous les mécanismes hybrides dont le législateur est si friand à travers une approche se voulant exhaustive (1). M. Chacornac se focalise quant à lui sur la spécificité du délit de mise en danger et propose de l'inclure dans une catégorie d'infraction nouvelle, celle d'infraction de risques (2).

1. Une approche à vocation exhaustive

Après avoir exposé sa définition du résultat, entendue comme une atteinte concrète ou abstraite, M. Marechal élabore une classification des infractions fondée sur le degré d'intensité du rôle du résultat¹⁵⁷. Ainsi, le législateur exige parfois une atteinte avérée, concrète ou abstraite, c'est la catégorie d'infractions de résultat, que nous avons détaillée plus haut et sur laquelle nous ne reviendrons donc pas. Dans d'autres cas, il sanctionne uniquement la recherche d'un tel résultat. Enfin, il sanctionne parfois des comportements en l'absence totale de résultat.

La deuxième catégorie n'est pas nommée par l'auteur, mais regroupe toutes les infractions où l'atteinte n'est pas exigée, mais où elle est recherchée. Il classe dans cette catégorie les infractions formelles, qui selon lui, gagneraient à rester cantonnées à la tentative d'infractions de résultat érigée en infraction consommée, ainsi que les attentats¹⁵⁸. Il inclut également les infractions de mise en danger dans cette catégorie. Selon lui, elles favorisent la survenance d'une atteinte et le fait que le résultat soit évalué par le juge confirme son analyse. Il exclut ainsi de cette catégorie les infractions d'omission, qui ne sont aucunement orientées vers la recherche d'un résultat, l'abstention étant réprimée en elle-même qu'elle exprime et non pas en fonction des conséquences qu'elle pourrait avoir. C'est la sanction d'une indifférence.

¹⁵⁵ V. V.MALABAT, *article cité*, p.458, l'auteur affirme que « cette analyse du résultat fait donc de l'opposition entre infractions formelles et infractions matérielles une distinction générale à même d'englober toute infraction pénale », mais l'analyse ne convainc pas car le champ de l'étude n'aborde pas les questions délicates de l'abstention ou de la faute contraventionnelle.

¹⁵⁶ J-Y. MARECHAL, *op. cit.*, n° 466.

¹⁵⁷ J-Y. MARECHAL, *op.cit.*, n° 468 et s.

¹⁵⁸ V. *infra*, p. 89, pour la définition moderne de cette notion.

Enfin, il existerait donc des infractions sans résultat *stricto sensu*. Dans ces hypothèses, le résultat n'est pas du tout pas envisagé par l'auteur de l'infraction et il n'est en rien la conséquence directe du comportement de l'agent. Ainsi, l'infraction d'abstention, pour les raisons évoquées fait partie de cette catégorie. L'infraction obstacle et l'infraction contraventionnelle y rentreraient également.

Cette approche est ambitieuse mais encourt la critique. Tout d'abord, l'infraction formelle classique ne doit selon nous, pas seulement recouvrir la tentative de l'infraction de résultat mais aussi la provocation directe à commettre à commettre une telle infraction¹⁵⁹. De plus, l'exhaustivité de l'étude est très appréciable, mais la grille de lecture se place du côté des exigences du législateur, alors qu'il serait selon nous peut être plus pertinent de se placer du point de vue du juge, afin de savoir ce que celui-ci doit rechercher lorsqu'il a à déterminer si une infraction est constituée, ce qui dépasse la question de la matérialité de l'infraction. En sus, cette classification ne prend pas forcément en compte l'aspect subjectif des infractions et en adopte une approche sans doute trop focalisée sur la matérialité¹⁶⁰. Enfin, la spécificité de l'infraction de mise en danger n'est sans doute pas assez mise en exergue, aussi considérons à présent une étude dédiée à cette question.

2. La conceptualisation de l'infraction de risques

Dans son étude sur les infractions de mise en danger¹⁶¹, M. Chacornac met bien en lumière la spécificité de ce type d'incrimination. Se fondant sur la jurisprudence précédemment exposée relative aux délits des articles 223-1 et 227-24 du Code pénal, il concluait que l'infraction de mise en danger n'était ni matérielle, ni formelle. Poussant plus loin la démarche, il suggère une définition des infractions de risques. Celles-ci se distingueraient des infractions formelles classiques par la nécessaire prise en compte du résultat potentiel, alors que le comportement est suffisant dans le cadre de l'infraction formelle. En effet que l'administration ait entraîné, la mort est un élément indifférent à la caractérisation de l'empoisonnement, alors que la violation d'une obligation particulière de prudence et de sécurité ne suffit pas à caractériser l'infraction de mise en danger. Il en conclut que, sauf à tordre la langue d'une manière excessive en évoquant une « matérialité virtuelle »,

¹⁵⁹ D. SPITERI, *op. cit.*, p.516 ; V. *infra*, p. 91.

¹⁶⁰ Cela étant, l'auteur est conscient de cela : « notre ambition se limitait ici à proposer une classification fondée sur le résultat, qui ne prétend pas à l'exclusivité, les critères objectifs et subjectifs pouvant, de toute évidence se croiser et se compléter ». J.-Y MARECHAL, *op. cit.*, n° 568.

¹⁶¹ J. CHACORNAC, art. précité.

il convient de sortir du carcan imposé par la distinction traditionnelle entre infraction formelle et matérielle.

L'auteur évoque alors la doctrine allemande qui parle, pour qualifier ce type d'infractions, de « délits de danger concrets » (*konkreten Gefährdungsdelikte*) qui se différencient des « délits d'atteinte » (*Verletzungsdelikte*) en ce qu'au résultat d'atteinte se substitue le résultat de danger incriminé¹⁶². Il préconise alors de revenir à un concept mis en avant par la doctrine italienne dans les premiers temps de la conceptualisation de l'infraction formelle, l'infraction de risques, « sorte de limbes entre infractions matérielles et les infractions formelles ». Ainsi, sont des infractions de risque « celles qui comportent un élément de définition légale qui impose au juge, pour établir leur consommation, la vérification concrète d'une situation de hausse des probabilités de réalisation de l'atteinte effective au bien juridique protégé par l'incrimination pénale ».¹⁶³

Cette approche est intéressante, car elle démontre bien que mettre sur le même plan infraction formelle et infraction de mise en danger n'est pas forcément possible. Par ailleurs, l'auteur souligne qu'il a cantonné son étude aux infractions de mise en danger par souci de précision, ce qui semble suggérer que cette catégorie d'infractions permet d'appréhender d'autres infractions. L'étude est malheureusement moins exhaustive que la précédente et l'on aurait bien aimé savoir si l'infraction obstacle ou l'infraction contraventionnelle s'inscrivent dans ce schéma. Avant de s'essayer à une synthèse de ces différentes théories, il reste une dernière piste à étudier, celle de l'étude de l'infraction formelle à travers son élément moral.

§2- L'infraction formelle au prisme de l'élément moral

Il est de coutume d'affirmer que l'élément matériel et l'élément moral d'une infraction sont deux notions bien distinctes, que l'on ne peut considérer ensemble, car cela relèverait d'une faille méthodologique majeure. Cela transparaît dans l'approche contemporaine de l'infraction formelle, qui se focalise essentiellement sur le résultat, sans vraiment se soucier de savoir si traiter la question sous l'angle de l'élément moral pourrait permettre d'apporter un peu de cohérence en la matière. Le cas de l'infraction formelle est pourtant particulier, car quelle que soit la conception que l'on a de cette notion, il est évident que la psychologie de l'auteur est prise en compte, à tout le moins par le législateur au moment où il érige cette

¹⁶² H. C. MULT, C. ROXIN, *Strafrecht - Allgemeiner Teil Band I Grundlagen Der Aufbau Der Verbrechenslehre*, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1997, p. 352 s. Cité par J. CHACORNAC in *art. précité*.

¹⁶³ J. CHACORNAC, *art. précité*.

notion en infraction formelle. La question réside bien entendu dans le fait de savoir à quel point le juge doit tenir compte de cette psychologie de l'auteur au moment de déterminer si l'infraction est constituée. Ainsi, il nous semble possible de dégager l'élément moral de l'infraction formelle (A). Toutefois, celui-ci est souvent dénaturé, tant par le juge que par le législateur (B).

A. La détermination de l'élément moral de l'infraction formelle

En réalité, analyser l'infraction formelle sous l'angle de son élément moral est une innovation relative, car les premières études approfondies menées à son sujet ont toute intégré cette dimension psychologique de l'agent. L'un d'eux consacre une partie entière de son étude à l'intention et rappelle que cette prise en compte est essentielle, car historiquement c'est cette intention qui était prise en compte pour les « crimes atroces »¹⁶⁴. Cette approche lui permet d'affirmer qu'en la matière, étant donné que les textes législatifs n'exigent rien de particulier au niveau de l'intention, c'est le dol général qui doit être pris en compte. Il en déduit que l'infraction formelle sanctionne aussi bien la résolution criminelle unilatérale¹⁶⁵, que concertée¹⁶⁶ lorsque celle-ci témoigne d'un « état dangereux » de l'agent. À cet égard, il prend l'exemple du complot pour démontrer que c'est l'état dangereux de l'agent qui justifie d'ériger cette infraction en délit formel, comme en témoignait la prise en compte du but de l'auteur dans l'ancien article 87 alinéa 3 du Code pénal. Cette notion d'état dangereux est reprise par un autre pénaliste¹⁶⁷, qui en use surtout pour conceptualiser le délit obstacle. Selon lui, ce dernier est une « infraction formelle moderne », qui a justement pour but de réprimer l'état dangereux de l'individu.

L'auteur qui consacre le plus de développements à l'élément moral de l'infraction formelle est M. Freij. Ce dernier parle d'un « élément subjectif » de l'infraction¹⁶⁸, qu'il définit comme le rapport psychique reliant des faits objectivement constitutifs de l'infraction à l'individu qui en est l'auteur. » Il varie d'une infraction à une autre, mais il doit toujours exister pour que l'infraction soit juridiquement consommée. Traditionnellement, la doctrine pénale distingue entre les infractions non-intentionnelles et les infractions intentionnelles. Les premières ont trait à la faute d'imprudence, que la loi ne définit pas explicitement, mais dont

¹⁶⁴ D. SPITERI, *op. cit.*, p. 514.

¹⁶⁵ *Ibid.* p. 516.

¹⁶⁶ *Ibid.* p. 519.

¹⁶⁷ S. KEYMAN, Le résultat pénal, *RSC* 1968, p. 796.

¹⁶⁸ M. FREIJ, *op. cit.*, p. 139 et s.

la caractéristique principale est traditionnellement l'exigence d'un dommage¹⁶⁹. Ainsi, comme le souligne l'auteur, la structure de l'infraction formelle est nécessairement incompatible avec celle de l'infraction formelle, étant donné que celle-ci n'exige aucun résultat, si l'on s'en tient à l'approche fonctionnelle de la notion dégagée plus haut. L'infraction formelle suppose donc une intention. Toute la question qui découle de ce constat est de déterminer quel est le degré d'intention requis. La distinction classique à cet égard revient à opposer le dol général et le dol spécial. Le dol général consiste en la volonté d'accomplir un acte que l'on sait défendu par la loi ou de s'abstenir d'accomplir un acte que l'on sait exigé par la loi¹⁷⁰. Le dol spécial exige une volonté criminelle plus précise. Ce dol spécial est surtout exigé dans les infractions de résultat, comme avec l'*animus necandi* pour le meurtre, la volonté de soustraire la chose pour le vol, ou celle de porter atteinte à l'honneur en matière de diffamation. L'auteur démontre que le dol général suffit en matière d'infraction formelle, la volonté de violer la loi s'épuisant dans la volonté de commettre activité. Toutefois, il peut être tentant de considérer que, du fait que l'infraction formelle est parfois la tentative d'une infraction de résultat, l'infraction formelle nécessiterait un « dol de péril », correspondant à la volonté de réaliser l'évènement dangereux prévu par le texte pénal. L'auteur fait alors allusion à l'importance qu'ont pu accorder à l'état dangereux la doctrine antérieure, mais selon lui il ne peut constituer l'intention criminelle requise dans l'infraction formelle. Cet état dangereux serait à la base de la répression de toute infraction pénale. De plus, la recherche de cet état reviendrait à prendre en compte les mobiles dans la caractérisation de l'infraction, ce à quoi le droit pénal se refuse.

L'élément moral de l'infraction formelle devrait donc se réduire à une intention de commettre le comportement incriminé et non point d'atteindre le résultat qui en serait la conséquence. Cette analyse, tout à fait pertinente à l'époque où elle fut menée, est-elle toujours d'actualité ? Le développement récent des techniques répressives hybrides au plan de la matérialité incite à s'intéresser à la dénaturation de l'élément moral de l'infraction formelle.

¹⁶⁹B. BOULOC, *op. cit.*, n° 296.

¹⁷⁰*Ibid.*, n° 271.

B. La dénaturation de l'élément moral de l'infraction formelle

L'analyse contemporaine de l'élément moral de l'infraction formelle révèle un décalage à géométrie variable entre matérialité et intention. Tantôt, l'intention exigée dépasse le dol général et s'apparente au dol spécial (1). Tantôt, c'est la matérialité qui prend le dessus et l'on constate un décalage inverse (2).

1. L'excès d'intention par rapport à la matérialité

L'excès d'intention par rapport à la matérialité s'illustre à plusieurs égards. Le premier cas est relativement atypique, étant donné qu'il concerne le crime que l'on présente souvent comme l'archétype de l'infraction formelle, l'empoisonnement. Le deuxième cas s'explique également par la nature particulière de l'infraction, à savoir l'infraction d'abstention. Enfin, le cas de l'infraction-obstacle soulève des interrogations.

La question de l'élément intentionnel de l'empoisonnement est à l'origine d'un débat doctrinal fourni depuis une vingtaine d'années. Auparavant, la question ne présentait pas véritablement de difficulté. L'intention de l'agent se résumait à la connaissance du caractère mortifère de la substance au moment de son administration volontaire.¹⁷¹ En somme, un dol général, conforme à la définition qu'en donnait M. Freij. Toutefois, l'affaire très médiatisée du « sang contaminé » a conduit la jurisprudence à s'intéresser de plus près à la question. Dans un arrêt rendu en 1998¹⁷², relatif aux poursuites engagées contre un individu qui avait incité sa partenaire à avoir avec lui des rapports sexuels non protégés, la Chambre criminelle avait semblé poser l'exigence d'une intention homicide, un *animus necandi* comparable à celui exigé en matière de meurtre. Cet arrêt était rendu en marge de l'affaire du sang contaminé, mais la Cour de cassation avait très certainement en tête cette dernière, car les éventuels renvois du chef d'empoisonnement dépendaient précisément de la nature de son élément intentionnel, ce que n'a pas manqué de souligner la doctrine.¹⁷³ La portée de cet arrêt était d'autant moins certaine que la cassation se fondait sur une contradiction de motifs. Toujours est-il que la Cour en a pris acte dans un arrêt qui fit couler beaucoup d'encre, le 18 juin 2003.¹⁷⁴ La Cour affirme que le crime d'empoisonnement « ne peut être caractérisé que si

¹⁷¹ GARCON Code pénal annoté, Sirey, 2e éd., art. 301, n° 44.

¹⁷² Crim. 2 juill. 1998, *Bull. crim.* n° 211 ; D. 1998, Jur. p. 457, note J. PRADEL ; D. 2000, Somm. p. 26, obs. Y. MAYAUD ; RSC 1999, p. 98, obs. Y. MAYAUD Document InterRevue ; JCP 1998, II, 10132, note M.-L. RASSAT ; JCP 1999, I, 112, n° 3, obs. M. VERON ; Gaz. Pal. 1999, 1, p. 13.

¹⁷³ D. REBUT, *Nécessité d'une intention de donner la mort pour caractériser l'élément intentionnel de l'empoisonnement*, D. 2004. 1620.

¹⁷⁴ Cass. crim. 18 juin 2003, JCP 2003, II, 10121, note M.-L. RASSAT.

l'auteur a agi avec l'intention de donner la mort, élément moral commun à l'empoisonnement et aux autres crimes d'atteinte volontaire à la vie de la personne ». Cette analyse, qui introduit explicitement l'exigence d'un dol spécial, revient à nier la spécificité formelle du crime d'empoisonnement et illustre un décalage entre élément matériel et élément moral de l'infraction. La mort n'est pas exigée au titre de la matérialité et pourtant sa recherche l'est au titre de son élément intentionnel. S'il est évident que tout empoisonneur a en vue la mort de sa victime, l'intention de donner la mort n'a pas à être autrement établie que par déduction¹⁷⁵, or le dol spécial implique d'être prouvé. Toute la logique de sévérité de l'infraction formelle est réduite à néant par cet usage de l'intention par la Cour de cassation qui, « ce faisant, entretient le sentiment des justiciables que cette notion d'intention n'est qu'un instrument, une variable d'ajustement, que notre justice pénale utilise à son gré pour empêcher, en l'occurrence, l'ouverture d'une procédure criminelle »¹⁷⁶. Toutefois, la portée de cette dénaturation de l'élément moral de l'infraction formelle est à relativiser, car les autres infractions formelles classiques, au sens de l'incrimination titre autonome d'une tentative d'infractions de résultat, ne semblent pas affectée par cette jurisprudence éminemment politique.

Le débat autour de l'élément intentionnel du délit d'omission s'est surtout cristallisé autour du délit de non-assistance à personne en danger (art 223-6 Code pén.). Cette infraction est traditionnellement présentée comme formelle, malgré les critiques que l'on a pu formuler à cet égard, et intentionnelle¹⁷⁷. En réalité, l'infraction est de nature volontaire plutôt qu'intentionnelle. En effet si l'intention se définit comme la volonté orientée vers un résultat, il ne s'agit donc pas ici de délits intentionnels au sens strict du terme¹⁷⁸. Ces infractions d'abstention se traduisant par l'absence totale de résultat, l'intention ne peut qu'excéder la matérialité ici.

Par ailleurs, la question de l'élément moral de l'infraction obstacle soulève aussi des difficultés. Selon M. Freij, ces infractions requièrent un dol général et l'on a relevé sa critique à l'égard de prise en compte de l'état dangereux. Pourtant, sur le plan matériel, certaines infractions obstacles, comme le complot, se distinguent difficilement d'autres infractions obstacles, comme celles qui sanctionnent de peines délictuelles le non-respect de diverses réglementations. Il nous semble que le recours à l'état dangereux est la seule analyse qui

¹⁷⁵ Y. MAYAUD, Quel élément moral pour l'empoisonnement ? *RSC* 2003. 781.

¹⁷⁶ A. PROTHAIS, Sang contaminé, justice malade, *D.*2005. 195.

¹⁷⁷ V not. M. VERON, *op. cit.* n° 211 et M. LAURE-RASSAT, *op. cit.* n° 415.

¹⁷⁸ D. REBUT *op.cit.*, n° 200.

permette de distinguer ces infractions¹⁷⁹. Aussi, il faut admettre que ces délits obstacles particuliers font partie des rares infractions qui intègrent les mobiles dans leur répression.¹⁸⁰

2. L'excès de matérialité par rapport à l'intention

L'infraction de mise en danger soulève encore une fois de nombreuses questions. Au moment de son introduction, les commentateurs y voyaient la consécration, à titre autonome, du dol éventuel, qui se définit comme « l'état d'esprit de celui qui, tout en sachant que son comportement est dangereux pour autrui, s'y engage néanmoins et cela sans nullement vouloir le résultat dommageable. »¹⁸¹. Certains tentaient de rattacher cette notion soit à la faute, soit à l'intention. Cependant, contrairement à la réticence qu'ont pu avoir les auteurs à l'égard d'une telle démarche en ce qui concerne la matérialité de cette infraction, d'autres n'ont pas hésité à souligner le caractère hybride de cette notion, « qui suppose une certaine distance par rapport aux concepts habituels »¹⁸². Comme le met en exergue un de ces pénalistes, l'élément moral du délit de mise en danger se distingue du fait d'un critère légal, étant donné que l'alinéa 2 de l'article 121-3 du Code pénal la consacre à part, et d'un critère doctrinal, tiré de la nécessité de sanctionner la méconnaissance volontaire de l'obligation de prudence ou de sécurité. Ainsi, il s'agissait d'une « logique de rupture avec le clivage traditionnel entre la faute et l'intention ».¹⁸³ Malgré cela, il est frappant de constater que la jurisprudence relative à la question a suivi un cheminement inverse de celui qu'elle avait adopté en matière d'élément matériel. La doctrine était cette fois prête à sortir d'un clivage, pas le juge. En effet la Cour de cassation a tranché la question dans un arrêt du 9 mars 1999¹⁸⁴, dans lequel elle considère que « l'élément intentionnel du délit de mise en danger d'autrui résulte du caractère manifestement délibéré de la violation d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité imposée par loi ou le règlement de nature à causer un risque immédiat de mort ou de blessures graves à autrui ». La Cour fait donc état d'un élément intentionnel, qui se résume en la simple conscience de la violation de l'obligation de prudence ou de sécurité et exclut la création du risque de cet élément intentionnel. En effet le juge adopte une analyse objective et n'exige pas que l'agent ait eu une conscience précise des risques qu'il faisait courir à autrui. Cette solution est en réalité conforme à l'élément moral

¹⁷⁹ *Infra*, p. 71.

¹⁸⁰ B. BOULOC, *op. cit.* n° 275.

