

**UNIVERSITÉ PARIS-SUD,
Faculté Jean Monnet – Droit, économie, gestion**

L'ATTEINTE EN DROIT PENAL

**Mémoire de Master 2 Recherche
Droit Privé Fondamental**

**Présenté par
Johanna MORAND**

Sous la direction de
Monsieur le Professeur Emmanuel DREYER.

L'université n'entend donner ni approbation ni improbation aux opinions contenues dans le mémoire, lesquelles doivent être considérées comme propres à l'auteur.

ABREVIATIONS

Anc.	Ancien
Bull. crim.	Bulletin de la chambre criminelle de la Cour de cassation
Cass. crim.	Cour de cassation, chambre criminelle
CCE	Revue Communication et commerce électronique
Comm.	Commentaire
Cons. const.	Conseil constitutionnel
C. P. :	Code pénal
D. :	Revue Dalloz
Dr. pén.	Revue Droit pénal
Gaz. Pal. :	Gazette du Palais
Obs.	Observations
Rev. sc. crim. :	Revue de science criminelle et de droit pénal comparé
s.	Suivant
T.	Tome
V. :	Voir

SOMMAIRE

INTRODUCTION

CHAPITRE I : L'atteinte procédant d'un résultat

Section I : Les résultats de la théorie moderne

Section II : L'atteinte comme élément constitutif de l'infraction

CHAPITRE II : L'atteinte indépendante du résultat

Section I : La répression préventive d'une atteinte

Section II : L'apologie mesurée de la répression préventive

CONCLUSION

INTRODUCTION

1. - La notion d'atteinte en droit pénal n'a jamais fait l'objet d'une étude approfondie, sans doute parce qu'on la considère comme évidente. Pourtant, il n'en est rien.

2. - Il faut partir du constat que l'atteinte est une notion souvent utilisée par la doctrine, ainsi que par le législateur, sans que l'on en connaisse réellement le sens. Dans le code pénal d'abord, on distingue trois types d'atteintes : les atteintes à la personne humaine, les atteintes aux biens, et les atteintes aux intérêts fondamentaux de la nation et à l'autorité de l'Etat. L'atteinte est ici un « terme générique permettant, dans la classification légale des infractions, de regrouper les crimes et délits par catégorie, en spécifiant, pour chacune, ce à quoi portent préjudice les infractions qui y appartiennent »¹. L'atteinte ainsi visée, dans un sens très large, ne désigne rien d'autre que l'infraction elle-même. Si on prend l'exemple des atteintes à la personne humaine, cela comprend les atteintes à la vie, les atteintes à l'intégrité physique ou psychique de la personne, les atteintes aux libertés de la personne, à sa dignité, etc. Dans la doctrine ensuite, les auteurs parlent d'« atteinte à une valeur sociale essentielle », d'« atteinte à un intérêt pénalement protégé », ou encore de « trouble social », de « dommage », sans que l'on sache si toutes ces notions sont des synonymes ou non. Pour qu'elle ait un intérêt, il est nécessaire de cerner la notion d'atteinte avec davantage de précision.

3. - Il semble indispensable d'en revenir à l'étymologie du mot atteinte. Le terme atteinte vient du latin classique *attingere*, qui lui-même provient du verbe *tangere* au sens de toucher². Dans son sens général, atteindre signifie donc « toucher » quelque chose ou « parvenir à » quelque chose. Dans le langage commun, l'atteinte est l'« action, [le] fait d'atteindre un but, un objectif, d'y parvenir », mais c'est aussi l'« effet pénible produit sur quelqu'un par un mal »³. Autrement dit, l'atteinte serait à la fois une action et un effet, une conséquence. Qu'en est-il dans le langage juridique ? L'atteinte en droit pénal est-elle un acte ou le résultat ?

L'atteinte, dans le sens juridique du terme, peut être définie, d'une part, comme « l'action dirigée contre quelque chose ou quelqu'un par des moyens divers », telles que les

1 Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, G. CORNU (dir.), Puf, 8^e éd., 2007.

2 Dictionnaire *Noms communs et noms propres*, Hachette, éd. 2005.

3 <http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/atteinte>

dégradations, l'injure, les blessures, la spoliation, et d'autre part, comme le « résultat préjudiciable de cette action »⁴. A nouveau, l'atteinte est conçue à la fois comme une action et comme une conséquence de celle-ci. En droit pénal, cela signifierait deux choses. L'atteinte désignerait d'abord, l'acte délictueux commis par le délinquant et ensuite, le résultat pénal, conséquence de l'acte. En d'autres termes, il y aurait atteinte en droit pénal du seul fait du comportement délictueux de l'agent, mais on parlerait aussi d'une atteinte toutes les fois où ce comportement a provoqué un résultat. Cette affirmation soulève alors deux remarques.

Premièrement, en dehors du domaine propre au droit pénal, il est facile de déceler des situations de fait qui peuvent être rationnellement qualifiées d'atteintes. Ainsi, par exemple, l'avortement peut être décrit de manière certaine comme une atteinte à la vie de l'embryon, ou encore le suicide comme une atteinte à la vie. Pour autant, toutes les atteintes, qui sont susceptibles d'entrer dans la sphère juridique, ne sont pas pénalement réprimées. Seules sont réprimées par la loi pénale les atteintes les plus graves. Au fil du temps, les comportements incriminés n'ont pas été les mêmes car il a fallu s'adapter à la vie économique et sociale contemporaine, pour éviter les dérives de la délinquance et la criminalité. A cet égard, une refonte complète du code pénal de 1810 est apparue indispensable. Le nouveau code pénal devait nécessairement englober les atteintes traditionnelles comme le meurtre, le viol ou encore le vol, et les atteintes nouvellement qualifiées. Le législateur doit en effet prendre en considération les mutations de nature médicale, technologique, économique, sociale et incriminer de nouvelles atteintes. Ainsi, a été incriminé le terrorisme⁵, en ce qu'il porte atteinte à la nation, à l'Etat et à la paix publique, ou encore la criminalité nouvellement née avec l'informatique⁶, qui porte atteinte aux droits de la personnalité. Depuis la promulgation du nouveau code pénal en 1994, des lois en matière pénale ont été adoptées, ajoutant ainsi des atteintes répréhensibles. C'est le cas par exemple de la loi du 5 mars 2007 qui réprime l'enregistrement et la diffusion d'images de violence⁷, ou encore la loi du 6 août 2012 qui condamne le harcèlement moral⁸. La justice pénale en France tente donc de lutter contre les formes nouvelles d'atteintes aux hommes, aux choses et à l'Etat. Quoi qu'il en soit, pour incriminer de nouveaux comportements, ceux-ci doivent être nuisibles. Le droit pénal s'efforce de qualifier juridiquement les actions nuisibles quand elles ne figurent pas dans le code pénal.

4 Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, op. cit.

5 Art. 421-1 et s. du C. P.

6 Art. 226-16 et s. du C. P.

7 Art. 222-33-3 du C. P.

8 Art. 222-33-2 et 222-33-2-1 du C. P.

Pour se faire, il peut se fonder sur la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 qui affirme, à l'article 5, que « la loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles », c'est-à-dire, les actions qui causent du tort.

Deuxièmement, après étude de la définition juridique du terme atteinte, l'atteinte désignerait à la fois l'acte délictueux commis par le délinquant et la conséquence de celui-ci, c'est-à-dire le résultat pénal de l'infraction. Autrement dit, le comportement de l'agent serait à lui seul une atteinte ; il ne serait pas nécessaire que ce comportement ait produit un résultat pour que l'on puisse parler d'atteinte. De ce fait, il s'agit de savoir quelle atteinte est réprimée par le droit pénal. **Est-ce que la répression d'un comportement est subordonnée à la réalisation d'une atteinte, conséquence du comportement délictueux, ou certains comportements peuvent-ils être incriminés pour l'atteinte qu'ils causeraient en eux-mêmes ?** Cette question sous-tend en réalité une autre question essentielle : l'infraction pénale suppose-t-elle toujours un résultat ?

4. - Deux grandes théories s'opposent sur la définition à donner de l'infraction pénale. Le droit pénal classique français⁹ est largement imprégné d'une vision presque exclusivement matérielle de l'infraction. La doctrine française s'est en effet inspirée des réflexions des auteurs étrangers sur la notion d'infraction pénale. Ce courant doctrinal s'est surtout manifesté en Allemagne au XIX^e siècle, puis en Italie. La doctrine étrangère dite objectiviste compte parmi ses partisans le pénaliste allemand VON LISZT, pour qui l'infraction était l'état de fait puni par la loi¹⁰. D'autres auteurs la définissaient encore comme l'endommagement ou la mise en péril d'un bien que le législateur pénal doit protéger, au nom de l'intérêt public, par l'efficacité de la peine. Dans une conception objectiviste du droit pénal, l'infraction n'est punissable qu'à partir du moment où elle est consommée, et elle n'est réputée consommée que si elle a produit un dommage effectif. Il ne saurait donc y avoir d'infraction sans résultat, de même que la tentative est impunie. A l'opposé, un deuxième courant doctrinal prend en considération non pas le résultat de l'acte mais la dangerosité de l'auteur. C'est pourquoi elle met l'accent sur la volonté criminelle qui doit être saisie dès qu'elle se manifeste extérieurement, quelles qu'en soient les conséquences. L'infraction serait « la manifestation fautive d'une volonté agissant contre le droit et sanctionnée par la loi au moyen d'une peine »¹¹. Pour les partisans de cette théorie

9 Droit qui s'est développé à partir du code pénal de 1810.

10 V. F. VON LISZT, *Traité de droit pénal allemand*, V. Giard et B. Brière, 17^e éd., 1908, traduction R. LOBSTEIN, 1911.

11 J.-A. ROUX, *Cours de droit criminel français*, T.1, 2^e éd., 1927, p. 116, n°27.

dite subjective, il est absurde d'attendre la production d'un mal irréparable pour punir le coupable. C'est pourquoi il peut y avoir des infractions sans résultat et toute tentative doit être réprimée.

Ni l'une ni l'autre de ces théories n'échappent aux critiques. La première a le défaut de laisser impunis tous les actes qui n'ont pas provoqué de résultat et la seconde risque d'aboutir à la punition de la résolution criminelle et donc de porter atteinte à la liberté individuelle. C'est pourquoi aucune de ces théories n'a reçu une application absolue. Sous l'Ancien Régime, c'est la conception subjective qui dominait mais on ne peut nier l'influence de la théorie objective comme moyen d'affaiblir la rigueur de la répression. En effet, le résultat était un critère de la peine. Plus l'agent avait commis un acte proche du résultat, plus la peine était élevée. Développée comme une mesure d'équité, la théorie objective devint le principe dominant du Code de 1791, si bien que la tentative, en principe impunie, n'était réprimée que dans deux cas : l'assassinat et l'empoisonnement. Néanmoins, la conception subjective étendit l'application de la tentative à tous les crimes, de telle sorte que la volonté criminelle était réprimée indépendamment d'un résultat quelconque. Le code de 1810 concilia les deux théories à travers la formule suivante : « pas de délit sans intention, pas de délit avec l'intention seule ». Aussi, la doctrine classique française exige, pour qu'une infraction soit consommée, un « élément moral », c'est-à-dire que l'on doit pouvoir relier l'infraction à un délinquant responsable, et un « élément matériel » à défaut duquel aucune condamnation pénale ne peut être prononcée. La réalisation de cet élément matériel est en principe subordonnée à trois conditions essentielles : l'accomplissement des actes d'exécution décrits par la loi, la survenance d'un résultat, et l'existence d'un rapport de causalité entre les actes d'exécution et le résultat. Par exception, il peut y avoir infraction sans pour autant qu'un résultat se soit produit. Quant à la tentative, le droit français est à mi-chemin de l'une et de l'autre conceptions. Il incrimine la tentative, mais exige, en vertu d'un minimum d'objectivisme, que cette tentative ne soit pas trop éloignée de la consommation.

5. - Ainsi, on observe aujourd'hui un « rétrécissement »¹² de l'élément matériel de l'infraction. « Tantôt la loi, tout en incriminant au titre de l'infraction consommée une activité effectivement dommageable [...], punit aussi la tentative. Tantôt, enfin, le législateur n'exige même pas que l'infraction consommée ait occasionné un dommage »¹³.

12 R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel. Problèmes généraux de la science criminelle, droit pénal général*, Cujas, 7^e éd., 1997, p. 606, n°480.

13 *Idem*, p. 607.

Parmi les infractions répertoriées par le code pénal, certaines sont donc réalisées parce qu'elles causent effectivement un dommage. D'autres fois, le législateur a érigé en infractions pénales certains comportements potentiellement dangereux, indépendamment des suites et incrimine, sous certaines conditions, l'infraction qui a seulement été tentée. En définitive, dans le premier cas, l'atteinte procède du résultat pénal de l'infraction, dans le second, c'est le comportement de l'agent qui, à lui seul, cause déjà une atteinte justifiant son incrimination, mais celle-ci est nécessairement indépendante du résultat. Ainsi, sera d'abord étudiée l'atteinte procédant d'un résultat (Chapitre I), ensuite l'atteinte indépendante du résultat (Chapitre II).

Chapitre I : L'atteinte procédant d'un résultat

6. - La plupart des infractions provoquent un résultat¹⁴. Ce résultat, qui commande la consommation des infractions dites « matérielles », se confond avec ce que l'ancien Code pénal appelait quelquefois « les suites » ou « les effets » de l'infraction¹⁵, et que les pénalistes du XIX^e siècle appelaient « le mal du délit ». La consommation d'une infraction matérielle n'est effective que si elle a produit le résultat spécifié parmi les éléments constitutifs légaux du fait incriminé. Le résultat apparaît comme une atteinte qui est la conséquence du comportement délictueux. Reste à savoir quel est le contenu du résultat pénal.

