

UNIVERSITÉ MONTESQUIEU - BORDEAUX IV

ÉCOLE DOCTORALE DE DROIT (E.D. 41)

DOCTORAT en DROIT

Julien LAGOUTTE

**LES CONDITIONS DE LA RESPONSABILITÉ
EN DROIT PRIVÉ**

*ÉLÉMENTS POUR UNE THÉORIE GÉNÉRALE
DE LA RESPONSABILITÉ JURIDIQUE*

Thèse dirigée par Monsieur le Professeur Jean-Christophe SAINT-PAU

Soutenue le 16 novembre 2012

JURY :

Monsieur Cyril BLOCH,
Professeur à l'Université Paul Cézanne - Aix-Marseille III.

Monsieur Philippe BRUN,
Professeur à l'Université de Savoie, **rapporteur.**

Monsieur Emmanuel DREYER,
Professeur à l'Université Paris-sud (Paris XI), **rapporteur.**

Monsieur François ROUSSEAU,
Professeur à l'Université de Nantes.

Monsieur Jean-Christophe SAINT-PAU,
Professeur à l'Université Montesquieu - Bordeaux IV.

Monsieur Guillaume WICKER,
Professeur à l'Université Montesquieu - Bordeaux IV.

LISTE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS

<i>AJ pén.</i>	Actualité juridique pénal
<i>APD</i>	Archives de philosophie du droit et de philosophie sociale
<i>Art.</i>	Article
<i>Ass. plén.</i>	Assemblée plénière de la Cour de cassation
<i>Bull. civ.</i>	Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation
<i>Bull. crim.</i>	Bulletin des arrêts de la chambre criminelle de la Cour de cassation
<i>CA</i>	Cour d'appel
<i>Cass.</i>	Cour de cassation
<i>C. civ.</i>	Code civil
<i>CE</i>	Conseil d'Etat
<i>CEDH</i>	Cour européenne des droits de l'homme
<i>Ch. mixte</i>	Chambre mixte de la Cour de cassation
<i>Ch. réunies</i>	Chambres réunies de la Cour de cassation
<i>Civ. 1</i>	Première chambre civile de la Cour de cassation
<i>Civ. 2</i>	Deuxième chambre civile de la Cour de cassation
<i>Civ. 3</i>	Troisième chambre civile de la Cour de cassation
<i>Com.</i>	Chambre commerciale de la Cour de cassation
<i>Cons. const.</i>	Conseil Constitutionnel
<i>C. pén.</i>	Code pénal
<i>C. proc. civ.</i>	Code de procédure civile
<i>C. proc. pén.</i>	Code de procédure pénale
<i>Crim.</i>	Chambre criminelle de la Cour de cassation
<i>D.</i>	Dalloz (périodique)
<i>Dr. pénal</i>	Droit pénal
<i>Gaz. Pal.</i>	Gazette du Palais
<i>JCP</i>	Juris-Classeur Périodique (Semaine juridique)
<i>Juris-Class.</i>	Juris-Classeur – Encyclopédies
<i>Mél.</i>	Mélanges
<i>Rep.</i>	Répertoire Dalloz (Encyclopédie Dalloz)
<i>Req.</i>	Chambre des requêtes de la Cour de cassation
<i>Resp. civ. et assur.</i>	Responsabilité civile et assurances
<i>Rev. sc. crim.</i>	Revue de sciences criminelles et de droit pénal comparé
<i>RLDC</i>	Revue Lamy de droit civil
<i>RPDP</i>	Revue pénitentiaire et de droit pénal
<i>RRJ</i>	Revue de recherche juridique et de droit prospectif
<i>RTD Civ.</i>	Revue trimestrielle de droit civil
<i>Soc.</i>	Chambre sociale de la Cour de cassation