¹⁸¹ J. CEDRAS, art. précité.

¹⁸² Y. MAYAUD, Des risques causés à autrui. Applications et implications, ou de la naissance d'une jurisprudence, *RSC* 1995, p. 575.

¹⁸³ *Ibid.*

¹⁸⁴ Crim. 9 mars 1999, *Bull. crim.* n° 34, *RSC* 1999. 581, obs Y. MAYAUD.

de l'infraction formelle, mais ce qui pose problème est le décalage qui en résulte entre l'élément moral de l'infraction de mise en danger et son élément matériel, où l'exposition à un risque est considérée. Cette approche, qui semble s'étendre aux autres infractions de mise en danger¹⁸⁵ s'explique encore une fois par des considérations pratiques, cette conception de l'intention étant la seule de nature à permettre la mise en œuvre de l'infraction. S'il fallait établir que l'agent avait conscience de créer un risque de mort ou de blessure grave, la preuve serait presque toujours impossible à rapporter.

Enfin, il s'agit d'évoquer l'élément moral des infractions contraventionnelles. Mis à part le cas particulier des contraventions intentionnelles¹⁸⁶ et des contraventions d'imprudences¹⁸⁷, celles-ci se démarquent par le fait qu'elles ne supposent aucune intention, pas même le dol général. La faute se résume toute entière dans la violation de l'obligation. C'est donc ce qui permet de la distinguer de certaines infractions-obstacles, comme on a pu le voir, mais parfois la distinction est plus subtile.¹⁸⁸

Étudier l'infraction formelle et ses dérivés au prisme de l'élément moral est donc indéniablement une démarche utile, qui permet de mettre en lumière la spécificité conceptuelle de toutes ces techniques répressives ou préventives, ainsi que la nécessité de les classer de manière plus cohérente qu'elles ne le sont actuellement. Ainsi, fort de ces différentes approches, il convient à présent de tenter d'élaborer une synthèse de toutes ces théories afin d'aboutir à une définition claire de l'infraction formelle.

¹⁸⁵ J.CHACORNAC, art. précité, l'auteur continue son parallèle avec l'article 227-24 Code pén., dont l'élément moral semble être la seule conscience de la diffusion du message nocif. La volonté ne s'étend pas au fait que des mineurs en prennent nécessairement connaissance.

¹⁸⁶ Art. R.625-1, R.635-1, R.654-1, R.655-1 Code pén.

¹⁸⁷ Art R.625-2, R. 625-3, R. 653-1 Code pén.

¹⁸⁸ *Infra*, p. 70 et s.

Conclusion de la première partie

Au cours de cette approche de la conceptualisation de l'infraction formelle, de nombreuses études ont été évoquées. Certaines envisageaient la question sous un angle purement théorique, d'autres sous l'angle du législateur. Certaines consistaient dans l'analyse spécifique de l'articulation de certaines techniques répressives avec l'infraction formelle, d'autres tendaient vers une approche plus globale. Certaines enfin étaient focalisées sur la matérialité de l'infraction, d'autres intégraient une part de subjectivité. Si beaucoup d'angles ont été envisagés, il nous semble que l'approche pratique a été négligée. En effet la plupart des auteurs tentent de théoriser les choix du législateur. Si la démarche est pertinente sur le plan de la politique criminelle, ce que nous étudierons plus loin, elle l'est moins sur le plan de la mise en œuvre technique de la norme. Aussi, il nous semble nécessaire de proposer une classification des infractions pénales animée par cette volonté de la doctrine qui est celle d'éclairer le juge et de s'efforcer de fournir à ce dernier une grille de lecture fondée sur une terminologie la moins abstraite possible.

Dans son application de la norme pénale, pour déterminer si une infraction est constituée, le juge procédera à un raisonnement en deux temps. Tout d'abord il cherchera à savoir ce qu'exige l'infraction au titre de sa matérialité. À cet égard, il devra articuler le comportement, le résultat et la causalité. Puis, il considérera l'élément moral de l'infraction. Lorsque l'on se calque sur une telle démarche, il ressort selon nous une classification tripartite des infractions pénales¹⁸⁹.

La première catégorie d'infraction est celle des infractions de résultat. Au titre de la matérialité, le juge devra, dans le cas des infractions de résultat concret uniquement constater ce résultat, sans que la question de son lien de causalité avec le comportement ne se pose de façon prégnante. Dans le cas d'une atteinte abstraite, au contraire, le juge devra s'intéresser à la causalité entre le comportement et le résultat. S'il ne constate qu'un comportement, il y aura tentative d'infraction de résultat. Si la causalité est établie, le juge considérera alors que le résultat abstrait est atteint et l'infraction sera matériellement constituée. Puis, au titre de l'élément moral, le juge décèlera soit une intention, soit une faute d'imprudence.

¹⁸⁹ V. annexe pour une approche visuelle de cette classification.

À ces infractions vont donc s'opposer des infractions où la recherche d'un résultat n'est pas nécessaire. Les auteurs arrêtent souvent ici leur démarche et classent toutes ces infractions dans une catégorie unique, celle des infractions formelles. Selon nous, il convient d'être conscient que cette terminologie est profondément inscrite dans les mentalités actuelles et l'on ne peut la remettre totalement en question. Toutefois, il nous semble important de souligner que ce n'est là qu'une définition négative de l'infraction formelle, trop large et qui n'est plus adaptée à l'ère de la multiplication des techniques répressives atypiques que l'on rattache artificiellement à cette notion. Face à des infractions de ce type, le juge va rechercher, au titre de la matérialité, non pas un résultat, mais uniquement un comportement incriminé de façon autonome par un texte, sans rechercher la causalité entre ce comportement et le résultat. C'est pourquoi il semble nécessaire de nommer cette catégorie « infractions de comportement »¹⁹⁰. Trois types de comportement sont érigés en infraction, à savoir l'extériorisation d'une volonté criminelle, la violation d'une prescription légale ou réglementaire et l'indifférence au sort d'autrui. C'est la première catégorie qui regroupe l'infraction formelle dans son acception la plus stricte. Ainsi, cette dernière se définit techniquement comme **l'incrimination à titre autonome d'une tentative d'infraction de résultat, ou d'une provocation directe à commettre une telle infraction, incrimination dont l'élément moral se résume en l'intention de réaliser ledit comportement**, sauf pour le cas particulier de l'empoisonnement. Nous mettrons cette définition à l'épreuve dans la suite de nos développements.

Elle se démarque de la deuxième sous-catégorie d'infractions des infractions de comportement qui sanctionnent la simple violation d'une prescription légale ou réglementaire, qui se dédoublent en infraction obstacle et en infraction contraventionnelle, les deux se distinguant au titre de la gravité de l'atteinte potentielle incriminée. Au titre de l'élément moral, la simple intention de violer l'obligation est ici exigée. Toutefois, le juge, en matière d'infraction obstacle, devra parfois rechercher une intention, lorsque le délit obstacle aura pour objet de saisir un « état dangereux », intention qui dépassera même le dol général pour pallier la carence de la matérialité. Dans ce cas-là, le délit s'intégrera à la sous-catégorie précédente¹⁹¹ et c'est uniquement pour ce type de délit obstacle que l'on parlera d'actes

¹⁹⁰ Cette terminologie est d'ailleurs employée par certains auteurs, V. not. J.-H. Robert, *Droit pénal général*, PUF, 6e éd., 2006, p. 211 s.

¹⁹¹ V. annexe.

préparatoires d'une infraction de résultat incriminé à titre autonome. Ces subtilités seront précisées plus loin¹⁹².

Le troisième comportement incriminé à titre autonome est l'indifférence au sort d'autrui, qui recouvre les délits d'abstentions, dont l'élément moral est une simple volonté d'être indifférent.

Enfin, la troisième catégorie d'infractions est celle d'infractions de risques, qui recouvrent les infractions de mise en danger. Au titre de la matérialité, ces infractions imposent au juge, la vérification d'une situation de hausse des probabilités de réalisation de l'atteinte effective au bien juridique protégé par l'incrimination pénale. Dans la mesure où l'appréciation de la causalité est abstraite, en ce qu'elle concerne une situation de risque et non un résultat atteint, cette infraction se distingue des infractions de résultat. Et dans la mesure où la simple constatation du comportement n'est pas suffisante, l'infraction n'est pas une infraction de comportement. Au titre de l'élément moral, le juge devra simplement constater l'intention de violer une norme, ce qui la rapproche de la faute contraventionnelle sur le plan de l'intention. Ces infractions sont donc à part, mais l'on continuera à les évoquer dans la suite de notre étude, car elles s'intègrent dans la définition négative de l'infraction formelle, à savoir les infractions qui n'exigent aucune atteinte effective à la victime.

Il ressort de cet effort de synthèse, qui ne prétend pas mettre un terme aux débats doctrinaux, que l'infraction formelle *stricto sensu* est une notion circonscrite lorsque l'on s'attèle à lui conférer une définition technique précise. Entendu de la sorte, l'infraction formelle n'est pas le principe et l'on pourrait en conclure que le législateur ne cherche pas à exercer un contrôle sur la psyché humaine de façon excessive. Cependant, si l'on entend l'infraction formelle *lato sensu*, celle-ci inclut toutes les infractions de comportement et de risques que nous avons exposées et en ce sens, le développement de la pratique de l'infraction formelle est aussi important que potentiellement inquiétant. Il convient désormais de se placer du point de vue du législateur pour apprécier de façon critique cette pratique.

¹⁹² *Infra*, p. 69 et s.

DEUXIÈME PARTIE : LA PRATIQUE DE L'INFRACTION FORMELLE

Forts de cette approche théorique, nous abordons à présent l'aspect pratique de l'infraction formelle. Nos propos introductifs ont été l'occasion de mettre en lumière le caractère controversé de cette technique législative, en ce qu'elle conduirait à fonder la répression sur le fondement subjectif de l'intention de l'agent, davantage que sur la constatation d'un mal objectivement et matériellement identifiable. Il s'agira ici de mettre une telle assertion à l'épreuve et de réaliser que la question est plus complexe que cela. L'infraction formelle *lato sensu* inclue en effet des infractions aux finalités parfois très différentes et il s'agit de comprendre quelles utilités présente le recours à celles-ci pour le législateur (Chapitre 1), afin de mieux évaluer les dangers que l'infraction formelle peut représenter (Chapitre 2).

CHAPITRE 1 : L'UTILITÉ DE L'INFRACTION FORMELLE

L'infraction formelle, dans son acception large comme dans son acception stricte, présente des avantages certains pour le législateur. Tant sur le plan de sa technique que de la philosophie pénale qui sous-tend son usage, elle apparaît comme un instrument privilégié à l'ère de la subjectivisation constante du droit pénal. C'est avant tout le caractère hybride de cette infraction qui la rend incontournable. Un éminent auteur, faisant part de ses réflexions sur l'ordre public pénal contemporain, constatait que les objectifs du législateur sont parfois incertains, « n'a-t-il pas donné l'impression d'hésiter continuellement entre le renforcement de la répression et celui de la prévention, bref de succomber au mirage d'une fausse opposition ? »¹⁹³. L'infraction formelle, se situant justement à mi-chemin entre répression et prévention¹⁹⁴, accorde au législateur le luxe de ne pas avoir à trancher en faveur de l'un ou de l'autre. En effet l'utilité de l'infraction formelle se constate de par sa dimension à la fois préventive (section 1) et répressive (section 2).

¹⁹³ P. CONTE, *Les trajectoires du droit pénal depuis 1975*, R]com 2007.

¹⁹⁴ M. FREIJ, *op. cit.*, p. 224.

SECTION 1: LA DIMENSION PRÉVENTIVE DE L'INFRACTION FORMELLE

La prévention du crime est incontestablement l'un des objectifs principaux du législateur contemporain. Cette prévention était traditionnellement centrée sur la question d'un délinquant identifié, qu'il s'agissait de réintégrer dans la société, ou d'isoler de celle-ci¹⁹⁵. L'irruption des infractions de comportement dans le droit pénal actuel opère un changement de paradigme, car le but du législateur est maintenant plus ambitieux, il cherche à prévenir la criminalité avant même qu'un auteur soit concrètement identifié. La notion d'infraction de prévention, à laquelle la doctrine fait parfois référence sans forcément la définir¹⁹⁶, ne recouvre pas forcément toutes les infractions de comportement. Il s'agira au fil de ces développements d'en préciser la teneur. Ainsi, il convient de s'intéresser à l'infraction formelle dans son sens strict et de constater qu'elle présente un caractère autonome par rapport aux autres infractions de prévention (§1). Puis, il s'agira de considérer les infractions de comportements dans leur ensemble, pour réaliser que leur finalité préventive est plus large et consiste en l'instauration de normes de comportement (§2).

§1- Une infraction de prévention autonome

La distinction entre fonction préventive et rétributive de la loi a été théorisée par MM. Merle et Vitu¹⁹⁹. La dimension rétributive consiste classiquement en la sanction du délinquant pour le préjudice qu'il a causé à la société du fait de ses agissements. Quant à la fonction préventive, celle-ci découle de l'idée de Beccaria et Bentham, selon laquelle un des objectifs de la loi pénale est de dissuader le délinquant par des peines certaines, mais proportionnées²⁰⁰. Toute infraction aurait donc une vertu préventive, mais toute infraction n'est pas pour autant une infraction de prévention. En effet l'infraction de prévention recouvre l'idée d'appréhender un comportement néfaste avant qu'il ait généré des conséquences irréparables²⁰¹, ce qui exclut donc les infractions de résultat. À cet égard, l'infraction formelle, entendue dans son sens strict, est une infraction qui se distingue de l'infraction contraventionnelle (A) et de l'infraction-obstacle (B).

¹⁹⁵ B. BOULOC, *op. cit.*, n° 25.

¹⁹⁶ V. cependant une étude menée sur le sujet : A. PONSEILLE, *L'infraction de prévention en droit pénal français*, Thèse, Montpellier, 2001.

¹⁹⁹ R. MERLE et A. VITU, *op. cit.*, n° 54s.

²⁰⁰ V. C. BECCARIA, *Des délits et des peines*, Chapitre XXIII.

²⁰¹ M. BENEJAT, *La responsabilité pénale professionnelle*, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2012, n° 231.

A. Infraction formelle et infraction contraventionnelle

L'infraction contraventionnelle est une notion qui a souvent divisé la doctrine, aussi convient-il de revenir sur ladite notion (1), avant d'envisager sa spécificité à l'égard de l'infraction formelle, qui se résume en une différence de finalité (2).

1. La notion d'infraction contraventionnelle

Il serait possible de consacrer une classification à part aux contraventions, tant ces infractions recouvrent d'infractions de nature hétérogène. On exclura ici les contraventions par imprudence²⁰² ou intentionnelles²⁰³, pour cantonner notre propos à la faute contraventionnelle. Dans cette catégorie, l'on retrouve ces infractions que la doctrine qualifie parfois, sans vraiment de cohérence, d'infraction « matérielle » ou « purement matérielle », dont la spécificité est de se satisfaire de la simple commission matérielle des faits par un agent doué de ses facultés intellectuelles et libre d'action²⁰⁴. Une telle description démontre encore une fois la nécessité de se défaire de la terminologie d'infraction matérielle. Nous croyons l'avoir démontré, toute infraction est matérielle et une infraction purement matérielle n'est autre qu'une infraction de comportement, donc une infraction sans résultat. Toujours est-il que sont inclus dans cette catégorie d'infraction un nombre très conséquent d'actes de diverses natures, de faible gravité, dont dresser une liste exhaustive s'avère délicat, mais dont on trouve sans doute la meilleure illustration dans le Code de la route²⁰⁵.

La doctrine se divise sur le contenu de l'élément moral exigé par cette faute contraventionnelle. Pour les uns, il s'agit d'une présomption de culpabilité²⁰⁶, le ministère public n'ayant pas la charge de la preuve de la culpabilité de l'individu. Pour les autres, il y a une absence totale de faute, l'élément moral de l'infraction est totalement indifférent²⁰⁷. Enfin, d'autres encore considèrent que l'élément moral se résume en la simple violation de la norme de conduite²⁰⁸. La réduction de la matérialité de l'infraction à un simple acte, positif ou négatif, emporte logiquement cet affaiblissement des exigences d'ordre psychologique.

²⁰² Art. R.625-1, R.635-1, R.654-1, R.655-1 Code pén.

²⁰³ Art R.625-2, R. 625-3, R. 653-1 Code pén.

²⁰⁴ R. MERLE et A.VITU, *op. cit.*, n° 593.

²⁰⁵ V. not. Art. R. 412-19 et s. C. route pour le sens de circulation ; ou art. R. 414-1 et s. C. route pour les règles de croisements et dépassements.

²⁰⁶ H. DONNEDIEU DE VABRES, *op. cit.*, n° 191.

²⁰⁷ P. MERLE, *Les présomptions légales en droit pénal*, LGDJ 1970, n° 125.

²⁰⁸ A.-C. DANA, *Essai sur la notion d'infraction pénale*, LGDJ, 1982.

On pose parfois la question de l'utilité de ces infractions en droit pénal. Pour certains, il s'agit de sanctions naturelles et artificielles²⁰⁹ et il vaudrait mieux les sortir du domaine du droit pénal leur substituer des sanctions administratives. Ainsi se profile la distinction entre ces infractions et les infractions formelles. Si leur structure matérielle d'infraction de comportement pouvait amener à les considérer comme analogues, leur différence apparaît nettement lorsque l'on s'appesantit sur la finalité de chaque infraction.

2. Un critère de distinction finaliste

Il convient de relever que la contravention est avant tout l'apanage du Gouvernement (art 111-2 Code pén.). Or, lorsque ce dernier introduit une infraction contraventionnelle, il néglige la causalité entre le comportement incriminé et le résultat. En effet il n'appréhende pas tel comportement parce qu'il peut être à l'origine d'une atteinte plus ou moins éloignée mais seulement parce qu'en lui-même, le comportement est jugé suffisamment néfaste. Le but est ici d'assurer l'observation d'une discipline collective²¹⁰. L'infraction contraventionnelle n'est que la lésion des intérêts administratifs, un « droit pénal de bagatelles »²¹¹. Le but est avant tout préventif, sans forcément être de prévention, et la peine minimale implique une rapidité et un automatisme dans la répression qui ne laissent pas réfléchir sur caractère de la faute. La conséquence est que la bonne foi est inopérante en la matière, ce qui n'est pas le cas avec l'infraction formelle.

Ainsi, l'on voit négativement apparaître la fonction de l'infraction formelle *stricto sensu*. Contrairement à l'infraction contraventionnelle, elle se caractérise par la prévention d'une atteinte à un intérêt pénal bien identifié, individuel ou collectif, et témoigne de la rigueur dont veut faire preuve le législateur à l'égard de certains comportements. En conséquence il est possible de considérer que l'infraction contraventionnelle ne peut prétendre au titre d'infraction de prévention. Aux termes d'un auteur, « il ne s'agit pas d'infractions de prévention. Contrairement aux autres infractions formelles, l'infraction de réglementation ne vise pas à interrompre un processus dommageable. Il n'est d'ailleurs pas vraiment possible de parler d'*iter criminis*. »²¹² Reste à savoir si l'infraction obstacle peut prétendre à un tel statut, et comment elle se différencie tant de l'infraction formelle que de l'infraction contraventionnelle.

²⁰⁹ A. DECOQ, *op. cit.*, p. 96-97.

²¹⁰ M. FREIJ, *op. cit.*, p. 245.

²¹¹ *Ibid.*

²¹² M. BENEJAT, *op. cit.*, n° 232.

B. Infraction formelle et infraction obstacle

Le concept de l'infraction obstacle demeure relativement obscur dans la doctrine, si bien que certains n'hésitent pas à conclure qu'il n'a jamais été suffisamment étayé théoriquement et qu'il encourt de sévères critiques²¹⁵. Il nous semble toutefois possible de délimiter le champ de la notion (1) et de la distinguer de l'infraction formelle à l'aide d'un critère subjectif (2).

1. La notion d'infraction obstacle

Si la définition de l'infraction formelle est loin de susciter un consensus doctrinal, celle de l'infraction obstacle est tout aussi incertaine. La tendance générale est de la définir comme l'incrimination d'une attitude ou d'un comportement dangereux susceptible de produire un résultat punissable en tant que tel²¹⁶. Des auteurs précisent qu'il s'agirait de réprimer comme infraction consommée des actes préparatoires d'une autre infraction, voire même une simple résolution criminelle²¹⁷. La différence avec l'infraction formelle se trouverait alors dans l'intensité du lien de causalité entre le comportement stigmatisé et le résultat, lien étroit pour le cas du délit formel, lien très relâché pour le délit obstacle²¹⁸.

La distinction avec l'infraction contraventionnelle ne semble à première vue pas poser de problème. Toutes les infractions obstacles sont des délits. Toutefois, la gravité de la peine semble parfois être le seul critère de distinction, car leur matérialité est souvent strictement la même, à savoir la violation d'une obligation. Dès lors, quels éléments justifient d'ériger certaines violations d'obligations en contraventions et d'autres en délit ? À titre d'exemple, le délit de non-respect des règles de santé et de sécurité est un délit-obstacle puisque l'article L. 4741-1 du Code du travail incrimine à titre autonome la seule méconnaissance des règles de santé et de sécurité, indépendamment de la production d'un résultat dommageable. Mis à part le fait que la peine est de 3750 € d'amende, donc délictuelle, la matérialité est sans doute identique à bien des contraventions que l'on trouve en droit pénal du travail. Il en est de même pour la conduite sous l'empire d'un état alcoolique (L.234-1 I et II C. Route), que l'on présente généralement comme l'archétype du délit-obstacle, car elle peut déboucher aussi bien sur des blessures ou un homicide involontaire, que sur la destruction de la chose d'autrui. Un tel raisonnement pourrait tout à fait s'appliquer aux contraventions qui interdisent de brûler un feu rouge, ou les dépassements irréguliers. Nous avons relevé, par rapport à l'infraction contraventionnelle, que raisonner en terme d'*iter criminis* n'était pas pertinent. Au

²¹⁵ J.-Y. MARECHAL, *op. cit.*, n° 518.

