



PANTHÉON-ASSAS  
UNIVERSITÉ  
PARIS

**BANQUE DES MÉMOIRES**

**Master de Droit pénal et procédure pénale**  
**Dirigé par les Professeurs Agathe Lepage et Edouard Verny**  
**2024**

***L'invitation du juge pénal***  
***dans la matière justificative***

**Simon DIMITRAKOPOULOS**

**Sous la direction de Monsieur le Professeur Frédéric Debove**



**M2 DROIT PÉNAL ET PROCÉDURES PÉNALES**  
*Dirigé par Madame Agathe Lepage et Monsieur Édouard Verny*

---

# **L'invitation du juge pénal dans la matière justificative**

Simon Dimitrakopoulos  
*Sous la direction de Monsieur Frédéric Debove*

---

## REMERCIEMENTS

Les artisans discrets de cette réflexion,

Vous, mes professeurs de l'université, qui m'avez permis d'accéder dans le meilleur des environnements à la réflexion fondamentale du droit, qui me guidera désormais toujours, et m'a permis de trouver le sens que je veux suivre dans ma vie. C'est immense. Je vous en suis immensément reconnaissant.

Et vous, vous, mes amis proches, chers, que j'affectionne de façon forcenée, aux passions viscérales pour le goût du juste et de l'entraide, aux quêtes de compréhension infatigables, aux sensibilités humanistes et aux empathies si douces ; c'est dans la symphonie de nos échanges que cette réflexion a pris corps, et c'est dans le fil de nos aventures ensemble que ce travail a évolué. C'est grâce à vous que ce travail s'est ficelé tant bien que mal, dans le théâtre d'une année merveilleuse au cours de laquelle j'ai été très heureux.

Je vous remercie de toutes mes forces

## TABLE DES ABRÉVIATIONS

**AJ Pénal** : Actualité juridique Pénal (Dalloz)

**al.** : Alinéa

**Art.** : Article

**Ass. plén.** : Assemblée plénière de la Cour de cassation

**Bull.** : Bulletin

**c/** : Contre

**CA** : Cour d'appel

**Code. civ.** : Code civil

**CE** : Conseil d'État

**CEDH** : Cour européenne des droits de l'Homme

**ch.** : Chambre

**chron.** : Chronique

**Cass. Civ.** : Chambre civile de la Cour de cassation

**comm.** : Commentaire

**comp.** : Comparer

**concl.** : Conclusions

**C. pén.** : Code pénal

**C. proc. pén.** : Code de procédure pénale

**Cass. crim.** : Chambre criminelle de la Cour de cassation

**D.** : Recueil Dalloz

**Dalloz actu.** : Dalloz Actualité

**DDHC** : Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789

**DP** : Recueil Dalloz périodique

**Dr. pén.** : Revue Droit pénal (LexisNexis)  
**ex.** : Exemple

**Gaz. Pal.** : Gazette du Palais (Lextenso)

**JCP** : La Semaine Juridique (LexisNexis)

**JO** : Journal officiel

**n°** : Numéro

**obs.** : Observations

**p.** : Page

**Prop.** : Proposition

**QPC** : Question prioritaire de constitutionnalité

**Req.** : Requête

**RSC** : Revue de science criminelle et de droit pénal comparé (Dalloz)

**s.** : Suivants

**somm.** : Sommaires

**Trib. pol.** : Tribunal de police

**UE** : Union européenne

**V.** : Voir

# SOMMAIRE

## **PARTIE I**

### **L'APPROPRIATION CRÉATRICE DE LA MATIÈRE JUSTIFICATIVE GÉNÉRALE PAR LE JUGE PÉNAL**

#### **CHAPITRE 1 : LE FAIT JUSTIFICATIF DE SOURCE LÉGISLATIVE, UN PARDON INDIRECT ET CONDITIONNÉ PAR LE DROIT**

**SECTION 1** : Un pardon judiciaire d'ordre différé, indirect, et conditionné par le droit

**SECTION 2** : Une institution forgée dans le creuset du principe de légalité criminelle

#### **CHAPITRE 2 : L'EXTENSION CRÉATRICE DE LA MATIÈRE JUSTIFICATIVE PAR LE JUGE PÉNAL**

**SECTION 1** : La matérialisation de faits justificatifs d'origine purement prétorienne

**SECTION 2** : La traduction éclatante d'une redéfinition assumée de l'office du juge

## **PARTIE II**

### **L'APPROPRIATION MODULATRICE DES FAITS JUSTIFICATIFS DE SOURCE LÉGISLATIVE PAR LE JUGE PÉNAL**

#### **CHAPITRE 1 : UNE MODULATION DES CONDITIONS D'APPLICATIONS JUSTIFICATIVES DANS L'INTERSTICE DU CADRE LÉGAL**

**SECTION 1** : La souplesse des critères légaux, vectrice d'une large appréciation du juge

**SECTION 2** : Une modulation à l'origine d'incohérences questionnables

#### **CHAPITRE 2 : UNE MODULATION CONJUGUÉE AU DÉPLOIEMENT D'UN CONTRÔLE DE CONVENTIONNALITÉ DE L'APPLICATION DE LA LOI**

**SECTION 1** : L'émergence du contrôle de conventionnalité in concreto

**SECTION 2** : Le renforcement du pouvoir de légitimation du juge





## INTRODUCTION

*« Mais d'Artagnan n'était pas de caractère à lâcher ainsi un homme qui avait eu l'insolence de se moquer de lui. Il tira son épée entièrement du fourreau et se mit à sa poursuite en criant :*

*– Tournez, tournez donc, monsieur le railleur, que je ne vous frappe point par-derrière.*

*– Me frapper, moi ! dit l'autre en pivotant sur ses talons et en regardant le jeune homme avec autant d'étonnement que de mépris. Allons, allons donc, mon cher, vous êtes fou !*

*Puis, à demi-voix, et comme s'il se fût parlé à lui-même :*

*– C'est fâcheux, continua-t-il, quelle trouvaille pour Sa Majesté, qui cherche des braves de tous côtés pour recruter ses mousquetaires !*

*Il achevait à peine, que d'Artagnan lui allongea un si furieux coup de pointe, que, s'il n'eût fait vivement un bond en arrière, il est probable qu'il eût plaisanté pour la dernière fois. L'inconnu vit alors que la chose passait la raillerie, tira son épée, salua son adversaire et se mit gravement en garde.*

*Mais au même moment ses deux auditeurs, accompagnés de l'hôte, tombèrent sur d'Artagnan à grands coups de bâton, de pelles et de pincettes. Cela fit une diversion si rapide et si complète à l'attaque, que l'adversaire de d'Artagnan, pendant que celui-ci se retournait pour faire face à cette grêle de coups, rengainait avec la même précision, et, d'acteur qu'il avait manqué d'être, redevenait spectateur du combat, rôle dont il s'acquitta avec son impassibilité ordinaire, tout en marmottant néanmoins :*

*– La peste soit des Gascons ! Remettez-le sur son cheval orange, et qu'il s'en aille !*

*– Pas avant de t'avoir tué, lâche ! criait d'Artagnan tout en faisant face du mieux qu'il pouvait et sans reculer d'un pas à ses trois ennemis, qui le moolaient de coups.*

*– Encore une gasconnade, murmura le gentilhomme. Sur mon honneur, ces Gascons sont incorrigibles ! Continuez donc la danse, puisqu'il le veut absolument. Quand il sera las, il dira qu'il en a assez.*

*Mais l'inconnu ne savait pas encore à quel genre d'entêté il avait affaire ; d'Artagnan n'était pas homme à jamais demander merci. Le combat continua donc quelques secondes encore ; enfin d'Artagnan, épuisé, laissa échapper son épée qu'un coup de bâton brisa en deux morceaux. Un autre coup, qui lui entama le front, le renversa presque en même temps tout sanglant et presque évanoui. C'est à ce moment que de tous côtés on accourut sur le lieu de la scène. L'hôte, craignant du scandale, emporta, avec l'aide de ses garçons, le blessé dans la cuisine où quelques soins lui furent accordés. »<sup>1</sup>*

---

<sup>1</sup> Alexandre Dumas, *Les Trois Mousquetaires*, 1844, Flammarion 2013, p. 38

Fort heureusement, les compères de l'inconnu, dans les premières heures de l'aventure du jeune Gascon, auront eu, malgré leur propension moqueuse qui n'est pas des plus salutaires, l'heureuse inspiration que de mettre fin à l'agression furieuse de d'Artagnan autrement qu'en le laissant, *sûrement*, tué du fait de la riposte qui se préparait ! Sinon, le récit se serait sûrement... arrêté là ; et il aurait été regrettable que d'une simple moquerie, aussi peu fine et délicate soit-elle, regarderait-elle même un « bidet jaune de robe, sans crins à la queue, mais non pas sans javarts aux jambes, et marchant la tête plus bas que les genoux », découle la confiscation d'une ouverture aux lecteurs d'une si intense épopée !

Par l'entremise d'un tel évènement, et dans cette façon décrite des laquais et du patron de l'auberge de tomber sur d'Artagnan à coup de bâtons pour l'interrompre dans ses élans bagarreurs, Alexandre Dumas met sinon en lumière une certaine légitimité qui peut accompagner la commission d'un comportement répréhensible. Car, si la violence physique, dont il s'agit ici, ne saurait, à titre autonome, s'admettre comme acceptable dans un corps social soucieux de se maintenir dans un équilibre de cohésion et de pérennité, nul n'ignore aujourd'hui qu'en certaines circonstances, la violence, commise que ce soit à titre de légitime défense face à une agression injuste dans le fait d'une riposte proportionnée, adoptée pour conjurer un mal supérieur face à un péril actuel en situation de nécessité, ou inhérente à l'exercice d'une prérogative de maintien de l'ordre rigoureusement encadrée par la loi, n'appelle pas nécessairement de condamnation pénale. C'est là toute une réalité de notre système juridique qui, dans des situations nettement circonscrites, tout au moins dans un cadre originaire, admet qu'une attitude traditionnellement prohibée soit appréhendée comme dépourvue de caractère infractionnel. Ainsi très probablement, les hommes du Bourg de Meung intervenus ici par la voie violente pour mettre un terme à l'agression injuste de d'Artagnan, aujourd'hui, n'auraient pas vu leur responsabilité pénale engagée du chef de violences volontaires ; et ce, du fait de l'application d'une institution légale particulière, à savoir celle du fait justificatif.

**Définition préliminaire des faits justificatifs.** Le verbe « *justifier* » trouve une première matérialisation au XIIe siècle, sur l'assise d'un emprunt au latin chrétien du verbe « *justificare* », qui signifie, en substance, « *traiter avec justice, déclarer quelqu'un de juste* ». Or, le mot de « *juste* », qui né lui aussi dans la même période, avec l'emprunt au latin chrétien du mot *justus*, s'entend alors quant à lui de ce qui est « *conforme au droit, équitable* ». À partir du XIVe siècle, l'on considère en outre comme « *juste* » ce « *qui est conforme à la vérité, à la raison* »<sup>2</sup>. C'est ainsi que le justifié renvoie d'un point de sémantique à la déclaration d'un comportement en conformité avec la raison et le droit. La justification peut s'entendre du fait d'admettre comme justifiée l'infraction commise dans un cadre de nécessité qui la légitime, en la rendant même bien-fondée, et donc dépourvue de caractère infractionnel.<sup>3</sup> Il est ainsi fait mention de « *causes objectives d'irresponsabilité pénale* », l'absence de responsabilité pénale tenant à l'utilité légitime de l'infraction commise, qui permet dès lors d'en accepter la réalisation. Dans ces hypothèses, la responsabilité pénale de l'individu mis en cause n'est pas retenue, précisément parce que la répression du comportement considéré, en principe prohibé, ne recoupe aucunement ce qui s'érige comme l'objectif premier du droit pénal : celui de sanctionner ce qui va, précisément, à l'encontre des intérêts, supérieurs, de la société. Ainsi que le précise en des termes éclairant un professeur<sup>4</sup>, « il est souvent de grandes distances entre un modèle théorique et les applications concrètes qui peuvent en être faites. Les faits justificatifs se chargent précisément d'occuper ces espaces, en réglant les contradictions juridiques révélées par certaines circonstances ». Il est ainsi question de circonstances qui viennent être prises en compte par la loi, et dont la réalisation a pour effet de neutraliser la responsabilité pénale. Par la loi, car précisément, les causes objectives

---

<sup>2</sup> E. Baumbartner, P. Ménard, *Dictionnaire étymologique et historique de la langue française*, La Pochothèque, 1996

<sup>3</sup> Yves mayaud, *Manuel de Droit pénal général*, PUF, 5e édition mise à jour, juillet 2015, p. 481 et s.

<sup>4</sup> Yves mayaud, *Manuel de Droit pénal général*, PUF, 5e édition mise à jour, juillet 2015, p. 482

d'irresponsabilité pénale sont d'abord et avant tout l'oeuvre du législateur, la volonté expresse de ce dernier.

En certaines circonstances, certains agissements, en eux-mêmes infractionnels, vont donc être dépouillés de ce caractère, en raison de considérations exceptionnelles qui effacent leur caractère délictueux. En ce qu'elles justifient l'acte ainsi commis, ces circonstances portent le nom de « *faits justificatifs* » ; par opposition aux causes de non-imputabilité, purement personnelles à l'agent, les causes objectives d'irresponsabilité pénales procèdent, en principe, de l'analyse de circonstances extérieures à la personne de l'agent. Le vocable même de « faits » (justificatifs), est en ce sens explicite, puisqu'il doit s'entendre comme une forme de référence aux considérations factuelles purement objectives et de circonstance qui entourent, encadrent, dessinent le décor dans les contours duquel l'agent s'est livré à l'adoption d'une infraction. L'impunité est alors la conséquence de la disparition du caractère infractionnel du comportement, la justification entraînant *l'effacement de l'infraction*<sup>5</sup>. Et ce, aucunement à raison de l'intervention d'une cause d'extinction de l'action publique<sup>6</sup>, telle que l'arrivée au terme d'un délai de prescription extinctive qui assure l'impunité de l'agent sans pour autant supprimer sa responsabilité pénale. En outre, il ne s'agit pas de cibler ici les dispenses de sanction que le juge pourrait mobiliser à l'occasion d'une instance donnée, telle que la dispense de peine<sup>7</sup>, ni d'évoquer l'hypothèse singulière de l'amnistie rétroactive et relative à un cadre particulier dans lesquels ont été commis des faits pourtant normalement condamnables<sup>8</sup>.

Néanmoins, une précaution terminologique s'impose : la notion de faits justificatifs est une notion théorique que la doctrine fait sienne pour évoquer précisément les causes objectives d'irresponsabilité pénale. La législation ne l'utilise pas, elle est invisible de la lettre formelle. La notion s'est, d'un point de vue conceptuel, trouvée peu à peu forgée dans la littérature sur le fondement des dispositions initialement prévues par le Code pénal de 1810.

L'étude des faits justificatifs ne saurait, il convient bien de le préciser, être confondue avec celle des éléments constitutifs d'une infraction. En effet, si l'infraction pénale est caractérisée par un élément matériel et un élément moral, pour s'en tenir à une conception classique, il faut impérativement qu'ait pris corps un comportement infractionnel pour que se présente avec intérêt la question de la justification ; puisqu'en l'absence de cette dernière, la responsabilité pénale d'une personne désignée ne saurait se trouver engagée, à défaut de quoi l'intervention d'une cause objective d'irresponsabilité, d'un fait justificatif, ne présente... aucun intérêt. Le raisonnement tiré de la justification d'une infraction présuppose ainsi un élément matériel établi, une intentionnalité identifiée<sup>9</sup> telle que requise au titre de la caractérisation de l'infraction analysée, et ce à titre de préalable impératif. L'émergence de la justification ne pourra intervenir qu'*a posteriori* de ce constat particulier, en vue de neutraliser la responsabilité pénale belle et bien engagée.<sup>10</sup>

**La réalité d'une subdivision catégorielle des faits justificatifs** : Dans toute sa rigueur et complétude, une étude de la notion de faits justificatifs présuppose en réalité de porter un regard

---

<sup>5</sup> A. C. -Dana, *Essai sur la notion d'infraction pénale*, thèse, sous la direction de G. Stéfani et G. Levasseur, Paris, LGDJ, 1982, p. 166.

<sup>6</sup> Le siège formel de la prescription s'analyse dans le creuset des articles 7, 8, 9, 9-1 et 9-2 du Code de procédure pénale.

<sup>7</sup> Parfois, la culpabilité de la personne va être reconnue, mais le juge va malgré tout lui permettre d'échapper à la peine. Cela n'est possible qu'en matière contraventionnelle et délictuelle, et non sur la scène criminelle. La dispense de peine peut être immédiate, ou différée. L'article 132-59 du Code de procédure pénale énonce un régime général articulé autour de conditions distinctes.

<sup>8</sup> À titre illustratif peut être évoquée la loi n° 64-1269 du 23 décembre 1964 *portant amnistie et autorisant la dispense de certaines incapacités et déchéances* ; ainsi, les accords d'Évian ont été accompagnés d'une large loi d'amnistie pour les actes commis en relation avec cette dernière, tant du fait du FLN, que de l'OAS et des militaires français.

<sup>9</sup> Cette « *résolution intime d'agir dans un certain sens* », pour reprendre la formule G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, 12<sup>éd.</sup> PUF, 2018, coll. Quadrige, p. 669.

<sup>10</sup> À cet égard, sur cette condition préalable, Alice Dejean de la Bâtie, *Les faits justificatifs spéciaux*, Thèse, Bibliothèque des sciences criminelles, Tome 69, 2018, p. 4 et suivantes.

approfondi sur la distinction qui prend corps entre les « faits justificatifs généraux », et les « faits justificatifs spéciaux ». Comme leurs qualificatifs respectifs l'indiquent, certains faits justificatifs se singularisent de part leur capacité d'intervention générale, eux qui ne concernent pas une infraction en particulier mais trouvent vocation à potentiellement concerner l'ensemble des infractions érigées au rang des prévisions du droit ; de telle façon qu'ils trouvent, de façon cohérente, une place de principe particulière dans le Livre premier du Code pénal. Il s'agit là des faits justificatifs généraux, leur généralité tenant ainsi au champ d'application qui leur est inhérent ; et d'une certaine manière, ils surplombent la matière pénale de façon indifférenciée, pour saisir par leur régime l'immense diversité des comportements incriminés. À rebours d'une telle largesse, les faits justificatifs dits « spéciaux », toujours plus nombreux et à vrai dire éparpillés dans l'ensemble des branches du droit pénal spécial, se singularisent en ce qu'ils sont indexés à une infraction particulière dont ils viennent coiffer le visage de façon nettement individualisée. Ainsi que le remarque une professeure, « leur renommée est indexée sur celle de l'infraction qu'ils escortent. Toutes les infractions, au demeurant, n'en sont pas pourvues. C'est même le cas de la plupart d'entre elles, qui se contentent de remonter aux faits justificatifs généraux du Livre premier du Code pénal. Et rien cependant n'interdit aux faits justificatifs spéciaux de servir plusieurs maîtres, à l'image du secret professionnel, fait justificatif de plusieurs infractions de non-révélation. Inversement, certaines infractions sont dotées de plusieurs faits justificatifs ; luxe bien rare, dont bénéficie la diffamation, flanquée de l'exception de vérité et de la bonne foi. Cette bonne fortune n'est pas, tant s'en faut, le lot de tous les faits justificatifs spéciaux, nombre d'entre eux étant même plutôt discrets. »<sup>11</sup>. C'est donc l'affectation propre ou l'absence d'affectation propre qui viennent réciproquement sous-tendre la nature de fait justificatif général ou spécial ; l'adjectif *spécial* présente cet intérêt qu'il permet à la doctrine d'opposer ces causes objectives d'irresponsabilité ponctuelles et indexées sur une infraction, à laquelle elles empruntent tant leur raison d'être que leur logique propre, ou plusieurs d'entre elles plus ou moins semblables, à d'autres faits justificatifs qui sont, quant à eux, qualifiés de généraux. La matière justificative est en effet mouvante, « traversée par des trajectoires diverses » tel que le synthétise une autrice<sup>12</sup>, et ce, que cela soit à l'initiative du législateur ou par impulsion du juge.

**Une logique propre en principe à l'ordonnement des valeurs sociales** : L'impunité est admise, dans la pureté des principes, précisément parce que l'attitude justifiée apparaît comme légitime et même utile, dans ce qu'elle renvoie de protection d'une valeur sociale supérieure à celle sacrifiée sur l'instant lors de la commission litigieuse. La théorie générale de la justification présuppose une action non seulement proportionnée, mais aussi et surtout nécessaire ; « la focale de l'utilité sociale est ainsi au coeur du raisonnement justificatif », ainsi que le précise un professeur<sup>13</sup>. La « justification » d'un acte ne signifie pas que cet acte est « conforme au droit », mais plutôt qu'il a été commandé, par essence, par une situation. En ce sens, les faits justificatifs ne sont pas des « textes législatifs » en eux-mêmes, mais plutôt des circonstances de fait qu'ils décrivent. Leur fonctionnement est en ce sens distinct de celui d'une incrimination, dans la mesure où davantage qu'un comportement, ils ciblent par le mode d'un mécanisme l'effet d'un tempérament.

Le fait de se défendre de façon immédiate, et mesurée, face à une agression injuste, va pouvoir être considéré comme un acte justifié ; et ce, par l'intervention d'un fait justificatif bien connu, à savoir celui de la légitime défense. Plusieurs raisons à cela ; non seulement en ce qu'il corrobore l'idée d'un État défaillant dans son rôle protecteur au moment de l'agression<sup>14</sup>, et donc lorsque la

---

<sup>11</sup> Préface de Agathe Lepage, Alice Dejean de la Bâtie, *Les faits justificatifs spéciaux*, Thèse, Bibliothèque des sciences criminelles, Tome 69, 2018, p. 1

<sup>12</sup> Préface de Agathe Lepage, Alice Dejean de la Bâtie, *Les faits justificatifs spéciaux*, Thèse, Bibliothèque des sciences criminelles, Tome 69, 2018, p. 3

<sup>13</sup> X. Pin, *Légitimation des infractions expressives : neutralisation de l'incrimination ou atténuation de la peine ? C'est selon...*, RSC 2022. 817

<sup>14</sup> P. Rousseau, *Infraction justifiée ou répression injustifiée : une possible dualité de mécanismes de légitimation*, Dr. pénal 2022. Étude 8

dissuasion pénale est inopérante, mais aussi parce qu'il permet à l'individu de se protéger, lui dont on ne saurait exiger la charge d'une passivité face à l'atteinte immédiate. Dans le cas du commandement de l'autorité légitime, l'exécution de l'ordre qui n'est pas manifestement illégal, quand bien même il pourrait s'agir d'une infraction, en ce qu'il est le seul moyen dont dispose en réalité le subordonné afin d'asseoir une obéissance à son supérieur, va être accueilli par le jeu de la justification qui permet alors de préserver une certaine valeur, celle de « l'obéissance ». Le devoir d'obéissance justifie alors, dans une certaine mesure, l'irresponsabilité ; et la légalité s'en trouve comme sacrifiée pour le compte de la discipline<sup>15</sup>. L'impunité apparaît alors en principe comme légitime, elle qui n'intervient qu'à titre exceptionnel.

**Une compétence en principe exclusive au législateur, inhérente au principe de légalité criminelle.** « *Le principe de légalité criminelle est l'expression de la souveraineté nationale qui détient le droit de punir et doit pouvoir l'utiliser librement* »<sup>16</sup>. Pierre angulaire du droit pénal moderne, traditionnellement exprimé dans le creuset de la formule latine « *Nullum crimen, nulla poena sine lege* »<sup>17</sup>, le principe de légalité criminelle, souvent évoqué par le détour d'une autre formule parfaitement synonyme, à savoir celle du principe de légalité des délits et des peines, signifie qu'il ne saurait y avoir de crimes, et plus largement d'infraction, sans que n'ait pris corps une définition préalable de la dite infraction, contenue dans un texte fixant ses éléments constitutifs et la peine qui lui est applicable. L'idée est donc qu'un individu ne saurait être poursuivi et condamné par l'application d'une loi qui ne préexistait pas à l'acte fondant les poursuites, puisqu'il ne saurait pas lui être reproché. La raison le comprend assez inutilement ; comment le droit pénal pourrait-il se verner de légitimité si tout un chacun pouvait tomber sous le coup d'une condamnation pour avoir adopté un comportement dont rien ne permettait, lors de sa commission, de savoir qu'il serait prohibé et exposerait à une potentielle sanction ? La liberté s'en trouverait bien blessée, fragilisée, inconsistante, si ce n'est même inexistante.

Tel que conçu en 1789, le principe pose que seule la loi doit pouvoir déterminer le périmètre des libertés. Hérité d'une volonté de rejet absolu de l'arbitraire dont faisait auparavant preuve le juge pénal, dans la période de l'Ancien régime, il révèle le vœu d'une loi seule compétente qui soit « l'expression de la volonté générale »<sup>18</sup>, et l'envie de ne plus se soumettre à une loi qui soit conçue comme « l'expression du bon plaisir du roi »<sup>19</sup>. Le principe de légalité criminelle est solennellement affirmé dans la *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen* de 1789<sup>20</sup>, et comme l'énonce un professeur, *l'office du juge de l'Ancien régime s'est ainsi mué en principe en un devoir de restitution fidèle des prévisions du législateur*<sup>21</sup>. Les corollaires naturels de cette exigence sont la non-rétroactivité de la loi pénale, son interprétation stricte, son accessibilité, et son intelligibilité ; naturel, car sans ces derniers, la légalité criminelle serait inévitablement vidée de sa substance. Quoi qu'il en soit, le principe de légalité, d'un point de vue formel, comme le relève un professeur, *implique chez les rédacteurs de la DDHC de 1789 de limiter considérablement les prérogatives du juge, dès lors que c'est à la loi, et non le juge, qu'il revient de déterminer les comportements répréhensibles ainsi que les peines encourues*.<sup>22</sup> C'est ce que l'on peut aussi désigner sous l'angle d'un office principal du législateur, tel que né sur les cendres de l'Ancien régime et concentré dans la prérogative de nos représentants. Le législateur définit le principe de répression d'un comportement donné, puisqu'il est le décideur supérieur et habilité pour déterminer l'interdit ; au travers de quoi il doit être, aussi, en principe, le seul décideur des palliatifs à la répression que sont

<sup>15</sup> R. Merle., A. Vitu., *Traité de droit criminel : Droit pénal général*, 7e édition, 2000, n° 450

<sup>16</sup> Bertrand DE LAMY, *Cahiers du conseil constitutionnel n° 26, dossier : la constitution et le droit pénal*, août 2009

<sup>17</sup> « *Pas de crime, pas de peine, sans loi* », littéralement

<sup>18</sup> Article 6 de la *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*, de 1789

<sup>19</sup> J. Chevalier, *La dimension symbolique du principe de légalité*, R.D.P., 1990, p. 1656

<sup>20</sup> Articles 7 et 8 de la *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*, de 1789

<sup>21</sup> A. Giudicelli, « *Le principe de la légalité en droit pénal français* », RSC, 2007, p. 509

<sup>22</sup> Yves Mayaud, *Manuel de Droit pénal général*, PUF, 5e édition mise à jour, juillet 2015, p. 78

les faits justificatifs, et de leurs modalités d'application, eux dont l'extrême puissance s'incarne dans la capacité à mettre en échec la répression de principe établie par la volonté générale.

En effet, ainsi que le met rigoureusement en lumière un professeur<sup>23</sup>, « *du fait de la nature politique d'une appréciation de l'utilité sociale d'un comportement, le principe de la séparation des pouvoirs conduit à une impossibilité théorique du fait justificatif jurisprudentiel.* » L'appréciation de l'utilité sociale donnée d'un acte infractionnel spécifique étant de nature politique, seul le législateur peut, en principe, en toute rigueur, et dans la logique démocratique des choses, prévoir une justification, un fait justificatif. L'ordre public suppose nécessairement pour sa définition une appréciation personnelle du législateur des actions qu'il considère comme étant socialement nuisibles. Or, c'est « *l'utilité sociale de l'acte infractionnel qui conduit, le cas échéant, à le justifier. Et si l'appréciation de la nuisance sociale d'un comportement est de nature politique, l'appréciation de l'utilité sociale ne peut être que d'une nature identique* »<sup>24</sup>. Après tout, le bien et le mal, le juste et l'injuste, le socialement utile et socialement nuisible ne sauraient s'analyser comme des vérités pré-existantes, l'utilité sociale n'étant pas une vérité absolue dont le juge saurait être saisi comme le gardien ; et « *les contours de ces notions cadres sont tellement fuyants que l'édiction de la norme, qu'elle incrimine ou qu'elle justifie, semble être en réalité un choix de la norme davantage qu'un acte de pure rationalité. Or, un tel choix ne peut être que de nature politique ; et ce choix ne tire sa légitimité que du fait qu'il découle d'une délibération démocratique* »<sup>25</sup>. Puisque l'organisation sociale implique que l'individu cède, en fin de compte, son pouvoir absolu d'autodétermination à l'État, par le biais du scrutin, la liberté naturelle doit être comprise comme une liberté « sociale et politique », la liberté se définit par les lois établies par la communauté, fixant les limites nécessaires pour que chacun puisse en jouir.

En assumant la responsabilité de juger de l'utilité sociale d'un comportement, le juge dépasserait par principe, donc, son rôle initial et empièterait sur le domaine réservé au législateur. Cela entraînerait une intrusion dans la séparation des pouvoirs, car le juge imposerait alors, cela s'entend assez intuitivement, sa propre vision de l'intérêt général, au détriment de celle jusqu'alors consacrée par le législateur. Les prérogatives du juge doivent donc, de ce point de vue et dans la pure rigueur théorique, trouver des limites qui doivent s'accommoder de l'assise démocratique. Si l'on accepte que l'évaluation de la nuisance sociale relève du domaine politique, alors il est logique de considérer que la détermination de l'utilité sociale en découle également. À moins de faire valoir que la détermination du mal est de nature politique, tandis que celle du bien peut, quant à elle, être du ressort de la juridiction.

**La matérialisation progressive d'une conception plus libérale du principe de légalité criminelle.** A pris corps une pratique, en jurisprudence, qui prend néanmoins ses distances avec une telle conception. Elle, qui n'est d'ailleurs, dans sa logique même, pas si étrangère au principe même de jurisprudence qui, dans bien des hypothèses du droit pénal, général comme spécial, s'est avérée créatrice. Tout part ici d'une réflexion profonde sur l'articulation des pouvoirs inhérente à nos systèmes démocratiques contemporains. Dans la société démocratique moderne, la quête de liberté englobe également la défense d'un ensemble de valeurs reflétant le respect de la dignité humaine. Le régime démocratique vise initialement à préserver les valeurs interconnectées de *liberté* et *d'égalité*, ces « *deux instincts fondamentaux de l'être social* » étant, selon Kelsen, au cœur de l'idée démocratique, ce dernier parlant même de « *reine de l'idée démocratique* »<sup>26</sup>. Et la question de l'auto-délimitation du pouvoir sous-tend le constat que « *le peuple ne peut jamais s'abandonner*

---

<sup>23</sup> Pierre Rousseau, *La légitimité de l'infraction*, Thèse, Édition Mare et martin, 2021, p. 94 et suivantes

<sup>24</sup> Pierre Rousseau, *La légitimité de l'infraction*, Thèse, Édition Mare et martin, 2021, p. 93

<sup>25</sup> Pierre Rousseau, *La légitimité de l'infraction*, Thèse, Édition Mare et martin, 2021, p. 104-105

<sup>26</sup> H. Kelsen., *La démocratie. Sa nature - Sa valeur*, trad. Eisenmann, Economica, 1988. p. 115

*aveuglément à ses mandataires* »<sup>27</sup>. Mais si le juge a, cela s'entend, acquis une connaissance rigoureuse du droit du point de vue de sa technique juridique, cela durant son parcours, il serait inévitablement douteux de le considérer comme un être de connaissance supérieure, « *aussi sûr de sa vérité que le fils de Dieu* »<sup>28</sup>. Cependant, à partir du moment où la collectivité politique rejette, ou met en tout cas à distance, une norme religieuse, en tant qu'étalon extra-social donné une fois pour toutes, surgit la question de l'autolimitation du pouvoir ; ce, *parce qu'il n'existe dès lors aucun discours rigoureux qui, à partir de présupposés s'imposant à tous, aboutirait à une décision incontestable sur la bonne loi*<sup>29</sup>. Dans une démocratie, le peuple peut tout faire, mais il ne doit pas tout faire, et lorsqu'il manque de faire d'une façon intolérable, il s'impose de pouvoir faire. La démocratie, autonome, est par nature exposée au risque de se tromper, de manquer, d'oublier, d'errer mortellement ; lorsque la démesure (*l'hubris*), active, ou passive, s'empare du peuple (*dèmos*), les garanties de liberté peuvent s'en trouver gravement compromises. Une Constitution représente un premier niveau de protection, même si rien n'assure qu'elle soit totalement capable d'instaurer un équilibre parfaitement respectueux de ce qui est perçu comme un droit juste et légitime à chaque fois.

C'est un document, en réalité, qui proclame : "*Je suis immuable*", même s'il admet qu'il peut être amendé selon des procédures qu'il établit lui-même. Tout cela semble paradoxal, mais c'est déjà une tentative de prévoir des clauses fondamentales inaltérables. C'est aussi sur un terrain symbolique que la Constitution revêt une importance ; il s'agit là de voir que cette approche a une grande valeur, en persuadant d'abord les citoyens de l'importance primordiale de certaines dispositions par rapport à d'autres. Cependant, ce mécanisme de sécurité n'est pas toujours suffisant, comme le reconnaissait de manière presque confessionnelle la Constitution grecque adoptée en 1927, appartenant à la génération des constitutions européennes issues du Traité de Versailles, qui dans son article 114 concluait, pragmatique : « *La sauvegarde de la Constitution est confiée au patriotisme des Hellènes.* » Et comme le soulignait un auteur<sup>30</sup>, cela, la Constitution mentionnée n'a pas empêché le coup d'État militaire de 1933, celui de 1935, ni la dictature de Métaxas en 1936. Ainsi, ce dernier conclut pour dire que « le but de ce constat est le suivant : un simple document peut avoir une valeur déclarative, agir comme un vague rempart, mais il ne garantit pas sa propre validité intrinsèque ». Et c'est pourquoi toute institution, toute constitution repose d'ailleurs *sur des forces présentes dans la société pour empêcher d'autres forces de les renverser*<sup>31</sup>. Parmi ceux-ci, dans le cadre de la Vème République, peuvent ainsi s'appréhender des corps spécifiques de *spécialistes* supposés contrôler la constitutionnalité des lois ; le Conseil constitutionnel en France, et notamment, nous le verrons ici, la Cour de cassation, quand il n'y a pas d'organe spécifique. Pourquoi donc ? Parce que la loi héritée d'un régime démocratique au sens processuel du terme, c'est-à-dire votée au terme d'une procédure de vote majoritaire, peut parfaitement prendre ses distances, se soustraire çà l'observation des valeurs parallèles qui font le fondement même de la vie dans une société démocratique. « Les imperfections essentielles au régime démocratique sont susceptibles de rejaillir sur les textes législatifs adoptés, que cela soit positivement ou par carence, et donc négativement », synthétise Cornelius Castoriadis.

C'est ainsi que, alors que sur un paradigme républicain de l'intérêt général, s'est progressivement décalqué un nouveau paradigme, celui de l'individu, si l'intérêt général demeure l'objectif de la loi, la société démocratique moderne se caractérise par un ensemble de valeurs, et même par une prise en considération des droits de l'individu en tant qu'Homme. Pour reprendre la formule d'un auteur, « *La démocratie contemporaine, à travers l'importance croissante accordée aux droits*

---

<sup>27</sup> C. Fauré, *Les déclarations des droits de l'homme de 1789*, Christine Fauré, Payot, 1988, p. 281

<sup>28</sup> P. Raynaud, *Le juge et le philosophe*, Armand Colin, 2010, p. 240-241

<sup>29</sup> Cornelius Castoriadis, *La cité et les lois : Ce qui fait Grèce, 2, Séminaires 1983-1984*, La Couleur des idées, Seuil, p. 124-133

<sup>30</sup> Ibid

<sup>31</sup> Ibid

*fondamentaux, se caractérise par un « effacement de la logique collectiviste derrière la logique individualiste »*<sup>32</sup>. C'est ainsi désormais à la norme, qui quant à elle sert l'intérêt général, qu'il revient, dans l'hypothèse bien particulière, soit de se justifier, soit de s'incliner ; et ce, alors devant les libertés fondamentales qui, d'un point de vue hiérarchique, la surplombent. Or, cette exigence d'un respect des valeurs communes par le choix majoritaire ne peut que s'accompagner d'un contrôle juridictionnel de la loi. Parce que comme le souligne un auteur, « chez le législateur co-existent également la raison et la passion, et ce dernier peut faillir d'une part dans la poursuite de l'intérêt général, en faisant prévaloir des intérêts privés, mais également dans son obligation de respecter les valeurs communes de la société démocratique »<sup>33</sup>. Cette conscience a créé les conditions d'une forme d'émancipation du juge qui, assez rapidement, s'est senti légitime pour vérifier, par le biais d'un contrôle juridictionnel, que la loi reste respectueuse des valeurs communes, ou soit, par la jurisprudence, modulée pour englober des hypothèses que la loi n'avait pas nécessairement prévues, afin de satisfaire davantage une certaine idée de justice, une certaine intuition d'équilibre dans l'exercice des garanties.

Un auteur a pu qualifier cet office opéré par le juge de « démocratie réflexive »<sup>34</sup> ; et un autre considère alors que « c'est en termes de réflexivité plus de souveraineté qu'il faut penser la légitimité du juge »<sup>35</sup> ; alors, « le juge s'assure alors que le produit du régime démocratique épouse les contours de la société démocratique. Cette mission consiste à réduire l'écart entre la démocratie définie comme une procédure, et la démocratie définie comme un contenu. »<sup>36</sup> Naturellement, cette « légitimité » est bien difficile à concevoir pleinement, et nombreuses sont les voix qui s'inquiètent, aujourd'hui, du spectre d'un « gouvernement des juges ». S'en remettre à la justice est alors vu comme « une forme de confiscation de souveraineté, les juges étant pour certains ces nouveaux prêtres qui se doivent de rendre la citoyenneté sans objet »<sup>37</sup>. Quoi qu'il en soit, une réalité est bien là : si le principe de légalité formelle conserve une place prépondérante, l'exigence du « strict légalisme de 1789 »<sup>38</sup> a fait l'objet d'assouplissements considérables. À tel point, qu'un auteur n'hésite pas à écrire franchement que le législateur d'aujourd'hui n'est « qu'une des incarnations du normateur »<sup>39</sup>. Le juge participe effectivement pleinement à cette détermination ; et ce, par le biais de l'interprétation de la loi.

Et puis, il faut dire que si la loi pénale est en principe d'interprétation stricte, « il n'en reste pas moins que le législateur a tendance à prévoir des infractions ouvertes »<sup>40</sup>, comme si partager l'expérience de détermination de la norme le protégeait des vertiges d'une innovation purement et seulement solitaire, comme l'illustre le cas délit d'entrave notamment, prévu à l'article L. 2146-1 du Code du travail, lequel ne précise, à dire vrai, en rien ce qui constitue, concrètement, une entrave ; « laissant dès lors à la jurisprudence le soin d'en préciser les contours ». S'impose alors pour le juge pénal la nécessité de « circonscrire l'interdit », à travers une interprétation, qui conduit inévitablement à une véritable « codétermination de la norme pénale ». Toutefois, si la légalité criminelle perd de sa dimension formelle, du fait donc d'une implication absolument croissante du juge dans la détermination de la norme pénale, la légalité matérielle s'en trouve, d'une certaine façon, renforcée, le juge veillant en ce sens à la qualité des textes et l'adaptation des textes qu'il est censé appliquer.

---

<sup>32</sup> A. Garapon, *Le gardien des promesses*, Paris, éd. Odile Jacob, 1996, p. 45

<sup>33</sup> Pierre Rousseau, *La légitimité de l'infraction*, Thèse, Édition Mare et martin, 2021, p. 124

<sup>34</sup> P. Rosanvallon, *La légitimité démocratique – Impartialité, réflexivité, proximité*, Seuil, 2008, p. 195

<sup>35</sup> A. Garapon, *Le gardien des promesses*, Paris, éd. Odile Jacob, 1996, p. 256

<sup>36</sup> P. Rosanvallon, *La légitimité démocratique – Impartialité, réflexivité, proximité*, Seuil, 2008, p. 228

<sup>37</sup> A. Garapon, *Le gardien des promesses*, Paris, éd. Odile Jacob, 1996, p. 58

<sup>38</sup> Yves Mayaud, *Manuel de Droit pénal général*, PUF, 5e édition mise à jour, juillet 2015, p. 35

<sup>39</sup> C. Lombois, *Droit pénal général*, Hachette, 1994, p. 13

<sup>40</sup> Yves Mayaud, *Manuel de Droit pénal général*, PUF, 5e édition mise à jour, juillet 2015, p. 33

Certes, comme le relève un auteur, « *l'argument consistant à ériger le contrôle juridictionnel de la loi comme palliatif de l'incapacité de cette dernière à parfaitement exprimer pleinement la volonté générale revient à prétendre sauvegarder un principe grâce aux manifestations de son déclin* »<sup>41</sup>. Mais quoi qu'on en dise, c'est là, en l'état, une pure réalité que nous ne saurions refuser d'appréhender, faute de pouvoir, en parallèle de cela, prétendre connaître l'ultime solution à une architecture qui, à certains égards, n'est pas sans, comme cela a été évoqué, s'accommoder tortueusement d'une pure légitimité démocratique, au sens processuel, et donc originaire, du terme.

**Un assouplissement dans le moule duquel se sont forgées des interventions créatrices du juge en matière justificative.** Ainsi que le relève une autrice, l'analyse des méthodes que le juge fait sienne permet de mettre en exergue des initiatives créatrices des juges en matière justificative. « Et si la possibilité pour la jurisprudence de créer de nouveaux faits justificatifs n'est pas un impératif, c'est cependant une réalité qui nécessite d'être étudiée par souci de réalisme juridique »<sup>42</sup>. La jurisprudence est belle et bien devenue cette « source accessoire de justification » dont l'auteur formalise le vocable. Les juges, déjà par le passé, se sont permis de créer des faits justificatifs ; et, pour être tout à fait précis, ils continuent de se le permettre, dans un mouvement loin d'aller en dominant. L'un des exemples les plus éclatants de cette tendance créatrice est assurément celui de l'état de nécessité, sur le terrain de la justification générale, qui remonte au XIX<sup>ème</sup> siècle<sup>43</sup> : même si l'idée plus générale d'accorder l'impunité à l'auteur d'une infraction rendue nécessaire par une situation de péril objectif est très ancienne, et que cette décision a décidé, néanmoins, de l'envisager d'abord comme traduisant un défaut d'intention et donc sous l'angle du manque d'un élément constitutif de l'infraction de vol, elle s'est trouvée par la suite confortée dans sa logique même par une saga jurisprudentielle d'envergure. Et ce, au point de donner naissance, en jurisprudence et dans le silence de la loi formelle<sup>44</sup>, à un véritable fait justificatif prétorien, avant que ce dernier ne trouve, finalement, une consécration légale en 1994<sup>45</sup>. D'une certaine façon, pour reprendre la formule d'un professeur, à cette occasion, « *l'humanité l'a emporté sur l'intransigeance du code* »<sup>46</sup>. C'est précisément parce qu'il ne faut espérer d'une part absolument aucun amendement d'une personne qui s'est trouvée jetée dans la nécessité d'agir, et d'autre part parce qu'aucun effet intimidant ni dissuasif ne serait à attendre d'une sanction, puisque l'individu placé à nouveau en état de nécessité serait à nouveau contraint de choisir entre le mal auquel il est exposé et la reconduction d'une infraction, le besoin s'est fait sentir historiquement d'accorder à l'état de nécessité le statut de fait justificatif *autonome*, plein et entier, ce donc malgré l'absence originaire de texte de portée générale.

Sur le terrain de la justification *spéciale*, il est de grande notoriété que la jurisprudence s'est attachée à faire émerger un fait justificatif spécial en matière de diffamation, à savoir celui de la bonne foi. Incriminée à l'article 29 de la loi du 29 juillet 1881 relative à la liberté de la presse, elle se définit comme toute allégation ou imputation d'un fait qui porte atteinte à l'honneur ou à la considération de la personne ou du corps auquel le fait est imputé. Si la Cour de cassation affirme depuis de nombreuses années que les imputations diffamatoires sont réputées faites avec l'intention de nuire, cela de droit, elle souligne néanmoins que cette présomption, qui ne peut disparaître qu'en présence de faits justificatifs, le peut par l'interstice de la bonne foi. Au regard d'une telle affirmation, il semble que les hauts magistrats se sont, là encore, autorisés en dehors de toute

---

<sup>41</sup> L. Thomas, « *L'application du principe d'interprétation stricte de la loi pénale par la chambre criminelle à l'aune des mutations de la légalité criminelle* », RSC 2014, p. 892

<sup>42</sup> Alice Dejean de la Bâtie, *Les faits justificatifs spéciaux*, Thèse, Bibliothèque des sciences criminelles, Tome 69, 2018, p. 61

<sup>43</sup> Trib. corr., Château-Thierry, 4 mars 1898 : le juge Magnaud relaxe Louise Ménard, une jeune fille-mère, située dans une immense précarité, et qui est alors poursuivie pour avoir dérobé du pain chez un boulanger, alors qu'elle n'avait rien mangé depuis 36 heures.

<sup>44</sup> Cass. crim., 28 juin 1958, *aff. Lesage*, D. 1958, p. 693

<sup>45</sup> Article 122-7 du Code pénal : *N'est pas pénalement responsable la personne qui, face à un danger actuel ou imminent qui menace elle-même, autrui ou un bien, accomplit un acte nécessaire à la sauvegarde de la personne ou du bien, sauf s'il y a disproportion entre les moyens employés et la gravité de la menace.*

<sup>46</sup> Frédéric Dabove, François Falletti, Iris Pons, *Précis de droit pénal et de procédure pénale*, 9<sup>e</sup> édition, PUF, 2022, p. 296

prévision textuelle préalable, à créer un nouveau fait justificatif propre donc à la diffamation. Peut aussi être évoqué le fait justificatif de l'intérêt de groupe<sup>47</sup>, en matière d'abus de biens sociaux. Parce que l'abus de biens sociaux se montre, *de facto*, ponctuellement inadapté au phénomène de groupe de société, et peut dès lors faire obstacle à une légitime collaboration intra-groupe, la jurisprudence s'est attelée à faire naître un fait justificatif spécial à l'abus de biens sociaux précisément quand l'opération en cause intervient dans un contexte de groupes de société. Elle est venue dès lors édifier un fait justificatif spécial, purement prétorien, qui permet au dirigeant poursuivi le cas échéant d'établir que l'opération motivant les poursuites du chef d'abus de biens sociaux est intervenue dans un *contexte de groupe*, en remplissant les critères établis pour l'exonérer de toute responsabilité pénale. L'idée donc, c'est que l'abus de biens sociaux ne va pas être caractérisé lorsque la contradiction de l'intérêt social opérée par le dirigeant social est investie pour le bien de l'intérêt du groupe.

**D'une tentative de rattachement à des faits justificatifs existants à la reconnaissance d'une autonomie propre.** Par le passé, il est apparu que, pour justifier d'une absence de création prétorienne, qui s'accommode donc difficilement d'une observation rigoureuse du principe de légalité criminelle, et plus largement de séparation des pouvoirs, a pu se faire sentir, d'une certaine manière, le besoin que de tenter de rattacher le « fait justificatif découvert » à d'autres institutions légales, et notamment parmi lesquels d'autres faits justificatifs généraux ; ce, en vue de maquiller, pourrait-on dire, une démarche parfaitement créatrice du juge pénal. Ainsi, pour le fait justificatif tiré de l'état de nécessité, une explication de l'impunité prononcée a d'abord été recherchée dans l'idée de contrainte morale<sup>48</sup>, une telle démarche permettant aux tribunaux, sous le couvert de cadres juridiques préexistants, de tenir compte de l'état objectif de nécessité, et ce sans affirmer son existence propre. C'est alors l'article 64 du Code pénal de 1810 qui, en tant que siège formel de la contrainte, sert d'assise à des décisions tacites sur l'état de nécessité. Toutefois, cette conception, poussée dans ses retranchements théoriques, présuppose que le but de « sauvegarde » s'impose à l'agent comme le fruit d'une « nécessité dépourvue de toute liberté » ; l'agent, sans être mû par une force irrésistible, est supposé, dans cette logique, avoir agi sous l'influence d'une crainte, disons, assez forte pour supprimer, chez ce dernier, toute liberté même de décision ; et s'être trouvé, donc anéanti dans toute possibilité réelle de choix. Pourtant, une telle réflexion n'épouse que mal la réalité de l'état de nécessité, qui regarde en principe un agent qui veut ce qu'il fait, et fait ce qu'il fait parce qu'il le veut, effectuant alors un choix caractéristique exclusif, à dire vrai, de toute contrainte morale qui soit absolument irrésistible (même si, il est vrai, des cas marginaux pourraient, d'une certaine façon, aller jusqu'à rendre difficile la distinction avec la contrainte). La contrainte implique une absence de liberté dans la décision, un état d'esprit privé de l'existence d'un choix ; l'état de nécessité suppose lui un choix librement exercé, entre d'une part le mal qui le menace, et d'autre part l'infraction qui permet de l'éviter. Un auteur le dit d'ailleurs en des termes percutants : dans cette dernière hypothèse, « *la liberté se manifeste par la possibilité d'un choix, parfois douloureux ; mais ce choix est inéluctable* »<sup>49</sup>. L'état de nécessité est bien une alternative. Sinon, une autre explication de l'état de nécessité a pu être recherchée, comme dit précédemment, dans un défaut d'intention coupable. Mais comme le dit bien un auteur, « *cette justification n'est pas acceptable, parce qu'elle repose sur une confusion entre l'intention et les motivations : l'intention implique que c'est volontairement et en connaissance de cause que l'agent a accompli l'acte défendu par la loi, alors que les motivations font référence à l'explication de l'acte* »<sup>50</sup>. C'est ainsi que, l'artifice ne pouvant tenir, il est apparu plus honnête de finalement être sincère.

---

<sup>47</sup> Cass. crim., 4 février 1985, *aff. Rozenblum*, Bull. crim., n° 54

<sup>48</sup> R. Garraud, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, t. 1, L. Larose et Forcel, 1888, p. 373, n° 225

<sup>49</sup> M.-E. Cartier, « *Contrainte et nécessité* », Ann. Fac., Toulouse 1982, p. 28 et s.

<sup>50</sup> R. Bernardini, *L'intention coupable en droit pénal*, thèse, Nice, 1976, n° 421

Plus récemment encore, c'est le fait justificatif prétorien tiré des droits de la défense qui semble là encore s'être autonomisé, lui qui semblait jusqu'à il y a peu cantonné à l'application d'un contrôle de conventionnalité *in concreto*, lequel appellera par ailleurs des analyses approfondies, pour, semble-t-il, au final s'être trouvé érigé au rang de la grande famille des faits justificatifs. Effectivement, la justification par les droits de la défense illustre également cette volonté du juge de faire comme prévaloir une forme de justice *matérielle* du comportement sur son injustice formelle. Éclatante est, à titre illustratif, la jurisprudence qui justifie le vol de documents appartenant à son employeur, par un salarié, estimé nécessaire à l'exercice de ses droits de la défense dans le cadre d'un litige prud'homal<sup>51</sup>. Fût alors approuvée, par les hauts magistrats, la cour d'appel qui confirme l'ordonnance de non-lieu des chefs de vol et d'abus de confiance rendue par le juge d'instruction à l'égard d'un salarié qui, avisé du projet de son employeur de rompre son contrat de travail, a appréhendé des documents dont il avait eu connaissance à l'occasion de l'exercice de ses fonctions et dont la production était strictement nécessaire à l'exercice de sa défense dans la procédure prud'homale qu'il a engagée peu après. Et si dans une décision précédente, la Cour de cassation avait manifestement limité la justification évoquée au cadre du litige prud'homal<sup>52</sup>, ainsi que le relevait déjà un professeur<sup>53</sup>, « les droits de la défense sont aujourd'hui une réalité parfaitement intégrée en droit pénal général, non comme la manifestation d'une bonne intention ou d'un défaut de culpabilité, mais en tant que facteur autonome et suffisant d'irresponsabilité ». Et un arrêt récent de la chambre criminelle insiste finalement sur le fait qu'un fait justificatif tiré de l'exercice des droits de la défense existe bel et bien en matière d'abus de confiance, et que celui-ci ne s'applique pas seulement en matière de droit du travail<sup>54</sup>. Ainsi, il semble désormais dès que n'est pas punissable l'infraction commise pour les strictes nécessités de la défense de son auteur, le bénéfice de ce fait justificatif n'étant pas *restreint à la défense exercée dans un cadre prud'homal*. Par ses motifs adoptés, la Cour de cassation indique expressément d'ailleurs que la cause d'impunité en question est bien un « *fait justificatif* ».