SOMMAIRE

PREMIERE PARTIE : L'UNITE CONCEPTUELLE DE LA RESPONSABILITE EN DROIT PRIVE	41
TITRE PREMIER : L'INFLUENCE DU CONCEPT DE RESPONSABILITE JURIDIQUE SUR LE RESULTAT LEGAL.....	49
Chapitre premier : L'exigence d'un résultat légal	53
Section 1. Les fondements de l'exigence d'un résultat légal	53
Section 2. Les conséquences de l'exigence d'un résultat légal	65
Chapitre second : Le résultat légal exigé.....	85
Section 1. L'exigence classique de la lésion d'un intérêt légitime	86
Section 2. L'extension possible à la menace d'un intérêt légitime	101
TITRE SECOND : L'INFLUENCE DU CONCEPT DE RESPONSABILITE JURIDIQUE SUR LE FAIT CAUSAL	185
Chapitre premier : L'influence du concept de responsabilité juridique sur l'anormalité	189
Section 1. L'exigence d'anormalité.....	189
Section 2. L'établissement de l'anormalité.....	210
Chapitre second : L'influence du concept de responsabilité juridique sur la causalité	255
Section 1. La nécessité de la causalité.....	255
Section 2. La juridicité de la causalité.....	308
SECONDE PARTIE : LA DISTINCTION FONCTIONNELLE DES RESPONSABILITES DE DROIT PRIVE.....	375
TITRE PREMIER : L'INFLUENCE DES FONCTIONS DES RESPONSABILITES SUR LA CONSTITUTION DU FAIT GENERATEUR	383
Chapitre premier : L'influence des fonctions des responsabilités sur l'intérêt protégé.....	385
Section 1. La préservation de l'influence fonctionnelle sur le choix de l'intérêt protégé.....	385
Section 2. La réaffirmation de l'influence fonctionnelle sur le caractère personnel de l'intérêt protégé.....	404
Chapitre second : L'influence des fonctions des responsabilités sur l'anormalité exigée.....	433
Section 1. L'identité actuelle des fautes civiles et pénales.....	434
Section 2. La distinction souhaitable des fautes civiles et pénales	494
TITRE SECOND : L'INFLUENCE DES FONCTIONS DES RESPONSABILITES SUR L'IMPUTATION DU FAIT GENERATEUR.....	521
Chapitre premier : L'influence des fonctions des responsabilités sur l'attribution du fait générateur	525
Section 1. La réalité de l'essor de la responsabilité fonctionnelle	530
Section 2. La légitimité de l'essor de la responsabilité fonctionnelle.....	584
Chapitre second : L'influence des fonctions des responsabilités sur la réprobation du fait générateur ...	609
Section 1. L'influence des fonctions des responsabilités sur la réprobation subjective du fait générateur	611
Section 2. L'influence des fonctions des responsabilités sur la réprobation objective du fait générateur	654

INTRODUCTION

1. **Répondre.** « *Le mal s'étant produit, une voix interroge les hommes : qui l'a fait ? Qu'as-tu fait ? L'homme doit répondre (...) – dans sa conscience, c'est la responsabilité morale ; devant le droit, c'est la responsabilité juridique. Celle-ci peut elle-même être de deux sortes : la responsabilité pénale (il faut punir l'auteur du mal en lui infligeant une peine, une souffrance) ; la responsabilité civile (il faut réparer le mal, faire qu'il ne semble avoir été qu'un rêve)* »¹. Tout paraît si clair, si évident, à lire le doyen CARBONNIER. A tel point que l'on pourrait se demander à quoi bon entreprendre à nouveau une étude de la responsabilité en droit privé et des rapports qu'entretiennent droit pénal et responsabilité civile.

Pourtant, on répondra à cette question par une autre interrogation : est-ce vraiment si simple ? On sous-entend ici deux choses : cet idéal décrit par l'illustre auteur, d'abord, est-il vraiment l'état du droit positif ? A supposer même qu'il le soit, ensuite, a-t-on alors épuisé les questions du pourquoi et du comment de l'articulation du droit de la responsabilité civile et du droit criminel ? Les réponses à ces questions seront l'une et l'autre négatives. Les choses ne sont pas aussi simples. L'étude de la responsabilité témoigne, en effet, de ce que non seulement le droit positif ne correspond pas à ce que pourrait être le droit idéal – en termes de cohérence et d'efficacité – de la responsabilité mais aussi que ce dernier ne se résume pas à une distinction fondée sur la sanction ou sur la fonction de chacune de ses subdivisions. Comme il incomberait à un responsable, il va donc falloir répondre. Répondre à l'épineuse question de l'articulation des droits civil et pénal de la responsabilité.

