



HAL
open science

La reconnaissance des intérêts juridiques en Droit pénal: l'intérêt juridique est-il une composante de l'infraction?

Alice Roques

► To cite this version:

Alice Roques. La reconnaissance des intérêts juridiques en Droit pénal: l'intérêt juridique est-il une composante de l'infraction?. Revue Lexsociété, 2023, 10.61953/lex.4105 . hal-04225787

HAL Id: hal-04225787

<https://hal.science/hal-04225787>

Submitted on 14 Nov 2023

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



Distributed under a Creative Commons Attribution - NonCommercial - ShareAlike 4.0 International License



La reconnaissance des intérêts juridiques en Droit pénal : l'intérêt juridique est-il une composante de l'infraction ?

ALICE ROQUES

*Docteure en droit privé et sciences criminelles
Qualifiée aux fonctions de Maître de Conférences
Enseignante-chercheuse contractuelle
Université de Nantes*

Résumé : L'intérêt juridique ou intérêt pénalement protégé occupe traditionnellement une place forte au sein de l'infraction. Selon la doctrine, c'est en contemplation d'un intérêt juridique à protéger que l'infraction serait construite. Néanmoins, le développement du droit pénal préventif fait perdre à l'intérêt juridique cette place centrale. Cette contribution ambitionne donc d'étudier, en droit positif, ce qu'il reste de la place de l'intérêt juridique au sein de l'infraction.

Mots-clés : Intérêt pénalement protégé ; Infraction ; Infraction décrite ; Infraction réalisée ; Matérialité ; Élément injuste.

Note au lecteur : cette intervention reprend des développements de notre thèse : ROQUES (A.), *La matérialité de l'incrimination*, Thèse de doctorat : droit, Université de Montpellier, 2022, 687 p

1. La place théorique de l'intérêt juridique dans l'infraction. Selon le Professeur VITU « Le droit pénal a pour tâche d'assurer, par des sanctions spécifiques, la protection des valeurs ou intérêts que le législateur estime dignes d'une attention particulière [...] »¹.

Cette affirmation renferme deux enseignements ;

Le premier est que tous les intérêts juridiques n'intéressent pas le Droit pénal. Seuls l'intéressent ceux que le législateur a estimé dignes d'une attention particulière. Le terme « intérêt » désigne « ce qui importe, ce qui est utile, avantageux »². VON LISZT considérait que « ce n'est pas l'ordre juridique qui détermine l'intérêt, c'est la vie ; mais la défense par le droit fait de l'intérêt vital un intérêt juridique »³. Ainsi, les intérêts existant à l'état naturel ne deviendraient « intérêts juridiques » que par la reconnaissance du législateur. La doctrine emploie les termes « intérêt », « bien » et « valeur »⁴ pour définir cette « émanation de la valeur, consacrée par une valorisation normative du législateur pénal »⁵. Parmi ces intérêts juridiques, le législateur va en considérer certains comme dignes d'une attention particulière et leur conférer une protection pénale. On parle alors d'intérêt pénalement protégé⁶ ou de bien juridico-pénal⁷. Ainsi, « la norme pénale protège des valeurs ou des intérêts

¹ VITU (A.), *Traité de droit criminel : Droit pénal spécial*, Paris : Cujas, t. 1, 1982, 7^{ème} éd., §22

² GIRAC-MARINIER (C.) (dir.), Larousse Maxipoche, Paris : Larousse, Coll. Dictionnaires généralistes, 2023, v. « intérêt »

³ VON LISZT (F.), *Traité de droit pénal allemand, Tome 1 : Introduction – Partie générale*, Paris : V. Giard et E. Brière, 1911, §13

⁴ En faveur d'une assimilation des termes v. BEAUSSONIE (G.), « La notion de valeur protégée », in *L'empreinte des valeurs sociales protégées en droit pénal*, dir. MISTRETTA (P.), KUREK (C.), PAPILLON (S.), Paris : Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, 2020, p. 5 ; Notre thèse, *La matérialité de l'incrimination*, Thèse de doctorat : droit, Université de Montpellier, 2022, §165 ; Pour une dissociation des termes : v. MARÉCHAL (J.-Y.), *Essai sur le résultat dans la théorie de l'infraction pénale*, Paris : L'Harmattan, Coll. Logiques Juridiques, 2003, §102

⁵ LACAZE (M.), *Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, Paris : LGDJ, Coll. Collection des Thèses, 2011, §474

⁶ MARÉCHAL (J.-Y.), *Essai sur le résultat dans la théorie de l'infraction pénale*, *op. cit.*, §217

⁷ LACAZE (M.), *Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, *op. cit.*, §62

essentiels pour la société ; autrement dit, elle protège des biens juridiques qui sont indispensables au bien commun »⁸. La sélection d'intérêts spécifiques, parmi les intérêts protégés, afin de leur accorder une protection pénale, traduit le principe de subsidiarité du droit pénal⁹, selon lequel « la gravité de la sanction pénale implique d'y avoir recours comme ultima ratio »¹⁰. C'est donc, plus que l'intérêt juridique, l'intérêt pénalement protégé qui intéressera notre propos, car le droit pénal ne connaît que ce dernier.

Le second enseignement du Professeur VITU est que « *le droit pénal a pour tâche d'assurer, par des sanctions spécifiques, la protection des [intérêts pénalement protégés]* »¹¹. Le droit pénal apparaît donc comme construit autour des intérêts pénalement protégés. Selon la doctrine, toute infraction serait construite en fonction de l'atteinte à l'intérêt juridique que le législateur souhaiterait éviter. Face à un intérêt qu'il souhaiterait protéger, le législateur remonterait la chaîne causale des comportements et incriminerait les comportements pouvant lui causer, de manière plus ou moins proche, une atteinte¹². Par exemple, afin de protéger l'intérêt « vie », le législateur incrimine des comportements pouvant porter atteinte à la vie, de façon plus ou moins proche, comme le meurtre ou le délit de risque causé à autrui.