L'irresponsabilité pénale attachée aux droits de la défense ne résulte donc pas d'un autre mécanisme de légitimation des faits, tel que le contrôle de conventionnalité ou de proportionnalité, et ne provient pas non plus d'un fait justificatif général nommé, tel que l'autorisation de la loi. Et si certains auteurs considèrent encore que ce fait justificatif trouve son fondement *implicite* dans la législation existante, sans être expressément énoncé dans la loi, et estiment que la loi autorise implicitement l'exercice des droits de la défense comme moyen de justification, cela est contestable<sup>55</sup>. Il peut apparaître artificiel de chercher à rattacher *systématiquement* la justification d'origine jurisprudentielle aux faits justificatifs législatifs existants : et ce, notamment parce qu'ici, pour souscrire la lecture proposée, il faut déjà interpréter largement le terme de « loi » tel qu'évoqué à l'article 122-4 du Code pénal, puisque l'irresponsabilité pénale se fonde alors sur l'exercice d'une liberté fondamentale, et non sur un texte de loi spécifique. En effet, l'article 122-4, mobilisé par certains comme un creuset de légitimation des innovations prétoriennes en matière justificative, cible uniquement la loi ou le règlement national. Peut-on considérer que la loi dont il est question dans cet article doit s'entendre au sens large, et considérer qu'elle englobe les normes de valeur supra-législative, à savoir celles d'ordre conventionnel ? À l'inverse, en l'absence d'un tel article dans le Code pénal, n'est-il plus possible de se prévaloir d'un droit fondamental afin d'éviter la répression ? Comme le relève un auteur<sup>56</sup>, *pour que la loi nationale autorise une action, encore faut-il qu'elle soit en mesure de l'interdire. Or, la loi française ne peut interdire à quiconque d'exercer sa liberté fondamentale, et doit veiller à ne pas y porter atteinte en vertu de la hiérarchie*

---

<sup>51</sup> Cass. crim., 16 juin 2011, n°10-85079, *aff. Sté Centre spécialités pharmaceutiques*

<sup>52</sup> Cass. crim. 9 juin 2009, n° 08-86.843

<sup>53</sup> Yves Mayaud, *Les droits de la défense cause d'irresponsabilité pénale*, in Mélanges R. Gassin. PUAM, 2007, p. 297

<sup>54</sup> Cass. crim. 8 mars 2023, n° 22-81.040, F-D

<sup>55</sup> Y. Capdepon, *Essai d'une théorie générale des droits de la défense*, Dalloz, 2013, n° 698

<sup>56</sup> Pierre Rousseau, *La légitimité de l'infraction*, Thèse, Édition Mare et martin, 2021, p. 181, n° 184

*des normes, sauf à justifier de son ingérence. Il serait absurde que la justiciable dépende ainsi de l'existence d'un article 122-4 dans le Code pénal afin d'être en mesure de se prévaloir d'une faculté d'agir de rang supra-législatif.*

Le fait justificatif tiré donc de l'exercice des droits de la défense, qui ne se limite plus à la sphère du droit du travail, permet ainsi de déclarer non punissable l'infraction commise pour les strictes nécessités de la défense de son auteur. La justification paraît donc générale, et même apte à pouvoir le cas échéant permettre une neutralisation de toute incrimination en cause étant en lien avec les-dits droits. Il faut, naturellement, comprendre par là les infractions commises en lien avec l'administration de la preuve. Ainsi, cette liste des infractions concernées demeure, en réalité, assez réduite : et englobe essentiellement des hypothèses de vol, de violation de secret... Ainsi que le relève par ailleurs un professeur, *dans l'hypothèse de l'infraction commise pour se défendre, il paraît évident qu'à la nécessité de l'infraction au regard de la défense, devrait s'ajouter sa proportionnalité avec cette finalité : un salarié ne saurait user de menaces, encore moins de violences pour se procurer des pièces utiles*<sup>57</sup>. Ainsi faut-il éviter de faire « trop dire à l'arrêt », dont les formules expéditives peuvent laisser croire qu'il faudrait lui conférer une portée très large qui n'est pas, nécessairement, la sienne.

Cette réalité, ainsi mise en lumière, se sous-tend néanmoins d'un manque effectif de légitimité, lorsqu'elle s'analyse à l'aune de l'approche démocratique de la légitimité du pouvoir. N'étant pas désignés par un processus démocratique, les juges ne sauraient être perçus comme des institutions chargées de représenter la souveraineté populaire ; et ainsi que le formulait le philosophe anglais Jérémy Bentham, « *donner aux juges le pouvoir d'annuler les actes du Parlement, c'est transférer une partie du pouvoir suprême d'une assemblée à laquelle le peuple participe, à un groupe d'homme dont le peuple ne peut, en aucuns cas, participer au choix ; un groupe d'hommes, désignés par la Couronne seule* »<sup>58</sup>. De ce point de vue, le grand défaut de légitimité des faits justificatifs prétoriens ainsi consacrés vient d'un constat tout à fait intuitif : en ce qu'ils visent, de façon seulement jurisprudentielle, à tenir ponctuellement en échec l'application d'une loi parlementaire démocratiquement établie, et ce par le fait d'une hiérarchisation judiciaire des valeurs sociales, il apparaît difficilement acceptable de les voir prendre corps ainsi sans que cela ne s'interroge. Une autrice l'exprime en des termes parfaitement clairs : « *La hiérarchisation des valeurs opérée par le fait justificatif prétorien est donc soumise à l'arbitraire du juge, qui décide de faire, ponctuellement, dominer une valeur sociale sur une autre, sans le support de la légitimité démocratique dont jouit le Parlement qui avait choisi de protéger la valeur ainsi sacrifiée* »<sup>59</sup>.

**La solution de la restauration d'une légitimité démocratique aux faits justificatifs d'origine jurisprudentielle.** Alors, si une chose est belle et bien certaine, c'est que se dessine un défaut de légitimité démocratique des faits justificatifs prétoriens, qui appelle donc à être tempéré. La plus rigoureuse et inflexible des propositions, à titre de solution, voudrait que la loi vienne proclamer haut et fort l'interdiction absolue pour les juges d'entrer en voie d'élaboration créative en matière justificative. Par voie de conséquence, le problème de légitimité s'en trouverait immédiatement réglé en la matière, et le débat serait clos. Toutefois, cette solution est-elle réellement opportune, elle qui, après tout, priverait le juge de tout un champ d'intervention judiciaire pour pallier efficacement à des imperfections ou lacunes de la loi particulièrement inconfortables ? Ainsi que le précise une autrice, « *cela priverait le droit pénal d'une certaine, nécessaire, flexibilité ; d'une soupape de sécurité que lui assurent les justifications* »<sup>60</sup>. Et, comme le précise la-dite autrice, il

<sup>57</sup> Philippe Conte, *Droit pénal n° 5, Mai 2023*, comm. 82

<sup>58</sup> J. Bentham, *A fragment of Government*, 1776, Oxford : *The Clarendon Press*, 1891, p. 221

<sup>59</sup> Alice Dejean de la Bâtie, *Les faits justificatifs spéciaux*, Thèse, Bibliothèque des sciences criminelles, Tome 69, 2018, n° 677, p. 264

<sup>60</sup> Alice Dejean de la Bâtie, *Les faits justificatifs spéciaux*, Thèse, Bibliothèque des sciences criminelles, Tome 69, 2018, n° 682, p. 265

n'est même pas certain qu'une telle prohibition soit respectée par les juges qui seraient alors tentés de résoudre les cas dont ils auraient à connaître par un recours à d'autres notions juridiques permettant d'arriver au même résultat que la justification, par exemple en se déportant sur le détournement des éléments constitutifs de l'infraction ; et ce, de façon incohérente sur le plan du raisonnement inhérent à la matière juridique. Finalement, ce que l'on peut souhaiter, c'est que se matérialise une reprise de contrôle de la matière justificative par le législateur, néanmoins prudente et impliquée dans un dialogue avec le juge ; ainsi, le juge consacrerait ou écarterait les innovations purement créatrices du juge pénal en la matière, restaurant le cas échéant une véritable légitimité aux-dits faits justificatifs le cas échéant consacrés pleinement par la loi, tout en assumant son inspiration judiciaire, comme cela a été historiquement le cas, par exemple, avec le cas de l'état de nécessité. Ainsi la jurisprudence ne jouerait alors qu'un rôle utile d'ajustement temporaire du contour des mécanismes justificatifs, en montrant la voie au législateur une fois les innovations prétoriennes réalisées, la définition ou le refus de la justification revenant in fine néanmoins au législateur ; ce dernier reprendrait ainsi plus classiquement le contrôle du champ de la justification *in globo*, sans priver le droit pénal d'une source d'inspiration et de flexibilité susceptible d'être d'une grande richesse.

**Une invitation parallèle du juge dans la matière justificative par la voie de la modulation plutôt que de la création.** Ainsi que l'a appréhendé le regard porté par une autrice<sup>61</sup>, sur l'invitation du juge dans la matière justificative, il peut être distingué entre deux réalités : celle de *l'appropriation créatrice*, et *l'appropriation modulatrice*. Tandis que la première renvoie aux développements précédents, la seconde entend traduire l'accaparement par le juge de la matière justificative suivant une démarche qui, cette fois, se focalise pour beaucoup sur les conditions d'applications d'un fait justificatif existant. La modulation doit ici s'entendre comme la modification, du juge, de l'application d'un fait justificatif existant, telle que guidée par la prise en considération des circonstances qui président aux circonstances étudiées ; et ce, dans les interstices d'une lettre légale quelque peu imprécise qui laisse comme ouverte la porte à des analyses singulières de la part de l'autorité judiciaire. En s'intéressant ainsi aux critères qui doivent être remplis pour permettre l'invocation d'un fait justificatif donné, le juge va, parfois, se montrer comme plus clément que le législateur ; et ce, en tempérant la rigueur d'application de certaines conditions jugées trop restrictives, ce qui, *ipso facto*, accouche sur l'élargissement de l'application du fait justificatif donné. Cependant, ce n'est pas toujours la clémence qui coiffe les initiatives du juge, car certaines solutions apparaissent clairement inspirées par une volonté de sévérité ; inspiration qui, il faut dire, n'est pas toujours très cohérente et symétrique, ce qui nourrit aussi des débats d'envergure.

Il faut dire que les faits justificatifs sont fondamentalement sous-tendus par une double exigence à la fois de nécessité et de proportionnalité, dont la matière est, par essence, d'une très grande souplesse d'appréciation ; ce qui, chaque fois, permet une large flexibilité de décision aux juges qui sont, face à une espèce donnée, libres dans la façon de déterminer selon qu'un comportement litigieux était nécessaire et proportionné au but poursuivi qui permet, alors, la justification. Ces exigences visent quoi qu'il en soit à « mettre en lumière » l'utilité spirale de l'infraction. L'idée, c'est que *la nécessité naît d'une situation ; là où la proportionnalité s'analyse au regard de la réaction*<sup>62</sup>. La nécessité fait l'objet d'une vérification au regard de ce que l'infraction commise était dans son principe rendue impérative pour parvenir à l'objectif reconnu comme légitime par la loi pour protéger une valeur supérieure à celle sacrifiée par l'atteinte commise. Il s'agit donc pour le juge de se positionner sur cette vérification ; pourtant, utile est-il de remarquer que le droit pénal ne définit pas précisément ce qu'il doit être entendu face à la notion de nécessité. L'article 122-5 al. 1er

---

<sup>61</sup> Alice Dejean de la Bâtie, *Les faits justificatifs spéciaux*, Thèse, Bibliothèque des sciences criminelles, Tome 69, 2018, n° 634 et s., p. 248-249

<sup>62</sup> Pierre Rousseau, *La légitimité de l'infraction*, Thèse, Édition Mare et martin, 2021, p. 54, n° 38

du Code pénal, siège de la légitime défense des personnes, prévoit effectivement que *N'est pas pénalement responsable la personne qui, devant une atteinte injustifiée envers elle-même ou autrui, accomplit, dans le même temps, un acte commandé par la nécessité de la légitime défense d'elle-même ou d'autrui, sauf s'il y a disproportion entre les moyens de défense employés et la gravité de l'atteinte*. L'article 122-7 du Code pénal prévoit, concernant l'état de nécessité, que *N'est pas pénalement responsable la personne qui, face à un danger actuel ou imminent qui menace elle-même, autrui ou un bien, accomplit un acte nécessaire à la sauvegarde de la personne ou du bien, sauf s'il y a disproportion entre les moyens employés et la gravité de la menace*. De ce fait, dans la pureté des principes, il faudrait donc « une absence véritable d'alternative »<sup>63</sup> à la commission de l'infraction adoptée ; absence d'alternative au coeur même de la « nécessité » qui s'impose à l'individu, telle qu'elle s'observe au regard de « l'environnement objectif qui lui est rattachée »<sup>64</sup>. La détermination de l'utilité d'une infraction commise et qu'il serait ainsi question de justifier apparaît alors en réalité comme étant *in fine* bien plus juridictionnelle que d'origine textuelle, légale ; et donc bien plus prétorienne que l'oeuvre du pouvoir politique. C'est ce que relève un auteur, qui déclare que prend corps une certaine idée de « *nécessité d'origine ultra-legem, cette prise en considération de l'injuste par laquelle le juge opère de mettre en balance les "valeurs en conflit" afin d'apprécier l'utilité sociale d'une infraction* »<sup>65</sup>.

Toutefois, un constat s'impose : il n'existe, en réalité, dans la plus parfaite des théories, qu'une seule, unique, action, qui puisse être saisie comme celle susceptible, chaque fois, de passer le contrôle de nécessité. Et ce, au même titre que pour la constatation de l'exacte proportionnalité de l'infraction commise, rejoignant d'une certaine manière le contrôle de l'exigence de nécessité, elle qui traduit une exigence de mesure de la riposte dans son essence face aux circonstances qui peuvent la légitimer. Et comme le souligne un auteur, « *dans le cadre de la nécessité, mis à part peut-être dans certaines hypothèses, la recherche de l'action la moins préjudiciable peut confiner à l'exploration d'un puits sans fond. Une personne dotée d'une grande imagination pourra toujours se prévaloir d'une meilleure solution. Dans le cadre de la proportionnalité, nul ne peut affirmer quel est le point exact en dessous duquel le moyen employé s'avérerait insuffisant. L'exacte proportionnalité qui suppose la juste suffisance du moyen est un horizon théorique que ne nul ne saurait en réalité situer. Il ne pourra s'agir que d'une analyse approximative et subjective* »<sup>66</sup>. Parce qu'un véritable contrôle de nécessité, absolutiste et inflexible, restreindrait au final inévitablement de façon considérable, et même insupportable, les hypothèses possibles de justifications, vidant même de sa teneur utile les faits justificatifs qui ne s'en trouveraient qu'à pouvoir jouer très résiduellement, le juge est devenu le maître d'une de l'appréciation du double critère qu'il n'hésite à pas apprécier raisonnablement, au regard de ce que l'on peut attendre de toute personne globalement placée dans la même situation. Mais ce, aussi, avec, le cas échéant, une souplesse particulière, qui n'est pas sans, d'une certaine manière, aller jusqu'à dénaturer l'essence même de la justification, ou en tout cas lui imprimer une coloration si subjective qu'elle s'accommode mal de l'utilité même de son institution.

Et, un regard sur les décisions rendues par la Cour de cassation permet de s'en convaincre, s'agissant surtout du critère de « réalité du péril » qui préside à la mise en mouvement du fait justificatif de légitime défense, ou de l'état de nécessité. Effectivement, en principe, le bénéfice de la légitime défense ne saurait être accordé que si l'agression est réelle, ce qui présuppose donc la menace d'une atteinte injustifiée existant avec une *authentique certitude*. Pourtant, la jurisprudence admet maintenant depuis longtemps que l'agression qui va être saisie par les vues de l'esprit comme

---

<sup>63</sup> E. Dreyer, *Droit pénal général*, 6e édition, Manuels, Lexis Nexis, 2021, n° 1222

<sup>64</sup> Roger Bernardini, « *Légitime défense* », Rép. pén., 2014, n° 93

<sup>65</sup> J. Walther, *L'antijuridicité en droit pénal comparé franco-allemand (contribution à une théorie générale de l'illicéité)*, Thèse, Nancy, Sarrebruck, 2003

<sup>66</sup> Pierre Rousseau, *La légitimité de l'infraction*, Thèse, Édition Mare et martin, 2021, p. 57, n° 42

légitimante puisse n'être *qu'apparente, vraisemblable*<sup>67</sup>. En pareille hypothèse, se dessine une réflexion placée sous le signe d'une conjugaison de subjectivisme et d'objectivisme : il faut des éléments qui soient de nature à déterminer une croyance générale et raisonnable de se trouver en danger, quand bien même ce danger n'a été que putatif, et ne s'est en réalité pas matérialisé concrètement ; et l'objectivité du raisonnement tient à l'impératif de rigueur suivant lequel il convient d'apprécier ce que toute personne placée dans les mêmes circonstances de fait aurait appréhendé, en se croyant donc aussi en danger. Cette fausse représentation de la réalité résulte alors comme d'une erreur excusable, qui doit être appuyée sur un ou plusieurs faits, antérieurs ou concomitants à la riposte dont il est question dans le raisonnement tenant à la légitime défense, et qui, mal représentés ou mal analysés par l'agent, ont entraîné « chez l'agent la persuasion justifiée d'être exposé au danger actuel d'une défense injuste ». La nécessité et la proportionnalité sont alors appréciées à l'aune d'une analyse subjective ; analyse subjective originale du fait justificatif, qui vient ainsi servir la cause d'une excuse dont l'effet assouplit la rigueur d'application du fait justificatif. La décision du juge s'accompagne alors d'une intime indulgence, en optant pour la perspective, clémente, d'une absence d'entrée en voie de répression ; l'application de la légitime défense vraisemblable admise par les juges va, fondamentalement, à l'encontre de l'exigence d'une menace *réelle et certaine*, puisque ces critères nécessitent que la menace existe objectivement. De cette manière, la jurisprudence s'éloigne alors d'une certaine manière de la logique justificative, en faisant primer son souhait d'exonérer de responsabilité des comportements qu'elle jugeait excusables, indifférents.

Il est utile de faire ici une distinction entre d'une part le fait justificatif, compris comme la circonstance justificative que le droit admet objectivement, et d'autre part ce qui peut être désigné au travers de la terminologie de *mécanisme réflexif d'incidence justificative* ; ce dernier relève davantage du processus d'appréhension et d'examen intellectuel propre au juge que du pur droit, ou du pur fait, abstraitement défini. Lorsqu'un individu en blesse un autre qui l'agresse injustement physiquement, de manière avant tout pour se protéger, il pourra échapper à la responsabilité pénale grâce à la légitime défense, qui est le fait justificatif en tant que tel ; le mécanisme réflexif d'incidence justificative est, dans cette hypothèse, ce mécanisme syllogistique déployé par le juge pour réfléchir de la justification en tant que telle, à savoir le fait d'avoir agi en état de légitime défense de façon nécessaire et proportionnée face à une agression injuste. Ainsi, le mécanisme réflexif d'incidence justificative est alors mobilisé *à l'appui de l'application d'un fait justificatif*. Autrement dit, le processus de réaction de la personne mise en cause est examiné en détail, pour que puisse être identifiées, le cas échéant, les conditions mêmes qui sous-tendent la potentielle application du fait justificatif en tant que tel. L'appréhension des circonstances inhérentes aux faits permet alors le cas échéant la mobilisation du fait justificatif. Or, c'est dans le coeur de cette appréhension, de ce processus de réflexion, que se dessine le visage d'un processus intime, d'ambition justificative, orienté le cas échéant par une inclinaison au pardon, un esprit de mansuétude, comme l'illustre ici la mobilisation de la théorie de l'apparence, de la vraisemblance. Cette inclinaison au pardon traduit alors « *l'effort d'indulgence réalisé en direction de l'auteur de l'infraction* »<sup>68</sup>, que le juge utilise. L'impunité qui découle d'un tel effort revient inéluctablement à justifier dans les faits un individu qui aura, *in fine*, sacrifié une valeur sociale pour... rien, concrètement ; ce, puisque qu'objectivement, l'intérêt social n'en ressort nullement préservé. La finalité du fait justificatif en ressort métamorphosée ; érigé au rang du droit pour favoriser la protection d'une valeur sociale, d'un intérêt jugé juridiquement supérieur à celui lésé, voilà donc un fait justificatif appliqué dans le souci d'une absolution de celui qui, sans représenter un danger pour la vie sociale, a agi dans l'élan malheureux d'un mouvement précipité.

---

<sup>67</sup> Cass. crim., 17 février 1956, B, n° 154

<sup>68</sup> C.GATTO, *Le pardon en droit pénal*, Thèse, Collection Laboratoire de droit privé et de sciences criminelles de l'Université d'Aix-Marseille, 2014, n° 232

**La manifestation asymétrique d'un élan d'indulgence dans le processus réflexif d'incidence justificative.** *L'excusabilité* qui intervient, dans le creuset de l'erreur vraisemblable admise pour accueillir l'application de la légitimité défense, apparaît donc comme une variable d'application de la cause justificative ; et donc, que le juge mobilise dans son raisonnement placé sous le signe de l'indulgence. Ainsi, une hauteur de vue sur la jurisprudence en la matière permet de fournir une heuristique qui laisse découvrir comme une notion *floue*, qui intervient dans la matière justificative du fait d'une sensibilité pragmatique du juge, à savoir celle de *l'indulgence*. Pour autant, cette indulgence n'est pas nécessairement symétrique et transversale à la matière justificative, et cela se conçoit notamment au regard de l'exclusion de la faute préalable que cultive la jurisprudence sur la scène de l'état de nécessité. La jurisprudence, en matière d'état de nécessité, exige classiquement un danger a priori *imprévisible* ; ce qui implique la mise à l'écart de la justification lorsqu'une imprudence initiale de l'auteur a créé les conditions favorables à l'émergence ou l'exposition du danger auquel l'agent s'est exposé<sup>69</sup>. Pré-existante à l'entrée en vigueur du nouveau Code pénal, cette solution semble encore aujourd'hui de droit positif, puisque la jurisprudence de la chambre criminelle continue d'exiger ainsi que le danger ne découle pas d'une faute préalable de l'agent<sup>70</sup>, et juge que *le fait de se placer soi-même en situation de danger est un comportement fautif antérieur excluant le fait justificatif, quand bien même le danger état actuel, et l'acte de sauvegarde nécessaire*. Si certains auteurs accueillent favorablement une telle solution, d'autres objectent que l'état de nécessité devait malgré tout être apprécié en lui-même, au moment même où il se manifeste, et non d'après la conduite antérieure de l'agent<sup>71</sup>. Ils font valoir que l'état de nécessité correspondrait quoi qu'il en soit à une situation objective, et que la faute commise le cas échéant à titre préalable devait être sanctionnée distinctement en tant que telle si elle constitue une infraction pénale imputable à l'agent, sans que cela ne puisse supprimer l'utilité, ou l'indifférence, sociale qui caractérise le dommage causé. Et puis, toutes les fautes ne se valent pas, et entretenir une binarité aussi exigeante revient à donner corps à une notion d'indulgence particulièrement asymétrique, et donc difficile à systématiser... Ne devrait-on pas distinguer plus subtilement, entre faute simple et faute caractérisée, entre autres ?

Il faut dire que si la légitime défense apparaît quoi qu'il en soit faire l'objet d'un certain traitement de faveur lorsqu'elle est accueillie par l'application de la théorie de l'erreur vraisemblable, ce dernier effort ne se prolonge pas sur le terrain parallèle de la riposte disproportionnée. Ainsi, l'agent qui a, dans un cas classique de légitime défense, riposté de façon excessive, ne saura bénéficier du dit fait justificatif, dès lors qu'est constaté un excès ou un abus total de la riposte : cette dernière efface alors totalement le caractère défensif de l'infraction réalisée. La jurisprudence est ici rigoureuse. Certains codes étrangers n'adoptent cependant pas la même attitude, et prennent en considération les deux aspects de l'acte de l'auteur de la riposte ; une défense, mais une défense excessive. Et y apportent des aménagements, précisément, sur le terrain de la sanction. Et même parfois sur le terrain de l'engagement même de la responsabilité pénale ; ainsi, parfois, si l'excès considéré provient de ce que le droit envisage comme étant un *état excusable d'excitation ou de saisissement causé par l'attaque*, il est décidé que l'excès est alors assimilé à une contrainte, de sorte que « l'auteur n'agit pas de manière coupable »<sup>72</sup>. D'autres législations tiennent encore considération de la situation d'emprise de victimes particulières, telles que les femmes victimes de violences conjugales face au syndrome de la femme battue. Dans le silence de la lettre formelle, le juge pénal français ne s'est, à ce jour, pas encore aventuré sur une telle voie.

---

<sup>69</sup> Frédéric Debove, François Falletti, Iris Pons, *Précis de droit pénal et de procédure pénale*, 9e édition, PUF, 2022, p. 298

<sup>70</sup> Cass. crim. 1er juin 2010, n° 09-87.159, *aff. de l'ours Cannelle*

<sup>71</sup> Gabriel Roujou de Boubée, *Recueil Dalloz*, 2010, p. 2732 ; Lasserre Capdeville, *État de nécessité et faute de l'intéressé*, *AJ Pénal*, 2010, p. 393 ; Affaire de l'ourse Cannelle : Tatiana Potaszkin, *Action civile et état de nécessité*, *Recueil Dalloz*, 2010, p. 484, entre autres

<sup>72</sup> Code pénal suisse, en son article 16 al. 1er et 2

Là où la modulation du juge de la matière justificative générale apparaît, sous cet angle, et à ce jour tout à fait explicite, elle trouve en outre une ramification éclatante vis-à-vis de la responsabilité connexe que le juge entretient. Contrairement à ce que prévoyait le Code pénal de 1791 qui « *précisait qu'il n'y avait point lieu de prononcer une condamnation civile lorsque l'homicide était commis en état de légitime défense* », le domaine de la responsabilité civile de l'auteur d'une infraction justifiée n'est désormais plus circonscrit précisément, aujourd'hui, par le législateur. En doctrine comme en jurisprudence, le courant dominant est celui, concrètement, d'une approche unitaire des deux disciplines. Les solutions d'une exclusion de la responsabilité se recourent au point de donner du poids à l'idée d'un prolongement de l'irresponsabilité pénale en droit civil. Consacrée en jurisprudence, et ce tant du point de vue de la légitime défense<sup>73</sup>, que de l'ordre ou autorisation de la loi<sup>74</sup>, et de l'état de nécessité<sup>75</sup>, l'approche ainsi unitaire des fautes pénales et civiles fait concrètement de la disparition du fait fautif au sens civil une conséquence estimée naturelle du fait justificatif qui s'est trouvé reconnu. La conception unitaire des fautes civiles et pénales sur ce terrain pourrait prochainement l'être aussi dans la loi, dans un futur en tout cas proche, si le projet *Terré* de codification du droit des obligations venait à finalement entrer en vigueur<sup>76</sup>. Néanmoins, « *une partie de la doctrine soutient une démarche autonomiste de la théorie des faits justificatifs quant à leur application à la responsabilité civile* »<sup>77</sup>. Et ce, parce qu'il est estimé que certaines solutions peuvent le cas échéant accoucher sur une véritable « *iniquité du point de vue de la victime* », seule à devoir supporter en sa qualité le fardeau du dommage né de l'action justifiée. Cela, essentiellement dans quelques hypothèses bien identifiées<sup>78</sup>, à savoir celles l'état de nécessité lorsque les valeurs en conflit sont équivalentes (et qui implique une « *victime* » bien souvent « *innocente* »), de l'ordre ou la permission de la loi suivis au mépris d'une obligation générale de prudence, ou encore la légitime défense vraisemblable, faute d'agresseur initial au regard du fait précis considéré légitime. Des propositions voient aujourd'hui le jour s'agissant de la mise en oeuvre d'une nouvelle distinction respectueuse des architectures autonomes des fautes civiles et pénales, et de leurs théories respectives.

**Un mouvement d'appropriation de la matière justificative conjugué à la montée en puissance du contrôle *in concreto*.** Le mouvement d'appropriation d'un pan entier de la matière justificative, que cela soit par l'effet d'une démarche créatrice ou modulatrice, « *semble avoir eu pour effet d'aiguiser l'appétit des juges face à cette possibilité de moduler ainsi la norme pénale par le jeu des causes d'irresponsabilité, au point de leur faire peu à peu délaisser le carcan justificatif pour se tourner vers un outil aux effets similaires, mais à l'utilisation encore plus souple : la mise en balance des intérêts* »<sup>79</sup>. La neutralisation de la répression fondée sur l'exercice d'une liberté fondamentale doit s'analyser comme un mécanisme approprié par le juge pénal, et né de la faculté pour le juge d'opérer un contrôle de conventionnalité de la loi. À la différence spécifique du contrôle de conventionnalité *in abstracto*, il s'agit là pour le juge d'écarter à titre ponctuel l'application d'un texte incriminant de droit interne au regard des circonstances particulières de l'espèce, considération prise desquelles la-dite application aurait pour effet de porter une atteinte estimée disproportionnée à un droit fondamental. À rebours de la logique légaliste, une telle démarche vise alors un texte qui n'est pas abstraitement déclaré purement inconventionnel, mais seulement un texte, conventionnel par principe, dont l'application pourrait, dans une situation d'espèce donnée, s'appréhender comme accouchant sur une ingérence estimée cette fois-ci et en elle-même inconventionnelle. Le contrôle repose donc sur une logique de proportionnalité

---

<sup>73</sup> Cass. civ. 2e, 22 avr. 1992, n° 90-14.586

<sup>74</sup> Civ. 2e, 10 juin 1970, D. 1970

<sup>75</sup> Cass. crim., 12 mai 1950, Bull. crim., n° 154 ;

<sup>76</sup> F. Terré (dir.), *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, Dalloz, 2011, p. 185-187

<sup>77</sup> Hajer Roudi, *Une notion pénale à l'épreuve de la responsabilité civile : les faits justificatifs*, RSC, 2016

<sup>78</sup> Ibid

<sup>79</sup> Alice Dejean de la Bâtie, *Les faits justificatifs spéciaux*, Thèse, Bibliothèque des sciences criminelles, Tome 69, 2018, p. 251-251, n° 645

circonscrite. Produisant ponctuellement les mêmes effets qu'un fait justificatif, il concurrence aujourd'hui la pratique justificative pour permettre une neutralisation de la répression dont bénéficie l'agent mis en cause. Purement prétorienne, cette méthode trouve aujourd'hui une place de plus en plus importante dans la jurisprudence pénale.

La naissance d'un contrôle de conventionnalité, non pas *in abstracto*, mais *in concreto* de l'application de la loi, coiffé par le jeu subsidiaire d'une mise en balance de proportionnalité, se cristallise dans les faits d'abord en droit civil<sup>80</sup> avant de gagner la matière pénale. Si l'émancipation du juge au détriment de l'idée légitimiste pose classiquement, ainsi qu'évoqué, l'épineux questionnement de la légitimité que le juge peut bien revêtir en faisant ou défaisant le travail législatif, il faut dire que ce dernier trouve un regain d'intérêt d'autant plus marqué lorsque le juge pénal, ainsi, assume encore plus ouvertement, peut-on dire, « *son engagement proportionnaliste directement hérité de la pratique de la Cour européenne des droits de l'homme* »<sup>81</sup>. Alors que c'est essentiellement en référence à la liberté d'expression telle que consacrée à l'article 10 de la Convention européenne que la technique mobilisée s'impose comme une véritable cause exonératrice de responsabilité pénale, cette dernière est devenue un outil puissant, et même un « *bouclier conférant au droit fondamental de l'individu une priorité de principe sur les intérêts publics protégés par la loi* »<sup>82</sup>. C'est ainsi une « *fondamentalisation* » du droit, gouvernée par une réflexion bien plus inductive que déductive en ce qu'elle tempère l'application mécanique d'une règle de droit formel par un approfondissement de l'analyse des situations propres en vue d'en induire une solution particulière qui part des circonstances plutôt que « *d'en haut* »<sup>83</sup>, que porte avec elle la généralisation du contrôle. Et si la méthode peut présenter l'avantage de l'adaptation du droit à davantage de réalités sociales, ainsi qu'emporter un renforcement de la garantie des droits fondamentaux, l'argument de l'insécurité juridique induite par la mise en oeuvre de cette dernière ne peut être totalement occulté ; ce, notamment parce qu'il est, à ce jour, encore difficile de mettre en lumière une véritable grille de lecture qui soit uniforme et homogène pour satisfaire à une prévisibilité satisfaisante du traitement des litiges à venir.

Le mécanisme du contrôle de conventionnalité *in concreto* peut-il, pour autant, être rattaché à la théorie générale de la justification ? Certains auteurs parlent d'un fait justificatif<sup>84</sup>. Pourtant, cela n'est pas nécessairement la nature qui lui correspond le plus. Pas nécessairement, car, il ne cadre pas totalement avec la notion-même de fait justificatif. Ce dernier présuppose une action d'abord et avant tout nécessaire ; or, ainsi que le relève un auteur, « *il est difficile d'admettre de manière systématique que les infractions expressives par destination, telles que les exhibitions sexuelles, les vols ou les dégradations, répondent de cette exigence de nécessité. Il s'agit sans doute d'actes socialement utiles, en ce qu'ils participent d'un débat politique ou d'intérêt général, mais certainement pas d'actes socialement nécessaires* »<sup>85</sup>. La justification présuppose un acte commandé par une situation, qui le rend nécessaire afin de sauvegarder une valeur estimée supérieure, de sorte que le fait justificatif dessine un correctif légal destiné à empêcher la répression d'une démarche socialement utile ; or, la légitimation par le contrôle *in concreto* ne constate pas une

---

<sup>80</sup> Cass. crim., 1ère. Civ., 4 décembre 2013, n°12-26.066 ; Cass., 1ère. Civ., 8 décembre 2016

<sup>81</sup> Mathilde Grandjean, *Le prétendu libéralisme du juge pénal en matière de liberté d'expression : la crainte (in)fondée du gouvernement des juges ?* L'Égipresse 2023, p. 532

<sup>82</sup> V. Fourment, *Le contrôle de proportionnalité à la Cour de cassation : l'office du juge à l'épreuve de la mise en balance et du contrôle de conventionnalité*, RDLF 2023, thèse, n° 07

<sup>83</sup> Pour reprendre la formule de Patrice Spinosi, Avocat au Conseil, employée à l'occasion d'une rencontre avec la promotion du Master 2 de Droit pénal et sciences criminelles, parcours procédure pénale, de l'Université Paris Panthéon-Assas, le 11 mars 2024

<sup>84</sup> Illustrations de ce propos : C. Dubois, *L'article 10 de la Convention européenne des droits de l'Homme et le droit pénal*, RDA, 2020, n° 20, p. 72 ; P. Conte, *La justification par l'article 10 de la Convention EDH*, Dr. pén. 2021, p. 3 ; A. Cappello, *La construction progressive et discutée du fait justificatif relatif à la liberté d'expression par la Cour de cassation*, Gaz. Pal. 2022, n° 37, p. 8 s...

<sup>85</sup> X. Pin, *Légitimation des infractions expressives : neutralisation de l'incrimination ou atténuation de la peine ? C'est selon...*, RSC, 2022, n° 817

nécessité sociale utile, mais plutôt reconnaît l'effet d'optimisation qu'a offert la commission d'une infraction, et, par le jeu d'une mise en balance, en induit possiblement une neutralisation de la répression. « *Dans un cas, le juge s'interroge sur la justification de l'infraction commise ; dans un autre cas, il s'interroge sur la justification d'une répression étatique. Le fait de considérer qu'il s'agit dans les deux hypothèses d'un fait justificatif revient à confondre la justification de l'infraction et le caractère injustifié de la répression. Or, le caractère injustifié de la répression n'implique pas que l'infraction soit justifiée. Lorsque la répression est injustifiée, l'État doit demeurer en retrait car l'acte est vu comme devant pouvoir être accompli en toute liberté. Le mécanisme de légitimation dont il est question lorsque l'acte infractionnel coïncide avec l'exercice d'une liberté fondamentale est, en comparaison avec l'application d'un fait justificatif, un contrôle à visage inversé. Ce n'est plus l'État, à travers un fait justificatif légal, qui autorise le justiciable à agir de façon infractionnelle* »<sup>86</sup>. Ainsi, dans l'hypothèse d'un contrôle de conventionnalité *in concreto*, il semblerait que le cas échéant, la liberté fondamentale soit davantage une cause de délégitimation de la répression, qu'une cause de justification de l'infraction commise ; l'idée étant qu'alors qu'en cas de justification la répression est neutralisée au stade même de la qualification pénale, l'infraction étant reconnue comme licite, ce soit ici la répression qui soit, au final, neutralisée (lorsque le juge ne se contente pas d'en induire une seule atténuation de peine).

Le mobile de l'agent trouve quoi qu'il en soit une place essentielle dans le raisonnement, lui qui est au final cet élément de nature à empêcher la répression ; et la perspective de neutralisation qui en résulte est redoutée par beaucoup, en ce qu'elle est à même, poussée dans ses retranchements, « *de faire craindre une justification généralisée de toutes les infractions, quelles qu'elles soient, commises dans un but honorable ou désintéressé* »<sup>87</sup>. L'appréciation personnelle, sous cet angle du mobile, par le juge, dans sa légitimité, est désignée par certains comme « *dangereuse et source d'arbitraire* »<sup>88</sup>. Purement personnelle au juge, cette appréciation est désignée comme faisant dépendre, non sans danger, la répression de ses pures opinions quant à la valeur morale d'une action donnée. Ainsi que l'exprime un auteur critique, « *il est vain, alors, d'espérer des solutions pesées au trébuchet : il s'agit seulement de rendre des jugements de pure opportunité qui, substituée à la légalité, ne reflètent rien de plus, par définition, que la simple opinion de leurs auteurs ("j'ai raison, puisque je le pense")* »<sup>89</sup>. Cette idée explique la crainte d'un grand nombre d'auteurs. « *Suivant une telle considération, le juriste quitte les rives paisibles de la légalité et de la nécessité des délits et des peines, pour entrer en terre d'opportunité, où plus rien n'est prévisible.* », écrit un auteur<sup>90</sup>. « *Contre une loi claire et précise, chacun viendra bientôt, si les choses se perpétuent ainsi, plaider la singularité de sa cause, non sans légitime espoir de succès tant l'éviction ponctuelle de la loi pourra paraître plus aisée à obtenir que son éviction générale* », écrivait un autre professeur<sup>91</sup>.

La main-mise jurisprudentielle sur la matière justificative générale ne se limite quoi qu'il en soit ni aux faits justificatifs prétoriens, ni à la modulation sophistiquée que le juge opère de l'application des causes objectives d'irresponsabilité de source légale, puisqu'elle contourne aussi le cas échéant des mécanismes aux règles de fonctionnement qui peuvent apparaître rigides pour procéder à cette mise en balance des intérêts en présence. Naviguant au vent des droits fondamentaux, et bordant bien souvent ses voiles par les cordages de l'indulgence, le juge accapare par cette pratique justificative ou légitimante, en l'état du droit, un contrôle important de la répression. Beaucoup se trouve reposer ainsi sur la prudence du juge pénal qui doit veiller à limiter ou harmoniser ses

---

<sup>86</sup> P. Rousseau, *Infraction justifiée ou répression injustifiée : une possible dualité de mécanismes de légitimation*, Dr. pénal 2022. Étude 8

<sup>87</sup> R. Merle., A. Vitu., *Traité de droit criminel : Droit pénal général*, 7e édition, 2000, n° 591

<sup>88</sup> P. E. Trousse, *Le mobile justificatif*, RD. pén. crim., 1962-1963 p. 418

<sup>89</sup> P. Conte, *Les limites admissibles à la liberté d'expression*, Dr. pénal 2016

<sup>90</sup> Xavier PIN, *Légitimation des infractions expressives : neutralisation de l'incrimination ou atténuation de la peine ? C'est selon...*, RSC 2022. 817

<sup>91</sup> François Chénéde, *Nullité du mariage entre alliés*, D. 2017. 953

méthodes pour habilement circonscrire la notion d'infraction légitime. Tâche éminemment complexe, dès lors que le domaine infranchissable des libertés fondamentales est aussi évidemment difficile à définir pour satisfaire un idéal de prévisibilité de la sanction pénale. *Le pessimiste se plaint du vent, l'optimiste espère qu'il va changer, le réaliste ajuste ses voiles*, écrivait William Arthur Ward, au sein de son ouvrage *Fountains of faith*. Le législateur n'a pas encadré beaucoup à ce jour un tel contrôle du juge ; et lui conférer une assise plus nettement dessinée légalement serait assurément opportun pour préciser son cadre d'intervention et accroître dès lors la légitimité du juge dans la justification. Les voiles de la justification sont désormais immenses ; seulement faut-il veiller à toujours les ajuster soigneusement et harmonieusement.

**Problématique et plan.** Il s'agit ainsi d'appréhender la mesure dans laquelle le juge, en élargissant non seulement l'éventail des faits justificatifs au-delà des limites posées par le législateur, mais en s'appropriant en outre une modulation générale de la justification générale en droit pénal, est devenu un véritable architecte de la matière justificative, dont l'office bouscule la conception traditionnelle de la norme pénale.

Il serait naturellement chose complexe de préciser dans ce cadre une réflexion d'ensemble sur la matière justificative ; puisque cela présuppose la réalisation de travaux scientifiques d'envergures, appuyés d'un positionnement juridiquement interdisciplinaire, et portés par une appréciation de surplomb de l'émergence de la justice pénale dans son ensemble, qui ne sauraient faire l'objet de si larges développements de notre part. La perspective poursuivie dans la réalisation de ce travail consiste en le fait de chercher à dépasser la conceptualisation abstraite du droit en la matière, afin de proposer une approche « pragmatique » et « réaliste » de certains de ses concepts classiques ; le but étant, *in fine*, d'observer la réalité de surplomb qui vient tempérer l'application de ces derniers, à savoir celle d'une main-mise sophistiquée du juge pénal sur la question de la justification. Il s'agit ici de faire valoir l'existence d'une influence intuitive, indéfinie dans ses contours précis, bien que circonscrite toujours davantage par une jurisprudence foisonnante, afin de tenter d'éclairer sous un jour autre les ressorts actuels de la justification en droit pénal ; à savoir, celle de l'indulgence, qui n'est pas toujours suivie avec beaucoup de cohérence.

L'invitation du juge dans la domaine général de la justification s'analyse, du point de vue le plus immédiat et accessible qui soit, sous l'angle de ses créations de faits justificatifs originaux, autonomes, et parfaitement individualisés comparaison prise des prévisions formelles de la loi pénale. **(PARTIE I)**. Néanmoins, cela est à distinguer des situations plus subtiles, assurément plus fines et discrètes, où le juge pénal s'appuie, pourrait-on dire, sur des « *ouvertures législatives* »<sup>92</sup>, c'est-à-dire sur des faits justificatifs que le législateur a d'ors et déjà consacrés, ce qui conduit à une redéfinition d'envergure des ressorts de la répression dans quantité d'hypothèses. Cette appropriation modulatrice trouve une ramification particulière dans la méthode du contrôle de conventionnalité *in concreto* d'application de la loi. **(PARTIE II)**

---

<sup>92</sup> Alice Dejean de la Bâtie, *Les faits justificatifs spéciaux*, Thèse, Bibliothèque des sciences criminelles, Tome 69, 2018, p. 255, n° 650

## **PARTIE I**

### **L'APPROPRIATION CRÉATRICE DE LA MATIÈRE JUSTIFICATIVE GÉNÉRALE PAR LE JUGE PÉNAL**

Dans le silence de la lettre formelle, le juge s'est progressivement émancipé de l'absence de prévisions du législateur pour édifier de toutes parts, et en autonomie, des circonstances justificatives qui élargissent dès lors l'arsenal de légitimation du juge en droit pénal. Cette réalité procède d'un renouvellement de la place du juge dans le corps social, et dans le système politique, à une époque où la juridictionnalisation de l'action du pouvoir se développe plus que jamais auparavant.

# CHAPITRE 1

## LE FAIT JUSTIFICATIF DE SOURCE LÉGISLATIVE, UN PARDON INDIRECT ET CONDITIONNÉ PAR LE DROIT

La justification, qui peut tenir en échec la responsabilité pénale, doit s'analyser, comme un véritable correctif légal par l'entremise duquel le législateur démontre sa volonté que la loi pénale ne soit pas, toujours, appliquée aveuglément et de façon mécaniquement (**Section 1**). Au regard du principe de légalité criminelle sous son versant formel, la justification devait cependant s'analyser comme étant de la seule compétence du législateur ; et ce, pour des questions de légitimité démocratique que le juge n'a pas. (**Section 2**)

### **Section 1** : Un pardon judiciaire d'ordre différé, indirect, et conditionné par le droit

La responsabilité n'est pas bonne à toujours recherchée, à toujours engager, puisque le droit pénal doit admettre que la vie sociale regorge de situations dans lesquelles l'équilibre des valeurs en présence impose de rester en retrait, faute pour la répression de présenter une quelconque utilité. (§1). C'est ainsi que l'instrument de la justification, véritable instrument de tempérament de la répression pénale, met en lumière l'existence de « bornes objectives »<sup>93</sup> de la loi pénale, dont le droit pénal reconnaît formellement l'existence autour d'une organisation qui laisse apparaître la possibilité d'une systématisation particulière (§2).

#### Paragraphe 1 : La justification, en tant qu'échec à la responsabilité pénale

Alors même que le principe au coeur du droit pénal est celui d'une mise en oeuvre de la responsabilité pénale face l'adoption d'un comportement incriminé, il peut arriver qu'en certaines circonstances, la société ne trouve pas d'intérêt à punir, de sorte que la loi prévoit comme des correctifs destinés à tenir compte de ces subtilités sociales (A). Le juste et l'utilité sociale sont alors les points de références qui viennent servir de boussole à l'organisation de mécanismes particuliers, destinés à tempérer la rigueur aveugle d'un droit qui sombrerait dans la mécanique la plus inadaptée (B).

#### A - L'utilité et l'inutilité de la répression en droit pénal

Si c'est autour de l'atome de la responsabilité pénale que s'articule le principe même d'une réponse pénale (1<sup>o</sup>), la réalité démontre que la sanction n'est pas une finalité systématique (2<sup>o</sup>).

#### 1<sup>o</sup>) La responsabilité pénale, l'atome de base de la répression pénale

La responsabilité pénale, c'est d'abord, et avant tout, cette obligation de rendre compte, personnellement<sup>94</sup>, d'un acte délictueux, et ce au travers de l'accomplissement d'une peine<sup>95</sup>. Il s'agit de répondre de ses actes en assumant la sanction que la société prévoit à l'adoption d'un comportement donné ; et de ses actes seulement, puisque tel que le rappelle avec force l'article 121-1 du Code pénal, *Nul n'est responsable pénalement que de son propre fait*. Il n'y a pas de place sur ce terrain pour une responsabilité pénale *de plein droit*, qui serait, par exemple, fondée sur une seule et simple qualité, ou qui encore interviendrait par défaut. Non, la responsabilité pénale, c'est un constat ; et un constat qui est étayé, appuyé sur une base factuelle qui se tient, destinée à en

---

<sup>93</sup> Y. Chevallier, "L'état de nécessité" in *Mélanges en l'honneur du doyen Pierre Bouzat*, Paris, Pedone, 1980, p. 126

<sup>94</sup> À notre époque contemporaine, car il n'en a pas toujours été ainsi ; dans les sociétés archaïques, la responsabilité était bien souvent d'essence objective et collective, ce qui allait en alimentant des guerres interocéaniques d'envergure.

<sup>95</sup> B. BOULOC, *Droit pénal général*, Dalloz, 25e éd., 2017, n°399

mettre en lumière la teneur, la part de lourdeur, l'étendue pleine et entière. La responsabilité pénale suppose, pour être engagée, pour être reconnue, la commission d'une faute pénale, l'adoption d'un comportement réprimé par une norme objective de comportement prescrite par la loi. Elle doit alors être imputable à un individu donné, qui, s'il est déclaré coupable par un tribunal, doit alors supporter la peine prévue par la loi (telle qu'appliquée néanmoins par le juge en vertu de son pouvoir d'individualisation) correspondant à une infraction. Le schéma est en apparence d'une simplicité véritable. Pour qu'un comportement puisse être qualifié d'infraction pénale, il faut, classiquement, un texte d'incrimination, ce que certains s'attachent en toute rigueur à qualifier d'élément légal, c'est-à-dire un texte érigeant au rang des prohibitions légales une attitude donnée, ou plutôt un comportement, une opération définie. Et, ensuite, un élément matériel, à savoir une action ou, le cas échéant, une commission, tangible, extériorisée, réalisée concrète ; puis, une intentionnalité, une intention, un état d'esprit, une coloration psychique particulière traduisant une compréhension de l'acte réalisé et une volonté de l'accomplir en connaissance de cause.

Une fois une infraction caractérisée et imputée, son auteur identifié et poursuivi, il va pouvoir donc être condamné ; et ce, par une juridiction compétente, suivant la hiérarchie tripartite des infractions et la compétence juridictionnelle qu'elle articule. Le comportement estimé antisocial est réprimé ; et ce, en rétribution du mal qu'il a commis, lui qui a été, a priori, inspiré par un *tempérament antisocial, révélant une perversité criminelle*<sup>96</sup>. *Élimination, resocialisation, intimidation, rétribution, prévention, réinsertion, répression, rééducation...*<sup>97</sup> : les finalités de la sanction prononcée appelée par la violation commise sont larges, et visent notamment à maintenir l'effet intimidant qui s'attache à l'impératif de respect de la loi pénale, et, pour le condamné, à permettre aussi son amendement de l'individu, par la rétribution du « mal » infligé. La rétribution est, assurément, la fonction aujourd'hui principale de la peine, celle qui se tourne vers le passé, pour imposer la charge d'un mal estimé plus ou moins équivalent à celui au mal infligé, ne serait-ce que par sa nature afflictive et infamante. La peine est, alors, dans les faits, ce « *symbole conventionnel d'une réprobation publique* »<sup>98</sup>.

Pour autant, toute infraction constituée dans tous ses éléments n'appelle pas nécessairement une condamnation. Toute violation n'appelle pas nécessairement une peine, une sanction. Et ce, déjà parce qu'une cause de non-imputabilité peut être amenée à écarter la responsabilité pénale d'un individu donné, elle qui est alors purement personnelle à l'agent. Ainsi en est-il du cas l'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental, principe fondamental du droit pénal, et qui trouve son siège à l'article 122-1 du Code pénal, lequel prévoit que « *N'est pas pénalement responsable la personne qui était atteinte, au moment des faits, d'un trouble psychique ou neuropsychique ayant aboli son discernement ou le contrôle de ses actes.* » Et ainsi que le relèvent des auteurs<sup>99</sup>, cette irresponsabilité fait sens à double-titre. D'une part, parce qu'une peine serait injuste, dès lors que l'aliénation présuppose une absence de conscience de la commission d'une infraction, faute de lucidité. D'autre part, parce que la peine serait tout bonnement inutile, dès lors que la personne aliénée serait, quoi qu'il en soit, dans l'impossibilité intime de pouvoir en comprendre le caractère dissuasif. Sans tomber dans l'écueil d'un simple inventaire, il est encore possible de citer l'exemple tiré de la minorité, les mineurs étant présumés privés de discernement lorsqu'ils ont en dessous de 13 ans au moment de la commission de l'infraction<sup>100</sup>, et à ce titre irresponsables pénalement<sup>101</sup>. *L'homme en venant au monde, dès le premier jour, a en lui le principe de toutes ses facultés psychologiques ; mais l'exercice ne s'en développe que peu à peu, à mesure*

---

<sup>96</sup> B. BOULOC, *Droit pénal général*, Dalloz, 25e éd., 2017, n°437

<sup>97</sup> Amandine Chouvet-Lefrançois, *Les finalités de la sanction en droit pénal*, Presses de l'université des sciences sociales de Toulouse, LGDJ, p. 11-20, n°3

<sup>98</sup> Feinberg, *Doing and Deserving*, Princeton, Princeton University Press, 1970, p. 100

<sup>99</sup> Frédéric Desportes, Francis le Guhenec, *Droit pénal général*, 15e édition, septembre 2008, p. 661

<sup>100</sup> Article L. 13-2 du Code de la justice pénale des mineurs

<sup>101</sup> Article L. 11-1 du Code de la justice pénale des mineurs

que les instruments physiques se développent eux-mêmes, écrivait un auteur, pour énoncer la raison d'être physiologique d'une telle règle<sup>102</sup>.

Il s'agit donc là d'hypothèses que la loi vise expressément comme exclusives de responsabilité pénale possible ; et qui tiennent à l'individu en tant que tel, d'un point de vue interne. Mais au-delà de ces considérations, la responsabilité pénale peut aussi se trouver mise à l'écart parce que le droit considère, *in fine*, qu'une intuition de juste, de ce qui est bien, ce qui est utile, n'appelle pas de répression. Et c'est alors dans cet interstice, dans ces situations, que véritablement, le fait justificatif trouve sa raison d'être.

## 2°) La peine, une finalité loin d'être systématique

Parce qu'après tout, l'être social n'est pas infaillible, retenir l'inverse ne pouvant qu'étouffer la complexité qui fait l'essence même de chacun d'entre nous, la nier de la plus abjecte et insoutenable des façons. Passionné, émotif, il lui arrive de se tromper, d'être malade, de se noyer dans les affres d'un désespoir ou d'une solitude qui le terrasse au point de réagir vivement, d'agir de façon pulsionnelle dans un état d'abstraction de ses devoirs et du civisme qui doit l'habiter, de regretter ses actions passées au point d'en demeurer l'esclave par ressassement, toutefois responsable... Humain, il lui arrive d'errer, d'aller au hasard, de perdre le droit chemin du droit. Humain ainsi, il lui faut reconnaître, tout au moins lorsque les circonstances d'une répression heurteraient de plein fouet une intuition rationnelle d'équilibre, le bénéfice de l'absence de peine lorsque son action redoutée était excusable; et le bénéfice du pardon lorsque lui tenir rigueur d'une circonstance infractionnelle apparaîtrait d'une infâme rigueur.