2. **Du donné au construit.** Mais pour bien le faire, il importe d'appréhender correctement le sujet et principalement la notion de responsabilité. A cet égard, la citation de CARBONNIER fournit une aide en ce qu'elle fait immédiatement saisir que *la responsabilité n'est pas qu'une question de pur droit. Au contraire, elle est avant tout un concept extrajuridique.* En d'autres termes, c'est une notion qui relève, pour reprendre la distinction

¹ J. CARBONNIER, *Droit civil. Les biens. Les obligations*, P.U.F., coll. Quadrige/Manuels, 2004, n° 1114. Pour une présentation similaire, adde M. VIRALLY, *La pensée juridique*, réimpr., Ed. Panthéon-Assas, coll. Introuvables, 1998, pp. 108 et s., qui traite de la responsabilité juridique qu'il estime fondée sur la double idée de rétribution et de réparation à laquelle correspond la distinction de la responsabilité pénale et la responsabilité civile. Rapp. F. CHABAS, *Responsabilité civile et responsabilité pénale*, Montchrestien, 1975, n° 1 et s., Ph. LE TOURNEAU et alii, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz, coll. Action, 8^e éd., 2010/2011, n° 2 et s., Ph. PIERRE, *Dictionnaire des notions. Encyclopedia universalis, V° Responsabilité*, 2005, Paris, et N. RIAS, *Aspects actuels des liens entre les responsabilités civile et pénale*, thèse Lyon, 2006, n° 1, qui évoquent la notion de responsabilité juridique en la concevant comme un « *concept unitaire* », ancêtre commun de la responsabilité civile et de la responsabilité pénale, au profit desquelles elle aurait disparu. Dans une optique plus large encore, comp. M. LABORDE-LACOSTE, *De la responsabilité pénale dans ses rapports avec la responsabilité civile et la responsabilité morale. Evolution des idées en France au XIX^e siècle*, thèse Bordeaux, 1918.

fameuse de GENY, du donné avant que de ressortir au construit². Partant, une étude de la responsabilité doit commencer par l'appréhension de sa signification non juridique : l'analyse de la responsabilité construite par le droit ne peut que suivre, ainsi, l'examen de celle qui lui est donnée.

3. Naissance extrajuridique du terme "responsabilité". La démarche paraît s'imposer d'autant plus que le terme "responsabilité" n'a pas une origine juridique³. Son apparition est assez tardive en effet, le terme ne remontant qu'au XVIII^e siècle, formulé par NECKER, et appartenant, dans sa première utilisation, au champ lexical de la politique : « *La confiance dans ce papier naît de la responsabilité du gouvernement* ». Peu de temps après seront exprimés les termes "irresponsable" et "irresponsabilité". Tous ceux-ci, néanmoins, n'avaient fait que suivre le mot "responsable", accompagné du verbe "répondre", datés, quant à eux, du XIII^e siècle. L'adjectif a alors trois sens : « *qui sert de réponse* » ; « *admissible en justice* », soit recevable ; « *qui peut résister* »⁴. Il prendra ensuite une nette coloration morale, capté qu'il sera par le vocabulaire théologique. On est ainsi responsables devant Dieu à raison de ses péchés. Cette connotation va perdurer, partiellement, jusqu'à aujourd'hui, et ce, au gré d'un passage de la morale chrétienne à une morale laïque qui nous rend responsables devant nous-mêmes, devant la société, voire devant l'humanité et les générations futures⁵. On comprend, dès lors, pourquoi la responsabilité est autant liée aux idées de liberté, de justice, de mérite, de culpabilité, ou de remords⁶ et à quel point on se tromperait à la tenir pour un terme relevant du seul langage juridique.

4. Existence extrajuridique du terme "responsabilité". L'origine extrajuridique de la notion se retrouve dans l'usage courant qu'il est fait aujourd'hui du terme "responsabilité". En témoigne ainsi le *Littré* qui, outre l'acception juridique de la notion, définit la responsabilité comme suit : « *obligation de répondre de certains actes, d'être garant* » ;

² En ce sens, v. aussi M. BLONDEL, cité par LALANDE, in *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, P.U.F., coll. Quadrige/Dicos poche, 3^e éd., 2010, V^o Responsabilité. Sur la distinction du donné et du construit et leur rôle dans l'élaboration du droit positif, v. F. GENY, *Science et technique en droit privé positif*, spéc. t. 2, Sirey, 1927, n^o 16 et s. Adde J. DABIN, *Théorie générale du droit*, 3^e éd., Dalloz, 1969, n^o 136 et s., et P. ROUBIER, *Théorie générale du droit. Histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales*, 2^e éd., réimpr., Dalloz, coll. Bibliothèque, 2005, n^o 3 et 22. Sur le donné en particulier, adde L. HUSSON, *Les transformations de la responsabilité. Etude sur la pensée juridique*, P.U.F., coll. Bibliothèque de philosophie contemporaine, 1947, pp. 177 et s., pp. 382 et s., et pp. 432 et s., et G. RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, L.G.D.J., 2^e éd., 1955. Rapp. M. VIRALLY, *op. cit.*, pp. 11 et s.