La nomenclature du Code pénal atteste de cette construction par rapport à un intérêt pénalement protégé. Elle emploie un vocabulaire exprimant l'idée que chaque infraction protège un intérêt juridique. Les livres du Code pénal sont intitulés « *crimes et délits contre...* ». L'adverbe « *contre* » indique une

⁸ E. DARGENTAS, « La norme pénale et la recherche autonome des valeurs dignes de la protection pénale », RPDP, 1977, p. 413.

⁹ LACAZE (M.), *Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, op. cit., §474

¹⁰ ROUSSEAU (F.), « Le principe de nécessité. Aux frontières du droit de punir », RSC, 2015, p. 257

¹¹ VITU (A.), *Traité de droit criminel : Droit pénal spécial*, op. cit., §22

¹² CONTE (P.), MAISTRE DU CHAMBON (P.), *Droit pénal général*, Paris : Armand Colin, 2004, 7ème éd., §314 ; MAYAUD (Y.), « La résistance du droit pénal au préjudice », in *Mélanges dédiés à Bernard BOULOC*, Paris : Dalloz, 2006, p. 807

opposition¹³. Ainsi, les incriminations sont présentées comme des comportements en opposition à certaines valeurs défendues par le droit pénal¹⁴. Bien qu'elle n'ait pas de valeur normative¹⁵, la nomenclature du Code sous-entend bien qu'un comportement est incriminé parce qu'il génère une atteinte à intérêt juridique¹⁶.

La jurisprudence du Conseil constitutionnel est également le témoin de la construction de l'infraction en fonction de l'atteinte à l'intérêt juridique. Sous couvert du principe de nécessité, ce dernier contrôle parfois que le comportement incriminé puisse engendrer l'atteinte à l'intérêt juridique protégé¹⁷.

L'intérêt pénalement protégé semble donc être une composante essentielle de l'infraction. La doctrine pénaliste estime qu'il constitue « *résultat réel* »¹⁸, le « *résultat sociologique* »¹⁹, « *social* »²⁰ ou encore le « *résultat redouté* »²¹ de l'infraction.

2. Une place remise en cause. Néanmoins, le droit pénal contemporain est traversé par ce que la doctrine nomme « *une crise de la matérialité* » au profit

¹³ GIRAC-MARINIER (C.) (dir.), *Larousse Maxipoche*, op. cit., v. « contre »

¹⁴ Seul le Livre V ne semble pas répondre à cette idée. Néanmoins, sa construction en rapport à une lésion apparaît dans les intitulés de ses sections qui renvoient à « la protection » de l'espèce humaine, du corps humain, de l'embryon humain.

¹⁵ MALABAT (V.), « Quel avenir pour le Livre V du Code pénal ? », in *Le nouveau Code pénal, 20 ans après*, dir. SAENKO (L.), Paris : LGDJ, 2014, p. 173 ; DREYER (E.), *Droit pénal spécial*, Paris : LGDJ, Coll. Manuel, 2020, §1

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ V. sur ce point notre thèse, *La matérialité de l'incrimination*, op. cit., §216 s.

¹⁸ DECOCQ (A.), *Droit pénal général*, Paris : Armand Colin, Coll. U série Droit pénal et sciences criminelles, 1971, 1ère éd., p. 171 ; MAYAUD (Y.), *Le mensonge en droit pénal*, Paris : L'Hermès, 1979, §358

¹⁹ DECOCQ (A.), *Droit pénal général*, op. cit., p. 171 ; CONTE (P.), MAISTRE DU CHAMBON (P.), *Droit pénal général*, Paris : Armand Colin, 2004, 7ème éd., p. 181

²⁰ DANA (A.-C.), *Essai sur la notion d'infraction pénale*, Paris : LGDJ, 1982, §339 ; PUECH (M.), *Droit pénal général*, Paris : Litec, 1988, §582.

²¹ DECOCQ (A.), *Droit pénal général*, op. cit., p. 171 ; MAYAUD (Y.), *Droit pénal général*, Paris : PUF, Coll. Droit Fondamental, 2021, 7ème éd., §215

d'une anticipation répressive grandissante et d'un contournement des principes du droit pénal. En effet, les techniques d'incrimination préventives se multiplient afin d'appréhender des comportements toujours plus éloignés de l'atteinte à la valeur protégée que le législateur veut éviter.

3. Problématique. Il convient donc de se demander l'intérêt pénalement protégé est-il toujours une composante l'infraction ?

4. Annonce de plan. Pour répondre à cette question, il faut envisager les deux visages du terme « infraction ». En effet, l'infraction est présentée, à la fois, comme « *tout acte ou omission interdits par la loi sous la menace d'une sanction* »²², et comme « *[le] comportement qui viole la loi pénale* »²³.

Elle est ainsi vue soit comme « *l'expression de l'interdit pénal* »²⁴, soit comme la réalisation de cet interdit²⁵. Pour illustrer cette dualité, certains auteurs distinguent « *l'infraction du législateur* » et « *l'infraction du délinquant* »²⁶, d'autres auteurs ont recours à la notion d'incrimination et la distinguent de l'infraction²⁷.