Le pardon juste n'est ni un déshonneur, ni le dévoiement d'une philosophie pénale soucieuse du respect des valeurs sociales dont elle aspire à l'observation rigoureuse. C'est l'oeuvre seulement d'un droit qui accepte de régir l'homme, plutôt qu'un automate ; et ce, dans toute son entièreté, et dans tous ses travers. C'est aussi l'oeuvre d'un droit qui accepte de régir bien souvent l'utile plutôt que de s'entêter à poursuivre la voie de l'afflictif lorsqu'elle paraît moins bénéfique qu'un autre objectif bien plus avantageux. Ainsi illustre l'exemple de l'excuse, *stricto sensu*, au sens légal et formel du terme. Et comme le relève une autrice<sup>103</sup>, « *le pardon n'est pour l'essentiel pas un pardon immédiat, au regard du droit pénal ; certes, il peut intervenir de manière anticipée, au stade l'engagement des poursuites, avec un classement sans suite ou une alternatives aux poursuites. Certes (...) il peut en outre intervenir a posteriori d'une procédure judiciaire, et ce par l'effet d'une amnistie, ou d'une grâce présidentielle. Mais il est, aussi, au coeur de la logique que le juge fait sienne, par l'observation d'abord rigoureuse des concepts et des mécanismes que la loi institue. (...) Le pardon est ainsi, aussi, accessible par la voie de l'excuse* ». Avec l'excuse, l'individu n'est pas innocenté, et sa culpabilité demeure en réalité reconnue. L'excuse n'affecte ainsi ni l'existence de l'infraction, ni la recherche même de l'imputabilité de l'auteur : ses effets se trouvent limités à la peine. Le Code pénal de 1994 n'opère pas de véritable rupture avec la logique de l'excuse légale qui prenait corps dans la lettre de l'ancien Code pénal<sup>104</sup>, dans la mesure où il consacre, encore aujourd'hui et cela dans ses parties spéciales, plusieurs causes légales d'atténuation de la peine. Par exemple, depuis 2004, l'article 132-78 du Code pénal prévoit que *La personne qui a tenté de commettre un crime ou un délit est, dans les cas prévus par la loi, exempte de peine si, ayant averti l'autorité administrative ou judiciaire, elle a permis d'éviter la réalisation de l'infraction et, le cas*

<sup>102</sup> J.Ortolan, *Éléments de droit pénal*, 4e éd., 1875, n° 258

<sup>103</sup> Caroline GATTO, *Le pardon en droit pénal*, Collection Laboratoire de droit privé et de sciences criminelles de l'Université d'Aix-Marseille, 2014, n° 229 et suivants

<sup>104</sup> Les articles 321 et suivants de ce même Code consacraient, par le passé, l'excuse de provocation, qui consistait dans le fait précisément de ne pas tenir rigueur à l'individu excédé par une personne ayant répliqué, provoqué, par la réalisation immédiate et spontanée d'un acte contraire à la loi. Cette excuse a globalement disparu de la lettre formelle, même si elle continue d'exister à titre résiduel, notamment en matière d'injure, tel que l'entretient l'article 33 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse.

*échéant, d'identifier les autres auteurs ou complices.* Si l'application de cette mesure est sous-tendue par l'existence de dispositions spécifiques éparées, il apparaît qu'en présence donc d'une infraction parfois très grave et surtout difficilement détectable, la loi admet que l'agent qui a pris, spontanément, la décision d'aider la justice pénale, bénéficie d'une excuse ; excuse, dont la teneur varie selon l'effort ponctuellement fourni par le prévenu. L'objectif social, peut-on dire, poursuivi alors par l'excuse, est d'éviter la réalisation finale de l'infraction, entre autres. « *Dans cette logique, l'excuse consiste dans la valorisation du repentir de l'individu, (...), et si la culpabilité n'est pas niée, elle est traitée avec une certaine faveur* ». <sup>105</sup>

Dans ce paysage, où le pardon est utile lorsque concilié habilement avec l'impératif de répression, la notion même de justification apparaît comme une élue particulière. En l'absence de reconnaissance d'une institution légale parfaitement autonome, le *pardon* semble ne se traduire, en droit pénal, que par des notions juridiques particulières *portant un message de clémence de manière plus ou moins diffuse*<sup>106</sup>. Forme de pardon social indirect et différé, conditionné par le droit et défini de façon à englober des hypothèses factuelles particulières, il agit comme un correctif de la mise en mouvement de la responsabilité pénale lorsque, dans un contexte donné, suivant une motivation particulière, l'agent a agi sans que son action ne puisse être accueillie comme particulièrement blâmable. Le droit est alors, d'une certaine façon, *indulgent*.

## **B - Un correctif de la mise en mouvement de la responsabilité pénale**

Le mécanisme justificatif est ainsi cet intermédiaire de correction, cet instrument de justice particulier (1°) que le droit organise autour d'une certaine idée d'utilité sociale (2°).

### *1°) Un correctif légal de la répression injuste*

La « justification » d'un acte ne signifie pas que cet acte n'est pas constitutif en tant que tel d'une infraction. Puisque, précisément, cette dernière est constituée dans absolument tous ses éléments, et imputée à un individu donné. Le droit pénal connaît d'autres hypothèses, où une sanction est prononcée tout en étant appuyée d'une forme de clémence judiciaire, et ce par la pratique de la dispense de peine<sup>107</sup> ou de l'ajournement dans le prononcé, qui a alors pour opter de rendre une déclaration de culpabilité symbolique mais sans grande matérialité dans l'immédiat ; mais avec la justification, la focale se déplace sur la scène d'un autre raisonnement. Cette fois, l'infraction est estimée socialement utile, ce qui permet de lui accorder le mérite d'être déclarée d'une certaine façon légitime, ce qui appelle corrélativement l'indulgence et l'absence de condamnation pénale. *Admettre le contraire reviendrait à une condamnation incohérente, puisque cette dernière s'en trouvait alors prononcée à l'égard d'une personne dont l'objectif propre en commettant l'infraction a été la prévention ou la paralysie d'une atteinte faite aux personnes ou aux biens, ou encore la désobéissance à une règle donnée, et ce pour se conformer à la loi.* L'intérêt sacrifié est estimé juridiquement inférieur à celui sauvegardé par le jeu de l'infraction commise ; ce qui permet dès lors la mise à l'écart d'une condamnation. Ce sont donc les circonstances factuelles qui servent de théâtre à l'infraction commise qui vont venir encadrer la justification, et permettre à cette dernière de s'imprimer d'un visage singulier, celui d'un outil de protection sociale qu'il serait même péjoratif de vouloir sacrifier. Le « pardon » s'en trouve d'autant plus facile à admettre que l'individu qui est mis en cause n'est pas cet individu chez lequel apparaîtrait cette « malignité » du délinquant. La fermeté judiciaire est néanmoins de rigueur : et l'application de l'état de nécessité,

<sup>105</sup> Caroline GATTO, *Le pardon en droit pénal*, Collection Laboratoire de droit privé et de sciences criminelles de l'Université d'Aix-Marseille, 2014, n° 229 et suivants

<sup>106</sup> Caroline GATTO, *Le pardon en droit pénal*, Collection Laboratoire de droit privé et de sciences criminelles de l'Université d'Aix-Marseille, 2014, n° 232

<sup>107</sup> La dispense de peine est motivée sur l'inutilité du prononcé de la peine, précisément en raison de la disparition de l'état dangereux de l'individu ; le reclassement du prévenu est considéré comme acquis, le trouble résultant de l'infraction a cessé, et le dommage en cause a été réparé, ce qui permet de croire que la peine ne présente plus d'importance notable

appréhendé ensuite plus spécifiquement ici, illustre une exigence d'infraction qui doit être globalement le meilleur voir l'unique moyen de repousser le danger. La nécessité et la proportionnalité sont en outre des critères fondamentaux qui sous-tendent le bénéfice de la justification, et dont la caractérisation par le juge va parfois s'avérer bien rigoureuse<sup>108</sup>.

L'exemple de la légitime défense est assurément le plus intuitif, lui qui est par ailleurs *un principe universellement reconnu*<sup>109</sup>. En principe prohibée, *la justice personnelle est exceptionnellement admise dans les cas où un individu est amené à réagir contre une agression que les pouvoirs publics n'ont pas su prévenir. Devant la carence des autorités, quoi de plus naturel en effet que de s'en remettre aux individus du soin de se protéger eux-mêmes ou de protéger les autres*<sup>110</sup>. Elle se réalise lorsque la nécessité d'une infraction a été créée du fait d'une injuste agression. Son fondement rationnel est en réalité difficile à parfaitement circonscrire, l'idée la plus ancienne étant celle d'un droit de l'homme dérivé du droit naturel, un droit qui *transcenderait le droit positif*. Chez les Grecs, la légitime défense était ainsi considérée comme « *l'exercice d'un droit naturel de l'homme* »<sup>111</sup>. *Adversus periculum naturalis ratio permittit se defendere*<sup>112</sup> écrivait Gaius (*Face au danger, la raison naturelle permet de se défendre.* »), en conformité avec la raison que donnait déjà Cicéron. En effet, ce dernier faisait valoir qu'il est « *en effet une loi non écrite, mais innée ; une loi que nous n'avons ni apprise de nos maîtres, ni reçue de nos pères, ni étudiée dans les livres ; nous la tenons de la nature même ; nous l'avons puisée dans son sein ; c'est elle qui nous l'a inspirée ; ni les leçons, ni les préceptes ne nous ont instruits à la pratiquer ; nous l'observons par sentiment ; nos âmes en sont pénétrées. Cette loi dit que tout moyen est honnête pour sauver nos jours lorsqu'ils sont exposés aux attaques et aux poignards d'un brigand ou d'un ennemi ; car les lois se taisent au milieu des armes ; elles n'ordonnent pas qu'on les attende, lorsque celui qui les attendrait serait victime d'une violence injuste avant qu'elles puissent lui prêter une juste assistance* »<sup>113</sup>.

Apparaît ainsi cette idée intuitive d'une répression qui serait injuste, face à une légitime défense justificative intervenant dès lors en tant que « correctif légal » d'une application aveuglément rigoureuse du droit répressif. L'état de nécessité rejoint aisément une telle sensibilité, lui qui se réalise lorsque l'agent s'est trouvé placé dans une situation telle qu'il ne peut éviter un mal qu'en commettant un délit. Les exemples sont nombreux : celui ou celle qui vole un pain pour nourrir son enfant affamé, faute d'argent, ou l'automobiliste qui occasionne un accident pour éviter de percuter mortellement un piéton ou simplement commet un excès de vitesse pour sauver la vie de son passager ; ou encore, celui qui repousse à la mer un passager excédentaire tentant de monter sur une barque au risque de la faire chavirer avec ses occupants, plutôt que cède sa place du canot de sauvetage, *le droit ne pouvant imposer l'héroïsme, qui lui seul permettrait d'éviter de sacrifier son compagnon, ce dernier dépassant les limites des forces humaines ordinaires*<sup>114</sup>. Sur la scène sinon de l'ordre du commandement légitime, cela s'entend que le subordonné hiérarchiquement se voyant ordonné d'accomplir un acte qui n'est pas manifestement illégal, et dont ce dernier ne saurait en l'état savoir nécessairement qu'il est éclatant d'irrégularité, ne saurait se voir reprocher de l'avoir exécuté, sauf à généraliser une précaution d'une rigueur extrême qui pourrait encourager des

---

<sup>108</sup> Yves Mayaud, *Droit pénal général*, n° 403 et s.

<sup>109</sup> Émile Auguste Garçon, *La légitime défense, principes généraux*, Extrait de son Code pénal annoté, 1e éd., Paris 1901, Article 328, n° 2

<sup>110</sup> Roger Merle, André Vitu, *Traité de droit criminel. Tome 1, Problèmes généraux de la science criminelle, droit pénal général*, 7e édition, p. 599

<sup>111</sup> D-M Mac Dowell, *Homicide Law in the Age of the Orators*, Manchester Univ. Press., 1963, p. 75 et s.

<sup>112</sup> Gaius, *Digeste, ad leg. Aquilianam* 9, 2

<sup>113</sup> Cicéron, *Pro Milone, in Oeuvres complètes de Cicéron*, traduction en français publiée sous la direction de M. Nisard, Tome III, Paris, Firmin-Didot, 1881

<sup>114</sup> Donald Mc Cormick, *Blood on the sea, The terrible story of the yawl « Mignonnette »*, Londres, 1962 ; *L'état de nécessité justificatif des naufragés R.I.C.P.T.*, 1969, p. 135 : *à propos de l'épouvantable histoire des naufragés de La Mignonnette qui, ayant épuisé leurs vivres, avaient tué le mousse du bord pour le manger*

manquements systématiques à un devoir d'obéissance et alors faire obstacle à l'efficacité des fonctions exercées.

## 2°) Une prise en considération de l'utilité sociale du comportement commis

Mais plus largement, au-delà de la prise en considération d'une certaine idée d'injuste qui apparaît intuitive dans les hypothèses évoquées précédemment, c'est plus largement l'utilité sociale qui sert d'assise générale aux faits justificatifs et justifie la mise en échec de la responsabilité pénale. En effet, pour la légitime défense, loin d'être placé dans la lignée d'une unique *ratio legis*, les raisons d'être de son système peuvent être appréhendées sous le signe d'une synthèse de conceptions diverses lesquelles, ensemble, réunies, conjuguées les unes autres, permettent d'asseoir la vision globale d'une institution aux fondements multiples et croisés. Celle d'une forme de droit naturel qui reprend corps dans les interstices d'une organisation sociale qui n'est pas sans pouvoir faillir à garantir une sécurité de chaque instant. Soucieux de respecter pour parti, et dans certaines hypothèses graves, un instinct de conservation qui nous est propre et qu'il est naturel d'observer, le système de la légitime défense matérialise la commission d'une infraction qui n'est ni moralement reprochable, ni la traduction d'une dangerosité ou d'un manquement qu'il faille réprimer ; et ce, aussi parce qu'il sert, aussi, le maintien d'une forme d'équilibre des droits, peut encourager le cas échéant une forme de solidarité sociale, et contribue, à titre utilitaire, à dissuader le malfrat d'agir (*au profit donc d'une plus grande continuité d'un ordre public, qui ne saurait se garantir du seul fait des organes compétents dépositaires de prérogatives exorbitantes*), ce dernier étant conscient de la potentialité de riposte à titre de défense que chacun est susceptible, en conscience et toute légitimité, de déployer. Ce n'est pas tant une affaire de justice personnelle qu'une question de défense légitime et utile ; et si selon un professeur, le fait justificatif de la légitime défense « *n'autorise nullement l'agent à rétribuer lui-même l'auteur d'une infraction : il l'autorise simplement à une action préventive à l'égard de cette infraction* »<sup>115</sup>, l'absence de responsabilité pénale n'est pas tant là pour éviter seulement une répression qui serait seulement injuste que pour encourager aussi des comportements qui protègent une valeur juridique estimée supérieure à celle sacrifiée, comme encourager une certaine solidarité sociale.

Le même raisonnement est transposable à l'état de nécessité, avec celui qui vendrait notamment casser une vitre pour sauver quelqu'un d'un incendie. Ici, l'acte s'en trouverait justifié par l'utilité sociale de préserver des vies ou des biens en danger. L'utilité sociale de l'infraction commise sinon le cas échéant en exécution d'un ordre illégal par un subordonné trouvera sa raison d'être dans le respect pour les institutions publiques. Ces infractions peuvent être bénéfiques ou nécessaires pour le bien-être collectif ou individuel, et donc socialement utiles.

### Paragraphe 2 : La traduction sous-jacente d'une conscience des limites répressives

L'instrument de la justification trouve une organisation particulière qu'il est capable d'analyser à l'échelle d'un double-niveau global, celui de la justification générale (A) et celui de la justification spéciale (B).

#### A - La doctrinale classification des faits justificatifs généraux

Au titre de la justification générale, l'état du droit pénal permet une circonscription théorique (1°) qui refuse aujourd'hui la prise en considération du consentement de la victime (2°).

#### 1°) Une classification consacrée

---

<sup>115</sup> A. DECOCQ, *Droit pénal général*, Armand Colin, 1971, p. 317

La délimitation des faits justificatifs est avant tout l'oeuvre d'une doctrine sensible à la systématisation, faute pour le législateur d'avoir à titre préalable élaboré une théorie d'ensemble certaine et sans aucunes zones d'ombres. Dans ce cadre, le premier des caractères mobilisés pour appréhender un fait justificatif est aujourd'hui celui de l'objectivité ; objectivité qui renvoie aux circonstances de l'infraction et non aux particularismes propres et intrinsèques de son auteur. Le fait justificatif s'identifie ainsi au regard des circonstances extérieures à l'acte, et étrangères à la personne de l'agent : il s'agit de « *circonstances objectives qui désarment la réaction sociale contre l'infraction pénale, et qui imposent des dérogations spéciales à l'application des textes répressifs généraux. Ces dérogations, prévues par la loi en principe, neutralisent et même suppriment l'élément légal de l'infraction, de sorte que celle-ci n'est pas juridiquement constituée* »<sup>116</sup>. C'est aussi pour cela que d'un point de vue pénal, ils agissent *in rem*, ce qui signifie qu'ils concernent non seulement l'auteur de l'acte mais aussi ses potentiels complices ou co-auteurs, dès lors que c'est l'acte en principe contraire au droit qui est déclaré licite et qui, par voie de conséquence, l'est à l'égard de tous les participants à ce qui aurait pu être une infraction, en tout à ce qui aurait pu être traité comme tel. Cette caractéristique présente un intérêt majeur ; à savoir, celui de distinguer les faits justificatifs, *causes objectives d'irresponsabilité pénale*, d'autres causes d'irresponsabilité particulières évoquées précédemment, à savoir celles dites *subjectives*, qui les concernant se fondent sur les dispositions psychologiques de l'agent. Ainsi, les faits justificatifs s'en trouvent opposés aux causes de non-imputabilité, qui comprennent traditionnellement la démence, aujourd'hui appelée le trouble psychique ou neuropsychique, et la contrainte, l'erreur sur le droit, ou la minorité.

La contrainte, c'est cette force, dont il est fait mention à l'article 122-2 du Code pénal<sup>117</sup>, sous l'empire de laquelle une personne a agi le cas échéant de façon infractionnelle, sans possibilité quelconque d'y résister. L'idée est celle d'une incapacité absolue ; et l'expression préférée est celle d'une « irrésistibilité » de la-dite force. Ainsi que l'indique expressément la Cour de cassation l'indique expressément, la contrainte ne peut constituer une cause d'irresponsabilité que si elle résulte d'un « *évènement indépendant de la volonté humaine et que celle-ci n'a pu ni prévoir ni conjurer* »<sup>118</sup>. Il faut qu'il ait été « imprévisible » et « insurmontable »<sup>119</sup>. La contrainte, ainsi évoquée, présente au fond des caractéristiques communes avec la notion civiliste de force majeure ; mais il est possible de distinguer entre les deux notions dans la mesure où celle de force majeure semble plus étroite, elle qui suppose non seulement un évènement irrésistible et imprévisible comme l'est la contrainte, mais encore « extérieur » à la personne de l'agent ; ce que le droit pénal n'exige pas, dès lors qu'il reconnaît notamment la « contrainte physique interne ». Cette distinction n'est cependant pas aussi nette et absolue, car le juge civil tient dans certains cas compte de la situation médicale de la personne considérée, malade, ou encore de sa situation de chômage<sup>120</sup>. En tout état de cause, la contrainte externe, physique ou morale recoupe l'élément de la force majeure pleinement.

L'erreur sur le droit, elle, est cette ignorance légitime et ponctuellement inévitable, *invincible*<sup>121</sup>, de l'illicéité d'un comportement, qui constitue pour son auteur, là aussi, une cause subjective d'irresponsabilité pénale. Elle trouve son siège à l'article 122-3 du Code pénal, et souvent se trouve invoquée dans les matières techniques comme celles du droit du travail, des transports, ou de l'environnement. Ces dernières agissent *in personam*, ce qui signifie qu'elles ne concernent le cas

---

<sup>116</sup> Roger Merle et André Vitu, *Problèmes généraux de la science criminelle, droit pénal général*, 7e éd., Paris, Cujas, 1997, p. 635 et s.

<sup>117</sup> Article 122-2 du Code pénal : *N'est pas pénalement responsable la personne qui a agi sous l'empire d'une force ou d'une contrainte à laquelle elle n'a pu résister*

<sup>118</sup> Cass. crim. 8 mai 1974, n° 73-91.025

<sup>119</sup> Cass. crim., 31 octobre 1963, B., n° 302

<sup>120</sup> Cass. civ., 1ère, 23 janvier 1968, JCP, 1968

<sup>121</sup> Cass. crim., 9 octobre 1958, RSC, 1960

échéant que la personne considérée par la circonstance emportant déclaration d'irresponsabilité : elle supprime ainsi seulement la responsabilité de l'agent, mais les co- auteurs et complices demeurent les concernant responsables.

## 2°) L'indifférence au consentement de la victime

L'infraction pénale comporte très fréquemment une victime personnifiée. Cette précision est ici avancée dans la mesure où il serait sans doute exagéré que de dire qu'une infraction pénale peut ne pas faire de victime du tout ; car s'il est vrai qu'il est parfaitement possible qu'il n'y ait pas directement de victime souffrant immédiatement le préjudice, le dommage né de la commission d'une infraction, il est de l'essence même de la législation pénale que de réprimer des comportements estimés anti-sociaux qui, en tant que tels, portent à minima atteinte à la société dans son ensemble, telle qu'abstraitement appréhendée ; et ce, notamment, lorsqu'elles qu'elles traduisent l'adoption d'un comportement et la réalisation d'un acte dont l'adoption est redoutée dans ce qu'elle peut ensuite encourager de comportement plus immédiatement préjudiciable, quand bien même il n'aurait pas, en l'état, créé de véritable dommage à l'égard d'une personne donnée. Ainsi illustre le délit de risque causé à autrui, incriminé à l'article 223-1 du Code pénal, lequel prévoit que *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 prudence ou de sécurité imposée par la loi ou le règlement est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende*. Ce qui est réprimé, c'est alors la seule création du risque pour autrui qui résulte de la violation évoquée : par hypothèse, le danger ne s'est pas réalisé, et on reste donc dans le registre de l'éventualité. L'incrimination intervient à titre préventif ; et ce, pour réprimer des agissements dangereux divers avant qu'ils ne causent un dommage à l'intégrité physique d'autrui. « *La peine que je requiers m'intéresse moins que la valeur d'exemple qu'elle comporte et que l'incitation à la prudence qu'elle proclame en direction des inconscients...* », affirmait René Ternoy, alors substitut du procureur au parquet d'Albertville<sup>122</sup>, à l'occasion d'une affaire dans le cadre de laquelle trois skieurs britanniques s'étaient trouvés poursuivis pour mise en danger de la vie d'autrui, à la suite du déclenchement par ces derniers, le 9 février 1999, d'une avalanche, en faisant du ski hors piste, en violation d'un arrêté municipal. De ce constat, mieux vaut-il sans doute parler d'une victime personnalisée ; ce qui, il faut le reconnaître, est le cas dans une immense diversité d'hypothèses.

Il arrive quelques fois qu'une victime ait néanmoins, préalablement à la commission de l'infraction, accepté d'en subir le résultat, si ce n'est même qu'elle en ait incité l'auteur à la réalisation, pour des motifs divers et variés. La personne blessée, voire tuée, dans le cadre d'un combat singulier et ayant par exemple accepté préalablement de se battre en duel et d'en accepter les conséquences potentielles en est un exemple chargé d'histoire ; aujourd'hui, l'hypothèse se présente surtout lorsqu'une personne affectée d'une maladie incurable supplie qu'on la tuât pour abrégé ses souffrances. Si une vieille maxime latine, *Volonti non fit injuria*, paraît fournir à l'idée instinctive qu'une telle hypothèse devrait écarter la responsabilité pénale et donc emporter confirmation du droit d'une telle idée, les choses sont en réalité toutes autres. Parce que la répression pénale est plus largement organisée pour l'intérêt général qui dépasse l'intérêt particulier d'une victime donnée, le droit pénal actuel refuse de considérer que le consentement de la victime devrait être un fait justificatif. Aussi, la victime n'est jamais seule en cause : « *Quand un père de famille se bat en duel pour une question d'honneur, il expose stupidement sa femme et ses enfants à subir injustement les conséquences affectives et matérielles de son décès ou de ses blessures ; il crée un désordre social dont l'État ne peut se désintéresser, car le duel est une forme de guerre privée incompatible avec*

---

<sup>122</sup> L'Humanité, *Peine pour l'exemple*, Article de presse, 23 février 1999

*l'ordre public* »<sup>123</sup>. Pourtant, une telle solution ne fait pas l'objet d'un traitement symétrique à l'échelle de l'Europe, et ainsi que le relève un auteur<sup>124</sup>, le droit allemand consacre pour sa part expressément le constamment de la victime, *Einwilligung*, comme un fait justificatif. L'article 228 du Strafgesetzbuch prévoit effectivement que « *Celui qui commet une blessure corporelle avec le consentement de la personne blessée n'agit illégalement que si l'acte est contraire aux bonnes mœurs malgré le consentement.* » La justification s'y fonde en réalité sur le droit de chacun à l'autodétermination qui, en Allemagne, revêt une valeur constitutionnelle<sup>125</sup> ; la justification par le consentement s'y trouve néanmoins entendue d'une manière stricte.

L'euthanasie est aujourd'hui le terrain de prédilection des revendications voyant le jour pour faire valoir la nécessité d'un fait justificatif en la matière, tout au moins un fait justificatif spécial. Elle renvoie à cette idée d'une « bonne mort », celle qui délivre de ses souffrances insoutenables un malade incurable à qui elle est procurée, par l'intermédiaire d'un tiers compatissant. Pour beaucoup, l'euthanasie est cette clé de l'existence qui transforme *les murs du destin en chemin de la liberté*. Montaigne, dans ses *Essais*, écrivait que « *Le sage vit tant qu'il doit et non pas tant qu'il peut : le présent que nature nous ait fait le plus favorable, et qui nous ôte tout moyen de nous plaindre de notre condition, c'est de nous avoir laissé la clé des champs.* »<sup>126</sup> Quelques fois, le malade peut même supplier qu'on le tuât, et c'est alors que la question de l'euthanasie pose véritablement le problème du consentement de la victime. Si le suicide et la tentative de suicide ne sont pas punis par la loi française, et que le *complice* peut échapper lui-même à la répression, cette circonstance ne sera réalisée que dans les hypothèses où la victime s'est tuée d'elle-même, en tant « *qu'auteur principal* » ; juridiquement, si une personne tierce administre à un malade une substance mortifère pour satisfaire à sa demande, il s'agit cette fois d'un homicide, susceptible de tomber le cas échéant sous le coup de l'infraction d'empoisonnement, notamment. Il arrive en pratique que des jurés, sensibles au mobile du mis en cause, prononcent l'acquiescement<sup>127</sup> de cette catégorie d'accusés bien spéciale qui ont voulu seulement accompagner leur proche dans la liberté de mettre fin à ses jours. Mais la solution n'est pas satisfaisante, car elle repose sur une forme de détournement de l'application rigoureuse de la loi, et déporte à la pratique judiciaire la résolution d'une question dont la loi doit se saisir. Les législations semblent évoluer aujourd'hui dans le monde, comme c'est le cas aux États-Unis, aux Pays-Bas, ou encore en Suisse pour ne citer qu'eux, et des associations, mettant en valeur les droits de l'homme sur son propre corps, militent avec force pour qu'en France les choses évoluent. Un projet de loi, présenté le 10 avril 2024 en Conseil des ministres, est, à l'heure actuelle, en préparation par l'exécutif.

## **B - Une impunité pénale confortée par des justifications spéciales**

À la justification générale s'indexe un corps de faits justificatifs spéciaux (1<sup>o</sup>) aux lignes et dynamiques mouvantes (2<sup>o</sup>).

### *1<sup>o</sup>) La réalité de faits justificatifs spéciaux*

Que cela soit à l'initiative du législateur, où, comme cela fait par la suite l'objet de développements particuliers, de par le fait du juge en autonomie, la matière justificative trouve une classification classiquement désignée au travers des catégories de faits justificatifs généraux et spéciaux. Là où les faits justificatifs généraux sont porteurs d'une applicabilité universelle, les faits justificatifs

---

<sup>123</sup> Roger Merle, André Vitu, *Traité de droit criminel. Tome 1, Problèmes généraux de la science criminelle, droit pénal général*, 7<sup>e</sup> édition, p. 600

<sup>124</sup> Jean Pradel, *Droit pénal comparé*, p. 154, n<sup>o</sup> 101

<sup>125</sup> Xavier Pin, *La théorie du consentement de la victime en droit pénal allemand : éléments pour une comparaison*, RSC 2003, p. 259 et s.

<sup>126</sup> Montaigne, *Essais*, II, 3, 1580-1595

<sup>127</sup> Cour d'assises de Liège, 5 novembre 1982, RSC 1983, p. 83

spéciaux se singularisent à raison de la ou les infractions désignées dont ils accompagnent l'organisation du traitement pénal. Ces derniers ne peuvent être invoqués que pour des infractions particulières, prévues en principe par la loi. Tout est affaire d'équilibrisme, puisque pour résoudre des difficultés ponctuelles tenant à la répression d'une infraction donnée va être organisée l'instrument dérogatoire d'un fait justificatif spécial permettant, par l'entremise d'une exception édictée sur mesure, afin de servir de rempart particulier de défense dans le cas d'une infraction donnée. Ce dernier apparaît alors comme une clé taillée sur mesure pour ouvrir les portes de la compréhension et de la légitimité dans des situations où la loi, appliquée dans toute sa généralité, serait trop rigide pour saisir toute l'utilité d'une attitude considérée. À titre d'exemple, l'article 1er de la loi du 11 octobre 2010 interdit la dissimulation du visage dans l'espace public, tout en précisant ensuite que les tenues revêtues dans le cadre de fêtes ou manifestations artistiques ou traditionnelles échappent à cette interdiction. *La portée remarquablement étroite de ce type de fait justificatif est à l'origine de « la terminologie de fait justificatif spécial, l'adjectif spécial permettant à la doctrine d'opposer ces causes objectives d'irresponsabilité très ponctuelles à d'autres faits justificatifs qui sont, quant à eux, qualifiés de généraux. » Au sein de la matière justificative, ils n'en sont que l'une des ramifications, à laquelle ils empruntent à la fois leurs conditions d'existence et leur logique sous-jacente*<sup>128</sup>.

Encore à titre d'exemple peuvent être évoqués l'exception de dénonciation, en violation du secret médical, aux autorités de la dangerosité d'un individu qui se trouve le détenteur d'une arme, prévu par l'article 226-14 du Code pénal, ou l'exception de vérité telle que prévue par l'article 35 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, qui permet la justification de propos diffamatoires. Ces dérogations justificatives spéciales présentent une diversité qui recouvre en réalité toutes les sphères du droit pénal, allant du droit pénal des affaires au droit pénal de la santé, en passant par le droit pénal des médias et bien d'autres domaines encore.

## 2°) Une systématisation relative

Une précaution s'impose là néanmoins, en ce que s'il est tentant de « comprendre l'opposition entre général et spécial comme reflétant la distinction aristotélicienne familière aux biologistes entre genre et espèces, (...) cette conception se heurte au constat que tous les faits justificatifs spéciaux ne remplissent pas les critères de définition des faits justificatifs généraux »<sup>129</sup>. Et un tel raisonnement reviendrait « à faire de la justification spéciale la catégorie justificative qui engloberait tous les faits justificatifs non généraux. Or, cette vision des choses reflète bien mal le concept de spécialité »<sup>130</sup>. En effet, il est possible de considérer que prend corps comme une forme de catégorie intermédiaire, et supplémentaire, qu'une autrice s'attelle à désigner comme des « faits justificatifs hybrides »<sup>131</sup>. Ces derniers sont sous cet angle à appréhender comme étant ceux qui répondent au critère de la justification dans ses effets et son fonctionnement, sans pour autant intégrer la case des faits justificatifs généraux d'une part, ou celle des faits justificatifs spéciaux d'autre part. Il s'agit par là de viser notamment le fait justificatif tiré des droits de la défense, qui par son évolution démontre aussi *la dynamique de mouvance qui insuffle la matière justificative*, et lequel fera par la suite l'objet de développements particuliers, et qui, après avoir été créé pour l'infraction de vol, s'est trouvé comme étendu, élargi, pour venir intégrer dans ses contours justificatifs notamment le recel ou la violation du secret professionnel, entre autres, de sorte que sans être général, il ne saurait être considéré néanmoins comme spécial, entendu comme limité à un cas précis ou des cas analogues dans leur matérialité. Ils ne remplissent pas ce critère spécial,

<sup>128</sup> Alice Dejean de la Bâtie, *Les faits justificatifs spéciaux*, Thèse, Bibliothèque des sciences criminelles, Tome 69, 2018, p. 2

<sup>129</sup> Alice Dejean de la Bâtie, *Les faits justificatifs spéciaux*, Thèse, Bibliothèque des sciences criminelles, Tome 69, 2018, p. 44, n° 123-124

<sup>130</sup> Ibid

<sup>131</sup> Ibid

particulier, d'affectation à un comportement infractionnel. À titre d'exemple, il est possible de citer ici l'article 706-82 du Code de procédure pénale, qui dispose que « Les officiers ou agents de police judiciaire autorisés à procéder à une opération d'infiltration peuvent, sur l'ensemble du territoire national, sans être pénalement responsables de ces actes : 1°) Acquérir, détenir, transporter, livrer ou délivrer des substances, biens, produits, documents ou informations tirés de la commission des infractions ou servant à la commission de ces infractions ; 2°) Utiliser ou mettre à disposition des personnes se livrant à ces infractions des moyens de caractère juridique ou financier ainsi que des moyens de transport, de dépôt, d'hébergement, de conservation et de télécommunication ». Ainsi que le relève une autrice, « *si les nécessités de la procédure d'infiltration policière jouent bien le rôle d'un fait justificatif (la suite de cet article précise d'ailleurs que ce texte prévoit une 'exonération de responsabilité'), celui-ci n'est pas affecté à une infraction précise, mais au contraire à une série de comportements. La liste a néanmoins pour fonction de limiter l'étendue du champ d'application de ce fait justificatif, et interdit pas conséquent de le classer parmi les faits justificatifs généraux* »<sup>132</sup>.

Ainsi, ce qui n'est pas dans la justification générale ne verse pas nécessairement dans la justification spéciale, faute de pouvoir produire des effets universels. Si l'objet n'est pas ici de se pencher sur une systématisation d'ensemble de la matière justificative d'un point de vue hiérarchique, mais plutôt sur ce qui, ensuite, fera l'objet de plus amples développements tenant à l'office particulier du juge en faits justificatifs, cette précision s'analyse comme une brique importante à l'édifice de la compréhension globale, la mosaïque de cette organisation faisant office de cadre à l'analyse présentée.

## **Section 2** : Une institution forgée dans le creuset du principe de légalité criminelle

Dans le principe de la légalité criminelle telle qu'analysée à la vue du principe de séparation des pouvoirs et dans sa dimension formelle, la justification devrait être le seul apanage du législateur (§1), mais une lecture plus substantielle de la légalité permet de déceler le signe d'une forme de légitimité du juge à pouvoir entrer en voie d'élaboration justificative (§2).

### Paragraphe 1 : Le principe de légalité criminelle dans sa lecture stricte

La compétence du législateur en la matière s'enracine dans l'assise démocratique sous-jacente à l'office qui est le sien (A), qui permet en principe de conclure en une justification qui relève d'un domaine propre qui lui est réservé (B).

#### **A** - Une compétence démocratiquement légitimée

La légitimité du législateur procède d'une conceptualisation révolutionnaire de la séparation des pouvoirs (1°) qui fait de ce dernier le seul représentant légitime pour prononcer sur une notion aussi fuyante que celle de l'utilité sociale (2°).

#### *1°) La matérialisation révolutionnaire du principe de légalité criminelle*

Notre système politique et juridique actuel se fonde sur le principe fondamental de la séparation des pouvoirs, fortifié dans un élan que les rédacteurs de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789 proclament afin que soit muselé l'arbitraire de l'Ancien régime. L'idée de séparation des pouvoirs est en réalité héritée d'une volonté dite *négative*, à savoir celle de lutter contre l'absolutisme. La loi s'en trouve désormais l'oeuvre d'une assemblée constituante, élue et

---

<sup>132</sup> Alice Dejean de la Bâtie, *Les faits justificatifs spéciaux*, Thèse, Bibliothèque des sciences criminelles, Tome 69, 2018, p. 145, n° 385

représentative, qui travaille en collaboration avec un exécutif dépositaire de prérogatives particulières pour fixer la marche de l'oeuvre de société que le corps social se fixe de bâtir. Il s'agit, par le recours inévitable à une forme de *fiction juridique*, de considérer que le législateur est ce dépositaire de la volonté générale, sans que cela n'exclut le besoin d'une surveillance, et qu'il s'en trouve ainsi la seule autorité légitime pour la création des normes. La déclaration des droits de l'homme est cette boussole, destinée à servir de « *base à toutes les lois* »<sup>133</sup> ; et la méfiance est explicite à l'égard du législateur, dont il est attendu d'avoir toujours à l'esprit les principes fondamentaux proclamés.

Le principe de légalité criminelle procède de cette organisation de séparation des pouvoirs. L'Ancien Régime avait laissé en droit pénal une impression très défavorable, que reflète par ailleurs le célèbre adage aux termes duquel « *les peines sont arbitraires en ce Royaume* »<sup>134</sup> ; et à la fin de la royauté, la voix populaire exprimait le souhait explicite que « *Dieu nous garde de l'équité des Parlements* » ! Nombreux sont les penseurs du XVIII<sup>e</sup> siècle qui voyaient le principe de la légalité comme un rempart, celui des droits de l'homme : les écrits de Montesquieu, qui déclarent que « *Toute peine qui ne dérive pas de la nécessité est tyrannique.* »,<sup>135</sup> et de Beccaria<sup>136</sup> l'illustrent de façon éclatante. C'est historiquement dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 27 août 1789 se trouve affirmé formellement pour la toute première fois le principe de légalité criminelle ; et ce, au détour de plusieurs proclamations solennelles. L'article 5 de la DDHC édicte d'abord que « *tout ce qui n'est pas défendu par la loi ne peut être empêché et nul ne peut être contraint de faire ce qu'elle n'ordonne pas* ». Et, ensuite, son article 8 vient prévoir que « *la loi ne peut établir que des peines strictement et évidemment nécessaires et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit et légalement appliquée* ». Depuis, et sur cette base, la légalité est devenue un véritable principe directeur du droit pénal, comme en témoigne la multitude de sources qui le consacrent à différents échelons<sup>137</sup>, *de la base au sommet de la pyramide des normes*.

D'un point de vue formel, le principe de légalité criminelle prévoit, à titre de compétence, que seul le législateur, démocratiquement élu, détient le pouvoir d'instituer des règles pénales, cela de fond comme de forme. La loi est reine dans la décision et la délimitation du régime pénal. Ainsi que l'écrit un auteur, « *ce mythe de la loi est ainsi un héritage de la Révolution et son culte est particulièrement vivace en droit pénal. À cela rien d'étonnant : c'est en droit pénal que les enjeux sont les plus graves, et c'est en droit pénal que les garanties les plus strictes doivent être érigées. La loi, expression de la volonté générale, revêt ici une importance inégalée qui prend le visage du célèbre principe de la légalité criminelle.* »<sup>138</sup>

Il s'agit donc là d'un principe d'origine révolutionnaire, destiné à *enserrer le juge dans un corset de légalité*<sup>139</sup>, lui qui voit ses pouvoirs strictement limités : le juge ne peut pas prononcer, notamment,

---

<sup>133</sup> C. Fauré, *Les déclarations des droits de l'homme de 1789*, Éditions Payot & Rivages, 1988, p. 89

<sup>134</sup> W. Jeandidier, *Droit pénal général*, 2<sup>e</sup> éd., 1991, n° 78

<sup>135</sup> La question de la justice est abordée dans deux livres de L'Esprit des lois, les livres VI et XII ; au sein desquels Montesquieu propose ses réflexions sur les « *lois criminelles* ».

<sup>136</sup> C. Beccaria, *Des délits et des peines*, Paragraphe III, *Editions du boucher*, 2002, p. 14 : *La première conséquence de ces principes est que les lois seules peuvent fixer les peines de chaque délit, et que le droit de faire des lois pénales ne peut résider que dans la personne du législateur, qui représente toute la société unie par un contrat social. Or, le magistrat, qui fait lui-même partie de la société, ne peut avec justice infliger à un autre membre de cette société une peine qui ne soit pas statuée par la loi; et du moment où le juge est plus sévère que la loi, il est injuste, puisqu'il ajoute un châtement nouveau à celui qui est déjà déterminé. Il s'ensuit qu'aucun magistrat ne peut, même sous le prétexte du bien public, accroître la peine prononcée contre le crime d'un citoyen.*

<sup>137</sup> Le Code pénal de 1810 dans son article 4 ; le Code pénal de 1994 en son article 111-3 ; La Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 consacre aussi le principe ; La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales de 1950 réserve une importance essentielle à la légalité criminelle de par les prévisions de ses articles 5 et 7 ; ou encore le Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966, par le biais de son article 15...

<sup>138</sup> W. Jeandidier, *Droit pénal général*, 2<sup>e</sup> éd., 1991, n° 76

<sup>139</sup> Cycle de conférence de Pauline LE MONNIER de GOUVILLE, *Procédure pénale approfondie*, Jeudi 1er mars 2024, Paris Panthéon-Assas

de peine dépassant le maximum légal prévu par la loi<sup>140</sup>, ou sanctionner un comportement que la loi n'intègre pas, ni décider, par exemple, pour les peines qu'il prononce, des modalités d'exécution que la loi ignore<sup>141</sup>.

Aujourd'hui, l'article 111-4 du Code pénal<sup>142</sup> se fait le siège du principe corrélatif dit de « *l'interprétation stricte de la loi pénale* » qui s'impose au juge dans l'exercice de sa fonction juridictionnelle. Ce dernier impose que le juge, par son interprétation de la loi pénale, ne la rende jamais plus sévère et répressive que ce qu'a voulu et consacré le législateur ; mais veille, aussi, à ne pas aller trop en deçà. Le principe d'interprétation stricte, quoi qu'il en soit, interdit deux types d'interprétations au juge : et d'abord, très logiquement, *l'interprétation extensive*. Pas plus ne saurait-il procéder à une *interprétation restrictive*, elle qui a cette fois pour objet de retrancher à une disposition légale une ou plusieurs des hypothèses dans lesquelles elle a vocation à s'appliquer, cela venant à réduire le champ d'application de la norme pénale. Matériellement, le principe de légalité matérielle prévoit un équilibre subtil, fin ; et si la loi pénale, en ce qu'elle réduit la liberté individuelle comme sanction, est considérée comme une exception apportée au principe de la liberté individuelle qui plane en toile de fond de sorte que certains avancent qu'elle doit être appréhendée de manière à admettre l'interprétation restrictive, cela est peut-être une erreur. En effet, il faut bien voir qu'une exception doit avoir toute la portée qui est la sienne, et que le rôle du juge est, dans ce cadre légaliste, de révéler le sens de la loi tel qu'il a été voulu par le législateur.

## 2°) La détermination de *l'utilité sociale*, le monopole théorique du législateur

Ce que la loi pénale vise lorsqu'elle incrimine, c'est un comportement extérieur de l'homme, une conduite, une attitude donnée ; et ce que la loi pénale fait en incriminant, c'est porter un regard sur ce qu'elle estime être une attitude antisociale néfaste, qui appelle corrélativement la réponse sanctionnatrice de la société. Le législateur décide d'ériger en infractions des actes dont ils considèrent qu'ils portent une atteinte à des valeurs sociales suffisamment importantes pour que la société sanctionne pénalement l'acte en question : il décide alors de tenir considération d'une « *raison d'être* », qu'il juge utile de protéger par l'incrimination d'une attitude donnée. Ce positionnement sur l'utilité sociale et donc l'utilité de ce qui est socialement salutaire ou répréhensible épouse donc le champ de sa prérogative, puisque qu'il est le décideur légitime et habilité pour se saisir de la donnée considérée. L'appréciation de l'impact social d'un comportement revêt assurément un caractère politique.

D'ailleurs, le Conseil constitutionnel, s'il censure ponctuellement, sur le fondement de l'article 8 de la DDHC, des dispositions pénales qui lui apparaissent disproportionnées à raison de la lourdeur de la peine qu'elles établissent laquelle semble s'accommoder difficilement d'un strict idéal de nécessité, se refuse de contrôler globalement l'opportunité générale d'une incrimination. En effet, en l'absence de disproportion manifeste entre une infraction et la peine encourue, le Conseil des Sages relève qu'il « *n'appartient pas au Conseil constitutionnel de substituer sa propre appréciation à celle du législateur en ce qui concerne la nécessité des peines attachées aux infractions définies par celui-ci* »<sup>143</sup>. Le contrôle de nécessité semble, ainsi que le relève un auteur, « *opérée résiduellement seulement lorsque la loi porte atteinte à un principe constitutionnel de premier rang* »<sup>144</sup>. Et si une décision récente de la part du Conseil constitutionnel<sup>145</sup> démontre que ce dernier peut opérer ponctuellement un contrôle de nécessité assumé, comme en l'espèce à propos

---

<sup>140</sup> Cass. crim. 3 avr. 1973, B. n° 168

<sup>141</sup> Crim. 8 févr. 1977, J.C.P. 1978, II, 18890

<sup>142</sup> Article 111-4 du Code pénal : « *La loi pénale est d'interprétation stricte.* »

<sup>143</sup> C. C., 3 septembre 1986, n° 86-215 DC

<sup>144</sup> G. Merland, *L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, LGDJ, 2004, p. 305

<sup>145</sup> C. C., 10 février 2017, n° 2016-611 QPC

d'une incrimination portant sur le visionnage régulier de contenus apologiques à finalités endoctrinantes, que les juges retiennent comme n'étant pas nécessaire dès lors qu'il est possible d'atteindre l'objectif de prévention des actes terroristes sans avoir à procéder à l'incrimination immédiate d'une attitude dépourvue de matérialité suffisante pour que puisse s'en déduire de façon certaine un passage à l'acte imminent, de telles démarches restent rares. Classiquement, le Conseil constitutionnel demeure fidèle à une position qu'il exprime par ailleurs de façon pleinement explicite : « *l'article 61 de la Constitution ne confère pas au Conseil constitutionnel un pouvoir général d'appréciation et de décision identique à celui du Parlement, mais lui donne seulement compétence pour se prononcer sur la conformité à la Constitution des lois déférées à son examen* ». Et comme ce dernier l'a retenu dans le cadre de la loi interdisant le port du voile dans l'espace publique<sup>146</sup>, « *le législateur a estimé que de telles pratiques peuvent constituer un danger pour la sécurité publique et méconnaissent les exigences minimales de vie en société* ».

La nature politique d'une appréciation de la nécessité d'une incrimination et donc de son utilité sociale est ainsi, à raison du principe de séparation des pouvoirs, le monopole global du législateur ; et ce, à raison d'une vue légitimiste qui s'attache à cantonner le juge au rôle d'apporteur simple des décisions du législateur. Il ne saurait se faire le dépositaire, en principe, d'une compétence d'appréciation politique de l'incrimination, et est supposé « *tenu de l'appliquer, quand bien même il aurait des doutes sur le caractère socialement nuisible du comportement incriminé* »<sup>147</sup>. Comment le juge, gardien de l'application des textes figés, pourrait-il bien se montrer légitime pour saisir l'essence mouvante de l'utilité sociale, cette notion politique aux contours changeants, façonnée par les dynamiques et les besoins d'une société en perpétuelle évolution, et par voie de conséquence tranchée par un législateur qui, s'il peut s'égarer, est légitime dans son égarement ?

## **B - L'office principal subséquent du législateur en matière justificative**

Ce constat permet de conclure en le principe d'une nature purement politique de la décision d'un fait justificatif (1°), et donc en l'existence d'un domaine réservé au législateur en la matière (2°).

### *1°) Une utilité sociale au coeur de l'institution d'un fait justificatif*

Une fois ce constat fait, il s'agit alors de se déporter sur le terrain justificatif ; parce que, précisément, la question de l'utilité sociale y trouve une place de prédilection, en miroir de ce qu'elle impulse lorsque le législateur incrimine un comportement donné. À rebours de l'incrimination, l'instauration d'un fait justificatif procède d'une volonté du législateur de précisément pallier à l'application aveuglément rigoureuse d'une disposition répressive qui, dans certains cas, accoucherait sur le plus injuste des verdicts. L'adage est célèbre, *summum jus, summa injuria*<sup>148</sup>, ou en d'autres termes, *l'application aveuglément rigoureuse du droit conduit à l'injustice la plus extrême*. Il s'agit alors pour le législateur de retenir cette fois que, face à certaines circonstances, l'utilité sociale d'un acte infractionnel exclut son caractère punissable. L'utilité sociale n'est alors pas saisie sous l'angle de ce qu'il convient d'incriminer, mais analysée au regard de ce qu'elle doit permettre de comportement infractionnel qu'il est légitime de commettre le cas échéant, dans des circonstances données.

Il s'agit donc d'une nouvelle manifestation du principe de légalité criminelle, le législateur faisant prévaloir, dans l'interstice de la répression qu'il instaure, une conception de l'intérêt général qui permet à la liberté individuelle de reprendre corps dans la matérialisation pourtant établie d'une infraction donnée. Et comme le synthétise un auteur, *si l'appréciation de la nuisance sociale d'un*

<sup>146</sup> C. C., 7 octobre 2010, n° 2010-613 DC

<sup>147</sup> Pierre Rousseau, *La légitimité de l'infraction*, Thèse, Édition Mare et martin, 2021, p. 96, n° 83

<sup>148</sup> Locution latine attribuée à Cicéron, qui dans le traité *De officiis*, adressé à son fils à la fin de l'année 44 av. J.-C.

*acte est de nature politique, l'appréciation de l'utilité sociale ne peut que procéder d'une même nature*<sup>149</sup>.

## 2°) La conclusion d'un domaine réservé du législateur

Ainsi que le formulait en des termes percutants Kelsen<sup>150</sup>, *l'égalité naturelle justifie le régime démocratique*. Et c'est précisément parce qu'aucun ne saurait, comme individu, se trouver considéré comme intrinsèquement supérieur aux autres, parce que nul n'est dépositaire d'une intuition naturelle et absolue de vérité, que la démocratie relègue au rang du collectif l'office décideur.

En effet, la solution qu'il prend, le législateur est alors légitime à pouvoir la prendre car après tout, le juste et l'injuste, ou le socialement utile et le socialement nuisible, n'étant pas des vérités préexistantes mais des notions fuyantes et évolutives, poussées par les besoins du corps social en mutation permanente, ce dernier fait un choix, un choix politique qu'il peut prendre, même s'il ne s'agissait pas du bon, car il est légitime à le prendre. Car il est cette représentation nationale, ce *dépositaire de la volonté générale*, qui lui permet de trancher dans l'incertitude. Cette légitimité démocratique lui confère le pouvoir de prendre des décisions sur des questions complexes et incertaines, parce qu'il est ce mandataire des citoyens dont les décisions sont prises au terme d'un processus de délibération collective où divers points de vue et intérêts se trouvent discutés ; cette délibération enrichit alors et tempère la décision le cas échéant prise, en l'ancrant dans une réalité partagée et une responsabilité collective. Le législateur est, alors, ce phare dans la tempête de l'incertitude qui, guidé par le vent de la délibération collective, éclaire d'une lumière démocratique les décisions prises.

Ainsi, cette précaution veut que nécessairement, il soit une impossibilité théorique du fait justificatif d'origine purement jurisprudentielle, et que corrélativement, seul le législateur puisse prévoir une justification. Il n'est ni de vérité transcendante sur l'utilité sociale, ni de juge qui soit dépositaire de la connaissance de cette vérité supérieure. Et, ainsi que nous l'évoquions au début de ce propos, *Si le juge a acquis la connaissance du droit et de la technique juridique durant son parcours, il serait douteux de le considérer comme un « homme supérieur », « aussi sûr de sa vérité que le fils de Dieu »*<sup>151</sup>. Et si le juge s'arroge en principe la compétence de pouvoir suppléer ce qu'il estime être une carence du législateur en justifiant en lieu et place des cadres prévus par ce dernier, il fait, d'une certaine manière, prévaloir sa conception personnelle de l'intérêt général sur celle du législateur, ce qui, il faut le reconnaître, porte atteinte, sous cet angle, au principe de la séparation des pouvoirs ; et le fait alors une forme de législateur *ad hoc*. Dans la pensée d'Hobbes, *ceux qui revendiquent le droit de censurer l'autorité au nom de la vérité prétendent en fait à la souveraineté elle-même pour imposer leur interprétation*<sup>152</sup>.

### Paragraphe 2 : L'émergence d'une conception affinée de la légalité criminelle

La démocratie repose néanmoins sur l'existence de forces diverses dans son système politique, destinées à articuler entre elles l'exercice de pouvoir à afin d'en permettre la modération et la pérennité (**A**). Cette analyse révèle une position du juge particulière qui, à la manière d'un garde-fou des principes supérieurs de la démocratie, trouve une forme de légitimité fonctionnelle particulière pour tempérer l'organisation de la loi (**B**).