7. - Si la définition juridique de l'infraction a soulevé des difficultés, il en est de même de la notion de résultat. D'abord, dans une conception objective de l'infraction, l'acte criminel est une force qui tend à une modification du monde extérieur. La doctrine française s'est inspirée des réflexions des auteurs étrangers. Le pénaliste allemand VON LISZT a décrit l'infraction comme un « acte » qui se définit lui-même comme « le fait volontaire de causer ou ne pas empêcher un changement dans le monde extérieur »¹⁶. Ce changement dans le monde extérieur est le résultat. Il s'agit d'une conception du résultat particulièrement extensive. C'est pourquoi l'auteur distingue le résultat immédiat du résultat éloigné, seul le résultat immédiat devant être pris en considération par le législateur. Parmi la doctrine classique française, R. GARRAUD a repris l'analyse faite par VON LISZT. « L'infraction, considérée dans sa matérialité, suppose un acte, c'est-à-dire le fait volontaire, de la part d'un individu, de causer ou de ne pas empêcher un changement dans le monde extérieur »¹⁷. Le résultat est « dans le monde extérieur, un changement subi par les hommes ou par les choses »¹⁸. Dans la doctrine contemporaine également, certains

14 Bien que sur ce point les auteurs ne soient pas unanimes. Contre : L. ROZES, « L'infraction consommée », Rev. sc. crim. 1975, p. 618, n°25. « L'exigence d'un résultat objectif demeure un élément exceptionnel et limité dans le droit positif français. Nombreux sont les exemples d'infractions consommées en l'absence de tout résultat ».

15 A propos de l'infraction d'empoisonnement, ancien art. 301 C. P. : « Est qualifié empoisonnement tout attentat à la vie d'une personne, par l'effet de substances qui peuvent donner la mort plus ou moins promptement, de quelque manière que ces substances aient été employées ou administrées, et quelles qu'en aient été les suites ».

16 V. F. VON LISZT, *op. cit.*

17 R. GARRAUD, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, Sirey, 3^e éd., 1913-1953, T. 1, p. 241 et s., n°110.

18 *Idem*

auteurs se sont inspirés de cette notion de modification du monde extérieur. On peut citer R. MERLE qui, s'interrogeant sur le sens à donner au terme de résultat, a affirmé qu'« il peut résulter d'un fait deux séries de conséquences : des conséquences primaires et constantes qui se résument dans une modification du monde extérieur ; et des conséquences secondaires et accidentelles qui consistent dans la production d'un dommage ou d'un préjudice »¹⁹. Quant à P. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, ils définissent ce qu'ils appellent le « résultat matériel de l'incrimination » comme « la modification du monde extérieur qui résulte de l'acte matériel prohibé »²⁰. Ensuite, dans une conception subjective de l'infraction, l'infraction est une activité criminelle qui porte atteinte à certaines valeurs sociales. Toute incrimination est en effet conçue en fonction d'une valeur sociale jugée digne d'être protégée. La mise en cause d'une valeur sociale occasionne un trouble social qui justifie l'intervention du droit pénal. Autrement dit, le résultat pénal est le trouble social occasionné par une action imputable qui porte atteinte à une valeur sociale protégée.

Toutefois, selon une théorie moderne du résultat, le résultat en matière pénale n'est pas une notion unique mais une entité revêtant des formes diverses. C'est pourquoi il ne faudrait plus parler « du » résultat mais « des » résultats (Section 1). Ce qui est certain, c'est que le résultat pénal est, en principe, une condition de la consommation de l'infraction, c'est-à-dire que l'atteinte est un élément constitutif de l'infraction (Section 2).

Section I : Les résultats de la théorie moderne

8. - Il s'agit, dans ce premier chapitre, d'observer que l'atteinte est le résultat pénal de l'infraction. Selon une théorie moderne, le résultat revêt des formes diverses qu'il est nécessaire d'étudier (Paragraphe I), mais en réalité, l'intérêt de la distinction peut paraître discutable (Paragraphe II).

¹⁹ R. MERLE, *Droit pénal général complémentaire*, Puf, 1957, p. 144.

²⁰ P. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, Armand Colin, 7^e éd., 2004, p. 181, n°317.

Paragraphe I : Une notion polymorphe

9. - Il ne s'agit pas ici de faire la synthèse de toutes les positions doctrinales des tenants de la théorie moderne « des » résultats, mais simplement de constater qu'il existe différentes formes de résultat, celles-ci pouvant varier d'un auteur à l'autre.

10. - Il existe un résultat sur lequel les auteurs semblent être d'accord, c'est le résultat fondement de l'infraction, appelé résultat « redouté ». A toute infraction correspond un résultat « redouté » qui est à l'origine de l'incrimination : il est indissociable du processus de l'incrimination²¹. Il est vrai qu'un comportement est rarement puni pour lui-même. C'est la gravité du résultat qu'il est susceptible de provoquer qui justifie la répression de ce comportement²², que la preuve d'un dommage effectif soit ou non exigée. « L'acte n'est pas anormal en soi : il ne l'est que par référence au résultat lui-même anormal, car perturbateur de l'ordre social, qu'il entraîne »²³. Ainsi, Y. MAYAUD définit le résultat « redouté » comme « la projection d'un dommage à éviter sur la qualification pénale. C'est donc une "fin" qu'il appartient de prévenir par l'incrimination de "moyens" en rapport de causalité avec elle »²⁴. Autrement dit, le résultat « redouté » est un dommage dont le législateur entend éviter les conséquences désastreuses sur le plan social et pour se faire, il va dresser la liste des comportements à même de permettre la réalisation du dommage redouté et les ériger en infractions²⁵.

De la même manière, A. DECOCQ nous dit que « La loi érige certaines conduites en vue de prévenir le préjudice social qui peut en résulter. Tout texte de qualification est rédigé en considération d'un semblable dommage », mais pour décrire le résultat, cet auteur emploie expressément le terme d'« atteinte ». Ainsi, dans l'homicide et les blessures par imprudence par exemple, « il [le résultat] consiste en certaines atteintes à la vie ou à l'intégrité corporelle des personnes ».²⁶ Le résultat redouté par le législateur est donc l'atteinte que le comportement de l'agent est susceptible de causer. Ainsi, sont réprimées les atteintes à la vie de la personne²⁷, les atteintes à son intégrité physique ou psychique²⁸,

21 Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, Puf (Collection Droit fondamental), 4^e éd., 2013, p. 227, n°190.

22 E. DREYER, *Droit pénal général*, LexisNexis, 2^e éd., 2012, p. 465, n°679.

23 P. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *op. cit.*, p. 26, n°41.

24 Y. MAYAUD, *Le mensonge en droit pénal*, L'Hermès, 1979, p. 238, n°360.

25 En ce sens, P. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *op. cit.*, p. 180, n°314.

26 A. DECOCQ, *Droit pénal général*, Armand Colin, 1971, p. 171.

27 Art. 221-1 et s. du C. P.

28 Art. 222-1 et s. du C. P.

ou encore les atteintes à ses biens²⁹. Certains auteurs regroupent ces résultats sous le nom d' « atteintes à des valeurs sociales essentielles ou à des biens juridiques collectifs »³⁰. En définitive, le résultat « redouté » par le législateur est une atteinte causée à la personne ou à l'Etat, pour certains une atteinte à une valeur sociale essentielle, que la loi pénale prend en compte en incriminant des agissements qui peuvent le provoquer.

Outre son utilité dans la phase d'incrimination, le résultat « redouté », appelé aussi par certains résultat « réel »³¹, servirait de critère de distinction des infractions matérielles et formelles. En effet, certains auteurs définissent l'infraction formelle comme celle par laquelle le résultat « légal » ne coïncide pas avec le résultat « réel ». Le résultat « légal », autre forme de résultat, correspond au seuil de l'illicite fixé par le législateur. Par sa réalisation, il déclenche la répression car il consomme juridiquement l'infraction. Ainsi, « par infractions formelles, il faut donc entendre toutes les infractions dont la matérialité objective est "indifférente au résultat réel" »³². Autrement dit, l'infraction formelle serait consommée indépendamment de la preuve de l'obtention du résultat « réel ».

11. - Enfin, à tout résultat « légal » correspondrait un résultat « juridique », indissociable de la consommation de l'infraction laquelle se solde toujours par une atteinte à une valeur sociale protégée. Il faut entendre par « valeurs sociales protégées » ou « biens juridiques collectifs » tout ce qui anime le législateur dans sa politique répressive, tout ce qui le détermine à élever au rang des infractions les différents comportements qu'il sanctionne³³. La loi est à cet égard un instrument de valorisation³⁴. A.-C. DANA nous dit même que le droit pénal est le droit des valeurs sociales : « la considération que telle valeur mérite d'être protégée au nom de la société, comporte en elle-même l'appel au droit pénal » et « toute atteinte portée à une valeur sociale suscite tout naturellement de la part du corps social cette "réaction émotionnelle" qui est à la base du phénomène d'incrimination »³⁵. Par sa consommation, toute infraction entraîne une atteinte effective à la valeur sociale protégée³⁶ : dans l'infraction matérielle, le résultat « juridique »

29 Art. 311-1 et s. du C. P.

30 Pour exemple : Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, op. cit., p. 27, n°18 ; M. PUECH, *Droit pénal général*, Litec, 1988, p. 211, n°582 et p. 213, n°590 ; P. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, op. cit., p. 181, n°315 ; A.-C. DANA, *Essai sur la notion d'infraction pénale*, LGDJ, 1982, p. 282, n°271.

31 A. DECOCQ, op. cit., p. 171.

32 Y. MAYAUD, *Le mensonge en droit pénal*, op. cit., p. 246, n°379.

33 Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, op. cit., p. 27, n°18.

34 Voir Y. MAYAUD, « La loi pénale, instrument de valorisation sociale », dans *Code pénal et code d'instruction criminelle – Livre du Bicentenaire*, D. 2010, p. 5.

35 A.-C. DANA, op. cit., p. 282, n°271.

36 Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, op. cit., p. 27, n°18.

correspond au résultat « réel », alors que dans l'infraction formelle, il se positionne avant la survenance de celui-ci.

12. - Pour comprendre la signification de la notion de résultat, les différentes formes de résultat ont été présentées assez simplement. En réalité, les auteurs ne sont unanimes que sur un point : toute infraction est incriminée en considération d'un résultat « redouté » dont le législateur veut éviter la survenance. Pour le reste, les points de vue divergent. Chaque auteur a adopté sa propre théorie moderne « des » résultats.

A. DECOCQ et Y. MAYAUD parlent indifféremment de résultat « redouté », « sociologique » ou « réel », alors que d'autres parlent seulement de résultat « sociologique »³⁷, ou encore de résultat « réel »³⁸ lorsque la preuve de l'obtention du résultat « redouté » est nécessaire à la consommation de l'infraction. De plus, si Y. MAYAUD s'est inspiré des réflexions de A. DECOCQ, il n'en a pas moins enrichi la notion de résultat. En effet, il a notamment donné des sens distincts aux dénominations de résultat « légal » et résultat « juridique », contrairement à A. DECOCQ.

En outre, la théorie de P. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON présente deux originalités notables. D'abord, il existerait une autre forme de résultat, le résultat « matériel »³⁹. Il s'agirait de la conséquence découlant immédiatement de l'exécution achevée du comportement incriminé. Toutes les infractions, puisqu'elles postulent un acte matériel, auraient un résultat « matériel ». Ce serait finalement le résultat pénal ayant le lien le plus étroit avec l'acte incriminé. Ensuite, la constitution d'une infraction ne serait pas toujours liée à l'existence d'un résultat juridique. Lorsque le législateur vise à une protection très efficace de la valeur sociale envisagée, il fixe le résultat « légal » en amont, à un stade où cette valeur est seulement menacée et n'est pas encore lésée. Lorsque c'est le cas, l'infraction correspondante n'a pas de résultat « juridique »⁴⁰.

On peut citer encore la théorie de M. PUECH. L'auteur distingue deux sortes de résultat : « le résultat social, qui correspond à une atteinte (ou une menace) à un bien juridique déterminé, et le résultat individuel, qui correspond à la situation de la victime de l'infraction »⁴¹. Le premier intéresse le droit pénal, tandis que le second, qui est un « préjudice propre à la personne directement protégée par la norme pénale transgressée »,

37 Pour exemple : P. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *op. cit.*, p. 180, n°314.

38 Pour exemple : E. DREYER, *op. cit.*, p. 465, n°679.

39 P. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *op. cit.*, p. 181, n°317.

40 P. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *op. cit.*, p. 182, n°319. C'est le cas des infractions formelles.

41 M. PUECH, *op. cit.*, p. 211, n°582.

« ne relève pas en règle générale de la théorie de l'incrimination ». Le résultat « social » serait le résultat « réel », « redouté » ou « sociologique » des autres théories, autrement dit, le fondement de l'infraction, mais il aurait des répercussions sur la technique juridique, car l'auteur distingue entre le « résultat efficient » et les « résultats inhérents »⁴².

13. - Ainsi, on constate que les auteurs ne sont pas tous d'accord sur le sens à donner au résultat pénal. La théorie moderne « des » résultats n'est pas unitaire. De ce fait, une distinction entre différentes formes de résultat est-elle pertinente ?

Paragraphe II : Une distinction à l'intérêt discutable

14. - Le résultat est, comme on a pu le constater, une notion difficile à définir. Le simple fait que la théorie moderne « des » résultats ne soit pas unitaire invite à se demander si une telle théorie est bien utile. Pourtant, « Les diverses sortes de résultat acquièrent tout leur sens, selon les auteurs, lorsqu'il s'agit de fixer le concept et le moment de la consommation et de préciser la définition des infractions formelles »⁴³.