²¹⁶ R. MERLE et A. VITU, *op. cit.*, n° 515.

²¹⁷ M. PUECH, *op.cit.*, n° 604.

²¹⁸ P. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *op. cit.*, n° 323.

vu de ces considérations, il semble bien que le constat soit le même en matière d'infraction obstacle, sauf à considérer que l'*iter criminis* puisse être composé de carrefours aux sorties multiples. Par ailleurs, quel est donc le point commun entre ces infractions, supposant la violation d'une obligation et les autres infractions-obstacles, tel le complot ?

De toute évidence, ces deux types d'infractions de comportement ne peuvent pas se distinguer sur le plan de la matérialité et la définition classique de l'infraction-obstacle ne semble pas satisfaisante. Cependant, il est tout de même possible de déduire du constat de la nature délictuelle de ces infractions un critère de distinction sûr, non sur un plan objectif, mais subjectif. En effet un auteur estimait ainsi « que le fondement théorique de certaines infractions, objectivement distantes de toute atteinte, peut être découvert ailleurs, par exemple dans l'élément moral et notamment dans l'intention réprimée en tant que telle, de manière très précoce »²¹⁹. C'est ce qu'il s'agit de réaliser à présent.

2. Un critère de distinction subjectif

L'infraction obstacle n'est pas une mesure de défense sociale, mais elle tend à réprimer un état dangereux²²⁰. Cet état dangereux, comme le suggère un auteur, se divise en deux. La conduite dangereuse et l'état dangereux en tant que tel²²¹. Ainsi, le législateur cherche à saisir les individus potentiellement indifférents du sort d'autrui et potentiellement dangereux. Dans la première catégorie, l'on trouve donc les violations de réglementation délictuelles, qui témoignent d'une indifférence, comme celle que l'on a déjà relevées. Ces infractions sont à distinguer des infractions de risque du fait que le juge a simplement à constater la violation et n'a pas à caractériser l'exposition à un risque²²².

C'est la deuxième catégorie d'infraction-obstacle qui présente une véritable originalité. Il s'avère là encore nécessaire, d'établir une sous-distinction, même si la philosophie générale de ces infractions reste la même. L'on trouve tout d'abord dans ce domaine des infractions où la matérialité est assez présente, sans pour autant s'apparenter à un résultat, mais où la subjectivité est l'élément réellement incriminé. Au titre de ces infractions, on trouve tout d'abord les violations relatives au port d'armes. Selon une circulaire de 2010, « L'accent doit donc être porté sur la réduction de la disponibilité des armes illégales, ce qui permettra par répercussion de contribuer à la lutte contre d'autres formes de violences de droit commun ou d'infraction ressortant de la délinquance et

²¹⁹ J.-Y. MARECHAL, *op.cit.*, n° 568.

²²⁰ M. FREIJ, *op. cit.*, p. 220.

²²¹ S. KEYMAN, art. précité, RSC 1968, p. 797.

²²² *Supra*, p. 65.

criminalité organisées »²²³. Sont ainsi incriminés le fait de participer à un attroupement (art 431-5 Code pén.) ou à une réunion publique (431-10 Code pén.). Ces infractions peuvent aboutir indistinctement à un meurtre, à un homicide involontaire, au vol avec usage d'une arme, ou encore à une extorsion de fonds. L'entreprise criminelle d'un individu est indéniablement facilitée par l'usage d'une arme, qui en devient d'autant plus dangereux et c'est ce que veut sanctionner le législateur à titre préventif. Par ailleurs, l'article 226-3 du Code pénal incrimine « la fabrication, l'utilisation et même la publicité en faveur d'appareils qui permettent soit de procéder à une interception de correspondances dans les conditions qui caractérisent la violation des correspondances réprimées par l'article 226-15 Code pénal, soit des appareils qui permettent de réaliser des infractions prévues par 226-1 ». Les appareils visés par le législateur sont ceux dont l'utilisation est strictement encadrée, soumise à autorité administrative, dont la puissance est colossale et qui permettent en réalité de se livrer à de l'espionnage. Là encore, le législateur sanctionne non la matérialité en tant que telle, mais la dangerosité potentielle qui en résulte.

Enfin, l'on trouve les infractions-obstacles où la résolution criminelle est explicitement sanctionnée et où matérialité passe au second plan. Les infractions qui illustrent cette idée sont le complot et l'association de malfaiteurs²²⁴. Aux termes de l'article 412-2 du Code pénal, constitue un complot « la résolution arrêtée entre plusieurs personnes de commettre un attentat lorsque cette résolution est concrétisée par un ou plusieurs actes matériels ». Cette infraction est véritablement atypique, car elle renverse l'ordre classique en matière de constitution de l'infraction. Le législateur sanctionne on ne peut plus explicitement une intention et la constatation de faits matériels n'intervient qu'au second plan. Quant à l'article 450-1 du Code pénal, il punit « tout groupement formé ou entente établie en vue de la préparation, caractérisée par un ou plusieurs faits matériels d'un ou plusieurs crimes ». La subjectivité de l'infraction ressort tout autant, même si la matérialité est tout de même davantage mise en avant qu'en matière de complot. Là encore, un parallèle avec la procédure pénale est envisageable. Suite au renforcement croissant des pouvoirs des autorités d'enquête et d'instruction en matière de criminalité organisée, certains parlent de procédure pénale « proactive »²²⁵. Ces délits-obstacles s'inscrivent parfaitement dans cette logique et relèvent donc de l'exceptionnel, du droit pénal dérogatoire, particulièrement sévère.

²²³ Circ. 19 juillet 2010 relative aux infractions à la législation sur les armes (BOMJ n° 2010-05).

²²⁴ Il est aussi possible de citer le délit d'embuscade, art. 222-15-1 Code pén.

²²⁵ J. PRADEL, De l'enquête pénale proactive : suggestions pour un statut légal, *D.*1998, p. 57.

Reste à distinguer ces infractions de l'infraction formelle. À cet égard, la référence à *l'iter criminis*, bien que critiquable comme on l'a vu à l'égard des infractions-obstacles sanctionnant une conduite dangereuse, peut être employée pour celles qui sanctionnent un état dangereux. Ces infractions s'intègrent en effet dans la catégorie des infractions de comportement qui répriment l'extériorisation d'une volonté criminelle et elle est donc bel et bien une infraction de prévention. Toutefois, l'infraction-obstacle sanctionne les actes préparatoires et est donc corrélativement moins précise, moins mesurée et moins respectueuse des libertés que l'infraction formelle. Contrairement à ce que l'on pourrait penser instinctivement, lorsque l'on considère l'infraction formelle et l'infraction obstacle, cette dernière est parfois bien plus sévère et exigeante que la première, au niveau de sa subjectivité. En matière d'infraction formelle, l'intérêt pénalement protégé est plus précis qu'en matière de délit obstacle et suppose un commencement d'exécution. De plus, on l'a vu, l'intention est rivée au comportement. L'infraction formelle *stricto sensu* apparaît donc comme une infraction de prévention autonome, moins controversée que l'infraction obstacle.²²⁶

Toutes ces infractions de prévention ont néanmoins une ambition commune aux autres infractions de comportement, la volonté de créer des normes de comportement.

§2- La création de normes de comportement

La peine a, traditionnellement, trois fonctions, dégagées par Bentham et Beccaria au XVIIIe siècle. Elle a une fonction de neutralisation, une fonction d'intimidation, collective ou individuelle et une fonction de punition. Le législateur, lorsqu'il sanctionne des comportements, donc qu'il use de la technique de l'infraction formelle au sens large, mise sur la fonction d'intimidation, afin de rétablir un ordre public pénal centré sur l'intérêt général (B). Quid des infractions de risques ? Dans notre étude, nous avons constaté leur originalité au sens technique par rapport aux infractions de comportement. Ces infractions, moins centrées sur l'état dangereux de l'agent que les infractions de comportement, témoignent d'une entreprise ambitieuse de législateur, à savoir la maîtrise du risque (A).

A. La volonté de maîtriser le risque

Le risque n'est pas un concept nouveau en droit. Depuis le développement des nouvelles technologies à la fin du XIXe siècle et l'apparition corrélatrice de dommages nouveaux, il est

²²⁶ Une autre différence entre les deux infractions réside dans la question technique des concours d'infractions, l'infraction obstacle donnant lieu à un concours réel d'infraction si le résultat se produit et non l'infraction formelle. V. *infra*, p. 84 et s.

désormais nécessaire de prendre acte de l'existence de situations dangereuses, susceptibles de porter préjudice. Ainsi, la notion de « société du risque » prônée notamment par Ulrich Beck, rencontre-t-elle un certain succès. Aux termes de celui-ci, « la production sociale de richesses est systématiquement corrélée à la production sociale de risques ». ²²⁷ Cependant, le risque était jusqu'à récemment l'apanage de la responsabilité civile, il était donc saisi au stade de la réparation et ce n'est que récemment que la prévention de ces risques causés par les nouvelles technologies a pris une dimension conséquente en droit pénal, en ce qu'ils se révèlent inacceptables (1). Ce mouvement a pris une dimension encore plus importante ces dernières années avec la percée du risque environnemental, si bien que l'on peut parler de transcription du principe de précaution en droit pénal (2).

1. *La sanction de risques inacceptables*

« Malheur, cas ou chute est ce qui advient soudainement sans qu'on y pense et n'est prévisible : comme quand l'enfant court sous les chevaux, ou chariot : tel malheur est appelé malencontre que nul ne peut ou ne sait amender et garder ; et n'est personne pour tel malheur, malencontre et inconvénient, coupable ou damnable » ²²⁸ Cette conception du risque acceptable a vécu. En effet les comportements humains peuvent avoir des conséquences bien plus importantes que par le passé, du fait du développement des technologies. Deux domaines en particulier illustrent cette idée. Tout d'abord, le domaine du travail. Selon un auteur, « le monde du travail génère nécessairement la survenance de dommages. Tout se passe comme si on savait à l'avance que telle catégorie d'entreprises allait inmanquablement occasionner un accident aux membres de son personnel » ²²⁹. Ainsi, dans ce domaine, il n'est plus acceptable que la prise de risque d'un seul affecte tout ou partie du personnel. Ensuite, dans le domaine de la circulation routière, l'on accepte encore moins que la démarche irresponsable d'un seul entraîne des drames humains de grande ampleur.

Aussi, l'infraction de risque causé à autrui, que nous avons déjà évoquée à maintes reprises à propos de sa définition technique, illustre sur le plan de sa philosophie ce mouvement de pénalisation du risque. En effet ce texte a une portée générale et peut s'appliquer dans bien domaines. Il permet justement de sanctionner le conducteur particulièrement inconscient ²³⁰ ou l'employeur qui n'applique pas consciencieusement la

²²⁷ U. BECK, *La société du risque. Sur la voie d'une autre modernité*, Paris, Alto, Aubier, 2001, p. 36.

²²⁸ J. DAMOUDERE, XVIIe siècle, cité par A. LAINGUI et A. LEBIGRE, *Histoire du droit pénal*, tome 1, Cujas.

²²⁹ D. HENNEBELLE, La place de l'infraction formelle en droit pénal du travail : regard d'un travailleur, *Droit social*, n°11, novembre 2001.

²³⁰ V. pour un exemple, Versailles, 3 févr. 1995. BICC 1996. 60.

réglementation sur la sécurité au travail²³¹. Le texte permet cependant d'aller plus loin et quand bien même il fut introduit pour réprimer ces prises de risques aux conséquences potentiellement importantes sur un plan quantitatif, il peut tout aussi bien servir de fondement pour réprimer des atteintes moindres. Ainsi, le conducteur d'une motoneige peut être mis sur le même plan que le conducteur d'un poids lourd, alors que les conséquences d'un accident causé par ces engins n'ont pas la même ampleur²³². De même, le propriétaire d'un chien potentiellement dangereux peut être condamné sur la base de cet article.²³³ Cette infraction symbolise donc la volonté de législateur de sanctionner le risque, quelle que soit sa nature ou son étendue, ou à tout le moins de montrer sa volonté de considérer le risque comme inacceptable. C'est sans doute pour cela que le rapporteur du texte à l'Assemblée nationale, M. PEZET estimait que cette incrimination devait faire l'objet d'une large publicité²³⁴. L'on est donc bien dans une logique de normalisation des comportements, dans la mesure où celui qui est générateur d'un risque est sévèrement sanctionné. L'ampleur de ce phénomène s'est renforcée avec la prise de conscience du risque écologique.

2. La transcription du principe de précaution en droit pénal

Le principe de précaution fit son apparition dans les années 80 dans le domaine de l'environnement. La « loi Barnier » du 2 février 1995 lui donna une première assise juridique, énonçant que « l'absence de certitudes, compte tenu des connaissances scientifiques et techniques du moment, ne doit pas retarder l'adoption de mesures effectives et proportionnées visant à prévenir un risque de dommages graves et irréversibles à l'environnement à un coût économiquement acceptable ». Il fut ensuite élevé au rang de principe constitutionnel en étant intégré à l'article 5 de la Charte de l'environnement, aux termes duquel « lorsque la résiliation d'un dommage, bien qu'incertaine, en l'état des connaissances scientifiques, pourrait affecter de manière grave et irréversible l'environnement, les autorités publiques veillent [...] à la mise en œuvre de procédures d'évaluation des risques et à l'adoption de mesures provisoires et proportionnées afin de parer à la réalisation d'un dommage ». Cet article présente un intérêt certain, car il permet de

²³¹ La jurisprudence est cependant très exigeante sur la caractérisation de l'exposition à un risque dans ce domaine, V. Crim 16 févr. 1999 précité.

²³² Chambéry, 11 mai 2000, JCP 2000. IV. 1769.

²³³ V. par ex. Paris 25 févr. 2000, JCP 2000 IV. 2861, le propriétaire de chiens de race pitbull qui les laisse en liberté dans un jardin dont les clôtures ne garantissent pas l'isolement, en violation d'un règlement municipal réglementant la circulation et l'utilisation des chiens dangereux, se rend coupable de mise en danger d'autrui, dès lors que les chiens avaient déjà agressé une personne et qu'ils ont renouvelé l'agression sur le voisin du prévenu.

²³⁴ JOAN, rapport n° 2121, p. 130.

trouver un fondement textuel à l'infraction de risques, sans doute le seul dans l'ensemble des normes françaises. Car l'infraction de mise en danger est à distinguer de l'infraction de prévention. La précaution va en effet plus loin que la prévention. « La distinction entre risque potentiel et risque avéré fonde la distinction parallèle entre précaution et prévention »²³⁵. Outre que cet élément de définition renforce l'idée que l'infraction formelle *stricto sensu* est une infraction de prévention du fait qu'elle sanctionne un risque avéré, cette distinction démontre également l'élargissement de la dimension préventive du champ pénal, par le biais des infractions de risque.

Certains auteurs préconisent justement l'usage des infractions de mise en danger dans le domaine de l'environnement. Sur le fondement d'une nouvelle responsabilité universelle²³⁶, l'un d'eux affirme que le recours au concept d'infraction de mise en danger semble particulièrement indiqué pour surmonter les difficultés d'application auxquelles peuvent se heurter les infractions environnementales.²³⁷ En, effet l'auteur souligne qu'en matière d'atteintes à l'environnement, une des questions essentielles est de savoir s'il faut chercher à pénaliser le risque avéré, faisant prévaloir le principe de prévention, ou bien le risque potentiel, privilégiant le principe de précaution. Elle démontre alors qu'un eurodélit de pollution devrait se fonder sur une mise en danger présumée d'autrui en cas de dépassement des seuils de pollution acceptable. On retrouve là l'appréciation concrète d'une situation de fait qui caractérise les infractions de risque. « À travers cette protection pénale de l'homme dans son habitat environnemental, l'environnement s'avérerait peut-être également mieux protégé en tant que tel »²³⁸. Plus concrètement, l'environnement est un domaine où les infractions formelles, au sens large sont déjà bien présentes. À titre d'exemple, l'on peut citer le délit d'abandon des déchets dans un milieu aquatique (art. L.216-6 al. 3 Code env.) ou encore le délit d'exploitation sans autorisation d'une installation classée (art. L.514-9 Code env.).

Il est donc possible de constater que le droit pénal suit la prise de conscience de la société en matière environnementale et qu'il est bel et bien le reflet de la société actuelle à cet égard. Si bien qu'il dépasse ici ses fonctions classiques. En effet le droit pénal adopte ici une

²³⁵ G. VINEY et P. KOURISLKY, *Le principe de précaution en question*, Documentation française, O. Jacob, 2000, p. 18.

²³⁶ C. THIBIERGE, *Avenir de la responsabilité, responsabilité de l'avenir*, D. 2004, chron. p. 577. L'auteur considère que cette responsabilité se distinguerait de la responsabilité pénale, à finalité répressive et de la responsabilité civile, à visée curative. Elle aurait une visée préventive et universelle.

²³⁷ E. MONTEIRO, *Atteintes à l'environnement et infractions de mise en danger: vers une incrimination commune en Europe ?* RSC 2005 p.509.

²³⁸ *Ibid.*

démarche résolument éducative. Il s'agit de prévenir les dangers des grandes catastrophes écologiques nées des actions humaines et la loi pénale semble vouloir contribuer à cette prise de conscience, afin, encore une fois de normaliser les comportements. Est-ce là le rôle du droit pénal ? Là est toute la question. Toujours est-il que, dans le même ordre d'idée, l'usage de l'infraction formelle permet le rétablissement d'un ordre public pénal centré sur l'intérêt général.

B. Le rétablissement d'un ordre public pénal centré sur l'intérêt général

Le droit pénal est souvent présenté comme le reflet d'une société, de ses valeurs et de ses aspirations. Toutefois, il est aussi inconstatable que le droit pénal est une matière d'intérêt général, dont le but est de permettre la mise en œuvre du contrat social, chacun renonçant à une part de ses libertés et de ses désirs, en premier lieu celui de la vengeance privée. Ces deux dimensions entrent en conflit direct lorsque les valeurs prônées sont celles de l'individualisme. Dans les sociétés romaines, féodales ou même sous l'ancien régime, l'individualité de l'individu était niée, il n'était appréhendé qu'en tant que membre d'une collectivité plus générale. Puis, l'individualité s'est développée, le droit a reconnu progressivement la valeur intrinsèque de l'homme et a proclamé ses droits, tant dans le *Bill of Rights* de 1689, que dans la *Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen* du 26 août 1789 qui, selon Louis Du mont « marque en France le triomphe de l'individu ». ²³⁹ Pourtant ce n'est qu'au cours du XXe siècle que le culte de l'individu s'est réellement développé et qu'un passage s'opéra de l'individualité à l'individualisme, qui se définit notamment comme la « tendance à s'affirmer indépendamment des autres, à ne pas faire corps avec un groupe » ²⁴⁰. L'individu estime qu'il est devenu son propre maître et qu'il n'a point de compte à rendre à la société.

Cet état des lieux conduit un auteur à conclure que, « dans une société permissive, on accepte plus une discipline collective perçue comme liberticide » ²⁴¹. Selon lui, en matière pénale, l'intérêt individuel se substitue à l'intérêt général comme fondement de la répression. Il l'exprime de façon tout à fait éloquente : « sans objectif avoué (refus des modèles), ni moyen (rejet de l'autorité), le groupe social est en difficulté lorsque vient le moment de légitimer le contrôle qu'il entend exercer ; il lui faut donc placer son intervention, pour la faire admettre, sous le signe de la défense des intérêts privés, auquel l'intérêt général est

²³⁹ Cité par C. VOLANTE, in *Le recours à l'infraction formelle*, mémoire, 2009, p. 26.

²⁴⁰ Définition du dictionnaire *Le Petit Robert*.

²⁴¹ P. CONTE, Remarques sur la conception de l'ordre public pénal, in *Droit et actualité, Mélanges J. Beguin*, Litec, 2005, p. 141.

rabaisé et qui n'en serait que le reflet par agrandissement »²⁴². Ce refus de la contrainte va donc logiquement mener à une politique pénale libérale, en particulier au niveau des mœurs, l'individu rejetant toute ingérence de l'État dans la sphère de l'intime.