#### **A** - La nécessité de gardes fou, une exigence tributaire de la séparation des pouvoirs

---

<sup>149</sup> Pierre Rousseau, *La légitimité de l'infraction*, Thèse, Édition Mare et martin, 2021, p. 261, n° 272

<sup>150</sup> H. Kelsen, *La démocratie. Sa nature - sa valeur*, 1992, trad. C. Eisenmann, Economica, 1988, p. 115

<sup>151</sup> P. Raynaud, *Le juge et le philosophe*, Armand Colin, 2010, p. 240-241

<sup>152</sup> P. Raynaud, *Le juge et le philosophe*, Armand Colin, 2010, p. 108

La démocratie, parce qu'elle est aussi un champ de valeurs données, exige une protection d'elle-même (1°). Ce constat préside par ailleurs aujourd'hui à renouvellement de la position du juge dans le complexe d'un système politique (2°).

### 1°) L'impératif de protection circulaire des valeurs de la démocratie

Pour autant, la démocratie, dans la séparation des pouvoirs, est une chose bien plus large qu'une seule et unique entité processuelle. Et si elle repose sur cette délégation de la loi à l'édition des représentants de la Nation, ces derniers sont pré-supposés veiller à s'atteler à l'organisation d'une société qui soit respectueuse des droits fondamentaux ; ceux-là même que la Déclaration des droits de l'Homme et ses principes sous-tendants place au sommet des aspirations directrices de la vie sociale. La démocratie, bien plus qu'une simple entité processuelle, est ce cadre institutionnel général, substantiellement imprégné de valeurs et de principes fondamentaux qui transcendent les mécanismes institutionnels et les procédures formelles. Naturellement, les fondements électoraux, les délibérations parlementaires et les prises de décision collectives en matérialisent l'ossature, le fondement primaire incontournable ; mais l'essence de la démocratie réside encore dans des dimensions qui s'avèrent plus profondes. La liberté, et l'égalité, en sont les ambitions fondamentales. La liberté est *l'horizon d'espérance de la démocratie, le but de l'organisation en société*<sup>153</sup>. Et le peuple ne doit jamais s'abandonner aveuglément à ses mandataires<sup>154</sup>. La loi pénale ne peut être *qu'un recours obligé*<sup>155</sup>, lequel se doit de respecter un équilibre subtil : ne réprimer *pas plus qu'il n'est juste, pas plus qu'il n'est utile*<sup>156</sup>.

Cette idée, inhérente à la thématique plus profonde de l'auto-limitation du pouvoir, renvoie inévitablement à la question de la rationalité en matière politique. Dans son ouvrage *Le Politique*<sup>157</sup>, Platon, en vue de démontrer « *l'imperfection essentielle de la loi* », mobilise *l'utopie du prince éclairé*, elle qu'il illustre en soutenant que le régime politique parfait serait sûrement celui d'un « Homme royal » à la rationalité si infaillible qu'il saurait parfaitement quelles lois édicter, et en quelles circonstances déroger à la règle générale pour permettre à la justice d'être absolue. Et contrairement à Rousseau, qui considérerait que *la volonté générale ne peut ni défaillir, ni faire erreur, le peuple ne pouvant se faire du mal à lui-même*<sup>158</sup>, et selon lequel l'opinion majoritaire ne saurait se tromper, nombreux sont les auteurs qui refusent cette idée d'une rationalité permanente du corps populaire. Alexis de Tocqueville, au sein de son oeuvre *De la démocratie en Amérique*, écrivait ainsi ceci : « *Il existe une loi générale qui a été faite ou du moins adoptée, non pas seulement par la majorité de tel ou tel peuple, mais par la majorité de tous les hommes. Cette loi, c'est la justice. La justice forme donc la borne du droit de chaque peuple. (...) Quand donc je refuse d'obéir à une loi injuste, je ne dénie point à la majorité le droit de commander ; j'en appelle seulement de la souveraineté du peuple à la souveraineté du genre humain. Il y a des gens qui n'ont pas craint de dire qu'un peuple, dans les objets qui n'intéressaient que lui-même, ne pouvait sortir entièrement des limites de la justice et de la raison, et qu'ainsi on ne devait pas craindre de donner tout pouvoir à la majorité qui le représente. Mais c'est là un langage d'esclave. Qu'est-ce donc qu'une majorité prise collectivement, sinon un individu qui a des opinions et le plus souvent des intérêts contraires à un autre individu qu'on nomme la minorité ? Or, si vous admettez qu'un homme revêtu de la toute-puissance peut en abuser contre ses adversaires, pourquoi n'admettez-vous pas la même chose pour une majorité ? Les hommes, en se réunissant, ont-ils changé de caractère*<sup>159</sup> ? » La psychologie du peuple suit des vecteurs parfaitement à même de tomber dans un

<sup>153</sup> Spinoza, *Oeuvres III, Traité théologico-politique*, trad. Par J. Lagrée et P.-F. Moreau, PUF, 1999, p. 649

<sup>154</sup> C. Fauré, Christine Fauré, *Les déclarations des droits de l'homme de 1789*, Payot, 1988, p. 281

<sup>155</sup> Yves mayaud, *Droit pénal général*, p. 19

<sup>156</sup> G. Giudicelli-Delage, « *Droit pénal de la dangerosité - Droit pénal de l'ennemi* », R. S. C., 2010, p.69

<sup>157</sup> Platon, *Le politique*, trad. L. Brisson et J.-F. Pradeau, Flammarion, 2003, p. 170

<sup>158</sup> J.-J Rousseau, *Du contrat social*, Éd. critique par S. Goyard-Fabre, Champion Classique, 2010, p. 148

<sup>159</sup> Alexis de Tocqueville, *De la démocratie en Amérique*, 1835, Éd. Flammarion, 2010, Chapitre VII, p. 72-73

potentiel destructeur des valeurs qu'entend préserver et placer en son coeur la démocratie ; et si certains se contentent historiquement de considérer que *l'autorité doit alors faire loi*, d'autres font valoir que le compromis sur lequel accouche le débat démocratique doit trouver une auto-limitation de sauvegarde afin de veiller à ce que les valeurs fondamentales demeurent préservées.

C'est ainsi parce qu'il n'y a pas de normes extérieures à la société *qui seraient un étalon extra-social donné une fois pour toutes et qui définit ce qui est juste et injuste*<sup>160</sup> que surgit la question de l'auto-limitation. Pourquoi une norme plutôt qu'une autre ? Parce que le peuple peut tout faire, et choisit celle-ci plutôt que celle-là. Qu'est-ce qu'il ne doit pas faire ? Il n'y a pas de réponse qui se trouverait en réalité donnée par avance. C'est aussi pour cela que la démocratie s'expose aux plus grands risques : c'est parce que mortellement, elle peut se tromper, et qu'elle seule doit se protéger d'elle-même. C'est ainsi la démesure, *l'hubris*, lorsqu'il s'empare du *dèmos*, le peuple, qui représente le plus grand risque : ce au regard de limites qui n'ont pas été clairement définies, mais dont la transgression souvent tardive démontre ses contours précis. C'est de là qu'est, ainsi, né le constitutionnalisme, le constitutionnalisme moderne qui érige la Constitution comme un premier rempart, celui qui entend, par le biais de clauses fondamentales, garantir le fonctionnement des pouvoirs publics mais aussi instaurer des droits fondamentaux, au premier chef desquels les droits de l'Homme. Et même si, comme évoqué à titre préliminaire, une constitution ne saurait, en tant que telle, en tant que papier proclamatoire, faire office de seul garde-à-fou, et prévenir coups d'État, dictatures et changements de régime, il n'en demeure pas moins qu'il s'agit là d'un instrument efficace pour instaurer, dans une société, des forces présentes destinées à prévenir le renversement par d'autres. C'est là l'idée de base de la démocratie assise sur la séparation des pouvoirs, et le constitutionnalisme organique.

## 2°) La montée en puissance de l'office du juge dans le système institutionnel

Parce que donc la loi, même en tant que produit d'un régime démocratique, peut parfaitement aller en s'écartant, en prenant ses distances avec les valeurs mêmes de la société démocratique, et que les imperfections d'une décision mal ficelée ou carentielle au regard des objectifs que le régime entend poursuivre peuvent rejaillir sur l'état du droit, la présence de forces rééquilibrantes est établie. Et parce que la représentativité, qui repose sur une fiction juridique nécessaire, accouche sur une *loi « expression de la volonté générale » qui se retrouve bien plus l'expression de la volonté des élus que celle du peuple pris dans son ensemble*<sup>161</sup>, la référence aux valeurs communes d'un corps social est érigée comme un mécanisme dont le contrôle s'impose pour éviter que la volonté de la majorité élue, représentative, ne méconnaisse les droits fondamentaux. De là est apparue la nécessité d'un contrôle juridictionnel, et de là est apparue aussi la création du Conseil constitutionnel.

Dans un discours devant l'assemblée générale du Conseil d'État<sup>162</sup>, Michel Debré parlait expressément du Conseil constitutionnel comme d'une arme pensée « *contre la déviation parlementaire* », et pour subordonner la loi, c'est-à-dire la décision du Parlement, à la règle de la Constitution et des droits et principe qu'elle énonce. Le « *contrôle de constitutionnalité* » traduit dès lors cette idée d'une procédure de contrôle de la conformité d'un acte, d'une norme à la Constitution entendue au sens large, à savoir en tant que bloc de constitutionnalité ; étant précisé que depuis 1971, le Conseil constitutionnel a, de lui-même, entrepris d'élargir son champ normatif de référence, qui englobe désormais tout un « *bloc de constitutionnalité* »<sup>163</sup>. L'idée est désormais bien assise : il revient au juge constitutionnel de vérifier, par le biais d'un contrôle juridictionnel, que la loi reste applicable aux valeurs communes que le corps social s'est engagé à respecter, et ériger au

<sup>160</sup> Cornélius Castoriadis, *La cité et les lois : Ce qui fait Grèce*, 2, Séminaires 1983-1984, La Couleur des idées, Seuil, p. 124

<sup>161</sup> É. Laboulaye, *Question constitutionnelles*, Paris, 1972, p. 373

<sup>162</sup> M. Debré, Discours devant l'assemblée générale du Conseil d'État, 27 et 28 août 1958, extrait

<sup>163</sup> C. C., Décision n° 71-44 DC, 16 juillet 1971, *Liberté d'association*

rang des contours inviolables de l'action du politique. Un auteur marque alors la distinction entre le « *peuple-suffrage* » et le « *peuple-principe* »<sup>164</sup> ; alors que le *peuple-principe* renvoie à celui qui a adopté les grands principes de surplomb dont la finalité en tant que telle est de régir la vie du corps social dans ses grandes directions et sous l'angle du long terme, et matérialise cette promesse que la collectivité s'est faite spontanément à elle-même pour circonscrire son avenir, le *peuple-suffrage* renvoie à l'exercice du pouvoir politique sur ce qui peut s'appréhender comme les questions immédiates, dont la mise en oeuvre implique alors un contrôle du choix qui est le sien à l'aune des valeurs communes.

À la fin du compte, l'équation est celle d'une expression de la volonté majoritaire qui ne contredise pas les valeurs que la société, à titre originaire, s'est promise de respecter. Ainsi, *c'est en terme de réflexivité plus que de souveraineté qu'il faut penser la légitimité du juge*<sup>165</sup>, dont la mission consiste à ce que *ne se dessine pas un écart trop important entre la démocratie définie comme une procédure, et la démocratie définie comme un contenu*<sup>166</sup>.

La légitimité du juge, d'un point de vue démocratique, pour opérer un contrôle juridictionnel de la loi au regard des libertés fondamentales nourrit néanmoins régulièrement la critique, « *celle du spectre du gouvernement des juges* »<sup>167</sup>, qui devient paroxystique lorsque le législateur lui-même en arrive à abandonner au juge la mission politique de trancher de lui-même certaines questions dont il ne devrait pas connaître à la manière d'une instance décisionnaire. L'illustration récente du projet de loi immigration et de sa large censure par le Conseil constitutionnel<sup>168</sup> le démontrent clairement : nombreuses ont été les voix qui se sont élevées pour dénoncer une volonté du chef de l'État et du gouvernement de se reposer au final sur l'institution pour endosser une décision *politique* que le Parlement n'aurait pas osé prendre de lui-même, comme si les membres du gouvernement parlementaires eux-mêmes pouvaient alors considérer qu'il ne leur relevait pas, comme responsabilité, de s'assurer au préalable au mieux de la constitutionnalité de la loi par eux élaborée. « *Le Conseil constitutionnel n'est pas une chambre d'écho des tendances de l'opinion publique, il n'est pas non plus une chambre d'appel des choix de Parlement* », déclare d'ailleurs Laurent Fabius lorsqu'il présente ses vœux au chef de l'État, le 8 janvier 2024<sup>169</sup>. La posture du juge est assurément délicate, mais il est aujourd'hui, face à la difficulté de l'articulation entre l'individuel et le collectif, ce garant, cette force présente du corps social, compétente pour concilier de façon juridictionnelle l'expression de la souveraineté avec le respect des droits fondamentaux.

## **B - La légalité criminelle face au paradigme de l'individu et des libertés fondamentales**

Ces analyses permettent d'accoucher sur un double-constat particulier : là où la légalité formelle interdit au juge de pouvoir intervenir en matière justificative (1°), la légalité matérielle semble admettre qu'il puisse jouer un rôle donné (2°).

1°) Une légalité formelle qui impose l'incompétence du juge créateur en matière justificative

Parallèlement à cette montée en puissance du juge constitutionnel, le juge ordinaire est aussi cette figure qui, à un autre échelon, plus casuistique et à proximité des circonstances de l'espèce, joue un

---

<sup>164</sup> P. Rosanvallon, *La légitimité démocratique*, Seuil, 2008, p. 223

<sup>165</sup> A. Garapon, *Le gardien des promesses*, Odile Jacob, 1996, p. 256

<sup>166</sup> P. Rosanvallon, *La légitimité démocratique*, Seuil, 2008, p. 228

<sup>167</sup> A. Levade, « *Vent de contestation parlementaire, ou le spectre d'un "gouvernement des juges" européens* », *Constitutions*, 2011, pp. 335-337

<sup>168</sup> C.C., décision n° 2023-863 DC, 25 janvier 2024

<sup>169</sup> Miren Lartigue, « *Le Conseil constitutionnel n'est pas une chambre d'appel des choix du Parlement* », *Gazette du Palais*, n°02, page 6, 16 janvier 2024

rôle de conciliation. Non élu, il semble problématique, d'un point de vue global, qu'il puisse faire échec aux prévisions de la loi. Il faut dire néanmoins que la reconnaissance des libertés fondamentales par la Convention européenne des droits de l'Homme par la France a assurément complètement renversé la légitimité de son office, puisque cette dernière entreprise est venue consacrer définitivement la supériorité des droits fondamentaux sur le reste des normes de notre État. Cette reconnaissance s'est forgée dans le moule d'une loi autorisant le gouvernement à la ratification de la-dite Convention<sup>170</sup>, elle qui revêt une supériorité sur la loi nationale au regard de l'article 55 de la Constitution de la Vème République, adopté par voie référendaire par le peuple en 1958. Ainsi, le juge ordinaire, en intervenant dans le contrôle des libertés fondamentales, fait respecter, peut-on dire, la volonté d'un peuple qui décide des normes et de leur hiérarchie.

Mais malgré cela, malgré tout, malgré l'utilité du juge pour préserver les libertés fondamentales et veiller à une loi qui soit respectueuse de l'essence de la démocratie, malgré cet office salutaire pour permettre une protection de la démocratie elle-même, l'idée d'un fait justificatif prétorien heurte de plein fouet la légalité criminelle *sous un angle formel*. La norme pénale doit être de source parlementaire, même s'il est vrai que depuis 1958, le pouvoir réglementaire peut intervenir dans le domaine contraventionnel qui relève à titre de principe de son champ de compétence<sup>171</sup>, et alors créer des faits justificatifs qui limitent la responsabilité pénale en la matière, comme l'illustre l'article 621-1 du Code pénal, qui prévoit l'exception de vérité en matière de diffamations non publique. C'est à elle, la loi, que revient l'office de créer, et de déterminer le champs de l'interdit, du point de vue strict de la légalité formelle ; et en modifiant indirectement une loi pénale d'incrimination par un processus justificatif, le juge pénal réduit son champs d'application, ce qui apparaît à première vue purement inenvisageable. L'approche démocratique conduit à la conclusion d'une impossibilité de légitimité effective du juge créateur dans le domaine justificatif. Parce que la justification redevienne les contours des infractions, parce qu'elle limite la norme pénale, parce que quand bien même elle limite l'arbitraire de l'État ou les carences du législateur, elle se fait au mépris de la légalité criminelle.

## 2°) Une légalité matérielle qui interroge sur l'utilité du juge créateur

Cependant, cette conception qui ne pense la légitimité qu'au regard de la légalité formelle, du conforme à la loi, et qui refuse de prendre en compte la nécessité du juge ordinaire de veiller au respect des principes supérieurs de la démocratie dans son essence tel qu'exposé précédemment ; n'est-elle pas davantage acceptable sous l'angle d'une conception plus libérale du principe de légalité criminelle ? Ne peut-on pas considérer que la légalité criminelle matérielle, substantielle, ouvre une fenêtre de légitimité dans l'office créateur du juge ? Du juge prudent ? Même créatrice, l'intervention du juge est, le cas échéant et en matière justificative, davantage le signe d'une faveur faite au défendeur, puisqu'elle réduit dans une circonstance donnée le champ d'application de la norme pénale générale et impersonnelle. Après tout, ce faisant, le juge intervient seulement pour protéger le justiciable mis en cause d'une condamnation, de telle sorte que le principe de légalité criminelle, organisé en faveur de la défense, ne s'en trouve pas nécessairement mis à mal. Et si l'on considère que *si la puissance de juger était jointe à la puissance législative, le pouvoir sur la vie et la liberté des citoyens serait arbitraire, car le juge serait législateur*<sup>172</sup>, le fait justificatif purement jurisprudentiel ne heurte pas nécessairement la légalité dans sa matérialité. Ainsi que le considérait un auteur, les censures réalisées par le juge de la loi respectent en réalité une intuition de légitimité lorsqu'elles visent à concilier l'application de la loi avec les principes fondateurs de la démocratie elle-même<sup>173</sup>. De sorte que même lorsque la loi pénale est écartée, si cela se fait à une fin de

<sup>170</sup> Loi n° 73-1226 du 31 décembre 1973 autorisant le gouvernement à ratifier la Convention européenne des Droits de l'Homme

<sup>171</sup> Article 37 de la Constitution formelle de la Vème République

<sup>172</sup> Montesquieu, *De l'esprit des Loix*, 1748, Flammarion 1993, Livre IX, chap. 6

<sup>173</sup> En ce sens, R. Dworkin, *Freedom's Law*, Harvard University Press, 1999

protection des valeurs sociales supérieures à celles protégées par le législateur dans un cas d'espèce donné, il est légitime de penser son intervention comme salutaire, utile, et à encourager.

Et puis, comme le met en lumière une autrice, priver le droit pénal d'une capacité du juge à pouvoir intervenir en matière justificative par le jeu d'une démarche créatrice, *ne serait-ce pas priver le droit pénal d'une certaine, nécessaire, flexibilité ; d'une soupape de sécurité que lui assurent les justifications ?*<sup>174</sup> L'office de la loi est, après tout, *de fixer, par de grandes vues, les maximes générales du droit ; d'établir des principes féconds en conséquence, et non de descendre dans le détail des questions qui peuvent naître sur chaque matière. C'est au magistrat et au jurisconsulte, pénétrés de l'esprit général des lois, à en diriger l'application*, pour reprendre la célèbre formule de Portalis<sup>175</sup>. Et dès lors que le juge respecte cette logique de prudence, cet idéal d'équilibre qui épouse les grandes directions de « *l'esprit* » qui insuffle les lois en général et permet de croire de façon tout à fait rationnelle et logique que le législateur lui-même, dans son office de représentation, le danger d'un juge qui s'octroierait la primauté sur le législateur n'est pas nécessairement décelable. En outre, le législateur peut toujours faire sinon d'une jurisprudence qui lui déplaît un phénomène temporaire, le cas échéant par un bris de jurisprudence ; et puis, la logique qui impulse le phénomène créateur du juge a toujours surplombé l'application de la loi en général, faisant du juge un véritable co-déterminateur de la loi pénale. À ce titre, nous pouvons évoquer, à titre d'exemple, la prorogation de compétence de la loi pénale française fondée sur « *les miracles de l'indivisibilité* »<sup>176</sup>, critère d'origine purement jurisprudentielle qui étend l'application de la loi pénale française au-delà de ce qu'elle prévoit ; ou encore la fameuse question du règlement des concours de qualifications renouvelée par une jurisprudence récente<sup>177</sup>, que le juge pénal articule notamment autour de la notion d'« *infractions incompatibles* », inconnue du droit positif et aux contours flous ; mais aussi sur le terrain des conditions nécessaires à la répression de la complicité de crimes contre l'humanité, comme l'illustre la très discutée *Affaire Lafarge*<sup>178</sup>, la chambre criminelle considère qu'il n'est nullement nécessaire d'appartenir à l'organisation criminelle, ou d'adhérer à la conception ou à l'exécution du plan criminel, pour que la complicité soit établie, et qu'en conséquence, le versement par une société, en connaissance de cause, de plusieurs millions de dollars à un groupe armé dont l'objet est exclusivement criminel, suffit à caractériser la complicité, peu qu'elle ait agi en vue de la poursuite d'une activité commerciale. Une telle solution se discutant par ailleurs, le complice devant dans la pureté des principes aider au crime, pas seulement aider le criminel qui commettra un crime avec une toute autre perspective subjective. Ces solutions sont par ailleurs en défaveur de la personne poursuivie ; or, elles sont admises en l'état de la jurisprudence, ce qui permet de croire qu'elles sont en réalité plus strictes et donc fondamentalement moins respectueuses de la légalité substantielle, en plus d'aller à rebours de la légalité formelle, qu'une création spontanée d'un fait justificatif prétorien.

Il semble que cela soit cette lecture, cette vision de la jurisprudence comme une soupape de sécurité, comme l'apport d'une flexibilité à un droit pénal né de la plume du législateur, qui ait, aujourd'hui, impulsé le mouvement donc nous pouvons être les spectateurs ; celui d'une démarche constructiviste du juge en matière justificative, laquelle se trouve gagnée et élargie par une démultiplication des faits justificatifs purement jurisprudentiels.

---

<sup>174</sup> Alice Dejean de la Bâtie, *Les faits justificatifs spéciaux*, Thèse, Bibliothèque des sciences criminelles, Tome 69, 2018, p. 265, n° 682

<sup>175</sup> J. Portalis, *Discours préliminaire du premier projet de Code civil*, 21 janvier 1801

<sup>176</sup> Emmanuel Dreyer, *Les miracles de l'indivisibilité permettant de juger en France le distributeur de téléphones illégalement cryptés et vendus partout en Europe*, RSC, 2022

<sup>177</sup> Cass. crim., 15 septembre 2004, n° 04-84.143, Bull. crim. 2004, n° 213

<sup>178</sup> Cass. crim., 7 septembre 2021, n° 19-87.367

## CHAPITRE 2

### L'EXTENSION CRÉATRICE DE LA MATIÈRE JUSTIFICATIVE PAR LE JUGE PÉNAL

La réalité de la jurisprudence et de l'état du droit pénal démontre que le juge s'est, tant sur le terrain de la justification générale que spéciale, progressivement émancipé d'une lecture structure du principe de légalité criminelle pour devenir un artisan créateur de la matière justificative, dont il élargit l'éventail au fil de créations parfaitement autonomes (**Section 1**). La redéfinition de son office qui en résulte met en lumière l'existence d'une véritable collaboration de fait entre le juge et le législateur, qui converge de façon symbiotique vers l'édification toujours plus subtile de la justification (**Section 2**).

#### **Section 1** : La matérialisation de faits justificatifs d'origine purement prétorienne

L'analyse de la jurisprudence démontre que le juge s'est attelé à faire émerger des faits justificatifs autonomes en dehors des prévisions formelles de la loi (**A**). Ce constat est d'autant plus actuel que les droits de la défense viennent tout juste d'être appréhendés par le juge pénal comme permettant d'asseoir l'existence d'un nouveau fait justificatif (**B**).

##### Paragraphe 1 : La multiplication historique des créations judiciaires et autonomes

La démultiplication des faits justificatifs prétoriens concerne tant la justification générale (**A**) que la justification spéciale (**B**).

#### **A** - Une réalité observable sur le terrain de la justification générale

L'exemple de l'état de nécessité démontre une intervention créatrice du juge qui (**1°**), si elle a été hésitante d'une manière qui semble traduire l'inconfort originaire du juge pénal à pouvoir entrer en voie de création autonome, s'est finalement assumée toute entière (**2°**).

##### *1°* L'illustration éclatante de l'état de nécessité

Un exemple classique, en littérature, de l'état de nécessité, apparaît dans le célèbre ouvrage « *Les Misérables* » de Victor Hugo ; Jean Valjean vole un pain, parce qu'il veut nourrir sa famille qui est affamée. Ce geste, infractionnel, se justifie par la nécessité de la survie, et démontre l'éventualité de circonstances extraordinaires, particulièrement défavorables, où la nécessité pousse une personne donnée à agir en s'exemptant des obligations légales, ici celle de ne pas commettre un vol, pour sauvegarder un intérêt supérieur à celui de la sauvegarde de la propriété du pain d'autrui, à savoir la vie humaine. L'état de nécessité est tragique, porte en lui la marque d'une situation désespérée, et met l'être face au fardeau d'un choix douloureux. Aujourd'hui, celui-ci trouve son siège à l'article 122-7 du Code pénal, qui prévoit que *N'est pas pénalement responsable la personne qui, face à un danger actuel ou imminent qui menace elle-même, autrui ou un bien, accomplit un acte nécessaire à la sauvegarde de la personne ou du bien, sauf s'il y a disproportion entre les moyens employés et la gravité de la menace*. Mais, il n'en a pas toujours été ainsi.

En effet, l'article 122-7, dans sa rédaction énoncée, procède des apports du législateur aux rangs des prévisions formelles de la lettre du Code pénal tels qu'hérités de la réforme de 1994, substituant au Code pénal *ancien*, à savoir en date de 1810, une codification renouvelée. Avant cela, l'état de nécessité n'existait... que dans la jurisprudence, dont il est l'oeuvre autonome. Comme le synthétise un auteur, *l'état de nécessité, c'est précisément l'hypothèse en où l'infraction provient de circonstances ou d'un contexte défavorables, qui soumettent ceux qui y sont confrontés à un choix très cornélien : soit en subir injustement le poids, et souffrir de ce fait d'une atteinte irréparable, soit, au contraire, leur opposer une résistance, y compris par la commission d'un crime ou d'un*

délict, et échapper de la sorte à leurs méfaits. Par la justification, le droit pénal est favorable à l'infraction, mais à la condition qu'elle participe de son ordre de protection<sup>179</sup>. Les illustrations sont nombreuses : face au naufrage en mer d'une embarcation à quelques kilomètres de là, un habitant spectateur de l'incident depuis la cote, seul et loin de tout, pourrait, par exemple, se décider de s'introduire dans une propriété privée pour accéder à un téléphone et appeler les secours, cela en enfreignant le droit de propriété des titulaires des lieux, mais afin de sauvegarder des vies humaines dont la valeur dépasse largement celle de la simple violation temporaire du domicile considéré. Ou, une personne passant auprès d'un incendie de forêt se déclarant petit à petit pourrait pénétrer sur un terrain privé, cela sans l'autorisation de quiconque, pour tenter de trouver de l'eau et éteindre le feu avant qu'il ne se propage à la maison voisine ; cela, afin de préserver la propriété considérée, mais aussi celle des biens contigus. Un conducteur, aussi, pourrait se trouver contraint, par exemple, sur une voie rapide, de se déporter sur une chaussée interdite afin d'éviter une collision imminente, avec un véhicule venant d'en face qui dévie de sa trajectoire. Ou un passant, par exemple, qui se réfugie dans une propriété privée sans l'autorisation de quiconque pour échapper à un danger imminent, comme un tremblement de terre ou une attaque armée dans la rue par un corps de terroristes... Dans toutes ces hypothèses, l'état de nécessité pourrait se trouver invoqué pour justifier l'action réalisée, qui en principe viole l'interdit pénal, précisément parce qu'elle s'est vue mise en oeuvre afin de prévenir un dommage plus grave encore, afin de protéger un intérêt supérieur à celui sacrifié.

Un débat fort ancien s'est développé autour du fait de savoir si l'état de nécessité doit être, ou non, exonérateur de responsabilité pénale<sup>180</sup>. À Rome, Cicéron, rapportant les propos du philosophe grec Carénage, écrivait à propos du meurtre nécessaire que *La justice commande de ne pas tuer. Mais que fera le juste en cas de naufrage, si un autre homme s'est saisi d'une planche ? Ne le précipitera-t-il pas de cette planche, pour y monter, lui-même, et grâce à cet appui se sauver ? S'il entend bien son intérêt, c'est ainsi qu'il agira, car il périra s'il ne le fait pas. Si, au contraire, il aime mieux périr que de porter la main sur autrui, il est juste, mais insensé, puisqu'il n'a pas, pour sa propre vie, le respect qu'il a pour celle d'autrui*<sup>181</sup>. C'est ainsi que « l'infraction commise sous l'effet de la pauvreté pressée par la faim ou la nécessité est moins grave et moins punissable que l'infraction librement et volontairement commise, la nécessité rendant licite ce qui n'est pas licite dans la loi », trouve-t-on dans le Digeste<sup>182</sup>. Le droit médiéval est quant à lui marqué par l'adage « Nécessité n'a point de loi »<sup>183</sup>, puis les criminalistes du XVII et XVIIIe siècle sont alors nombreux à prôner l'absolution de celui qui aurait agi en situation de nécessité<sup>184</sup>. Pourtant, le Code pénal de 1810 est silencieux à ce propos, les législateurs révolutionnaires n'ayant pas pris compte du sujet.

Cependant, très vite, l'état de nécessité prend corps dans la jurisprudence, cette dernière ayant été conduite par une doctrine foisonnante à reconnaître une valeur justificative aux circonstances particulières de la nécessité, augmentant dès lors la liste légale des faits justificatifs généraux. Et ce, parce qu'il ne faut, en réalité, espérer aucun amendement d'une personne s'étant trouvée confrontée à la nécessité d'agir, qu'une peine prononcée in fine ne revêtirait aucune utilité intimidante, et parce que, quelle que soit la peine prononcée, la personne qui serait à nouveau placée en situation de nécessité devrait à nouveau choisir ; parce que l'infraction commise pour préserver un intérêt supérieur, inspirée dès lors aucunement par un quelconque tempérament dangereux et révélateur d'une

---

<sup>179</sup> Yves Mayaud, *Droit pénal général*, 5e édition, Collection droit fondamental, 2015, n° 426, page 510

<sup>180</sup> P-J Hesse, « *Un droit fondamental vieux de 3000 ans : l'état de nécessité, Jalons pour une histoire de la notion* », *Droits fondamentaux*, janv-déc. 2002, n° 2, p. 125

<sup>181</sup> Ch. Appuhn, *Cicéron, De la vieillesse, de l'amitié, des devoirs*, Livre, 1933, Éd. Garnier-Flammarion, 1967, Livre III, n° 23

<sup>182</sup> Digeste, XLVII, 9, 3 et IX, 2, 49, 1

<sup>183</sup> A. Loysel, *Institutes coutumières*, 1607, tel que cité par P-J Hesse, *ibid*

<sup>184</sup> Didier Veillon, *Les juristes et le vol de nécessité au tournant du XXe siècle*, p. 175-185

« *perversité criminelle* »<sup>185</sup>, le besoin s'est fait sentir de faire plier la rigueur de la loi, qui après tout, n'est que relative et connaît inévitablement des « *bornes objectives* »<sup>186</sup>.

## 2°) Une autonomisation hésitante

Il faut dire que, par souci de respect du principe de légalité criminelle sous son angle formel, l'explication de l'impunité que les juges se sont autorisés à faire émerger sur le fondement de la nécessité a d'abord été timide, flottante. L'organisation de l'irresponsabilité reconnue a d'abord été expliquée par l'idée de contrainte morale. Il s'agissait alors, sous couvert de cadres juridiques d'ors et déjà existants, d'ériger la nécessité au titre des circonstances exceptionnellement exonératoires, sans pour autant affirmer son existence propre et autonome. C'est donc dans l'article 64 du Code pénal de 1810, siècle ancien de la *contrainte*, qu'au départ a été avancé le fondement juridique d'une telle circonstance exonératoire<sup>187</sup>.

Ainsi, le 4 mars 1898, le célèbre « bon juge Magnaud », dans l'affaire Louise Ménard, relaxe la jeune fille-mère qui avait volé un petit peu de pain chez un boulanger ; ce, parce qu'elle n'avait rien mangé depuis 36 heures. Le juge fonda sa décision en interprétation des dispositions de l'article 64 du Code pénal : *Attendu qu'il est regrettable que, dans une société bien organisée, un des membres de cette société, surtout une mère de famille, puisse manquer de pain autrement que par sa faute ; Que, lorsqu'une pareille situation se présente et qu'elle est, comme pour la fille Mélanie, très nettement établie, le juge peut et doit interpréter humainement les inflexibles prescriptions de la loi ; Attendu que la misère et la faim sont susceptibles d'enlever à tout être humain une partie de son libre arbitre et d'amoindrir en lui, dans une certaine mesure, la notion du bien et du mal ; Que l'intention frauduleuse est encore bien plus atténuée lorsqu'aux tortures aiguës de la faim vient se joindre, comme en l'espèce, le désir, si naturel chez une mère, de les éviter au jeune enfant dont elle a la charge*<sup>188</sup>.

La difficulté de cette conception est qu'elle traduit malgré tout mal la réalité qui est celle de l'état de nécessité. Poussée dans ses retranchements théoriques, elle revient à considérer qu'en certaines circonstances, la finalité de sauvegarde poursuivie par l'agent s'impose à l'agent avec une force telle que ce dernier s'en trouve dépourvu de toute liberté quant au fait de commettre ou non l'infraction reprochée. Comme si cette finalité supprimait nécessairement sa liberté de décision, détruisait toute possibilité véritable de choix, de façon pleinement irrésistible. Or, dans bien des situations, il est possible de voir un état de nécessité qui justifie un agent ayant pourtant voulu ce qu'il a fait et opéré un choix particulier exclusif au fond de toute contrainte morale irrésistible. La contrainte implique une totale privation de liberté de décision, elle efface cet état d'esprit de l'être qui n'est plus même en position de pouvoir percevoir l'existence d'un choix ; tandis que l'état de nécessité implique lui un choix, librement exercé, entre subir ou voir subir un mal donné, ou la commission d'une infraction permettant de l'éviter. C'est là un choix entre commettre et ne pas commettre l'infraction : et comme l'écrivait un auteur, l'état de nécessité est donc une « *alternative raisonnée* »<sup>189</sup>. Ainsi s'est trouvé par exemple relaxé l'agent de la SNCF en patrouille dans un train, et ce en compagnie de son chien de service, muselé et tenu en laisse, qui avait abattu avec son arme de service le chien d'un passager, dont la muselière s'était détachée et qui mordait le sien. En tenant considération de l'étroitesse des lieux et de l'échec de l'intervention de l'agent pour faire lâcher prise à l'animal qui mordait le sien, la chambre criminelle de la Cour de cassation retint que le prévenu s'était alors trouvé dans la nécessité, pour sauvegarder son propre chien, d'abattre celui qui

<sup>185</sup> B. Bouloc, *Droit pénal général*, Dalloz, 25e éd., 2017, n°437

<sup>186</sup> J.-Y. Chevallier, « L'état de nécessité » in *Mélanges en l'honneur du doyen Pierre Bouzat*, Paris, Pedone, 1980, p. 126

<sup>187</sup> R. Garraud, *Traité théorique et pratique du droit pénal*, 1888, t. 1, p. 373, n° 225

<sup>188</sup> Trib. corr., Château Thierry, 4 mars 1898

<sup>189</sup> J.-M. Aussel, « La contrainte et la nécessité en droit pénal », pp. 281-282

l'agressait et le blessait<sup>190</sup>. Peut-on considérer que l'agent de la SNCF a là agi sous l'empire d'une contrainte morale irrésistible ? Non, parce que ce dernier ne saurait être considéré comme ayant commis l'infraction malgré lui. Et pour reprendre la formule synthétique d'un auteur : *Dans la contrainte le prévenu avait l'obligation de subir, avec l'état de nécessité, il a l'obligation de choisir. Dans le premier cas, une seule issue s'offre à lui la commission d'une infraction ; dans le second cas, il conserve sa liberté et pourrait ne pas prendre la voie délictuelle qui se présente. Sans doute, ce choix sera pénible, au-dessus de ses forces souvent, et il aura l'impression d'une impossibilité de faire autrement que de violer la loi pénale. Mais pour l'observateur impartial examinant les choses de l'extérieur, d'une façon objective et froide, force sera de reconnaître qu'un choix demeurait, même si l'une des voies offertes demandait le courage des héros*<sup>191</sup>.

C'est d'ailleurs à la vue de cette incohérence-là que se fonde historiquement la cour d'appel d'Amiens qui, confirmant la relaxe le 22 avril 1898, censura la motivation adoptée le juge de première instance, se fondant cependant sur une absence d'intention frauduleuse : « *il en résulte que tous les caractères de l'appréhension frauduleuse librement et volontairement perpétrée ne se retrouvent pas dans le fait accompli par la fille Ménard, qui s'offre à désintéresser le boulanger P... sur le premier travail qu'elle pourra se procurer* », trouve-t-on écrit dans l'arrêt de la juridiction du second degré. Il est vrai qu'une autre explication de l'état de nécessité s'est alors trouvée recherchée au regard d'un prétendu défaut d'intention coupable, comme si ceux jetés dans la nécessité d'agir ne pouvaient être appréhendés, du fait des circonstances, comme ayant eu l'intention reprochée au titre de l'infraction. Mais cette justification repose sur une confusion entre la notion d'intention et celle de motivation, la première renvoyant à l'accomplissement volontaire et en connaissance de son caractère répréhensible d'un acte réprimé par la loi, là où la seconde renvoie à la finalité plus large intime à l'agent et dans la perspective duquel l'infraction se trouve commise<sup>192</sup>. Finalement, en 1956<sup>193</sup> et 1957<sup>194</sup>, deux décisions de juges du fond viennent, pour la première fois, admettre une justification autonome, fondée sur « l'état de nécessité » en tant que tel ; solution ensuite consacrée par la Cour de cassation rapidement après, en 1958<sup>195</sup>.

## **B - Une réalité observable sur le terrain de la justification spéciale**

Les créations jurisprudentielles de faits justificatifs autonomes gagnent en outre la sphère de la justification spéciale, de façon très transversale aux domaines divers du droit pénal ; ainsi l'illustre le cas de l'exception de bonne foi (1°), en matière d'expression publique, et l'intérêt de groupe, pour l'abus de biens sociaux et donc propre au droit pénal des affaires (2°).

### *1°) Le fait justificatif de l'exception de bonne foi pour la diffamation*

La diffamation, c'est cette infraction consacrée dans les prévisions de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, dont l'article 29 prévoit qu'il s'agit de *Toute allégation ou imputation d'un fait qui porte atteinte à l'honneur ou à la considération de la personne ou du corps auquel le fait est imputé*. Classiquement, la jurisprudence retient que pour être diffamatoire, *une allégation ou une imputation doit se présenter sous la forme d'une articulation précise de faits de natures à être sans difficulté l'objet d'une preuve et d'un débat contradictoire*. Étant précisé que le fait d'être possiblement l'objet d'une preuve va, en réalité, de pair avec celui d'être l'objet d'un débat contradictoire. Cette exigence poursuit un sens précis : elle permet de marquer la frontière entre la

---

<sup>190</sup> Cass. crim., 8 mars 2011, n° 10-82.078, Inédit

<sup>191</sup> André Vitu, *Contrainte morale ou état de nécessité*, Revue de science criminelle, 1986, n° 87

<sup>192</sup> Cf. not., in R. Bernardini, *L'intention coupable en droit pénal*, thèse, n° 421

<sup>193</sup> Trib. Corr. Colmar, 27 avril 1956, D. 1956, p. 500

<sup>194</sup> CA. Colmar, 6 décembre 1957, D. 1958, p. 357

<sup>195</sup> Cass. crim., 28 juin 1958, *Lesage*, D. 1958, p. 693

diffamation et l'injure, en ce qu'elle a trait à un fait déterminé qui peut être débattue devant le juge là où l'injure, péremptoire, seulement adressée à une fin offensante, se contente d'être une allégation outrageante, dénuée de pertinence faute de fait précis qui soit objectivement vérifiable. Le propos est diffamatoire sinon précisément lorsqu'il porte atteinte à l'honneur ou à la considération de la personne ; en réalité, les juges n'ont pas à s'enquérir de la conception personnelle ou subjective de l'honneur ou la considération de la partie plaignante, ni même à tenir compte de l'opinion publique s'agissant de cette dernière, puisque comme le rappelle la Cour de cassation<sup>196</sup>, *l'infraction n'était pas établie en se fondant sur l'appréciation subjective de la victime*. Il en résulte que la même imputation sera considérée chaque fois soit attentatoire, soit indifférente à l'honneur du plaignant, alors même que deux d'entre eux cultiveraient personnellement deux lectures très différentes de ce qu'il implique ; ce, parce que le juge est, ainsi, le gardien d'une certaine idée de l'honneur, même s'il se doit de la cultiver au regard des *qualifications pénales en vigueur, ou des valeurs morales et sociales communément admises au jour où il statue*<sup>197</sup>.

L'article 35 de la loi du 29 juillet 1881 prévoit un fait justificatif de la diffamation particulier qui permet, en principe, au diffamateur de rapporter la preuve de la vérité des propos qu'il a tenu, et ce afin de bénéficier d'une exonération de responsabilité pénale. Autrement dit, le diffamateur est admis en principe à pouvoir démontrer à cette fin que les faits qu'il a imputés au diffamé sont des faits qui sont vrais, objectivement. Cette possibilité, sous des conditions à définir, de démontrer la véracité de l'imputation diffamatoire, représente clairement un arbitrage du législateur entre l'honneur de la personne diffamée et la vérité, c'est-à-dire la liberté d'expression. L'idée sous-jacente à une telle prévision est qu'une protection absolue de l'honneur, qui ne pourrait jamais céder devant une circonstance quelconque, porterait une atteinte disproportionnée à la liberté d'expression ; en effet, cela ferait obstacle à ce que l'on puisse dire, d'une certaine manière, quoi que ce soit qui puisse nuire à l'honneur d'une personne. Or, le public peut trouver un intérêt parfaitement légitime à connaître certains faits avérés, authentiques, malgré le caractère attentatoire à l'honneur que ces derniers sont susceptibles de matérialiser à l'égard d'une personne donnée. Et, comme le rappelle la Cour européenne des Droits de l'Homme en des termes synthétiques : *la liberté d'expression vaut non seulement pour les « informations » ou « idées » accueillies avec faveur, ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent : ainsi le veulent le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture sans lesquels, il n'est pas de « société démocratique »*<sup>198</sup>. Une limite subsiste néanmoins : l'article 35 de la loi du 29 juillet 1881 prévoit que le fait justificatif tiré de *l'exceptio veritatis* ne saurait intervenir en faveur de l'imputation diffamatoire qui concerne la vie privée de la personne, sauf s'il s'agit de la dénonciation de quelques infractions limitativement énumérées. Le sort de cette interdiction, si elle faisait l'objet d'une QPC, est toutefois incertain, face aux exigences européennes.

Cependant, le juge, poussé par l'indulgence et le besoin de renforcer la protection de la liberté d'expression, s'est progressivement émancipé des prévisions de la loi du 29 juillet 1881 pour compléter son régime, en ajoutant un nouveau fait justificatif, à celui-dit de *l'exception de bonne foi*. En pratique, ce dernier, bien plus souple que l'exception de vérité, est devenu le fait justificatif majoritaire, et ce quand bien même il ne fait l'objet... d'aucuns textes. En effet, l'exception de vérité est dans les faits très difficile à obtenir, puisque la jurisprudence retient que le prévenu doit pour s'en offrir le bénéfice apporter une preuve « *parfaite, complète et corrélative aux diverses imputations formulées, dans toute leur matérialité et leur portée* »<sup>199</sup>. Théorisée à vrai dire pour la toute première fois par Pierre Mimin<sup>200</sup>, et ce en 1939, proposant ainsi un nouveau moyen de

<sup>196</sup> Cass. crim., 28 janvier 1986, n° 84-95.573

<sup>197</sup> Cass. civ., 1ère., 17 décembre 2015, n° 14-29.549

<sup>198</sup> CEDH, 21 janv. 1999, *Fressoz et Roire c. France* ; déjà, CEDH, 7 déc. 1976, *Handyside c/ Royaume-Uni*, § 49

<sup>199</sup> Pour illustration, nous pouvons citer les références suivantes : Cass. Crim., 3 avril 1973, n°71- 93.559, Bull. crim. n°170 ; Cass. crim., 2 juin 1980, n°78-93.482, Bull. crim. n°168

<sup>200</sup> Pierre Mimin, note sous : Cass. 27 octobre 1938, Revue droit pénal, 1939/1, p. 77

défense pour le prévenu, c'est au fil des arrêts que la bonne foi s'est organisée autour de quatre critères cumulatifs : un motif légitime d'information, l'existence d'une enquête sérieuse, la prudence et l'objectivité du propos, et l'absence d'animosité personnelle. Il ne faut ainsi pas entendre la bonne foi comme le synonyme d'une absence d'intention de nuire, elle qui ne se confond pas avec l'élément moral de l'infraction. Il faut dire en outre que la jurisprudence conserve une grande casuistique en la matière, et n'appréhende pas les critères avec la même force et rigueur selon que le mis en cause est un journaliste professionnel ou un simple particulier qui ne fait pas de l'information et de la communication des idées son activité principale.

Cette création, purement prétorienne, qui sous un certain angle reconnaît un réel « *droit de nuire* »<sup>201</sup> circonstancié, illustre à nouveau l'émancipation totale du juge à l'égard des prévisions de la loi, en matière justificative ; et *contribue à cimenter l'idée d'une forme de suprématie d'une justice matérielle, ici forgée dans la nécessité d'informer le public par des moyens proportionnés, sur la justice formelle, qui prévoit dans ce cas l'infraction de diffamation*<sup>202</sup>.

## 2°) La prise en considération de l'intérêt de groupe pour l'abus de biens sociaux

L'abus de biens sociaux, c'est cette infraction attitrée qui concerne seulement les dirigeants sociaux de certaines formes sociales expressément ciblées par la loi (SARL, SA, SCA, SAS...), et qui réprime le fait, pour le gérant de la société considérée, de faire des biens ou du crédit de la société un usage contraire à l'intérêt de celle-ci, à savoir l'intérêt social. L'intérêt social, c'est l'élément qualifiant de l'infraction, dans la mesure où c'est ce dernier qui vient habiller l'usage investi de sa dimension prohibée : l'illicéité de l'usage provient de son caractère contraire à l'intérêt social, de sorte que c'est cette notion, pivot de l'incrimination, qui n'est pas définie par la lettre formelle, qui s'avère déterminante de la répression. Parce que sur cette notion silencieuse, les tribunaux se sont faits les dépositaires de cette compétence d'identification de l'intérêt social, pour se prononcer au cas par cas selon que l'usage litigieux est contraire aux intérêts de la société. L'absence de contrepartie à un acte prît, l'exposition de l'actif social à un risque injustifié, ou encore le pur et simple usage d'un bien à stricte finalité personnelle, sont autant de boussoles qui guident les juges dans le cours de leur examen. Au titre de l'élément moral, dans la pureté des principes, l'usage litigieux doit avoir été opéré *de mauvaise foi*, il faut un usage que le mis en cause *savait contraire à l'intérêt de celle-ci*, et que, nonobstant cette conscience, il a opéré, *cela à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou une autre entreprise dans laquelle ils sont intéressés directement ou indirectement*. Cette mauvaise foi est, en pratique, induite le plus souvent de l'élément matériel, et la perspective d'une « fin personnelle » est le plus souvent analysée de façon très extensible, cela à des fins de facilitation de caractérisation de l'infraction<sup>203</sup>.

Mais parce que l'infection même s'avère ponctuellement inadaptée au phénomène de groupe de société, dans la mesure où elle peut empêcher la collaboration intra-groupe en incriminant des démarches de stratégies commerciales et d'entraides, la jurisprudence s'est attelée à édifier, dans le silence de la loi formelle, un fait justificatif spécial à l'abus de biens sociaux, précisément lorsque l'opération en cause intervient dans un contexte de groupes de société. Il est une jurisprudence célèbre, dite l'affaire Rozenblum<sup>204</sup>, qui est venue donner corps à cette justification jurisprudentielle

---

<sup>201</sup> Juliana Karila de Van, « *Le droit de nuire* », RTD civ. 1995. 533

<sup>202</sup> François Rousseau, « *L'imputation dans la responsabilité pénale* », Thèse, Paris II, 2009, Dalloz Bibliothèque, p. 141-145

<sup>203</sup> Cass. crim., 30 janvier. 2019, n° 17-85.304 : le gérant d'une société est condamné du chef d'abus de biens sociaux pour avoir *indûment* mis à la charge de la dite société l'acquisition de 9000 bouteilles de champagne, pour une somme dépassant cent-milles euros, une telle dépense étant considérée comme n'ayant pas épousé les contours de l'intérêt social faute d'avoir été employées sur la scène de la consolidation des relations avec les tiers et la clientèle de l'entreprise, et étant présumée faite à des fins personnelles dès lors que le prévenu n'apporte pas de preuve qui permet de se persuader d'une réalité contraire.

<sup>204</sup> Cass. crim., 4 février 1985, *Rozenblum*, Bull. crim., n° 54 :

: l'idée, c'est que l'abus de biens sociaux ne va pas être caractérisé lorsque la contradiction de l'intérêt social opérée par le dirigeant social est investie *pour le bien de l'intérêt du groupe*.

Seulement, la jurisprudence enserme ce fait justifications dans l'observation de quatre conditions cumulatives, qui doivent être réunies. D'abord, l'existence du groupe doit être *établie véritablement*, ce qui suppose la réalité de sociétés qui fonctionnent ensemble, collaborent, partagent une complémentarité d'activité, s'acquittent d'une véritable habitude de travail en collaboration ; au final, cela exige une véritable « politique de groupe ». Cela exige l'analyse d'éléments objectifs, qui se superposent à la seule communauté de capitaux, de dirigeants, entre les dites sociétés. Aussi, le concours apporté par le dirigeant social mis en cause ne doit pas être dénué de contrepartie, doit trouver une certaine réciprocité. Il doit en outre exister un équilibre dans les engagements respectifs des sociétés en cause, et les efforts qui sont mis à la charge de l'une des sociétés au profit d'une entité globale doivent être répartis au sein des différentes entités du groupe, sans pouvoir être seulement faites peser sur les épaules d'une seule des sociétés. Enfin, le concours qui a priori épouse les contours de l'infraction d'abus de biens sociaux ne doit pas excéder les capacités financières de la société, l'idée étant que cette dernière ne saurait se trouver en situation véritable de péril financier à raison de l'aide qu'elle a apporté.

Dans la pratique, l'application de cette cause justificative est très rare. À l'occasion d'un arrêt récent<sup>205</sup>, la chambre criminelle a refusé le bénéfice du fait justificatif : après avoir relevé que les sociétés impliquées avaient effectivement un lien capitalistique entre elles, et qu'elles avaient, en outre, les mêmes gérants, ainsi que des activités complémentaires, puis, enfin, qu'elles procédaient régulièrement à des transferts de trésorerie, la Cour a considéré malgré tout que ces éléments *ne suffisent pas à caractériser une politique de groupe fondée sur la recherche d'une synergie au bénéfice de l'ensemble du groupe*<sup>206</sup>. Dans les faits, le prévenu faisait attribuer à une société dont il était gérant de fait des commissions et diverses rémunérations indues, versées par une autre société qu'il dirigeait, mais les sociétés n'étaient liées entre elles que par des jeux d'écriture, et il n'existait, à vrai dire, aucune politique commune<sup>207</sup>.

Cette innovation autonome du juge pénal illustre, quoi qu'il en soit, une dynamique créatrice de la jurisprudence à la portée très large en matière justificative, puisqu'elle gagne, aussi, le droit pénal des affaires.

## Paragraphe 2 : L'avènement contemporain du fait justificatif tiré des droits de la défense

La reconnaissance par la Cour de cassation d'une nature de fait justificatif à sa création autonome d'une cause objective d'irresponsabilité pénale tirée de l'exercice des droits de la défense rompt avec le caractère disparate de ce dernier (A) qui, aujourd'hui, semble avoir trouvé une circonscription claire et nette (B).

### A - Une cristallisation progressive

La montée en puissance des droits de la défense comme un référentiel de justification procède d'une évolution au départ nébuleuse (1°) qui a progressivement gagné divers contentieux pour se clarifier (2°).