15. - Tout d'abord, la distinction faite par les auteurs permettrait de préciser la notion de consommation de l'infraction. Il faut partir du postulat que pour la majorité de la doctrine, dans toutes les infractions il y aurait un ou des résultats. En effet, soit c'est le résultat « juridique » qui a pour fonction de consommer l'infraction, soit c'est le résultat « légal »⁴⁴, car ce qui justifie la répression, ce n'est pas le caractère punissable du comportement de l'agent, mais l'effet de ce comportement. « Le choix est fait d'ériger un acte en une infraction, lorsque la société veut éviter, par la menace d'une peine, que son résultat socialement nuisible ne cause un trouble à l'ordre public »⁴⁵. Autrement dit, « la consommation de l'infraction marque le déclenchement de la répression, lequel n'est possible qu'en présence d'un trouble à l'ordre public, or celui-ci n'existe que si un résultat se produit donc la consommation de l'infraction suppose nécessairement la production d'un résultat. Il serait dès lors impossible d'établir la consommation faute de démontrer la

42 *Idem*, p. 212, n°585.

43 J.-Y. MARECHAL, *Essai sur le résultat dans la théorie de l'infraction pénale*, L'Harmattan (Collection Logiques juridiques), 2003, p. 112, n°145.

44 Si l'on en croit la théorie de P. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON.

45 P. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *op. cit.*, p. 25, n°41.

présence d'un résultat, quel qu'il soit »⁴⁶. P. SPITERI en est convaincu. « Par essence, toutes les infractions ont un résultat » et « aboutissent toutes à une transformation du monde extérieur ».⁴⁷ Quant aux infractions tentées, celles-ci ne consommeraient aucun résultat, elles donneraient seulement une possibilité de répression avant toute consommation légale⁴⁸.

16. - Ensuite, la notion de résultat serait utile en tant que critère de distinction des infractions matérielles et formelles. Le seuil de la consommation des infractions formelles est fixé avant le résultat « réel », au niveau du commencement d'exécution de l'infraction matérielle correspondante⁴⁹. L'infraction formelle est donc consommée indépendamment de la preuve de l'obtention du résultat « réel ». Si on prend l'exemple de l'empoisonnement, son résultat « légal » est situé au stade du commencement d'exécution du meurtre, la mort, résultat « redouté » ou « réel », étant indifférente. Pour P. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, dont la théorie a la particularité de reconnaître un résultat « matériel », l'infraction formelle « se caractérise par le fait que son résultat légal se résume tout entier dans le résultat matériel du comportement interdit »⁵⁰. L'empoisonnement est consommé même si la victime ne meurt pas, mais l'infraction a un résultat « matériel », « à savoir l'intoxication de la victime, qui est la conséquence physique de l'acte du criminel »⁵¹.

17. - R. MERLE et A. VITU se contentent de définir le résultat pénal comme « un trouble social ou privé particulièrement grave en relation causale avec le comportement du délinquant »⁵². Autrement dit, le résultat apparaît comme la suite logique du comportement incriminé. Peut-être est-il en effet plus opportun de décrire le résultat ainsi car la théorie « des » résultats a des carences notables.

D'une part, comme il a été dit, la tentative se caractériserait par la répression en l'absence de résultat. Si une telle affirmation est juste pour les infractions matérielles qui supposent dans leurs éléments constitutifs un résultat, il semble impossible de la généraliser aux infractions formelles qui, à l'inverse, se consomment en l'absence de tout résultat, c'est-à-dire, en l'absence de toute atteinte effective. Or la tentative d'une infraction

46 V. J.-Y. MARECHAL, *op. cit.*, p. 113, n°146.

47 P. SPITERI, « L'infraction formelle », *Rev. sc. crim.* 1966, p. 508.

48 Y. MAYAUD, *Le mensonge en droit pénal*, *op. cit.*, n°375.

49 *Idem*, n°374.

50 P. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *op. cit.*, p. 184, n°322.

51 *Ibidem*

52 R. MERLE et A. VITU, *op. cit.*, p. 653, n°518.

formelle est tout aussi susceptible d'être réprimée que la tentative d'une infraction matérielle. Néanmoins, les partisans de la théorie moderne répondent que toute infraction, matérielle ou formelle, par sa consommation, produit au moins un résultat, qui est le résultat « légal ». Par la réalisation du comportement décrit par le texte, l'infraction est consommée. En réalité, ce résultat n'a « d'autre utilité que de déterminer le moment de la consommation, ce qui le vide par conséquent de tout contenu précis, autre que purement théorique »⁵³. Le résultat « légal » serait finalement « atteint chaque fois qu'il serait possible de reprocher à quelqu'un d'avoir eu le comportement décrit par la loi pénale sous prétexte qu'il en est résulté une modification du monde extérieur »⁵⁴. Ce résultat a donc pour effet pervers d'assimiler la cause et l'effet. En effet, il « est susceptible d'absorber le comportement et ses conséquences, c'est-à-dire le résultat concret que ce comportement est susceptible de provoquer »⁵⁵. En définitive, « Parler de résultat dans une telle hypothèse empêche de percevoir en quoi consiste le vrai résultat du comportement incriminé, puisque tout est alors résultat »⁵⁶.

D'autre part, toute infraction porterait atteinte à une valeur sociale essentielle, réellement⁵⁷ ou potentiellement⁵⁸ suivant les auteurs. L'analyse du texte d'incrimination permettrait donc de déterminer quel est le résultat « juridique », c'est-à-dire, la valeur sociale menacée par le comportement en question. Plusieurs remarques peuvent à nouveau être faites. Tout d'abord, on constate que « ce ne sont pas exactement les conséquences du comportement incriminé que l'on cherche à désigner ainsi [sous le nom de résultat « juridique »] », mais plutôt « la valeur que ce texte protège en sanctionnant un comportement particulier » et donc « l'atteinte à la valeur protégée apparaît davantage comme étant le fait générateur de l'intervention législative que son résultat »⁵⁹. De plus, le recours à la notion de valeur sociale présente certains dangers et ce pour plusieurs raisons. On peut en citer quelques unes. La première est que la valeur sociale protégée est changeante. Si on prend l'exemple des infractions d'agressions sexuelles, ce qui est protégée aujourd'hui, c'est la liberté sexuelle. Sous l'ancien code pénal, il s'agissait plutôt de protéger la morale et les bonnes mœurs. Le « devoir conjugal » était une obligation qui rendait le viol presque inconcevable entre époux. La jurisprudence opéra d'abord un

53 J.-Y. MARECHAL, *op. cit.*, p. 126, n°168.

54 E. DREYER, *op. cit.*, p. 464, n°676.

55 *Ibidem*

56 *Ibidem*

57 Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 27, n°18.

58 P. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *op. cit.*, p. 182, n°319.

59 E. DREYER, *op. cit.*, p. 465, n°677.

revirement de jurisprudence au nom de la liberté de chacun, reconnaissant ainsi le crime de viol entre époux⁶⁰, puis le législateur en 2006 fit du viol entre époux un viol aggravé⁶¹. La deuxième raison est que cette approche en terme de valeur s'avère aléatoire car il y a des infractions pour lesquelles on ne sait pas quelle est la valeur sociale protégée. C'est le cas pour les contraventions par exemple où la valeur sociale protégée est trop vague. A cet égard, certains textes incriminateurs sont dits « pluri-offensifs » car ils permettent de protéger plusieurs valeurs sociales. Ainsi, l'atteinte au secret professionnel⁶² est une infraction qui tend à protéger l'intérêt de la personne qui se confie et l'intérêt de la profession en cause. Il n'y a de révélation légitime de l'information à caractère secret qu'à partir du moment où le professionnel a obtenu l'accord de son client, mais le professionnel conserve le pouvoir d'apprécier le bien fondé de la révélation. Enfin, et c'est là la dernière raison qui sera évoquée, le risque avec la notion d'atteinte à une valeur sociale est d'étendre la répression au delà de ce que le texte incriminateur prévoit. En effet, dès lors qu'un comportement a pour effet de porter atteinte à une valeur sociale protégée, peu importe que ce comportement ne coïncide pas exactement avec la description faite dans le texte, ce qui est contraire au principe de légalité des délits et des peines. De plus, comme il a déjà été dit, toutes les atteintes ne sont pas sanctionnables. Il est impératif de respecter le texte incriminateur qui, lui, doit préciser le type de comportement spécialement sanctionné. Ainsi, dire que l'atteinte, synonyme de résultat, a pour objet une valeur sociale est d'un intérêt juridique limité. Il est préférable de dire que cette atteinte a pour objet un intérêt pénalement protégé, ce qui montre bien que c'est la loi pénale qui confère son importance et sa valeur à cet intérêt⁶³.

18. - En définitive, on perçoit mal ce qu'est le résultat pénal si on se réfère à la théorie moderne « des » résultats. Ce qui est certain, c'est que le résultat pénal apparaît « comme une atteinte qui est l'effet ou la conséquence des actes d'exécution, lesquels peuvent eux-mêmes être définis comme toute manifestation extérieure ou extériorisation de la volonté coupable, quelle qu'en soit la forme, en relation de cause à effet avec l'atteinte »⁶⁴. La notion de résultat « redouté » n'est pas sans utilité car c'est la gravité de l'atteinte que le comportement de l'agent est susceptible de provoquer qui justifie son incrimination, et lorsque la preuve de l'obtention de ce résultat « redouté » est exigée par le

60 Cass. crim., 11 juin 1992, Bull. crim. 1992, n°232.

61 Loi n°2006-399 du 4 avril 2006, article 222-24 du C. P.

62 Art. 226-13 et s. du C. P.

63 J.-Y. MARECHAL, *op. cit.*, p. 155, n°217.

64 J.-Y. MARECHAL, *op. cit.*, p. 253, n°370.

texte incriminateur, c'est que le résultat est une condition de la consommation de l'infraction. L'atteinte est un élément constitutif de l'infraction.

Section II : L'atteinte comme élément constitutif de l'infraction

19. - Tous les comportements érigés en infraction parce que le législateur redoutait qu'ils produisent un résultat déterminé ne sont pas soumis au même régime. Lorsque la consommation de l'infraction suppose que soit rapportée la preuve de ce résultat, c'est-à-dire lorsque l'atteinte est un élément constitutif de l'infraction, l'infraction est « matérielle » ; lorsque la consommation de l'infraction ne suppose pas rapportée une telle preuve, l'infraction est « formelle ». Alors qu'elle n'est que potentielle dans l'infraction formelle, dans l'infraction matérielle, l'atteinte est effective (Paragraphe I). La preuve de son effectivité doit être rapportée (Paragraphe II).

Paragraphe I : L'effectivité de l'atteinte

20. - Présentée par certains auteurs comme une infraction de résultat⁶⁵, l'infraction matérielle a pour caractéristique de comprendre le résultat redouté parmi ses éléments constitutifs, de sorte que l'infraction n'est juridiquement consommée que par l'atteinte effective et prouvée qui lui correspond. Ainsi, le meurtre et l'homicide involontaire sont consommés lorsque la mort de la victime survient ; en matière de violences volontaires, l'infraction n'est constituée que si le juge parvient à établir que le comportement violent a effectivement porté atteinte à l'intégrité physique ou psychique d'autrui ; en cas de vol, escroquerie ou abus de confiance, doit être rapportée la preuve d'une atteinte effective à la propriété d'autrui. Ces atteintes sont le résultat que le législateur redoutait, résultat attaché aux différents comportements érigés en infractions, et tant qu'elles ne sont pas acquises, les infractions ne peuvent être considérées comme matérialisées, seule une tentative pouvant éventuellement être retenue, à supposer qu'elle soit punissable et sous réserve des

⁶⁵ Y. MAYAUD, *op. cit.*, p. 228, n°192 ; S. KEYMAN, « Le résultat pénal », *Rev. sc. crim.* 1968, p. 784 ; pour P. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *op. cit.*, p. 183, n°321, les infractions de résultat sont seulement une catégorie particulière d'infractions matérielles.

conditions qui lui sont propres. L'appellation d'infraction matérielle « fait ressortir le "plein de matérialité" qui lui correspond, la consommation d'une infraction ne pouvant être, en effet, plus complète, en étant de la sorte tributaire du dommage retenu par le législateur comme donnée première de l'incrimination »⁶⁶. « On pourrait même dire que l'infraction consommée au sens le plus naturel du terme est bien celle qui a déployé tous ses effets, celle qui a atteint son résultat à l'égard des tiers »⁶⁷. La phase de la consommation d'une infraction matérielle ne se trouve pas franchie par un certain comportement de l'agent, qui n'est qu'un commencement d'exécution, mais par l'apparition du résultat incriminé⁶⁸. A côté des infractions matérielles existent des infractions formelles, qui, quant à elles, sont consommées indépendamment de la production d'un résultat : il suffit que le comportement ait été en mesure de provoquer le résultat redouté par le texte d'incrimination pour que l'infraction soit constituée (V. *infra*, n°32). C'est évidemment au législateur que revient le soin de préciser la nature de l'infraction, c'est-à-dire de préciser si la preuve d'une atteinte effective doit être rapportée, mais il ne le fait jamais expressément. Il faut donc étudier le texte incriminateur avec attention. Si, assez classiquement, on observe l'article 221-1 du C. P. qui incrimine le meurtre, l'atteinte à l'intégrité physique de la victime n'est pas éventuelle. C'est, bien au contraire, le fait d'avoir donné volontairement la mort à quelqu'un qui est un meurtre. Il n'est pas dit, par exemple, que « l'acte en vue de donner la mort à autrui est un meurtre ». Au mieux, cet acte peut constituer une tentative de meurtre. Il faut donc être attentif aux termes employés par le législateur.