²² LANGUI (A.), *Histoire du droit pénal*, Paris : P.U.F., Coll. Que sais-je ?, 1993, 2^{ème} éd., p. 3 ; LARGUIER (J.), CONTE (P.), PELTIER (V.), *Droit pénal général*, Paris : Dalloz, Coll. Mémentos, 2022, 24^{ème} éd., p. 11

²³ DESPORTES (F.), LE GUNEHHEC (F.), *Droit pénal général*, Paris : Economica, Coll. Corpus Droit privé, 2006, 13^{ème} éd., §430

²⁴ JEANDIDIER (W.), *Droit pénal général*, Paris : Montchrestien, 1991, 2^{ème} éd., §186

²⁵ BEAUSSONIE (G.), « Infraction », Rep. Pén. Dalloz, 2018, actu 2021, §8 ; dans le même sens : ROBERT (J.-H.), *Droit pénal général*, Paris : PUF, Coll. Thémis, 2005, 6^{ème} éd., p. 100 ; DESPORTES (F.), LE GUNEHHEC (F.), *Droit pénal général*, *op. cit.*, §22

²⁶ ROBERT (J.-H.), *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 100 ; v. également : DOUCET (J.-P.), *La loi pénale*, Paris : Litec, Gazette du Palais, 1991, p. 97 ; RABUT-BONALDI (G.), *Le préjudice en droit pénal*, Paris : Dalloz, Coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2016, §26

²⁷ ROBERT (J.-H.), *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 100 ; PUECH (M.), *Droit pénal général*, *op. cit.*, §474 ; BEAUSSONIE (G.), « Infraction », *op. cit.*, §8 ; MAYAUD, (Y.), *Droit pénal général*, *op. cit.*, §31, §223

L'infraction du législateur ou incrimination est l'infraction envisagée du point de vue de celui-ci. Il s'agit du comportement recevant une qualification pénale et sanctionné d'une peine²⁸. Elle est « *l'infraction décrite* »²⁹.

L'infraction du délinquant, quant à elle, est l'infraction envisagée du point de vue de son auteur. Elle est le comportement lui-même, réel et concret, violant la norme pénale³⁰. Elle est l'infraction réalisée.

Comme l'illustre le Professeur Jacques-Henri ROBERT, « *il y a le mariage que le législateur décrit dans le Code civil, et celui que les époux contractent pour de bon, en comparaisant devant l'officier d'état civil* »³¹. Ainsi, il y a l'infraction décrite par le Code pénal (l'incrimination ou infraction décrite) et l'infraction réalisée dans le monde réel, l'infraction au sens strict (infraction réalisée).

5. Plan. Notre questionnement se dédouble donc et doit être étudié dans l'infraction décrite (I) et dans l'infraction réalisée (II).

I. L'intérêt pénalement protégé, une composante érodée de l'infraction décrite

6. Intérêt juridique et matérialité de l'infraction. L'intérêt juridique intègre la composante matérielle de l'infraction décrite. Cette intégration résulte de l'article 5 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen qui dispose que « *la loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la société* ». Ce qui légitime l'incrimination d'un comportement est la capacité de l'acte à occasionner une atteinte à un intérêt juridique pénalement protégé.

²⁸ ROBERT (J.-H.), *Droit pénal général, op. cit.*, p. 100 ; v. également : DOUCET (J.-P.), *La loi pénale*, Paris : Litec, Gazette du Palais, 1991, p. 97 ; RABUT-BONALDI (G.), *Le préjudice en droit pénal*, Paris : Dalloz, Coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2016, §26

²⁹ ROBERT (J.-H.), *Droit pénal général, op. cit.*, p. 100

³⁰ *Ibid.*

³¹ *Ibid.*

Néanmoins, tous les comportements incriminés n'ont pas à porter atteinte de manière effective à l'intérêt pénalement protégé en raison de l'aspect préventif du droit pénal.

Il faut donc distinguer entre le comportement incriminable et le comportement incriminé :

Pour être incriminable, un comportement devrait être en lien de causalité prospectif avec l'atteinte à l'intérêt juridique. L'intérêt juridique entrerait donc dans les conditions de la matérialité incriminable. En revanche, le comportement incriminé, celui décrit par le législateur n'aurait pas à provoquer une atteinte effective. L'intérêt juridique serait donc une condition seulement possible de la matérialité incriminée.

Toutefois, en raison de l'anticipation répressive, la place de l'intérêt juridique apparaît marginalisée, autant dans le comportement incriminé (A), qu'incriminable (B).

A. Une marginalisation dans le comportement incriminé

7. Une composante possible. Au regard de l'élément matériel de l'infraction décrite, il apparaît évident que l'atteinte à l'intérêt juridique n'est pas une composante pérenne de l'infraction. En effet, il existe des infractions qui ne nécessitent pas pour être constituées de caractériser une atteinte à l'intérêt juridique. L'exemple le plus courant est celui de l'empoisonnement. Pour être constitué, l'empoisonnement n'a pas besoin de provoquer la mort d'autrui et donc l'atteinte à l'intérêt pénalement protégé « vie ». Il est constitué par le simple emploi ou la simple administration d'une substance mortifère. Ces infractions sont qualifiées d'infractions de prévention,³² car elles incriminent un

³² PONSEILLE (A.), *L'infraction de prévention en droit pénal français*, Thèse de doctorat : Droit : Montpellier, 2001, 669 p.

comportement avant toute lésion de l'intérêt juridique et sont donc une manifestation de la dimension préventive du droit pénal.

8. Une prolifération des infractions sans atteinte. Longtemps présentées comme exceptionnelles, les infractions de prévention prolifèrent désormais dans notre droit positif. Le Code pénal de 1994 marque « *la consécration éclatante [...] des infractions de prévention* »³³. Bien qu'un recensement exhaustif ne puisse être établi, il faut noter que certains domaines du droit pénal sont quasiment entièrement construits sur des infractions sans résultat. C'est le cas par exemple en matière de terrorisme.

9. Terrorisme. Il convient de distinguer deux techniques d'incrimination des actes terroristes : l'incrimination dérivée du droit commun et l'incrimination autonome³⁴.

L'incrimination dérivée du droit commun consiste à procéder par renvoi aux incriminations de droit commun. L'article 421-1 du Code pénal dresse ainsi une liste d'infractions de droit commun qui revêtent la qualification terroriste, lorsqu'elles sont intentionnellement commises en relation avec une entreprise individuelle ou collective ayant pour but de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur. La majorité des infractions visées par l'article 421-1 du Code pénal constituent ainsi des infractions sans résultat.