Pourtant, les infractions de risque et de comportement semblent aller à l'encontre de ce constat. Sanctionner des comportements en ce qu'ils sont potentiellement dommageables à autrui, n'est-ce pas la négation même du libre arbitre de l'individu au nom de la protection de l'intérêt général ? Pour ce qui est de l'infraction contraventionnelle, on l'a vu, elles constituent un ensemble de règles nécessaires pour le bon fonctionnement de l'État et sont donc résolument orientées vers l'intérêt général. Quant aux infractions de mise en danger, on a démontré qu'elles avaient pour fondement initial la protection d'intérêts collectifs, celui des travailleurs ou des conducteurs, ou plus généralement celui de la société, car cette délinquance était décrite comme une « délinquance homicide de masse »²⁴³. Ces infractions s'étendraient même à la protection de l'environnement, matière éminemment teintée d'intérêt général. Les délits d'abstention constituent également un rejet du libre arbitre de l'individu, celui-ci n'ayant plus la liberté, dans certaines situations, de ne rien faire. Enfin, l'infraction formelle classique et l'infraction obstacle, en ce qu'elles ont pour objectif de saisir l'état dangereux de l'individu, ou de prohiber l'usage de moyens dangereux, sont des outils teintés de positivisme, doctrine qui, précisément, fait peu de cas du libre arbitre. Le but est là encore de défendre la société dans son ensemble, cette fois contre des individus nocifs.

Il serait donc possible de conclure que, incontestablement, la prolifération des infractions de comportement est un moyen pour le législateur d'endiguer la montée de l'individualisme et de retrouver les fondements collectifs de la répression pénale. Cependant, l'on se doit de nuancer le propos, en constatant que ces infractions découlent également de l'individualisme dans une certaine mesure. Du fait de la sacralisation de la vie humaine, chaque atteinte portée à celle-ci est insupportable, ce qui entérine un rejet de l'aléa, le risque devenant inacceptable. L'on rejoint alors l'idée de M. Conte selon laquelle la protection de l'intérêt général est légitimée par la protection de l'intérêt particulier. En réalité, notre étude nous conduit à mettre en lumière le grand paradoxe qui traverse la matière pénale à l'heure actuelle. D'un côté, la société demande plus de liberté et rejette toute norme et contrainte. De l'autre, la société demande plus de sécurité et se voit rassurée par la prolifération des normes pénales.

²⁴² *Ibid.*

²⁴³ *Supra*, p. 43.

La dimension préventive de l'infraction formelle est donc très large, allant de la précaution très virtuelle, voire même éducative, à la prévention très concrète de certains agissements. Toutefois, cette régulation des comportements peut susciter des interrogations et des inquiétudes, comme on le verra plus loin. Pour lors, il s'agit de s'intéresser à la dimension répressive de l'infraction formelle, tout aussi prisée par le législateur que sa dimension préventive.

SECTION 2 : LA DIMENSION RÉPRESSIVE DE L'INFRACTION FORMELLE

Nous avons pu constater que les infractions de nature formelle ne cessaient de se multiplier. Si le législateur est si friand de ce genre d'incriminations, c'est parce que l'infraction formelle constitue un outil particulièrement vigoureux et efficace sur le plan de la répression. L'infraction formelle, au sens strict, permet de contourner des obstacles à la répression (§1) et elle permet de dégager de nouvelles valeurs sociales (§2), étendant ainsi doublement le champ de la répression pénale.

§1- Le contournement des obstacles à la répression

Selon la définition que l'on a dégagée précédemment, l'infraction formelle est l'incrimination à titre autonome d'une tentative d'infraction de résultat, ou de la provocation directe à commettre une telle infraction. La première branche de cette alternative présente un intérêt certain au législateur, car cela lui permet de réduire le domaine du désistement volontaire en matière de tentative (A). Quant à la deuxième branche, elle étend la répression au complice d'une infraction en l'absence même de fait principal punissable (B).

A. La réduction du domaine du désistement volontaire

Il est important de mettre en lumière la distinction entre tentative et infraction formelle, pour comprendre l'intérêt de l'usage de cette dernière pour le législateur. À la lecture de l'article 121-4 du Code pénal, cet intérêt paraît limité, car l'auteur d'une tentative est mis sur le même plan que l'auteur de l'infraction pénale. La différence apparaît toutefois nettement lorsque l'on considère l'article 121-5 dudit code. Il découle de celui-ci que la tentative suppose deux éléments, à savoir un commencement d'exécution et l'absence d'un désistement volontaire. Le commencement d'exécution est un acte matériel qui doit révéler la volonté définitive et arrêtée de commettre telle infraction²⁴⁴, ce que certains qualifient

²⁴⁴ Crim 3 dec. 1927, S 1929. I. 119.

d'acte univoque. En d'autres termes, un acte objectif fortement imprégné d'une dimension subjective. Sur ce point, l'infraction formelle ne présente aucune différence avec la tentative, tant du point de vue de sa structure objective que de sa structure subjective et si l'on arrêta à l'étude comparée des deux mécanismes, l'on pourrait croire que la distinction entre les deux notions ne présente véritablement aucun d'intérêt. En réalité, cette distinction réside dans le fait que ce commencement d'exécution est synonyme de consommation dans l'infraction formelle. Cette constatation est lourde de conséquences sur le deuxième critère de la tentative, l'absence de désistement volontaire. Si l'agent s'est arrêté de lui-même, il n'y a pas de tentative punissable. Cependant, encore faut-il que l'infraction n'ait pas été consommée, car si consommation il y a, cette volonté de mettre un terme à l'entreprise délictueuse s'analyse en un repentir actif, qui n'efface pas le caractère délictueux de l'acte. Ainsi, la tentative et l'infraction formelle se distinguent du fait que la première suppose deux conditions, alors que la deuxième se résume tout entier dans la première, le commencement d'exécution, ce qui par hypothèse annihile la possibilité d'un désistement volontaire.

Ces considérations font apparaître pleinement l'originalité du mécanisme de l'infraction formelle et son extrême rigueur. Cette sévérité a toujours été la raison d'être des infractions formelles, ce qui fait leur originalité. Ainsi, lorsque la question du maintien de l'empoisonnement en tant que crime distinct de l'assassinat était discutée lors de l'élaboration du nouveau Code pénal, M. Prothais défendit le maintien de cette incrimination spéciale. Dans son argumentation, il illustre la spécificité de l'empoisonnement en l'opposant à l'assassinat par noyade.²⁴⁵ Si l'agent fait tomber une personne dans l'eau afin de le noyer et qu'il saute pour lui porter secours, l'on est en présence d'un désistement volontaire et l'assassinat n'est pas consommé. À l'inverse, lorsque l'agent fait ingérer à sa victime un verre rempli de substance mortelle et que pris par le remord il lui remet l'antidote, l'empoisonnement est tout de même consommé. En somme, l'infraction formelle est bel et bien l'incrimination à titre autonome de la tentative d'une infraction de résultat, ce qui pousse un auteur à adopter la terminologie « d'infraction-mère » à l'égard de cette infraction et « d'infraction-fille » à l'égard de l'infraction formelle qui en découle²⁴⁶

Suite à cette définition de l'infraction formelle et à la mise en exergue de son caractère extrêmement sévère, la question qui se pose est de savoir dans quelle mesure le législateur use de cette technique éminemment répressive. Un bref parcours du Code pénal permet

²⁴⁵ A. PROTHAIS, plaidoyer pour le maintien de l'incrimination spéciale de l'empoisonnement, *D.* 1982, chron., p. 108.

²⁴⁶ Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, n° 195.

d'identifier un nombre certain d'infractions formelles de ce type, mais également en dehors du code. Afin d'avoir un aperçu concret de ce que recouvre réellement cette notion, en dehors du cas de l'empoisonnement qui semble bien souvent être la seule infraction formelle dont les auteurs ont connaissance, il nous semble opportun de citer quelques exemples ici. L'article 411-8 du Code pénal incrimine « le fait d'exercer, pour le compte d'une puissance étrangère [...] une activité ayant pour but l'obtention ou la livraison de dispositifs, renseignements, procédés, objets [...] dont l'exploitation, la divulgation ou la réunion est de nature à porter atteinte aux intérêts fondamentaux de la nation ». Cette infraction est indiscutablement une tentative d'infraction de résultat, « l'infraction-mère » étant ici l'article 411-6 du Code pénal, qui incrimine le fait de livrer les informations obtenues. De même, l'article 222-16 du Code pénal incrimine les appels téléphoniques malveillants « en vue de troubler la tranquillité d'autrui ». Du fait de sa place dans le code, cette infraction apparaît comme l'incrimination à titre autonome d'une tentative de violence. En effet nul besoin d'un choc émotif ici, la répétition d'appels au contenu malveillant suffisant à caractériser la matérialité de l'infraction²⁴⁷. Il convient de relever ici à quel point l'infraction formelle est un mécanisme rigoureux, car la tentative de violence n'est normalement pas réprimée. De plus, l'article L121-1 du Code de la consommation prohibe les pratiques illégales trompeuses et en donne une liste assez complète. Or ces pratiques peuvent bien souvent faire penser à l'acte de tromperie qui est un des éléments constitutifs de l'escroquerie, cette dernière n'étant constituée qu'en cas de remise. En matière de pratiques commerciales trompeuses, la remise est indifférente et l'on retrouve encore une fois une infraction avec une structure formelle. Enfin, l'on peut citer l'article 227-22-1 du Code pénal, introduit par une loi du 5 mars 2007, qui incrimine les propositions faites sur internet à un mineur de 15 ans, ou à une personne se présentant comme telle. L'infraction de résultat correspondante est bien évidemment ici l'atteinte sexuelle commise sur un mineur de 15 ans (art. 227-25 Code pén.).

Le législateur, dans toutes ces infractions réduit grandement les chances de l'agent d'échapper à la qualification pénale et étend donc de façon corrélative le champ des actes soumis au droit pénal. Un autre mécanisme fait également l'objet d'aménagement du fait de l'usage de l'infraction formelle, celui de la complicité.

²⁴⁷ V. en ce sens, Crim, 4 mars 2003, *Bull. crim.* n° 57 ; D. 2004 Somm. 316, obs MIRABAIL ; JCP 2003. II. 10112, note MARECHAL ; Dr. Pénal 2003. Comm. 82, obs. VERON ; RSC 2003 . 788, obs. MAYAUD.

B. Un remède à l'exigence du fait principal punissable

L'alinéa 2 de l'article 121-7 du Code pénal énonce qu'est complice « la personne qui par don, promesse, menace, ordre, abus d'autorité ou de pouvoir aura provoqué une infraction ou donné les instructions pour la commettre. » Cet alinéa soulève la question de la tentative de complicité en droit pénal. Les trois conditions de la complicité sont la présence d'un fait principal punissable, d'un acte de complicité – qui peut aussi bien intervenir avant ou pendant la commission de l'infraction – et d'une intention criminelle²⁴⁸. La question de la tentative de complicité survient quand l'acte de complicité et l'intention sont indiscutablement présents, mais qu'il n'y a pas de fait principal punissable. La situation type est celle de la provocation à commettre une infraction, l'instigation, qui n'est pas suivie d'effet. Les fameux arrêts *Schieb* et *Lacour*²⁴⁹ avaient tranché la question dans le sens de l'absence de répression. Dans chacune de ces affaires, des individus avaient recruté un tiers pour qu'il commette un homicide sur une personne désignée. Or, ce tiers n'avait jamais eu l'occasion d'honorer son engagement, si bien qu'aucun meurtre n'avait été commis. L'instigateur échappait alors à la répression. Pourtant, d'un point de vue criminologique, la volonté de déléguer un acte criminel témoigne d'une profonde hostilité aux valeurs sociales, « le provocateur est un être particulièrement dangereux, parce qu'il reste dans l'ombre ; ses procédés sont aussi insidieux que ceux utilisés par l'incendiaire ou l'empoisonneur »²⁵⁰. L'on pouvait donc penser que ce cas de tentative de complicité devait tomber sous le coup de la loi pénale.

Souscrivant à cette analyse, le législateur n'a eu de cesse de recourir à la méthode de l'infraction formelle pour pallier cette carence dans la répression pénale. C'est d'ailleurs dans ce domaine de la provocation non suivie d'effets que l'on trouve pléthore d'infractions formelles. Ainsi, les solutions rendues dans les affaires *Lacour* et *Schieb* auraient été bien différentes aujourd'hui, maintenant que l'article 221-5-1 issu de la loi du 9 mars 2004 incrimine le mandat criminel. Déjà sous l'empire de l'ancien Code pénal, l'on pouvait citer l'article 24 de la loi du 29 juillet 1881, qui donne la liste de délits de presse consistant en la provocation à commettre certaines infractions, constituées même si la provocation n'est pas suivie d'effet liste qui n'a cessé de s'étendre depuis la fin du XIXe siècle, le dernier ajout en date ayant trait aux provocations discriminatoires. Dans la même logique, sont des infractions

²⁴⁸ B. BOULOC, *op. cit.*, n° 344 et s.

²⁴⁹ Crim., 25 oct. 1962, JCP 1963.II.12985 note R. VOUIN ; obs. LEGAL, *D.* 1963.553 ; Crim., 25 oct. 1962, *D.* 1963.221, note P. BOUZAT.

²⁵⁰D. SPITERI, *op. cit.*, p. 517.

formelles la provocation à s'armer contre l'autorité de l'État (art. 412-8 Code pén.), la provocation à commettre les crimes de trahison ou d'espionnage (art. 411-11 Code pén.) ou encore la provocation aux délits de trafic ou d'usage des stupéfiants (art. L3421-4 Code de santé publique). À noter la provocation au suicide d'autrui (art. 223-13 du Code pén.) ne s'inscrit pas dans cette logique, car elle suppose que la provocation ait été suivie d'effet soit du suicide, soit de sa tentative, ce qui en fait une infraction de résultat.²⁵¹ En effet si la tentative de complicité a posé problème, la complicité de tentative a toujours été possible.

Dernièrement, cette technique a été privilégiée dans le cadre de la protection croissante du mineur par le législateur. À titre d'illustration, l'on citera la provocation directe d'un mineur à commettre un crime ou un délit (art. 227-21 Code pén.) ou les provocations prévues par l'article 227-19 du Code pénal, à savoir la provocation à la consommation excessive et habituelle d'alcool. La liste est loin d'être exhaustive, mais le constat de l'usage régulier de cette technique par le législateur, dès qu'il entend faire preuve de sévérité pour protéger des intérêts particuliers, est indéniable.

L'infraction formelle est donc très prisee par le législateur, qui étend ainsi le champ des personnes responsables. Dans la foulée, en découle une diversification des valeurs protégées, ce qui étend encore le domaine de la répression pénale.

§2- Une diversification des valeurs sociales protégées

Toute incrimination protège une valeur sociale, qu'elle soit la vie, la propriété, la vie privée ou autre. Un auteur parle en conséquence de la fonction de « valorisation » du droit pénal²⁵². Lors de notre étude sur les théories contemporaines du résultat, il est apparu que la prise en compte de cette valeur sociale par le juge devrait être minime, mais que, incontestablement, elle était au cœur de la *ratio legis* des incriminations et constituait donc le point de départ du raisonnement du législateur. En effet « si la politique est l'art de choisir, alors l'incrimination est un acte de pure politique au sens général du terme »²⁵³ et le choix des valeurs sociales à protéger n'est pas neutre. Le recours à l'infraction de comportement permet précisément de dégager de nouvelles valeurs sociales, ce qui se traduit par une répression accrue (A). Toutefois, cet élargissement soulève également la question technique des conflits de qualification (B).

²⁵¹ Ce qui n'est pas le cas de la propagande en faveur de moyen de nature à se donner la mort (art. 223-14 C. pén.) où l'on retrouve là encore la logique de l'infraction formelle.

²⁵² Y. MAYAUD, La loi pénale, instrument de valorisation sociale, in *Le bicentenaire du Code pénal et du Code d'instruction criminelle*, Dalloz, 2010.

²⁵³ Y. MAYAUD, Ratio legis et incrimination, p.597.

A. Les enjeux répressifs de l'élargissement des valeurs sociales

L'élargissement des valeurs sociales conduit à une protection pénale étendue (1). De plus, elle permet une décomposition de l'infraction en plusieurs parties, qui peut parfois conduire à concours réel d'infraction, si bien que la sévérité pénale s'en trouve doublée (2).

1. Une protection pénale étendue

Selon un auteur, le recours à l'infraction formelle permet un gain de valeurs de valeurs sociales. « La percée d'une infraction formelle se solde, en général, par la reconnaissance d'une nouvelle valeur sociale, par hypothèse distincte de celle de l'infraction formelle ayant servi de support à sa définition »²⁵⁴. Cette idée est tout à fait logique, dans la mesure où la logique des infractions formelles, au sens large, se distingue de celle des infractions de résultat. Il ne s'agit plus de saisir un acte individuel en ce qu'il a causé un dommage à une personne identifiable, mais de sanctionner un individu qui présente un danger pour la société, danger révélé par son comportement. La valeur sociale prend dans ce cas une dimension plus globale et collective. À titre d'exemple, d'aucuns considèrent que l'escroquerie tend à protéger la foi publique, alors que la publicité mensongère se rapporte à la foi publique, à la confiance que le particulier doit pouvoir avoir à l'égard du commerçant dans une société mercantile. De même, les infractions contraventionnelles ou les délits-obstacles relatifs au non-respect des règles de sécurité dans le Code du travail peuvent être vus comme des délits protégeant la sécurité globale des salariés et non l'intégrité physique d'un ou plusieurs salariés singularisés dans le cas d'une atteinte involontaire à leur intégrité suite à un accident. Le même raisonnement peut s'appliquer dans l'articulation entre délit de risque causé à autrui et infractions d'imprudences.

Le cas de la protection du témoin est un exemple patent de cette diversification des valeurs sociales. Les violences exercées sur un témoin ou une victime sont érigées en infraction aux articles 222-8 et suivants du Code pénal et constituent des facteurs d'aggravation de la répression de ces atteintes à l'intégrité physique. Or une infraction formelle a également trait au témoin, il s'agit de la subordination de témoins, punie par l'article 434-15 du Code pénal. Celle-ci est indiscutablement une infraction formelle, dans la mesure où la subordination de témoin ne doit pas nécessairement avoir été suivie d'effet.²⁵⁵

²⁵⁴ Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, n°196.

²⁵⁵ Cette infraction est souvent présentée comme l'incrimination d'une tentative d'infraction de résultat. Il est toutefois difficile d'identifier l'infraction-mère si c'est le cas. Si l'on considère qu'il s'agit d'une tentative de violence sur un témoin, elle correspond à ce schéma. Nous serions toutefois plus enclins à considérer que, du fait qu'elle a pour objectif de pousser un témoin à commettre une atteinte à la justice, comme un faux témoignage, et du fait de la mention de « promesses, offres, présents » par l'article, elle s'insère d'avantage dans

Or, la place dans le Code des différentes infractions illustre la diversité des valeurs protégées. L'une d'elle a trait à la protection de l'intérêt individuel du témoin, l'autre, du fait qu'elle se trouve dans la partie du Code consacrée aux « atteintes à l'action de la justice » a trait au bon fonctionnement de la justice, valeur sociale différente et plus générale. En toute logique, ces infractions devraient donc pouvoir se cumuler, comme on le verra plus loin en examinant la question du concours de qualification. Pour lors, il s'agit d'évoquer les cas de concours réel d'infraction que soulève le recours à l'infraction de comportement et d'observer le renforcement de la sévérité pénale.

2. Une sévérité pénale doublée

Les infractions se trouvent en concours réel lorsque la seconde d'entre elles, ou même les infractions suivantes s'il y en a plus de deux, a été commise avant que la première ait fait l'objet d'une condamnation définitive passée en force de chose jugée²⁵⁶. Certaines infractions de comportement interviennent, d'un point de vue temporel, antérieurement à l'infraction de résultat, dont elle constitue pourtant un acte préparatoire. De ce fait, elles se distinguent de celle-ci et donnent lieu à un cumul des infractions, à une double déclaration de culpabilité. Par ailleurs, les peines d'amende peuvent se cumuler dans l'hypothèse où une contravention est en concours avec une autre contravention, un crime ou un délit (art.132-7 Code pén.).

Dans le cadre d'un concours entre une infraction contraventionnelle et une infraction de résultat, cette dernière doit normalement l'emporter, car elle absorbe la première. Mais si elle se divise dans le temps, il y a concours réel et possibilité de cumuler les peines²⁵⁷. Parfois, ce même critère temporel s'applique dans un concours entre une infraction formelle et son infraction-mère. Par exemple, un tel cumul a été admis entre une pratique commerciale trompeuse et l'escroquerie par la Chambre criminelle en 1978²⁵⁸. Le critère temporel peut s'appliquer dans le cadre d'une infraction complexe, car les actes qui la caractérisent sont parfois séparés dans le temps.

Ces cas de figure illustrent la conséquence répressive qu'a l'élargissement des valeurs sociales protégées par le législateur, qui conduit donc à des doubles déclarations de

la catégorie des infractions formelles de provocation non suivie d'effet. Il en va sans doute de même pour les délits de corruption (art 433-1 et s. Code pén.).

²⁵⁶ B. BOULOC, *op. cit.*, n°750.

²⁵⁷ X. PIN, *Droit pénal général*, Cours Dalloz, 2016, n°249.

²⁵⁸ Crim. 10 mai 1978, *Bull. crim.* n°148 ; D. 1978, IR. 348, obs. ROUJOU DE BOUBÉE. Toutefois, cette solution est sans doute propre à l'infraction complexe qu'est l'escroquerie et l'on en déduira pas un principe général. D'autant qu'un tel cumul peut aussi se justifier par le recours au critère des valeurs sociales que nous nous apprêtons à exposer.

culpabilité, voire à un cumul des peines. Le principe *non bis in idem* est ainsi habilement contourné par le législateur, mais il l'est encore plus par le juge dans le cas de véritables conflits de qualification, c'est-à-dire lorsqu'un même fait est susceptible de deux qualifications différentes. Cette question, relativement technique mais éminemment révélatrice de cette idée d'une double sanction, mérite quelques développements.