21. - Comme il a été dit précédemment (V. *supra*, n°18), le résultat pénal apparaît comme l'atteinte qui est la conséquence ou l'effet du comportement incriminé, c'est-à-dire l'impact dommageable de la conduite incriminée. Exiger une atteinte effective signifie prouver que le comportement incriminé a causé un dommage. Ainsi, le viol, les coups et blessures, endommagent la personne humaine ; le vol, l'escroquerie et l'abus de confiance portent atteinte au droit de propriété ; l'espionnage porte atteinte aux intérêts fondamentaux de la nation. Quelle que soit l'infraction matérielle, un dommage, c'est-à-dire « un trouble social ou privé particulièrement grave en relation causale avec le comportement du délinquant »⁶⁹, est causé à la victime et doit être prouvé. Il semble a priori que le comportement incriminé, en même temps qu'il cause un « trouble privé », est perturbateur

66 Y. MAYAUD, *op. cit.*, p. 227, n°191.

67 L. ROZES, *art. cit.*, p. 614, n°20.

68 *Idem*, p. 615, n°21 et 22.

69 R. MERLE et A. VITU, *op. cit.*, p. 653, n°518.

de l'ordre social, car une infraction est avant tout « une action ou une omission qui se manifeste extérieurement comme une atteinte à l'ordre, à la paix, à la tranquillité, et que la loi, pour cette raison, sanctionne par une peine »⁷⁰. Le comportement incriminé cause une atteinte à l'ordre public et c'est cette atteinte qui justifie la mise en place d'un arsenal répressif car « la répression étatique n'est légitime que dans la mesure où elle sanctionne des activités nuisibles à l'ordre public »⁷¹. Néanmoins, il ne faut pas surestimer l'importance accordée à l'atteinte à l'ordre public car « il n'est, en principe, nul besoin de vérifier si une infraction produit un trouble à l'ordre public pour punir son auteur, parce qu'elle est présumée générer ce trouble »⁷². « C'est l'incrimination elle-même, c'est-à-dire la démarche du législateur, qui se justifie par la prise en considération, *a priori*, du trouble à l'ordre public et non la répression de l'infraction, qui, elle, ne nécessite pas la preuve, *a posteriori*, de l'existence de ce trouble social »⁷³. Il n'est donc pas nécessaire de prouver la « perturbation effective apportée à l'équilibre social »⁷⁴. De plus, certaines infractions produiraient seulement un « trouble privé », comme la diffamation ou l'injure, et n'apporteraient, objectivement, aucun trouble à l'ordre social. Autrement dit, il ne faut pas confondre l'atteinte à un intérêt pénalement protégé avec l'atteinte à l'ordre public, l'une ne peut être substituée à l'autre. Lorsqu'il apparaît avec évidence que le dommage causé à la victime provoque dans le même temps un désordre social, on peut dire que le comportement incriminé a causé deux atteintes effectives : une atteinte à un intérêt pénalement protégé et une atteinte à l'ordre public, la première devant être prouvée alors que la seconde est présumée.

22. - Il est évident que l'atteinte est effective dès que les actes d'exécution ont occasionné le dommage incriminé par la loi. Mais est-il nécessaire à la répression de l'infraction que le dommage ait lui-même entraîné un préjudice effectif éprouvé par la victime ? Il est légitime de se poser la question puisque certains auteurs ont proposé le préjudice comme nouveau critère de l'infraction matérielle. L'infraction formelle, contrairement à l'infraction matérielle, ne serait pas celle qui est réprimée indépendamment de la réalisation d'un résultat, mais celle qui est réprimée indépendamment d'un préjudice actuel⁷⁵. Il existe en outre « des cas où l'activité incriminée par la loi se confond

70 P. BOUZAT et J. PINATEL, *Traité de droit pénal et de criminologie*, Tome I, 2^e éd., 1970, p. 129, n°63.

71 R. MERLE et A. VITU, *op. cit.*, p. 653, n°518.

72 J.-Y. MARECHAL, *op. cit.*, p. 173, n°243.

73 *Ibidem*

74 P. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *op. cit.*, p. 29, n°46.

75 V. DONNEDIEU DE VABRES, *Essai sur la notion du préjudice dans la théorie du faux documentaire*,

indiscutablement avec la production d'un dommage nécessairement préjudiciable : homicide, blessures, viol, etc »⁷⁶. « Ainsi, en matière de meurtre par exemple, paraît-il vain de prétendre distinguer dommage et préjudice, la mort de la victime, seuil de consommation de l'infraction, réalisant tout à la fois le dommage – l'atteinte au droit à la vie – et le préjudice, en sorte que cette double caractérisation simultanée semble dénier tout intérêt à la distinction »⁷⁷. Dans d'autres cas, les textes d'incrimination font référence au préjudice pouvant résulter d'un comportement. Ils visent un acte « de nature à causer un préjudice » en matière de faux, ou accompli « au préjudice d'autrui » en matière d'abus de confiance et d'escroquerie.

En réalité, le dommage et le préjudice ne doivent pas être confondus. « Le dommage désigne, à proprement parler, la lésion subie, qui s'apprécie au siège de cette lésion, tandis que le préjudice, qui est la conséquence de cette lésion, apparaît comme l'effet ou la suite du dommage »⁷⁸. Le dommage serait donc un fait brut – l'atteinte à l'intégrité d'une chose, d'une personne ou plus généralement l'atteinte à un droit – objectivement perceptible, « indépendamment de la représentation que peut s'en faire la victime », tandis que le préjudice, conçu comme les « conséquences découlant du dommage à l'égard de la victime », serait une notion subjective, appréciée en fonction d'une personne déterminée⁷⁹. Ainsi, « au résultat redouté correspond un dommage non individualisé, indice d'une rupture sociale, alors que le préjudice renvoie à une atteinte personnalisée »⁸⁰. La raison en est simple : la sanction pénale vise à protéger l'intérêt collectif de la société en réprimant une atteinte à un intérêt pénalement protégé de nature à causer un trouble à l'ordre public, non à réparer un préjudice individuel subi par une victime. C'est le délinquant qui est au centre du procès pénal, non la réparation de la victime. En outre, on ne peut pas dire que tous les actes dommageables sont nécessairement préjudiciables. Par exemple, s'il a été dérobé à son propriétaire un objet sans valeur aucune, le droit de propriété a certes été violé, mais il n'occasionne aucun préjudice appréciable. Et lorsque certains textes d'incrimination font référence au préjudice pouvant résulter d'un comportement, il ne faut pas se laisser abuser. « La notion de préjudice est privée de toute substance par la jurisprudence qui se contente de préjudices

Sirey, 1943.

76 R. MERLE et A. VITU, *op. cit.*, p. 654, n°519.

77 R. OLLARD, « La distinction du dommage et du préjudice en droit pénal », *Rev. sc. crim.* 2010, p. 564.

78 Ph. LE TOURNEAU et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz action, 7^e éd., 2008, n°1305.

79 F.-P. BENOIT, « Essai sur les conditions de la responsabilité en droit public et privé (problèmes de causalité et d'imputabilité) », *JCP* 1957, I, 1351.

80 Y. MAYAUD, *op. cit.*, p. 249, n°212.

collectifs et, parfois, de préjudices éventuels, quand elle ne dispense pas l'autorité de poursuites d'en rapporter la preuve »⁸¹. De tout ceci il nous faut en conclure que le résultat pénal n'est pas le préjudice. Seule la preuve d'un dommage effectif doit être rapportée.

Paragraphe II : La preuve de l'atteinte

23. - Doit être rapportée la preuve d'une atteinte effective. Il faut, toutefois, préciser quelque peu les choses car il existe deux formes d'atteinte qui diffèrent selon la nature de l'intérêt pénalement protégé : des atteintes concrètes et des atteintes abstraites.

24. - Il existe « des intérêts qui sont de l'ordre du concret, ce qui a pour conséquence que l'atteinte qui leur est portée aura un caractère tangible, objectivement constatable, et détachable des actes. A l'inverse d'autres intérêts que protège la loi pénale, sont des intérêts abstraits et, dès lors, l'atteinte dont ils peuvent être l'objet présentera, elle aussi, un caractère abstrait »⁸². Dans le domaine des infractions contre les personnes par exemple, il y a une distinction à faire entre le « dommage corporel » et le « dommage moral ». Le dommage corporel, c'est l'atteinte à la vie ou à l'intégrité physique de la victime : il s'agit là d'un dommage concret qu'il faudra prouver pour que l'infraction soit juridiquement consommée. En revanche, lorsqu'il est porté atteinte à la vie privée d'une personne ou encore en cas de diffamation ou d'injure, il faudra apporter la preuve d'un dommage abstrait, à savoir une atteinte à l'honneur, à la dignité ou à la considération de la victime : ces atteintes n'ont pas de caractère tangible⁸³. Le raisonnement est le même s'agissant des infractions contre les biens. Les infractions de destructions ou de dégradations sanctionnent une atteinte concrète au bien, une atteinte matérielle, tandis que le vol sanctionne une atteinte abstraite qui est l'atteinte au droit de propriété de la victime.

On comprend dès lors, que lorsque le résultat redouté coïncide avec un dommage corporel ou matériel, il est facilement identifiable. Il suffit « d'établir que le comportement

81 E. DREYER, *op. cit.*, p. 466, n°680 ; V. par exemple, en matière d'abus de confiance, Cass. crim., 12 avril 1967, Bull. crim. 1967, n°115 : l'existence d'un préjudice se trouve incluse dans la constatation du détournement ; la preuve d'un préjudice effectif subi par la victime n'a donc pas à être rapportée.

82 J.-Y. MARECHAL, *op. cit.*, p. 163, n°228.

83 V. Cass. crim., 27 octobre 1999, Bull. crim. 1999, n°235 ; Dr. pén. 2000, comm. 30, obs. M. VERON ; Rev. sc. crim. 2000, p. 396, obs. Y. MAYAUD : cassation de l'arrêt d'appel qui n'a pas recherché, pour retenir l'infraction de violences volontaires, si la victime avait effectivement subi une atteinte à son intégrité physique ou psychique. Deux atteintes peuvent donc être subies par la victime de violences volontaires : une atteinte tangible et/ou une atteinte abstraite.

incriminé est bien à l'origine du dommage identifié comme résultat redouté par le texte d'incrimination »⁸⁴. En revanche, lorsque le résultat redouté procède d'une atteinte à un droit ou à une liberté, « le juge déduit l'existence de l'atteinte à l'intérêt protégé par l'incrimination plus qu'il ne la prouve car elle s'avère inhérente à l'acte accompli »⁸⁵. L'obtention du résultat redouté « n'implique pas nécessairement une preuve extérieure au comportement lui-même. Elle peut découler avec certitude des moyens mis en œuvre »⁸⁶. Il en est ainsi par exemple de l'atteinte à l'intimité de la vie privée, atteinte abstraite, incriminée par l'article 226-1 du C. P. Est puni le fait de porter volontairement atteinte à la vie privée d'autrui, au moyen d'un procédé quelconque, « en captant, enregistrant ou transmettant, sans le consentement de leur auteur, des paroles prononcées à titre privé ou confidentiel » ou encore « en fixant, enregistrant ou transmettant, sans le consentement de celle-ci, l'image d'une personne se trouvant dans un lieu privé ». Bien qu'abstraite, le texte incriminateur précise comment elle devra se matérialiser : captation, enregistrement, transmission des paroles ou images. Ils sont indispensables pour établir le délit en tous ses éléments. La Cour de cassation affirme la nécessité d'une atteinte effective à l'intimité de la vie privée⁸⁷ mais la preuve de celle-ci peut être déduite des circonstances dans lesquelles elle a eu lieu. Ainsi, l'atteinte à la vie privée de la victime est déduite des branchements clandestins mis en place par le prévenu⁸⁸. La Cour de cassation admet donc une présomption, qui est susceptible de céder devant la preuve contraire⁸⁹. Il ne faut toutefois pas aller jusqu'à admettre des présomptions pour toutes les infractions matérielles car l'obtention du résultat redouté doit être certaine pour que celles-ci soient consommées.

25. - En définitive, « la forme de l'atteinte [...] se trouve intimement liée à la nature de l'intérêt considéré »⁹⁰, c'est-à-dire qu'à un intérêt abstrait pénalement protégé correspond une atteinte abstraite, et ce n'est pas sans conséquence sur l'objet exact de la preuve nécessaire à la consommation de l'infraction matérielle. L'atteinte abstraite sera présumée, contrairement à l'atteinte concrète. Un éminent auteur est encore allé plus loin. Pour lui, il existe des cas d'infractions, dont le fondement est la protection d'un intérêt abstrait, mais

84 E. DREYER, *op. cit.*, p. 472, n°688.

85 *Idem*, p. 473, n°688.

86 *Ibidem*

87 V. Cass. crim., 3 mars 1982, Bull. civ. 1982, n°68 ; D. 1982, p. 579, note R. LINDON.

88 Cass. crim., 7 octobre 1997, Bull. civ. 1997, n°324 ; D. 1999, p. 152, note J.-C. SAINT-PAU ; Dr. pén. 1998, n°47, obs. M.V.

89 Cass. crim., 14 février 2006, Bull. civ. 2006, n°38 ; D. 2007, p. 1184, note J.-C. SAINT-PAU ; CCE 2006, n°69, obs. A.L.