L'incrimination autonome consiste, quant à elle, à incriminer directement un comportement, ne relevant pas du droit pénal commun, et lui conférer la qualité d'infraction terroriste. Il existe neuf incriminations autonomes en matière de terrorisme. L'ensemble de ces incriminations sont des infractions

³³ LAZERGES (C.), « La participation criminelle », *in Réflexions sur le nouveau code pénal*, dir. LAZERGES (C.), Paris : Pédone, 1995, p. 11

³⁴ ALIX (J.), *Terrorisme et droit pénal, Étude critique des incriminations terroristes*, Paris : Dalloz, Coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, 2010, §62 s.

sans résultat³⁵. Entre les années 2012 et 2021, correspondant à l'essor de l'État islamique, ce sont six infractions sans résultat qui furent créées.

10. Droit pénal technique. C'est également le cas dans les domaines plus techniques comme le droit de la circulation ou le droit de la chasse.

11. Droit commun. C'est encore le cas en droit commun. Que ce soit en réaction à des faits divers ou bien comme outil de lutte contre certaines formes de criminalité, les infractions sans résultat ont proliféré au sein de notre ordonnancement juridique. C'est par exemple en réponse aux émeutes urbaines qu'a été instauré le délit d'embuscade³⁶ ou encore que l'incrimination de participation à une bande ayant des visées violentes a été créée par la loi n° 2010-201 du 2 mars 2010, à l'article 222-14-2 du Code pénal.

Aucun pan du droit pénal n'échappe aujourd'hui aux infractions sans résultat. Ces infractions se retrouvent en droit pénal commun, et ne cessent de se multiplier. Ces dernières années ont vu la création du délit de mandat criminel³⁷, par la loi Perben II du 9 mars 2004, étendu récemment aux infractions de viol³⁸ et agressions sexuelles³⁹, ainsi que la création et le transfert du Code de la sécurité intérieure au Code pénal, par la loi n° 2016-731 du 3 juin 2016, de plusieurs infractions relatives au trafic d'armes, toutes sans résultat⁴⁰.

³⁵ La première, dans l'ordre chronologique, est l'incrimination de terrorisme écologique codifiée par la loi n° 92-686 du 22 juillet 1992 et élargie par la loi Perben II du 9 mars 2004, vient ensuite l'association de malfaiteurs terroriste, créée par la loi n° 96-647 du 22 juillet 1996 (C. pén., art. 421-2-2). À la suite des attentats du 11 septembre 2001, le législateur a incriminé le financement du terrorisme¹³²³ et la non-justification des ressources (C. pén., art. 421-2-3).

³⁶ C. pén., art. 412-1

³⁷ C. pén., art. 221-5-1 ; PONSEILLE (A.), « Provocation à la commission d'une infraction - L'incrimination du mandat criminel ou l'article 221-5-1 du Code pénal issu de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 », Droit pénal, n°9, 2004, étude 10

³⁸ C. pén., art. 222-26-1 créé par la loi n° 2020-936 du 30 juillet 2020 visant à protéger les victimes de violences conjugales, JORF n° 0187 du 31 juillet 2020

³⁹ C. pén., art. 222-30-2 créé par la loi n° 2020-936 du 30 juillet 2020 visant à protéger les victimes de violences conjugales, JORF n° 0187 du 31 juillet 2020

⁴⁰ C. pén., art. 222-52 à 222-59

12. Droit pénal de crise. Plus récemment, les infractions sans résultat ont été le moyen de lutte privilégié du législateur dans la lutte contre le virus Covid-19. Le non-respect des mesures destinées à prévenir et limiter la propagation du virus a été incriminé à l'article L.3136-1 du Code de la santé publique. Cet article s'articule avec les articles L.3131-1 et L.3131-15 du même Code permettant au pouvoir réglementaire, en cas de menace sanitaire grave (L.3131-1) ou en cas d'état d'urgence sanitaire (L.3131-15), de prendre plusieurs mesures restrictives de liberté aux seules fins de prévenir et limiter les conséquences de la menace sur la santé de la population ou de garantir la santé publique. Auparavant, ces interdictions et leurs sanctions étaient prévues, au cas par cas, par plusieurs décrets.

13. Un renforcement de la dimension préventive du droit pénal. L'infraction sans résultat incriminé n'apparaît plus comme une forme exceptionnelle d'infraction. Elle tend aujourd'hui à être la nouvelle norme d'incrimination, marginalisant ainsi l'atteinte à l'intérêt juridique au sein des éléments constitutifs de la matérialité incriminée.

Cette prolifération témoigne d'un renforcement de la dimension préventive du droit pénal et ne serait pas en soi problématique si elle ne s'accompagnait pas d'une disparition de l'atteinte à l'intérêt juridique au sein du comportement incriminable.

B. Une fragilité dans la matérialité incriminable

14. Principe. Nous l'avons dit, ce qui légitime l'incrimination d'un comportement est sa capacité à porter atteinte à un intérêt juridique pénalement protégé. Le législateur n'est pas libre dans ses choix d'incrimination. En application de l'article 5 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen,

il ne peut incriminer que les comportements qui renferment en eux un potentiel nuisible, c'est-à-dire un pouvoir abstrait de lésion d'un intérêt juridique.

15. Réalité. Toutefois, certaines infractions apparaissent édictées en l'absence de toute atteinte potentielle à l'intérêt juridique pénalement protégé. C'est le cas, par exemple, de l'incrimination de plusieurs faits en lien avec l'image ou la représentation pornographique d'un mineur imaginaire.

16. Pédopornographie. L'article 227-23 du Code pénal incrimine en effet plusieurs faits relatifs à la pédopornographie. L'infraction nécessite « *l'image ou la représentation d'un mineur lorsque cette image ou cette représentation présente un caractère pornographique* ». Le terme « *image* » désigne la « *la reproduction picturale, photographique* »⁴¹. L'ajout du terme « *représentation* », bien que non nécessaire⁴², vise à accentuer l'idée que le texte vise le dessin, la sculpture, l'image de synthèse d'un mineur même non réel. La pédopornographie imaginaire est ainsi répréhensible⁴³.