³ Sur cette question, v. O. DESCAMPS, *Les origines de la responsabilité pour faute personnelle dans le Code civil de 1804*, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, t. 436, 2005, pp. 5 et s., J.-L. GAZZANIGA, « Les métamorphoses historiques de la responsabilité », *Les métamorphoses de la responsabilité. Sixièmes journées René Savatier. Poitiers, 15 et 16 mai 1997*, P.U.F., coll. Publication de la faculté de droit et des sciences humaines de Poitiers, t. 32, 1997, pp. 3 et s., J. HENRIOT, « Note sur la date et le sens du mot "responsabilité" », *APD*, t. 22, *La responsabilité*, Sirey, 1977, pp. 59 et s., et M. VILLEY, « Esquisse historique sur le mot responsable », *ibid.*, pp. 44 et s.

⁴ V. J. HENRIOT, *art. cit.*

⁵ V. M. VILLEY, *art. cit.* Sur la responsabilité morale, v. *infra* n^o 8.

⁶ V. L. LEVY-BRUHL, *L'idée de responsabilité*, Librairie Hachette et cie, 1884, p. 6.

« obligation morale de réparer un dommage, de tenir ses engagements » ; « capacité de prendre des décisions importantes »⁷. Quant au *Grand Robert de la langue française*⁸, il attribue, certes, des acceptions juridiques à la responsabilité mais pas uniquement. L'expression renvoie en outre, suivant le langage courant, à l'« obligation ou nécessité morale, intellectuelle de réparer une faute, de remplir un devoir, une charge, un engagement ». Par extension, elle désigne aussi le « fait, pour certains actes, d'entraîner – suivant certains caractères moraux, sociaux – des conséquences pour leur auteur » et le « fait d'accepter, de supporter ces conséquences ». L'ouvrage signale également qu'a été initié au XX^e siècle un nouvel usage du mot qui désigne aussi, désormais, une « charge, (un) poste, (une) situation qui entraîne des responsabilités »⁹. De même, le *Vocabulaire technique et critique de la philosophie* de LALANDE¹⁰ définit généralement la responsabilité comme la « situation ou (le) caractère de celui qui peut être appelé à "répondre" d'un fait ». Il envisage la responsabilité civile et la responsabilité pénale, il est vrai, mais pas seulement. Il traite encore, en effet, de la responsabilité morale dont il donne deux définitions : « obligation morale, sanctionnée ou non par la loi, de réparer le tort qu'on a causé à autrui » ; et « situation d'un agent conscient à l'égard des actes qu'il a réellement voulus (consistant) en ce qu'il peut alors, devant tout être raisonnable, en donner les motifs, et qu'il doit, suivant la valeur et la nature de ceux-ci, encourir le blâme ou l'estime qui s'y attachent ». Il n'est donc pas étonnant de voir se multiplier les usages du terme à propos de situations ne correspondant pas à la conception juridique de la notion. C'est ainsi que l'on parle de "responsabilité politique", pour parler de l'obligation morale ou sociale de celui qui, par son comportement ou ses propos, a perdu la confiance et la légitimité politiques et est contraint à la démission du poste de pouvoir qui est le sien¹¹. De même, il est de plus en plus question de la "responsabilité sociale des entreprises", c'est-à-dire de leur faire prendre conscience des conséquences sociales ou environnementales de leurs activités. Celle-ci se traduit par la formulation de règles déontologiques purement volontaires qui, tel que le label "commerce équitable", en viennent finalement à se transformer en argument de vente à l'avantage des entreprises les plus vertueuses¹².

⁷ *Le nouveau Littré*, dir. C. BLUM, Ed. Garnier, 2004, V^o Responsabilité.

⁸ Dir. A. REY, t. 5, 2^e éd., 2001, V^o Responsabilité.

⁹ *Ibid.*, n^o 3. Sur l'appréhension juridique de ces différents usages courants du terme "responsable", v. *infra* n^o 33.