B. La résolution des conflits de qualification

Lorsque le juge se trouve en présence d'un fait susceptible de qualifications différentes, il est confronté à une hypothèse de concours idéal d'infraction et il se doit normalement de trouver la qualification adéquate afin de prononcer une seule condamnation. Cependant, le développement d'infractions formelles permet le contournement de ce concours idéal et une double déclaration de culpabilité du fait de plusieurs critères (1). Malgré tout, des questions subsistent, notamment lorsqu'une infraction de mise en danger est l'une des infractions en concours (2).

1. Le contournement du concours idéal d'infraction

Le premier critère est précisément celui de la valeur sociale lésée. Celui-ci fut dégagé par la doctrine dans son interprétation de l'arrêt *Ben Hadaddi*²⁵⁹. En l'espèce, un individu avait lancé une grenade sur un immeuble et était poursuivi à la fois pour tentative de meurtre et tentative de destruction d'un immeuble collectif par explosif. Le cumul des qualifications a été admis par le juge et la doctrine en a déduit que lorsque deux valeurs protégées étaient atteintes par un même fait. Le concours idéal était écarté et les solutions du concours réel devaient s'appliquer. Or, la multiplication des valeurs sociales que nous avons évoquée dans le cadre des infractions de comportement multiplie les cas où cette démarche va pouvoir se retrouver chez le juge. Ainsi, le délit obstacle relatif au non-respect des règles de santé ou de sécurité en droit du travail a pu se cumuler avec des délits d'imprudance du fait que les valeurs de la sécurité au travail et de l'intégrité physique ne se recourent pas²⁶⁰.

Toutefois, le critère des valeurs sociales se heurte à deux autres critères, celui de la qualification la plus haute et celui de la qualification spéciale. Ainsi, dans le cadre d'un conflit entre l'infraction formelle, au sens strict et son infraction mère, c'est l'infraction formelle qui doit l'emporter en raison du critère *lex specialis*²⁶¹, sauf dans le cas où le critère temporel peut

²⁵⁹ Crim. 3 mars 1960, *Bull. crim.* n° 138, *RSC* 1961 p. 105, obs. A. LEGAL.

²⁶⁰ V. not. Crim. 8 nov. 1977, *Bull. crim.* n°339; Crim. 21 sept. 1999, *Bull. crim.* n°191; *RSC* 2000. 200, obs. Y MAYAUD.

²⁶¹ X. PIN, *op. cit.*, n° 248.

jouer. Dans cette logique, l’empoisonnement, même s’il entraîne la mort de la victime, ne pourra pas être cumulé avec une qualification de meurtre. De plus, la résolution du conflit entre le délit de risque causé à autrui et le délit de blessures involontaires aggravées (art 222-19 Code pén.) est une illustration de l’application du critère sévérité. En effet la Cour de cassation a refusé le cumul entre ces infractions, car la mise en danger étant intégrée aux circonstances aggravantes des blessures involontaires, elle est plus sévère et donc doit être appliquée en priorité²⁶². Cette observation conduit à relativiser la double sévérité en matière d’infractions de comportement. La double déclaration de culpabilité, bien qu’elle soit favorisée par le recours à ces infractions, n’est pas systématique pour autant.

Enfin, il convient de relever que le critère des valeurs sociales est intimement lié à celui de l’intention. Certains auteurs privilégient l’usage de cette notion comme critère²⁶³ et c’est d’ailleurs celle-ci, davantage que celle de valeur sociale, qui est mentionnée explicitement par le juge dans l’affaire du jet de la grenade précitée. La Cour avance en effet qu’il « ne s’agit pas, en tel cas d’un crime unique [...] mais de deux crimes simultanés, commis par le même moyen, mais caractérisés par des intentions coupables essentiellement différentes ». Si l’on considère que l’intention se définit comme la volonté tendue vers un résultat, entendu comme l’atteinte à un intérêt pénalement protégé, cette approche est à privilégier, car, comme on a pu l’observer, le résultat ne se confond pas avec la valeur sociale protégée. Pour employer la terminologie des auteurs contemporains, le « résultat juridique » ne se confond pas avec le « résultat redouté », ce dernier ne devant être pris en compte que par le législateur et non par le juge. En effet la notion de valeur sociale est très floue et subjective, soumise à la discrétion de l’interprète et certains conflits persistants l’illustre bien.

²⁶² Crim. 11 sept. 2001., *Bull crim.* n° 176 ; *Dr. penal* 2002. 4, obs VERON ; *Gaz. pal.* 2002. 2. Somm. 1956, note MONNET ; *RSC* 2002. 106, obs. MAYAUD.

²⁶³ R. MERLE et A. VITU, *op. cit.*, n° 398.

2. Les difficultés persistantes

Un conflit a posé des difficultés certaines quant à sa résolution, à savoir celui entre le délit de l'article 223-1 du Code pénal, que nous qualifions d'infraction de risque et les infractions de comportement que l'on trouve en droit du travail relatives à la sécurité des salariés. Les divergences doctrinales sur ce point illustrent bien à quel point manier le critère de la valeur sociale est parfois délicat. Un auteur, se penchant sur cette question précise, a mis en lumière ces divergences²⁶⁴. Considérant que deux valeurs distinctes sont protégées, la vie et la discipline sociale dans le monde du travail, certains auteurs admettent l'idée d'une double poursuite. Pour d'autres, le cumul serait illogique dans la mesure où une seule et même valeur est en cause, la plupart l'identifiant à la sécurité. Enfin, pour l'auteur recensant ces opinions, cette valeur serait la vie humaine²⁶⁵. L'auteur évoque alors les critères venant suppléer celui des valeurs sociales, la qualification la plus haute, ou la qualification spéciale. Là encore, les divisions sont patentées. Les uns privilégient le critère de la qualification la plus haute et donc l'application de l'article 223-1 du Code pénal, les autres s'en réfèrent au principe de spécialité qui doit conduire à appliquer le droit pénal du travail. Le conflit reste à résoudre.

L'arrêt *Massov*²⁶⁶, rendu également en droit pénal du travail, illustre encore davantage la difficulté que l'on peut avoir à déterminer les valeurs sociales protégées par deux incriminations. En l'espèce, les deux normes en conflit étaient la violation de l'interdiction d'employer un mineur au démontage d'un échafaudage, prévue par l'article R. 234-18 du Code du travail, contravention distincte du délit consistant à ne pas respecter l'obligation faite à l'employeur par l'article 138 du décret du 8 janvier 1865 d'assurer la sécurité des travailleurs employés à une telle tâche, quel que soit leur âge, en les plaçant sous la direction d'une personne compétente. La Cour a en effet admis le cumul de qualifications et le cumul des peines, sans signaler les valeurs sociales lésées. Pour certains commentateurs, la position des magistrats en opérant une distinction entre la protection des mineurs et le respect de la discipline sociale dans l'entreprise. Comme le souligne un auteur, la distinction peut paraître artificielle, « comme mettant en opposition deux facettes d'une même idée, à savoir l'intégrité physique »²⁶⁷. Cela peut légitimement laisser l'observateur perplexe. La sévérité est ici

²⁶⁴ D. HENNEBELLE, art. précité.

²⁶⁵ *Ibid.*

²⁶⁶ Cass. crim. 4 mai 1979, *Bull. crim.* n° 162.

²⁶⁷ D. HENNEBELLE, art. précité.

redoutable, étant donné le cumul des peines possibles. L'on pourrait souhaiter que cette sévérité repose sur des critères bien établis et non sur cette notion floue qu'est la valeur sociale protégée. L'auteur le résume assez éloquemment, « comment expliquer, en effet à un chef d'entreprise dont le manquement à une norme de sécurité a causé le décès d'un salarié, qu'il va être doublement condamné [...] au motif qu'il a porté atteinte à des valeurs sociales différentes ? N'y a-t-il pas une trop grande abstraction à distinguer entre l'intégrité physique et la discipline sociale ? »²⁶⁸

Ce point, bien que précis et circonstancié, soulève tout de même la question des dangers que peut susciter une technique extrêmement sévère et répressive à bien des égards et reposant pourtant sur des critères difficiles à définir. Aussi nous apparaît-il essentiel de se pencher sur la question des dangers de l'infraction formelle et de voir si le recours à celle-ci, dont l'utilité sur le plan préventif et répressif a été démontrée, est maîtrisé.

CHAPITRE 2 : LES DANGERS DE L'INFRACTION FORMELLE

L'infraction formelle est loin d'être un sujet qui déchaîne les passions, en témoigne le peu d'études sur le sujet. Le recours à cette technique est noté à titre incident lors d'études de droit spécial sur des infractions de ce type et l'on se borne à souligner la philosophie répressive qui sous-tend cette pratique, sans véritablement creuser la question²⁶⁹. Il nous semble important de mettre en exergue les risques que peut engendrer le recours à l'infraction formelle (section 1), risques assez bien maîtrisés dans l'ensemble. Là où l'infraction formelle peut inquiéter en revanche, c'est surtout lorsque l'on adopte une approche à l'aune de la politique législative pénale contemporaine, ce qui amène à réaliser que l'infraction formelle n'est qu'un symptôme d'un droit pénal malade à plusieurs égards (section 2).

²⁶⁸ *Ibid.*

²⁶⁹ A noter tout de même l'étude de C. VOLANTE, *Le recours à l'infraction formelle*, 2009.

SECTION 1 : LES RISQUES DU RECOURS A L'INFRACTION FORMELLE

L'infraction formelle est un redoutable mécanisme répressif, de par sa technique, qui étend le champ pénal de la répression. Mais cette extension ne s'arrête pas aux éléments relevés précédemment et va parfois plus loin, la structure de l'infraction mettant à mal des principes fondamentaux du droit pénal général (§1). Par ailleurs, il convient de mettre en lumière les risques liés à la philosophie qui sous-tend l'infraction formelle (§2).

§1- Les risques inhérents à la structure de l'infraction formelle

La simple pensée criminelle échappe à la répression et nul n'est responsable pénalement que de son propre fait. Ces deux principes, sont souvent présentés comme les fondements de notre droit pénal, mais ils n'en font pas moins l'objet de bien des aménagements. Or, l'infraction formelle *stricto sensu* est une illustration des plus criantes d'un tel aménagement. En effet celle-ci ouvre la voie à la tentative de tentative, qui permet de se rapprocher de l'incrimination de la pensée criminelle en remontant de plus en plus l'*iter criminis* (A), ainsi qu'à la complicité de complicité, qui entraîne une responsabilité pénale potentiellement très étendue (B). Aussi s'agit-il de s'interroger sur le domaine de ces deux phénomènes.

A. La remontée incessante de l'*iter criminis*

Du fait qu'elle se définit, notamment, comme la tentative d'une infraction de résultat érigée en infraction autonome, l'infraction formelle devrait logiquement être susceptible de tentative, les actes préparatoires devenant le commencement d'exécution. Toutefois, il serait erroné d'avancer que l'infraction formelle permet systématiquement une telle remontée de l'*iter criminis*. Celle-ci ne se constate que dans un cadre particulier, qui suppose de revenir à la terminologie fondatrice de l'infraction formelle, celle de l'attentat (1), dont il conviendra de préciser le domaine (2).

1. La définition moderne de l'attentat

L'attentat est généralement présenté comme l'ancêtre de l'infraction formelle, si bien qu'il serait possible de croire que cette terminologie n'est plus d'actualité dans le cadre de la théorie de l'infraction et que ce terme se borne à désigner l'infraction de l'article 412-1 du Code pénal. Pourtant, bien qu'occulté durablement par la notion d'infraction formelle, l'attentat est réapparu en doctrine relativement récemment sous la plume d'auteurs s'intéressant justement à l'étude de l'infraction formelle ou de la tentative.²⁷⁰ Il ressort de ces analyses que

²⁷⁰ V. D. SPITERI, art. précité, p. 499 ; A. PROTHAIS, *Tentative et attentat*, LGDJ, 1981, n° 514s.

l'attentat peut se définir comme une tentative érigée en infraction consommée, elle-même susceptible de tentative. Ainsi, tout attentat est une infraction formelle, mais toute infraction formelle n'est pas un attentat. L'empoisonnement, tout en étant l'infraction formelle de référence, est également l'archétype de l'attentat, comme en témoigne l'usage des termes « attenter à la vie d'autrui » dans sa définition légale. Le fait de mélanger une substance mortifère avec des aliments ou une boisson caractérise donc un commencement d'exécution de l'empoisonnement, alors que charger une arme n'est encore qu'un acte préparatoire du meurtre²⁷¹.

Bien entendu, cette technique répressive particulièrement sévère doit être réservée aux infractions les plus graves et les plus nocives, ce qui revient à soulever la question du domaine de l'attentat.

2. Le domaine de l'attentat

Sous l'empire de l'ancien Code pénal, les attentats à la pudeur constituaient des attentats. En effet il s'agissait de crimes consistant en des tentatives de porter atteinte à la pudeur, dont la tentative était punissable²⁷². À première vue, cela ne semble plus être le cas l'heure actuelle, ces infractions ayant toutes été correctionnalisées et le terme « atteinte » ayant été substitué au terme « attentat », ce qui laisse supposer que les agressions sexuelles autres que le viol (art 222-27 et s. Code pén.) sont des infractions de résultat. Pourtant certains auteurs considèrent que le régime de l'agression sexuelle est aligné sur celui de l'ancien attentat à la pudeur, ce qui se justifie par le fait la preuve d'une atteinte est parfois très difficile à rapporter en la matière pour le ministère public²⁷³. Ces infractions seraient alors de nature formelle et l'infraction de résultat correspondante serait le viol, unique infraction de résultat en la matière. Si l'on admet ce postulat et dans la mesure où l'article 222-31 du Code pénal incrimine la tentative de ces agressions sexuelles, alors l'attentat serait un des seuls délits susceptibles d'être qualifié d'attentat²⁷⁴. Il est toutefois délicat de dissocier la tentative d'agression sexuelle de l'agression elle-même. Un arrêt rendu en 1995 semble présenter à cet

²⁷¹ A. PROTHAIS, *op. cit.*, n° 547.

²⁷² *Ibid.*, n° 272s.

²⁷³ V. J.-Y. MARECHAL, *op. cit.*, n° 509.

²⁷⁴ Pourrait également rentrer dans cette catégorie l'atteinte à l'intimité de la vie privée commise par le truchement de l'image (art. 226-1 2° Code pén.) car la Cour de cassation réduit la matérialité de ce délit au « seul fait de fixer, enregistrer et transmettre sans le consentement de celle-ci l'image d'une personne se trouvant dans un lieu privé. » (Crim. 16 févr. 2010: *Bull. crim.* n° 25; *D.* 2010. AJ 768, note LAVRIC ; *ibid.* 2011. Pan. 782, obs. DREYER *AJ pénal* 2010. 340, obs. DUPARC ; *Dr. pénal* 2010, no 56, obs. VERON), en faisant une infraction formelle. Or la tentative de ce délit est réprimée à l'article 226-5 du Code pénal.

égard un des rares cas où cela s'avère possible²⁷⁵. En l'espèce, l'agent se présentait comme un médecin chargé d'un entretien préalable à une embauche, avait amené une jeune femme chez lui et lui avait demandé de se déshabiller. La jeune femme s'était enfuie avant tout acte précis de l'agent. La Cour d'appel de Versailles avait estimé qu'il existait des manœuvres constitutives d'un commencement d'exécution, comme tendant directement et immédiatement au délit et qu'il n'y avait pas eu de désistement volontaire. La Cour de cassation rejeta le pourvoi, consacrant ainsi la possibilité de discerner une tentative d'agression sexuelle. Ceci étant dit, toutes les agressions sexuelles ne peuvent pas être considérées comme des attentats, puisque la tentative des atteintes sexuelles sur mineur (art 227-25 et s. Code. pén.), par exemple, n'est pas prévue.

Outre le cas complexe de l'agression sexuelle, l'on peut citer plusieurs crimes d'une gravité certaine qui s'intègrent dans cette catégorie d'attentat. Ainsi, l'attentat aux institutions de la République à l'intégrité du territoire, (art 412-1 Code pén.) qui consiste à commettre un ou plusieurs actes de violence « de nature à » porter atteinte à l'intégrité du territoire national répond à cette logique²⁷⁶. De même, est un attentat le crime d'attentat à la circulation ferroviaire de l'article 16 de la loi du 15 juillet 1845 qui, dans sa rédaction issue de la loi du 2 février 1981, punit « quiconque aura volontairement employé un moyen quelconque aux fins de faire dérailler les véhicules ou provoquer leur collision ». Enfin, le crime d'eugénisme (art. 214-1 Code pén.) semble aussi répondre à cette logique, celui-ci était un crime défini comme « le fait de mettre en œuvre une pratique eugénique tendant à l'organisation de la sélection des personnes », si bien qu'un auteur analyse ce crime comme une tentative de sélection génétique organisée, c'est-à-dire « un attentat à l'intégrité de l'espèce humaine par pratique eugénique ».²⁷⁷ Il apparaît qu'en matière d'attentat il est plus délicat d'identifier de véritables infractions-mères, car le but est justement d'éviter des événements extrêmement graves comme la destruction des institutions de la République, ou le clonage de masse, des événements qui, fort heureusement, ne constituent pas le quotidien des tribunaux.

Le domaine de l'attentat est donc relativement limité. Le recours à la notion d'attentat est donc utile, car il démontre que la crainte d'accéder à la répression de la pensée criminelle

²⁷⁵ Crim. 14 juin 1995, *Bull. crim.* n° 222 ; RSC 1996. 365, obs. B. BOULOC ; *Dr. pénal* 1995. Comm. 222, obs. M. VERON.

²⁷⁶ A noter que la tentative de cette infraction n'est autre que le complot, un délit-obstacle (art. 412-2 Code pén.).

²⁷⁷ A. PROTHAIS, Tribulations d'un pénaliste au royaume de l'éthique biomédicale, *JCP* 1999, I, 129, n° 8.

du fait de l'usage de l'infraction formelle n'est pas véritablement d'actualité. Reste à étudier la question de la complicité de complicité.

B. L'extension constante de la responsabilité pénale

Le débat sur la complicité de complicité n'est pas nouveau²⁷⁸. Cette complicité indirecte, ou encore de second rang, était *a priori* exclue par l'article 60 de l'ancien Code pénal. Garçon en était notamment un ferme opposant²⁷⁹, car le texte exigeait une aide directe en faveur de l'auteur de l'infraction. La définition se plaçait sur un rapport d'individu à individu et non sur un rapport d'individu à action. Ainsi la Cour de cassation avait refusé dans un premier temps d'élargir la notion de complicité de la sorte.²⁸⁰ Pourtant, dans les dernières années d'application de l'ancien Code pénal, la jurisprudence avait admis une pénalisation de la complicité de complicité, en contradiction avec la lettre de l'article 60. Dans un arrêt du 30 mai 1989²⁸¹, elle avance que cet article « n'exige pas que des instructions soient données directement à l'auteur de l'infraction pour que la complicité [...] soit légalement constituée ». Si cet élargissement pouvait se justifier au regard de la répression, il était tout à fait critiquable quant à la lettre de la loi. Le nouveau Code pénal a mis fin à cette incohérence, car désormais l'article 121-7, alinéa 1er, du Code pénal dispose qu'est « complice d'un crime ou d'un délit la personne qui sciemment, par aide ou assistance, en a facilité la préparation ou la consommation ». Il est remarquable que la complicité ne s'appréhende plus au travers du rapport entre les personnes, mais au travers du rapport à l'infraction. La Cour de cassation en a tiré les conséquences et dans un arrêt du 15 décembre 2004²⁸², posant le principe au terme duquel la complicité indirecte est incriminée, dans une affaire d'escroquerie. Toutefois, le commentateur dudit arrêt indique bien que cette extension est encadrée par la juridiction suprême, qui insiste sur les conditions classiques de la complicité et en particulier sur le fait principal punissable.²⁸³

Or, nous l'avons mis en exergue, l'infraction formelle, lorsqu'elle érige en infraction une provocation non suivie d'effet contourne cette exigence du fait principal punissable. Dès lors, le recours à l'infraction formelle dans cette hypothèse a deux conséquences. Tout d'abord, elle occulte la question de la complicité de complicité, puisque, aux termes de la loi,

²⁷⁸A. VITU, La complicité de complicité, *RSC* 1990. 325.

²⁷⁹E. GARÇON, *Code pénal annoté*, Sirey, 1952, 2e éd. refondue et mise à jour par M. ROUSSELET M. PATIN et M. ANCEL, art. 59 et 60, n° 276.

²⁸⁰V. Cass. crim., 4 janv. 1975, *Gaz. Pal.* 1975, 1, p. 343, note J.-P. D. ; *RSC* 1976, p. 707, obs. J. LARGUIER.

²⁸¹Cass. crim., 30 mai 1989, *RSC* 1990, p. 325, obs. A. VITU.

²⁸²Crim. 15 déc. 2004, préc., *JCP* 2005. II. 10050, obs. MARECHAL ; *RSC* 2005. 298, obs. VERMELLE.