La France s'est directement inspirée du « *Child Pornography Prevention Act* » voté en 1996 aux États-Unis, qui permettait d'incriminer la pédopornographie virtuelle⁴⁴. Cet acte interdisait la possession ou la distribution de « *pornographie juvénile* ». L'article 2256 (8) visait la « *pornographie juvénile virtuelle* », en englobant les images semblant dépeindre des mineurs, même celles produites sans recours à de véritables mineurs, par exemple au moyen d'adultes ressemblant à des mineurs ou par des procédés de manipulation d'images.

⁴¹ Circ. Min. Justice, 1er oct. 1998, Présentation générale des dispositions de la loi n° 98-468 du 17 juin 1998 relative à la prévention et la répression des infractions sexuelles et à la protection des mineurs : NOR JUSD9830117C.

⁴² BEAUSSONIE (G.), « Délit d'exploitation de l'image pornographique d'un mineur », J.-Cl. Pénal, fasc. n° 25, §10

⁴³ V. en ce sens : Crim. 12 sept. 2007, n° 06-86.763 ; RPD. 2007. 905, obs. MALABAT (V.) ; D. 2008. 827, note LEFRANC (D.) ; *ibid.* 1854, obs. GOUTTENOIRE (A.)

⁴⁴ LEFRANC (D.), note sous Crim. 12 sept. 2007, n° 06-86.763, *op. cit.*

Toutefois, la Cour Suprême des États-Unis a déclaré cette disposition contraire au premier amendement de la Constitution relatif à la liberté d'expression⁴⁵. La Cour a jugé l'incrimination trop large. Elle a constaté que la pédopornographie virtuelle, à la différence d'une pornographie infantile non virtuelle, n'impliquait aucun crime préalable et ne créait aucune victime mineure. Elle rejette l'argument du gouvernement selon lequel « *la pornographie juvénile virtuelle aigüise l'appétit des pédophiles et les encourage à se livrer à un comportement illégale* ». Plus que le rejeter, elle le considère comme « *inexistant* », en raison de l'absence de démonstration d'un lien de causalité direct entre la pornographie virtuelle et un passage à l'acte imminent. Elle rejette également la théorie de la dissuasion du marché, en estimant que la pédopornographie virtuelle n'implique aucun crime sous-jacent.

La France s'est ainsi inspirée d'une loi étrangère inconstitutionnelle⁴⁶ et la constitutionnalité des dispositions françaises, toujours en vigueur, interroge au regard de l'article 5 de la Déclaration de 1789.

L'article 227-23 du Code pénal se situe dans la section 5 « *de la mise en péril des mineurs* », du Chapitre VII « *des atteintes aux mineurs et à la famille* » du Livre II du Code pénal. Le bien pénalement protégé apparaît ainsi être l'intégrité du mineur. Mais de quel mineur en cas de représentation d'un mineur imaginaire?⁴⁷ Quelles atteintes au mineur commettrait le lecteur ou le dessinateur d'un dessin sexualisé représentant un mineur imaginaire? Il apparaît que les comportements envisagés ne peuvent atteindre, ni abstraitement ni concrètement, la valeur protégée affichée par le législateur, puisque le mineur représenté n'est pas réel.

⁴⁵ Supreme Court of the United States, 16 avr. 2002, n° 00-795, *Ashcroft v. Free Speech Coalition* : Communication Commerce électronique, 2022. 6. 97, obs. KAMINA (P.)

⁴⁶ LEFRANC (D.), note sous Crim. 12 sept. 2007, n° 06-86.763, *op. cit.*

⁴⁷ En ce sens PAPIILLON (S.), « Valeur sociale protégée et morale », », in *L'empreinte des valeurs sociales protégées en droit pénal*, dir. MISTRETTA (P.), KUREK (C.), PAPIILLON (S.), Paris : Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, 2020, p. 57

Derrière « *la mise en péril du mineur* » se trouve en réalité l’incrimination d’un comportement amoral, mais non nuisible à la société.

17. Dissimulation du visage au sein des manifestations. C’est encore le cas pour l’infraction de dissimulation du visage au sein des manifestations. L’article 431-9-1 du Code pénal réprime d’un an d’emprisonnement et de 15 000 € d’amende « *le fait pour une personne, au sein ou aux abords immédiats d’une manifestation sur la voie publique, au cours ou à l’issue de laquelle des troubles à l’ordre public sont commis ou risquent d’être commis, de dissimuler volontairement tout ou partie de son visage sans motif légitime* ». Il en est de même pour la contravention prévue à l’article R. 645-14 du Code pénal qui incrimine un comportement similaire.

La valeur protégée par l’incrimination est, selon l’intitulé du Chapitre où elle est disposée, « *la paix publique* ». Le terme « *paix* » désigne la tranquillité, l’absence de trouble et d’agitation⁴⁸. Attaché au qualificatif « *publique* », il désigne la tranquillité, l’absence de trouble et d’agitation au sein de l’espace public, l’absence de panique, d’inquiétudes graves ou d’émotions collectives⁴⁹. La paix publique s’oppose donc au trouble public.

L’élément matériel de l’infraction du législateur⁵⁰ est constitué par le fait de « *dissimuler volontairement tout ou partie de son visage sans motif légitime* ». Le Conseil constitutionnel a apporté une précision quant à cet élément matériel. Selon lui, le législateur vise ainsi « *la circonstance dans laquelle une personne entend empêcher son identification, par l’occultation de certaines parties de son*

⁴⁸ CORNU (G.) (dir.), *Vocabulaire juridique, op. cit.*, v. « paix »

⁴⁹ DEFFAINS (N.), THIERRY (J.-B.), « Fausses nouvelles », Rep. Pén. Dalloz, 2015, act. 2019, §35

⁵⁰ Pour rappel, l’infraction du législateur désigne l’incrimination, v. supra §2, 3

visage»⁵¹. Le fait de dissimuler son visage ne peut abstraitement porter atteinte à la paix publique. Il ne constitue pas un trouble public en lui-même.