#### 1°) Une émergence disparate

---

<sup>205</sup> Cass. crim., 25 octobre 2017, n° 16-80.238

<sup>206</sup> Marie-Emma Boursier, *L'exigence incontournable d'une politique de groupe pour l'application du fait justificatif de groupe de sociétés dans l'abus de biens sociaux*, Rev. sociétés, 2018. 520

<sup>207</sup> Haritini Matsopoulou, *Un gérant condamné pour abus de biens sociaux et blanchiment aggravé*, RSC, 2018. 429

Les droits de la défense sont ces droits, et même ces prérogatives, qui se trouvent reconnus à une personne donnée pour se défendre dans le cadre d'une procédure. Ces droits, d'un point de vue pénal, s'entendent tant au stade de l'enquête, qu'à celui de l'instruction et de jugement le cas échéant. Ils trouvent une consécration transversale à la pyramide des normes, et ce notamment à l'échelon conventionnel<sup>208</sup>, au point de constituer un des grands principes directeurs de la sphère processuelle. Et, si aucune disposition formelle de la Constitution ne garantit à vrai dire explicitement *les droits de la défense*, dès 1976, le Conseil constitutionnel s'est attelé à faire appel à une catégorie particulière, celle-dite des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République<sup>209</sup>, pour leur reconnaître une valeur constitutionnelle ; alors sans même préciser la base légale servant de fondement à sa réflexion, les droits de la défense relevant alors, d'une certaine manière, d'une « *évidence constitutionnelle* »<sup>210</sup>. Ce n'est que par la suite que le Conseil constitutionnel est, finalement, venu rattacher la catégorie des *droits de la défense* à la « garantie des droits », dont il est fait mention dans l'article 16 de la Déclaration de 1789<sup>211</sup>. Il s'agit quoi qu'il en soit là, aujourd'hui, d'un éventail de garanties larges, induites pour certaines d'une référence au principe abstraitement formulé, au point d'être devenues des institutions disparates destinées à consolider la situation équitable dans le cadre du procès. Au titre de ces dernières, on peut citer le fait d'être informé des charges qui pèsent contre le mis en cause, et ce dans une langue qu'il comprend, le bénéficiaire de l'assistance d'un avocat de son choix, de faire citer ses propres témoins, de bénéficier le cas échéant d'une aide judiciaire en cas de défaut de moyens, de garder le silence, de ne pas témoigner contre soi-même, ou encore de produire ses propres éléments de preuve, entre autres.

Et, c'est précisément sur le terrain du droit à la production de ses propres éléments de preuve que la jurisprudence s'est attelé, progressivement, à faire émerger en matière pénale un véritable fait justificatif fondé sur les droits de la défense. Ce, d'abord, en matière de violation de secret professionnel, en admettant la violation de secret professionnel commise par un médecin qui, en raison d'accusations qui se trouvaient portées contre lui, s'était déterminé à produire pour se défendre, dans le cadre de l'instance, des informations couvertes en principe par le secret médical<sup>212</sup>. En l'espèce, un médecin était mis en cause du chef d'escroquerie, car soupçonné d'avoir réalisé volontairement et en connaissance de cause des certificats médicaux frauduleux constatant un état pathologique au profit de deux personnes distinctes, et certifiant dès lors l'existence de maladies inexistantes. La Cour de cassation vint ici explicitement déclarer que *si stricte que soit l'obligation qui découle du secret professionnel, elle ne saurait interdire à un médecin que l'on a tenté d'associer à une escroquerie en provoquant de sa part, grâce à une mise en scène trompeuse, la délivrance d'un certificat attestant faussement l'existence de maladies ou infirmités, de justifier de sa bonne foi en témoignant, au cours d'une instance judiciaire relative à cette escroquerie, sur les manoeuvres qui, faussant son examen et prenant en défaut son jugement, l'ont amené à délivrer ce certificat*. Puis, sur un autre versant, la jurisprudence a admis l'hypothèse de journalistes épargnés d'une condamnation pour recel de choses provenant d'une violation du secret de l'instruction, en produisant des pièces couvertes par le-dit secret, cela au soutien de leur défense dans le cadre d'une poursuite pour diffamation<sup>213</sup>. Il était reproché donc aux journalistes d'avoir non seulement détenu de telles pièces, mais encore d'avoir produit ces dernières dans l'instance en diffamation. La Cour de cassation vint considérer que la Cour d'appel, *en statuant sans rechercher si, en l'espèce, la production en justice des pièces litigieuses, objet des poursuites exercées contre*

<sup>208</sup> Article 6 de la CESDH ; Article 14 du PIDCP ; Article 48 de la CDFUE...

<sup>209</sup> C. C., Décision n° 76-70 DC du 2 décembre 1976

<sup>210</sup> Discours de M. Jean-Louis DEBRÉ, Rentrée du Barreau de Paris, Théâtre du Châtelet, 4 décembre 2009

<sup>211</sup> Article 16 de la DDHC : *Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution.*

<sup>212</sup> Cass. crim., 20 décembre 1967, n°66-92.779, *Affaire Roi des Gitans*, D.1969, note E. Lepointe

<sup>213</sup> Cass. crim., 11 juin 2002, n° 01-85.237, JCP 2003, note E. Dreyer

*l'intéressé, n'avait pas été rendue nécessaire par l'exercice des droits de la défense, n'avait pas donné de base légale à sa décision.*

## 2°) Un élargissement à une diversité de scènes procédurales

Plus éclatante encore est la jurisprudence qui permet la justification d'un vol et d'un abus de confiance de documents au titre de l'exercice des droits de la défense. En effet, comme l'illustrent plusieurs arrêts de la Cour de cassation, le vol de documents appartenant à son employeur par un salarié, lorsqu'il est rendu nécessaire à l'exercice de ses droits de la défense dans le cadre d'un litige prud'homal, peut se trouver justifié<sup>214</sup>. Est ici « *approuvée la cour d'appel qui confirme l'ordonnance de non-lieu des chefs de vol et d'abus de confiance rendue par le juge d'instruction à l'égard d'un salarié qui, avisé du projet de son employeur de rompre son contrat de travail, a appréhendé des documents dont il avait eu connaissance à l'occasion de l'exercice de ses fonctions et dont la production était strictement nécessaire à l'exercice de sa défense dans la procédure prud'homale qu'il a engagée peu après* »<sup>215</sup>. Et, contrairement à ce qui avait pu être induit d'un arrêt de la chambre criminelle en date du 9 juin 2009<sup>216</sup>, où pour déclarer le prévenu coupable de vol, l'arrêt retenait que le prévenu avait remis les photocopies litigieuses, non pour assurer sa défense dans un litige prud'homal, mais lors de son audition par les gendarmes sur la plainte déposée contre lui pour diffamation par la société des transports Lambert, pour tenter de prouver la vérité des faits qu'il avait imputés à son employeur, en considération duquel il fût analysé que le litige en vue duquel les documents auraient été subtilisés devait nécessairement être d'ordre prud'homal, ici s'agissait-il d'une situation permettant de comprendre que le fait justificatif tiré des droits de la défense ne concernerait plus exclusivement l'instance prud'homale.

Déjà alors, la doctrine semblait accordée sur la nature d'un véritable fait justificatif pour expliquer l'irresponsabilité pénale attachée à une telle perspective de nécessité au titre de l'exercice des droits de la défense<sup>217</sup>, au point qu'en 2007, un auteur écrit déjà que « *les droits de la défense sont aujourd'hui une réalité parfaitement intégrée en droit pénal général, non comme la manifestation d'une bonne intention ou d'un défaut de culpabilité, mais en tant que facteur autonome et suffisant d'irresponsabilité* », ajoutant qu' « *il ne s'agit pas d'une réponse de droit pénal spécial, qui affecterait quelques incriminations éparses. Le droit pénal général lui-même est engagé, par la vocation naturelle de ces droits de la défense à couvrir de leur légitimité toutes les infractions commises sous leur dictée* »<sup>218</sup>.

Un arrêt récent, en date du 8 mars 2023<sup>219</sup>, s'inscrit d'ailleurs dans le courant de ces analyses, en rattachant expressément le mécanisme évoqué à la catégorie du « fait justificatif ». La Cour de cassation, rappelant qu'un fait justificatif tiré de l'exercice des droits de la défense existe en matière d'abus de confiance, déclare que celui-ci ne s'applique en outre pas seulement en matière de droit du travail : dès lors que n'est pas punissable l'infraction commise pour les strictes nécessités de la défense de son auteur, le bénéfice de ce fait justificatif ne saurait être restreint à la défense exercée dans un cadre prud'homal. Ainsi, dans le présent arrêt, elle supprime définitivement cette limite procédurale, et, maintenant l'exigence de stricte nécessité du recours à ce mode de défense, et semble laisser comprendre que la liste des infractions sujettes à cette cause prétorienne d'irresponsabilité pénale n'est pas figée, et a vocation à s'allonger, au fil du temps, au gré des espèces. Confirmant donc le caractère général du fait justificatif tiré des droits de la défense,

<sup>214</sup> Cass. crim., n° 10-85079, 16 juin 2011, *Sté. Centre spécialités pharmaceutiques*

<sup>215</sup> François Desprez, *Gaz. Pal.* 8 sept. 2011, p. 13

<sup>216</sup> Cass. crim., 9 juin 2009, n° 08-86.843

<sup>217</sup> J. Lasserre-Capdeville, *Les droits de la défense, nouvelle cause prétorienne d'irresponsabilité pénale*, *Rev. pénit.* 2006, p. 537 et s.

<sup>218</sup> Y. Mayaud, *Les droits de la défense cause d'irresponsabilité pénale*, in *Mélanges R. Gassin, PUAM*, 2007, p. 297

<sup>219</sup> Cass. crim. 8 mars 2023, n° 22-81.040, F-D

donnant du crédit à la thèse de la nature jurisprudentielle et autonome de ce fait justificatif, la Cour de cassation lève l'ambiguïté sur la limitation procédurale pour faire des droits de la défense une cause d'irresponsabilité « *irradiant en tout domaine juridique, et pas seulement la matière du droit du travail* »<sup>220</sup>.

## **B - Une portée de plus en plus générale**

L'ouverture du fait justificatif tiré de l'exercice des droits de la défense à des fins d'administration de preuve ouvre sur une appréciation de ce dernier qui présente un particularisme quant à la temporalité qui sous-tend l'appréciation de son caractère nécessaire, comparé à ce qui vaut pour les autres faits justificatifs (1°). Sa définition témoigne d'une forme de critère de proportionnalité sinon évident (2°).

### *1°) Une nature particulière*

À la lecture de l'arrêt pré-cité, il faut dire que la justification clairement assumée sous le voile d'un fait justificatif autonome, apparaît, de par sa généralité, à même de pouvoir faire obstacle à ce que soit réprimée toute incrimination quelle que soit sa nature, à condition évidemment que l'infraction considérée présente un lien avec l'exercice des droits de la défense. Cependant, les termes de la circonstance ne doivent pas prêter à confusion : c'est l'administration de la preuve qui est ici au coeur du raisonnement, et non, par exemple, des violences qui seraient commises sur la partie adverse, dans l'enceinte de la salle d'audience. Le caractère indéfini et a priori illimité du champ d'infractions susceptibles de s'en trouver justifiées semble ainsi devoir être interprété à la lumière d'une quantification raisonnable, et le plus probable est que le fait justificatif demeure cantonné à l'administration de pièces ayant fait l'objet d'un vol ou d'un abus de confiance, de pièces recelées ou héritées de la violation d'un secret protégé par la loi. Sûrement l'objectif de cet arrêt n'est en réalité que de préciser finalement que la justification par l'exercice des droits de la défense n'est pas à cantonner au seul terrain prud'homal, du point de vue du contexte procédural.

Aussi, la cause d'irresponsabilité présente ici un singularisme particulier eût-égard à sa qualité de fait justificatif, à raison de la temporalité qui sous-tend l'appréciation de son critère de nécessité. Effectivement, comme le relève un auteur, la solution de la jurisprudence en la matière *prend ses distances avec les principes habituels de la justification voulant que c'est au moment de la commission de l'acte que l'on se place pour apprécier si les conditions de la justification sont réunies*<sup>221</sup>. Dans la pureté des principes, la nécessité d'une infraction commise est appréciée, du point de vue de la justification, au moment où elle est commise, et non a posteriori, par une reconstruction du juge qui chercherait alors à substituer son appréciation de la nécessité à celle guidée par les circonstances au moment de la commission. Ainsi la légitime défense présuppose par exemple un acte nécessaire au moment où la riposte le permet face à une agression injuste ; il est ce critère d'immédiateté circonstancié qui permet de convaincre alors d'une idée de ce qui est nécessaire. Or, lorsqu'un salarié commet une infraction de vol de documents en vue d'un litige prud'homal à venir afin de se ménager potentiellement la preuve d'une prétention, le caractère nécessaire de la chose est, sur l'instant, sujette à discussion. Après tout, au moment où le salarié appréhende les documents litigieux afin de s'assurer d'une preuve, l'instance prud'homale peut ne même pas avoir débuté, si bien que le risque d'une perspective actuelle et imminente de solution défavorable peut être discutable ; et le vol n'apparaît alors pas nécessairement comme l'unique moyen pour le salarié de sauvegarder ses intérêts, étant donné qu'il peut, dans bien des circonstances, toujours être possible pour la partie mise en cause d'obtenir la production forcée des pièces qu'elle estime nécessaires à l'exercice de sa défense par les voies légales existantes. À ce

---

<sup>220</sup> Gabriel Roujou de Boubée, Recueil Dalloz 2023, p. 2102

<sup>221</sup> Philippe Conte, Droit pénal n° 5, Mai 2023, comm. 82

titre, lorsqu'un salarié commet une telle infraction de vol, c'est le juge qui, a posteriori, révèle ou non la nécessité de ce dernier, après coup, elle qui n'est pas déterminable de façon objective et abstraite au moment où l'infraction a été commise ; nécessité qui, ainsi, ne s'apprécie pas au moment de l'acte de façon autonome et traditionnelle.

## 2°) L'existence implicite d'un critère de proportionnalité

Aussi, il est intéressant de voir ici que la jurisprudence fait mention d'un critère de nécessité de l'infraction au regard de l'exercice des droits de la défense. Or, une lecture purement littérale de l'énoncé permet de croire que toute infraction strictement nécessaire à des fins de production de preuve serait strictement nécessaire. Est-ce là admettre qu'un salarié puisse user, par exemple, de violences, ou encore de simples menaces, pour mettre la main sur les documents qu'il recherche ? Non, cela s'entend assez intuitivement ; et comme le souligne ainsi un auteur, *dans l'hypothèse de l'infraction commise pour se défendre, il paraît évident qu'à la nécessité de l'infraction au regard de la défense, devrait s'ajouter sa proportionnalité avec cette finalité*<sup>222</sup>.

Cela rejoint en réalité une ambiguïté sémantique que la loi entretient aussi par le fait de marquer, plus généralement, une distinction entre ses exigences de nécessité et de proportionnalité. Par exemple, l'article 122-5 du Code pénal prévoit que l'acte accompli doit être strictement nécessaire à la défense, et que ses moyens doivent être proportionnés à la gravité de l'infraction dont il est question. Une infraction défensive disproportionnée ne peut pourtant pas être dans les faits considérée comme nécessaire, de sorte qu'il apparaît en réalité que la nécessité et la proportionnalité procèdent d'une superposition, au point de faire dire à un auteur que « *la proportionnalité n'est que la traduction indispensable du caractère nécessaire de cette défense* »<sup>223</sup>. En effet, une appréciation étendue de ce qu'évoque la notion-même de nécessité permet de comprendre que la proportionnalité participe de l'appréciation de la nécessité ; et que ce qui est nécessaire implique nécessairement d'être proportionnée.

Il n'est donc pas question de deux exigences distinctes l'une de l'autre, mais plutôt d'un critère de nécessité global dont la proportionnalité n'est que l'un des *facteurs qualifiants*. Elles se confondent donc. Et le texte de l'état de nécessité est rédigé en réalité suivant une même distinction, dont la pertinence apparaît davantage didactique que purement conceptuelle et déterminante d'une dichotomie véritable. La proportionnalité n'est qu'un critère d'admission de la nécessité de l'action, parce que l'appréciation du moyen et de sa nécessité est d'évidence une question d'intensité de cette dernière, qui n'excède pas ce qui est suffisant. Ainsi, la carence de la jurisprudence sur ce terrain n'en est pas nécessairement une, dès lors qu'il semble seulement que la Cour de cassation privilégie une lecture plus générale de la nécessité qui ne s'apprécie aussi qu'au regard de sa juste mesure.

## **Section 2** : La traduction éclatante d'une redéfinition assumée de l'office du juge

Le constat de cette démarche créatrice du juge pénal permet d'identifier une mutation de son office (§1) qui n'est pas sans re-configurer la relation qu'il entretient avec le législateur (§2).

### Paragraphe 1 : D'un juge applicateur à un juge créateur

La création prétorienne en la matière justificative est au coeur de l'évolution du droit (A), et dessine une collaboration singulière entre le législateur et le juge pénal (B).

#### **A** - Un droit qui se transforme par la création

---

<sup>222</sup> Ibid

<sup>223</sup> R. Bernardini, « Légitime défense », Rép. pén., 2014, n° 93

La création sert une finalité incontournable du droit, à savoir celui de se réadapter continuellement à un corps social dont les besoins et les attentes évoluent (1°). La jurisprudence en droit du fond est classiquement le siège d'innovations (2°).

### 1°) Une interprétation inévitable à l'évolution du droit face aux besoins sociaux

S'il est chose désormais bien acquise et établie, c'est que l'interprétation de la loi pénale, en général, dépasse le simple cadre de la technique juridique, d'un point de vue formel. D'une certaine façon, pour reprendre la formule, l'équilibre de la matière pénale *fait de l'interprétation une opération de « magie » : la norme abstraite prend vie et devient le droit*<sup>224</sup>. Parce que l'interprétation occupe une place essentielle dans le raisonnement juridique, elle qui permet à la règle abstraite de plier pour épouser les cas qui relève de la casuistique, il s'agit pour le juge de définir, préciser le sens de la règle, d'une manière qui permet son application. L'application de la règle emporte nécessairement découverte de la règle ; ce, par référence à la théorie générale, qui sert de vecteur à l'appréhension de l'équilibre qui permet, d'une part, l'efficacité de la répression, mais aussi, dans le même temps, la protection et la garantie des droits individuels, des libertés. La réalité démontre que l'idée d'une loi parfaite, universelle, parfaite, ramifiée dans toutes ses applications envisageables, est un idéalisme ; et ce, surtout, face à l'inflation législative qui n'est pas sans aller toujours dans le sens d'une parfaite clarté des textes incriminants. Or, nous savons qu'en cas de loi pleine d'obscurité, et même inadaptée aux évolutions du corps social et de ses besoins, le juge ne peut refuser de juger dans l'attente qu'une précision législative se fasse jour ; aussi est-ce pour cela que la chambre criminelle fait, régulièrement, référence à l'article 4 du Code civil, qui éclaire l'ensemble du droit et le transforme en une discipline d'interprétation.

Et, si le juge ne dispose donc pas d'un pouvoir créateur, mais, en principe, seulement d'un pouvoir modulateur, indexé sur la mise en lumière de critères et caractéristiques absentes de la loi formelle, il s'avère que la frontière entre les deux est bien souvent fine, et même que le premier pouvoir trouve sa place dans la pratique de la jurisprudence. Et, parce que la loi est là aussi pour fixer des principes qui ont vocation à rendre possible l'office du juge le plus proche d'une certaine idée de justice dans chaque cas, le juge aujourd'hui est cette autorité qui dépasse, de très loin, cette *« bouche qui prononce les paroles de la loi ; d'êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force, ni la rigueur »*<sup>225</sup>. La harangue du juge Baudot le conscientise d'ailleurs clairement : *« Méprisez généralement les coutumes, les circulaires, les décrets et les jurisprudences, il vous appartient d'être plus sages que la Cour de cassation si l'occasion s'en présente. La justice n'est pas une vérité arrêtée en 1810, c'est une création perpétuelle. Elle sera ce que vous en ferez. Consultez le bon sens, l'équité ou l'amour du prochain plutôt que l'autorité ou la tradition. La loi s'interprète. Elle dira ce que vous voulez qu'elle dise. »*<sup>226</sup>

### 2°) Une interprétation nécessairement créatrice dans sa modulation

C'est précisément parce que le droit évolue que la jurisprudence doit savoir, prudemment, avec conscience mais aussi lucidité, adapter les règles d'un droit figé ou carencé à une société évolutive, qui change. Le fondement de la raison occupe une place essentielle, l'autorité ne suffit pas à faire un droit qui fonctionne et sied aux besoins du corps social, précisément parce qu'*il existe dans un milieu réel, où vivent les humains pour qui il est fait*<sup>227</sup>. À titre d'illustration, l'article 221-6 du

<sup>224</sup> Claudia Chica-Lemarchand, *L'office du juge*, Actes de colloque, 29 septembre 2006, Paris, Palais du Luxembourg

<sup>225</sup> Montesquieu, *De l'esprit des lois*, Garnier Frères, Paris, 1961, p. 171

<sup>226</sup> O. Baudot., *Harangue à tous les magistrats qui débutent 1947*, in *L'éthique du juge*, PEZARD A., Petites Affiches 1995, n° 113, 20 septembre 1995

<sup>227</sup> FRYDMAN B., *Le projet scientifique de François Gény*, in François Gény, mythe et réalités, 1899-1999, centenaire de *« Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif - Essai critique »*, Les Editions Yvon Blais Inc., Dalloz, Bruylant Bruxelles, 2000, p. 213

Code pénal, siège de l'homicide involontaire, ne désigne pas le « bénéficiaire » de la protection qu'il instaure, et s'exempte de toute référence à la naissance, à l'âge de la victime. C'est alors dans le silence de la lettre formelle, dans l'interstice du flou de la loi, qu'il est revenu au juge d'intervenir. Le débat est désormais bien connu : après avoir ciblé son argumentaire sur une référence expéditive au principe de l'interprétation stricte<sup>228</sup>, la Cour de cassation a ensuite fait le choix de préciser son dispositif par la mention d'un « régime juridique de l'enfant à naître relevant de textes particuliers sur l'embryon ou le fœtus »<sup>229</sup>, pour ensuite considérer que « dès lors que l'enfant (n'est) pas né vivant, les faits ne sont susceptibles d'aucune qualification pénale »<sup>230</sup>. Solution insatisfaisante, dès lors qu'elle soumet, notamment, l'entrée en voie de répression à des facteurs parfaitement aléatoires, comme l'arrivée des secours à temps, qui peut permettre à l'enfant sorti du corps de sa mère vivant et décédé peu après d'être déterminant d'une responsabilité pénale, alors que celui mort-né à raison des mêmes lésions tirées de l'accident dans le ventre de sa mère ne profitera d'aucune protection au titre de l'incrimination. Une telle situation illustre, néanmoins, la manière dont la Cour s'y prend pour, dans le *vide législatif*, créer une forme d'équilibre qui permette au justiciable de s'y retrouver.

Aussi, nous pouvons faire ici mention d'une jurisprudence particulière, au travers de laquelle la Cour de cassation a opéré le choix de la qualification d'administration de substances nuisibles ayant accouché sur une infirmité permanente, pour la répression de la transmission volontaire du virus V.I.H.<sup>231</sup> . L'espèce concernait un homme mis en cause pour avoir transmis à l'occasion de relations sexuelles le virus du sida à deux de ses partenaires, non-protégées ; et ce, en se prétendant allergique à la matière du préservatif, le latex, tout en se sachant, authentiquement, pertinemment, contaminé par le virus. L'infraction était pleinement caractérisée, seulement le choix de la qualification de substance nuisible plutôt que celle d'une substance mortifère, permettant l'application de l'infraction d'empoisonnement, prête à une mise en débat. En effet, le caractère nuisible du virus du SIDA ne se mue pas en caractère mortifère qu'à condition de suivre un traitement médical servant de palliatif ; mais les thérapeutiques doivent-ils entrer en ligne de considération dans la nature propre d'une substance mortifère par nature ? Cela viole les principes du droit pénal. Par voie de conséquence, *cette qualification par défaut constitue une correctionnalisation par minoration d'un élément constitutif de l'infraction et s'explique par le refus de la Cour de cassation de qualifier l'empoisonnement, à défaut d'élément moral.*<sup>232</sup>

Ainsi, l'office interprétatif du juge est véritablement créateur, même lorsqu'il se prétend modulateur, et déterminant du champ d'application d'une incrimination ; de sorte qu'il permet, le cas échéant, de circonscrire le champ de l'interdit pénal. La chose est connue. Ainsi, le fait que le juge, dans le respect des grands principes directeurs de la théorie générale du droit pénal, intervienne de façon créative en matière justificative n'est, au final, pas si différent de son office général d'interprétation, par le détour duquel ce dernier délimite ce qui relève de l'admissible ou non. Il est évident que la jurisprudence joue un rôle innovant dans le système juridique, en ajustant le droit en fonction des changements sociaux et des nouveaux défis. Par conséquent, il n'est pas étonnant ni gênant que le juge, en tant qu'artisan de la jurisprudence, s'accorde le droit de produire des faits justificatifs. Cette capacité offre une certaine nuance à l'application rigide de la loi ; et le juge ne s'écarte pas de sa mission en établissant des faits justificatifs ; au contraire, il l'exécute, peut-on dire, avec discernement et pragmatisme, garantissant ainsi que le droit reste vivant et pertinent. Cette pratique, loin d'ébranler la légitimité, la consolide en la rendant plus puissante. Un juge qui laisserait le droit

---

<sup>228</sup> Cass. crim., 30 juin 1999, Bull. n° 174

<sup>229</sup> Cass., Ass. Plén. 29 juin 2001, Bull. n° 165

<sup>230</sup> Cass. crim., 4 mai 2004, Bull. n° 108

<sup>231</sup> Cass. crim., 10 janvier 2006, Bull. n° 11

<sup>232</sup> Claudia Chica-Lemarchand, *L'office du juge*, Actes de colloque, 29 septembre 2006, Paris, Palais du Luxembourg

inflexible serait-il, lorsque le besoin se fait sentir de par un corps social renouvelant sa conception de la légitimité, accueilli par ce dernier avec davantage de satisfaction ? Rien n'est moins sûr.

## B - Un dialogue qui accouche sur une collaboration complexe

Le juge, dans la création qui est consubstantielle à son office, vient parfois prendre position stricte (1°) d'une manière qui entend appeler le législateur à intervenir (2°).

### 1°) La difficulté récente tirée de l'abolition du discernement

Cet office créateur est par ailleurs source d'inspiration pour le législateur. Cette influence s'exerce en ce que les décisions judiciaires, en révélant des lacunes, des insuffisances, par l'assise de cas concrets, met aussi, indirectement, en lumière des besoins de réforme ou de clarification législative. Le rôle de la décision est alors d'alerter, de signaler au décideur politique une intervention qu'il lui revient de réaliser. Il s'agit alors de servir de boussole, d'indicateur, en orientant le législateur dans les directions que ce dernier n'avait pas nécessairement imaginées et premièrement appréhendées. Par ce biais, le juge se fait comme le dépositaire d'une volonté ou d'un questionnement partagé par le corps social, il met en avant des enjeux de société dont il revient aux instances élues de se saisir. Alors, le rôle créateur se déploie dans tous ses retranchements, et contribue aussi à alimenter les réformes législatives qu'il impulse.

Un exemple très récent de droit pénal général, richement commenté, illustre cette position subtile de la jurisprudence, qui fait parfois expressément du pied au législateur, de façon d'ailleurs parfaitement claire au détour de communiqués accompagnant les décisions de la Haute-Cour. Il s'agit ici de l'affaire Sarah Halimi, relative au meurtre antisémite d'une femme juive, lors du mois d'avril 2017, à Paris. Les juges d'instruction, chargés de l'enquête, rendirent une ordonnance concluant à l'irresponsabilité pénale de l'accusé, et furent en ce sens suivis par la Cour d'appel, les juges du fond considérant que le discernement du mis en cause avait été aboli au moment des faits, au sens de l'article 122-1 du Code pénal<sup>233</sup>. L'auteur des faits fût ainsi hospitalisé sous contrainte. Les divers témoins qui avaient été entendus dans le cadre de l'affaire confirmaient tous que l'homme, consommateur sinon régulier de cannabis depuis son adolescence, avait, au moment des faits, tenu des propos *incompréhensibles, mêlant insultes et références mystiques à la religion et à la sorcellerie*<sup>234</sup>, lui qui, en outre, expliquait son geste par le fait qu'il s'était senti « marabouté », et ainsi pourchassé par des démons. Les différents psychiatres investis de réaliser des expertises de l'individu convergeaient toutes vers une conclusion unanime : ce dernier avait agi sous l'emprise d'une bouffée délirante aiguë. Un pourvoi étant formé, les parties civiles, devant la Cour de cassation, argumentèrent en faveur d'une responsabilité pénale, au motif de son intoxication volontaire par la prise de produits psychotropes, l'état d'abolition du discernement résultant *a priori* d'une forte consommation autonome par le prévenu de cannabis, dont les effets sont dans une certaine mesure prévisibles, à la différence de ce que serait un trouble psychiatrique inattendu, détaché de toute initiative imputable à la personne considérée. La Cour de cassation rejeta<sup>235</sup> néanmoins le pourvoi et vint confirmer l'arrêt de la Cour d'appel, confortant *l'idée que celui qui commet un acte sous l'emprise d'une bouffée délirante ayant aboli son discernement au moment des faits ne saurait être tenu pénalement responsable, quand bien même ce trouble psychique aurait été causé par une consommation régulière de produits stupéfiants*. Formellement, la Cour justifie alors sont argumentaire au motif que les dispositions de la loi contemporaine des faits « *ne distingue pas selon l'origine du trouble psychique ayant conduit à l'abolition de ce discernement* ».

<sup>233</sup> Article 122-1 du Code pénal : *N'est pas pénalement responsable la personne qui était atteinte, au moment des faits, d'un trouble psychique ou neuropsychique ayant aboli son discernement ou le contrôle de ses actes.*

<sup>234</sup> Sajjad Hasnaoui-Dufrenne, *Affaire Sarah Halimi : peu important les raisons de la folie.*, Dalloz actualité, 28 avril 2021

<sup>235</sup> Cass. crim. 14 avr. 2021, FS-P+I, n° 20-80.135

## 2°) Une position qui renvoie le législateur face à sa compétence

Traditionnellement, il est vrai que le droit pénal français ne peut punir les fous, parce que la folie n'est pas un crime, elle qui supprime la conscience morale de l'individu, et qui implique un traitement, une peine étant inutile. *Parce qu'il s'articule à un moment acéphale du sujet qui, dans cet acte, s'affranchit de tout lien à lui-même et à l'autre, le crime demeure profondément humain*<sup>236</sup>. Mais, le besoin s'est fait sentir, au lendemain de cette décision, et chacun est libre de penser ce qu'il veut, de ne plus assimiler simplement l'individu en proie à des intoxications chroniques à une personne qui souffre d'une abolition des facultés mentales spontanée et détachée de toute démarche volontariste. Et si dans l'affaire Halimi, il semblerait que la consommation de cannabis n'avait, en réalité, fait *qu'aggraver un processus psychotique déjà amorcé*<sup>237</sup>, la loi n° 2022-52 du janvier 2022 relative à la responsabilité pénale et à la sécurité intérieure est venue, en réponse à l'émoi profond qu'a suscité l'affaire, insérer des articles 122-1-1 et 122-1-2 dans le Code pénal, qui excluent l'irresponsabilité pénale lorsque l'abolition temporaire du discernement provient de la consommation, volontaire et dans un temps très voisin de l'action, de substances psychoactives dans le dessein de commettre un crime ou un délit. Ce, tout en créant par ailleurs des nouveaux délits autonomes d'intoxication volontaires, susceptible d'être pris en considération en cas d'irresponsabilité pénale.

En statuant comme elle l'a fait, la Cour de cassation, telle que cela ressort par ailleurs de sa note indexée à la publication de l'arrêt<sup>238</sup>, précise que le juge ne peut pas tout, et que son office n'est pas de créer par elle-même un régime spécifique de responsabilité pénale, qui pourrait entrer en contradiction avec la lettre et l'esprit d'un texte qu'il lui appartient d'appliquer, la question concernée étant par ailleurs connue de tous et depuis longtemps. En disant cela, la Cour adopte une position qui n'est pas sans renvoyer explicitement au législateur le règlement de la question ; de sorte que l'on voit, clairement, se dessiner le visage d'un dialogue, entre le juge et le législateur. Ce type de dialogue trouve une matérialisation éclatante sur la scène de la justification, où les créations innovantes du juge, ces constellations surplombant l'océan, guident la navigation législative, inspirant le cap des réformes à venir.

### Paragraphe 2 : D'un juge créateur à un législateur qui promulgue

Le législateur, spectateur des innovations du juge, n'hésite pas, notamment sur la scène de la justification, à s'en inspirer pour se faire le relai de créations qui lui apparaissent parfaitement adaptées (**A**). Cette réalité démonte à la fois une reprise de contrôle par le législateur de la matière justificative, et le fait que ce dernier épouse le champ d'une collaboration, bien qu'à l'assise précaire de par le défaut de légitimité du juge, qui est bien utile (**B**).

#### **A** - La consécration des faits justificatifs d'origine jurisprudentielle

La consécration législative du fait justificatif de l'état de nécessité (**1°**) ou encore du prolongement de la légitime défense à la protection des biens (**2°**) démontrent que le juge vient le cas échéant consacrer les innovations du juge.

#### **1°**) Entre état de nécessité et légitime défense des biens

---

<sup>236</sup> F. Biagi-Chai, *Lacan criminologue, La Cause freudienne* 2011/3, n° 79 : 88 à 93

<sup>237</sup> J. Mucchielli, *Affaire Sarah Halimi : cannabis, meurtre antisémite et irresponsabilité pénale*, D. actu. 30 déc. 2019

<sup>238</sup> Communiqué, *Trouble mental et irresponsabilité pénale*, Mercredi 14 avril 2021, pourvoi P 20-80.135

Depuis sa consécration, le fait justificatif de l'état de nécessité a, en pratique, beaucoup été utilisé par la jurisprudence. Ce, avant sa consécration législative, lors de la réforme du Code pénal de 1994. La loi n° 92-683 du 22 juillet 1992 portant réforme des dispositions générales du Code pénal est effectivement venue créer un article 122-7 du Code pénal, consacrant l'état de nécessité. Le législateur s'est ainsi laissé inspirer par le juge, et convaincre de l'utilité et de la légitimité d'un tel fait justificatif. Ce qui traduit sa propension à s'emparer de la jurisprudence en tant que source d'appoint dans la délimitation du champ de l'interdit, et plus largement illustre les dynamiques de dialogue qui se cristallisent dans le cercle de la légitimation. De ce point de vue, la jurisprudence n'a joué qu'un rôle « *utile d'ajustement temporaire du contour des mécanismes justificatifs, en montrant la voie au législateur* »<sup>239</sup>. Le dialogue du juge est venue faciliter l'intervention du législateur dans un domaine technique qu'il n'avait pas circonscrit préalablement par des vues légales. Aussi cette démarche est-elle, pour ce dernier, facilitée par l'interpellation dont il fait l'objet à l'occasion des rapports annuels publiés par la Haute juridiction ; mettant en avant la visibilité des décisions qu'elle estime revêtir une attention toute particulière.

Cette réalité est aussi observable sur le terrain de la légitime défense des biens. En effet, avec le Code pénal de 1810, seule se trouvait formellement envisagée l'hypothèse de la légitime défense des personnes. L'article 328 du Code pénal ancien prévoyait ainsi qu'*il n'y a ni délit ni crime lorsque l'homicide, les blessures et les coups étaient commandés par la nécessité actuelle de la légitime défense de soi-même ou d'autrui*. Aucune mention de la défense des biens, seulement de la personne en tant qu'individualité propre. Historiquement, la question d'une transposition du régime de la légitime défense à la défense des biens n'a pas été évidente, et comme l'écrivait Émile Garçon en 1901, *c'est une question classique de savoir si la légitime défense s'étend à la protection des biens : l'opinion générale ne l'admet point, en principe*<sup>240</sup>. L'argument d'opposition était pour l'essentiel fondé sur l'idée que le mal causé à un bien n'est pas irréparable, puisque le propriétaire dispose de voies juridiques, d'actions pour se trouver rétabli en possession des choses détruites ou abîmées, et même indemnisé du préjudice matériel souffert. Et parce qu'il serait contraire à la morale d'admettre qu'une vie humaine puisse être sacrifiée sur l'autel de la protection d'une propriété, l'âme insufflant l'être ne pouvant jamais être mise à égalité avec l'inerte de la chose exclusivement matérielle.

Cependant, comme le relève Émile Garçon<sup>241</sup>, il s'agissait là d'une réflexion trop expéditive et péremptoire ; d'abord, parce que la destruction de biens peut causer la ruine totale d'un individu et emporter des conséquences absolument insoutenables dans la vie d'une personne donnée, mais encore parce qu'il est parfaitement envisageable de tenir compte de la réserve tirée de la vie humaine pour cultiver une légitime défense des biens plus stricte et encadrée par la loi qu'elle ne l'est lorsqu'elle s'envisage par rapport à l'intégrité physique.

C'est ainsi que, dans un plaidoyer en faveur de la légitime défense des biens, l'auteur écrit : *nous concluons donc que la défense des biens est légitime si elle n'est pas excessive. Le propriétaire ne commet aucun délit en saisissant un voleur, en le bousculant pour l'expulser, en lui arrachant des mains la chose qu'il vient de soustraire. On a le droit d'employer la violence pour repousser celui qui cause un dommage à des propriétés, en coupant des arbres, en mutilant des animaux, en détruisant des clôtures, et par exemple le vagabond qui, pour se venger d'un refus d'aumône, jette des pierres pour briser des vitres. Il est licite, lorsqu'on trouve des enfants cueillant des fruits dans un jardin ou pêchant des poissons rouges dans un bassin, de les prendre par le bras et de les chasser en les bousculant. De semblables faits, qui se réalisent quotidiennement, constituent si*

---

<sup>239</sup> Alice Dejean de la Bâtie, *Les faits justificatifs spéciaux*, Thèse, Bibliothèque des sciences criminelles, Tome 69, 2018, p. 267

<sup>240</sup> Émile Auguste Garçon, *La légitime défense, principes généraux*, Extrait de son Code pénal annoté, 1e éd., Paris 1901, Article 328

<sup>241</sup> *Ibid*

*clairement une défense licite, qu'en pratique on ne songe même pas à les poursuivre. Si pourtant ces poursuites étaient intentées, soit par excès de zèle du ministère public, soit par citation directe de la prétendue victime, il est clair que le délit ou la contravention de violences ne serait, en pareil cas, justifié, ni par la contrainte morale, ni par défaut d'intention. Cette justification ne pourrait trouver sa raison légale que dans la légitime défense. La chose était dite.*

Ainsi, à partir de l'instant où les moyens mobilisés pour la défense d'un bien respectent bien la vie de l'agresseur, tout en respectant une évaluation de stricte nécessité du but poursuivi, le débat semble clos ; *et cette conception, consacrée dans de nombreuses législations étrangères, l'a ainsi également été dans la jurisprudence française*<sup>242</sup>.

## 2°) La consécration de la légitime défense des biens

Le Code pénal de 1994 prévoit, pour la première fois, dans l'alinéa 2 de l'article 122-5, la légitime défense des biens, d'un point de vue formel. Ce dernier prévoit que *N'est pas pénalement responsable la personne qui, pour interrompre l'exécution d'un crime ou d'un délit contre un bien, accomplit un acte de défense, autre qu'un homicide volontaire, lorsque cet acte est strictement nécessaire au but poursuivi dès lors que les moyens employés sont proportionnés à la gravité de l'infraction.* Est donc exclu le cas de l'homicide involontaire, étant précisé par ailleurs que l'exigence de nécessité est appréciée avec moins de souplesse, le critère étant celui d'une *stricte nécessité*, là où l'alinéa 1er du-dit article, consacré à la légitime défense de la personne humaine, fait mention d'une infraction simplement *nécessaire*. Il est intéressant de préciser que ce n'est pas cette fois d'une « *atteinte injustifiée* » qu'il est fait mention, mais d'un crime ou d'un délit, ce qui montre que dans le cas de la légitime défense des biens, le législateur a entendu se référer précisément aux qualifications des infractions légalement retenues, ce qui exclut les contraventions du champ des agressions légitimantes. Une décision du tribunal correctionnel de Toulouse, en date du 24 janvier 2002<sup>243</sup>, illustre parfaitement cette exigence de gravité de l'infraction contre les biens originaires pour que puisse être appréciée la réalisation d'une démarche de légitime défense des biens en riposte : est refusée la justification des violences commises en riposte à un « simple » coup de pied contre la carrosserie d'une voiture.

Pour être tout à fait précis, la réflexion consacrée par la jurisprudence en matière de légitime défense des biens avait d'abord été reprise dans le projet de révision du Code pénal de 1930, puis par la Commission de révision du Code pénal constituée en 1974. C'est alors l'article 44 de l'avant-projet définitif de 1978, puis l'article 122-4 du projet de 1988, qui sont venus proposer une consécration de la légitime défense des biens articulée autour d'un même alinéa que celui de la légitime défense des personnes. Le fait que des mêmes conditions d'existence, à titre primitif et dans ce projet, se trouvent consacrées pour les deux visages de légitimes défenses, a alors fait l'objet de bien vives discussions parlementaires ; et ce, parce qu'il fût estimé que cela revenait au final à assimiler la légitime défense des personnes à celle des biens, réveillant dès lors les oppositions originaires à la matérialisation d'une légitime défense des biens, comme si un régime singulièrement adapté à la prise en compte de la valeur de la vie humaine ne pouvait cette fois faire l'objet d'une consécration parallèle. C'est ainsi qu'après une première adoption par le Sénat<sup>244</sup>, malgré une opposition forte à une telle mise à égalité<sup>245</sup>, l'assimilation litigieuse a été rejetée par l'Assemblée nationale. Une commission mixte paritaire arrive finalement à l'admission du principe, cela néanmoins sur une base qui tient compte de textes différents et différenciés par les conditions

---

<sup>242</sup> R. Legeais, « *Légitime défense et protection des biens, aperçus de droit comparé* », RSC, 1980, p. 325

<sup>243</sup> Dr. Pén, 2002, n° 52

<sup>244</sup> JO, AN, 19 mai 1989, n° 693, p. 10

<sup>245</sup> JO, débats, Sénat, 1989, n° 20 S (CR) 12 mai 1989, p. 655 et 656

pré-citées<sup>246</sup>. La réflexion est alors consacrée pleinement ; et la légitime défense des biens vient embrasser ainsi le champ des prévisions formelles de la lettre pénale.

Il faut dire que ces débats n'avaient rien d'évident ; et un regard sur l'état du droit étranger permet de s'en convaincre. Parfois, le droit étranger se contente d'une forme de formule générale, qui semble mettre à égalité les deux facettes de la légitime défense : ainsi l'article 52 du Code pénal italien prévoit que *n'est pas punissable celui qui a commis le fait parce qu'il a été contraint de défendre son droit propre ou le droit d'autrui contre le danger actuel d'une offense injuste pourvu que la défense soit proportionnée à l'offense*. D'autres fois, à l'instar du Code pénal français, le Code est plus subtil dans l'élaboration d'une distinction : ainsi l'article 20-4 du Code pénal espagnol prévoit que *dans le cas de la défense d'un bien, est considérée comme agression illicite toute atteinte à ce bien qui constitue un délit et le met en grave danger de détérioration ou de perte imminente*<sup>247</sup>.

## **B - La restauration subséquente d'une légitimité démocratique**

Cette consécration, si elle parachève une forme de carence de légitimité du juge (1°), démontre que ce défaut de légitimité n'est pas sans faire obstacle à une utilité sociale véritable (2°).

### *1°) Une solution qui parachève un défaut de légitimité*

Lorsque le législateur décide d'offrir une place dans les prévisions textuelles du Code pénal à un fait justificatif d'origine purement prétorienne, il est évident que ce dernier, relayé par une oeuvre de légalité délibérative et respectueuse de l'essence procédurale qui fonde la démocratie, devient alors non seulement matériellement légitime, mais encore formellement légitime. À la précarité de son statut est substitué dès lors la racine fortement ancrée d'une régularité incontestable. La définition du fait justificatif, parce qu'elle est reprise par la loi, parce qu'elle est définie par loi, finit d'ancrer donc le fait justificatif dans l'état du droit.

Aussi est-ce là une façon de reprendre le contrôle du champ de la justification ; parce qu'en effet, en induisant d'une lecture de la jurisprudence une inspiration pour consacrer un fait justificatif, il est évident que non seulement ce dernier devient l'oeuvre de la loi, mais qu'encre l'oeuvre de la jurisprudence s'en trouve désormais limitée dans sa perspective créatrice ; tout au moins, dans la mesure où elle ne saurait dès lors s'exempter de l'observation rigoureuse des conditions qui viennent circonscrire la loi. Un exemple tout simple : lorsque la loi, reprenant l'oeuvre de la jurisprudence ayant accepté de décalquer le régime de la légitime défense sur la protection des biens, prévoit que la légitime défenses des biens implique nécessairement que l'infraction originaire dirigée précisément contre un bien soit à minima un délit, et non une contravention, pour permettre une riposte légitime destinée à faire cesser l'infraction, elle enserme le même temps le juge dans un impératif. Et cet impératif, c'est précisément celui de qualifier préalablement, lorsque la légitime défense est avancée, l'agression commise à laquelle il s'est agi de réagir.

Ainsi donc, la consécration est une oeuvre de restauration de légitimité pleine et entière de la création du juge, tout au moins sous son versant formel ; elle est aussi la manifestation d'une reprise en main par le législateur des choses, lui qui, dans le même temps, rappelle au juge qu'il a le dernier mot, qu'il circonscrit comme il veut les notions qui l'inspirent, et limite le cas échéant la jurisprudence qu'il enserme, tel que cela lui apparaît nécessaire, dans *un corset de légalité*. Il s'agit ainsi pour le juge de rappeler qu'*il est ce dernier régulateur de la vie sociale, après l'arbitrage du juge*.

---

<sup>246</sup> JO, AN, 2 avril 1991, n° 1945, Rapport M. Sapin, p. 5 et 44

<sup>247</sup> J. Pradel, *Droit pénal comparé*, n° 103, p. 157

## 2°) Un défaut de légitimité démocratique préalable utile

Cependant, lorsque le juge consacre une oeuvre de la jurisprudence, à savoir la dynamique créatrice de cette dernière qui s'est attelée à édifier de toutes parts un fait justificatif, n'est-ce pas là aussi, en creux et indirectement, un encouragement proclamé par le législateur à destination de la jurisprudence, qui donne du crédit à sa contribution autonome pour au final la remercier par une reconnaissance formelle ? La consécration restaure la légitimité formelle de la création ; elle traduit aussi un rappel du législateur qu'il lui incombe à lui de décider de ce qui est vraiment légitime ou non, en reprenant la main-mise sur les créations du juge qu'il peut, le cas échéant, limiter strictement. Mais n'emporte-elle pas un message subsidiaire, celui qui consiste à reconnaître au juge une sagesse dès lors presque encouragée tant son travail apparaît inspirant ?

En réalité, il est permis de dire qu'une telle réalité démontre que la jurisprudence est une source flexible d'inspiration perçue par le législateur lui-même comme étant d'une grande richesse. Elle est cette traduction la plus éclatante d'une dynamique de complémentarité entre législation et jurisprudence, dans l'élaboration d'un cadre juridique qui apparaisse cohérent et adapté aux besoins du corps social. Cette démarche *d'homologation de fait*, qui n'est pas sans ressembler à une certaine idée de *promulgation*, n'est assurément, en matière pénale, pas exclusive à la matière justificative. Ainsi, nous pouvons, par exemple, faire mention de l'infraction d'abus de biens sociaux, où la jurisprudence a historiquement joué un rôle crucial dans la précision des éléments constitutifs de l'infraction, sanctionnée à l'origine sur le terrain de l'abus de confiance par application de la théorie du mandat social. L'article 314-1 du Code pénal prévoit effectivement que « *L'abus de confiance est le fait par une personne de détourner, au préjudice d'autrui, des fonds, des valeurs ou un bien quelconque qui lui ont été remis, qu'elle a accepté à charge de les rendre, de les représenter, ou d'en faire un usage déterminé* ». Considération faite de sa fonction, la jurisprudence prend l'initiative, historiquement, et encore régulièrement dans les cas qui ne tombent pas dans le champ de l'abus de biens sociaux, de recourir à la *théorie du mandat*, pour sanctionner des détournements commis au sein de sociétés non visées par les dispositions propres à l'abus de biens sociaux<sup>248</sup>. Il faut dire que par le passé, le régime des sociétés commerciales, ainsi qu'il s'était trouvé conçu par la loi du 24 juillet 1867, ne réprimait, par un délit spécial, le détournement des biens appartenant à la société qui pourrait être opéré par ses mandataires. C'est finalement une forme de définition jurisprudentielle qui a été reprise, et même consolidée par la loi, au travers de l'incrimination d'abus de biens sociaux telle qu'elle résulte d'un décret-loi du 8 août 1935, elle qui se trouve désormais aux articles L. 241-3 et L. 242-6 du Code de commerce, lesquels sanctionnent explicitement ces comportements. Ce n'est là qu'un exemple parmi d'autres ; tout cela démontre que le législateur s'accommode globalement très utilement du manque de légitimité démocratique des juges pour innover dans la sphère du droit pénal. Parce qu'il en tire des avantages évidents : la jurisprudence offre des solutions immédiates, est au plus près de la réalité sociale pour en induire la nécessité de solutions qui aient du sens et sachent au mieux répondre aux attentes d'un corps social, et bénéficie d'une expertise, en certains domaines complexes, qui la rend plus à même de pouvoir sonder l'utilité de certaines métamorphoses.

L'illégitimité du juge à innover, à créer, est une réalité ainsi empreinte d'ambiguïté, à la fois source de gêne et de service, qui dérange bien qu'elle serve, qui inspire sans jamais manquer de pouvoir perturber ; elle est, assurément, ce paradoxe qui pose problème, mais ce paradoxe au service de l'harmonie du droit.

---

<sup>248</sup> Cass. Crim., 1er décembre 2010, n° 10-80.094

## **PARTIE II**

### **L'APPROPRIATION MODULATRICE DES FAITS JUSTIFICATIFS DE SOURCE LÉGISLATIVE PAR LE JUGE PÉNAL**

Au-delà de son office créateur, le juge pénal est aussi artisan de la légitimation infractionnelle par la voie de la modulation. Cette dernière s'entend comme le fait pour ce dernier de moduler l'application des critères et le champ d'applications des faits justificatifs pour bousculer leur fonctionnement originaire, et ainsi s'offrir le bénéfice d'une souplesse de mobilisation que la loi ne prévoyait pas nécessairement à titre originaire. Parfois incohérente, cette modulation attise la critique sur certains points ; critiques qui sont en outre particulièrement forte à l'égard de la pratique du contrôle de conventionnalité in concreto de la loi, qui dessine une nouvelle méthode du juge pour renforcer son office de légitimation.

## CHAPITRE 1

### UNE MODULATION DES CONDITIONS D'APPLICATIONS JUSTIFICATIVES DANS L'INTERSTICE DU CADRE LÉGAL

Au-delà de ses créations parfaitement autonomes de faits justifiâtes propres, le juge pénal utilise la souplesse offerte par les critères légaux qui sous-tendent l'application de faits justificatifs d'origine légale pour mobiliser à l'appui de la qualification de ces derniers des théories et des logiques novatrices, qui ne vont pas sans bousculer les prévisions originaires de la loi et trahir une forme d'appropriation prétorienne de la justification légale par la modulation (**Section 1**). Cette modulation n'accouche cependant pas toujours sur des solutions d'une parfaite cohérence, ce qui permet de s'interroger sur l'opportunité de certains du juge pénal et d'envisager des pistes d'évolutions (**Section 2**).

**Section 1** : La souplesse des critères légaux, vectrice d'une large appréciation du juge

Les critères au coeur de la justification permettent, de par le flou qui les surplombe, une interprétation du juge très libérée (§1). Dans le creux de ces derniers a pris corps une montée en puissance de la théorie de la vraisemblance, mobilisée toujours davantage par le juge d'une manière qui ne va pas sans métamorphoser la finalité des faits justificatifs (§2).

Paragraphe 1 : La liberté offerte par les principes de nécessité et de proportionnalité de l'acte infractionnel

Les principes sous-tendants de la justification, à savoir ceux de nécessité et de proportionnalité, procèdent d'une conception théorique insaisissable et indéfinie précisément par le législateur, laquelle offre une grande liberté d'appréciation au juge pénal. La nécessité s'évalue au regard d'une situation (**A**) là où la proportionnalité s'apprécie a priori à l'aune des moyens mobilisés (**B**).

**A** - La nécessité, née d'une situation

D'une certaine manière, la loi présente des références pour apprécier le critère de nécessité (1°), mais le concept même demeure si théorique qu'il offre le juge le bénéfice d'une appréciation très large et subjective (2°).

1°) Des directives d'appréciations données par la loi

La nature de « *fait justificatif* », dans la théorie générale de la justification, suppose que l'infraction justifiée procède d'une action qui soit non seulement proportionnée, mais soit aussi et surtout rendue nécessaire. Il s'agit d'agir pour sauvegarder une valeur supérieure à celle sacrifiée, et donc que la commission de l'infraction ait été rendue nécessaire, de sorte à se présenter comme *socialement utile*<sup>249</sup>. Est nécessaire ce qui s'impose donc à titre de moyen, de façon d'agir, de sorte qu'il s'agit là de saisir par les vues de l'esprit un concept à l'utilité primaire intuitive et incontournable. Il faut donc qu'il y ait un lien direct entre l'infraction commise, et la circonstance qui apparaît comme imposant la commission cette dernière ; les circonstances de l'espèce sont, chaque fois, la seule boussole d'évaluation, ce qui sous-tend nécessairement l'appréciation du critère d'une grande dimension casuistique.