90 J.-Y. MARECHAL, *op. cit.*, p. 164, n°230.

qui incriminent des agissements qui, en pratique, se manifesteront par l'obtention d'un certain résultat matériel détachable des actes, représentatif de l'atteinte abstraite⁹¹. Ainsi, dans certains cas, l'atteinte abstraite se manifesterait extérieurement seulement par des actes, par exemple une insulte pour le délit d'injures, et dans d'autres, par un résultat matériel, qui sera une occasion de repérer objectivement l'atteinte, comme pour le délit d'atteinte à la vie privée⁹². En d'autres termes, soit l'atteinte est purement abstraite car inhérente à l'acte accompli, soit l'atteinte abstraite prend des formes concrètes, précisément définies par le législateur ou, à défaut, par la jurisprudence.

26. - Une fois l'atteinte prouvée, il reste à démontrer le lien de causalité entre le comportement incriminé et le résultat. En effet, on ne peut reprocher à quelqu'un qu'un résultat en rapport avec son comportement. La preuve de l'obtention du résultat redouté, c'est-à-dire la preuve d'une atteinte effective, va permettre de relier facilement celui-ci au comportement de l'agent. En effet, « les magistrats raisonnent *a contrario* : en montrant que sans le comportement reproché le dommage ne se serait pas produit, ils établissent ce lien de causalité. Ils l'excluent au contraire lorsqu'une telle preuve ne peut être rapportée »⁹³. Le plus souvent, il n'y aura aucune difficulté à démontrer le lien de causalité car il découle des faits eux-mêmes. Il en est ainsi lorsque les manœuvres de l'escroc provoquent la remise de la chose. Lorsqu'un lien de causalité est incertain, la relaxe s'impose. A titre d'exemple, la faute commise est sans lien de causalité certain avec le décès de la victime, lorsque ce décès est dû à une crise cardiaque provoquée par une course déraisonnable qu'a entreprise celle-ci en poursuivant la voiture du prévenu après un accident sans gravité⁹⁴.

Si la preuve d'une atteinte effective a été apportée et le lien de causalité entre celle-ci et le comportement de l'agent a été démontré, l'agent sera pénalement responsable. Une sanction pénale sera prononcée à son encontre. Il arrive toutefois que l'atteinte effective soit justifiée. Il existe, en effet, des causes justificatives qui sont des situations dans lesquelles les intérêts de la victime ne sont plus protégés et c'est pourquoi il peut y être impunément porté atteinte⁹⁵. Certains comportements présentent tous les caractères requis par un texte d'incrimination pour constituer une infraction, et pourtant la loi autorise les magistrats à écarter sa qualification pénale. « L'hypothèse se rencontre lorsque l'intérêt

91 *Ibidem*

92 J.-Y. MARECHAL, *op. cit.*, p. 166, n°234.

93 E. DREYER, *op. cit.*, p. 479, n°701.

94 Cass. crim., 25 avril 1967, Bull. crim. 1967, n°129.

95 J.- H. ROBERT, « L'histoire des éléments de l'infraction », Rev. sc. crim. 1977, p. 278.

sauvegardé par l'agent apparaît au moins égal ou supérieur à celui que le législateur voulait protéger en incriminant son comportement »⁹⁶. Seulement dans des cas exceptionnels, à savoir notamment lorsque la loi l'autorise (art. 122-4 du C. P.), en cas de légitime défense (art. 122-5 et 122-6 du C. P) ou d'état de nécessité (art. 122-7 du C. P.), et sous respect de conditions strictes, l'existence de l'infraction est juridiquement ignorée⁹⁷ et ainsi l'atteinte effective à un intérêt pénalement protégé justifiée. Il revient, en principe, à la personne poursuivie d'établir qu'existait une cause justificative.

27. - Ainsi, l'atteinte procédant d'un résultat est l'atteinte effective à un intérêt pénalement protégé, conséquence des actes d'exécution auxquels a procédé l'agent, et c'est parce que le comportement de l'agent a provoqué un résultat qu'il est incriminé. Il n'en est toutefois pas toujours ainsi. Le comportement de l'agent, dans certains cas, est susceptible de causer en lui-même une atteinte, une atteinte cette fois indépendante du résultat, qui doit être réprimée.

⁹⁶ E. DREYER, *op. cit.*, p. 749, n°1129.

⁹⁷ V. E. DREYER, *op. cit.*, p. 749 et s. ; Y. MAYAUD, *op. cit.*, p. 450 et s.

Chapitre II : L'atteinte indépendante du résultat

28. - Selon un éminent auteur, il est impossible de parler de résultat en l'absence d'une atteinte effective. Par résultat, il ne faut entendre que l'atteinte réalisée et pas la simple « menace » d'atteinte car celle-ci n'est en réalité manifestée que par des actes ou des comportements⁹⁸. Autrement dit, négativement, l'atteinte « indépendante du résultat » ne peut être l'atteinte réalisée, effective ; positivement, c'est l'atteinte qui procède des actes ou des comportements. Mais quelle est-elle précisément ?

29. - Il a été dit en introduction (V. *supra*, n°4) que le droit pénal français avait un caractère mixte : ni la théorie objective de l'infraction ni la théorie subjective n'ont fait l'objet d'une application absolue. La théorie objective de l'infraction refuse de considérer qu'il y a infraction si la personne qui a accompli l'acte incriminé n'est pas parvenue au résultat illicite qui lui correspond. Il ne saurait y avoir d'infractions sans résultat et devrait être écartée la répression de la simple tentative. Telle est la solution de principe retenue par le droit pénal français. En effet, l'élément matériel de l'infraction suppose, en principe, la réalisation d'un résultat et la tentative d'infraction n'est pas systématiquement réprimée. Néanmoins, la théorie subjective n'a pas été sans influence. Dans une conception objective de l'infraction, non seulement l'acte doit être de nature à provoquer le résultat, mais encore la « distance » entre le comportement et le résultat doit être courte. « L'incrimination d'un acte situé, dans la chaîne des causes, très en amont de la conséquence redoutée n'est pas possible »⁹⁹. Or, en droit pénal contemporain, il y a un relâchement du lien de causalité entre le comportement et l'atteinte justifiant l'incrimination. D'une part, la tentative est punissable sous certaines conditions. D'autre part, l'époque contemporaine a multiplié ce que l'on appelle les « infractions formelles », qui incriminent les agissements qui causent une atteinte potentielle à un intérêt pénalement protégé, ainsi que les « délits-obstacles », qui consistent à incriminer de simples comportements dangereux, l'idée étant que le législateur ne peut attendre qu'un comportement ait causé un dommage irréparable pour le sanctionner. La défense de l'ordre public exige la répression préventive d'une atteinte à un intérêt protégé. En effet, « pour une meilleure protection de ces valeurs de base – vie, intégrité physique, honneur, propriété, etc. – il est possible et parfois nécessaire d'adopter

98 J.-Y MARECHAL, *op. cit.*, p. 157, n°219.

99 P. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *op. cit.*, p. 49, n°72.

la technique de l'incrimination préventive », c'est-à-dire ne pas « attendre qu'un accident survienne pour faire jouer la sanction pénale »¹⁰⁰. L'atteinte « indépendante d'un résultat » qui est l'objet de notre étude, est issue de cette technique de l'incrimination préventive. Comme son nom l'indique, elle ne procède pas du résultat mais des actes ou du comportement du délinquant, et ceux-ci ont fait l'objet d'une incrimination avant toute atteinte effective à un intérêt pénalement protégé (Section I). Il est possible de faire l'apologie de cette incrimination anticipée, mais elle doit rester mesurée (Section II).

Section I : La répression préventive d'une atteinte

30. - L'atteinte indépendante du résultat, par définition, n'est pas l'atteinte effective. Elle ne peut être trouvée qu'en s'intéressant plus en détails à la technique de l'incrimination préventive d'une atteinte à un intérêt pénalement protégé, à laquelle a recouru le législateur.

Dans le droit pénal contemporain, les dimensions matérielles de l'infraction pénale se trouvent considérablement réduites du fait de l'incrimination précoce de l'état dangereux¹⁰¹. C'est une évolution que l'on ne peut qu'approuver *a priori* car entre la criminalité « immergée », qui est enfouie en conscience et la criminalité « déclarée », qui s'exprime par la production effective d'un dommage, il existe des états criminels embryonnaires, mais ostensibles, des situations au cours desquelles le processus délictueux est déjà déclenché ou sur le point de l'être¹⁰². Or, la défense de l'ordre public exige que l'on puisse incriminer la volonté délictuelle dès qu'elle s'est mise en action, ou un simple comportement dangereux, avant que l'un ou l'autre n'ait occasionné des conséquences irréparables. C'est pourquoi le législateur a érigé en infractions pénales certains commencements d'exécution ou certains comportements dangereux, indépendamment des suites, et incrimine aussi, même si ce n'est que sous certaines conditions, la tentative d'infraction. L'atteinte « indépendante du résultat » n'est autre que l'atteinte potentielle (Paragraphe I) et l'« atteinte tentée » (Paragraphe II), qui sont des atteintes déjà incriminées.

100 A.-C. DANA, *op. cit.*, p. 353, note 311.

101 R. MERLE et A. VITU, *op. cit.*, p. 607, n°480.

102 *Idem*, p. 606, n°480.

Paragraphe I : L'incrimination de l'atteinte potentielle

31. - Le droit pénal doit remplir un rôle préventif aussi essentiel que sa fonction répressive. Si l'on incrimine les comportements qui causent une atteinte à un intérêt pénalement protégé, et *in fine*, un trouble à l'ordre public¹⁰³, rien ne justifie que l'on renonce à l'incrimination des actes qui, sans provoquer directement et nécessairement une atteinte, sont cependant de nature à le faire. Il serait, en effet, absurde d'attendre que des actes, ou un comportement, aient porté atteinte à un intérêt pénalement protégé pour être incriminés. C'est la raison pour laquelle le législateur use de techniques d'incrimination préventive : il met en œuvre des moyens dans le but de réprimer des agissements qui, s'ils se développent, auront pour effet certain ou probable de provoquer une atteinte à un intérêt pénalement protégé¹⁰⁴. Ce que l'on appelle les infractions formelles et les infractions-obstacles répondent largement à cette démarche qui consiste en fin de compte à ériger en infractions « les états dangereux »¹⁰⁵. Le législateur incrimine donc soit un comportement en raison du danger social qu'il peut présenter en lui-même, soit l'utilisation de certains moyens en considération du fait qu'ils sont suffisamment dangereux pour être proscrits en tant que tels, et indépendamment du point de savoir quel serait ou a été le dommage effectif de leur utilisation¹⁰⁶. Autrement dit, ils sont incriminés parce que de nature à causer une atteinte à un intérêt pénalement protégé : l'atteinte n'est donc que potentielle.

32. - Tout d'abord, il nous faut nous intéresser aux infractions formelles. Comme il a été rappelé dans le Chapitre I, les infractions formelles, à la différence des infractions matérielles, sont consommées par la seule action ou omission incriminée, indépendamment de la preuve d'une atteinte effective à un intérêt pénalement protégé, c'est-à-dire qu'elles ont pour seuil de consommation ce qui correspond au commencement d'exécution dans le processus criminel. A cet égard, on parle d'infractions de comportement¹⁰⁷. Il suffit que le comportement ait été en mesure de provoquer l'atteinte redoutée par le texte d'incrimination pour que l'infraction soit constituée. Le plus souvent, le caractère formel d'une infraction se révèle expressément, car la loi emploie des expressions qui ne donnent lieu à aucun doute : par exemple, l'empoisonnement, la plus connue des infractions

103 Le plus souvent, car comme il a été dit dans le Chapitre I, il semble que toutes les atteintes à un intérêt pénalement protégé ne causent pas un trouble à l'ordre public.

104 J.-Y. MARECHAL, *op. cit.*, p. 334, n°496.

105 A.-C. DANA, *op. cit.*, p. 353, note 311.

106 M.-L. RASSAT, *Droit pénal général*, Ellipses, 2^e éd., 2006, p. 317, n°270.

107 Y. MAYAUD, *op. cit.*, p. 228, n°192.

formelles, est défini comme « le fait d'attenter à la vie d'une personne », c'est-à-dire de tenter de tuer une personne « par l'administration de substances de nature à donner la mort »¹⁰⁸. Ce crime est consommé dès que les substances mortelles ont été administrées, même si la personne ne meurt pas. Un autre exemple est donné par le délit de corruption active, constitué par le fait de « proposer des avantages quelconques pour obtenir d'une personne exerçant une fonction publique qu'elle accomplisse ou s'abstienne d'accomplir un acte de sa fonction »¹⁰⁹, que l'acte espéré par le corrupteur se soit ou non réalisé. Le législateur peut aussi qualifier l'infraction d'attentat, qui a une connotation purement formelle (V. *infra*, n°38). Quoi qu'il est soit, l'incrimination de l'infraction formelle est fixée non sur le résultat ayant motivé l'incrimination, mais sur ce qui est à même d'en favoriser la réalisation, à savoir des actions ou des omissions retenues pour ce qu'elles incarnent de potentialité de dommage, et non de dommage effectif¹¹⁰. Ensuite, il nous faut nous arrêter sur les infractions-obstacles, appelées aussi délits-obstacles¹¹¹. Elles peuvent être définies comme l'incrimination de comportements intrinsèquement dangereux. En faisant intervenir la répression de façon anticipée, ces infractions-obstacles visent à prévenir la commission d'infractions plus graves, « à l'occasion desquelles le législateur craint cette fois un résultat précis »¹¹², une « atteinte à des valeurs particulièrement importantes »¹¹³. Autrement dit, sont incriminés des « stades très précoces d'une entreprise infractionnelle »¹¹⁴, c'est-à-dire de simples actes préparatoires à une infraction plus grave. Selon un éminent auteur, deux types d'infractions-obstacles peuvent être distingués, suivant que le risque d'infraction future a été plus ou moins clairement identifié par le législateur¹¹⁵.