Cette absence de potentiel nuisible se vérifie par la jurisprudence relative à l'incrimination de la dissimulation du visage dans l'espace public. La loi n° 2010-1192 du 11 octobre 2010 est venue créer une contravention de deuxième classe prohibant « *le port d'une tenue destinée à dissimuler son visage dans l'espace public* », sans toutefois ajouter la disposition au Code pénal. Par une décision du 7 octobre 2010⁵², le Conseil constitutionnel a reconnu cette disposition conforme à la Constitution. Pour ce faire, le Conseil s'est appuyé sur « *l'ordre public immatériel* ». Il distingue ainsi deux aspects de l'ordre public, d'une part l'ordre public matériel fondé sur la sécurité publique, auquel se rattache la paix publique. D'autre part, un ordre public « *immatériel* » non fondé sur des valeurs constitutionnelles⁵³. Il se définit comme « *les exigences minimales de vie en société* »⁵⁴.

De même, la Cour européenne des droits de l'Homme a estimé que cette incrimination ne pouvait être considérée comme ayant vocation à protéger

⁵¹ Cons. const. 4 avr. 2019, n° 2019-780 DC, §29 ; Le Conseil constitutionnel a, dans cette décision, estimé que le délit était conforme aux principes de légalité des délits et des peines, de droit d'expression collective des idées et des opinions, au principe de proportionnalité des peines ainsi qu'à toute autre exigence constitutionnelle. Il n'apporte cependant de justifications que sur le respect du principe de légalité. Le respect des autres principes est affirmé sans être réelle motivation.

⁵² Cons. const. 7 oct. 2010, n° 2010-613 DC ; AJDA 2010. 2373, note VERPEAUX (M.) ; *ibid.* 2014. 1866, étude GERVIÉ (P.) ; *ibid.* 2015. 953, note AUBIN (E.) ; D. 2010. 2353, édito ROME (F.) ; *ibid.* 2011. 1166, obs. CAYLA (O.) ; JCP G. 2010. 1018, obs. MATHIEU (B.)

⁵³ MATHIEU (B.), obs. sur Cons. const. 7 oct. 2010, n° 2010-613 DC, *op. cit.*

⁵⁴ LACAZE (M.), « La contravention de port d'une tenue destinées à dissimuler le visage dans l'espace public : incertitude des fondements juridiques, incohérence des catégories pénales », Dr. pén., n°2, 2012, étude 5 ; Pour une étude du champ d'application de cette expression, v. GAZAGNE-JAMMES (V.), *Les actes nuisibles à la vie en société – Étude sur les exigences de la vie en société à partir de l'article 5 de la déclaration de 1789*, Paris : LGDJ, Coll. Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, 2022, 400 p.

l'égalité homme-femme ou la dignité des personnes⁵⁵. Elle considère qu' « *on ne saurait retenir que l'interdiction générale que pose la loi du 11 octobre 2010 est nécessaire, dans une société démocratique, à la sécurité publique ou à la sûreté publique, au sens des articles 8 et 9 de la Convention* »⁵⁶. En revanche, elle estime que cette mesure peut être considérée comme justifiée, en ce qu'elle vise à garantir les conditions du « *vivre ensemble* »⁵⁷. La Cour européenne, comme le Conseil constitutionnel, estime donc que le fait de dissimuler son visage n'atteint pas la sécurité ou la sûreté publique, auxquelles se rattache la paix publique, mais les conditions de « *vivre ensemble* ».

En réalité c'est parce que ce comportement intervient « au sein ou aux abords immédiats d'une manifestation sur la voie publique, au cours ou à l'issue de laquelle des troubles à l'ordre public sont commis ou risquent d'être commis », qu'il est incriminé. Cette infraction vise à répondre au phénomène des blacks blocs. Ce qui justifie l'incrimination est la personne qui dissimule son visage dans ce contexte, car cette attitude suggère qu'elle participera à des exactions violentes en marge de la manifestation. On est alors sur un lien de causalité incertain entre le comportement et l'atteinte à l'intérêt juridique.

18. Les incriminations « administrativo-pénales ». La rupture de la certitude causale est encore plus évidente avec l'apparition des incriminations « administrativo-pénales »⁵⁸. Ces incriminations se développent au sein du Code de la sécurité intérieure. Elles visent à réprimer le non-respect de mesures administratives. Par exemple, l'article L. 224-1 dudit Code dispose que « *tout Français peut faire l'objet d'une interdiction de sortie du territoire lorsqu'il existe des raisons sérieuses de penser qu'il projette des déplacements à l'étranger*

⁵⁵ CEDH. 1^{er} juill. 2014, *S.A.S c. France*, n° 43835/11, §118 à 120 : AJDA 2014. 1348 ; *ibid.* 1763, obs. BURGORGUE-LARSEN (L.) ; *ibid.* 1866, étude GERVIER (P.) ; D. 2014. 1701, obs. CHASSANG (C.) ; Constitutions 2014. 483, obs. AFROUKH (M.) ; RTD civ. 2014. 620, obs. HAUSER (J.)

⁵⁶ *Ibid.*, §139

⁵⁷ *Ibid.*, §142 s.

⁵⁸ Expression empruntée à PONCELA (P.), « Les naufragés du droit pénal », APC, n° 38, 2016, p. 7 et utilisée par Madame Anne *in* PONSEILLE (A.), « Les infractions de prévention, argonautes de la lutte contre le terrorisme », RDLF, 2017, chron. 26

ayant pour objet la participation à des activités terroristes ou des déplacements à l'étranger sur un théâtre d'opérations de groupements terroristes, dans des conditions susceptibles de le conduire à porter atteinte à la sécurité publique lors de son retour sur le territoire français» et réprime de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 € d'amende, le fait de quitter ou de tenter de quitter le territoire français en violation de cette interdiction. Il réprime également de deux ans d'emprisonnement et de 4 500 € d'amende, le fait de se soustraire à l'obligation de restitution de son passeport ou de sa carte nationale d'identité, qu'engendre l'interdiction. Quel est le potentiel nuisible de ces comportements? La mesure administrative repose sur « *des raisons sérieuses de penser* ». Tel que le souligne Madame Anne PONSEILLE, « *c'est en réalité un lien de causalité fantasmé qui fonde à ce stade la répression* »⁵⁹.