En matière de légitime défense, l'article 122-5 du Code pénal prévoit que *N'est pas pénalement responsable la personne qui, devant une atteinte injustifiée envers elle-même ou autrui, accomplit,*

---

<sup>249</sup> X. Pin, *Légitimation des infractions expressives : neutralisation de l'incrimination ou atténuation de la peine ? C'est selon...*, RSC 2022. 817

*dans le même temps, un acte commandé par la nécessité de la légitime défense d'elle-même ou d'autrui (...). On voit donc que la nécessité de la légitime défense est rattachée par le texte à une idée d'atteinte injustifiée. C'est l'injuste agression de la victime même qui va pouvoir permettre de voir comme nécessaire la riposte de ce dernier. Elle la rend nécessaire au regard d'un idéal de préservation des valeurs injustement atteintes, et parce que la loi considère que dans ce cas, nul ne saurait être empêché d'assurer de lui-même sa sécurité propre, lorsque la société est dans l'impossibilité de le faire elle-même<sup>250</sup>. Cette nécessité légitimée sert en outre l'ordre public, dès lors qu'elle permet d'effrayer les malfaiteurs autant que la menace d'une répression future et souvent incertaine<sup>251</sup>. C'est la nécessité sociale, fondement de l'utilité de la défense qui, ainsi, fait que la société perd son droit de punir<sup>252</sup>. Aucune action de l'homme pour se défendre n'est, cependant, légitime sans l'existence d'une attaque, d'une agression, et toute attaque n'est pas nécessairement de nature à pouvoir offrir le bénéfice d'une légitime défense. La nécessité est conditionnée par une atteinte, essentiellement à l'intégrité ou à la liberté physique<sup>253</sup>, mais aussi aux biens selon les conditions évoquées précédemment, et présuppose une agression qui soit réelle, en principe, et en toute hypothèse actuelle, et injuste. L'injustice renvoie au défaut de prérogative ou de cadre légal légitimant la violence subie, là où critère de l'actualité est évidemment au coeur du raisonnement, car la défense privée qu'admet la légitime défense n'est jamais autorisée que pour repousser un mal qui est présent, ce qui présuppose une simultanéité d'action à défaut de laquelle la riposte n'est plus qu'une forme de vengeance, inspirée par l'émotion, la colère, ou encore la peur. Cette exigence se comprend intuitivement : seule une agression actuelle serait à même de placer la personne visée dans l'impossibilité de bénéficier de la protection des autorités publiques, l'obligeant ainsi à agir d'elle-même. S'agissant de l'état de nécessité, l'article 122-7 du Code pénal prévoit que la nécessité s'apprécie au regard d'un *danger actuel ou imminent qui menace elle-même, autrui ou un bien*, pour la sauvegarde de la-dite personne ou du-dit bien. La véritable nécessité de l'action infractionnelle, qui trouve cette fois son siège non pas dans une agression légitimante mais face à des circonstances plus générales, s'apprécie en réalité suivant les critères dégagés dès 1958 dans la célèbre affaire Lesage, par la jurisprudence<sup>254</sup>. Dans le dispositif de cet arrêt, la Cour de cassation, dans le creuset d'un reproche adressé aux juges d'appels, établit un véritable guide didactique d'appréciation de l'état de nécessité : *la manœuvre accomplie par le prévenu (doit être) seule à même de permettre d'éviter l'accident qu'il redoutait, à l'exclusion de toute autre manœuvre moins périlleuse pour les tiers ; le risque hypothétique de dommage auxquels (les tiers se) trouvaient exposés, à défaut de cette manœuvre, était de nature à entraîner des conséquences plus redoutables que le péril certain et très grave auquel, par cette manœuvre, il les a exposés ; il n'avait pas créé lui-même ce prétendu état de nécessité (...)*. Cela présuppose donc un péril qui menace un droit, un bien, un intérêt de l'agent ou d'autrui, comme la vie ou l'intégrité physique, mais aussi, là encore, un danger actuel ou véritablement imminent, ce qui écarte le critère de nécessité de l'infraction lorsque le péril n'est *qu'hypothétique*<sup>255</sup>, et comme le relève la Cour de cassation, « l'expression d'une crainte ne peut justifier la commission d'une infraction »<sup>256</sup>.*

## 2°) Une conclusion nécessairement approximative

---

<sup>250</sup> Émile Auguste Garçon, *La légitime défense, principes généraux*, Extrait de son Code pénal annoté, 1e éd., Paris 1901, Article 328

<sup>251</sup> Ibid

<sup>252</sup> Roger Bernardini et Marc Dalloz, *Droit criminel - Volume II : L'infraction et la responsabilité*, Collection Paradigme, Bruylant, p. 367

<sup>253</sup> Pour un exemple où la légitime défense est appliquée face à une situation de séquestration, voir : Cass. crim., 24 août 2016, n° 16-83.717

<sup>254</sup> Cass. crim., 28 juin 1958, *aff. Lesage*, D. 1958, p. 693

<sup>255</sup> Cass. crim., 16 février 2016, n° 15-82.732

<sup>256</sup> Ibid

Cependant, et comme le relève en des termes très éclairants un auteur, « la désignation de l'unique action nécessaire, de l'unique standard de nécessité, relèvent de la théorie »<sup>257</sup>. En effet, dans la pureté des principes, et dans un idéal absolutiste parfaitement rigoureux, une seule action, dans chaque situation, dans chaque hypothèse, doit pouvoir être admise au regard d'un contrôle du critère de nécessité, parce qu'il doit s'agir, chaque fois, si l'on s'en tient à la lecture la plus littérale qui soit, de l'infraction la moins préjudiciable qui puisse être pour que la perspective de préservation et de juste mesure posée par la loi soit respectée. Cela signifie que chaque fois, il faudrait que la meilleure riposte, la plus aiguisée, la plus fine et respectueuse des circonstances, soit commise, cette dernière devant être la mieux située qui soit. Cependant, « la recherche de l'action la moins préjudiciable peut confiner à l'exploration d'un puits sans fond »<sup>258</sup>. Et un observateur rigoureux, prenant de la hauteur sur les circonstances et proposant une approche minutieusement intellectualisée des circonstances qui ont, dans un cas d'espèce donné, présidé à la commission d'une infraction, serait à vrai dire à chaque fois capable de mettre le doigt sur une solution différente, qui aurait été plus adaptée, mieux mesurée, plus satisfaisante au regard d'une idée de nécessité parfaitement calculée. La recherche de l'exacte nécessité, qui implique que le moyen soit très justement suffisant, demeure un idéal théorique insaisissable dans la pratique ; ce ne peut être qu'une évaluation approximative et subjective, une tentative de mise en balance dont la perfection, au regard, de l'acte proportionnel reste hors d'atteinte et critiquable. La subjectivité de l'analyse fait qu'il est de l'office du juge seul de déterminer une nécessité globale qui, le cas échéant, n'obéit pas nécessairement à un strict examen de justesse parfaite.

En outre, le critère d'actualité de la riposte, d'actualité de l'infraction pour conjurer au péril qui prend, qui s'entend en toute rigueur comme présupposant une infraction commise au titre de la nécessité dans le même temps qu'une atteinte injustifiée ou qu'un péril prenant corps, devrait interdire la prévention par exemple d'un meurtre à venir, d'une destruction imminente, même probable, laquelle n'est pas encore pleinement en train de se réaliser, ce qui implique de la considérer dans l'instant comme globalement incertaine, et surtout difficile à utiliser comme assise pour prononcer sur la nécessité. De même, une atteinte passée à laquelle il n'a pas été répondu par une riposte qui pourrait profiter de la justification ne légitime pas une riposte tardive ; ainsi, face à un locataire qui utilise du lacrymogène sur sa concierge à l'occasion d'une dispute, avant de s'enfuir, le mari de la femme agressée qui le rattrape, après une poursuite prolongée, pour le violenter avec des coups notamment au visage, intervient postérieurement à l'atteinte injustifiée, de sorte « qu'ayant l'aspect d'une vengeance, ces derniers ne peuvent entraîner le bénéfice de la légitime défense »<sup>259</sup>. Mais dans le même temps, la jurisprudence s'est attelée à vouloir intégrer dans le champ de l'atteinte actuelle l'attaque imminente qui, sans s'être pleinement consommée, s'être réalisée matériellement, présente un tel degré de certitude dans son caractère prochain, « d'arrivée », qu'il est légitime de la considérer comme actuelle pour considérer l'infraction commise pour s'en prémunir comme actuelle. Alors, parce que le danger qu'il s'agit de congédier, sans être dans l'instant cristallisé, n'est pas éventuel mais certain, celui qui a commis l'infraction pour « prendre les devants »<sup>260</sup>, en vue de se défendre, sans attendre de souffrir un dommage injuste, va pouvoir profiter du fait justificatif. Un arrêt récent, en date de 2018, l'illustre par ailleurs très bien<sup>261</sup> : en l'espèce, une escorte avait pour mission d'assurer le transfert d'un prévenu mis en examen depuis sa maison d'arrêt jusqu'au tribunal, dans la perspective d'une audition par un juge d'instruction. Menotté et installé à l'arrière, dans le véhicule mobilisé pour l'opération, le prévenu profite d'un instant pour tenter de s'évader ; se jetant sur sa voisine, il tente de s'emparer de son arme. Le gendarme conducteur, arrêtant le véhicule sur l'autoroute, somme l'agresseur de mettre un

---

<sup>257</sup> Pierre Rousseau, *La légitimité de l'infraction*, Thèse, Édition Mare et martin, 2021, p. 58, n°42

<sup>258</sup> Ibid

<sup>259</sup> Paris, 13 mai 1983, Juris Data, n° 02.4637

<sup>260</sup> Roger Merle, André Vitu, *Traité de droit criminel. Tome 1, Problèmes généraux de la science criminelle, droit pénal général*, 7e édition, p. 576, n° 454

<sup>261</sup> Cass. crim. 9 janvier 2018, n°16-86.552

terme à ses violences, tente de le maîtriser et de dégager sa collègue sans succès, mais le prévenu n'abandonnant pas son projet, le-dit gendarme, spectateur de la volonté de l'agresseur de s'emparer de l'arme de sa collègue qui hurle : « Il va me tuer! », procède à une sommation avant tirer un coup de feu sur le détenu, qui s'avèrera mortel. Poursuivi en justice, au titre de violences volontaires ayant donné la mort sans intention de la donner, le gendarme invoque la légitime défense d'autrui ; et la question qui se posait était celle de savoir si la riposte du gendarme respectait la condition de nécessité, au regard du critère d'actualité de l'atteinte injustifiée, pour embrasser le champ de la cause d'irresponsabilité. Relevant le fait que l'arme que le prévenu tentait d'accaparer était chargée sur l'instant et que le risque imminent et certain d'un usage de l'arme à feu de la collègue par le mis en cause était parfaitement établi, la Cour de cassation retint que le critère d'actualité était caractérisé. Ainsi que l'on peut ici l'analyser, la condition de nécessité et subsidiaire d'actualité de la riposte au sens de l'article 122-5 du Code pénal tient de facto au « danger général », et ne s'apprécie pas seulement au regard de l'amorce précise de son résultat. Il faudrait sinon attendre chaque fois, pour que la légitime défense soit accueillie, que l'atteinte injustifiée soit pleinement engagée dans une forme de processus de réalisation, ce qui renforcerait le risque probable de conséquences dommageables particulièrement lourdes et insupportables.

Ainsi, le caractère d'imminence d'une attaque certaine et sur le point de se réaliser avec certitude est apprécié par la jurisprudence comme confondu avec son actualité. La chose n'est pas mathématique au point de devoir faire perdre de vue le bon sens, il s'agit dans un certain sens d'une interprétation téléologique du juge ; téléologique en ce qu'elle semble inspirée la finalité intrinsèque du texte de la légitime défense, la volonté du législateur présidant à sa consécration étant assurément parfaitement orientée vers l'admission d'une telle situation.

## **B - La proportionnalité, sous l'angle des moyens de la réaction**

La proportionnalité, consubstantielle au critère de nécessité, est évaluée par le juge pénal au regard d'une prise de référence qui bouscule quelque peu la finalité du fait justificatif et sa légitimité en certaines hypothèses (1°). Elle est, quoi qu'il en soit, là aussi une analogie théorique avec la rigueur des mathématiques qui ne saurait être appréciée avant autant de rigueur qu'en science brute, ce qui, là encore, permet au juge de bénéficier d'une large marge d'appréciation (2°).

1°) Une appréciation prétorienne détachée de la valeur effectivement atteinte par l'infraction originaire

Le critère de proportionnalité est au coeur de la justification, puisqu'il fait corps avec le principe général de nécessité. En effet, comment admettre une nécessité dès lors que l'infraction commise apparaît en démesure absolue avec l'atteinte injustifiée ou le péril qu'il est question de conjurer ? Le fait justificatif perdrait toute rationalité, toute légitimité, et servirait alors d'assise à la vengeance, à l'initiative la plus abjecte et intenable qui soit ; et viendrait davantage nourrir l'imaginaire d'un blanc seing absolu et injustifiable qu'alimenter une finalité logique qui fonde la légitimité. Il ne faut pas oublier que la justification est une question de préservation de valeurs, qui vise à permettre le sacrifice d'une valeur inférieure à celle qu'il s'agit de préserver, dans un cadre de juste-mesure. Par exemple, pour la légitime défense, il « n'autorise nullement l'agent à rétribuer lui-même l'auteur d'une infraction. Il l'autorise simplement à une action préventive à l'égard de cette infraction »<sup>262</sup>. Il ne s'agit pas de faire justice soi-même comme on l'entend, au regard d'une conception en outre subjective qui permettrait tout ce que l'on veut.

Néanmoins, la jurisprudence apprécie la proportionnalité d'une manière qui semble s'accommoder parfois difficilement d'une conception purement objective, indexée à la seule question des valeurs

---

<sup>262</sup> A. DECOCQ, *Droit pénal général*, Armand Colin, 1971, p. 317

en balance à l'occasion d'une espèce laissant voir une première sacrifiée au profit d'une seconde supérieure. Effectivement, il ressort de la jurisprudence de la chambre criminelle que le caractère proportionné de la riposte afférent à une démarche de légitime défense ne s'apprécie qu'au regard de l'acte matériel même de riposte, en tant que tel, sans que ne doive entrer en considération la gravité propre du dommage qui en résulte. Ce qui revient à admettre des hypothèses où la valeur sacrifiée par la riposte est en réalité bien plus importante que celle préservée. Un arrêt là encore récent, en date de 2017, l'illustre clairement<sup>263</sup> : il était là question, dans les faits, d'une bagarre s'étant matérialisée dans le cadre d'un accident de la circulation, suite à un accrochage entre deux voitures. Un des conducteurs, furieux, arrête son véhicule, forçant l'arrêt de l'autre, et sort du sien pour aller à la rencontre du second individu, avant de le saisir brutalement par le cou. Prit de peur, l'individu agressé physiquement tente de fuir au volant, mais se retrouve piégé dans une impasse, circonscrite par un chantier qui ne laisse aucune échappatoire. Le premier conducteur, à l'origine de l'acte violent, garant son véhicule derrière celui coincé, pour lui rendre impossible toute manoeuvre de retour en arrière, force le second à sortir. Les choses dégénèrent, les insultes pleuvent, et l'agresseur se met à assener des coups de poings ; le conducteur agressé, dans un geste de défense, pousse celui qui se défoule sur lui en lançant son bras vers l'avant, et l'agresseur originaire, dans un geste d'esquive, se déséquilibre et chute. La tête la première, il tombe dans une position qui le laisse tétraplégique. Poursuivi du chef de violences volontaires, le mis en cause se prévaut de la légitime défense. La question qui se posait était celle de savoir si la légitime défense, sans son office justificateur, présuppose d'apprécier le critère de proportionnalité qui lui est sous-jacent en tenant considération de la gravité du dommage né de l'acte de riposte, et donc de ses conséquences dommageables, ou doit se contenter de s'appuyer sur l'intensité qui lui est intrinsèque. Le conducteur agressé à l'origine est relaxé sur fond de légitime défense, la Cour de cassation déclarant qu'il « n'existait pas de disproportion entre l'agression et les moyens de défense employés, peu important à cet égard le résultat de l'action ». Ainsi, la proportionnalité est évaluée au niveau du moyen déployé, au regard donc de l'acte réalisé en lui-même, indépendamment de la situation sur laquelle il accouche. « Un passant qui repousserait un ivrogne particulièrement indélicat et provoquerait malencontreusement sa mort à la suite d'une mauvaise chute se trouverait ainsi justifié dans sa défense »<sup>264</sup>, écrit un auteur. À la vue d'une telle solution, il est pertinent de relever qu'au regard d'une certaine idée de fondement de la légitime défense, à savoir celui fondé sur la mise en balance des valeurs atteinte, la solution suivante apparaît très à rebours d'un idéal de respect de hiérarchie des valeurs sociales ; le sacrifice de l'intégrité physique voire même de la vie humaine s'en trouve légitimé à raison d'une « simple » atteinte à l'intégrité de l'agent. De sorte que ce n'est plus la valeur factuellement atteinte est appréhendée avec moins d'importance que celle que l'agent recherchait à atteindre par la mobilisation des moyens qu'il a utilisés dans l'action de l'espèce. La théorie de l'antijuridicité en ressort délicatement respectée, ce qui illustre là aussi une volonté du juge de faire acte d'indulgence davantage que de pure rigueur de mise en balance à l'égard de celui qui, dans l'élan de sa défense, a donné corps à une situation tragique.

## 2°) Une marge d'admissibilité nécessairement subjective

Quoi qu'il en soit, et ainsi que cela a été relevé antérieurement au sujet de la nécessité qui au fond intègre dans le champ de son essence le critère subsidiaire de proportionnalité, la notion-même de proportionnalité s'appuie là aussi sur une forme d'approximation indéniable, puisqu'elle est très complexe à situer objectivement et dans une forme qui la rendrait admissible pour tout un chacun. C'est surtout une « disproportion importante qui permettra de rejeter le moyen avec une certaine objectivité, le seuil de la disproportion étant abstrait et théorique au point que nul ne saurait situer l'exacte proportionnalité »<sup>265</sup>. Ce qui peut sembler globalement proportionné à une personne donnée

<sup>263</sup> Cass. Crim. 17 janvier 2017, n°15-86.481

<sup>264</sup> François Rousseau, *L'imputation dans la responsabilité pénale*, Paris II, Dalloz Bibliothèque, 2009, p. 153

<sup>265</sup> Pierre Rousseau, *La légitimité de l'infraction*, Thèse, Édition Mare et martin, 2021, p. 58, n° 42

peut, en certaines circonstances, paraître disproportionné à une autre ; et ce, à raison des expériences de chacun, de ses valeurs, de ses références propres. Il n'est pas de norme qui soit universelle, comme en mathématique qui permet une mesure objective, pour évaluer la proportionnalité dès lors qu'il s'agit de sonder l'intensité d'un acte potentiellement antisocial. Et ce constat se retrouve à vrai dire partout en droit pénal, et notamment à l'échelle, illustrative, de l'individualisation des peines le cas échéant ; le juge est alors dépositaire d'une prérogative très large, qui lui permet de sanctionner à la hauteur de la gravité qu'il estime être celle des circonstances de l'espèce, en préférant un travail d'intérêt général à une peine privative de liberté, par exemple ; ou encore, lorsque le juge décide d'un contrôle judiciaire, en optant pour une mesure de sûreté plutôt qu'une autre, au stade de l'information pénale.

Tout cela colore le raisonnement d'une influence donnée ; celle de la subjectivité du juge. Subjectivité qui dépasse la loi, qui dépasse la prévision du législateur, et qui renvoie à la nécessaire prise en considération de l'affecté, de l'émotion suscitée par l'exposition soudaine à un péril véritable qui efface chez celui qui réagit le temps d'une lucidité bien souvent nécessaire à une vue d'ensemble sur la réalité des faits. L'état de stress et de panique intense sont des données dont le juge ne saurait faire l'économie dans son examen d'une affaire ; d'ailleurs, l'arrêt pré-cité au sujet du gendarme ayant cherché à sauvegarder l'intégrité de sa collègue ainsi que la sienne le montre bien<sup>266</sup>, puisque la Cour de cassation y fait mention de *l'émotion suscitée par l'atteinte*. Tout cela rend une recherche théorique de l'exacte proportionnalité insaisissable.

#### Paragraphe 2 : L'efficiace accordée au critère de la vraisemblance

Le juge, dans un élan d'indulgence, mobilise parfois la théorie de l'apparence pour offrir le bénéfice d'un fait justificatif à un individu mis en cause qui a commis une erreur sur la réalité du péril (**A**). Il semble que cette théorie puisse être induite néanmoins de faits justificatifs légaux pré-existants (**B**).

#### **A - Le critère vaporeux de réalité du péril**

Tandis que le juge pénal accepte de tenir compte de l'erreur vraisemblable en matière de légitime défense (**1°**), il semble que la solution soit à ce jour exclue sur le terrain de l'état de nécessité (**2°**).

##### *1°) Une application effective de la vraisemblance en fait de légitime défense*

La donnée de l'émotion, du sentiment, de l'affect, de la situation psychique de l'auteur, joue un rôle particulièrement crucial dans l'application de la légitime défense, dans la jurisprudence, s'agissant du critère de réalité du danger prenant corps dans l'atteinte injustifiée. Ainsi, une personne qui, retenue par des individus qui sont témoins de la scène d'une dispute, se libère pour aller porter un coup à un autre, en dehors de toute agression physique, ne peut invoquer la légitime défense ; car il n'y a pas d'objet qui réalise une coloration de défense quelconque<sup>267</sup>. En principe, et dans la plus rationnelle des lectures, le bénéfice de la légitime défense, en ce qu'il implique à minima un péril imminent avec certitude, ne devrait pas être applicable à l'hypothèse où un individu donné, croyant être exposé à un danger qui en réalité n'existe pas en tant que tel, prend les devants pour se prémunir d'une atteinte qui serait injustifiée. En effet, dans cette hypothèse, nous n'aurions qu'un auteur d'une infraction, et une victime, sans aucune agression légitimante. Pourtant la jurisprudence admet qu'une infraction seulement apparente et vraisemblable puisse servir de fondement à un acte de légitime défense, dès lors qu'elle n'est pas décorrélée d'éléments à même de pouvoir lui imprimer une légitime putativité. Il s'agit alors pour le juge de s'appuyer sur des données objectives du dossier, pour le cas échéant offrir le bénéfice de la légitime défense à un individu qui, d'une

<sup>266</sup> Cass. crim. 9 janvier 2018, n°16-86.552

<sup>267</sup> Cass. crim., 19 juin 1990, B., n° 250

certaine façon, s'est fait lui-même agresseur, et non victime en situation de défense. Notons que cela n'est pas une exclusivité française ; à titre d'illustration, la doctrine italienne justifie là aussi, sur la base de l'article 59-3 et -4 du Code pénal italien, ce qu'elle appelle la « légitime défense putative »<sup>268</sup>. Il s'agit donc de tenir compte d'une réalité sujette à interprétation, des circonstances qui, particulières, permettent de croire légitimement en l'existence d'une atteinte injustifiée, mais qui n'est qu'apparente et qui, matériellement, n'existe pas<sup>269</sup>. C'est l'existence d'indices qui rendent vraisemblable un danger et font par conséquent « raisonnablement croire à l'imminence du péril » qui permettent d'admettre la légitime défense<sup>270</sup>. Un geste parfaitement ambigu conjugué à une expression objectivement menaçante du corps et du visage sont ainsi des données qui, dans un contexte apprécié par le juge, ouvrent le bénéfice de la légitime défense, alors même que seul l'imaginaire de l'auteur de l'infraction appréhende l'existence d'une atteinte injustifiée.

Mais la croyance raisonnable de l'auteur, si elle impose au juge de tenir compte du prisme subjectif du mis en cause, ne peut être appréhendée donc que sous le versant du subjectivisme ; et ce, parce qu'il faut un degré d'objectivité qui permette de convaincre que n'importe qui placé dans les mêmes circonstances aurait réagi globalement de façon identique que celui qui invoque la légitime défense, et soutient avoir cru légitimement, de par le cadre de l'action, à une véritable atteinte imminente forçant une réaction de sa part. Ainsi que le synthétise un auteur<sup>271</sup>, « l'objectivité du raisonnement tient à l'impératif de rigueur suivant lequel il convient d'apprécier ce que toute personne placée dans les mêmes circonstances de fait aurait appréhendé, en se croyant donc aussi en danger », ce qui permet de donner corps à une réflexion placée sous le signe d'une synthèse d'objectivisme et de subjectivisme. Ainsi, la Cour de cassation relève qu'il « ne peut y avoir de légitime défense lorsque l'auteur s'est cru menacé et que cette crainte ne repose sur aucun élément objectif »<sup>272</sup>. C'est ainsi qu'elle considère que « les éléments de la légitime défense n'ont pas seulement en vue le cas d'une nécessité absolue, indiscutable, mais encore le cas où celui qui se défend peut raisonnablement croire qu'il se trouve en péril »<sup>273</sup>. Ainsi, le prévenu qui, au sein de son magasin, seul, en pleine nuit et sans grande visibilité, surprend deux voleurs qui viennent de fracturer la porte et s'avancent vers lui, est légitime dans le fait de croire en une agression imminente<sup>274</sup>. Le risque est cependant que le juge, dans un cadre a posteriori, substitue à la lecture personnelle du mis en cause sa propre lecture des circonstances, tombant alors dans le versant de la reconstitution détachée du vécu personnel de l'agent.

D'une certaine façon, il est comme une erreur jugée excusable dans la fausse représentation de l'agent, qui, fondée sur une pluralité de faits et de circonstances qui ont imposé dans l'esprit de l'auteur une croyance erronée, eux qui ont été mal représentés et compris, a entraîné la persuasion d'être face au danger actuel d'une atteinte injustifiée, et accouché sur une riposte qui ne trouve pas sa légitimation véritable dans l'action infractionnelle de l'autre. Comme l'écrivait un auteur, « par cette jurisprudence, le juge a voulu absoudre le mis en cause d'un mouvement bien souvent précipité, sinon chaque fois malheureux, dont les conséquences ont, non sans une forme de légitimité qui nourrit l'indulgence, pu être celles d'une tragédie... »<sup>275</sup>. Cet effort d'indulgence revient cependant à justifier un individu mis en cause qui a comme sacrifié une valeur sociale sans en préserver une supérieure à celle qui était exposée à l'action de l'autre ; il méconnaît donc une conception qui se veut objective du mécanisme justificatif. Le juge mobilise là la théorie de l'erreur

---

<sup>268</sup> S. Scapin, « *L'ambito di operatività della legittima difesa putativa* », Giur. Pen., 2 octobre 2015, à propos de Cass. pén., italienne, 4e S, 27 avril 2015.

<sup>269</sup> Philippe Conte, *L'apparence en droit pénal*, thèse, Grenoble, 1984, n° 218 et suivants

<sup>270</sup> Cass. crim., 17 février 1956, B, n° 154

<sup>271</sup> Philippe Conte, *L'apparence en droit pénal*, thèse, Grenoble, 1984, n° 218 et suivants

<sup>272</sup> Cass. crim., 25 janvier 2006, n° 05-82.664

<sup>273</sup> Cass. crim., 6 décembre 2016, n° 15-80.816

<sup>274</sup> Douai, 6 mai 1994, Juris data, n° 047622

<sup>275</sup> P. Savey-Casard, *Réflexions sur l'article 329 du Code pénal*, R.S.C., 1960, p. 39

sur les apparences pour fonder une excusabilité déployée au détour de l'application de la légitime défense. Le juge, dans son diagnostic judiciaire, dans le cadre du *mécanisme réflexif d'incidence justificative* (ce processus, ce cheminement d'appréhension et d'examen intellectuel évoqué dans les propos introductif), prend compte d'une « erreur de fait sur les circonstances justificatives de la légitime défense »<sup>276</sup>. L'indulgence est là mobilisée à l'appui de la réflexion du juge ; son processus de réflexion prend ses distances avec la ratio legis du fait justificatif pour en transformer la finalité.

## 2°) Une application ambiguë de la vraisemblance en fait d'état de nécessité

Une telle indulgence trouve-t-elle application dans le régime que le juge déploie sur la scène de l'état de nécessité ? Là, la solution est bien plus difficile à analyser. Il faut dire que l'article 122-7 du Code pénal, à l'instar de ce qui se retrouve sur le terrain des prévisions propres à la légitime défense, prévoit une légitimité pour l'infraction qui s'inscrit dans un face-à-face avec un danger « actuel » ou « imminent ». Cependant, certains auteurs estiment qu'il faut ici s'astreindre à un impératif de rigueur renforcé vis-à-vis de la nature objective du fait justificatif, et évoquent même un fait justificatif « totalement objectif »<sup>277</sup>. Et comme ces derniers le soulignent, il n'existe pas de jurisprudence claire sur l'hypothèse du danger putatif par rapport à l'état de nécessité<sup>278</sup>. D'autres auteurs néanmoins considèrent que le bénéfice de la bonne foi devrait être étendu à l'état de nécessité, et qu'il n'y a aucune raison de cultiver en la matière une distinction de régime sur ce point. Qu'en penser ?

Il est quoi qu'il en soit pertinent de relever que dans un arrêt récent, en date de 2016, la Cour de cassation reprend sans les contredire les motifs de l'arrêt ayant fondé le pourvoi examiné, où la juridiction du second degré précisait que « l'état de nécessité défini par ce texte suppose qu'au moment où l'infraction est commise le danger soit réel et actuel, excluant en cela toute allégation d'un danger seulement vraisemblable in abstracto »<sup>279</sup>. Mais la jurisprudence ne semble pas réellement avoir tranché le débat qui, aujourd'hui encore, demeure en suspens, de sorte qu'il est permis encore de croire que le paramètre de la vraisemblance pourrait un jour être de nature à permettre le bénéfice de l'état de nécessité pour l'individu normalement avisé qui s'est là aussi légitimement trompé sur les circonstances du péril qu'il estimait devoir conjurer.

Cette asymétrie est, si elle est entretenue à terme, permet de se questionner sur la cohérence qui serait celle d'une telle solution. Il revient aux juges de s'efforcer de cultiver des solutions harmonieuses, et offrir le bénéfice d'une certaine indulgence sur la scène de la légitime défense et non sur l'état de nécessité entre assurément en contradiction avec cet impératif. La justice et la compassion se doivent d'être équilibrées dans chaque décision, et le juge se doit d'orchestrer avec précision cet équilibre subtil, sauf à rendre les choses ébranlées par une dissonance qui ébranlerait illégitimement les fondements mêmes de la justification.

## B - Une théorie qui n'est pas inconnue de la philosophie formelle des faits justificatifs

L'appréhension du fonctionnement même de l'ordre du commandement légitime (1°) ou encore du fait justificatif tiré de l'appréhension d'une personne ayant commis une infraction flagrante (2°) permet néanmoins de déceler une forme de prise en considération légale de la théorie de l'apparence en matière justificative.

### 1°) Une théorie au coeur de l'ordre du commandement légitime

---

<sup>276</sup> François Rousseau, *L'imputation dans la responsabilité pénale*, Thèse, Paris II, 2009, Dalloz Bibliothèque, p. 144-147

<sup>277</sup> Frédéric Desportes, Francis le Guhenec, *Droit pénal général*, 16e édition, septembre 2009, n° 745

<sup>278</sup> Ibid

<sup>279</sup> Cass. crim. 25 mai 2016, n° 14-86.170

L'article 122-4 du Code pénal prévoit, en son second alinéa, que « N'est pas pénalement responsable la personne qui accomplit un acte commandé par l'autorité légitime, sauf si cet acte est manifestement illégal ». Il s'agit donc de permettre l'irresponsabilité pénale d'un individu qui aurait commis une infraction en conséquence de sa situation de subordination imposant l'exécution d'un commandement ordonné par une autorité légitime ; ce, avec la réserve d'un acte manifestement illégal. L'autorité légitime, au sens de l'article, est assurément celle qui se trouve investie de prérogatives de puissances publiques, comme le préfet, et ne saurait s'analyser comme une puissance privée, à savoir le père au regard de son effet ou l'employeur, à l'égard du personnel qu'il emploie. D'une certaine manière, ce fait justificatif permet de sacrifier la légalité sur l'autel de la discipline ; ou plutôt, de tenir compte de la discipline et de l'impératif qu'elle soit préservée pour accommoder la légalité. Le devoir d'obéissance est alors érigé au rang d'une valeur si importante qu'elle va emporter, selon les circonstances, l'irresponsabilité de l'exécutant ; d'une certaine manière, ce dernier que l'artisan d'une démarche qu'il n'impulse pas, et c'est à raison de cette posture particulière que la loi lui accorde le bénéfice d'une indulgence singulière.

La réserve du manifestement illégal est néanmoins là pour tempérer la rigueur d'une telle construction ; et ce, notamment, parce qu'il est estimé qu'il serait danger que soit consacrée une analyse simpliste se contentant de toujours offrir le bénéfice de l'irresponsabilité pénale de l'auteur. Il s'agit d'insister néanmoins sur le devoir de lucidité et de précaution que doivent observer les agents subordonnés exécutants, eux dont on attend de refuser l'application d'un commandement si illégal que cela en est éclatant. Il faut dire que ce n'est cependant pas parce qu'un individu aura exécuté un ordre manifestement illégal qu'il serait nécessairement responsable ; et ce parce que, dans l'hypothèse d'une poursuite, ce dernier pourrait le cas échéant chercher à invoquer l'existence d'une contrainte morale, tel que le permet l'article 122-2 du Code pénal.

Quoi qu'il en soit, ce qu'il est intéressant de relever ici, c'est qu'en cantonnant l'irresponsabilité à une illégalité qui n'est pas manifeste, au bénéfice donc de la bonne foi de l'individu, le régime du fait justificatif tiré du commandement de l'autorité légitime n'est pas sans s'appuyer sur une certaine idée d'erreur vraisemblable sur les apparences. En effet, ainsi que le relèvent des auteurs, en cas d'erreur portant la légalité du commandement, il est possible de voir là « une erreur de fait portant sur la licéité de l'ordre du commandement »<sup>280</sup>, et donc un fait justificatif qui tient compte de l'erreur vraisemblable commise par un agent qui, dans les apparences, peut légitimement croire être en train d'exécuter un ordre légal. « L'agent est justifié parce qu'il a cru à un ordre légal émanant d'une autorité légitime »<sup>281</sup>, analysent les auteurs. L'excuse sur les apparences est toutefois mise de côté lorsque l'illégalité est « manifeste », à savoir lorsqu'elle n'existe que dans l'imagination de l'auteur qui a exécuté l'ordre illégal alors même que rien ne permettait objectivement de corroborer une intuition de légalité dans les circonstances de l'espèce. Il en ressort que la vraisemblance occupe une place de poids dans le fait justificatif, et que la théorie de l'erreur excusable semble y trouver en creux une consécration singulière.

## 2°) Une théorie au coeur de l'autorisation de la loi

En matière d'ordre ou d'autorisation de la loi, qui trouve son siège au premier alinéa de l'article 122-4 du Code pénal, il est là aussi possible d'identifier une certaine présence du critère de vraisemblance dans la configuration même de faits justificatifs, comme l'illustre l'article 73 du Code de procédure pénale, qui prévoit que « Dans les cas de crime flagrant ou de délit flagrant puni d'une peine d'emprisonnement, toute personne a qualité pour en appréhender l'auteur et le conduire devant l'officier de police judiciaire le plus proche ». Il s'agit là d'un véritable fait justificatif fondé

---

<sup>280</sup> R. Merle., A. Vitu., *Traité de droit criminel : Droit pénal général*, 7e édition, 2000, n° 450

<sup>281</sup> Ibid

sur la flagrante d'une infraction, et qui permet l'appréhension de son auteur, son arrestation. Or, les circonstances de l'espèce peuvent démontrer a posteriori une absence de véritable infraction flagrante, voire même une absence d'infraction totale, malgré une certaine vraisemblance qui a, sur l'instant, permis de croire en la réunion des conditions qui permettent le bénéfice du fait justificatif. Dans une décision en date de 1982, le tribunal correctionnel de Marseille a ainsi estimé légitime et fondé l'agent de sécurité d'une grande surface qui, soupçonnant un vol en apparence, avait arrêté et détenu quelques instants une cliente refusant de laisser voir ce qu'elle avait dans son sac<sup>282</sup> ; ce, malgré l'absence constatée ensuite de toute infraction commise par cette dernière. Dans le même sens, la Cour d'appel de Douai a justifié l'individu qui avait appréhendé une personne qu'il pensait être la complice de l'auteur d'un vol dont il avait été spectateur, sur les lieux de l'infraction, alors même que cette dernière n'avait strictement rien à voir avec l'affaire en cause<sup>283</sup>. Dans ces affaires néanmoins prenaient corps des indices objectifs laissant croire en l'adoption d'un comportement délictueux correspondant à la définition de l'infraction flagrante, au sens de l'article 53 du Code de procédure pénale. Cela démontre que la théorie de l'apparence est bien au coeur de la mécanique justificative légale, et ne saurait s'analyser comme une construction purement étrangère à la justification qui, intrinsèquement, rien considération d'une dimension subjective sur les apparences qui ont trompé l'individu de bonne foi.

## **Section 2** : Une modulation à l'origine d'incohérences questionnables

Cette modulation des faits justificatifs par le juge pénal permet néanmoins de relever l'existence de certains éléments qui peuvent être évalués comme des incohérences (1§), et ce notamment à l'échelle du régime de responsabilité civile connexe à la justification (2§).

Paragraphe 1 : Une réalité sous-jacente aux régimes de la légitime défense et de l'état de nécessité

La prise en compte de la faute préalable au titre de l'exclusion de l'état de nécessité (A) et la situation de riposte excessive (B) procèdent de réalités du droit dont la cohérence permet de s'interroger au regard de la théorie pénale.

### **A** - L'exclusion de l'état de nécessité face à la faute préalable

Si dès sa consécration, l'état de nécessité est appréhendé comme devant être écarté lorsqu'une faute préalable a créé les conditions du péril qu'il s'est agi de conjurer (1°), cette exclusion apparaît discutable (2°).

#### 1°) Une exclusion actée

Dès l'arrêt Lesage<sup>284</sup>, la Cour de cassation, en consacrant l'autonomie de l'état de nécessité, instaure au titre des conditions d'admissibilité du fait justificatif le paramètre d'une exclusion systématique de ce dernier lorsqu'est imputable à l'agent mis en cause une faute préalable ayant favorisé les conditions du péril imminent auquel il s'est agi de congédier par l'infraction concernée. En effet, à l'occasion de l'espèce, la Cour de cassation insiste sur le fait qu'il revenait à la Cour d'appel de démontrer que le prévenu « n'avait pas créé lui-même ce prétendu état de nécessité en laissant sa femme et son enfant prendre place à ses côtés dans une voiture dont la portière était sujette à s'ouvrir soit d'elle-même, soit par une fausse manœuvre de sa femme ou de son enfant ».

---

<sup>282</sup> T. corr. Marseille 28 janvier, 1982, D.1983. IR., p. 402

<sup>283</sup> Douai, 9 juin 1988, D. 1991, somm., p.66

<sup>284</sup> Cass. crim., 28 juin 1958, *aff. Lesage*, D. 1958, p. 693

L'origine du danger doit donc être étrangère à toute faute qui serait imputable à celui qui se prévaut de l'état de nécessité.

Et comme le relève un auteur<sup>285</sup>, cette solution est restée de droit positif depuis, malgré le silence de la lettre formelle même après la réforme de 1994, l'article 122-7 du Code pénal étant silencieux à ce sujet ; il est possible ici de citer une affaire ancienne, où la Cour d'appel de Rennes avait considéré que le chauffeur d'un camion, roulant bien trop vite en considération de quoi il n'avait pu s'arrêter à un passage à niveau, s'étant retrouvé complètement bloqué là face à l'arrivée d'un train, et qui, pour l'éviter, avait décidé de briser la clôture encerclant le-dit passage, s'était mis en danger par sa propre faute, de sorte qu'il n'était pas fondé à évoquer l'état de nécessité<sup>286</sup>. Un arrêt récent est venu démontrer que cette solution demeure entretenue. Il s'agit de l'affaire de l'Ours Cannelle, une ours tuée par un chasseur à l'occasion d'une battue au sanglier organisée par une société de chasse dans une partie forestière dans la vallée d'Aspe. Alors que l'ours, agressive, avait mordu un des chiens accompagnants les chasseurs, l'un d'eux, se sentant menacé, fit feu et tua la bête. À l'occasion d'un pourvoi en cassation, la Cour de cassation vint juger que « le fait de se placer soi-même en situation de danger » de façon fautive élude le fait justificatif de l'état de nécessité ; et ce, alors même que l'acte de sauvegarde était sur l'instant rendu nécessaire par les circonstances qui permettaient de déceler un véritable danger actuel<sup>287</sup>.

Certains droits étrangers prévoient, dans la lettre de la loi pénale, cette condition d'absence de faute préalable qui ait nourri la situation de danger qu'il s'est agi de conjurer, pour l'état de nécessité<sup>288</sup>. Il est possible de citer ici l'article 34, a) du Code pénal portugais, dans sa version de 2006, qui prévoit que « La situation de danger ne doit pas avoir été volontairement créée par l'agent, sauf en cas de protection de l'intérêt d'un tiers ». Aussi, comme le relève l'auteur évoqué, l'article 20 du Code pénal albanais insiste sur la condition « que le danger n'ait pas été initié par lui », à savoir l'agent se prévaut de l'état de nécessité. D'autres droits refusent néanmoins clairement cette solution ; c'est le cas du Code pénal allemand qui, en son article 34, prévoit que la faute antérieure n'est pas exclusive de la nécessité. Et une telle solution est, en réalité, parfaitement cohérente.

## 2°) Une exclusion discutable

La solution française est effectivement discutable, et fait l'objet de nombreuses critiques. Ainsi que le relève un auteur, « c'est au moment même de la commission de l'action qu'il convient d'apprécier les éléments de la situation considérée, le Code pénal ne faisant aucune allusion à cette condition d'imprévisibilité »<sup>289</sup>. Un autre insiste sur le fait que « requérir en la matière une condition supplémentaire peut paraître contraire à la lettre du texte »<sup>290</sup>. Une autrice souligne d'ailleurs que « l'état de nécessité correspond à une situation objective dont la valeur justificative devait être indépendante de la psychologie de l'auteur ; ainsi, la faute éventuellement commise, susceptible d'être sanctionnée si elle constitue une infraction pénale, ne supprime en rien l'utilité ou l'indifférence sociale qui caractérise le dommage causé par l'infraction nécessaire »<sup>291</sup>. Cette analyse met en lumière le fait qu'une solution inverse pourrait parfaitement s'admettre, elle qui serait par ailleurs très sûrement bien plus respectueuse de la lettre formelle de la loi que ce qu'il en est actuellement.

---

<sup>285</sup> Frédéric Debove, François Falletti, Iris Pons, *Précis de droit pénal et de procédure pénale*, 9e édition, PUF, 2022, p. 298

<sup>286</sup> Rennes, 12 avril 1954, S. 1954, 2, 185, note Bouzat

<sup>287</sup> Cass. crim., 1er juin 2010, n° 09-87.159, *aff. de l'ours Cannelle*

<sup>288</sup> Jean Pradel, *Droit pénal comparé*, n° 104, p. 160

<sup>289</sup> Gabriel Roujou de Boubée, Recueil Dalloz, 2010, p. 2732

<sup>290</sup> Lasserre Capdeville, *État de nécessité et faute de l'intéressé*, AJ Pénal, 2010, p. 393

<sup>291</sup> Tatiana Potaszkin, *Affaire de l'ourse Cannelle : action civile et état de nécessité*, Recueil Dalloz, 2010, p. 484

Après tout, ce n'est pas parce qu'une faute antérieure a pris corps de manière à être imputable à l'agent pour nourrir l'intervention d'un danger actuel que l'utilité sociale de l'infraction *in fine* commise disparaît totalement sur l'instant. Plusieurs pistes peuvent être ici pertinentes ; d'abord, il est possible de penser qu'il serait plus opportun de prendre considération la valeur de l'intérêt sauvegardé par l'infraction face à l'intérêt sacrifié, pour considérer le cas échéant que si les valeurs sont équivalentes, la faute doit être retenue comme exclusive de justification<sup>292</sup>. En effet, en pareille hypothèse, parce que l'agent s'est exposé de façon fautive à un danger actuel, s'il commet en outre une infraction en vue de la sauvegarde d'une valeur qui ne saurait être estimée supérieure à celle sacrifiée, il est permis de considérer que son action n'a pas été utile, ou que son utilité n'a pas à profiter du bénéfice d'une exonération de responsabilité. Sinon, il est possible aussi d'arguer que toutes les fautes ne se valent pas : faut-il tomber dans une binarité aussi exigeante, au point de voir dans la faute originaire une circonstance systématiquement exclusive de nécessité légitime a posteriori ? Tandis que l'on excusera celui qui s'est trompé sur les apparences par le jeu de la légitime défense vraisemblable, il s'agirait d'exclure radicalement le bénéfice d'un état de nécessité au motif d'une seule faute même simple en partie causale ayant présidé au déploiement des conditions du péril imminent ?

Cela semble... peu cohérent ; et ce, d'autant plus, lorsque l'on imagine les exclusions sur lesquelles la maintenance d'une telle solution pourrait accoucher. Prenons l'exemple d'un vacancier en montagne qui, en violation d'une obligation de sécurité locale alertant sur un risque d'avalanche, marche dans un sentier enneigé, prudemment, et finit par commettre une violation de domicile s'agissant d'un chalet sur son chemin, afin de se prémunir du péril tiré du fait d'une avalanche surprenante. En pareille situation, il a commis une légèreté blâmable, assurément, qui a présidé à la réalisation du péril et de l'infraction, d'une certaine manière. Mais, sur l'instant, l'infraction est inévitable pour se prémunir du danger ! Et l'agent se retrouve alors confronté sur l'instant à la nécessité de commettre une infraction.

L'infraction commise est justifiée, et ce n'est pas parce qu'au préalable, l'agent a commis une faute, que cela efface toute utilité de l'action. Sûrement serait-il plus cohérent de sanctionner la faute commise antérieurement à titre autonome, le cas échéant, lorsque cela est possible ; ou, en tout cas, distinguer entre faute simple et faute qualifiée, au sens de l'article 121-3 al. 3 et 4 du Code pénal.

## **B - La situation de l'excès dans la riposte**

La loi est a priori silencieuse sur l'excès dans la riposte d'une victime d'une atteinte injustifiée se prévalant de la légitime défense, et il semble donc qu'elle doive seulement être traitée comme un agresseur (1°). Les modèles étrangers présentent parfois des régimes aux directives légales plus précises que ce que l'on peut relever en droit français (2°).

### *1°) La généralité de la loi*

Parce que la légitime défense présuppose une riposte qui soit proportionnée, dans ses moyens, à la gravité de l'atteinte injustifiée, l'individu qui, en réagissant, se montre excessif dans sa riposte ne saurait a priori invoquer le bénéfice de la légitime défense. Sauf à ce que cette disproportion soit admise dans le cadre d'une erreur vraisemblable sur les apparences, auquel cas la focale du juge est déplacée sur la scène de la théorie de la vraisemblance. D'une certaine façon, la légitime poursuit un objectif de restauration de l'équilibre, en ce qu'il vise à compenser l'agression par un mal proportionné ; mais, en aucuns cas, en principe, il ne s'agirait d'offrir le droit à l'excès, car en pareille situation, ce n'est pas l'harmonie perdue de l'ordre social qui se trouve préservée mais un

---

<sup>292</sup> Jean Bergeret, *La notion de fait justificatif en matière de responsabilité pénale et son introduction en matière de responsabilité délictuelle et contractuelle.*, thèse, Droit, Paris, p. 68 et s.

nouveau déséquilibre qui se trouve légitimé. Or, il n'est pas question de cela. Ce n'est pas parce que la victime de l'agression est une victime originaire qu'il lui est permis de se muer en un agresseur libre de toute contrainte.

Pourtant, l'émotion suscitée par l'agression, la difficulté à saisir les tenants et les aboutissants d'une atteinte injustifiée expéditive et imprévisible, la surprise qui en découle et l'état de pur réflex qui peut lui-être sous-jacents sont autant de données qui, dans le cours des événements, peuvent nourrir une certaine disproportion dans la riposte. Et, comme nous l'avons vu, la Cour de cassation accepte d'en tenir considération indirectement, lorsqu'elle se concentre sur les caractéristiques d'une espèce afin d'en apprécier le caractère de nécessité d'une riposte et de sa proportionnalité. Il ne s'agit donc pas d'une véritable prévision de la loi ; et le juge n'est pas enserré là dans un corset de légalité qui voudrait fixer l'intensité du souffle qu'il lui est imposé d'observer. C'est ainsi que des auteurs mettent en lumière le fait que dans l'évaluation de la proportionnalité de la riposte, les « juges utilisent les termes de crainte, de peur, de frayeur, d'impression, de croyance, et même des expressions telles que « se sentir menacé », « se sentir en danger » »<sup>293</sup>.

Et parce qu'après tout, une victime initiale n'est jamais un agresseur initial, il est permis de comprendre parfaitement cette solution qui ne saurait mettre sur un même pied d'égalité et de gravité les situations d'agresseur et de victimes. C'est d'ailleurs pour cette raison que certains droits étrangers prévoient expressément, dans la lettre légale du droit pénal elle-même, la prise en compte des circonstances de l'espèce pour le cas échéant admettre une légère disproportion.

## 2°) *La pertinence de modèles étrangers*

La défense qui est in fine objectivement excessive comparé à la gravité de l'infraction originaire va ponctuellement trouver un aménagement prévu par la loi. Le paragraphe 33 du Code pénal allemand prévoit que le juge doit, au regard des circonstances de l'espèce, admettre la légitime défense en cas d'excès dans certaines circonstances : « Wenn der Täter aus Verwirrung, Angst oder Schrecken über die Grenzen der Selbstverteidigung hinausgeht, wird er nicht bestraft » ; ou autrement dit, « si l'auteur dépasse les limites de la légitime défense par confusion, peur ou terreur, il ne sera pas puni. » Il s'agit donc de tenir compte de l'état d'émotion suscitée par l'atteinte initiale pour forcer l'indulgence d'une évaluation de principe qui, si elle était appliquée avec toute la rigueur qu'est la sienne, accoucherait sur un certain malaise moral à entrer en voie de répression. La répression est dans cette hypothèse de droit allemand parfaitement écartée : la légitime défense est admise pleinement, comme si elle avait été proportionnée dans son intensité.

Le droit étranger démontre néanmoins d'autres formes de traitements qui, s'ils accouchent sur le même état de fait judiciaire, à savoir l'absence de peine à l'égard de l'individu mis en cause et invoquant le bénéfice de la légitime défense, ne procèdent pas tout à fait du même angle de raisonnement. Et le résultat observable l'est alors au final du fait d'un détour par le biais d'un autre mécanisme ; celui de la personnalisation des peines. Le Code pénal suisse fournit ici un éclairage pertinent. En effet, son article 16 al. 1er et 2 prévoit que : « Si l'auteur, en repoussant une attaque, a excédé les limites de la légitime défense au sens de l'art. 15, le juge atténue la peine. Si cet excès provient d'un état excusable d'excitation, ou de saisissement, causé par l'attaque, l'auteur n'agit pas de manière coupable ». Ainsi, l'excès dans la riposte est là, en permanence, traité par le biais d'une atténuation ; ce, parce que la loi y ordonne immédiatement au juge, quelle que soit l'hypothèse, de tenir compte de la situation de victime initiale de l'individu pour au final lui offrir le bénéfice d'une indulgence inconditionnelle. Et, la loi y ajoute que, dans le cas où le juge estime excusable l'excès, au regard de l'état de vive émotion et de surprise engendrée par l'atteinte injustifiée, la légitime

---

<sup>293</sup> Roger Bernardini et Marc Dalloz, *Droit criminel - Volume II : L'infraction et la responsabilité*, Collection Paradigme, Bruylant, p. 367

défense doit être pleinement retenue, de sorte qu'aucune peine ne doit pouvoir entrer en vigueur : la responsabilité pénale est alors écartée. Le droit finlandais, lui, refuse une irresponsabilité face à l'excès, et renvoie seulement au juge le soin de la personnalisation<sup>294</sup>.

Cela démontre que le caractère défensif de l'acte est au coeur du raisonnement qui évalue l'excès dans la riposte. Le législateur fluctue donc dans son traitement, mais la logique de fond est globalement la même ; seule l'indulgence revêt un visage asymétrique, même si, chaque fois, elle est bien présente. À l'aune de ces modèles étrangers, il est permis de souligner que le Code pénal français, lui, refuse de retenir à titre de principe général que celui a excédé les limites d'une riposte proportionnée ne soit pas saisi et jugé comme un contrevenant à la législation pénale. Le juge, le cas échéant, mettra néanmoins en mouvement son pouvoir d'individualisation des peines tiré de l'article 132-1 du Code pénal, qui prévoit expressément que « (...) Toute peine prononcée par la juridiction doit être individualisée. Dans les limites fixées par la loi, la juridiction détermine la nature, le quantum et le régime des peines prononcées en fonction des circonstances de l'infraction et de la personnalité de son auteur ainsi que de sa situation matérielle, familiale et sociale (...) ». Sur la base de ce dernier, il va venir tenir compte de la situation de victime initiale pour décider de la solution judiciaire à adopter. Ce, par le détour d'un principe général, celui donc de l'individualisation, qui n'est toutefois pas propre à la légitime défense mais à l'ensemble du droit pénal.