¹⁰ *Op. et loc. cit.*

¹¹ Sur la responsabilité politique, v. not. Ph. BRUN, *Responsabilité extra-contractuelle*, LexisNexis/Litec, coll. Manuels, 2^e éd., 2009, n^o 4, A. ETCHEGOYEN, *Le temps des responsables*, Ed. Julliard, coll. Agora, 1993, pp. 119 et s., Ph. LE TOURNEAU *et alii*, *op. cit.*, n^o 2 et 120 et M. VIRALLY, *op. cit.*, pp. 116 et s. Rapp. N. SARTHOU-LAJUS, *La culpabilité*, Armand Colin, coll. Cursus, 2002, pp. 75 et s.

¹² Sur la responsabilité sociale des entreprises, v. spéc. A. ETCHEGOYEN, *op. cit.*, pp. 103 et s., et M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations. 2- Responsabilité civile et quasi-contrats*, P.U.F., coll. Thémis, 2^e éd., 2010, pp. 32 et s., et les références citées.

Il ressort ainsi du langage courant deux enseignements : l'idée que la responsabilité est très nettement perçue comme le corollaire d'une charge, d'une obligation, et ce, qu'il faille remplir cette dernière pour l'avenir ou à raison d'un fait passé et le constat que cette charge, cette obligation, n'est pas forcément juridique. Ainsi, il apparaît que *la responsabilité a une existence préjuridique*¹³. Elle est un élément du donné. Et ce, plus précisément, à un double titre.

5. La responsabilité, réalité individuelle. Elle relève du donné, d'abord, en ce qu'elle est une *réalité individuelle*. Les sentiments de responsabilité et de culpabilité, ainsi, sont des données bien connues des sciences humaines et spécialement des sciences de l'esprit¹⁴. Contrairement à la sanction¹⁵, ils sont absolument naturels et, en cela, aussi instinctifs que le sentiment de liberté auquel ils sont en partie liés¹⁶. Le sentiment de responsabilité l'est peut-être même davantage encore que ce dernier, dès lors que les animaux les plus intelligents, capables de mémoire et de prévision, seraient également aptes à le ressentir¹⁷. L'homme, en effet, se rend compte très tôt¹⁸, de par son expérience, qu'il peut interagir avec son environnement et imprimer sa marque sur le monde sensible. Par sa capacité d'anticipation, il peut mesurer les conséquences de ses actes. Il s'en sent solidaire et son sens de la justice le rend particulièrement réceptif au fait qu'il doit, selon la qualité de ses actions ou de leurs effets, en être récompensé ou puni.

Ce sentiment est un fait si réel que l'on tend presque naturellement à prendre tout malheur pour la rétribution d'une faute. N'est-on pas tenté, au moindre coup du sort, à systématiquement se demander ce que l'on a bien pu faire pour mériter pareille punition ? A l'extrême, le sentiment de culpabilité peut se transformer pour aboutir aux névroses obsessionnelles ou à la mélancolie, formes morbides de la culpabilité particulièrement identifiées et étudiées par FREUD. Le psychanalyste a en effet repris et systématisé dans ses *Essais de psychanalyse* les intuitions philosophiques développées par NIETZSCHE au travers de « *l'homme malade de lui-même* » de la *Généalogie de la morale*. L'étude et le traitement

¹³ Sur la multiplication des usages courants du terme "responsabilité" allant jusqu'à son assimilation même à une conception, également floue, de l'idée d'obligation, v. P. RICŒUR, *Le juste*, Ed. Esprit, 1995, spéc. pp. 41 et s. Adde A. ETCHEGOYEN, *op. cit.*, pp. 19 et s., qui parle « *des responsabilités* ».

¹⁴ Sur ce sentiment, v. tout particulièrement P. FAUCONNET, *La responsabilité. Etude de sociologie*, Librairie Félix Alcan, 1920, p. 5, L. LEVY-BRUHL, *op. cit., passim.*, N. SARTHOU-LAJUS, *op. cit., passim.*, et G. TARDE, *Les transformations du droit. Etude sociologique*, Ed. Berg international, coll. Histoire des idées, 1994, pp. 38 et s.

¹⁵ « *La nature ne punit personne. Jetez-vous à l'eau sans savoir nager, que ce soit par dévouement ou par désespoir, vous serez noyé* » : J.-M. GUYAU, *Contre l'idée de peine*, Ed. L'Herne, coll. Les Carnets, 2008, pp. 15 et s.

¹⁶ V. P. FAUCONNET, *op. cit.*, pp. 385 et s., et L. LEVY-BRUHL, *op. cit.*, pp. 1 et s.

¹⁷ V. L. LEVY-BRUHL, *op. cit.*, pp. 33, et 132 et s., et G. TARDE, *op. cit.*, p. 39.