Les exemples pourraient être multipliés. En tout état de cause, il faut constater que l'intérêt juridique est une composante bien malmenée de l'infraction décrite. Le même constat peut être fait concernant l'infraction réalisée.

II. L'intérêt pénalement protégé, une composante ignorée dans l'infraction réalisée

19. Entre attentes et réalité. Certains auteurs entendent conférer à l'atteinte à l'intérêt juridique une place accrue dans l'infraction réalisée. Néanmoins, le droit positif ne semble pas réceptif à cette idée. Ainsi, au regard de l'infraction réalisée, l'atteinte à l'intérêt juridique est une composante promue (A), mais non réceptionnée par le droit positif (B).

⁵⁹ PONSEILLE (A.), « Les infractions de prévention, argonautes de la lutte contre le terrorisme », *op.cit.*

A. Une composante promue

20. Intérêt juridique et élément injuste. Plusieurs auteurs estiment ou préconisent que l'atteinte à l'intérêt juridique soit une composante autonome de l'infraction réalisée, correspondant à un élément injuste. Ainsi, le juge pour caractériser l'infraction devrait, en plus de la conformité des faits réalisés avec le texte d'incrimination, démontrer que le fait réalisé a véritablement menacé un intérêt juridique.

21. Droit italien. Le droit italien connaît un tel mécanisme par le biais du principe *d'offensività*⁶⁰, dégagé par la doctrine italienne et reconnu par la Cour constitutionnelle⁶¹. Ce principe s'entend « *à la fois comme principe directeur de criminalisation et d'interprétation* »⁶². Comme l'explique la Professeure Raphaële PARIZOT, « *le principe s'impose tout d'abord au législateur qui se doit de construire les incriminations autour d'un contenu offensif réel à l'encontre de biens socialement appréciables. Il impose ensuite à l'interprète, et en premier lieu au juge, le devoir de vérifier in concreto l'existence de l'atteinte au bien juridique* »⁶³.

22. Droit argentin. Le droit argentin connaît également ce mécanisme : la Haute juridiction argentine, après avoir relevé que l'infraction de détention de drogue pour usage personnel avait pour objet de protection la santé publique, a pu considérer que l'agent poursuivi sur ce fondement n'avait pas porté atteinte au

⁶⁰ PARIZOT (R.), *La responsabilité pénale à l'épreuve de la criminalité organisée. Le cas symptomatique de l'association de malfaiteurs et du blanchiment en France et en Italie*, Paris : LGDJ, Coll. Bibliothèque des sciences criminelles, 2010, §209 s.

⁶¹ *Ibid.*, §211, 212

⁶² *Ibid.*, §212

⁶³ *Ibid.* ; l'auteure souligne toutefois le faible caractère contraignant du principe à l'égard du législateur

bien juridique protégé puisque le risque de propagation de la drogue qui justifiait l'incrimination n'avait pas existé dans le cas d'espèce⁶⁴.

23. Doctrine française. Madame Marion LACAZE défend une telle idée dans sa thèse et estime que la conception de l'infraction comme protection des intérêts juridiques devrait permettre au juge d'écarter une incrimination lorsque l'agent n'a en réalité créé aucun danger pour l'intérêt juridique protégé⁶⁵. Le Professeur Xavier PIN est du même avis et explique que, « *l'infraction n'est constituée que si le fait incriminé porte atteinte à un intérêt protégé* ». Selon lui, cette nécessité s'illustre en pratique « *puisque l'agent peut toujours contester devant les tribunaux, le caractère illicite de son geste, en démontrant que, soit l'intérêt protégé n'a pas été lésé, soit que son geste était justifié par la sauvegarde d'un intérêt supérieur, sous la forme d'une immunité ou d'un fait justificatif* »⁶⁶.

24. Critique. Ce mécanisme impliquerait la nécessité pour le juge d'avoir recours à une interprétation téléologique, en recherchant l'intérêt juridique protégé par le législateur et en vérifiant la nuisibilité du comportement concret à l'égard de ce dernier. Or, l'intérêt pénalement protégé n'est pas toujours facilement identifiable. Dans certaines infractions, il faut admettre que l'intérêt protégé est indéterminé. C'est par exemple le cas de la conduite d'un véhicule sous l'empire d'un état alcoolique ou d'ivresse manifeste⁶⁷, ou encore de l'association de malfaiteurs⁶⁸.

S'agissant de la conduite d'un véhicule sous l'empire d'un état alcoolique ou d'ivresse manifeste, la majorité de la doctrine la conçoit comme une infraction obstacle. Pourtant, le législateur n'indique, ni dans la lettre du texte ni dans la nomenclature du Code de la route, de quel bien pénalement protégé il entend

⁶⁴ Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional Federal, Sala II, causa n° 23.552 "T., S. s./sobreseimiento" rta. 9/5/06 ; Cité par LACAZE (M.), *Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, op. cit., §594

⁶⁵ LACAZE (M.), *Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, op. cit., §590 s.

⁶⁶ PIN (X.), *Droit pénal général*, Paris : Dalloz, Coll. Cours Dalloz, 2022, 13^{ème} éd., §232

⁶⁷ C. route., art L. 234-1

⁶⁸ C. pén., art. 450-1

prévenir l'atteinte. Ce comportement entre dans la chaîne causale d'atteinte à des biens juridiques très différents. Il peut notamment générer des atteintes à la vie, à l'intégrité physique, mais encore des atteintes aux biens. Plus largement, cette incrimination pourrait être vue comme protégeant le bien juridique « sécurité routière ».