D'une part, les infractions-obstacles indéterminées, qui sont véritablement l'incrimination d'un comportement dangereux, car elles tendent à prévenir la commission d'infractions ultérieures qui sont encore indéterminées. Le seul fait qu'il existe un risque d'infraction future, que l'on ne connaît pas encore, rend le comportement qui l'a généré inacceptable pour la société. C'est le cas, par exemple, du délit d'embuscade de l'article 222-15-1 du C. P. qui vise à prévenir la commission d'actes de violence avec usage ou

108 Art. 221-5 du C. P.

109 Art. 433-1 du C. P.

110 Y. MAYAUD, *op. cit.*, p. 229, n°192.

111 Expression employée notamment par P. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *op. cit.*, p. 185, n°322.

112 E. DREYER, *op. cit.*, p. 467, n°683.

113 P. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *op. cit.*, p. 185, n°322.

114 J.-H. ROBERT, *Droit pénal général*, Puf, 6^e éd., 2005, p. 213.

115 E. DREYER, *op. cit.*, p. 467 et s.

menace d'une arme, susceptibles de porter atteinte à la vie ou à l'intégrité physique des personnes visées par le texte, ou encore de l'usage de stupéfiants, qui pourrait pousser son consommateur à commettre toutes sortes d'infractions pour s'en procurer, ou encore de l'infraction de risques causés à autrui prévue à l'article 223-1 du C. P. D'autre part, avec les infractions-obstacles déterminées, le risque d'infraction ultérieure a été plus clairement envisagé par le législateur : il s'agit de prévenir une infraction future déterminée mais dont la réalisation est incertaine. C'est le cas, par exemple, du complot, défini comme « la résolution arrêtée entre plusieurs personnes de commettre un attentat lorsque cette résolution est concrétisée par un ou plusieurs actes matériels »¹¹⁶. Le complot est incriminé parce qu'il est susceptible d'aboutir à la commission d'une infraction précise qu'est l'attentat.

33. - Comme les infractions formelles, les infractions-obstacles sont indifférentes au résultat : elles sont incriminées indépendamment de la réalisation de celui-ci. D'ailleurs, certains auteurs ne les distinguent même pas¹¹⁷. Il n'en demeure pas moins qu'une différence existe entre elles deux. S'agissant de l'infraction formelle, même si celle-ci est indépendante du résultat, il existe toujours un lien de causalité entre l'acte incriminé et un résultat redouté précis et qualifié, à la différence de l'infraction-obstacle qui elle reste éloignée du résultat qu'il s'agit de prévenir. Non seulement l'infraction-obstacle est indifférente à la réalisation d'un résultat, mais en plus celui-ci n'est pas identifiable de manière stricte, s'agissant du moins de l'infraction-obstacle indéterminée. En outre, là où l'infraction-obstacle sanctionne de simples actes préparatoires d'une infraction future, l'infraction formelle suppose l'ensemble des actes d'exécution réalisés, ce qui permet de présumer l'obtention du résultat redouté par le législateur. Une telle présomption ne saurait être admise pour l'infraction-obstacle car l'insuffisante matérialité de l'acte rend la production du résultat aléatoire¹¹⁸. A titre d'exemple, l'association de malfaiteurs est définie comme « tout groupement formé ou entente établie en vue de la préparation, caractérisée par un ou plusieurs faits matériels, d'un ou plusieurs crimes ou d'un ou plusieurs délits punis d'au moins cinq ans d'emprisonnement »¹¹⁹. Il n'y a dans le texte incriminateur aucun

116 Art. 412-2 du C. P.

117 Par exemple M.-L. RASSAT, *op. cit.*, p. 317, n°270 pour qui il existe deux catégories d'infractions, les infractions matérielles et les infractions formelles ; M. PUECH, *op. cit.*, p. 217, n°603 et s., distingue l'infraction formelle concrète et l'infraction formelle abstraite ; S. KEYMAN, *art. cit.*, p. 793 et s. distingue l'infraction formelle classique de l'infraction formelle moderne.

118 E. DREYER, *op. cit.*, p. 469, note 15.

119 Art. 450-1 du C. P.

résultat qualifié permettant de relier l'association de malfaiteurs à un résultat précis. Tout est ici redouté.

34. - En définitive, ces deux types d'infractions sont les manifestations d'une répression plus énergique car préventive. Les actes ou comportements incriminés créent un péril et, pour cette raison, le législateur se doit d'intervenir. Si, pour l'infraction-obstacle, ce péril est une simple éventualité, et pour l'infraction formelle, la survenance du résultat redouté quasiment certaine, l'atteinte n'est dans les deux cas que potentielle. L'atteinte indépendante du résultat est donc ici l'atteinte probable, c'est-à-dire l'atteinte dont la réalisation est plus ou moins certaine, malgré tout réprimée car inacceptable pour la société. Et elle n'est pas la seule. Est aussi réprimée la tentative d'atteinte à un intérêt pénalement protégé.

Paragraphe II : La répression de l'« atteinte tentée »

35. - Le droit pénal français prend en considération la dangerosité de l'auteur, sa volonté criminelle, et pour cette raison, il incrimine des actes ou des comportements indépendamment des suites. De la même manière, il punit la tentative d'infraction, ce qui signifie, puisque l'agent a échoué, qu'il n'y a pas eu atteinte effective à un intérêt pénalement protégé. A cet égard, on peut dire que le droit pénal français incrimine l'« atteinte tentée », atteinte indépendante du résultat.

Le lien entre l'atteinte et la tentative est certain. Comme il a été rappelé en introduction (V. *supra*, n°3), le terme atteinte vient du latin classique *attingere*, qui lui-même provient du verbe *tangere* au sens de toucher¹²⁰. Dans son sens général, atteindre signifie donc « toucher » quelque chose ou « parvenir à » quelque chose. Étymologiquement, un autre terme utilisé en droit pénal est très proche de celui d'atteinte, c'est celui d'« attentat ». Le terme attentat vient du latin médiéval *attentatum*¹²¹ signifiant « essai », « tentative », et provenant du verbe latin *attentare* voulant dire « essayer avec audace »¹²². Bien que fort proches en apparence, on constate déjà que le terme « attentat » ne peut être confondu avec celui d'« atteinte » car ils sont de sens différent : l'attentat ne serait qu'une tentative, un essai alors que l'atteinte implique la réussite, le fait de parvenir à

120 Dictionnaire *Noms communs et noms propres*, Hachette, éd. 2005.

121 A. PROTHAIS, *Tentative et attentat*, LGDJ, 1985, p. 4, n°5.

122 Dictionnaire *Noms communs et noms propres*, *op. cit.*

un but, ce qui nous fait dire que l'atteinte se trouverait au-delà du stade de la tentative.

36. - « L'état dangereux de celui qui a échoué en dehors de sa volonté est le même que celui du délinquant qui a réussi »¹²³. C'est pourquoi le droit pénal français incrimine ce que nous avons appelé l'atteinte tentée. A cet égard, l'article 121-4 du C. P. énonce : « est auteur de l'infraction la personne qui : 1° Commet les faits incriminés ; 2° Tente de commettre un crime ou, dans les cas prévus par la loi, un délit ». Il ressort deux choses de cette disposition. La première est que seules la tentative de crime et la tentative de délit, lorsque cette dernière est expressément prévue par la loi, sont punissables. Toutes les atteintes tentées ne sont donc pas sanctionnables. La deuxième est que c'est en qualité d'auteur de l'infraction que l'agent est poursuivi, sans pouvoir se disculper ou se défendre en invoquant le fait qu'une tentative serait de moindre criminalité ou délinquance qu'une infraction pleinement consommée¹²⁴. La tentative n'a pas cette portée minimisante, ce qui en fait une anticipation répressive redoutable¹²⁵. La sanction pénale est en théorie la même pour l'agent qui a été jusqu'au bout de la réalisation de l'infraction et qui a éventuellement causé une atteinte à un intérêt pénalement protégé, que pour celui qui a voulu causer une atteinte mais qui a échoué. La raison en est que l'intention de commettre l'infraction est d'ores et déjà certaine, ce qui est inacceptable. La tentative est donc indépendante du résultat, et à ce titre, il s'agit évidemment d'une technique de répression préventive.

37. - L'article 121-5 du C. P. fixe le principe de la tentative : « La tentative est constituée dès lors que, manifestée par un commencement d'exécution, elle n'a été suspendue ou n'a manqué son effet qu'en raison de circonstances indépendantes de la volonté de son auteur ». Cet article rend donc punissable la tentative sous deux conditions : il faut un commencement d'exécution et une défaillance du résultat en raison de circonstances indépendantes de la volonté de son auteur. Cela appelle plusieurs remarques.

Selon les criminologues, il existerait un « chemin du crime », c'est-à-dire un processus criminel suivi par l'agent, allant de la simple idée de commettre une infraction à sa pleine réalisation. Il s'avère utile pour préciser en quoi consiste la tentative. La première phase est celle, purement psychologique, de la résolution criminelle : c'est la simple idée et le fait d'arrêter la décision de commettre une infraction. La résolution criminelle ne peut être prise en compte par le droit pénal car cela reviendrait « à faire un "procès d'intention" »

123 M.-L. RASSAT, *op. cit.*, p. 314, n°267.

124 Y. MAYAUD, *op. cit.*, p. 289, n°254.

125 *Ibidem*

à autrui, ce que l'on ne conçoit guère dans une société démocratique »¹²⁶. A cette première phase succède celle de la préparation de l'infraction : l'agent va se mettre en quête des instruments nécessaires à sa commission. En principe, à ce stade, il n'y a toujours pas de sanction possible. Ensuite, vient la phase de l'exécution du crime : l'agent va passer à l'acte, il va commencer à exécuter l'infraction. A partir de là, il peut y avoir tentative. En vertu d'un minimum d'objectivisme, le droit pénal français exige en effet un commencement d'exécution qui témoigne de la volonté certaine de l'agent de commettre une infraction. Néanmoins, cette condition revêt des aspects différents selon que le texte incriminateur exige ou non, au nombre des éléments constitutifs de l'infraction en cause, l'obtention d'un résultat.

En effet, ont été étudiées les infractions matérielles et les infractions dites préventives (V. *supra*, n°20 et n°32). Les infractions matérielles contiennent les possibilités les plus étendues de tentative. « Ces infractions étant caractérisées par l'intégration du dommage redouté dans leur structure constitutive, elles se prêtent assez facilement à un commencement d'exécution, pour en favoriser les manifestations tant que ce dommage n'est pas atteint »¹²⁷. La tentative d'une infraction matérielle est constituée lorsqu'il y a eu commencement d'exécution et qu'elle n'a pu produire le résultat escompté en raison de circonstances indépendantes de la volonté de son auteur. Cela signifie deux choses : de simples actes préparatoires à une infraction matérielle ne sont pas punissables car tant que la phase d'exécution n'a pas commencé, on ne peut pas être certain que l'agent a effectivement arrêté l'idée de commettre l'infraction ; l'intention criminelle « n'a pu développer tous ses effets : soit parce que le processus d'exécution n'est pas arrivé à son terme ; soit, parce que ce processus d'exécution, tout en arrivant à son terme, n'a pas produit le résultat attendu »¹²⁸. Les infractions préventives, quant à elles, incriminent des actes ou comportements indépendamment de la réalisation d'un dommage effectif. Parmi les infractions préventives, les infractions-obstacles sanctionnent, par exception, de simples actes préparatoires. La tentative d'une infraction-obstacle est de ce fait difficilement concevable car le commencement d'exécution serait alors très proche de la phase de la résolution criminelle, qui n'est pas punissable. L'atteinte à un intérêt protégé est déjà tellement incertaine qu'il est dangereux pour les libertés individuelles de réprimer la tentative d'une infraction-obstacle. Avec les infractions formelles, la réalisation d'une

126 E. DREYER, *op. cit.*, p. 594, n°874.

127 Y. MAYAUD, *op. cit.*, p. 295, n°260.

128 E. DREYER, *op. cit.*, p. 593, n°873. Sont visées les hypothèses de l'exécution interrompue et de la consommation manquée. – hypothèse de l'exécution interrompue et de la consommation manquée.

atteinte est quasiment certaine, si bien que la répression de la tentative est nettement plus concevable.

38. - Les infractions formelles ont été présentées classiquement comme celles qui se consomment indépendamment de la preuve d'un résultat. C'est une présentation qui doit être précisée. En effet, a été évoqué le terme d'attentat. C'est un terme qui a été particulièrement utilisé en droit pénal ancien¹²⁹ et il « visait alors la tentative, même la plus éloignée, de crimes atroces »¹³⁰. Un éminent auteur dira que la notion d'attentat désigne en droit pénal « une tentative érigée en infraction consommée, à savoir la tentative d'une autre infraction, matérielle elle, qui ferait de l'atteinte du but poursuivi, de la réalisation du résultat, une condition de sa consommation »¹³¹. Dit autrement, l'attentat apparaît comme « une infraction formelle, c'est-à-dire consommée par l'emploi de certains moyens dans un certain but criminel, mais indépendamment du résultat »¹³². L'attentat en droit pénal ancien est donc l'ancêtre français de l'infraction formelle que l'on connaît aujourd'hui¹³³. La tentative d'une infraction formelle apparaît de ce fait comme la tentative d'une tentative d'infraction matérielle érigée en infraction autonome. Celle-ci est beaucoup plus concevable. L'infraction formelle ayant pour seuil de consommation ce qui correspond au commencement d'exécution de l'infraction matérielle qui lui correspond, la tentative ne peut qu'être située avant, c'est-à-dire sur les actes préparatoires. A titre d'exemple, l'empoisonnement, infraction formelle, est compatible avec une tentative punissable. Il suffit qu'un début d'exécution se manifeste juste avant l'administration, tel le fait de jeter dans un puits alimentant la propriété de la victime un produit de nature à donner la mort¹³⁴. « Plus la consommation légale [de l'infraction] est placée en retrait du résultat redouté, plus la tentative se restreint donc, voire devient difficilement concevable, faute d'une assise matérielle suffisante pour la rendre efficiente »¹³⁵.