¹⁸ Selon Jean Piaget (*in Le jugement moral chez l'enfant*, Paris, 1932), l'enfant développerait tôt un sentiment de responsabilité objective et causale, en rapport avec la gravité des conséquences de son action, pour accéder, vers l'âge de 9 ans, à un sentiment de culpabilité plus subjective prenant en compte la gravité intrinsèque de l'acte. Sur ce point, v. M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, p. 78.

des maladies de la culpabilité constituent, aujourd'hui encore, l'objet essentiel de la psychanalyse¹⁹.

6. La responsabilité, réalité sociale. Mais la responsabilité, ensuite, est avant tout une donnée collective car « la responsabilité morale dont nous avons le sentiment est en réalité sociale avant d'être individuelle. Si l'individu a le sentiment d'être responsable, c'est que la société est présente en lui »²⁰. Certes, l'être humain est naturellement accessible au sentiment de responsabilité. Il n'en demeure pas moins que c'est parce qu'il est un animal social que ce sentiment peut se développer²¹. Les sentiments de responsabilité et de culpabilité doivent beaucoup à la situation de dépendance de l'homme – qui par rapport à la société, qui par rapport aux dieux auxquels il croit – ce qui le constitue en dette²². Quand on se sent responsable ou que l'on tient autrui pour responsable, c'est que cette dette n'a pas été respectée, renvoyant l'homme à son imperfection²³. Par là même, les sentiments et les idées de responsabilité et de culpabilité apparaissent comme des données sociales importantes qui permettent de maintenir et de faire progresser les civilisations, en ce qu'elles mettent un frein aux instincts individuels égoïstes et participent des progrès de la solidarité entre les membres d'une même société²⁴. C'est la raison pour laquelle FREUD, dans *Malaise dans la civilisation*, se sépare de NIETZSCHE en refusant de condamner totalement le sentiment de culpabilité et la morale qui peut le susciter²⁵.

Si l'identité culturelle occidentale, en raison de l'influence judéo-chrétienne, a pu spécialement être qualifiée de « civilisation de la culpabilité »²⁶, le sentiment et l'idée de la responsabilité est en vérité universelle. *Réalité anthropologique et sociologique*, il n'y a rien d'étonnant à la voir se manifester dans toutes les civilisations, en tout temps et en tout lieu²⁷.

¹⁹ Sur cette question, v. spéc. N. SARTHOU-LAJUS, *op. cit.*, pp. 139 et s.

²⁰ P. FAUCONNET, *op. cit.*, p. 366.

²¹ V. spéc. *ibid.*, *passim*. Adde L. LEVY-BRUHL, *op. cit.*, *passim.*, et N. SARTHOU-LAJUS, *op. cit.*, *passim*.

²² Ce lien a été établi par NIETZSCHE in *Généalogie de la morale*, 2^e dissertation, §4, et par HIEDEGGER, in *Etre et temps*, §58, cité in N. SARTHOU-LAJUS, *op. cit.*, p. 56, et pp. 119 et s. Estimant, à l'inverse, que le sentiment de responsabilité naît à raison de ce que certaines personnes ou certaines choses sont dans notre dépendance, v. A. ETCHEGOYEN, *op. cit.*, pp. 13 et s., et H. JONAS, *Le principe responsabilité. Une éthique pour la civilisation technologique*, 3^e éd. traduite de l'allemand par J. GREISH, Ed. du Cerf, coll. Champs Essai, 1990, spéc. pp. 204 et s.

²³ Sur les liens unissant le sentiment de culpabilité à la dépendance sociale ou théologique de l'homme et à l'idée d'imperfection personnelle, v. N. SARTHOU-LAJUS, *op. cit.*, spéc. p. 23, et pp. 121 et s.

²⁴ V. *ibid.*, pp. 144 et s., et L. LEVY-BRUHL, *op. cit.*, p. 142. La première souligne d'ailleurs combien le déclin de l'influence religieuse s'est accompagné d'un double mouvement paradoxal de perte du sens de la culpabilité, de la honte et de la pudeur et d'inflation du sentiment de culpabilité, accompagné par un accroissement des maladies de la culpabilité (*op. cit.*, pp. 31 et s.). L'utilité sociale du sentiment de culpabilité avait déjà été soulignée par SPINOZA dans son *Traité politique*, et ce, bien qu'il tienne ce sentiment pour fonder sur l'illusion de la liberté. V. G. COURTOIS, « Innocence et responsabilité selon Spinoza », *APD*, t. 22, *La responsabilité*, préc., pp. 97 et s.