En 2014, une proposition de loi s'est trouvée soumise à l'examen de l'Assemblée nationale en vue que soit indexé à l'article 122-5 du Code pénal un nouvel alinéa, qui préciserait que « N'est pas pénalement responsable la personne qui, par désarroi, crainte, terreur, un état excusable d'excitation, ou de saisissement causé par l'attaque, dépasse les limites de la légitime défense ». Elle fut néanmoins rejetée. Selon des auteurs<sup>295</sup>, c'est surtout parce qu'elle se contentait d'affirmer une irresponsabilité pénale absolue, en refusant une prise en compte graduelle de la gravité excessive de la riposte, heurtant dès lors la nécessité que soient considérées les nuances du réel. Quoi qu'il en soit, cela démontre que même à l'échelle du législateur, le sujet est discuté de savoir comment est-ce que la loi doit se saisir de la subjectivité de l'instant de la personne mise en cause pour diriger la réponse pénale propre à la riposte excessive.

## Paragraphe 2 : Une conceptualisation discutable de la responsabilité civile connexe

La jurisprudence cultive, dans le silence de la loi, en la matière justificative une conception de la responsabilité civile fondée sur une conception unitaire des faits civils et pénales (A) qui nourrit des situations de véritable injustice et permet d'envisager des évolutions (B).

### A - Le constat d'une approche unitaire des fautes civiles et pénales

La conception unifiée de la jurisprudence (1°) emporte l'adhésion de certains auteurs (2°).

#### *1°) Des conceptualisations unifiées sous le signe de la justification*

Le sujet des contours qui doivent être ceux de la responsabilité civile d'une personne reconnue justifiée dans la commission d'une infraction, et les termes de sa mise en mouvement, ne trouvent pas de règlement dans la lettre formelle de la loi pénale ; ou civile. En effet, sur ce terrain, la loi est silencieuse, et laisse par conséquent, de facto, à la discrétion des théories élaborées par les juges le

---

<sup>294</sup> Code pénal de Finlande, 2008, Chapitre 4, Section 4 : « L'auteur d'une violation n'est pas exempt de peine, mais la peine prévue doit être tempérée si le délit a été accompli par qui, agissant en état de légitime défense, n'a pas gardé la modération requise ».

<sup>295</sup> Roger Bernardini et Marc Dalloz, Droit criminel - Volume II : L'infraction et la responsabilité, Collection Paradigme, Bruylant, p. 433

soin de se saisir de la question pour délimiter le champ de sa configuration. C'est ainsi que la jurisprudence s'est attelée à cimenter une approche unitaire des fautes civiles, pourtant essentiellement utilitaristes et tournées vers la réparation, et des fautes pénales, sanctionnatrices, en la matière, pour retenir que l'irresponsabilité pénale tirée de la justification au pénal doit emporter irresponsabilité civile subséquente. Ainsi que le relève un auteur, « cela conforte l'idée d'une extension, d'un prolongement, de l'irresponsabilité pénale en droit civil. »<sup>296</sup>.

Cette solution rompt avec celle qui se retrouve pour une partie des causes subjectives d'irresponsabilité pénale. Et ainsi que le synthétise un autre auteur, « si les trois causes objectives d'irresponsabilité pénale ont également en commun de supprimer la responsabilité civile de l'auteur des faits, ce n'est normalement pas le cas des causes subjectives d'irresponsabilité pénale. »<sup>297</sup>. S'agissant ainsi de l'individu déclaré irresponsable pénalement pour cause de privation de discernement à raison d'un trouble mental, la responsabilité civile survit à l'irresponsabilité pénale reconnue. L'ancien article 489-2 du Code civil<sup>298</sup>, et qui devenu l'article 414-3 du Code civil, prévoient ainsi que « Celui qui a causé un dommage à autrui, alors qu'il était sous l'emprise d'un trouble mental, n'en est pas moins obligé à réparation ». Il en va de même pour l'irresponsabilité tirée de la circonstance de minorité de l'auteur d'une infraction<sup>299</sup>, qui n'emporte pas irresponsabilité civile ce qui permet, le cas échéant, d'engager la responsabilité des parents du mineur non émancipé ayant causé le dommage litigieux. Comme le souligne un auteur<sup>300</sup>, pour la contrainte, la chose est plus subtile et inversée, à raison du fait que les caractéristiques de cette dernière recoupent celles de la force majeure en droit civil, exonératoire de responsabilité ; en effet, la contrainte emporte irresponsabilité pénale de l'individu mis en cause lorsqu'elle résulte « d'un évènement indépendant de la volonté humaine et que celle-ci n'a pu ni prévoir ni conjurer »<sup>301</sup>.

S'agissant cependant des causes objectives d'irresponsabilité, à savoir donc des faits justificatifs, la Cour de cassation considère d'abord que pour la légitime défense, et même lorsque la demande de réparation se fonde sur la responsabilité du fait des choses<sup>302</sup>, elle est irrecevable d'un point de vue civil<sup>303</sup> : « la légitime défense reconnue par le juge pénal ne peut donner lieu, devant la juridiction civile, à une action en dommages-intérêts de la part de celui qui l'a rendue nécessaire », affirme-t-elle. Le raisonnement est identique en matière d'ordre ou d'autorisation de la loi, où la Cour de cassation, notamment s'agissant de l'appréhension de l'auteur d'une infraction flagrante placée sous le signe de l'article 73 du Code de procédure pénale, considère que le concerné ne peut voir sa responsabilité civile délictuelle comme du fait des choses engagée<sup>304</sup>. Et l'état de nécessité entretient le même regard, puisque comme le retient de longue date la Cour de cassation, « L'accomplissement d'un acte nécessaire exclut toute faute de la part de l'agent. (...) Doit être cassé l'arrêt qui, après avoir constaté qu'un motocycliste tenant régulièrement sa droite et voyant une automobile arriver sur lui en circulant sur la gauche de la chaussée a brusquement changé de direction pour éviter la collision, déclare, néanmoins, que la responsabilité doit être partagée entre l'auteur et la victime et de l'accident »<sup>305</sup>. Récemment, c'est l'affaire de l'Ours cannelle, laquelle a fait l'objet d'une première mention précédemment, qui est venue rappeler une telle position, la Cour de cassation y déclarant qu'« une cause d'irresponsabilité ou d'impunité au sens des articles

---

<sup>296</sup> Hajer Rouidi, *Une notion pénale à l'épreuve de la responsabilité civile : les faits justificatifs*, RSC 2016, n°1, pp. 17-26

<sup>297</sup> Frédéric Desportes, Francis le Guhenec, *Droit pénal général*, 15e édition, septembre 2008, p. 661

<sup>298</sup> Hérité de la loi du 3 janvier 1968 portant réforme du droit des incapables majeurs

<sup>299</sup> Ass. plén., 9 mai 1984, B., civ., n°1 et n° 4

<sup>300</sup> Frédéric Desportes, Francis le Guhenec, *Droit pénal général*, 15e édition, septembre 2008, p. 631 et s.

<sup>301</sup> Cass. crim. 8 mai 1974, n° 165

<sup>302</sup> Ancien article 1384 al. 1er du Code civil ; devenu l'article 1242, lequel prévoit en son premier alinéa que « On est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre, ou des choses que l'on a sous sa garde. »

<sup>303</sup> Cass. civ. 2e, 22 avr. 1992, n° 90-14.586

<sup>304</sup> Cass. civ. 2e, 10 juin 1970, D. 1970

<sup>305</sup> Cass. crim., 12 mai 1950, Bull. crim., n° 154

122-1 à 122-7 du Code pénal (est une) circonstance qui empêcherait toute déclaration de responsabilité civile de l'auteur ».

## 2°) Une solution qui emporte l'adhésion de certains auteurs

Le juge pénal cultive ainsi en la matière une approche qui accueille la justification de la faute pénale, vidée de son caractère infractionnelle, comme une circonstance qui met à l'écart toute faute civile, et même toute responsabilité civile sans faute fondée sur la garde de la chose. Certains auteurs, à l'origine de projets de réformes de la responsabilité civile qui font actuellement l'objet d'un travail de réflexion au sein de la Chancellerie, semblent donner du crédit à cette solution particulière de conjugaison des fautes pénales et civiles. François Terré, dont le projet de réforme du droit des contrats a largement alimenté la réforme du droit des obligations tirées de l'ordonnance de 2016<sup>306</sup>, a travaillé notamment sur un rapport proposant des perspectives de réformes du droit de la responsabilité civile, au sein duquel il propose une solution particulière. Il propose effectivement un article 45 al. 1er<sup>307</sup> qui supporte l'inscription suivante : « Conformément aux dispositions du Code pénal, le fait dommageable ne donne pas lieu à responsabilité lorsqu'il était prescrit par des dispositions législatives ou réglementaires, imposé par l'autorité légitime, ou commandé par la nécessité de la légitime défense ou de la sauvegarde d'un intérêt supérieur. Néanmoins, lorsque le fait dommageable était justifié par la nécessité de la sauvegarde d'un intérêt autre que celui de la victime, celle-ci a droit à une réparation équitable de son dommage. » Et, comme ce dernier le déclare en soutien à la proposition qu'il formule, avec une telle solution, « le fondement du droit à réparation ne peut ici être la faute de l'auteur du dommage, cette qualification étant nécessairement écartée par la reconnaissance d'un fait justificatif. C'est en rattachant cette réparation à l'équité qu'il est possible de l'admettre ce qui manifeste une relative autonomie des faits justificatifs en matière civile par rapport à la matière pénale. ».

Il est intéressant de relever qu'ici, l'auteur opère une distinction entre deux situations ; d'abord, celle où le dommage né de l'infraction justifiée à raison de l'état de nécessité est subi pour sauvegarder l'intérêt de la victime elle-même. Il s'agira, par exemple, du cas où l'individu justifié a cassé la vitre d'une maison pour y éteindre le feu qui prend corps en son sein, afin de sauver la bâtisse d'un incendie qui découlerait de la propagation des flammes. Le dommage est souffert par le propriétaire de la maison ayant souffert la dégradation et la violation de domicile ; mais ce, afin de lui préserver l'intégrité des lieux et donc son droit de propriété. En pareille hypothèse, l'intérêt sauvegardé appartient à la victime du fait dommageable ; de sorte que, selon l'auteur, l'équité commande de déclarer l'agent justifié irresponsable civilement. La seconde situation est, alors, celle où l'infraction commise au titre de la nécessité a causé un dommage à une personne tierce qui ne profite pas de l'intérêt sauvegardé par l'action. Par exemple, et l'auteur l'évoque expressément<sup>308</sup>, le cas où « la nécessité de porter assistance à une personne en danger conduit à endommager volontairement le bien d'un tiers ». En pareille hypothèse, l'auteur préconise donc un droit à réparation fondé sur la responsabilité civile de l'agent justifié, en référence à l'équité, parce que, la victime innocente ne profitant de rien dans l'infraction commise, il peut apparaître difficile moralement de le laisser sans prise dans le fait d'assumer seul le fardeau du dommage s'étant matérialisé.

## B - Le constat d'un mouvement de remise en cause

---

<sup>306</sup> Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations

<sup>307</sup> F. Terré (dir.), *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, Dalloz, 2011, p. 185-187

<sup>308</sup> Ibid

Prends corps un éventail de critiques à l'égard de cette conception cultivée par le juge pénal, qui dans le cas de l'état de nécessité (1°) comme de la légitime défense, notamment, permettent d'envisager des évolutions (2°).

### 1°) L'état de nécessité du fait, face à une victime innocente

Il n'est pas absurde ni incohérent juridiquement de militer en faveur d'une métamorphose de la solution généraliste qu'emporte l'unité des fautes pénales civiles à l'aune de la justification. En effet, la loi ne prévient rien, et tout est l'oeuvre d'une jurisprudence particulièrement indulgente à l'égard de celui qui a agi de façon infractionnelle à des fins qui n'apparaissent ni antisociales, ni inspirées par la réalité d'un esprit criminel qui appellerait la sévérité. Pourtant, il est des situations dans lesquelles cette unité donne naissance à des situations dont il est parfaitement légitime d'interroger l'équilibre. La réserve dérogoire sur l'état de nécessité de François Terré l'illustre de façon éclatante sur la scène de l'état de nécessité. La victime « innocente » d'une infraction justifiée, parce qu'elle est apparue nécessaire, se retrouve en l'état des choses contrainte d'assumer seule le poids, le cas échéant, d'un dommage qui ne lui profite aucunement, elle qui « n'a ni voulu, ni contribué à la réalisation du dommage qu'elle subit »<sup>309</sup>. Et comme l'illustre un auteur<sup>310</sup>, il est permis de considérer que la jurisprudence pourrait cultiver une dérogation dans ce cas spécifique de l'état de nécessité fondée sur la responsabilité du fait des choses à l'égard du gardien<sup>311</sup> ; ce, lorsque le dommage justifié pénalement a été commis par l'entremise d'une chose. « La justification par l'état de nécessité ne fait pas obstacle à la condamnation du gardien sur le fondement des articles 1384, al. 1er du Code civil », retient un auteur<sup>312</sup>. La rationalité d'une telle décision s'admet parfaitement, puisque le raisonnement civiliste mobilisé alors s'exempte de toute référence à une faute civile dont il faudrait alors « forcer » l'identification dans une action que le droit pénal refuse de considérer comme fautive. Ainsi que le soulève d'ailleurs un auteur pré-cité dans un vaste argumentaire qui se fait l'inventaire des différentes perspectives d'évolutions que soutiennent une pluralité d'autres juristes<sup>313</sup>, « certains auteurs défendent la possibilité pour la victime d'obtenir réparation sur le fondement des articles 1240 et 1241 du Code civil, lorsque l'acte nécessaire a été accompli pour sauvegarder ses intérêts propres ou d'autres intérêts équivalents », comme le professeur Jean Pélissier, qui fait valoir que « les actes justifiés par l'état de nécessité ne sont pas socialement utiles lorsque l'intérêt sacrifié a la même valeur que l'intérêt sauvegardé »<sup>314</sup>. Dans cette situation, une faute au sens civil du terme appréciée avec souplesse, si « l'agent ne s'est pas conduit en homme diligent et prudent »<sup>315</sup>, permettrait le cas échéant de l'astreindre à une indemnisation civile.

### 2°) La légitime défense vraisemblable, face à une victime innocente

Et puis, ainsi que le relèvent les auteurs cités précédemment, s'il est bien une situation qui apparaisse difficile à justifier du point de vue d'une certaine intuition d'équilibre, c'est bien celle de l'irresponsabilité civile dont profite l'auteur d'une action légitimée par application de la théorie de la vraisemblance au visa de la légitime défense. En effet, dans cette situation, un individu a cru en l'existence d'une atteinte injustifiée qui n'existe pas ; pour au final riposter. Comment concevoir que malgré l'existence d'indices concordants, l'agresseur putatif n'ait droit à aucune indemnisation

---

<sup>309</sup> Hajer Rouidi, *Une notion pénale à l'épreuve de la responsabilité civile : les faits justificatifs*, RSC 2016, n°1, pp. 17-26

<sup>310</sup> Ibid

<sup>311</sup> Celui qui a un pouvoir d'usage, de contrôle, et de direction de la chose, tel que le conçoit une jurisprudence constante en la matière

<sup>312</sup> Evan Raschel, *La responsabilité sans faute*, in Jean-Baptiste Perrier (dir.), *Le juge pénal et l'indemnisation de la victime*, colloque Université d'Auvergne, mars 2015

<sup>313</sup> Hajer Rouidi, *Une notion pénale à l'épreuve de la responsabilité civile : les faits justificatifs*, RSC 2016, n°1, pp. 17-26

<sup>314</sup> Jean Pélissier, *Faits justificatifs et action civile*, D. 1963, p. 126

<sup>315</sup> Ibid

de la part de l'auteur de la riposte au final assimilable à une seule agression unilatérale ? Ainsi que le relève le professeur Jean Pélissier, « le fait d'avoir inspiré à l'agressé un sentiment de crainte ne saurait constituer une faute, dès lors qu'aucune agression, ni même tentative d'agression, n'ont été constatées »<sup>316</sup>. Dans cette hypothèse, une faute ou encore une simple négligence ou imprudence au sens de l'article 1241 du Code civil permettait dès lors parfaitement rationnellement, et respectueusement de la cohérence juridique, d'ouvrir un droit à indemnisation ; et il n'y aurait rien de surprenant à la retenir, tout au moins dans une grande diversité d'hypothèses où une certaine légèreté pourrait s'immiscer dans l'interstice des éléments objectifs donnant du crédit aux apparences permettant le bénéfice de la légitime défense vraisemblable. Le professeur conclut en des termes éloquents : « La condamnation pénale de l'auteur serait sans doute excessive, mais son exonération civile semble tout autant inéquitable. ».

Ainsi, l'extension de l'irresponsabilité civile en matière justificative apparaît questionnable, et parachève une modulation de l'institution qu'est la justification impulsée par l'esprit d'une certaine indulgence. Indulgence qui, assurément, n'est pas nécessairement la plus juste dans les hypothèses pré-citées, surtout lorsqu'il s'agit de laisser isolée une victime chargée de pallier seule à la réparation d'un dommage qu'elle n'a jamais nourri, ni appelé, ni favorisé d'une manière quelconque. La faveur faite à celui qui agit dans une perspective salutaire ne saurait systématiquement justifier le fardeau de celui qui mène une existence parallèle calme et parfaitement respectueuse du cadre social. Parce que, sinon, c'est considéré que le tiers calme et tranquille, qui mène une existence conforme au droit, se trouve traité avec moins d'indulgence que celui qui, à la frontière de l'illicéité, a causé un dommage que l'autre souffre. La mise en balance paraît... mal ajustée ; et il est dès lors juste, véritablement, d'appeler de ses vœux l'émergence d'un mouvement en jurisprudence qui redéfinisse les contours d'un régime actuel, ponctuellement insatisfaisant.

---

<sup>316</sup> Jean Pélissier, *Faits justificatifs et action civile*, D. 1963, p. 126

## CHAPITRE 2

### UNE MODULATION CONJUGUÉE AU DÉPLOIEMENT D'UN CONTRÔLE DE CONVENTIONNALITÉ DE L'APPLICATION DE LA LOI

Sur la base du développement de la méthode-dite du contrôle de conventionnalité concret de la loi, ou encore du contrôle de conformité pratique de la loi avec les conventions internationales s'est développé parallèlement au mécanisme de la justification la méthode-dite d'un contrôle *in concreto* (**Section 1**). Cette réalité, si elle renforce le poids du juge dans la légitimation en droit pénal, n'est encore qu'à ses débuts, de sorte que, critiquée par un vaste mouvement de la doctrine, il est encore difficile de déterminer le visage intégral qui va être le sien dans la matière (**Section 2**).

#### **Section 1** : L'émergence du contrôle de conventionnalité *in concreto*

Impulsé sur la base du contrôle *in abstracto* (§1), le contrôle *in concreto* matérialise une pratique judiciaire qui, sous l'influence de la Cour européenne des droits de l'Homme, a gagné la matière pénale (§2).

Paragraphe 1 : Une pratique fondée sur le préalable du contrôle de conventionnalité *in abstracto*

Le contrôle de conventionnalité *in abstracto*, né de la consécration des droits fondamentaux à l'échelon conventionnel et au sommet de la hiérarchie des normes (**A**), est devenu l'apanage des juges du fond face à un refus du Conseil constitutionnel de l'exercer (**B**).

#### **A** - La référence à la valeur supra-nationale des droits fondamentaux

C'est d'abord la consécration de la Convention européenne des droits de l'Homme (**1°**) et ensuite la configuration de la hiérarchie des normes qui place en son sommet les droits fondamentaux qui a servi d'assise légitimante au développement du contrôle de conformité pratique (**2°**).

##### *1°*) Le creuset de la Convention européenne des droits de l'Homme

Au lendemain de la Seconde Guerre mondiale, le besoin fortement ressenti de défendre l'humanité contre toute forme de négation, de protéger la vie humaine des ténèbres de l'oppression et la liberté des rafales destructrices de l'autorité aveugle, fait sentir le besoin dans nombre d'États européens de redoubler d'efforts dans la poursuite de la préservation des droits de l'Homme. C'est ainsi que créé par le traité de Londres en date du 5 mai 1949, le Conseil de l'Europe est pensé et institué en vue d'astreindre les États parties à l'observation d'un engagement mutuel ; à savoir, celui de respecter les droits fondamentaux consignés dans une charte particulière, la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme, laquelle entre en vigueur quelques années plus tard, en 1953. Inspirée de la Déclaration universelle des droits de l'Homme adoptée dans l'enceinte des Nations Unies en 1948, cette dernière consigne par écrit un inventaire de libertés, de principes et de droits généraux, estimés fondamentaux dans une démocratie et par référence auxquelles, ainsi que dans le respect desquels, il est attendu des États de façonner le cadre de la vie en collectivité qui leur est propre. Complétée a posteriori par une diversité de protocoles additionnels, la Convention proclame, entre autres, le droit à la vie<sup>317</sup>, garantie la protection de l'intégrité physique<sup>318</sup>, le droit à un procès équitable<sup>319</sup> et le principe de légalité criminelle<sup>320</sup>, le droit au respect de la vie privée et

---

<sup>317</sup> Article 2 de la Convention européenne des droits de l'Homme

<sup>318</sup> Articles 3 et 4 de la Convention européenne des droits de l'Homme

<sup>319</sup> Article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme

<sup>320</sup> Article 7 de la Convention européenne des droits de l'Homme

familiale<sup>321</sup>, et la liberté d'expression, de conscience et de religion<sup>322</sup>, ou encore l'interdiction de la discrimination<sup>323</sup>. Et, c'est organisée autour d'une Cour unique, finalement, précisément la Cour européenne des droits de l'Homme, dépositaire d'une compétence juridictionnelle pour statue in concreto sur les violations alléguées de la part d'États parties, que la Convention européenne s'est depuis développée dans ses ramifications et ses implications, poussée par le dynamisme interprétatif des juges européens, au point d'asseoir une influence considérable sur la politique menée par les États signataires. Et si la France ne ratifie elle la Convention qu'en 1974, ce après l'autorisation du Parlement national, elle épouse les rangs de ces États qui se sont ainsi engagés à respecter la supériorité des droits consacrés.

Cette ratification de l'État français intervient en 1974, soit bien après l'adoption en 1958 de la Constitution de la Vème République à l'occasion d'un référendum ; et donc, dans un cadre constitutionnel qui, expressément, reconnaît la supériorité des traités, sous l'angle hiérarchique, sur la loi. En effet, l'article 55 de la Constitution formelle proclame cette supériorité : « Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie. ». La réalité permet ainsi de conclure que cette supériorité est parfaitement légitime, dès lors que c'est à la fois la Constitution formelle adoptée par voie référendaire qui la prévoit, et que c'est par la voie parlementaire, dans le respect de la Constitution formelle qui prévoit une ratification particulière<sup>324</sup>, qu'a été ratifié la Convention européenne. C'est le 2 octobre 1981 que la France admet ensuite l'instauration, dans l'ordre interne, d'une voie de recours individuel, permettant à toute personne physique, ONG ou groupe de particuliers s'estimant victime d'une violation de ses droits tels que garantis par la Convention de saisir directement la Cour européenne.

## 2°) Une convention de légitimité pleine et entière

C'est sur cette base constitutionnelle et conventionnelle que les droits fondamentaux ont, de facto, trouvé à occuper une place de premier rang dans le respect de l'expression du vœux populaire et de l'architecture systémique mise en place dans le cadre de la Vème République. La Convention embrasse dès lors le visage de la thématique de l'auto-limitation du pouvoir, évoquée précédemment, en ce qu'elle circonscrit le champ opératoire du pouvoir politique, contraint de veiller à s'accommoder de l'observation des garanties telles qu'interprétées par les juges européens ; corseté par une forme légalité supra-nationale forgée dans le moule des droits fondamentaux, le pouvoir est tenu de déployer les garanties énoncée et de renoncer à un versant de l'action politique. Et c'est forte de sa légitimité institutionnelle que la Convention est venue métamorphoser ainsi la répartition des rôles et des fonctions dans le système politique : parce que, sans cette dernière, le juge national n'aurait pas trouvé de légitimité à pouvoir exercer son rôle de protecteur des garanties conventionnelles. Ainsi que le synthétise un auteur, « cette légitimité supra-nationale de la Convention est indispensable pour que le juge national remplisse son rôle de protecteur des libertés (...) : écarter la loi nationale réclame une légitimité tirée d'une norme supérieure, une légitimité permettant de contrôler la légalité »<sup>325</sup>.

---

<sup>321</sup> Article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme

<sup>322</sup> Article 10 de la Convention européenne des droits de l'Homme

<sup>323</sup> Article 14 de la Convention européenne des droits de l'Homme

<sup>324</sup> L'article 53 de la Constitution de la Vème République prévoit effectivement que « Les traités de paix, les traités de commerce, les traités ou accords relatifs à l'organisation internationale, ceux qui engagent les finances de l'Etat, ceux qui modifient des dispositions de nature législative, ceux qui sont relatifs à l'état des personnes, ceux qui comportent cession, échange ou adjonction de territoire, ne peuvent être ratifiés ou approuvés qu'en vertu d'une loi. Ils ne prennent effet qu'après avoir été ratifiés ou approuvés.»

<sup>325</sup> Bertrand de Lamy, « *La légitimité du juge européen des droits de l'homme* », La légitimité des juges, édité par Jacques Raibaut et Jacques Krynen, Presses de l'Université Toulouse Capitole, 2004, p. 163-172, n° 52

Cet effort de métamorphose politique s'inscrit en réalité dans un mouvement plus large de renforcement de protection des droits fondamentaux et d'auto-limitation du pouvoir politique, puisque la période évoquée est celle, aussi, d'un renforcement du contrôle judiciaire des garanties constitutionnelles qui intègrent en leur sein des libertés fondamentales. La décision Liberté d'association<sup>326</sup>, qui élargit le champ de référence à l'aune duquel le Conseil constitutionnel est habilité à prononcer sur la conformité des lois à la Constitution, illustre bien cette dynamique ; dynamique renforcée par ailleurs par l'instauration du mécanisme de la question prioritaire de constitutionnalité, mise en place à l'occasion d'une révision constitutionnelle en date de 2008<sup>327</sup>, qui permet non seulement un contrôle de constitutionnalité de la loi *a posteriori*, mais encore une voie de saisine à disposition du justiciable. Ainsi que le met néanmoins en lumière un auteur<sup>328</sup>, ce contrôle est, il faut rester pragmatique, limité par une procédure de double-filtre, qui fait intervenir d'abord le juge du fond puis la Haute-juridiction de la sphère juridictionnelle concernée, de sorte que s'il s'agissait là de « remettre la Constitution entre les mains du citoyen »<sup>329</sup>, le citoyen demeure en position de « mineur constitutionnel »<sup>330</sup> dans l'État de droit. Mais l'essentiel est ici de voir qu'il est, néanmoins, question d'une période de renforcement des libertés fondamentales, et que l'office du juge en matière conventionnelle va venir intervenir dans le contexte global d'une juridictionnalisation du droit constitutionnel français.

## B - Le rôle du juge dans le fait de veiller au respect des conventions internationales

Face au refus du juge constitutionnel français d'exercer le contrôle de conventionnalité des lois (1°), les juges du fond se sont faits les dépositaires d'une compétence qui rayonne aujourd'hui sur la matière pénale (2°).

### 1°) Le refus du Conseil constitutionnel

Parce qu'effectivement, le juge national s'est, alors que cela ne participait pas de ses compétences légalement organisées, reconnu la prérogative que de procéder à un contrôle de conventionnalité de la loi ; et ce notamment, dès lors, au regard de la Convention européenne, et de l'éventail des garanties qu'elle énonce.

En 1975, le Conseil constitutionnel refuse toute compétence en matière de contrôle de conventionnalité des lois *in abstracto*, dans une décision au sein de laquelle ce dernier affirme qu'il « n'appartient pas au Conseil constitutionnel, lorsqu'il est saisi en application de l'article 61 de la Constitution, d'examiner la conformité d'une loi aux stipulations d'un traité ou d'un accord international »<sup>331</sup> ; et ce, malgré le principe de primauté des lois. Il justifie alors cette décision par deux arguments : d'abord, un argument de pur droit, fondé sur l'interprétation de l'article 61 de la Constitution formelle, et ensuite un second, fondé cette fois sur des considérations d'ordre pratique, le Conseil constitutionnel étant astreint à une obligation de bref délai dans le rendu de ses décisions, à savoir d'un mois, ce qui complexifie l'examen de conventionnalité d'une loi qui serait devant lui renvoyée pour contrôle, face à l'immense corpus de conventions internationales ratifiées par la France. Cette décision a sur l'instant nourri un vaste mouvement d'opposition, certains décrivant d'ailleurs l'un de ses considérants estimé peu pertinent ; il s'agissait du considérant n°5 de la décision, au sein duquel le Conseil constitutionnel affirmait qu' « une loi contraire à un traité ne

---

<sup>326</sup> C. C., Décision n° 71-44 DC, 16 juillet 1971, *Liberté d'association*

<sup>327</sup> La QPC née de la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 *sur la modernisation des institutions*

<sup>328</sup> O. Pfersmann, « Le renvoi préjudiciel sur exception d'inconstitutionnalité : la nouvelle procédure de contrôle concret *a posteriori* », *Les petites affiches*, 19 décembre 2008, n°254

<sup>329</sup> Formule attribuée à Jean-Louis Debré, citée in G. Tusseau, « La fin d'une exception française ? », *Pouvoirs*, n°137, p. 5-17

<sup>330</sup> Ibid, l'auteur, critique, dénonçant une volonté de « limiter l'accès direct du peuple aux sphères de décision »

<sup>331</sup> CC. 15 Janvier 1975, n° 74-54 DC, IVG, considérant n°7

serait pas, pour autant, contraire à la Constitution ». Ainsi que le souligne un auteur, « dans l'hypothèse où une loi violerait une convention ratifiée par la France, elle violerait indirectement l'article 55 de la Constitution, puisque ce dernier reconnaît la supérieure hiérarchique des traités sur la loi ; de sorte qu'en ce qu'il impose au législateur de respecter les conventions, cet article s'en trouverait violé »<sup>332</sup>.

C'est face à cette forme de négation de compétence que, comme l'énonce l'auteur pré-cité, « le juge ordinaire a dû se résoudre au contrôle de conventionnalité, afin de garantir l'effectivité de l'article 55 de la Constitution »<sup>333</sup>.

## 2°) La réaction des juridictions du fond

En 1975, soit la même année que la décision IVG du Conseil constitutionnel, la Cour de cassation, tirant les conclusions de cette dernière, décide, à l'occasion d'une espèce particulière, de se saisir de la compétence du contrôle de conventionnalité de la loi. Il est question ici de la célèbre décision Jacques Vabres<sup>334</sup>, où la Cour de cassation déclare que « c'est à bon droit et sans excéder ses pouvoirs que la cour d'appel a décidé que l'article 95 du traité devait être appliqué en l'espèce à l'exclusion de l'article 265 du code des douanes bien que ce dernier texte lui fût postérieur. », consacrant dès lors, discrètement, la méthode du contrôle de conventionnalité *in abstracto* ; et ce, au détour d'une validation du raisonnement de la Cour d'appel qui, en l'espèce, avait décidé qu'une application de la loi nationale instaurant une taxe incompatible avec le traité de Rome devait être écartée. Du point de vue de l'ordre judiciaire, la chose était alors réglée d'un point de vue *in abstracto* ; et plus tard, la juridiction administrative se saisit elle-aussi de la-dite prérogative, à l'occasion de son arrêt Nicolo en date de 1989<sup>335</sup>.

Néanmoins, il ne s'agit alors que d'un « simple » contrôle de conventionnalité *in abstracto* : c'est-à-dire qu'il s'agit pour le juge d'évaluer la conformité d'un texte de loi, dans sa textualité et son abstraction normative propre, avec un texte de loi d'ordre supra-national, conventionnel, pour en tirer la conclusion d'une mise à l'écart du texte de loi considéré lorsque ce dernier semble entrer en contradiction ou ne pas épouser les implications abstraites qu'impose hiérarchiquement la convention internationale. De ce point de vue, la réflexion demeure abstraite, consignée dans un raisonnement détaché de toute espèce propre dans l'examen intellectuel dispensé. Un exemple récent tiré de la sphère de la procédure pénale et ayant trait au droit à l'assistance d'un avocat peut ici être avancé. L'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme prévoit que « Tout accusé a droit notamment à se défendre lui-même ou avoir l'assistance d'un défenseur de son choix et, s'il n'a pas les moyens de rémunérer un défenseur, pouvoir être assisté gratuitement par un avocat d'office, lorsque les intérêts de la justice l'exigent »<sup>336</sup>. Ainsi, à l'occasion de plusieurs affaires en date du 15 avril 2011<sup>337</sup>, et saisie d'une exception d'inconventionnalité, la Cour de cassation est venue affirmer que la garde-à-vue française, et plus précisément les règles qui la gouvernent telles que consignées au niveau de l'article 63-4 du Code de procédure pénale, ne sont pas conformes aux exigences de l'article 6 § 1, au motif que le droit à un procès équitable impose que la personne placée en garde-à-vue bénéficie de l'assistance d'un avocat dès le début de la mesure privative de liberté, et notamment au cours de ses interrogatoires. Ce faisant, la Cour de cassation est venue tirer toutes les conclusions d'une condamnation récente de la France par la Cour européenne des droits de l'Homme sur ce terrain, par l'arrêt Brusco c/ France en date du 14 octobre 2010, où les juges

---

<sup>332</sup> Pierre Rousseau, *La légitimité de l'infraction*, Thèse, Édition Mare et martin, 2021, p. 135, n° 135

<sup>333</sup> Ibid

<sup>334</sup> Cass. Ch. mixte, 24 mai 1975, Société « Café Jacques Vabres »

<sup>335</sup> CE, 20 octobre 1989, *Nicolo*, 108243, publié au recueil *Lebon*

<sup>336</sup> Article 6, paragraphe 3, c) de la Convention européenne des droits de l'Homme

<sup>337</sup> Ass. Plen. 15 avril 2011, n°10- 17.049 ; n°10-30.313 ; n°10-30.316 ; n°10-30.242

européens étaient venus ré-affirmer que « La Cour rappelle également que la personne placée en garde à vue a le droit d'être assistée d'un avocat dès le début de cette mesure ainsi que pendant les interrogatoires, et ce a fortiori lorsqu'elle n'a pas été informée par les autorités de son droit de se taire »<sup>338</sup>. Le régime de la garde-à- vue a par la suite été modifié, de manière à tenir compte de la nécessité que l'avocat puisse accompagner la personne soupçonnée durant ses auditions et confrontations.

L'intérêt est ici de mettre en lumière la teneur d'un contrôle de conventionnalité in abstracto : la loi nationale, parce qu'elle entraine en contradiction avec les prescriptions conventionnelles hiérarchiquement supérieure en ne prévoyant pas une mesure d'assistance imposée par la convention hiérarchiquement supérieure, s'est trouvée mise à l'écart par le juge, qui sans disposer d'un pouvoir d'abrogation, fait simplement le choix de ne pas l'appliquer et de faire comme si celle-ci n'existait pas dans le complexe légal. Les choses ont ensuite évolué dans un sens plus concret, précisément parce que le juge pénal s'est autorisé à pouvoir compléter son contrôle abstrait par un contrôle de conformité pratique et circonstancié. Au point de donner corps à une analyse de François Gény rédigée il y a près d'un siècle, qui soutenait l'importance d'une méthode du juge qui consisterait « à reconnaître les intérêts en présence, à évaluer leur force respective, à les peser, en quelque sorte, avec la balance de la justice, en vue d'assurer la prépondérance des plus importants, d'après un criterium social, et finalement d'établir entre eux l'équilibre éminemment désirable »<sup>339</sup>.

#### Paragraphe 2 : Une pratique développée sous l'égide de la Cour européenne

Après être apparue sur la scène du droit civil (**A**), la méthode du contrôle in concreto s'est propagée dans la matière pénale au point de devenir un instrument d'envergure du juge pénal en matière de légitimation des infractions (**B**).

#### **A** - Une première matérialisation sur la scène civiliste

C'est face à la casuistique de la Cour européenne (**1°**) que le juge civil s'est historiquement fait le dépositaire d'un tel contrôle (**2°**).

##### *1°) Une méthode inspirée par la Cour européenne*

La Cour européenne, dans son office interprétatif des garanties fondamentales consignées abstraitement dans la Convention, opère un contrôle de l'espèce soumise à son examen avec beaucoup de hauteur de vue ; il s'agit là, par une analyse minutieuse, de ne regarder si, en l'état et dans les faits appréhendés, les garanties conventionnelles trouvent un degré de réalisation suffisant pour que puisse être considéré qu'elles sont respectées. Autrement, si la Cour européenne se contentait d'une lecture abstraite de l'état du droit des États qui relèvent de sa compétence, les droits pourraient demeurer « théoriques et illusoire », vidés de leur teneur protectrice, sans trouver un « degré objectif de réalisation concrète dans la pratique sociale ». Certains auteurs parlent là d'une « approche réaliste du droit »<sup>340</sup>.

Un exemple permet de l'illustrer. La Cour européenne veille, à titre illustratif, à ce que l'impartialité des juges soit, au regard des garanties du procès équitable tel que consigné dans l'article 6 de la Convention européenne, pleinement effective. C'est ainsi que, dans l'hypothèse du cumul de fonctions d'un juge pénal à l'occasion d'une même affaire, et donc sur le versant de l'impartialité

<sup>338</sup> CEDH, Brusco c/ France, 14 octobre 2010, req. n°1466/07

<sup>339</sup> F. Gény, Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif, t. 2, 2e éd., Sirey, 1932, p. 167, rééd., LGDJ, coll. « Anthologie du droit », 2016

<sup>340</sup> Patrice Spinosi, *Quel regard sur la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur le procès équitable ?* Les nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel, n°44, 1er juin 2014, p. 23

fonctionnelle des juges pénaux qui renvoie à la situation dans laquelle un juge, à raison de sa position dans le complexe des structures judiciaires, a déjà connu des faits sur lesquels il statue, n'a pas déjà connu des faits d'une façon qui lui a permis d'en examiner les éléments à charge et ainsi de se positionner dessus de façon à pouvoir s'être déjà convaincu de la solution à prendre, et de la culpabilité de l'individu. S'agissant de la situation de cumul de fonctions d'un juge au stade de l'instruction en prononçant sur la détention provisoire, et du jugement, la Cour européenne considère que cette dernière n'est pas, à elle seule, à même de permettre de conclure que le juge, au stade du jugement, était impartial ; encore faut-il que des indices permettent de croire que le juge, subjectivement, s'est trouvé animé en l'espèce d'une première idée de culpabilité susceptible de fausser le jeu de son impartialité au stade du jugement<sup>341</sup>. C'est ainsi que dans l'arrêt Hauschildt, la Cour européenne considère que « dans les circonstances de la cause, l'impartialité des juridictions compétentes pouvait paraître sujette à caution, et l'on peut considérer comme objectivement justifiées les craintes de M. Hauschildt à cet égard », pour en conclure qu'« en conséquence, il y a eu violation de l'article 6 par. 1 de la Convention ». Ici, c'était précisément parce que « dans neuf des ordonnances prorogeant la détention provisoire de M. Hauschildt », le juge litigieux présidant la juridiction avait au stade l'instruction fondé ses prolongations sur l'article 762 du Code de procédure pénale danois, à savoir au motif d'un « danger de nouvelles infractions » sans détention provisoire, notamment.

Il est donc question d'une appréciation concrète, et donc d'une appréciation de l'ingérence au regard de circonstances de la cause qu'opère le juge européen. Sa réflexion est ainsi coiffée par une grande casuistique. Et c'est, précisément, cette manière de juger qui a inspiré le juge national, ce dernier voyant, aussi, dans la méthode du contrôle de conventionnalité in concreto une manière de prévenir le risque d'exposition de la France à une potentielle future condamnation par les juges européens.

### *2°) Une méthode adoptée par le juge civil*

La première manifestation d'un véritable contrôle de conventionnalité d'application de la loi, ou contrôle in concreto, prend corps sur le terrain du droit de la famille à l'occasion d'un arrêt de la première chambre civile en date de 2013<sup>342</sup>. Plus précisément, il s'agissait ici de se prononcer sur la nullité d'un mariage célébré en violation du principe de prohibition du mariage incestueux, et pour être précis un mariage entre alliés en ligne directe, prohibé par la lettre formelle de l'article 161 du Code civil. Ce dernier prévoit qu'un beau-père ou une belle-mère ne saurait se marier avec son gendre ou sa bru. Alors que la nullité du mariage aurait dû être prononcée, la jurisprudence française ayant longtemps veillé avec rigueur au maintien d'un système de parenté fondé sur la prohibition de l'inceste, la décision suivante de la Cour de cassation est venue inscrire l'emploi d'un contrôle de conventionnalité dans les contours de l'appréciation de la nullité d'un mariage conclu en contravention avec la prohibition de l'inceste ; une certaine flexibilité de la règle. En l'espèce, la Cour de cassation releva que le prononcé de la nullité du mariage revêtait « le caractère d'une ingérence injustifiée dans l'exercice du droit au respect de la vie privée et familiale tel que garanti par l'article 8 de la Convention européenne, dès lors que l'union en cause avait été célébrée sans opposition et duré plus de vingt ans. ».

Il ne s'agissait donc pas de déterminer ici si la loi était contraire ou non aux garanties fondamentales ; et donc d'affirmer son éviction générale, du fait d'une contradiction qui serait abstraitement observable. Il s'agissait ici de déterminer selon que l'application de la loi prohibant le mariage incestueux, et considération prise des circonstances particulières propres à l'espace soumise à l'examen du juge, n'aurait pas été en tant que telle, en tant qu'application circonstanciée, in conventionnelle. Le raisonnement passe ici par un raisonnement de proportionnalité. Ce qui

---

<sup>341</sup> CEDH, 24 mai 1989, *Hauschildt c/ Danemark*, aff. n° 10486/83.

<sup>342</sup> Cass., 1ère. Civ., 4 décembre 2013, n° 12-26.066

accouche sur une solution en tant que telle *contra legem*. Il s'agit donc de tenir considération des effets ponctuels que l'application d'une loi donnée peut avoir sur une garantie conventionnelle, au regard des circonstances propres à l'espèce. Le juge renforce ainsi son pouvoir de modération de l'application de la loi, dans un système où le législateur est pourtant souverain dans l'édification de la norme, suivant une démarche du cas par cas particulièrement étrangère à l'idée de légalisme révolutionnaire. Rapidement, la méthode s'épanouit quoi qu'il en soit dans la jurisprudence du juge civil ; et ne manque pas de gagner la sphère du droit pénal.

## **B - Une ramification pénaliste qui complète la justification**

Le développement du contrôle en droit pénal, s'il a trait essentiellement à ce jour au traitement judiciaire de l'action militante (1°), trouve une application dans d'autres circonstances (2°).

### *1°) Un développement placé essentiellement sous le signe de l'article 10 de la Convention européenne*

La méthode contrôle de conformité pratique *in concreto* fait désormais l'objet d'applications ponctuelles de la part du juge pénal. En particulier, c'est la scène du militantisme qui, aujourd'hui, centralise en partie l'indulgence du juge pénal qui, au regard de l'article 10 de la Convention européenne des droits l'homme, veille à organiser une protection renforcée de la liberté d'expression. Plusieurs affaires permettent de s'en convaincre. En 2020, la chambre criminelle de la Cour de cassation rendit un arrêt pertinent à cet égard à l'occasion d'une affaire procédant d'un mouvement de contestation mis en oeuvre par le mouvement Femen<sup>343</sup>. Une femme engagée dans le groupe féministe, connu pour ses actions seins nus percutantes et réalisées le corps supportant l'inscription de divers slogans, s'était ici présentée au musée Grévin, avant de se dévêtir le haut du corps laissant apparaître la critique du dirigeant russe au pouvoir, avant de mimer des violences à l'égard de la représentation en statue de ce dernier. Interpellée et poursuivie devant le tribunal correctionnel du chef d'exhibition sexuelle, cette dernière fût finalement relaxée ; et si la Cour d'appel s'était appuyé sur une absence d'élément moral du délit emportant une confusion entre l'élément intentionnel de l'infraction et son mobile, la Cour de cassation considéra que l'arrêt n'encourait pas la censure, déclarant que si « c'est à tort que la cour d'appel a énoncé que la seule exhibition de la poitrine d'une femme n'entre pas dans les prévisions du délit prévu à l'article 222-32 du Code pénal, si l'intention exprimée par son auteur est dénuée de toute connotation sexuelle », « l'arrêt n'encourt pas la censure, dès lors qu'il résulte des énonciations des juges du fond que le comportement de la prévenue s'inscrit dans une démarche de protestation politique, et que son incrimination, compte tenu de la nature et du contexte de l'agissement en cause, constituerait une ingérence disproportionnée dans l'exercice de la liberté d'expression. ». Tout en reconnaissant l'infraction pleinement caractérisée, la Cour de cassation, tenant compte du mobile de la prévenue et du contexte de sa commission, permet alors l'irresponsabilité pénale au terme d'un contrôle de proportionnalité qui, concrètement, permet de ne pas incriminer le comportement adopté et de ne pas entrer en voie de répression.

Une autre illustration réside dans le traitement judiciaire qui s'est trouvé réservé aux affaires médiatiques de vols et de décrochages, réalisés par des militants écologistes, de divers portraits du Président de la République présents dans des mairies, il y a quelques années de cela. Pendant l'été 2019, un groupement de militants écologistes avait en effet organisé un mouvement de protestation de l'inaction du président en matière de protection du climat et de l'environnement ; et ce, en volant des portraits situés dans diverses mairies, parfois même en les remplaçant par des affiches militantes. Poursuivis pour vols, les mis en cause avaient tous été condamnés au paiement d'amendes diverses. À l'occasion de ces affaires, la Cour de cassation, saisie à de multiples

---

<sup>343</sup> Cass. crim. 26 février 2020, n° 19-81827

reprises, est venue consacrer une obligation des juges du fond de se livrer à un contrôle de conventionnalité de l'application de l'incrimination de vol lorsque le moyen d'une ingérence disproportionnée de la condamnation dans la liberté d'expression est invoqué par les prévenus<sup>344</sup>. Elle s'est d'ailleurs attelée à « définir les modalités de ce contrôle qui doit être mis en oeuvre dans ce cas par les juges du fond, précisant qu'elle veillera à contrôler le contrôle de ces derniers »<sup>345</sup>, comme l'illustre un arrêt en date du 18 mai 2022<sup>346</sup>. Véritable guide didactique à destination des juges du premier et second degré, cet arrêt permet à la Cour de cassation de comme dessiner des lignes directrices du contrôle en question. Elle y précise d'abord que « lorsque le prévenu invoque une atteinte disproportionnée à sa liberté d'expression, il appartient au juge, après s'être assuré, dans l'affaire qui lui est soumise, du lien direct entre le comportement incriminé et la liberté d'expression sur un sujet d'intérêt général, de vérifier le caractère proportionné de la condamnation. Ce contrôle de proportionnalité requiert un examen d'ensemble, qui doit prendre en compte, concrètement, entre autres éléments, les circonstances des faits, la gravité du dommage ou du trouble éventuellement causé. ». S'agissant du critère d'un sujet d'intérêt général, comme le relève une autrice, « il apparaît peu pertinent, car la Cour de cassation n'a jamais exclu la reconnaissance d'une telle dimension du sujet, étant précisé que le constat est heureux dès lors que son appréciation par le juge pourrait conduire à transformer le juge en une sorte de maître à penser qui validerait certains messages et en rejetterait d'autres »<sup>347</sup>. Ensuite, la Cour doit s'appesantir sur la question d'une conjugaison du comportement adopté avec l'expression sur le sujet indiqué ; puis évaluer, à l'aune d'une certaine idée de proportionnalité, l'admissibilité de l'infraction commise. Et, ainsi que le précise la Cour de cassation, l'examen de la proportionnalité, dans le cas de l'infraction de vol, présuppose que soient « prises en compte la valeur matérielle du bien, mais également, le cas échéant, sa valeur symbolique, ainsi que la réversibilité ou l'irréversibilité du dommage causé à la victime. »

Comme le relève la-dite autrice, « contrôle de proportionnalité et motivation enrichie convergent donc pour dessiner progressivement les lignes directrices d'un contrôle de conventionnalité qui éloignerait le spectre du retour de l'équité, et permettrait d'assurer une prévisibilité et une sécurité juridique raisonnables. »<sup>348</sup> Même s'il est vrai, comme le reconnaît d'ailleurs l'auteur de cette appréciation, que la notion floue de proportionnalité sous-jacente au contrôle de proportionnalité réalisé par le juge, demeure par essence coiffée d'une part insaisissable d'un point de vue standardisé, ce qui, assurément, écarte l'idée d'une « prévisibilité utopique ».

## 2°) Un déploiement résiduel sur d'autres terrains

L'humour est aussi au coeur de la mise en mouvement du contrôle concret réalisé par le juge pénal, lui qui incarne une matérialisation singulière de la liberté d'expression. La Cour européenne des droits de l'Homme rappelle régulièrement que « la satire est d'expression artistique et de commentaire social, qui, de par ses caractéristiques intrinsèques d'exagération et de distorsion de la réalité, vise naturellement à provoquer et à susciter l'agitation. »<sup>349</sup> Cette dernière n'hésite pas à insister sur le fait que l'humour doit bénéficier d'une protection attentive au regard de la liberté d'expression, dès lors que le « sanctionner pénalement est susceptible d'avoir un effet dissuasif sur les interventions satiriques concernant des sujets de société qui peuvent jouer un rôle très important dans les questions d'intérêt général. »<sup>350</sup>. Un arrêt récent de la Cour de cassation illustre ainsi la

---

<sup>344</sup> Cass. crim., 22 septembre 2021, n° 20-85.434

<sup>345</sup> Djoheur Zerouki, *Décrochage de portraits du président de la République : suite de la leçon sur le contrôle concret de conventionnalité : le compte n'y est pas (encore)*, RSC, 2023, p.415

<sup>346</sup> Cass. crim., 18 mai 2022, n° 20-87.272

<sup>347</sup> Aurélie Cappello, « *La construction progressive et discutabile du fait justificatif relatif à la liberté d'expression par la Cour de cassation* », Gazette du Palais, 15 novembre 2022, n°37, p. 8

<sup>348</sup> Ibid

<sup>349</sup> CEDH, 2 octobre 2008, Requête n° 36109/03

<sup>350</sup> CEDH, 14 mars 2013, *aff. Eon c. France*, n° 26118/10

manière dont cette dernière veille à concilier le respect de la liberté d'expression en matière d'humour avec l'infraction d'injure publique, que l'article 29 de la loi du 29 juillet 1881 définit comme « Toute expression outrageante, termes de mépris ou invective qui ne renferme l'imputation d'aucun fait ». Il s'agissait en l'espèce d'une séquence diffusée dans le cadre de l'émission « On n'est pas couché », exposant un dessin publié par le journal satirique Charlie Hebdo peu de temps avant. Ce dernier, supportant l'inscription « Marine Le Pen, la candidate qui vous ressemble », représentait l'actuelle présidente du parti Rassemblement national en un excrément, reprenant la mise en page des affiches électorales exposées sur la voie publique en période électorale. La concernée intenta une action en justice ; et la Cour de cassation, opérant un contrôle de proportionnalité, confirma la décision de relaxe prononcée par la Cour d'appel, au motif que la publication litigieuse ne dépassait les limites admissibles de la liberté d'expression, dès lors que « l'affiche, qui a été publiée dans un journal revendiquant le droit à l'humour et à la satire, comporte une appréciation du positionnement politique de la plaignante, à l'occasion de l'élection présidentielle, et a été montrée avec d'autres affiches parodiant chacun des candidats à l'élection présidentielle, dans la séquence d'une émission polémique s'apparentant à une revue de presse, mention étant expressément faite que ces affiches émanent d'un journal satirique et présentent elles-mêmes un caractère polémique. ».

S'il s'agit aujourd'hui essentiellement au regard de l'article 10 de la Convention européenne, et de la liberté d'expression qu'elle consacre à l'échelon conventionnel comme une liberté fondamentale, que la Cour de cassation statue, le développement de ces dernières années illustre une pratique du juge particulièrement singulière. En effet, par le recours à la nation très casuistique de proportionnalité, ce dernier entretient une méthode qui rompt avec l'application systématique de la loi pénale. Ce qui, naturellement, emporte corrélativement un renforcement de ses pouvoirs, face au législateur.

## **Section 2 : Le renforcement du pouvoir de légitimation du juge**

Le développement du contrôle de conformité in concret bouscule l'équilibre du droit pénal dès lors qu'il permet à un individu d'invoquer une liberté qui lui est propre pour entraîner la neutralisation des poursuites pénales (§1). Complétant les causes objectives d'irresponsabilité pénale, ce dernier renforce l'arsenal du juge qui peut, dès lors, compléter la méthode du recours à la justification par la mobilisation de l'instrument pour légitimer un comportement donné (§2).

### Paragraphe 1 : Un bouclier du droit fondamental de l'individu

Si le contrôle de conventionnalité in concreto laisse apparaître une nouvelle prorogative de taille du juge pénal, aux effets néanmoins qui n'entraînent pas nécessairement l'irresponsabilité pénale (A), il est à ce jour difficile de circonscrire pleinement le potentiel de la méthode (B).