²⁸³G. ROYER, Feu la règle la « complicité de complicité ne vaut » !, *D.* 2005, p. 2128.

le complice d'une infraction de ce type est bel et bien le complice d'un auteur. Deuxièmement, elle ouvre la possibilité d'étendre encore davantage le domaine de la complicité indirecte. En effet le complice du complice d'un mandat criminel pourra être considéré comme un complice de second rang, alors qu'il est en réalité un complice de troisième rang. Bien entendu, dans une telle hypothèse, le juge va vérifier que les deux autres conditions de la complicité, à savoir un acte de complicité et une intention criminelle, sont réunies. Les protagonistes ne seront toutefois pas liés au point d'être « cousus dans le même sac » comme le préconisait le Doyen Carbonnier.²⁸⁴

Enfin, la complicité de tentative est admise depuis toujours. Toutefois, ce constat a une résonance particulière en matière de complicité de tentative d'infraction formelle, donc de tentative d'attentat. Celui qui donne les moyens à un empoisonneur d'acheter une dose de substance mortifère pourra être poursuivi au même titre que l'auteur de l'empoisonnement s'il avait l'intention de contribuer au crime. Au contraire, si l'argent est employé pour acheter une arme à feu dans l'optique de commettre un assassinat, la fourniture de cette somme ne rentrera pas dans le champ de la répression pénale.

Toutes ces considérations demeurent relativement théoriques. Si l'extension du champ de la répression pénale est incontestablement avérée, les cas de complicité de troisième degré ou de complicité de tentative d'attentat se rencontrent assez rarement en pratique et se heurtent en toute hypothèse à des difficultés probatoires majeures. En définitive, l'infraction formelle *stricto sensu*, met théoriquement à mal des grands principes du droit pénal, sans que cela n'ait vraiment de retombées pratiques. Qu'en est-il des risques liés à la philosophie de l'infraction formelle, *lato sensu* ?

²⁸⁴ J. CARBONNIER, Du sens de la répression applicable au complice selon l'art. 59 c. pén., *JCP* 1952, I, 1034.

§2- Les risques inhérents à la philosophie de l'infraction formelle

L'infraction formelle, qu'elle soit envisagée de façon stricte ou large, est un outil dont la philosophie est fondamentalement teintée de positivisme (A), ce qui amène à soulever des réserves par rapport à son usage trop systématique et à s'interroger sur l'encadrement du législateur à cet égard (B).

A. Un mécanisme répressif teinté de positivisme

Le courant positiviste est apparu au XIXe siècle, puisant son inspiration dans la philosophie du même nom d'Auguste Comte. Elle s'inscrit en réaction contre la doctrine classique. Les positivistes nient le libre arbitre et le point de vue moral. L'homme est « agi », c'est-à-dire conduit par des forces qui le dépassent. Le crime n'est pas le résultat d'un choix libre de l'agent mais le produit fatal de causes diverses, internes ou externes. Le fondement de la répression, c'est son état dangereux pour l'ordre social²⁸⁵. Les influences du positivisme se retrouvent aujourd'hui dans le pragmatisme répressif qui caractérise notre époque contemporaine²⁸⁶.

L'infraction formelle, nous l'avons déjà évoqué, s'inscrit tout à fait dans une logique positiviste, en détachant l'acte criminel de ses conséquences. Le droit pénal n'est plus là pour sanctionner l'atteinte à l'ordre social, mais pour sanctionner précisément cet « état dangereux », pourtant si difficile à évaluer, qui découlerait uniquement du comportement. En conséquence le juge se voit retirer une grande partie de son pouvoir d'appréciation. Au titre de la matérialité de ces infractions, la loi exige simplement la constatation d'un comportement²⁸⁷. C'est l'élément moral qui doit permettre de s'assurer, pour les infractions obstacles ou formelles, que l'agent présente bien un caractère dangereux. L'élément moral est toutefois un relais périlleux²⁸⁸. Il est frappant de constater à quel point une philosophie élaborée dans des temps quelque peu primitifs, est en réalité d'une actualité brûlante. Car c'est bien la maxime de l'empereur Hadrien, « *in maleficiis voluntas spectatur non exitus* »²⁸⁹, que l'on retrouve ici. Le spectre du procès d'intention se profile et même si, comme on l'a vu, il n'est pas une réalité en matière d'infraction formelle *stricto sensu*, les délits-obstacles, qui ne

²⁸⁵ B. BOULOC, *op. cit.* n° 76s.

²⁸⁶ *Ibid.*

²⁸⁷ *Supra*, p. 64.

²⁸⁸ C. VOLANTE, *op. cit.*, p. 61 et s.

²⁸⁹ La gravité d'un crime doit s'apprécier d'après la qualité de l'intention et non d'après le seul résultat objectif de l'acte.

cessent de se développer, peuvent poser problème, car ils « poussent le droit pénal dans ses derniers retranchements »²⁹⁰.

En somme, le caractère baroque de l'infraction formelle conduit à beaucoup d'abstraction, à tous les niveaux, ce qui semble en contradiction complète avec le principe même du droit pénal, un domaine du droit censé être caractérisé par son pragmatisme et son attachement à la réalité. Un auteur estime par rapport à cette problématique que « s'éloigner du résultat redouté attentatoire à la valeur sociale protégée pour incriminer un danger en soi, c'est prendre le risque de couper l'activité criminelle de ses supports matériels et s'engager dans la voie d'un droit pénal à la fois abstrait et menaçant pour les libertés individuelles »²⁹¹. Le risque le plus important que soulève l'infraction formelle au regard de la criminalité contemporaine est en effet celui d'atteintes aux libertés publiques. Plus une incrimination repose sur des fondements incertains, plus elle se trouve à la merci de ceux en charge d'en assurer l'application, tant les forces de l'ordre que les magistrats. La philosophie qui sous-tend l'infraction formelle suscite donc légitimement des inquiétudes et il s'agit d'évoquer la jurisprudence du Conseil constitutionnel relative à celle-ci pour déterminer dans quelle mesure le recours à l'infraction formelle est maîtrisé.

B. Un recours encadré par le Conseil constitutionnel

Le Conseil constitutionnel, conscient des dangers de l'infraction formelle, fait son office de gardien des libertés et il est assez fréquent qu'il se prononce sur la constitutionnalité d'infractions de comportement. Nous citerons deux exemples ici.

En premier lieu, la loi n° 96-647 du 22 juillet 1996 avait complété l'article 421-1 du Code pénal, relatif à la liste des actes de terrorisme, afin de comprendre, parmi les hypothèses visées, l'aide à l'entrée, à la circulation ou au séjour irréguliers d'un étranger, telle que définie par l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France. Il s'agissait donc d'un nouveau délit obstacle, dont la philosophie était conforme à celle du complot ou de l'association de malfaiteurs, à savoir endiguer la criminalité organisée au stade embryonnaire, en l'occurrence dans sa dimension terroriste. La conséquence directe du fait d'aider un étranger à rentrer sur le territoire n'est pas le terrorisme, mais l'on voit bien là la volonté du législateur de prévenir tout risque de cette nature, avec une rigueur tout à fait remarquable. Le Conseil constitutionnel a déclaré que le législateur avait entaché son appréciation d'une disproportion manifeste, c'est sans

²⁹⁰ Y. MAYAUD, *op. cit.*, n° 197.

²⁹¹ Y. MAYAUD, *Ratio legis et incrimination*, p. 605.

aucun doute une appréciation heureuse. Il a observé que, contrairement aux infractions du Code pénal, l'ordonnance de 1945 incriminait « non pas des actes matériels directement attentatoires à la sécurité des biens ou des personnes mais un simple comportement d'aide directe ou indirecte à des personnes en situation irrégulière », il en a fort logiquement déduit « que cela n'était pas en relation immédiate avec la commission de l'acte terroriste. »²⁹² La censure sur le fondement du principe de nécessité s'en est suivie.

En deuxième lieu, le Conseil constitutionnel a eu à examiner la constitutionnalité de l'article 222-14-2, introduit par 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. Cet article incrimine « le fait pour une personne de participer sciemment à un groupement, même formé de façon temporaire, en vue de la préparation, caractérisée par un ou plusieurs faits matériels, de violences volontaires contre les personnes ou de dégradation de biens ». Au vu du terme « préparation » et de la pluralité de délits possibles du fait des agissements, bien que précisément identifiés par le texte, nous sommes là encore en présence d'une infraction obstacle, même si certains auteurs, y voyant une tentative de violences, la décrivent comme une infraction formelle.²⁹³ C'est d'ailleurs le cas de Conseil constitutionnel lui-même, qui pour valider l'usage met l'accent sur son utilité, du fait justement que « la tentative de violences volontaires contre les personnes n'est pas punissable ». ²⁹⁴ Il considère donc ici que l'usage que fait le législateur de la technique de l'infraction de comportement est suffisamment justifié pour ne pas encourir la censure.

Ces deux exemples sont rassurants, dans la mesure où le recours à l'infraction formelle et surtout à l'infraction obstacle fait l'objet d'un contrôle. Aussi, les risques que présente l'infraction formelle pour les libertés individuelles ne semblent pas démesurés, même s'il faut rester attentif à cette méthode, qui va à l'encontre de la philosophie classique de droit pénal à bien des égards. En réalité, l'infraction formelle pose surtout problème lorsqu'on l'observe à l'aune des problèmes du droit pénal contemporain.

²⁹² Cons. Constit. 16 juillet 1996, décision n°96-377 DC, *D.* 1997. 69, note MERCUZOT ; *JCP* 1996. II. 22709, note NGUYEN VAN TUONG.

²⁹³ Y. MAYAUD, *op. cit.*, n° 214.

²⁹⁴ Cons. Constit., 25 févr. 2010, Décision n°2010-604 DC, *JO* 3 mars 2010, p. 4312.

SECTION 2 : L'INFRACTION FORMELLE, SYMPTÔME D'UN DROIT PÉNAL MALADE

Le droit pénal est sans aucun doute la matière du droit la plus critiquable et critiquée à l'heure actuelle²⁹⁵. De plus en plus sensibles aux pressions de l'opinion publique, gouvernement et élus légifèrent sous le coup de l'émotion, dans l'urgence, sans vraiment penser à la cohérence du droit pénal. L'inflation législative, qui s'observe dans toutes les branches du droit, est ainsi particulièrement prégnante et problématique en droit pénal et l'infraction formelle s'inscrit dans cette évolution de notre droit contemporain (§1). Par ailleurs, cet usage massif du droit pénal est motivé par des objectifs irréalisables, notamment l'éradication du risque et ce culte du « tout pénal »²⁹⁶ tendu vers la prévention se fait au détriment de principes élémentaires du droit pénal. La dimension préventive de l'infraction formelle doit ainsi être appréhendée du point de la prévention globale du crime en France à l'heure actuelle (§2).

§1- Infraction formelle et inflation législative

L'inflation législative n'est pas un phénomène nouveau et fait l'objet d'une littérature abondante²⁹⁷. Ses causes et ses conséquences sont bien identifiées. Il ne s'agit pas ici d'aborder le phénomène sous tous ses angles, mais de l'observer au prisme de l'infraction formelle. Or, il apparaît que cette dernière s'inscrit pleinement dans le risque classiquement identifié de l'effet « déclaratif » de la loi pénale (A). Parfois l'infraction formelle dépasse même ces conséquences symboliques pour rentrer dans le domaine du contre-productif et de l'ineffectivité (B).

A. Le risque d'un effet déclaratif

L'effet déclaratif de la loi pénale a été identifié par un auteur²⁹⁸, qui constate que celle – ci dépasse ses fonctions classiques. Au-delà d'être expressive, pédagogique et répressive, elle devient souvent déclarative, totalement dénuée de conséquences pratiques et purement symbolique. Il en découle un nouveau dialogue dans l'élaboration de la norme que l'infraction formelle illustre bien.

²⁹⁵ V. parmi tant d'autres, D. SALAS, *La volonté de punir. Essai sur le populisme pénal*, Paris, Hachette, 2005 ; C. LAZERGES, art. précité, in *Le Monde*.

²⁹⁶ P. CONTE, Les trajectoires du droit pénal depuis 1975, *RJcom* 2007.

²⁹⁷ V. not. René SAVATIER, L'inflation législative et l'indigestion du corps social, *D.* 1977 chron. p. 43.

²⁹⁸ C. LAZERGES, De la fonction déclarative de la loi pénale, *RSC* 2004, p. 194.

La loi pénale est normalement avant tout la traduction d'un dialogue entre le législateur et la société, mais pas n'importe quelle partie de la société. La loi pénale est censée s'adresser en priorité aux auteurs potentiels d'infractions afin de les dissuader d'en commettre. Le délinquant potentiel n'a d'ailleurs pas vraiment son mot à dire et le dialogue est plus comparable à une discussion entre un père et un fils, teintée de verticalité, qu'un dialogue entre deux parties égales. Or, l'on assiste actuellement à un changement de paradigme et une contractualisation de l'élaboration de la norme pénale, marquée par l'horizontalité, dont le délinquant potentiel est en réalité exclu. En effet le dialogue qui s'instaure est celui entre le législateur et le bon père de famille. Ce dernier s'insurge contre les atteintes subies par ses semblables et intime au législateur de légiférer pour le rassurer, d'où une dimension « sédative » du droit pénal²⁹⁹. Ainsi, le système pénal n'a pas pour objet premier de dissuader des auteurs potentiels mais plutôt de renforcer les honnêtes gens dans leur croyance en le respect du bien-fondé des normes³⁰⁰.

Ce nouveau dialogue a pour conséquence logique une déconnexion avec la répression et donc une plongée dans le symbolisme. Il est possible de dissocier l'adoption de la norme et son application. D'application malaisée ou coûteuse, voire impossible, la norme pénale trouve l'essentiel de sa raison d'être dans la fonction symbolique remplie par son adoption même³⁰¹. En d'autres termes encore, « le degré de publicité qui entoure l'adoption des lois est généralement inversement proportionnel à leur efficacité instrumentale »³⁰². La prolifération des infractions de comportement et de risques illustre ce constat. Lors de l'adoption du délit de risques causé à autrui, le ministre de la Justice l'indiquait clairement, « dans un but pédagogique, de dissuasion, de prévention, nous voulons que chacun sache qu'il peut être condamné, même s'il n'a pas fait de victime, simplement parce qu'il en a pris délibérément le risque »³⁰³. En réalité, cette infraction est moins un signal envoyé aux fous du volant ou aux employeurs négligents qu'une réponse à la plainte des conducteurs raisonnables et des employés ne supportant plus les risques liés à la conduite ou à leur travail. De même, l'on peut citer l'infraction de harcèlement sexuel, délit formel que l'on évoquera plus en détail plus loin. Suite à la nouvelle définition du délit par la loi n° 2012-954 du 6 août 2012, un auteur met l'accent sur l'impact éminemment négatif de ce nouveau dialogue. Selon lui, « pour donner satisfaction aux associations de victimes, le législateur a sacrifié la

²⁹⁹ *Ibid.*

³⁰⁰ G. GUERY et G. ACCOMANDO, art. précité.

³⁰¹ *Ibid.*

³⁰² M. EDELMAN, *The Symbolic Uses of Politics*, Urbana, 1964.

³⁰³ JO Sénat, séance du 30 avr. 1991, p. 812.

cohérence du système pénal en utilisant les mots qu'elles voulaient entendre, qui compteraient plus que les réalités juridiques. »³⁰⁴

Toute cette problématique était déjà résumée par M. Pierre Mazeaud, lorsqu'il était président du Conseil constitutionnel. Aux termes de ce dernier, « la loi n'est pas faite pour affirmer des évidences et mettre des vœux ou dessiner l'état idéal du monde (...). La loi ne doit pas être un rite incantatoire, elle est faite pour fixer des obligations et ouvrir des droits. En allant au-delà, elle se discrédite. Mais pour s'en tenir au rôle qui est le sien, tout son rôle et rien que son rôle, le législateur doit apprendre à résister à la demande la loi, s'interdire de faire de la loi un instrument de communication »³⁰⁵. Une dizaine d'années après cette déclaration, force est de constater que le législateur est loin d'avoir tiré les conséquences de ce constat. Bien au contraire, le droit pénal dépasse parfois ce symbolisme inefficace et subit une sorte de retour de flammes, en particulier en matière d'infractions formelles.

B. Le risque d'un effet contre-productif

L'objectif du recours à l'infraction formelle est, comme nous l'avons démontré, préventif et répressif et l'infraction formelle *stricto sensu* est un symbole d'équilibre à cet égard. Toutefois, la prolifération incessante de normes de comportements nuit de façon assez remarquable à cette double finalité. Ainsi, les objectifs de l'infraction formelle, tant préventifs (1) que répressifs (2), sont mis à mal.

1. Les objectifs préventifs de l'infraction formelle mis à mal

Le but du législateur contemporain est d'introduire des normes de comportement afin de sensibiliser le citoyen à l'impact que peuvent avoir ses actes, tant sur les autres, que sur sa nation ou son environnement³⁰⁶. Cependant, l'on peut douter que la prolifération de la norme ait une quelconque portée pédagogique. Au contraire, Jean Carbonnier voit dans la prolifération du droit un facteur de l'angoisse contemporaine des citoyens³⁰⁷. Loin de rassurer le citoyen en l'incitant à croire que les délinquants potentiels s'intéressent à la loi pénale et vont réajuster leur comportement, c'est l'honnête citoyen qui a réclamé cette norme et qui est donc conscient de son existence, qui va alors craindre de se faire condamner sur son fondement. L'effet pervers du nouveau dialogue pénal apparaît pleinement.

³⁰⁴ P. CONTE, *Invenias disjecti membra criminis : lecture critique de la nouvelle définition du harcèlement sexuel*, *Dr. Pénal* 2012 étude 24.

³⁰⁵ P. MAZEAUD, *La loi ne doit pas être un rite incantatoire*, *JCP G* 2005, Actualité 70.

³⁰⁶ *Supra*, p. 77.

³⁰⁷ J. CARBONNIER, *Flexible droit. Textes pour une sociologie du droit sans rigueur*, 3^e éd., Paris, LGDJ, 1979, p. 123.

De façon encore plus surprenante, l'infraction de comportement va parfois inciter le délinquant à aller jusqu'au bout de son action délictueuse. Comme le démontre un auteur, le législateur « ôte au délinquant toute motivation pour renoncer à son projet avant la consommation de l'infraction ou se désister volontairement après avoir commencé à l'exécuter »³⁰⁸. L'auteur prend alors l'exemple de l'article 222-14-2 du Code pénal. Étant donné que l'individu qui participe à la préparation d'un affrontement entre bandes rivales est punissable pour cet acte, il n'a donc rien à perdre à aller jusqu'au bout de son projet d'autant qu'il ne bénéficie pas des dispositions relatives au repentir propre au délit-obstacle de l'association de malfaiteurs. Si même dans l'hypothèse, relativement rare, où le délinquant potentiel s'intéresse à la loi pénale avant de commettre son acte, il réalise qu'elle l'incite à ne pas reculer, c'est tout l'objectif de prévention de l'infraction formelle qui s'effondre.

Il est intéressant de relever que, dans un domaine précis du droit pénal, à savoir le droit pénal des affaires³⁰⁹, cet effet pervers de la prolifération normative a été compris et que les conséquences en ont été tirées. En effet les infractions purement disciplinaires ont été largement dépénalisées au cours des dernières années, le législateur ayant réalisé que si tout devient pénal, l'importance des valeurs défendues s'affaïsse. Cette heureuse évolution est sans doute due au fait que cette matière, moins médiatisée et plus technique que le droit commun, est moins soumise au « populisme pénal » et aux pressions citoyennes pour plus de sévérité. En réalité, le législateur devrait moins se concentrer sur la prévention de la pensée criminelle que sur l'efficacité de l'exécution des peines et sur la réinsertion des récidivistes. Avant de constater les lacunes françaises en la matière, il nous reste à mentionner les conséquences de l'inflation législative sur la dimension répressive de l'infraction formelle.

2. Le déclin de la dimension répressive de l'infraction formelle

Un auteur a récemment soulevé la question de l'infraction « ineffective », qui serait celle qui n'est pas appliquée, ou pas sanctionnée³¹⁰. L'infraction formelle peut parfois s'intégrer dans cette théorie.

Tout d'abord, certaines infractions formelles peuvent ne pas conduire à la répression, car elles sont rédigées dans l'urgence et en réponse à la sollicitation populaire ou internationale, si bien qu'elles présentent des lacunes sur le plan juridique. Le cas du harcèlement est tout à

³⁰⁸ M. DAURY-FAUVEAU, La pénalisation proliférante des atteintes virtuelles aux personnes, in *Mélanges Robert*, p. 188.

³⁰⁹ En particulier à partir de la loi n°2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques dite « loi NRE ».

³¹⁰ P. CONTE, « Effectivité », « inefficacité », « sous-effectivité », « surefficacité »... : variations pour droit pénal, in *Mélanges P. Catala*, Litec, 2001, p. 125.

fait parlant à cet égard, dans toutes ses variétés. La loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002 avait modifié l'article 222-33 du Code pénal, qui énonçait ainsi que « le fait de harceler autrui dans le but d'obtenir des faveurs de nature sexuelle est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende. » Le législateur voulait faire droit à la demande de sévérité des associations favorables à la lutte contre ce phénomène, mais il en résultait un texte extrêmement vague, qui s'était attiré les foudres de la doctrine pénaliste. La frontière entre séduction et harcèlement sexuel était devenue extrêmement mince³¹¹, le juge se voyant confier le rôle de faire la différence entre les deux, sur la base d'une matérialité à l'agonie, du fait de la structure formelle de l'infraction. Inévitable, la censure du Conseil constitutionnel, qui surveille le recours à l'infraction formelle, survint en 2012³¹². Celle-ci déclencha une vive controverse et fit grand bruit étant donné que toutes les poursuites en cours avaient dû être annulées du fait de l'abrogation du texte. Le législateur légiféra alors dans l'urgence, pour réintroduire le délit en lui donnant une définition plus précise, mais qui suscite encore de nombreuses interrogations, notamment sur le plan de l'élément moral du délit³¹³. Quant au harcèlement moral, prévu et réprimé par l'article 222-33-2, le juge doit distinguer entre les agissements constitutifs du délit et ceux qui relèvent de l'exercice du pouvoir général d'organisation du chef d'entreprise. Le texte n'est pas assez précis pour que le juge puisse l'appliquer en conformité avec le principe de légalité, si bien que le juge a pu soulever l'inconventionnalité de ce texte pour se refuser à se livrer à cet exercice³¹⁴.