²⁵ V. N. SARTHOU-LAJUS, *op. cit.*, pp. 144 et s.

²⁶ Pour une présentation et une contestation de cette théorie qui oppose l'Occident, civilisation de la culpabilité, à l'Orient, civilisation de la honte, v. *ibid.*, pp. 15 et s.

²⁷ V. not. P. FAUCONNET, *op. cit.*, *passim.*, J.-L. GAZZANIGA, art. *cit.*, L. LEVY-BRUHL, *op. cit.*, pp. 137 et s., et G. TARDE, *op. cit.*, pp. 38 et s.

A l'image des sociétés, bien sûr, elle varie en outre nécessairement. La responsabilité prend des formes distinctes²⁸ – collective ou individuelle, objective ou subjective, morale ou légale – si bien qu'il est possible d'affirmer que, d'un point de vue sociologique, il n'y en a pas de vraie ou de fausse. Il n'y a pas de « *faits aberrants* » de responsabilité²⁹. Reste que, si elle est forcément variée quant à ses manifestations, elle n'est pas fluctuante dans son principe même : *elle existe toujours*.

7. Le phénomène sociologique de responsabilité. *Et partout où elle est, elle fonctionne systématiquement de la même manière.* Le phénomène sociologique de responsabilité est constant en ce qu'il est, d'une part, et dans ce qu'il est, d'autre part. FAUCONNET, disciple de DURKHEIM, l'a particulièrement étudié dans son ouvrage fondamental, *La responsabilité. Etude de sociologie*³⁰. Il part, pour cela, de ce qu'il appelle les « *faits de responsabilité* »³¹, faits sociaux appartenant à l'« *espèce des faits juridiques et moraux* » et composés des éléments suivants : les « *règles de responsabilité* »³² ; les « *jugements de responsabilité* »³³ ; le sentiment de responsabilité ; et le concept même de responsabilité, que l'auteur définit comme le « *résumé abstrait de toutes les manières collectives de penser et de sentir qui s'expriment en détail dans les règles et les jugements de responsabilité* »³⁴. Selon lui, nonobstant les différences culturelles propres à chaque société et influençant ses manifestations particulières, le phénomène sociologique de responsabilité fonctionne systématiquement comme suit.

A la survenance d'un événement source de dysharmonie³⁵, une émotion s'élève de la société, d'autant plus violente que le bien atteint est socialement important, qui se développe et se dirige vers le désordre lui-même en vue de le détruire. Il s'agit pour cette émotion de s'épuiser pour mieux s'apaiser. « *C'est au crime même que s'appliquerait la peine, si elle pouvait le saisir pour l'annihiler* » écrit le sociologue³⁶. Mais cela lui est impossible. Et l'émotion est encore vive. Elle ne peut donc pas s'arrêter à cet obstacle et doit trouver à s'exprimer. « *La responsabilité préexiste, flottante, et elle se fixe ensuite sur tels ou tels*

²⁸ V. P. FAUCONNET, *op. cit.*, pp.21 et s., et L. LEVY-BRUHL, *op. cit.*, pp. 148 et s.

²⁹ P. FAUCONNET, *op. cit.*, pp. 210 et s., et p. 271 : « *au point de vue de la conscience collective, (...) qui juge, est vraie, objective, fondée morale (...) la responsabilité qui lui paraît telle* ».

³⁰ *Op. cit.* Sur cet ouvrage, v. P. PONCELA, « Autour de l'ouvrage de Paul Fauconnet : une dimension sociologique de la responsabilité pénale », *APD*, t. 22, *La responsabilité*, préc., pp. 131 et s.

³¹ *Ibid.*, pp. 1 et s.

³² *Ibid.*, spéc. p. 11 : « *les règles de responsabilité sont celles qui prescrivent comment doivent être choisis, à l'exclusion de tous autres, les sujets passifs d'une sanction et comment la sanction doit être modifiée, dans sa grandeur ou dans sa nature, pour s'appliquer à ces patients, la modification pouvant aller jusqu'à l'annulation de la sanction* ».

³³ *Ibid.* : « *est un jugement de responsabilité tout jugement rendu par application de ces règles* ».

³⁴ *Ibid.*, p. 4.