39. - En définitive, comme l'agent qui n'a causé qu'une atteinte potentielle, l'agent qui a tenté de porter atteinte à un intérêt pénalement protégé peut être sanctionné. Ainsi, « Si l'atteinte à un intérêt juridiquement protégé reste très souvent le fondement de

129 A titre d'exemples, le Code pénal de 1810 incriminait les attentats à la liberté (anc. art. 114 et s. du C. P.), l'attentat contre l'autorité de l'Etat (anci. art. 86 et s. du C. P.) ou encore l'attentat à la pudeur (anc. Art. 331 et s. du C. P.).

130 S. KEYMAN, *art. cit.*, p. 793.

131 A. PROTHAIS, *op. cit.*, p. 198, n°285.

132 *Idem*

133 Il ne faut toutefois pas confondre les deux car tous les attentats ne sont pas des infractions formelles. V. S. KEYMAN, *art. cit.*, p. 794.

134 Cass. crim., 5 février 1958, Bull. crim. 1958, n°126.

135 Y. MAYAUD, *op. cit.*, p. 297, n°261.

l'infraction pénale, elle n'est pas indispensable à la création de celle-ci, la norme pénale se satisfaisant dans nombre d'hypothèses de simples agissements positifs ou négatifs »¹³⁶. On doit ces techniques d'incrimination à une politique répressive plus sévère. Si la répression préventive de certains comportements dangereux est protectrice des intérêts pénalement protégés, on ne peut en faire qu'une apologie mesurée.

Section II : L'apologie mesurée de la répression préventive

40. - La répression préventive d'une atteinte à un intérêt pénalement protégé a vocation à protéger l'ordre public (Paragraphe I). Il semble néanmoins exister un risque pour les libertés individuelles (Paragraphe II).

Paragraphe I : La protection de l'ordre public

41. - L'ordre public est partie intégrante du droit pénal. Le droit pénal est, en effet, la branche du droit à l'occasion de laquelle une sanction spécifique – la peine – est prononcée, au nom de la société, suite au trouble ou au risque de trouble à l'ordre public causé par la transgression d'une norme tenue pour essentielle¹³⁷. Dit autrement, le droit pénal a vocation à punir l'auteur d'un comportement réellement ou potentiellement perturbateur de l'ordre public, afin de protéger la société. Il le fait sur le fondement de l'article 5 de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 : « La Loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la Société », c'est-à-dire les actions susceptibles de causer une atteinte à l'ordre public. Deux points doivent dès lors être développés.

42. - Le premier est que l'ordre public est une notion abstraite, difficile à définir. Classiquement, l'ordre public est présenté comme l'état social dans lequel la paix, la tranquillité et la sécurité des personnes et des biens, la défense des institutions auxquelles la société a confié la gestion de la chose publique, et enfin le respect des libertés publiques

136 J.-Y. MARECHAL, *op. cit.*, p. 375, n°560.

137 E. DREYER, *op. cit.*, p. 1, n°2.

reconnues et garanties aux citoyens, ne sont pas troublés¹³⁸. Le contenu de l'ordre public n'en reste pas moins incertain. Ce serait en fait les valeurs sociales protégées par le droit pénal qui offriraient un aperçu du contenu de l'ordre public¹³⁹, car incriminer un comportement, ce serait affirmer que la valeur sociale atteinte – par exemple la vie humaine, la propriété – est l'un des piliers de l'ordre public¹⁴⁰. Il revient au législateur de décider quels sont les intérêts (expression que l'on préfère à celle de valeurs sociales, V. *supra*, n°17) qui méritent d'être protégés par le droit pénal, c'est-à-dire quels sont les intérêts essentiels dont il souhaite assurer la conservation au moyen de la sanction pénale. En outre, le contenu de l'ordre public est susceptible d'évoluer avec le temps, car le droit pénal offre une vision de l'ordre public, à un moment donné, dans une société donnée et chaque société révèle de nouvelles facettes de l'ordre public, par la création d'infractions visant à protéger de nouveaux intérêts¹⁴¹. Cela rejoint ce que nous disions en introduction : de la même manière, le législateur doit prendre en considération les mutations de nature économique, sociale, l'évolution des mœurs, et incriminer ainsi, au regard de ces mutations, de nouvelles atteintes (V. *supra*, n°3). Une multiplication des textes incriminateurs a vocation à renforcer la répression contre les comportements attentatoires à l'ordre public. Parmi ces textes, certains incriminent de manière anticipée, avant toute atteinte effective à un intérêt pénalement protégé, des comportements dangereux. La répression préventive, nous l'avons vu, a pour but d'éviter que ne soit causé un dommage irréparable à autrui, qui dans le même temps causera un désordre social, ce qui nous amène à notre deuxième point.

43. - Le comportement incriminé ne cause pas toujours une atteinte à l'ordre public. En effet, c'est la réalisation d'un résultat qui entraîne *ipso facto* un trouble à l'ordre public¹⁴². Le trouble à l'ordre public n'existe donc que si un résultat s'est produit¹⁴³. Ainsi, les infractions consommées par la production d'un résultat, c'est-à-dire les infractions matérielles, provoquent, dans le même temps, un trouble social. C'est la raison pour laquelle, par la menace d'une peine, le législateur veut éviter la production d'un résultat de

138 B. BOULOC et H. MATSOPOULOU, *Droit pénal général et procédure pénale*, Sirey, 17^e éd., 2009, p. 1, n°1.

139 A. DARSONVILLE, « Ordre public et droit pénal », dans *L'ordre public*, C.-A. DUBREIL (dir.), CUJAS (Collection Actes et Etudes), 2013, p. 287, n°1.

140 P. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *op. cit.*, p. 61, n°89.

141 A. DARSONVILLE, *art. cit.*, p. 288, n°3.

142 Le plus souvent du moins, puisque dans le Chapitre I, il a été dit qu'il arrivait qu'une atteinte à un intérêt pénalement protégé ne cause pas de trouble tangible à l'ordre public.

143 V. J.-Y. MARECHAL, *op. cit.*, p. 113, n°146 ; P. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *op. cit.*, p. 184, n°322.

nature à porter atteinte à l'ordre public. Toutefois, nous l'avons vu, certaines infractions sont indépendantes du résultat, de même que la tentative est punissable, car le législateur, soucieux de promouvoir une politique de défense sociale, s'efforce de punir au plus tôt l'individu dangereux¹⁴⁴.

Ce qu'il faut remarquer, dès à présent, c'est que les règles adoptées par les pouvoirs publics en vue de préserver l'ordre public ne sont jamais totalement respectées. L'inobservation de la loi pénale peut se présenter sous deux formes : tantôt il s'agira d'agissements positifs consistant à accomplir un acte interdit, tantôt il s'agira de comportements négatifs, consistant à ne pas accomplir un acte imposé¹⁴⁵. Or le bon ordre social exige que les individus ne transgressent pas l'ordre de la loi. C'est pourquoi, d'une certaine façon, on peut dire qu'il y a déjà atteinte à l'ordre public par la transgression d'une norme pénale. Néanmoins, en pratique, il est difficile de dire que par la réalisation d'un comportement dangereux, il y a déjà un trouble social tangible, bien au contraire. S'il est inconcevable d'attendre la production d'un dommage irréparable causé à autrui pour intervenir, c'est aussi la nécessité de prévenir un trouble à l'ordre public qui justifie l'incrimination préventive de certains comportements qui se révèlent être dangereux. Cela signifie que par la répression préventive de certains comportements, aucun trouble effectif ne serait encore causé à l'ordre public.

Malgré tout, si certains comportements sont incriminés pour eux-mêmes, c'est parce qu'ils causent déjà une atteinte, mais celle-ci est indépendante du résultat. Les infractions de prévention par exemple, incriminées parce qu'elles causent une atteinte potentielle à un intérêt pénalement protégé, provoquent de la même manière un trouble seulement probable à l'ordre public. L'infraction formelle n'engendre pas nécessairement un trouble à l'ordre public. Il ne se produira qu'avec l'apparition du résultat légal de l'infraction matérielle qui lui correspond. Dans l'empoisonnement par exemple, c'est la mort de la victime qui causera un trouble social, non l'intoxication en elle-même¹⁴⁶. Quant aux infractions-obstacles, qui incriminent de simples actes préparatoires à une infraction plus grave, l'atteinte à l'ordre public ne se produira que si cette infraction plus grave est consommée. En définitive, si l'atteinte à l'ordre public est quasiment certaine s'agissant des infractions formelles, on ne peut pas dire la même chose pour les infractions-obstacles. Puisque le trouble à l'ordre public n'est pas tangible, pourquoi le législateur ne prive-t-il pas ces infractions de leur caractère délictueux dès lors que l'agent n'a pas poursuivi

144 L. ROZES, art. cit., p. 605, n°4.

145 B. BOULOC et H. MATSOPOULOU, *op. cit.*, p. 4, n°10.

146 P. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *op. cit.*, p. 184, n°322.

l'entreprise criminelle, c'est-à-dire commis un acte dommageable ? La raison en est simple : le risque serait trop grand que l'agent aille jusqu'au bout du processus criminel et commette l'irréparable. Le raisonnement est le même en ce qui concerne la tentative punissable. De la même manière, en effet, le fait pour l'agent d'avoir tenté de porter atteinte à un intérêt pénalement protégé mais d'avoir échoué pour une raison indépendante de sa volonté, et donc de n'avoir pas causé de trouble tangible à l'ordre public, ne peut rester impuni, car l'agent qui entreprend un commencement d'exécution de l'infraction est éminemment dangereux pour la société. Le droit pénal ne peut prendre le risque de laisser l'agent impuni car il y a de fortes chances pour que celui-ci recommence et réussisse, cette fois, à aller jusqu'au terme du processus criminel.

44. - Ainsi, la répression anticipée de personnes présentant un état dangereux ne peut être qu'approuvée si l'on s'en tient à l'objectif poursuivi par elle, qui est d'éviter qu'il ne soit porté atteinte à l'ordre public. Néanmoins, il faut le noter, elle peut représenter un risque pour les libertés individuelles.

Paragraphe II : Le risque pour les libertés individuelles

45. - En raison de son caractère attentatoire aux libertés individuelles, l'usage du droit pénal doit se faire avec la plus grande réserve. Le souci de défense des libertés individuelles s'exprime par la prohibition de l'intervention *ante delictum*. Il est en principe interdit à la société d'intervenir avant que l'agent n'ait matériellement exprimé son intention de commettre une infraction. Échapperaient ainsi à la répression deux sortes de comportement qui constituent les premières étapes du processus criminel : la phase de la résolution criminelle et la phase des actes préparatoires¹⁴⁷. La première phase est purement psychologique, et de ce fait, elle n'est pas punissable. Il n'y a encore aucune atteinte effective portée à un intérêt pénalement protégé et, *a fortiori*, à l'ordre public. La phase des actes préparatoires échappe également, en principe, à la répression, puisque l'agent va se mettre en quête des instruments nécessaires à la commission de l'infraction, mais cela ne veut pas dire qu'il ira jusqu'au bout du processus criminel, il peut toujours changer d'avis. Toutefois, nous l'avons compris dans ce second chapitre, le droit pénal français admet des exceptions au principe de la prohibition de l'intervention *ante delictum* et à ce titre, elles

147 M.-L. RASSAT, *op. cit.*, p. 310 et s.

peuvent représenter une réelle menace pour les libertés.

46. - Parmi les infractions de prévention, les infractions formelles ont pour seuil de consommation le commencement d'exécution de l'infraction matérielle qui lui correspond, et l'atteinte, bien que quasiment certaine, n'en reste pas moins potentielle. Les infractions-obstacles prohibent quant à elles de simples actes préparatoires à une infraction plus grave. La distance est encore plus grande entre les actes préparatoires et le résultat redouté à l'origine de l'incrimination. Tout ceci fait dire à un éminent auteur que « les infractions matérielles recourent un modèle de répression très sûr », contrairement aux « infractions formelles ou obstacles, qui, par leur caractère préventif très prononcé, poussent le droit pénal dans ses derniers retranchements, prenant ainsi le risque d'ériger en conduite répréhensible ce qui ne s'affirme pas comme tel ou d'évidence »¹⁴⁸. Ainsi, ces infractions « se prêtent à des anticipations pouvant être déplacées ou abusives, avec des conséquences négatives pour les libertés et la présomption d'innocence »¹⁴⁹. Toutefois, si on prend conscience du risque que créent les infractions-obstacles pour les libertés individuelles, en revanche, pour les infractions formelles, il ne faut pas perdre de vue que l'atteinte à un intérêt pénalement protégé est quasiment certaine. « Sur le "chemin du crime", l'infraction matérielle se situe au même niveau que l'infraction formelle : la phase d'exécution est terminée. Dans les deux cas, le comportement incriminé a eu lieu et est tendu vers le résultat à atteindre »¹⁵⁰. L'agent n'a pas à accomplir d'autres actes pour produire le résultat. Simplement, la consommation de l'infraction formelle est fixée sur le commencement d'exécution et non sur le résultat. Dès lors, on peut dire que les infractions formelles sont réprimées par anticipation, avant que le résultat redouté ne se réalise, et à ce titre, elles pourraient présenter un risque pour les libertés, mais cette idée doit tout de suite être contrebalancée par le fait que l'agent a un comportement particulièrement dangereux puisque l'atteinte est quasiment certaine.