#### **A - Un effet fluctuant**

Tandis que le contrôle de conformité pratique peut entraîner la modération de la peine (1°), elle peut aussi emporter irresponsabilité pénale à la manière d'un fait justificatif (2°).

#### *1°) Une exonération de responsabilité pénale non systématique*

Une telle solution matérialise, à rebours de ce qu'engendrerait à l'aune de la hiérarchie actuelle des normes une stricte application légaliste de la norme pénale, un véritable « bouclier conférant au droit fondamental de l'individu une priorité de principe sur les intérêts publics protégés par la

loi »<sup>351</sup>. L'inconventionnalité de l'application ponctuelle de la loi permet de reléguer la loi au rang d'une donnée de valeur inférieure à celle reconnue à une liberté fondamentale érigée au sommet de la hiérarchie des normes. L'infraction n'est donc plus seulement cause d'irresponsabilité lorsqu'elle profite du mécanisme de justification prévu par la loi tel que modulé par le juge, ou même créé de toute pièce par la jurisprudence qui revendique son existence autonome dans le silence de la loi. Le juge est ce second artisan de la régulation de la vie sociale, et la proportionnalité devient un critère essentiel de son office. L'office du juge en ressort transformé encore davantage, dès lors qu'il lui revient de toujours s'interroger, à la manière d'un véritable co-déterminateur de la loi pénale, sur la finalité poursuivie par une incrimination donnée pour décider de sa légitimité d'application dans une espèce donnée face aux impératifs de préservations des garanties essentielle reconnue à l'être autonome. C'est sur la base d'une « connaissance précise du juge de l'étendue du domaine des libertés fondamentales au sein duquel la répression ne doit pas intervenir, cette sphère infranchissable qui se dessine au gré des jurisprudences » que se fonde en réalité cette méthode progressive, qui ne se construit par strates successives.

Néanmoins, il est important de préciser que le contrôle de conventionnalité in concreto du juge pénal n'aboutit pas nécessairement à la mise à l'écart de la responsabilité pénale ; et n'emporte, ainsi, pas systématiquement, lorsqu'une ingérence est retenue dans des circonstances données, irresponsabilité pénale de la personne mise en cause. Il peut arriver que l'ingérence soit estimée disproportionnée seulement lorsque la peine prononcée par les juges du fond est estimée disproportionnée, sans qu'une condamnation en tant que telle cristallise nécessairement une ingérence injustifiée dans la liberté considérée. Ainsi, il est possible que la condamnation du prévenu ne soit pas constitutive d'une ingérence disproportionnée, mais que seulement la peine prononcée soit constitutive d'une telle ingérence ; ce qui, alors, fait du contrôle in concreto une méthode mise au service de la proportionnalité de la peine bien davantage qu'au service de la proportionnalité d'une condamnation en tant que telle. Ainsi, dans l'arrêt pré-cité des voleurs de tableau<sup>352</sup>, la Cour de cassation, « en évoquant la proportionnalité de la “condamnation”, semble quitter le terrain de l'incrimination et inviter les juges à apprécier la sévérité de la peine », ce qui, comme le relève l'auteur de cette réflexion, semble laisser penser qu'il n'est pas nécessairement question d'une mise à l'écart de condamnation, mais encore d'une méthode mobilisée aussi pour apprécier la teneur et les modalités de la peine<sup>353</sup>.

Cette lecture semble confortée par un arrêt très récent, où la Cour de cassation est venue affirmer qu'à propos d'une peine de confiscation pénale, face à une exception d'inconventionnalité, fondée sur le droit au respect de la vie privée tel que garanti par l'article 8 de la Convention européenne, il incombe au juge pénal de motiver la peine de confiscation prononcée par un contrôle de conventionnalité in concreto. En l'espèce, un individu, poursuivi du chef d'abus de biens sociaux, s'était trouvé notamment condamné à une peine de confiscation d'un bien immobilier dont il était le propriétaire. En effet, l'article 131-21 du Code pénal permet de prononcer une peine de confiscation sur un bien dont le condamné est propriétaire, et qui apparaît comme étant le produit direct ou indirect de l'infraction réprimée. Et en l'espèce, le condamné faisait valoir que le bien immobilier confisquait constituait la résidence de sa fille majeure, de sorte que la confiscation constituait une ingérence disproportionnée dans son droit au respect de sa vie privée. La Cour de cassation rejette néanmoins le moyen de l'individu, au motif que ce dernier déclarait un revenu salarié mensuel important, disposait d'un investissement important en outre-mer, « ce qui lui permettait de financer une location », et que sa fille pouvait être en outre logée par sa mère<sup>354</sup>.

---

<sup>351</sup> V. Fourment, *Le contrôle de proportionnalité à la Cour de cassation : l'office du juge à l'épreuve de la mise en balance et du contrôle de conventionnalité*, RDLF 2023, thèse n° 07

<sup>352</sup> Cass. crim., 18 mai 2022, n° 20-87.272

<sup>353</sup> X. Pin, *Légitimation des infractions expressives : neutralisation de l'incrimination ou atténuation de la peine ? C'est selon...*, RSC 2022. 817

<sup>354</sup> Cass. crim., 19 avr. 2023, n° 22-82.994

De sorte que la confiscation du-dit bien « ne constituait pas une ingérence disproportionnée aux faits pour lesquels le prévenu a été condamné, ni au montant du produit des infractions, ni au montant des amendes prononcées, ni encore à la valeur de l'immeuble confisqué ». Il ressort d'une telle motivation que le juge pénal doit désormais notamment opérer un contrôle de conventionnalité in concreto d'application de l'article 131-21 du Code pénal, propre aux peines de confiscations, au visa de l'article 8 de la Convention européenne, lorsque l'individu condamné se prévaut de son droit au respect de la vie privée et familiale ; et ce, notamment, pour apprécier son quantum, son objet, ses modalités propres.

## 2°) Une exonération de responsabilité pénale possible

Mais, assurément, l'effet le plus éclatant du contrôle de conventionnalité in concret en matière pénale se dessine lorsqu'il s'agit de mettre à l'écart la répression, d'entrer en voie de relâche de l'individu ayant pourtant commis une infraction pleinement caractérisée. Les exemples évoqués précédemment l'illustrent bien : la répression peut se trouver pleinement neutralisée, de sorte que le juge peut, concrètement, comme complètement paralyser l'application de la norme pénale ; cela, en dehors de tout mécanisme légalement encadré tel que le voudrait l'idéal d'un légalisme strict. En faisant évoluer ses méthodes de jugement, la Cour de cassation, soucieuse de s'adapter à la métamorphose de l'État de droit, paracheve de faire du juge un véritable déterminateur de l'utilité sociale d'un comportement donné, puisque que ce dernier peut désormais, au cas par cas, à la seule vue abstraite des libertés fondamentales telle qu'abstraitement consignées dans la Convention européenne et interprétées par le juge européen, faire échec à la régulation normative du législateur.

Le champ de l'interdit pénal en ressort plus encore bousculé qu'il ne l'était déjà, c'est évident et plus encore dirigé par la réflexion du juge qui occupe désormais une place de prédilection pour pouvoir ciseler ce qu'il estime comme devant appeler une certaine indulgence ; car, au final, il est évident que face à l'abstraction qu'impose l'examen des circonstances dans le contrôle in concreto, le juge ne peut faire l'économie d'une certaine idée de ce qui lui paraît admissible, de ce qui lui paraît juste, et que derrière la rigueur des critères évoqués en apparence prend assurément corps une certaine idée de ce qui apparaît légitime ou non. De sorte que le juge pénal évolue en un révélateur de la légitimation plus encore qu'il ne l'était pas le passé, ce qui renforce sa position d'artisan véritable de la légitimation des infractions.

## **B - Le juge pénal, artisan de la légitimation des infractions**

La particularité des développements du contrôle montre que le juge l'applique à des infractions qui, sans être expressives par nature, le sont par destination (1°). Il semble toutefois que certaines infractions fassent l'objet d'une exclusion parfois bien péremptoire (2°).

### 1°) Une légitimation des infractions expressives par destination

Ainsi que le relève un auteur, l'un des aspects particulièrement intéressants avec le mécanisme de contrôle in concreto, c'est précisément le fait qu'il permet que ne soient pas réprimées, au visa de l'article 10 de la Convention européenne et donc à l'aune de la liberté d'expression, des infractions qui ne sont pas expressives par nature. En effet, contrairement à la diffamation ou à l'injure, par exemple, qui sont des infractions qui trouvent par ailleurs leur siège dans la loi du 29 juillet 1881 propre à l'expression publique, et qui par essence ont pour finalité et utilité seule de véhiculer un message et emporter communication d'idée extériorisée auprès de l'autre, le vol, ou encore l'exhibition sexuelle, pour reprendre les exemples mobilisés précédemment, ne sont expressives que

« par destination »<sup>355</sup>. Il s'agit là d'infractions dont la nature est tout autre, en ce qu'elles ont pour finalité la soustraction de la chose d'autrui ou encore le fait d'imposer à la vue d'autrui des parties relevant de la sphère de l'intime, sans pour autant nécessairement supporter l'utilité de véhiculer un message. Or, c'est précisément lorsqu'elles sont réalisées dans un élan de communication, et surtout lorsque cette dernière s'inscrit dans une démarche de communication politique. Ainsi que l'explique Xavier Pin, « l'idée est qu'un délit permet de pousser un cri, qu'un méfait peut faire passer un message, qu'une infraction peut véhiculer une information, ou qu'un délit peut participer d'un débat. »<sup>356</sup>. Et c'est précisément de cette finalité que le juge se saisit pour lui reconnaître une certaine légitimité.

En creux, cela démontre bien une chose, à savoir que la liberté d'expression est assurément une liberté particulière ; cette liberté que le juge estime si fondamentale qu'elle permet de déroger à une logique élémentaire du droit pénal. Mais dans le même temps, et à bien y réfléchir, n'est-ce pas là alarmant, du point de vue de la santé d'une démocratie ? Le juge n'entérine-t-il pas un constat particulièrement triste, ce faisant, à savoir celui de la réalité de voix qui ne trouvent pas de canaux d'expression suffisants pour ne pas espérer emprunter la voie de l'infraction qui apparaît comme la seule issue efficace ? La démocratie suppose, en principe et dans la pureté des principes, que soient mises en place des voies d'expression permettant à tout un chacun de s'exprimer et de véhiculer le produit de sa réflexion, de ses analyses, de ses sensibilités. Or, le fait qu'un citoyen recourt à un moyen illégal pour s'exprimer, n'est-ce pas là la traduction d'un sentiment d'une société qui, d'une certaine manière, semble sourde, fermée, crée les conditions d'une radicalisation dont le besoin est éprouvé pour que l'on parle de causes estimées trop souvent reléguées au rang de débats secondaires ? Les militants utilisent l'infraction parce qu'elle est bien souvent médiatisée, et permet en filigrane de faire parler d'un sujet qui sans ça n'aurait pas trouvé la même résonance dans le débat public ; la justice est alors cette caisse de résonance, cette tribune pour défendre une idée, une perspective donnée. Et, les juges, en légitimant les infractions ainsi expressives par nature, ces esprits à la posture politique affirmée, celle qui déclare que faute d'un cadre qui puisse offrir aux citoyens des moyens toujours pacifiques de s'exprimer et d'être entendus, la démocratie devra s'accommoder d'actions ponctuelles, sans grande gravité intrinsèques, pour que l'expression trouve le degré de réalisation effectif qui lui revient.

## 2°) Une légitimation manifestement circonscrite

Il est vrai que l'on pourrait croire, en lisant les dispositifs de la Cour de cassation propres à cette méthode, que toute infraction pénale serait susceptible, en principe, d'être justifiée par un contrôle de conventionnalité in concreto. Néanmoins, il semble évident que tout un panel d'infractions ne sauraient trouver une quelconque légitimation par le biais du contrôle in concreto, tant ces dernières traduisent une atteinte d'envergure à des valeurs sociales de premier plan. Le meurtre, les violences volontaires accouchant sur des dommages particulièrement graves, les infractions sexuelles... La raison commande que les atteintes à l'intégrité physique soient tout au moins exclues du champ d'une telle légitimation, tant elles peuvent apparaître graves et antisociales. Pour le reste, le périmètre des infractions susceptibles d'être légitimé apparaît à ce jour bien difficile à circonscrire précisément, et il semble compliqué de savoir jusqu'où une infraction expressive par destination dirigée notamment contre les biens pourrait être admise. Il semble que l'infraction puisse être appliquée ponctuellement à l'infraction d'escroquerie, notamment, comme l'illustre un arrêt en date de 2016<sup>357</sup>. Il s'agissait en l'espèce d'une journaliste poursuivie pour avoir usé d'une fausse qualité pour obtenir des documents internes au front national, en vue d'écrire un livre sur l'idéologie interne

---

<sup>355</sup> X. Pin, *Légitimation des infractions expressives : neutralisation de l'incrimination ou atténuation de la peine ? C'est selon...*, RSC 2022. 817

<sup>356</sup> Ibid

<sup>357</sup> Cass. crim. 26 oct. 2016, n° 15-83.774

du parti ; poursuivie au pénal, cette dernière fût relaxée, la Cour de cassation considérant que "les agissements dénoncés se sont inscrits dans le cadre d'une enquête sérieuse, destinée à nourrir un débat d'intérêt général sur le fonctionnement d'un mouvement politique, de sorte que, eu égard au rôle des journalistes dans une société démocratique et compte tenu de la nature des agissements en cause, leur incrimination constituerait, en l'espèce, une ingérence disproportionnée dans l'exercice de la liberté d'expression ». Il est sinon pertinent de relever un arrêt récent, en date de 2020<sup>358</sup>, au sein duquel la Cour de cassation est venue faire application du contrôle de conventionnalité in concreto à l'infraction de harcèlement moral. En l'espèce, un individu s'était attelé à diffuser dans sa ville tracts et affiches présentant un huissier de justice comme véreux. Le prévenu, poursuivi du chef de harcèlement moral, faisait valoir qu'il s'agissait d'une atteinte injustifiée à sa liberté d'expression, et la Cour de cassation fit le choix de casser l'arrêt de la Cour d'appel, au motif que cette dernière n'avait répondu « aux conclusions du prévenu qui faisait valoir qu'il n'avait pas excédé les limites de sa liberté d'expression en alertant ses concitoyens sur ce qu'il considérait être de graves dysfonctionnements de l'étude d'huissier ».

Ainsi, le périmètre des infractions concernées par un tel contrôle est aujourd'hui difficile à délimiter précisément ; il semble cependant que certains comportements soient définitivement, pour l'heure, exclus du champ de ce dernier. En matière de dénonciation calomnieuse, la Cour de cassation a à l'occasion d'un arrêt en date de 2016<sup>359</sup> affirmé que « des faits de dénonciation calomnieuse ne sauraient être justifiés par le droit d'informer le public défini par l'article 10, § 1, de la Convention européenne des droits de l'homme ». L'exclusion est péremptoire, expéditive... elle a le mérite en tout cas d'être formelle. Mais, à dire vrai, cela se comprend bien, et comme le relève un auteur<sup>360</sup>, « dès lors que l'auteur des propos en connaissait l'inexactitude dès l'origine, le débat public n'a rien à gagner à une telle révélation fallacieuse. ». La Cour de cassation refuse aussi l'application du contrôle à l'infraction d'usurpation d'identité<sup>361</sup>, affirmant que « le prévenu a usurpé l'identité d'un tiers en vue de porter atteinte à son honneur ou sa considération, infraction exclusive de l'application de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme ». Le mot d'exclusif est mobilisé : la solution semble donc actée.

Et ce n'est pas la seule soustraction qui semble bien péremptoire : encore peut-on évoquer un arrêt en date de 2018<sup>362</sup>, à l'occasion duquel la Cour de cassation est venue affirmer que « la parole adressée à une personne chargée d'une mission de service public, dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de sa mission, et de nature à porter atteinte à sa dignité ou au respect dû à la fonction dont elle est investie, qualifiée d'outrage par l'article 433-5 du code précité n'entre pas dans le champ de l'article 10, § 1, de la Convention européenne des droits de l'homme ». Solution qui paraît par ailleurs bien inflexible et peut-être regrettable, lorsque l'on sait que les faits à l'origine de l'espèce concernaient un groupe d'enseignants qui, refusant de siéger au conseil d'administration d'un lycée en présence d'élus du Front National, avaient pris la parole avant de quitter la salle pour exprimer au maire et son adjoint le refus de siéger en présence de membres d'un parti raciste et xénophobe. Comme le relève Emmanuel Dreyer<sup>363</sup>, rien ne justifie le principe expéditif d'une telle exclusion.

Paragraphe 2 : Un mécanisme qui complète les causes d'exonération de responsabilité pénale

---

<sup>358</sup> Cass. crim. 13 oct. 2020, n° 19-85.632, RSC, 2021. 105, obs. E. Dreyer

<sup>359</sup> Cass. crim., 12 avril 2016, n° 14-87.124

<sup>360</sup> Emmanuel Dreyer, Gazette du Palais, n°27, Juillet 2016

<sup>361</sup> Cass. crim., 16 nov. 2016, n° 16-80.207

<sup>362</sup> Cass. crim., 19 juin 2018, n° 17-84.153

<sup>363</sup> Emmanuel Dreyer, *Outrage et mise à l'écart de la Convention EDH*, RSC 2019. 111

Si le mécanisme complète les instruments de légitimation du juge pénal, il semble qu'il ne soit pas assimilable dans son fonctionnement à un véritable fait justificatif (A). Nombreuses sont les voix qui aujourd'hui s'élèvent pour partager leurs craintes s'agissant d'un retour du « gouvernement des juges » (B).

#### A - Une logique possiblement distincte de la justification

Ainsi que l'a théorisé un auteur, Pierre Rousseau, il semblerait que la légitimation du contrôle soit davantage une cause *d'injustification de la répression* qu'une véritable circonstance de *justification de l'infraction* (1°). L'instrument offre quoi qu'il en soit une souplesse qui semble aller bien au-delà de ce que permet la justification en l'état du droit (2°).

##### 1°) L'infraction justifiée face à la répression injustifiée

Nombreux sont les auteurs qui, pour analyser la nature du contrôle de conventionnalité in concreto, ont recours à la notion-même de fait justificatif<sup>364</sup>. Pourtant, il n'est pas certain que cela soit une qualification de nature à englober le particularisme du contrôle in concreto. Et, comme le relève un auteur qui y a consacré sa thèse, Pierre Rousseau, il est possible de voir dans la relaxe qui découle de l'ingérence disproportionnée qu'engendrerait une incrimination dans une liberté fondamentale, tel qu'appréhendé par la jurisprudence, davantage ce que ce dernier appelle « une légitimation-liberté ». Il s'agit selon lui non pas de l'infraction qui se trouve justifiée, mais plutôt la répression qui s'en trouve injustifiée<sup>365</sup>. Et pour le démontrer, celui-ci s'attarde d'abord sur le critère de nécessité, qui sous-tend dans son fondement la matière justificative. Dans la justification, l'infraction est justifiée parce qu'elle est rendue nécessaire par une situation qui permet de la voir alors comme légitime, elle qui sauvegarde une valeur supérieure à celle sacrifiée. Dans la légitime défense, la riposte est nécessaire face à une atteinte injustifiée ; dans l'état de nécessité, l'infraction est nécessaire pour conjurer un péril grave ; mais qu'en est-il du vol du tableau du président de la République, ou de l'exhibition sexuelle organisée par le mouvement *femen* ? Est-il là question d'infractions fondamentalement nécessaires ? Selon cet auteur, et d'autres comme Xavier Pin<sup>366</sup>, cela n'est pas le cas ; l'infraction est certes « socialement utile, mais elle n'est pas socialement nécessaire ».

Pierre Rousseau parle ainsi d'infractions d'optimisation, car l'infraction commise par exemple pour porter un message est là pour « optimiser la portée d'un message, son impact médiatique ». Il s'agit alors pour le juge non pas de considérer qu'une infraction est justifiée car nécessaire, mais plutôt qu'elle est justifiée parce que la réprimer serait trop attentatoire à une liberté de la commettre. Pierre Rousseau a cette formule éloquente : « Le fait de considérer qu'il s'agit dans les deux hypothèses d'un fait justificatif revient à confondre la justification de l'infraction et le caractère injustifié de la répression. Or, le caractère injustifié de la répression n'implique pas que l'infraction soit justifiée. Lorsque la répression est injustifiée, l'État doit demeurer en retrait car l'acte doit pouvoir être accompli en toute liberté. (...) Le mécanisme de légitimation dont il est question lorsque l'acte infractionnel coïncide avec l'exercice d'une liberté fondamentale est, en comparaison

---

<sup>364</sup> En ce sens, notamment : Djoheur Zerouki, *Décrochage de portraits du président de la République : suite de la leçon sur le contrôle concret de conventionnalité : le compte n'y est pas (encore)*, RSC, 2023, p.415 ; C. Dubois, *L'article 10 de la Convention européenne des droits de l'Homme et le droit pénal*, RDA, 2020, n° 20, p. 72 ; P. Conte, *La justification par l'article 10 de la Convention EDH*, Dr. pén. 2021, p. 3 ; A. Cappello, *La construction progressive et discutabile du fait justificatif relatif à la liberté d'expression par la Cour de cassation*, Gaz. Pal. 2022, n° 37, p. 8 s...

<sup>365</sup> P. Rousseau, *Infraction justifiée ou répression injustifiée : une possible dualité de mécanismes de légitimation*, Dr. pénal 2022. Étude 8

<sup>366</sup> X. Pin, *Légitimation des infractions expressives : neutralisation de l'incrimination ou atténuation de la peine ? C'est selon...*, RSC 2022. 817

avec l'application d'un fait justificatif, un contrôle à visage inversé. »<sup>367</sup>. Il ressort de cette analyse que dans un cas, le juge semble s'interroger sur le caractère justifié d'une infraction donnée, tandis que dans l'autre, il semble s'interroger sur l'opportunité d'une ingérence de l'État répressif face à une liberté fondamentale. Assurément, cette lecture est tout à fait singulière et novatrice, mais elle présente l'avantage que d'expliquer autrement l'architecture des mécanismes légitimateurs.

## 2°) Une souplesse supérieure à celle de la justification

Quelle que soit la nature véritable du mécanisme de contrôle in concreto, il faut dire qu'il s'inscrit parfaitement dans la continuité d'une dynamique d'appropriation par le juge de la matière justificative, qui passe tant par la création que par la modulation, dès lors qu'il offre au juge un nouvel instrument pour pouvoir prononcer l'irresponsabilité pénale d'un individu mis en cause pour avoir commis une infraction donnée. Et il est intéressant de noter que dans la justification comme dans la « légitimation-liberté », pour reprendre donc la formule de Pierre Rousseau, chaque fois le juge se trouve face à une infraction pleinement caractérisée, dont il s'agit de savoir si elle va être réprimée ou non, en vertu d'un examen de proportionnalité particulièrement casuistique. Une autrice, Alice Dejean de la Bâtie, évoque un juge qui, désireux de se dégager d'un « carcan justificatif limitant son contrôle, se montre enclin à s'en dégager en appliquant le contrôle de proportionnalité fondé sur les normes supra-législative, au profit d'une appréciation souple des intérêts en présence »<sup>368</sup>.

Il est donc permis de voir là la manifestation d'une nouvelle main-mise du juge sur la question de l'infraction légitime, d'une nouvelle main-mise de ce dernier sur la détermination générale des contours de l'interdit pénal, cette fois-ci exemptée nouvellement de contraintes que la loi prévoit. Le résultat de la démarche du contrôle est sensiblement le même que celui que l'on peut rattacher à la justification, de sorte qu'il est permis d'en appréhender les instruments possiblement distincts à l'aune d'un outillage général que le juge peut déployer en vue d'une finalité commune. Que cela soit sur le terrain de la justification ou de la légitimation par la liberté fondamentale, un texte se trouve mis à l'écart, au profit d'une valeur estimée supérieure telle que préservée par l'infraction commise. Le juge devient par ce biais plus que jamais ce contrôleur du législateur, et le droit pénal en devient plus que jamais jurisprudentiel dans son fonctionnement.

## B - Un correctif juridictionnel clivant

Là où il est légitime de s'inquiéter d'une méthode qui peine à dessiner aujourd'hui ses lignes directrices (1°), il est permis de croire que la prudence des juges permettra de s'accommoder confortablement d'un idéal de sécurité juridique (2°).

### 1°) Une perspective d'insécurité juridique décriée

Il faut dire que nombreuses sont les voix qui s'élèvent pour décrier la montée en puissance d'un contrôle aussi souple du juge pénal, au regard du principe de légalité criminelle. « Contre une loi claire et précise, chacun viendra bientôt, si les choses se perpétuent ainsi, plaider la singularité de sa cause, non sans légitime espoir de succès tant l'éviction ponctuelle de la loi pourra paraître plus aisée à obtenir que son éviction générale », écrivait un autre professeur<sup>369</sup>. « Suivant une telle considération, le juriste quitte les rives paisibles de la légalité et de la nécessité des délits et des

---

<sup>367</sup> P. Rousseau, *Infraction justifiée ou répression injustifiée : une possible dualité de mécanismes de légitimation*, Dr. pénal 2022. Étude 8

<sup>368</sup> Alice Dejean de la Bâtie, *Les faits justificatifs spéciaux*, Thèse, Bibliothèque des sciences criminelles, Tome 69, 2018, p. 249 et s.

<sup>369</sup> François Chénéde, *Nullité du mariage entre alliés*, D. 2017. 953

peines, pour entrer en terre d'opportunité, où plus rien n'est prévisible. »<sup>370</sup>, écrit un autre. « Doit-on craindre que, demain, le code pénal ne s'applique pas aux artistes mais que lui soit substitué le code pén-art qui au nom de la liberté, les autorise à enfreindre impunément la loi ? »<sup>371</sup>, écrit la professeur Charlotte Dubois.

Tout cela démontre une crainte vive ; celle d'une jurisprudentialisation du droit essentiellement subjective et largement imprévisible tant elle serait tributaire d'une appréciation personnelle du juge saisit le cas échéant de l'examen des faits. Le juge, en faisant d'une certaine manière prévaloir une appréciation qui lui est personnelle des circonstances d'une espèce donnée, pour ensuite l'intégrer dans les rangs d'une mise en balance abstraite dont lui seule connaît authentiquement la réalité du cheminement qui a conduit à la solution qu'il fait sienne, fait craindre un arbitraire, une imprévisibilité, une exemption des contraintes que le légalisme s'est efforcé de chercher à étouffer dans l'idéal révolutionnaire. Il faut dire en outre que la méthode présuppose de la part du juge l'identification d'un certain périmètre infranchissable de la liberté fondamentale invoquée pour statuer le cas échéant d'une ingérence disproportionnée ; or, parce qu'il s'agit de notions indéfinies dans leurs contours précis, il est particulièrement difficile de déterminer avec précision les contours d'une ingérence qu'il est possible d'admettre et d'une autre qu'il n'est pas possible d'admettre.

## 2°) Une perspective d'insécurité juridique à relativiser

Il semble cependant, ainsi que nous l'avons d'ailleurs évoqué en filigrane avec la décision sur le vol de tableau, que la Cour de cassation soit de plus en plus tentée de faire émerger des lignes directrices claires, à destination des juges du fond, de façon à ce que ces derniers soient astreints, dans le silence de la lettre formelle, à l'observation de conditions minimales qui soient, aussi, davantage satisfaisantes du point de vue de la prévisibilité des décisions. Nous ne sommes a priori qu'au début d'une évolution à venir ; et il apparaît salutaire que la Cour de cassation entreprenne, d'ors et déjà, de chercher à circonscrire par elle-même le champs d'appréciation des juges du fond par l'instauration de critères de référence stricts.

En outre, il semble que les juges soient, dans les faits, rigoureux quant à la prise en considération des précédents, et il est légitime de croire que le développement des décisions de justice en la matière va, peu à peu, à la manière de ce qui prend corps dans la pratique des juridictions anglaise, nourrir une prévisibilité allant toujours en s'améliorant. Une solution particulièrement opportune, évoquée par un auteur, tient au « développement minutieux de la motivation des jugements mettant en oeuvre le contrôle in concreto, qui en se densifiant et s'enrichissant, peut ouvrir la voie à une meilleure lisibilité des décisions, ainsi qu'à un contrôle plus efficace de la doctrine, des justiciables et de leurs conseils »<sup>372</sup>. En effet, une meilleure motivation ne pourrait que faciliter la compréhension et l'acceptation des décisions par des citoyens, à même de pouvoir trouver des prises pour cerner les subtilités d'une espèce et les vecteurs de l'admissibilité de la légitimité par le juge.

Les choses sont, à ce jour, encore en pleine émergence, avec toute l'incertitude que cela implique nécessairement. Il revient au juge, comme un marin expérimenté, de manoeuvrer désormais habilement ; en veillant toutefois à choisir judicieusement son cap, pour nous permettre à nous autres justiciables, son équipage, de naviguer, à terme, hors de l'obscurité.

---

<sup>370</sup> X. Pin, *Légitimation des infractions expressives : neutralisation de l'incrimination ou atténuation de la peine ?* C'est selon..., RSC 2022. 817 :

<sup>371</sup> C. Dubois, *Le code pén-art ?*, D. 2023. 1257

<sup>372</sup> Alice Lassale, « *La reconfiguration de l'office du juge de la conventionnalité de la loi* », RDLF 2018, chron. n°18

## BIBLIOGRAPHIE

### Ouvrages

- E. Baumbartner, P. Ménard, Dictionnaire étymologique et historique de la langue française, La Pochothèque, 1996
- Yves Mayaud, Manuel de Droit pénal général, PUF, 5e édition mise à jour, juillet 2015
- G. Cornu, Vocabulaire juridique, 12<sup>éd.</sup> PUF, 2018, coll. Quadrige, p. 669.
- Alice Dejean de la Bâtie, Les faits justificatifs spéciaux, Thèse, Bibliothèque des sciences criminelles, Tome 69, 2018
- R. Merle., A. Vitu., Traité de droit criminel : Droit pénal général, 7<sup>e</sup> édition, 2000
- H. Kelsen., La démocratie. Sa nature - Sa valeur, trad. Eisenmann, Économica, 1988
- C. Fauré, Les déclarations des droits de l'homme de 1789, Christine Fauré, Payot, 1988
- P. Raynaud, Le juge et le philosophe, Armand Colin, 2010
- Cornelius Castoriadis, La cité et les lois : Ce qui fait Grèce, 2, Séminaires 1983-1984, La Couleur des idées, Seuil,
- A. Garapon, Le gardien des promesses, Paris, éd. Odile Jacob, 1996
- P. Rosanvallon, La légitimité démocratique – Impartialité, réflexivité, proximité, Seuil, 2008
- C. Lombois, Droit pénal général, Hachette, 1994
- Frédéric Debove, François Falletti, Iris Pons, Précis de droit pénal et de procédure pénale, 9<sup>e</sup> édition, PUF, 2022
- R. Garraud, Traité théorique et pratique du droit pénal français, t. 1, L. Larose et Forcel, 1888
- M.-E. Cartier, « Contrainte et nécessité », Ann. Fac., Toulouse 1982
- R. Bernardini, L'intention coupable en droit pénal, thèse, Nice, 1976
- Yves Mayaud, Les droits de la défense cause d'irresponsabilité pénale, in Mélanges R. Gassin. PUAM, 2007
- Y. Capdepon, Essai d'une théorie générale des droits de la défense, Dalloz, 2013
- E. Dreyer, Droit pénal général, 6<sup>e</sup> édition, Manuels, Lexis Nexis, 2021
- J. Walther, L'antijuridicité en droit pénal comparé franco-allemand (contribution à une théorie générale de l'illicéité), Thèse, Nancy, Sarrebruck, 2003
- C.GATTO, Le pardon en droit pénal, Thèse, Collection Laboratoire de droit privé et de sciences criminelles de l'Université d'Aix-Marseille, 2014
- F. Terré (dir.), Pour une réforme du droit de la responsabilité civile, Dalloz, 2011
- V. Fourment, Le contrôle de proportionnalité à la Cour de cassation : l'office du juge à l'épreuve de la mise en balance et du contrôle de conventionnalité, RDLF 2023, thèse
- Y. Chevallier, "L'état de nécessité" in Mélanges en l'honneur du doyen Pierre Bouzat, Paris, Pedone, 1980
- B. BOULOC, Droit pénal général, Dalloz, 25<sup>e</sup> éd., 2017

J.Ortolan, Éléments de droit pénal, 4e éd., 1875

Émile Auguste Garçon, La légitime défense, principes généraux, Extrait de son Code pénal annoté, 1e éd., Paris 1901

Cicéron, Pro Milone, in Oeuvres complètes de Cicéron, traduction en français publiée sous la direction de M. Nisard, Tome III, Paris, Firmin-Didot, 1881

A. DECOCQ, Droit pénal général, Armand Colin, 1971, p. 317

Jean Pradel, Droit pénal comparé, Dalloz

W. Jeandidier, Droit pénal général, 2<sup>e</sup> éd., 1991

C. Beccaria, Des délits et des peines, Paragraphe III, Editions du boucher, 2002

Platon, Le politique, trad. L. Brisson et J.-F. Pradeau, Flammarion, 2003

J.-J Rousseau, Du contrat social, Éd. critique par S. Goyard-Fabre, Champion Classique, 2010

Alexis de Tocqueville, De la démocratie en Amérique, 1835, Éd. Flammarion, 2010

É. Laboulaye, Question constitutionnelles, Paris, 1972

François Rousseau, « L'imputation dans la responsabilité pénale », Thèse, Paris II, 2009, Dalloz Bibliothèque

FRYDMAN B., Le projet scientifique de François Génésy, in François Génésy, mythe et réalités, 1899-1999, centenaire de « Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif - Essai critique », Les Editions Yvon Blais Inc., Dalloz, Bruylant Bruxelles, 2000

Philippe Conte, L'apparence en droit pénal, thèse, Grenoble

F. Génésy, Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif, t. 2, 2e éd., Sirey, 1932, p. 167, rééd., LGDJ, coll. « Anthologie du droit », 2016

### **Articles et notes les plus citées**

A. C. -Dana, Essai sur la notion d'infraction pénale, thèse, sous la direction de G. Stéfani et G. Levasseur, Paris, LGDJ, 1982, p. 166.

X. Pin, Légitimation des infractions expressives : neutralisation de l'incrimination ou atténuation de la peine ? C'est selon..., RSC 2022. 817

P. Rousseau, Infraction justifiée ou répression injustifiée : une possible dualité de mécanismes de légitimation, Dr. pénal 2022. Étude 8

Bertrand DE LAMY, Cahiers du conseil constitutionnel n° 26, dossier : la constitution et le droit pénal, août 2009

A. Giudicelli, « Le principe de la légalité en droit pénal français », RSC, 2007, p. 509

L. Thomas, « L'application du principe d'interprétation stricte de la loi pénale par la chambre criminelle à l'aune des mutations de la légalité criminelle », RSC 2014, p. 892

Philippe Conte, Droit pénal n° 5, Mai 2023, comm. 82

J. Bentham, A fragment of Government, 1776, Oxford : The Clarendon Press, 1891, p. 221

Roger Bernardini, « Légitime défense », Rép. pén., 2014, n° 93

Gabriel Roujou de Boubée, Recueil Dalloz, 2010, p. 2732

Lasserre Capdeville, État de nécessité et faute de l'intéressé, AJ Pénal, 2010, p. 393

Tatiana Potaszkin, Action civile et état de nécessité, Recueil Dalloz, 2010, p. 484, entre autres

Hajer Rouidi, Une notion pénale à l'épreuve de la responsabilité civile : les faits justificatifs, RSC, 2016

Mathilde Grandjean, Le prétendu libéralisme du juge pénal en matière de liberté d'expression : la crainte (in)fondée du gouvernement des juges ? Légipresse 2023, p. 532

C. Dubois, L'article 10 de la Convention européenne des droits de l'Homme et le droit pénal, RDA, 2020, n° 20, p. 72

P. Conte, La justification par l'article 10 de la Convention EDH, Dr. pén. 2021, p. 3

A. Cappello, La construction progressive et discutabile du fait justificatif relatif à la liberté d'expression par la Cour de cassation, Gaz. Pal. 2022, n° 37, p. 8 s

P. E. Trousse, Le mobile justificatif, RD. pén. crim., 1962-1963 p. 418

P. Conte, Les limites admissibles à la liberté d'expression, Dr. pénal 2016

François Chénéde, Nullité du mariage entre alliés, D. 2017. 953

Amandine Chouvet-Lefrançois, Les finalités de la sanction en droit pénal, Presses de l'université des sciences sociales de Toulouse, LGDJ, p. 11-20, n°3

Feinberg, Doing and Deserving, Princeton, Princeton University Press, 1970, p. 100

D-M Mac Dowell, Homicide Law in the Age of the Orators, Manchester Univ. Press., 1963, p. 75 et s.

Donald Mc Cormick, Blood on the sea, The terrible story of the yawl « Mignonnette », Londres, 1962 ; L'état de nécessité justificatif des naufragés R.I.C.P.T., 1969, p. 135

Xavier Pin, La théorie du consentement de la victime en droit pénal allemand : éléments pour une comparaison, RSC 2003, p. 259 et s.

G. Merland, L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, LGDJ, 2004, p. 305

G. Giudicelli-Delage, « Droit pénal de la dangerosité - Droit pénal de l'ennemi », R. S. C., 2010, p. 69

A. Levade, « Vent de contestation parlementaire, ou le spectre d'un "gouvernement des juges" européens », Constitutions, 2011, pp. 335-337

Miren Lartigue, « Le Conseil constitutionnel n'est pas une chambre d'appel des choix du Parlement », Gazette du Palais, n°02, page 6, 16 janvier 2024

Emmanuel Dreyer, Les miracles de l'indivisibilité permettant de juger en France le distributeur de téléphones illégalement cryptés et vendus partout en Europe, RSC, 2022

P-J Hesse, « Un droit fondamental vieux de 3000 ans : l'état de nécessité, Jalons pour une histoire de la notion », Droits fondamentaux, janv-déc. 2002, n° 2, p. 125

André Vitu, Contrainte morale ou état de nécessité, Revue de science criminelle, 1986, n° 87

Juliana Karila de Van, « Le droit de nuire », RTD civ. 1995. 533

Marie-Emma Boursier, L'exigence incontournable d'une politique de groupe pour l'application du fait justificatif de groupe de sociétés dans l'abus de biens sociaux, *Rev. sociétés*, 2018. 520

Haritini Matsopoulou, Un gérant condamné pour abus de biens sociaux et blanchiment aggravé, *RSC*, 2018. 429

J. Lasserre-Capdeville, Les droits de la défense, nouvelle cause prétorienne d'irresponsabilité pénale, *Rev. pénit.* 2006, p. 537 et s.

Gabriel Roujou de Boubée, *Recueil Dalloz* 2023, p. 2102

Philippe Conte, *Droit pénal* n° 5, Mai 2023, comm. 82

R. Bernardini, « Légitime défense », *Rép. pén.*, 2014, n° 93

Sajjad Hasnaoui-Dufrenne, Affaire Sarah Halimi : peu important les raisons de la folie,, *Dalloz actualité*, 28 avril 2021

J. Mucchielli, Affaire Sarah Halimi : cannabis, meurtre antisémite et irresponsabilité pénale, *D. actu.* 30 déc. 2019

R. Legeais, « Légitime défense et protection des biens, aperçus de droit comparé », *RSC*, 1980, p. 325

S. Scapin, « L'ambito di operatività della legittima difesa putativa », *Giur. Pen.*, 2 octobre 2015, à propos de *Cass. pén.*, italienne, 4e S, 27 avril 2015.

P. Savey-Casard, Réflexions sur l'article 329 du Code pénal, *R.S.C.*, 1960, p. 39

Lasserre Capdeville, État de nécessité et faute de l'intéressé, *AJ Pénal*, 2010, p. 393

Hajer Rouidi, Une notion pénale à l'épreuve de la responsabilité civile : les faits justificatifs, *RSC* 2016, n°1, pp. 17-26

Jean Pélissier, Faits justificatifs et action civile, *D.* 1963, p. 126

Bertrand de Lamy, « La légitimité du juge européen des droits de l'homme », *La légitimité des juges*, édité par Jacques Raibaut et Jacques Krynen, Presses de l'Université Toulouse Capitole, 2004, p. 163-172, n° 52

O. Pfersmann, « Le renvoi préjudiciel sur exception d'inconstitutionnalité : la nouvelle procédure de contrôle concret a posteriori », *Les petites affiches*, 19 décembre 2008, n°254

Patrice Spinosi, Quel regard sur la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur le procès équitable ? *Les nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°44, 1er juin 2014, p. 23

Djoheur Zerouki, Décrochage de portraits du président de la République : suite de la leçon sur le contrôle concret de conventionnalité : le compte n'y est pas (encore), *RSC*, 2023, p.415

Aurélié Cappello, « La construction progressive et discutabile du fait justificatif relatif à la liberté d'expression par la Cour de cassation », *Gazette du Palais*, 15 novembre 2022, n°37, p. 8

V. Fourment, Le contrôle de proportionnalité à la Cour de cassation : l'office du juge à l'épreuve de la mise en balance et du contrôle de conventionnalité, *RDLF* 2023, thèse n° 07

Emmanuel Dreyer, *Gazette du Palais*, n°27, Juillet 2016

Emmanuel Dreyer, Outrage et mise à l'écart de la Convention EDH, *RSC* 2019. 111

C. Dubois, Le code pén-art ?, *D.* 2023. 1257

## **Jurisprudence et notes associées**

### **Conseil constitutionnel**

- C. C., 3 septembre 1986, n° 86-215 DC  
C. C., 10 février 2017, n° 2016-611 QPC  
C. C., 7 octobre 2010, n° 2010-613 DC  
C. C., Décision n° 71-44 DC, 16 juillet 1971, Liberté d'association  
C.C., décision n° 2023-863 DC, 25 janvier 2024  
C. C., Décision n° 76-70 DC du 2 décembre 1976  
CC. 15 Janvier 1975, n° 74-54 DC, IVG

### **Assemblée plénière de la Cour de cassation**

- Cass., Ass. Plén. 29 juin 2001, Bull. n° 165  
Cass. Ass. plén., 9 mai 1984, B., civ., n°1 et n° 4  
Ass. Plén. 15 avril 2011, n°10- 17.049 ; n°10-30.313 ; n°10-30.316 ; n°10-30.242  
Cass. Ch. mixte, 24 mai 1975, Société « Café Jacques Vabres »

### **Chambre criminelle de la Cour de Cassation**

- Cass. crim., 28 juin 1958, aff. Lesage, D. 1958, p. 693  
Cass. crim., 4 février 1985, aff. Rozenblum, Bull. crim., n° 54  
Cass. crim., 16 juin 2011, n°10-85079 , aff. Sté Centre spécialités pharmaceutiques  
Cass. crim. 9 juin 2009, n° 08-86.843  
Cass. crim. 8 mars 2023, n° 22-81.040, F-D  
Cass. crim., 17 février 1956, B, n° 154  
Cass. crim. 1er juin 2010, n° 09-87.159, aff. de l'ours Cannelle  
Cass. crim., 12 mai 1950, Bull. crim., n° 154  
Cass. crim. 8 mai 1974, n° 73-91.025  
Cass. crim., 31 octobre 1963, B., n° 302  
Cass. crim., 9 octobre 1958, RSC, 1960  
Cass. crim. 3 avr. 1973, B. n° 168  
Cass. crim. 8 févr. 1977, J.C.P. 1978, II, 18890  
Cass. crim., 15 septembre 2004, n° 04- 84.143, Bull. crim. 2004, n° 213

Cass. crim., 7 septembre 2021, n° 19-87.367  
Cass. crim., 8 mars 2011, n° 10-82.078, Inédit  
Cass. crim., 28 janvier 1986, n° 84-95.573  
Cass. Crim., 3 avril 1973, n°71- 93.559, Bull. crim. n°170  
Cass. crim., 2 juin 1980, n°78-93.482, Bull. crim. n°168  
Cass. crim., 30 janvier. 2019, n° 17-85.304  
Cass. crim., 25 octobre 2017, n° 16-80.238  
Cass. crim., 20 décembre 1967, n°66-92.779, Affaire Roi des Gitans, D.1969, note E. Lepointe  
Cass. crim., 11 juin 2002, n° 01-85.237, JCP 2003, note E. Dreyer  
Cass. crim., 9 juin 2009, n° 08-86.843  
Cass. crim. 8 mars 2023, n° 22-81.040, F-D  
Cass. crim., 30 juin 1999, Bull. n° 174  
Cass. crim., 4 mai 2004, Bull. n° 108  
Cass. crim., 10 janvier 2006, Bull. n° 11  
Cass. crim. 14 avr. 2021, FS-P+I, n° 20-80.135  
Cass. Crim., 1er décembre 2010, n° 10-80.094  
Cass. crim, 24 août 2016, n° 16-83.717  
Cass. crim., 16 février 2016, n° 15-82.732  
Cass. crim. 9 janvier 2018, n°16-86.552  
Cass. Crim. 17 janvier 2017, n°15-86.481  
Cass. crim. 9 janvier 2018, n°16-86.552  
Cass. crim., 19 juin 1990, B., n° 250  
Cass. crim., 25 janvier 2006, n° 05-82.664  
Cass. crim., 6 décembre 2016, n° 15-80.816  
Cass. crim. 25 mai 2016, n° 14-86.170  
Cass. crim., 1er juin 2010, n° 09-87.159, aff. de l'ours Cannelle  
Cass. crim. 8 mai 1974, n° 165  
Cass. crim., 12 mai 1950, Bull. crim., n° 154  
Cass. crim. 26 février 2020, n° 19-81827  
Cass. crim., 22 septembre 2021, n° 20-85.434

Cass. crim., 18 mai 2022, n° 20-87.272  
Cass. crim., 19 avr. 2023, n° 22-82.994  
Cass. crim. 26 oct. 2016, n° 15-83.774  
Cass. crim. 13 oct. 2020, n° 19-85.632, RSC, 2021. 105, obs. E. Dreyer  
Cass. crim, 12 avril 2016, n° 14-87.124  
Cass. crim., 16 nov. 2016, n° 16-80.207  
Cass. crim., 19 juin 2018, n° 17-84.153

#### **Chambres civiles de la Cour de cassation**

Cass. civ. 2e, 22 avr. 1992, n° 90-14.586  
Cass. civ. 2e, 10 juin 1970, D. 1970  
Cass.civ. 2e, 22 avr. 1992, n° 90-14.586  
Cass. civ. 2e, 10 juin 1970, D. 1970  
Cass. 1ère. civ., 4 décembre 2013, n°12-26.066  
Cass., 1ère. civ., 8 décembre 2016  
Cass. 1ère. civ.,, 23 janvier 1968, JCP, 1968  
Cass. 1ère civ.,, 17 décembre 2015, n° 14-29.549  
Cass., 1ère. Civ., 4 décembre 2013, n° 12-26.066

#### **Conseil d'État**

CE, 20 octobre 1989, Nicolo, 108243, publié au recueil Lebon

#### **Cour d'appel**

CA. Colmar, 6 décembre 1957, D. 1958, p. 357  
CA, Paris, 13 mai 1983, Juris Data, n° 02.4637  
CA, Douai, 6 mai 1994, Juris data, n° 047622  
CA Douai, 9 juin 1988, D. 1991, somm., p.66  
CA Rennes, 12 avril 1954, S. 1954, 2, 185, note Bouzat

#### **Première instance**

Trib. corr., Château-Thierry, 4 mars 1898  
Cour d'assises de Liège, 5 novembre 1982, RSC 1983, p. 83  
Trib. Corr. Colmar, 27 avril 1956, D. 1956, p. 500  
T. corr. Marseille 28 janvier, 1982, D.1983. IR., p. 402

## **CEDH**

CEDH, 21 janv. 1999, Fressoz et Roire c. France

CEDH, 7 déc. 1976, Handyside c/ Royaume-Uni

CEDH, Brusco c/ France, 14 octobre 2010, req. n°1466/07

CEDH, 24 mai 1989, Hauschildt c/ Danemark, aff. n° 10486/83

CEDH, 2 octobre 2008, Requête n° 36109/03

CEDH, 14 mars 2013, aff. Eon c. France, n° 26118/10

## **Divers**

Alexandre Dumas, Les Trois Mousquetaires, 1844, Flammarion 2013, p. 38

Formule de Patrice Spinosi, Avocat au Conseil, employée à l'occasion d'une rencontre avec la promotion du Master 2 de Droit pénal et sciences criminelles, parcours procédure pénale, de l'Université Paris Panthéon-Assas, le 11 mars 2024

Gaius, Digeste, ad leg, Aquiliam 9, 2

L'Humanité, Peine pour l'exemple, Article de presse, 23 février 1999

Montaigne, Essais, II, 3, 1580-1595

Cycle de conférence de Pauline LE MONNIER de GOUVILLE, Procédure pénale approfondie, Jeudi 1er mars 2024, Paris Panthéon-Assas

Spinoza, Oeuvres III, Traité théologico-politique, trad. Par J. Lagrée et P.-F. Moreau, PUF, 1999  
M. Debré, Discours devant l'assemblée générale du Conseil d'État, 27 et 28 août 1958, extrait

J. Portalis, Discours préliminaire du premier projet de Code civil, 21 janvier 1801

Claudia Chica-Lemarchand, L'office du juge, Actes de colloque, 29 septembre 2006, Paris, Palais du Luxembourg

O. Baudot., Harangue à tous les magistrats qui débutent 1947, in L'éthique du juge, PEZARD A., Petites Affiches 1995, n° 113, 20 septembre 1995

Communiqué, Trouble mental et irresponsabilité pénale, Mercredi 14 avril 2021, pourvoi P 20-80.135

JO, AN, 19 mai 1989, n° 693, p. 10

JO, débats, Sénat, 1989, n° 20 S (CR) 12 mai 1989, p. 655 et 656

JO, AN, 2 avril 1991, n° 1945, Rapport M. Sapin, p. 5 et 44

Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations

# Table des matières

## INTRODUCTION

Page 1

## PREMIÈRE PARTIE : L'APPROPRIATION CRÉATRICE DE LA MATIÈRE JUSTIFICATIVE GÉNÉRALE PAR LE JUGE PÉNAL

Page 21

### CHAPITRE 1 : LE FAIT JUSTIFICATIF DE SOURCE LÉGISLATIVE, UN PARDON INDIRECT ET CONDITIONNÉ PAR LE DROIT

Page 22

**SECTION 1** : Un pardon judiciaire d'ordre différé, indirect, et conditionné par le droit (p. 22)

§ 1 : La justification, en tant qu'échec à la responsabilité pénale (p. 22)

§ 2 : La traduction sous-jacente d'une conscience des limites répressives (p. 27)

**SECTION 2** : Une institution forgée dans le creuset du principe de légalité criminelle (p. 32)

§ 1 : Le principe de légalité criminelle dans sa lecture stricte (p. 32)

§ 2 : L'émergence d'une conception affinée de la légalité criminelle (p. 36)

### CHAPITRE 2 : L'EXTENSION CRÉATRICE DE LA MATIÈRE JUSTIFICATIVE PAR LE JUGE PÉNAL

Page 42

**SECTION 1** : La matérialisation de faits justificatifs d'origine purement prétorienne (p.42)

§ 1 : La multiplication historique des créations judiciaires et autonomes (p. 42)

§ 2 : L'avènement contemporain du fait justificatif tiré des droits de la défense (p. 48)

**SECTION 2** : La traduction éclatante d'une redéfinition assumée de l'office du juge (p. 52)

§ 1 : D'un juge applicateur à un juge créateur (p. 52)

§ 2 : D'un juge créateur à un législateur qui promulgue (p. 56)

## DEUXIÈME PARTIE : L'APPROPRIATION MODULATRICE DES FAITS JUSTIFICATIFS DE SOURCE LÉGISLATIVE PAR LE JUGE PÉNAL

Page 61

### CHAPITRE 1 : UNE MODULATION DES CONDITIONS D'APPLICATIONS JUSTIFICATIVES DANS L'INTERSTICE DU CADRE LÉGAL

Page 62

**SECTION 1** : La souplesse des critères légaux, vectrice d'une large appréciation du juge (p. 62)

§ 1 : La liberté offerte par les principes de nécessité et de proportionnalité de l'acte infractionnel (p. 62)

§ 2 : L'efficience accordée au critère de la vraisemblance (p. 67)

**SECTION 2** : Une modulation à l'origine d'incohérences questionnables (p. 71)

§ 1 : Une réalité sous-jacente aux régimes de la légitime défense et de l'état de nécessité (p. 71)

§ 2 : Une conceptualisation discutabile de la responsabilité civile connexe (p. 75)

### CHAPITRE 2 : UNE MODULATION CONJUGUÉE AU DÉPLOIEMENT D'UN CONTRÔLE DE CONVENTIONNALITÉ DE L'APPLICATION DE LA LOI

Page 80

**SECTION 1** : L'émergence du contrôle de conventionnalité in concreto (p. 80)

§ 1 : Une pratique fondée sur le préalable du contrôle de conventionnalité in abstracto (p. 80)

§ 2 : Une pratique développée sous l'égide de la Cour européenne (p. 84)

**SECTION 2** : La traduction éclatante d'une redéfinition assumée de l'office du juge (p. 88)

§ 1 : Un bouclier du droit fondamental de l'individu (p. 88)

§ 2 : Un mécanisme qui complète les causes d'exonération de responsabilité pénale (p. 92)

## BIBLIOGRAPHIE

Page 96