De plus, certaines infractions sont inutiles, car elles s'ajoutent à un corpus d'incriminations existantes qui rend la nouvelle d'utilité douteuse. La multiplication des concours d'infractions illustre bien cette idée, car elle conduit généralement à une ineffectivité des peines prévues par une infraction formelle en cas de concours. Certes la double déclaration de culpabilité peut jouer un rôle et être perçu par une sanction lui-même³¹⁵, mais l'on peut tout de même douter de l'utilité de certains délits obstacles qui sont bien souvent absorbés par l'infraction de résultat lorsque le résultat survient. En réalité, seuls

³¹¹ V. P. CONTE, Une nouvelle fleur de légistique : le crime en boutons. À propos de la nouvelle définition du harcèlement sexuel, *JCP G*, n° 30, 2002, act. 320.

³¹² Cons. Constit, décision n° 2012-240 QPC du 4 mai 2012.

³¹³ V. P. CONTE, article précité, *Dr. pénal* 2012 ; B. LAPEROU-SCHENEIDER, Harcèlement sexuel : première application par la chambre criminelle de la nouvelle version de l'article 222-33 du Code pénal, *JCP G* n°8, 22 févr. 2016, 219.

³¹⁴ TGI Auch, 24 août 2006 : *RSC* 2006, p. 841, obs. A. CERF-HOLLANDER.

³¹⁵ Dans son article sur l'infraction ineffective, P. CONTE évoque le « banc d'infamie », qui constitue une sanction en tant que tel.

les attentats échappent à cette critique, mais comme nous avons pu l'observer, les cas d'attentats sont relativement limités et souvent l'occurrence du résultat est hypothétique.

Enfin, quand bien même le résultat ne souviendrait pas et le délit obstacle ne serait pas absorbé par l'infraction de résultat, les difficultés probatoires que rencontre alors le ministère public sont de taille. Par exemple, par rapport à l'embuscade (art. 222-15-1 Code pén.), comment prouver que l'agent attendait à un endroit depuis un « certain temps » dans le but de porter des coups à un agent public ? Cette exigence textuelle joue en réalité en faveur du prévenu, qui pourra très bien démontrer qu'il « prenait le frais dans un endroit qui lui plaisait.³¹⁶ Ce délit a été introduit suite aux émeutes de 2005, en réaction aux violences qu'avaient pu subir des policiers ou des pompiers et s'inscrit donc tout à fait dans cette logique de prolifération des normes législatives, qui conduit à créer des normes ineffectives et dénuées d'une réelle portée pratique.

Les objectifs de prévention et de répression du crime qu'est censé instaurer le recours à l'infraction formelle semblent loin d'être atteints, malgré la maîtrise théorique de ce recours. La conclusion qui découle logiquement de ce constat est que le législateur devrait sans doute moins s'intéresser à la prévention embryonnaire du crime et à l'état potentiellement dangereux d'un individu, pour se concentrer davantage sur la prévention de la récidive, sur l'individu qui a déjà manifesté son hostilité au corps social. Malheureusement, force est de constater que cette prévention est loin d'être efficace en France.

§2- La morosité de la prévention du crime en France

La prévention du crime et plus particulièrement de la récidive a pris une tournure particulière depuis une vingtaine d'années. Puisant ses sources dans les doctrines positivistes et de défense sociale nouvelle, un « droit pénal de la dangerosité »³¹⁷ apparaît. Cette politique « trop faite de prévention »³¹⁸ serait à bien des égards synonyme de menace pour les libertés individuelles. Ce droit pénal dérogatoire, auquel nous pensons que se rattache l'infraction formelle, se traduit principalement par une accentuation des mesures de sûreté au détriment des préceptes pénaux les plus fondamentaux (A). Par ailleurs, obnubilé par l'idée de mettre à l'écart la « personne dangereuse », le législateur néglige la réinsertion de celle-ci, ce qui ne fait qu'entraîner le renforcement d'une politique criminelle sécuritaire (B).

³¹⁶ M. LAURE-RASSAT, *op. cit.*, n° 1151.

³¹⁷ G. GIUDICELLI-DELAGE, Droit pénal de la dangerosité - Droit pénal de l'ennemi, *RSC* 2010. 69.

³¹⁸ Y. MAYAUD, *Ratio legis et incrimination*, p. 605.

A. La mise à l'écart des préceptes pénaux dans les mesures de sûreté

Les mesures de sûretés font l'objet d'une littérature des plus abondantes. Il sera ici uniquement question de mettre en lumière que, à l'instar de l'infraction formelle, la mesure de sûreté a une portée préventive fondée sur l'état dangereux de l'agent (1), mais qu'en l'occurrence les risques d'atteintes aux libertés fondamentales sont bien plus prégnants qu'en matière d'infraction formelle (2).

1. Mesure de sûreté et état dangereux

Un auteur rappelle le lien étroit entre mesure de sûreté et infraction de prévention³¹⁹. Face à l'interdiction, dont on verra qu'elle est théorique, des mesures de sûreté *ante delictum*, le Code pénal de 1810 avait érigé certains états estimés dangereux, comme le vagabondage et la mendicité, en incrimination autonome, « dissimulant ainsi la mesure de sûreté *ante delictum* sous les traits de l'incrimination de prévention ». La parenté commune de l'infraction formelle et de la mesure de sûreté provient cependant surtout du concept de l'état dangereux qui les sous-tend toutes deux. Classiquement, la peine est distinguée de la mesure de sûreté. La peine serait tournée sur la faute de l'auteur, vers le passé et elle a donc une fonction rétributive, alors que la mesure de sûreté est fondée sur la dangerosité, vers le futur, elle poursuit une finalité préventive et protectrice. Cependant, le concept de la mesure de sûreté a vite été récusé par le Code pénal de 1992, notamment par souci de protection des droits fondamentaux. Pourtant, ces mesures sont réapparues progressivement depuis lors, en particulier depuis le début des années 2000, à l'ère où la problématique de la sécurité est au centre de tous les discours politiques. Validées par le Conseil constitutionnel dans les années 2000³²⁰, elles sont désormais présentées comme l'instrument idoine pour protéger la société contre les individus dangereux qui troublent la paix sociale ou risquent de la troubler.

Pour autant, l'état dangereux est réprimé à un stade différent qu'en matière d'infraction formelle. Les mesures de sûreté modernes sont centrées sur la récidive, car celle-ci renvoie au système pénal l'image de son échec, ce qui est insupportable pour le politique qui se voit accusé de laxisme et ce qui le pousse bien évidemment à renforcer l'usage de ces mesures visant à écarter les individus trop dangereux. En témoigne la section 9 du chapitre II du titre II du livre V du Code de procédure pénale, dont l'intitulé³²¹ établit bel et bien un lien

³¹⁹ P.-J. DELAGE, « Fragments archéologiques de la défense sociale », in *La dangerosité saisie par le droit pénal*, Ch. LAZERGES et G. GIUDICELLI-DELAGE (dir.), PUF, 2011, pp. 49-78

³²⁰ Cons. constit., décisions n°2004-492 DC du 2 mars 2004, 2005-527 DC du 8 décembre 2005 et 2008-562 DC du 21 février 2008.

³²¹ « dispositions relatives à la surveillance judiciaire de personnes dangereuses condamnées pour crime ou pour délit ».

entre récidiviste et personne dangereuse. Le développement de ces mesures a atteint son paroxysme à cet égard, avec la loi du 24 février 2008 et l'introduction de la surveillance de sûreté (art. 706-53-19 Code proc. pén.) et de la rétention de sûreté (art. 706-53-13 Code proc. pén.). La première consiste à prolonger, pour une durée de 2 ans renouvelable indéfiniment en cas de dangerosité persistante, les obligations imposées dans le cadre de la surveillance judiciaire. Quant à la deuxième, elle se définit comme l'enfermement dans un centre socio-médico-judiciaire de sûreté. Il s'agit d'une mesure privative de liberté potentiellement indéfinie qui prend le relais de la peine. Ces mesures ont été très critiquées, car elles dépassent les frontières du droit pénal.

2. Le dépassement des frontières du droit pénal

La peine est soumise à de nombreux principes pénaux. Le principe de proportionnalité de la sanction implique une réponse *post delictum* et une adéquation aux circonstances qui légitiment son prononcé, la peine doit être nécessaire. Le principe de garantie judiciaire implique quant à lui qu'une place fondamentale soit dévolue au juge dans la prise de décision pénale. Enfin, du principe de culpabilité découle la nécessaire subjectivité de la réponse pénale.

Or, un auteur a récemment démontré que tous ces principes sont mis à mal par les mesures de sûretés introduites depuis 2005³²². En effet ces mesures, bien que présentées comme *post delictum*, revêtent en fait un caractère *ante delictum*, car le lien trop entre l'infraction commise et la mesure est bien trop distendu. L'auteur le souligne, considérer qu'une rétention de sûreté, mise en œuvre trente ans après les faits, puisse être liée à celle-ci revient à se voiler la face. La mesure de sûreté a une dimension anticipatrice qui dépasse largement le champ de la prévention générale et de la prévention spéciale attachées aux peines. Quant à la nécessité de la mesure, elle est nécessairement hypothétique dès lors qu'elle repose sur un risque, par définition incertain, subordonné à une dangerosité évaluée mais non attestée. De surcroît, le rôle du juge décroît au profit de celui de l'expert. La médicalisation³²³ du droit pénal s'opère au détriment de la garantie judiciaire et conduit à une déjudiciarisation de la répression. En découle une atteinte à la présomption d'innocence, car la parole de l'expert ne souffre guère de contrepoids. Par rapport à la subjectivité de la réponse pénale, le fait que le législateur introduise des catégories de délinquants dangereux, comme les récidivistes ou les criminels violents et sexuels, montre bien que cette idée est également mise à mal.

³²² J. ALIX, « Une liaison dangereuse. Dangerosité et droit pénal en France », in *La dangerosité saisie par le droit pénal*, Ch. LAZERGES et G. GIUDICELLI-DELAGE (dir.), PUF, 2011, pp. 49-78

³²³ *Ibid.*

Enfin, en sus de tout cela, ces mesures portent atteinte à la sécurité juridique et au principe de légalité, car elles excluent toute prévisibilité. La mesure est reportée à fin de la peine, elle est éventuelle et la notion de dangerosité n'est même pas clairement pas définie³²⁴. L'auteur en conclut qu'aujourd'hui, « les personnes qualifiées de dangereuses sont, en droit français, prises dans la spirale d'un droit pénal nouveau et liberticide ».

Du fait de cet exposé, l'on comprend mieux pourquoi la doctrine pénaliste est mesurée à l'égard des risques d'atteinte aux libertés individuelles que peut poser l'infraction formelle. Malgré toutes les problématiques qu'elle peut soulever à cet égard, les mesures de sûreté sont bien plus dangereuses et critiquables, car le désir de prévention du législateur peut concrètement être mis en œuvre dans le cadre de celles-ci, l'individu condamné en faisant les frais. Un bref aperçu de l'état désolant de la probation à la française renforce ce sentiment que la mise à l'écart de l'individu dangereux prévaut sur sa réinsertion.

B. Les carences de la probation à la française

La réinsertion des délinquants n'est pas une spécialité française. C'est le constat que fait un auteur lorsqu'il compare le système de probation français à des modèles anglo-saxons, comme les « *problem solving courts* », qui tentent de mettre en œuvre l'idéal de la justice restauratrice³²⁵. Ces juridictions populaires reposent sur le souci de prendre du recul sur le délinquant, de ne pas se focaliser seulement sur son passage à l'acte délictuel, mais de résoudre ses problèmes, de se soucier de son bien-être et de le motiver afin qu'il se décide à changer. Elles misent également sur le concept de « *community* », qui renvoie aux « corps intermédiaires », telles les associations ou les congrégations. En intervenant dans le procès de l'individu, celles-ci peuvent donner à l'individu un espoir concret de réintégration, une place, si pas d'emblée dans la société, au moins dans ces corps. Or, l'esprit français semble aller à l'encontre de cette philosophie et exiger du délinquant qu'il se prenne en main par lui-même, qu'il fasse des efforts pour se réinsérer. Les corps intermédiaires peinent à exister entre l'individu et l'État, car l'individualisme est plus puissant que le sentiment de solidarité. De plus, les manifestations publiques de ferveur suscitent la moquerie. Aux termes de l'auteur, « dans ce contexte, on imagine mal une assemblée de citoyens illuminés par un esprit bienveillant et une foi en la rédemption de l'homme venir reconforter publiquement un voyou ou un délinquant sexuel »³²⁶.

³²⁴ La « dangerosité criminologique » est en effet très délicate à apprécier, V. P. MORVAN, *Criminologie*, n° 276-10 et s.

³²⁵ P. MORVAN., *op cit.*, n° 293-10.

³²⁶ *Ibid.*

Au-delà de ces critiques sur l'état d'esprit français, la probation à la française présente d'autres lacunes plus concrètes. En premier lieu, le concours de recrutement des conseillers des conseillers du service pénitentiaire d'insertion et de probation (SPIP) n'accorde aucune place aux qualités humaines indispensables en ce domaine, à savoir la motivation, l'aptitude à communiquer, ou le sens de l'empathie. En second lieu, sur le plan institutionnel, les SPIP ont été sortis des tribunaux. Ils sont désormais intégrés à l'administration pénitentiaire qui est une « machine centralisée, hiérarchique, tributaire d'une politique versatile du ministère de la Justice »³²⁷, l'objectif pouvant être de vider les prisons ou de les remplir. Selon l'auteur, ils devraient être autonomes et en liaison constante avec les magistrats. Le juge d'application des peines et les conseillers des SPIP ne travaillent guère ensemble et communiquent très peu, ce qui a parfois permis à de dangereux récidivistes d'échapper à tout suivi et a donc corrélativement renforcé l'adhésion aux mesures de sûretés. S'ajoute à ces éléments le manque de moyens, qui pousse l'auteur à conclure, de façon non équivoque que le système de probation à la française « fait figure de bricolage improvisé et apparaît, pour ainsi dire, à côté de la plaque »³²⁸. En somme, il est frappant de constater le décalage entre l'énergie que déploie le législateur à multiplier tant les infractions de prévention que les mesures de sûretés préventives et le peu de cas qu'il fait de la probation.

³²⁷ P. MORVAN, *op. cit.*, n° 293-20.

³²⁸ *Ibid.*

Conclusion générale

Sir Christopher Wren (1632-1723) fut l'un des plus grands architectes que l'Angleterre eut connu. C'est à lui que l'on doit l'édification de la cathédrale Saint-Paul. L'observateur qui compare son œuvre à l'église baroque romaine constate que Wren a suivi l'architecture baroque dans la conception générale comme dans l'effet tout en rejetant, dans le détail, l'exubérance et le faste qui la caractérisent³²⁹. L'architecte ne s'est nullement efforcé de suggérer une vision céleste, il a pensé plutôt à favoriser le recueillement, dans une logique protestante. La décoration n'a rien de capricieux ou de fantastique et frappe au contraire par sa réserve, si bien que pour beaucoup, son œuvre marque l'équilibre entre le baroque et le classique.

Le législateur français pourrait sans doute s'inspirer de ce souci d'équilibre au moment de s'atteler à la construction du droit pénal général. S'il est indispensable d'intégrer une certaine dose de subjectivité pour fonder la réponse pénale, celle-ci ne saurait prendre le dessus sur l'objectivité matérielle. L'infraction formelle *stricto sensu*, du fait qu'elle suppose l'extériorisation concrète de la volonté criminelle, tente de concilier ces deux dimensions. Cela n'est toutefois pas toujours chose aisée et le recours de plus en plus régulier à cette technique, surtout en matière de provocation, démontre bien que le baroque est toujours d'actualité. Mais c'est surtout en matière d'infraction formelle *lato sensu* que le problème de l'équilibre se pose avec le plus d'acuité. La prolifération des délits-obstacles semble suggérer un retour du crime atroce, qu'incarne la criminalité organisée dans toutes ses dimensions. Quant au développement de l'infraction de risques, elle démontre que le législateur veut renouveler le droit pénal en lui conférant un rôle éducatif de normalisation des comportements qui ne lui est pas propre. Or, le bâtisseur de cathédrale, lorsqu'il veut imposer sa théologie, empiète sur le rôle du prêtre et dessert sans aucun doute le message sacré.

En définitive, l'architecte de la loi pénale devrait sans doute revenir de son attrait pour la subjectivité et le rococo et réaliser que les auteurs, vitraillistes, sont favorables au passage à l'art néo-classique sur le plan de la prévention comme de la répression, afin notamment de faciliter le travail des juges, sculpteurs, qui ne savent parfois plus vraiment où se situer.

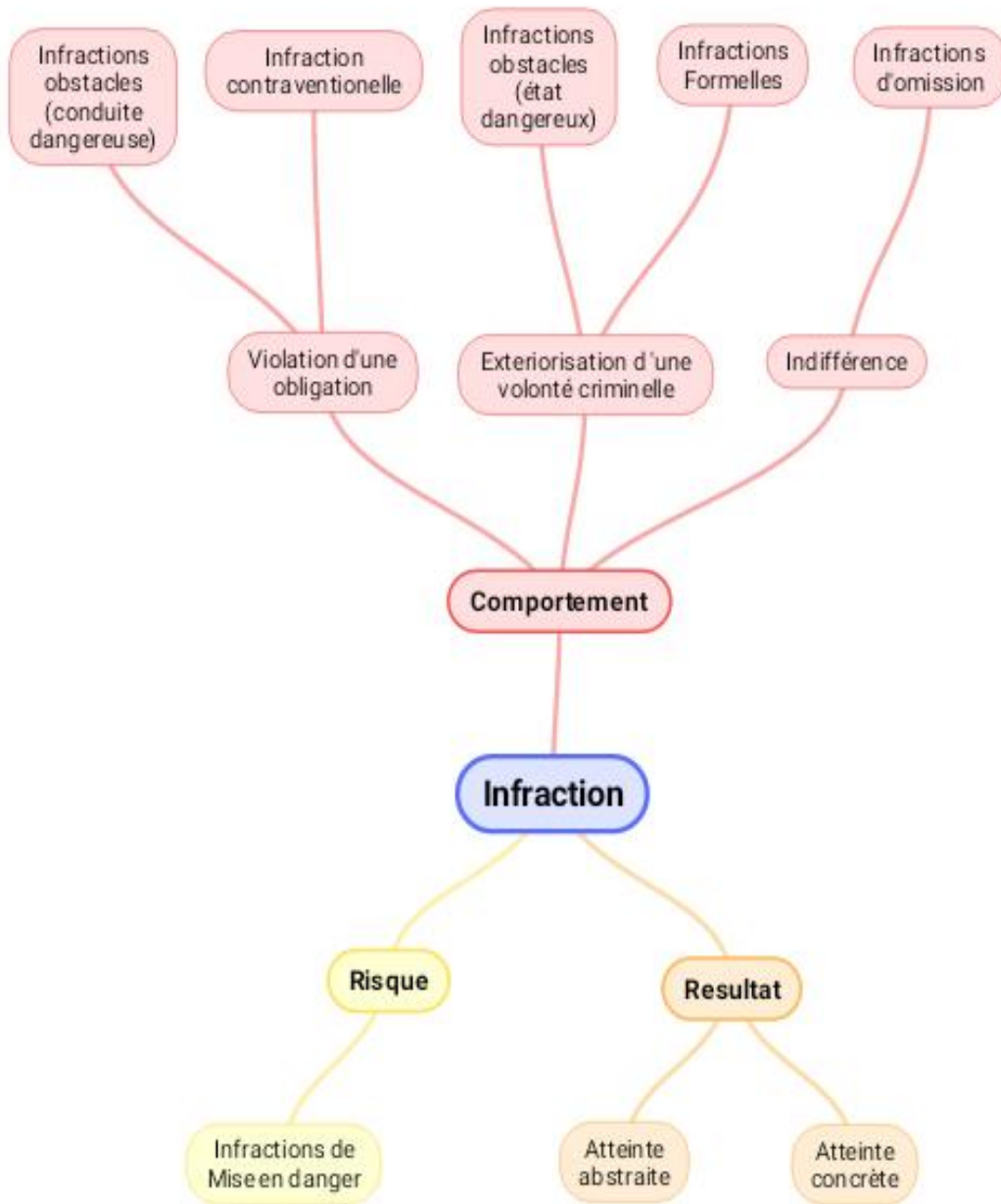
³²⁹ E. H. GOMBRICH, *op. cit.*, p. 457 et s.