47. - La tentative, quant à elle, est punissable car elle révèle la dangerosité du personnage. Mais, « parce que celle-ci est une anticipation sur une infraction qui ne sera jamais achevée, il importe, au nom des libertés et de la présomption d'innocence, de ne pas intervenir trop tôt, ce qui serait, en effet, une manière de dépouiller les crimes et délits de leur matérialité, et de faire jouer la répression sur de simples considérations

148 Y. MAYAUD, *op. cit.*, p. 235, n°197.

149 *Idem*, p. 236, n°197.

150 E. DREYER, *op. cit.*, p. 472, n°687.

d'opportunité ». C'est la raison pour laquelle le législateur exige un commencement d'exécution. La tentative d'une infraction matérielle, comme nous avons pu le voir, ne pose pas de difficultés particulières. Si on a pu considérer que la tentative d'une infraction-obstacle n'était pas concevable en raison de l'insuffisante matérialité de l'acte, on peut aussi s'interroger sur la tentative d'une infraction formelle. En effet, le principe de la prohibition de l'intervention *ante delictum* impose en théorie de ne pas réprimer les simples actes préparatoires. Or, l'infraction formelle ayant pour seuil de consommation ce qui correspond au commencement d'exécution de l'infraction matérielle correspondante, la tentative ne peut être située que sur les actes préparatoires. De simples actes préparatoires sont finalement incriminés. Comme précédemment pour les infractions-obstacles, le risque est grand pour les libertés individuelles avec la répression de la tentative d'une infraction formelle. On est loin du résultat redouté qui justifie la répression de cette tentative.

48. - Le principe de nécessité semble, dans une certaine mesure, être délaissé par le législateur. En effet, en vertu de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen qui dispose que « la Loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires », la légitimité d'une incrimination impose au législateur de ne recourir à la sanction pénale que dans les hypothèses où elle apparaît strictement nécessaire¹⁵¹. Or elle apparaît nécessaire « lorsqu'elle permet de protéger un bien juridique particulièrement précieux contre une atteinte particulièrement grave »¹⁵². Autrement dit, seuls les intérêts essentiels à protéger parce qu'une atteinte particulièrement grave peut leur être causée, doivent faire l'objet d'une incrimination. Donc « une incrimination nouvelle n'est nécessaire que si elle repose sur un bien juridique identifié »¹⁵³. L'absence de respect de la nécessité des incriminations conduit parfois à se demander quel intérêt le texte entend protéger. C'est le cas, par exemple, de l'incrimination, par l'article 222-14-2 du C. P., de la participation à une bande ayant l'intention de commettre des violences contre les personnes ou des atteintes aux biens¹⁵⁴. Il s'agit à la fois de protéger l'intégrité physique des personnes contre des « violences volontaires », participant ou non au groupement, mais aussi l'intégrité des biens contre les « destructions ou dégradations ». Autrement dit, cette infraction ne protège aucun intérêt suffisamment précis contre une atteinte grave. Le texte

151 P. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *op. cit.*, p. 58, n°89.

152 R. PARIZOT, « L'incrimination de participation à une bande ayant des visées violentes, un nouvel exemple de mépris(e) à l'égard des principes du droit pénal », D. 2009, p. 2701.

153 *Ibidem*

154 Article introduit par la loi n°2010-201 du 2 mars 2010, renforçant la lutte contre les violences de groupes et la protection des personnes chargées d'une mission de service public.

n'apparaît donc pas conforme au principe de nécessité. Et c'est là un exemple parmi d'autres. On aurait pu aussi parler de l'article 450-1 du C. P. qui incrimine l'association de malfaiteurs, et qui ne fait référence à aucun résultat précis (V. *supra*, n° 33).

49. - Si l'objectif de prévention n'est pas contestable, la répression anticipée peut présenter une réelle menace pour les libertés. Aussi, le contrôle du respect de la nécessité des incriminations par le Conseil constitutionnel paraît indispensable « afin de dénoncer les excès de répression, et de veiller à ce que les infractions non matérielles ne se transforment pas en instruments de servitude, coupés de toute objectivité, et versant dans le procès d'intention »¹⁵⁵. A cet égard, le Conseil constitutionnel a été saisi de la conformité de l'article 222-14-2 du C. P. au principe de nécessité¹⁵⁶. Il ne va néanmoins pas répondre à la question de la nécessité de l'incrimination, qui suppose la démonstration d'un intérêt précis à protéger, mais souligner simplement que « *s'agissant d'une incrimination tendant à la répression d'actions préparatoires à la commission de certaines infractions, elle vise des agissements distincts des délits consommés avec les circonstances aggravantes de commission en réunion, en bande organisée ou par guet-apens* ». D'une manière générale, on peut déplorer « le nivellement du contrôle de constitutionnalité » du principe de nécessité car il est exceptionnel que le Conseil constitutionnel juge qu'une incrimination n'est pas nécessaire¹⁵⁷. Il vérifie tout au plus que les sanctions prévues ne sont pas disproportionnées par rapport à l'infraction commise. Or, « ce n'est pas l'absence de nécessité évidente de la peine qui doit être sanctionnée mais toute peine dont la nécessité n'apparaît pas de manière évidente »¹⁵⁸. En définitive, le Conseil constitutionnel n'exerce aucun contrôle sur les choix de politique criminelle du législateur, alors pourtant que le droit pénal est une entrave aux libertés individuelles, c'est-à-dire de nature à induire une atteinte à des libertés fondamentales, comme la liberté de manifester, de se réunir ou encore d'aller et venir.

155 Y. MAYAUD, *op. cit.*, p. 236, n°197.

156 Cons. Const., 25 février 2010, n°2010-604.

157 E. DREYER, *op. cit.*, p. 236, n°327.

158 *Ibidem*

CONCLUSION

50. - Il a pu être observé au cours de cette étude qu'il existait deux sortes d'atteinte en droit pénal : l'atteinte procédant d'un résultat et l'atteinte indépendante du résultat. La première, qui est certainement la plus évidente, est l'atteinte effective à un intérêt pénalement protégé, conséquence du comportement délictueux de l'agent. Parce qu'il s'agit d'une atteinte particulièrement grave causée à la victime et de nature à troubler l'ordre public, l'intervention du droit pénal est justifiée. L'infraction qui, parmi ses éléments constitutifs légaux, suppose la réalisation d'un résultat, ne peut pas être plus matérielle. Elle réalise ainsi un équilibre entre le maintien de l'ordre public et la protection des libertés individuelles. La limite apportée aux libertés de l'agent est justifiée par le caractère nuisible de son comportement. L'incrimination de l'atteinte effective répond ainsi aux exigences des articles 5 et 8 de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen. Toutefois, puisqu'il s'agit d'une atteinte particulièrement grave, on ne peut, dans un Etat démocratique, atteindre la réalisation d'une atteinte effective pour agir, même si ce serait plus protecteur des libertés individuelles. C'est la raison pour laquelle, une autre sorte d'atteinte est incriminée, indépendamment du résultat. L'atteinte indépendante du résultat n'est autre que l'atteinte potentielle et l'atteinte tentée, toutes deux incriminées en raison de leur caractère dangereux.

51. - L'exigence traditionnelle en droit pénal classique d'une manifestation matérielle de la volonté délictueuse, procède du respect de la liberté individuelle. Elle s'oppose à la répression *ante delictum*. L'atteinte potentielle et l'atteinte tentée sont incriminées à juste titre car la volonté délictueuse de l'agent ne fait aucun doute. Même si l'agent n'a pas causé une atteinte effective à un intérêt pénalement protégé, son intention de commettre une infraction est suffisamment matérialisée pour être réprimée. Néanmoins, l'élément matériel de l'infraction, qui suppose, en principe, la réalisation d'un résultat, s'en trouve diminué, et sous certains aspects, nous avons pu constater que la répression anticipée d'une atteinte pouvait s'avérer dangereuse pour les libertés, en particulier lorsque l'on constate que le Conseil constitutionnel, gardien des libertés, n'apprécie jamais les choix de politique criminelle fait par le législateur. S'il peut être opportun de retenir comme coupable un comportement précocement dangereux, la liberté des individus est

exposée à de trop graves périls si l'on ne tient pas compte du trouble social causé par l'individu¹⁵⁹. C'est pourquoi la notion de consommation doit demeurer, pour une large part, tributaire du résultat de l'acte du délinquant¹⁶⁰. Il faut donc espérer que le législateur reste modéré dans ses choix de politique criminelle et veille avec attention au respect du principe de nécessité. Ce qui est certain, c'est que R. MERLE, en 1957, avait, à juste titre, affirmé que « l'éclipse progressive de l'élément matériel de l'infraction pénale et son remplacement par la notion d'état dangereux [était] peut-être l'une des données du droit criminel de demain »¹⁶¹.

159 L. ROZES, *art. cit.*, p. 607, n°6.

160 *Ibidem*

161 R. MERLE, *Droit pénal général complémentaire, op. cit.*, p. 129.

BIBLIOGRAPHIE

I- Ouvrages juridiques

- Manuels généraux

CONTE (P.), MAISTRE du CHAMBON (P.), *Droit pénal général*, Armand Colin, 7^e éd., 2004.

DECOCQ (A.), *Droit pénal général*, Armand Colin, 1971.

DESPORTES (F.) et LE GUNEHEC (F.), *Droit pénal général*, Economica (Collection Corpus Droit privé), 16^e éd., 2009.

DREYER (E.), *Droit pénal général*, LexisNexis, 2^e éd., 2012.

DREYER (E.), *Droit pénal spécial*, Ellipses, 2^e éd., 2012.

MAYAUD (Y.), *Droit pénal général*, Puf (Collection Droit fondamental), 4^e éd., 2013.

MAYAUD (Y.), *Le mensonge en droit pénal*, L'Hermès, 1979.

MERLE (R.), *Droit pénal général complémentaire*, Puf, 1957.

MERLE (R.) et VITU (A.), *Traité de droit criminel. Problèmes généraux de la science criminelle. Droit pénal général*, Cujas, 7^e éd., 1997.

PUECH (M.), *Droit pénal général*, Litec, 1988.

RASSAT (M.-L.), *Droit pénal général*, Ellipses, 2^e éd., 2006.

RASSAT (M.-L.), *Droit pénal spécial. Infractions du Code pénal*, Précis Dalloz, 6^e éd. 2011.

- Thèses

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

MARÉCHAL (J.-Y.), *Essai sur le résultat dans la théorie de l'infraction pénale*, L'Harmattan (Collection Logiques juridiques), 2003.

PROTHAIS (A.), *Tentative et attentat*, LGDJ, 1985.

- Dictionnaire

Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, CORNU (G.) (dir.), Puf, 8^e éd., 2007.

II- Articles juridiques

CONTE (P.), « La loi sur la prévention de la délinquance », Dr. pén. 2007, étude 7.

DARSONVILLE (A.), « Ordre public et droit pénal », dans *L'ordre public*, DUBREUIL (C.-A.) (dir.), CUJAS (Collection Actes et Etudes), 2013, p. 287.

DOUCET (J.-P.), « Les infractions de prévention », Gaz. Pal. 1973, p. 764.

KEYMAN (S.), « Le résultat pénal », Rev. sc. crim. 1968, p. 781.

MAYAUD (Y.), « La loi pénale, instrument de valorisation sociale », dans *Code pénal et code d'instruction criminelle – Livre du Bicentenaire*, D. 2010, p. 5.

OLLARD (R.), « La distinction du dommage et du préjudice en droit pénal », Rev. sc. crim. 2010, p. 561.

PARIZOT (R.), « L'incrimination de participation à une bande ayant des visées violentes, un nouvel exemple de mépris(e) à l'égard des principes du droit pénal », D. 2009, p. 2701.

PONSEILLE (A.), « A propos du délit d'embuscade de l'article 222-15-1 du code pénal », Rev. sc. crim. 2009, p. 535.

ROBERT (J.-H.), « L'histoire des éléments de l'infraction », Rev. sc. crim. 1977, p. 269.

ROZES (L.), « L'infraction consommée », Rev. sc. crim. 1975, p. 603.

SPITÉRI (P.), « L'infraction formelle », Rev. sc. crim. 1966, p. 497.

III- Sites Internet

Dictionnaire Larousse : <http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais>

Légifrance : <http://www.legifrance.gouv.fr/>

Table des matières

ABREVIATIONS.....	3
SOMMAIRE.....	4
INTRODUCTION.....	5
Chapitre I : L'atteinte procédant d'un résultat.....	10
<i>Section I : Les résultats de la théorie moderne.....</i>	<i>11</i>
Paragraphe I : Une notion polymorphe.....	12
Paragraphe II : Une distinction à l'intérêt discutable.....	15
<i>Section II : L'atteinte comme élément constitutif de l'infraction.....</i>	<i>19</i>
Paragraphe I : L'effectivité de l'atteinte.....	19
Paragraphe II : La preuve de l'atteinte.....	23
Chapitre II : L'atteinte indépendante du résultat.....	27
<i>Section I : La répression préventive d'une atteinte.....</i>	<i>28</i>
Paragraphe I : L'incrimination de l'atteinte potentielle.....	30
Paragraphe II : La répression de l'« atteinte tentée ».....	33
<i>Section II : L'apologie mesurée de la répression préventive.....</i>	<i>37</i>
Paragraphe I : La protection de l'ordre public.....	37
Paragraphe II : Le risque pour les libertés individuelles.....	40
CONCLUSION.....	44
BIBLIOGRAPHIE.....	46