S'agissant de l'association de malfaiteurs est également perçue comme une infraction obstacle. Cette incrimination se trouve dans le Livre IV dévolu aux « crimes et délits contre la Nation, l'État et la paix publique ». Elle incrimine la préparation matérialisée d'un ou plusieurs crimes ou d'un ou plusieurs délits punis d'au moins cinq ans d'emprisonnement. Ainsi, comme le souligne Madame Marion LACAZE, « bien qu'appartenant au livre IV du Code pénal et protégeant par conséquent en premier lieu l'Autorité publique, ces infractions s'appuient sur des incriminations protégeant le plus souvent les personnes ou leurs biens, c'est-à-dire des biens juridiques individuels »⁶⁹. Mais ces crimes ou délits peuvent également viser des biens pénalement protégés, de nature économique ou politique⁷⁰. Le bien juridique est ainsi indéterminable⁷¹.

En outre, le principe d'interprétation stricte de la loi pénale semble s'opposer à l'émergence d'un tel raisonnement, faisant ainsi de l'atteinte à l'intérêt juridique, au sein de l'infraction réalisée, une composante dépendante de la matérialité incriminée.

⁶⁹ LACAZE (M.), *Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, op. cit., §313

⁷⁰ PONSEILLE (A.), *L'infraction de prévention en droit pénal français*, op. cit., §105

⁷¹ *Ibid.*

B. Une composante dépourvue d'autonomie

25. Infraction réalisée et infraction décrite. Lorsque les faits sont réalisés, ils cohabitent avec l'infraction décrite. Ils ne vont être associés avec cette dernière que par une opération intellectuelle de qualification.

La qualification est « l'opération intellectuelle d'analyse juridique consistant à prendre en considération l'élément qu'il s'agit de qualifier et à le faire entrer dans une catégorie juridique préexistante en reconnaissant en lui les caractéristiques essentielles de la catégorie de rattachement »⁷². Appliquée au droit pénal, elle correspond à prendre en considération les faits concrètement réalisés et à les faire entrer dans une catégorie juridique existante, l'infraction décrite. « La qualification établit l'adéquation des faits matériels commis aux faits prévus légalement »⁷³. Ainsi, pour matérialiser une infraction, les faits matériels doivent correspondre à la matérialité incriminée qui se décompose en un comportement et parfois, en un résultat incriminé lié au comportement par un lien de causalité.

26. L'infraction réalisée fonctionne donc en miroir de l'infraction décrite. Lorsque l'infraction décrite comporte une atteinte à l'intérêt juridique dans sa matérialité incriminée, le juge devra la qualifier dans l'infraction réalisée. Par exemple, l'homicide est le fait de donner la mort à autrui. Donc pour réaliser cette infraction, il faut commettre une atteinte à l'intérêt juridique « vie ».

27. Dépendance de l'infraction réalisée à la matérialité incriminée. L'infraction réalisée n'est dépendante, au regard de la matérialité, que de la matérialité incriminée, la matérialité telle que décrite par le législateur. Lorsque le législateur édicte une infraction sans résultat, le juge n'a pas à vérifier que le comportement

⁷² CORNU (G.) (dir.), *Vocabulaire juridique*, op. cit., v. « Qualification »

⁷³ GALLARDO-GONGGRYP (E.), *La qualification pénale des faits*, Aix-Marseille : PUAM, 2013, §26

concret était de nature à engendrer une atteinte à l'intérêt juridique protégé. Cette capacité est présumée par l'opération d'incrimination⁷⁴.

28. Exemples. Par exemple, l'article L. 234-1 du Code de la route incrimine le fait de conduire un véhicule sous l'empire d'un état alcoolique, même en l'absence de tout signe d'ivresse manifeste. Cette infraction sera caractérisée, même si concrètement aucun intérêt juridique ne pouvait être atteint, car le conducteur roulait, de manière prudente, sur une route déserte ou qu'il n'a déplacé sa voiture mal garée que de quelques mètres. De la même manière, si les excès de vitesse sont incriminés, c'est qu'ils représentent une augmentation de la probabilité de survenance d'accidents de la route. En cas d'excès de vitesse, le juge ne devra pas vérifier que le comportement de l'individu était apte à générer une atteinte à la sécurité routière. Ce pouvoir causal est présumé du fait de l'incrimination. Un excès de vitesse, même minime, sur une route déserte avec une visibilité parfaite, suffira à qualifier l'infraction, alors même que concrètement cette attitude ne présentait aucun risque pour la sécurité.

De même, en matière de lutte contre le virus Covid-19, les violations des règlements et arrêtés étaient réprimées, quand bien même elles ne présentaient aucune capacité de nuire à la santé publique. Par exemple, la simple violation du port du masque entraînait la qualification de l'infraction et une amende prévue pour les contraventions de 4^e classe, peu importe que la personne ne soit pas porteuse du virus ou immunisée.

Par conséquent, l'intérêt juridique ne semble pas trouver de place autonome dans l'infraction réalisée.

29. Conclusion. L'intérêt juridique apparaît ainsi comme un objet de protection du droit pénal. Il ne trouve réellement de place qu'au sein des conditions légitimant l'incrimination d'un comportement. Toutefois nous l'avons vu, sa place n'est pas pérenne au sein de la matérialité incriminable puisque des comportements non nuisibles aux intérêts juridiques peuvent être incriminés. Afin de restituer à l'intérêt juridique sa véritable place, il apparaît urgent que le

⁷⁴ PIN (X.), *Droit pénal général*, *op. cit.*, §233

Conseil constitutionnel se saisisse de l'article 5 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen afin d'établir un véritable principe de matérialité des incriminations. Ceci principe imposerait au législateur de n'incriminer que des comportements pouvant abstraitement engendrer une lésion à un intérêt juridique et viendrait ainsi compléter le principe de nécessité.