« Ce serait en vain qu'on tenterait de prévenir tous les désordres qui naissent de la fermentation continuelle des passions humaines ».

Cesare Beccaria,

Des Délits et des peines, § XXIII.

ANNEXE :
Schéma récapitulatif des différentes infractions



Bibliographie

Ouvrages généraux :

BOULOC, Bernard, *Droit pénal général*, Précis Dalloz, 22^{ème} édition, 2010.

CONTE, Philippe et MAISTRE DU CHAMBON, Patrick, *Droit pénal général*, Armand Colin, 7^{ème} édition, 2004.

DECOCQ, André, *Droit pénal général*, Armand Colin, 1971.

GARCON, Emile, *Code pénal annoté*, Sirey 1901.

LAURE-RASSAT, Michèle, *Droit pénal spécial - Infractions du Code pénal*, Précis Dalloz, 7^e éd., 2011.

MALABAT, Valérie, *Droit pénal spécial*, Dalloz Hypercours, 7^e édition, 2007.

MAYAUD, Yves, *Droit pénal général*, Presses universitaires de France, 5^{ème} édition, 2015.

MERLE, Roger et VITU, André, *Traité de droit criminel*, Cujas, 7^e édition, 1997.

MORVAN, Patrick, *Criminologie*, LexisNexis, 2013.

ORTOLAN, Joseph-Louis-Elzéar, *Eléments de droit pénal*, 5^{ème} édition, 1886.

PIN, Xavier, *Droit pénal général*, Cours Dalloz, 7^e édition, 2016.

PUECH, Marc, *Droit pénal général*, Litec, 1988.

ROBERT, Jacques-Henri, *Droit pénal général*, Presses universitaires de France, 6^e édition, 2006.

VERON, Michel, *Droit pénal spécial*, Sirey, 14^e édition, 2012.

Ouvrages spécialisés, mémoires et thèses :

DONNEDIEU DE VABRES, Henri, *Essai sur la notion de préjudice dans la théorie générale du faux documentaire*, Sirey, 1943.

FREIJ, Mustafa, *L'infraction formelle*, thèse, Paris II, 1975.

LAINGUI, André et LEBIGRE, Arlette, *Histoire du droit pénal*, tome 1, Cujas, 1979.

MARECHAL, Jean-Yves, *Essai sur le résultat dans la théorie de l'infraction pénale*, L'Harmattan, 2003.

MAYAUD, Yves, *Le mensonge en droit pénal*, thèse, Lyon 3, 1976.

PRADEL, Jean, *Droit pénal comparé*, Précis Dalloz, 3^e édition, 2008.

REBUT, Didier, *L'omission en droit pénal. Pour une théorie de l'équivalence entre l'action et l'inaction*, thèse, Lyon 3, 1993.

PROTHAIS, Alain, *Tentative et attentat*, thèse, LGDJ, Lille 2, 1981.

SAENKO, Laurent, *Le temps en droit pénal des affaires*, thèse, Paris I, 2008.

VOLANTE, Claudia, *Le recours à l'infraction formelle*, mémoire, Paris II, 2009.

Articles juridiques :

ALIX, Julie « Une liaison dangereuse. Dangerosité et droit pénal en France », in *La dangerosité saisie par le droit pénal*, Presses universitaires de France, 2011.

CHACORNAC, Jérôme, Le risque comme résultat dans les infractions de mise en danger : les limites de la distinction des infractions matérielles et formelles, *RSC*, 2008, p. 849.

CEDRAS, Jean, Le dol éventuel : aux limites de l'intention, *Dalloz*, 1995, p. 18.

CONTE Philippe, « Effectivité », « inefficacité », « sous-effectivité », « surefficacité »... : variations pour droit pénal, in *Le droit privé français à la fin du XX^e siècle- Etudes offertes à Pierre Catala*, LexisNexis, 2001, p. 125.

CONTE, Philippe *Invenias disjecti membra criminis : lecture critique de la nouvelle définition du harcèlement sexuel*, *Revue de droit Pénal*, 2012, étude 24

CONTE, Philippe, Les trajectoires du droit pénal depuis 1975, *RJcom* 2007.

CONTE, Philippe, Remarques sur la conception de l'ordre public pénal, in *Droit et actualité - Mélanges offerts à Jacques Béguin*, Litec, 2005, p.141.

CONTE, Philippe, Une nouvelle fleur de légistique : le crime en boutons. À propos de la nouvelle définition du harcèlement sexuel, *JCP G*, n° 30, 2002, actualité 320.

DELAGE, Pierre-Jérôme, « Fragments archéologiques de la défense sociale », in *La dangerosité saisie par le droit pénal*, Presses universitaires de France, 2011.

DAURY-FAUVEAU, Morgane, La pénalisation proliférante des atteintes virtuelles aux personnes, in *Mélanges en l'honneur de Jacques Henri Robert*, Lexis Nexis, 2012, p. 188.

DELMAS SAINT HILAIRE, Jean-Pierre, Ingérence (art. 432-12, c. pén.) : confirmation de l'extension de son champ d'application. Ce délit deviendrait-il une infraction, à la fois, formelle, matérielle et continue ? *RSC* 2002, p.111

GUERY, Christian et ACCOMANDO, Gilles, Le délit de risque causé à autrui ou de la malencontre à l'article 223-1 du nouveau Code pénal, *RSC* 1994, p.681.

HENNEBELLE, Diane, La place de l'infraction formelle en droit pénal du travail : regard d'un travailleur, *Droit social*, n°11, novembre 2001.

KEYMAN, Samuel, Le résultat pénal, *RSC* 1968, p. 796.

LAPEROU-SCHENEIDER, Béatrice, Harcèlement sexuel : première application par la chambre criminelle de la nouvelle version de l'article 222-33 du Code pénal, *JCP G* n°8, 22 févr. 2016, 219.

LAZERGES, Christine, De la fonction déclarative de la loi pénale, *RSC* 2004, p. 194.

LARGUIER, Jean, Ce que les praticiens appellent la pratique (précédé de quelques propos théoriques, in *Mélanges offerts à Raymond Gassin*, PUAM, 2007.

MALABAT, Valérie, Retour sur le résultat de l'infraction, in *Mélanges en l'honneur de Jacques-Henri Robert*, Lexis Nexis, 2012, p. 443.

MARECHAL, Jean-Yves, Un abus de faiblesse préjudiciable... sans préjudice, *Dalloz*, 2001 p.813. MARECHAL, La privation de soins ou d'aliments : une infraction de prévention? *Dalloz*, 2006, p. 2446.

MAYAUD, Yves, Des risques causés à autrui. Applications et implications, ou de la naissance d'une jurisprudence, *RSC* 1995, p.575.

MAYAUD, Yves, La loi pénale, instrument de valorisation sociale, in *Le bicentenaire du Code pénal et du Code d'instruction criminelle*, Dalloz, 2010.

MAYAUD, Yves, Quel élément moral pour l'empoisonnement ? *RSC* 2003. 781.

MAYAUD, Yves, Ratio legis et incrimination, *RSC* 1983, p. 597.

MONTEIRO, Evelyne, Atteintes à l'environnement et infractions de mise en danger: vers une incrimination commune en Europe ? *RSC* 2005 p.509.

REBUT, Didier, Nécessité d'une intention de donner la mort pour caractériser l'élément intentionnel de l'empoisonnement, *D.* 2004, p. 1620.

ROYER, Guillaume, La nature formelle du délit de prise illégale d'intérêts commis par un élu local, *AJ Pénal*, 2009 p.34.

ROYER, Guillaume, Feu la règle la « complicité de complicité ne vaut » !, *Dalloz*, 2005, p. 2128.

PROTHAIS, Alain, Plaidoyer pour le maintien de l'incrimination spéciale de l'empoisonnement, *Dalloz*, 1996, p. 107.

PROTHAIS, Alain, Sang contaminé, justice malade, *Dalloz*, 2005, p. 195.

PROTHAIS, Alain, Tribulations d'un pénaliste au royaume de l'éthique biomédicale, *JCP* 1999, I, p. 129.

ROBERT, Jacques-Henri, L'histoire des éléments de l'infraction, *RSC* 1977, p. 273.

SPITERI, Pierre, L'infraction formelle, *RSC*, p. 497.

THIBIERGE, Catherine, Avenir de la responsabilité, responsabilité de l'avenir, *D.* 2004, chron. p. 577.

VITU, André, La complicité de complicité, *RSC* 1990, p. 325.

Dictionnaires :

Lexique des termes juridiques, Dalloz, 22^e édition, 2014.

Dictionnaire *Le petit Robert*, 1996.

LITTRÉ, Émile, *Dictionnaire de la langue française*, Hachette, T. 1, 1873.

Jurisprudence :

CA Douai, 6^e Chambre, 6 mars 2008.

Crim. 3 mars 1960, Bull. crim. n°138, *RSC* 1961 p. 105, obs. A. Légal.

Crim., 4 janv. 1975, *RSC* 1976, p. 707, obs. J. Larguier.

Crim. 16 déc. 1975, Bull. crim. n° 279, obs. A. Vitu, *D.* 1976.713.

Crim. 10 mai 1978, Bull. crim. n°148 ; *D.* 1978, IR. 348, obs. Roujou de boubée.

Crim. 4 mai 1979, Bull. crim. n° 162.

Crim., 30 mai 1989, *RSC* 1990, p. 325, obs. A. Vitu.

Crim. 16 janv.1990, n° 89-83.075.

Crim. 14 juin 1995, Bull. crim. n° 222 ; *RSC* 1996. 365, obs. B. Bouloc.

Crim. 2 juill. 1998, *JCP* 1998, II, 10132, note M.-L. Rassat.

Crim. 16 févr. 1999, Bull. crim. n° 24 ; *D.* 1999. 581, obs. Y. Mayaud.

Crim. 9 mars 1999, Bull. crim. n° 34, *RSC* 1999.581, obs Y. Mayaud.

Crim 12 janvier 2000, Bull. crim. n°15.

Crim. 23 févr. 2000: Bull. crim. no 84; *RSC* 2000. 610, obs. Mayaud.

Crim. 3 avr. 2001, Bull. crim. n° 90 ; *D.* 2001. 575, obs. Y. Mayaud.

Crim. 11 sept. 2001., Bull crim. n°176 ; *Dr. penal* 2002. 4, obs Véron.

Crim, 4 mars 2003, Bull. crim. n° 57 ; *JCP* 2003. II. 10112, note Maréchal.

Crim. 18 juin 2003, *JCP* 2003, II, 10121, note M.-L. Rassat.

Crim. 15 déc. 2004, *JCP* 2005. II. 10050, obs. Maréchal.

Crim.14 févr. 2006, n° 05-84.384.

Crim 16 fev. 2010, n° 09-81.492, *D.* 2011.782, obs. Dreyer.

Cons. Constit. 16 juillet 1996, décision n°96-377 DC, *D.* 1997. 69, note Mercuzot.

Cons. Constit., 25 févr. 2010, décision n°2010-604 DC, JO 3 mars 2010, p. 4312.

Autres :

BECK, Ulrich, *La société du risque. Sur la voie d'une autre modernité*, Paris, Alto, Aubier, 2001.

GOMBRICH, Ernst Hans, *Histoire de l'art*, Phaidon, 1950.

VINEY, Geneviève et KOURISLKY, Philippe, *Le principe de précaution en question*, Documentation française, O. Jacob, 2000.

Index

A

- Abus de confiance, 22, 36, 38
- Appels téléphoniques malveillants, 81
- Association de malfaiteurs, 72, 96, 101
- Atteinte à l'intimité de la vie privée, 53, 91
- Attentat
 - Infraction*, 14, 72
 - Notion doctrinale*, 13, 90 et s.

C

- Complicité, 82, 83, 90, 93, 94
- Complot, 10, 57, 60, 71, 92
- Concours réel, 84 et s.
- Conduite sous l'empire d'un état alcoolique, 70
- Conflits de qualification, 86 et s.
- Corruption, 14, 24, 85

D

- Délaissement d'une personne hors d'état de se protéger, 42
- Délaissement de mineurs, 42, 43, 47
- Désistement volontaire, 79, 80, 92
- Dol général, 57-60, 62, 64
- Dol spécial, 58-60

E

- Empoisonnement, 10-14, 21-24, 27, 30, 36, 55, 59, 80, 87, 91, 94
- Embuscade, 14, 72, 103
- Eugénisme, 92

F

- Fait principal punissable, 82, 93

H

- Harcèlement moral, 102
- Harcèlement sexuel, 99

I

- Ingérence, 39
- Infraction de comportement, 64-67, 71, 78, 85-88, 96, 99
- Infraction de prévention, 67, 73, 107
- Infraction de risques, 55, 56, 65, 71, 73, 76
- Infraction obstacle, 10, 29, 44, 55, 60, 64, 69-73, 78, 97
- Infraction contraventionnelle, 41, 55, 64, 68-70, 78, 85
- Infraction matérielle, 10, 21, 28-30, 35, 38, 44, 47, 49, 50
- Infraction de résultat, 49-53, 55, 58, 63-65, 79-81, 83-85, 91, 102, 103
- Iter criminis*, 11, 13, 70, 71, 90

M

- Mandat criminel, 82, 94
- Message nocif, 47, 62
- Mesures de sûreté, 103 et s.
- Mise en danger, 8, 10, 19, 21, 34, 36, 41-48, 54-56, 61, 62, 65, 75-78, 86, 87

N

- Non-assistance à personne en danger, 10, 14, 36, 60
- Non-représentation d'enfant, 34

O

- Ordre public pénal, 66, 73, 77, 112

P

- Pratiques commerciales trompeuses, 14, 81

Préjudice, 11, 21-23, 28, 31, 32, 37, 52

Privation de soins, 39, 40, 42

Probation, 106, 107

Propagande ou publicité des moyens en vue de se donner la mort, 14, 83

Provocation, 14, 55, 64, 79, 82-85, 93

R

Résultat individuel, 28

Résultat juridique, 19-29, 32, 51, 87

Résultat légal, 22-30, 35, 39, 51

Résultat matériel, 19, 20, 23-30, 36, 51

Résultat réel, 23-26, 30-37, 44, 51

Résultat redouté, 23, 87, 96

Résultat sociologique, 26

Résultat social, 28

Risque causé à autrui, 43-48, 74, 84, 87

S

Subordination de témoins, 14, 32, 84

T

Tentative, 13, 29, 30, 35, 45, 79-83, 90-94, 97

V

Valeurs sociales, 25, 83, 84-89

Violences, 23, 41, 49, 52, 81, 84, 97

Tables des matières

SOMMAIRE	3
Liste des principales abréviations	4
Introduction	6
§1- Une touche de baroque dans le droit pénal général	6
§2- Une notion doctrinale complexe.....	9
§3- Une technique législative sujette à controverse	12
PREMIÈRE PARTIE: LA THÉORIE DE L'INFRACTION FORMELLE	16
CHAPITRE 1 : LA CONCEPTUALISATION PROGRESSIVE DE L'INFRACTION FORMELLE	16
SECTION 1 : THÉORIES PREMIÈRES	17
§1- Les théories italiennes.....	17
A. Les théories classiques	17
1. <i>La naissance de l'infraction formelle</i>	18
2. <i>Le rejet de l'infraction formelle</i>	19
B. Les théories modernes	19
1. <i>Une distinction aléatoire</i>	20
2. <i>Une distinction inacceptable</i>	20
§2- Les théories françaises	21
A. Le critère du préjudice	21
1. <i>L'importation de l'infraction formelle en droit français</i>	21

2.	<i>Le rejet du critère du préjudice</i>	22
B.	Le critère du résultat juridique.....	23
1.	<i>L'acception française du résultat juridique</i>	23
2.	<i>L'apparition du résultat réel</i>	23

SECTION 2 : THÉORIES CONTEMPORAINES25

§1-	La théorisation extensive du résultat	25
A.	La dualité du résultat juridique	25
B.	Le retour du résultat matériel.....	26
C.	La décomposition du résultat pénal.....	28
§2-	L'infraction formelle précisée.....	29
A.	L'intérêt pédagogique de l'approche.....	29
1.	<i>L'articulation entre infraction formelle et tentative</i>	29
2.	<i>La distinction entre infraction formelle et infraction obstacle</i>	31
B.	L'extension du domaine de l'infraction formelle	31

CHAPITRE 2 : LA CONCEPTUALISATION DÉLICATE DE L'INFRACTION FORMELLE 33

SECTION 1 : LES LIMITES DES THÉORIES ÉLABORÉES.....33

§1-	La remise en cause des théories contemporaines	34
A.	Un excès d'abstraction.....	34
1.	<i>Les lacunes théoriques des différents résultats dégagés</i>	34
2.	<i>Un manque de lisibilité globale</i>	36
B.	Une déconnexion avec la jurisprudence.....	37
1.	<i>La suppression de l'exigence d'un résultat par le juge</i>	38
2.	<i>L'ajout de l'exigence d'un résultat par le juge</i>	39
§2-	L'impact des infractions de mise en danger sur l'infraction formelle.....	41
A.	L'apparition des infractions de mise en danger.....	41
B.	Un concept hybride difficilement catégorisable.....	43

1.	<i>Un désaccord doctrinal majeur quant à l'élément matériel du délit</i>	44
2.	<i>Une jurisprudence pragmatique</i>	45

SECTION 2 : LES NOUVELLES PISTES DE RÉFLEXION 48

§1-	Les innovations doctrinales en matière de classification des infractions	48
A.	Le constat de l'inadaptation de la classification bipartite actuelle	49
1.	<i>L'érosion de l'infraction matérielle</i>	49
2.	<i>L'éclosion de l'infraction de résultat</i>	51
B.	L'élaboration de classifications infractionnelles tripartites.....	54
1.	<i>Une approche à vocation exhaustive</i>	54
2.	<i>La conceptualisation de l'infraction de risques</i>	55
§2-	L'infraction formelle au prisme de l'élément moral	56
A.	La détermination de l'élément moral de l'infraction formelle	57
B.	La dénaturation de l'élément moral de l'infraction formelle.....	59
1.	<i>L'excès d'intention par rapport à la matérialité</i>	59
2.	<i>L'excès de matérialité par rapport à l'intention</i>	61

Conclusion de la première partie 63

DEUXIEME PARTIE : LA PRATIQUE DE L'INFRACTION FORMELLE 66

CHAPITRE 1 : L'UTILITÉ DE L'INFRACTION FORMELLE ... 66

SECTION 1: LA DIMENSION PRÉVENTIVE DE L'INFRACTION FORMELLE 67

§1-	Une infraction de prévention autonome.....	67
A.	Infraction formelle et infraction contraventionnelle.....	68
1.	<i>La notion d'infraction contraventionnelle</i>	68
2.	<i>Un critère de distinction finaliste</i>	69
B.	Infraction formelle et infraction obstacle	70

1.	<i>La notion d'infraction obstacle</i>	70
2.	<i>Un critère de distinction subjectif</i>	71
§2-	La création de normes de comportement.....	73
A.	La volonté de maîtriser le risque	73
1.	<i>La sanction de risques inacceptables</i>	74
2.	<i>La transcription du principe de précaution en droit pénal</i>	75
B.	Le rétablissement d'un ordre public pénal centré sur l'intérêt général	77

SECTION 2 : LA DIMENSION RÉPRESSIVE DE L'INFRACTION FORMELLE 79

§1-	Le contournement des obstacles à la répression.....	79
A.	La réduction du domaine du désistement volontaire.....	79
B.	Un remède à l'exigence du fait principal punissable	82
§2-	Une diversification des valeurs sociales protégées	83
A.	Les enjeux répressifs de l'élargissement des valeurs sociales	84
1.	<i>Une protection pénale étendue</i>	84
2.	<i>Une sévérité pénale doublée</i>	85
B.	La résolution des conflits de qualification	86
1.	<i>Le contournement du concours idéal d'infraction</i>	86
2.	<i>Les difficultés persistantes</i>	88

CHAPITRE 2 : LES DANGERS DE L'INFRACTION FORMELLE 89

SECTION 1 : LES RISQUES DU RECOURS A L'INFRACTION FORMELLE 90

§1-	Les risques inhérents à la structure de l'infraction formelle.....	90
A.	La remontée incessante de l' <i>iter criminis</i>	90
1.	<i>La définition moderne de l'attentat</i>	90
2.	<i>Le domaine de l'attentat</i>	91
B.	L'extension constante de la responsabilité pénale	93

§2- Les risques inhérents à la philosophie de l’infraction formelle.....	95
A. Un mécanisme répressif teinté de positivisme	95
B. Un recours encadré par le Conseil constitutionnel.....	96

SECTION 2 : L’INFRACTION FORMELLE, SYMPTÔME D’UN DROIT PÉNAL MALADE 98

§1- Infraction formelle et inflation législative.....	98
A. Le risque d’un effet déclaratif.....	98
B. Le risque d’un effet contre-productif	100
1. <i>Les objectifs préventifs de l’infraction formelle mis à mal</i>	100
2. <i>Le déclin de la dimension répressive de l’infraction formelle</i>	101
§2- La morosité de la prévention du crime en France.....	103
A. La mise à l’écart des préceptes pénaux dans les mesures de sûreté	104
1. <i>Mesure de sûreté et état dangereux</i>	104
2. <i>Le dépassement des frontières du droit pénal</i>	105
B. Les carences de la probation à la française	106

Conclusion générale : 108

Annexe : Schéma récapitulatif des différentes infractions 110

Bibliographie : 111

Index : 116

Tables des matières 118