³⁵ L'auteur parle principalement de crime parce qu'il a choisi de concentrer son étude sur la responsabilité pénale mais il n'ignore pas, évidemment, que la responsabilité n'est pas que juridique ou pénale. Il se réfère ainsi également beaucoup au péché.

³⁶ *Ibid.*, p. 227.

sujets »³⁷. C'est ici qu'intervient le responsable, choisi pour sa propension, d'abord, à bien symboliser ou, plus exactement, à incarner de manière idoine le désordre conspué, puis, à subir à ce titre la sanction³⁸. Si les modalités de choix, jamais arbitraires³⁹, peuvent changer en fonction des représentations collectives que se fait chaque société des règles de responsabilité qu'il est légitime d'appliquer⁴⁰, le phénomène sociologique est immuable et révèle la permanence et l'importance de cet élément du donné que constitue la responsabilité.

8. La responsabilité morale, objet de réflexion des systèmes normatifs. Un sentiment personnel aussi intuitif et aussi instinctif, terrain fertile d'un phénomène anthropologique et sociologique aussi fondamental, ne pouvait manquer d'intéresser les différents systèmes normatifs ayant vocation à influencer sur le comportement des hommes. *La responsabilité est, en effet, un concept de morale, lié à la réflexion menée sur les principes qui doivent être observés par l'homme en action, sur la question du "comment agir ?"*.

A ce titre, les moralistes religieux et les théologiens se sont très vite emparés de la question et ont tôt fait d'accaparer le lexique de la responsabilité. Il n'y a rien d'étonnant à cela si l'on se rappelle qu'un des premiers épisodes de la Bible relate ce qui, par certains aspects, est une histoire de responsabilité⁴¹. Après que Dieu a créé le monde et eux avec⁴², l'homme et la femme commettent une faute en lui désobéissant⁴³. C'est la chute, le péché d'origine⁴⁴. L'homme et la femme sont chassés du jardin d'Eden, punis par une douleur, une pudeur, un labeur et une mortalité qui nous seront transmises à tous⁴⁵. SAINT-PAUL fonda ainsi sur une sorte de responsabilité collective, héréditaire, la condition mortelle de l'humanité : « *Le péché est entré dans le monde par un seul homme, et la mort par le péché, et c'est ainsi que la mort*

³⁷ *Ibid.*, p. 244.

³⁸ Pour une explication en détail du phénomène sociologique de responsabilité, v. *ibid.*, spéc., pp. 225 et s..

³⁹ V. *ibid.*, p. 17, et pp. 225 et s.

⁴⁰ Ces règles peuvent varier à deux égards : relativement aux sujets responsables d'une part (humains imputables, enfants, fous, cadavres, animaux, végétaux, objets, ou être collectifs) ; relativement aux « *situations génératrices de responsabilité* » d'autre part (action directe ou indirecte, subjective ou objective, interne ou externe, contact, parenté, présence sur les lieux, etc.). V. *ibid.*, pp. 25 et s.

⁴¹ Mais les religions juive et chrétiennes n'ont évidemment pas l'apanage de la réflexion sur la responsabilité et la culpabilité. V. not. N. BACCOUCHE, « La culpabilité entre le droit musulman et le droit positif », *La culpabilité. Actes des XX^{èmes} journées d'Histoire du droit. 4-6 octobre 2000*, PULIM, C.I.A.J. n° 6, 2001, pp. 159 et s.

⁴² Gn, I et II.

⁴³ Gn, I, 16 et 17, et III, 1, 2 et 3.

⁴⁴ Et non le péché originnaire, puisqu'avant lui, Adam et Eve sont encore purs et innocents. Pour cette éclairante subtilité, v. N. SARTHOU-LAJUS, *op. cit.*, p. 104 et s. Sur l'épisode de la chute, *adde* not. J. PHYTILIS, « Adam et Eve, vous connaissez ? (Pré-texte pour une faute paradisiaque) », *La culpabilité. Actes des XX^{èmes} journées d'Histoire du droit. 4-6 octobre 2000*, préc., pp. 215 et s., G. COURTOIS, « Le sens de la douleur chez saint Thomas », *La douleur et le droit*, dir. B. DURAND, J. POIRIER et J.-P. ROYER, P.U.F., 1997, pp. 105 et s., et A. TUNC, *La responsabilité civile*, Economica, coll. Etudes juridiques comparatives, 2^e éd., 1989, n° 57. On ajoutera que ce n'est que peu après ce passage de la Bible que le second jugement de responsabilité intervient, Dieu maudissant Caïn pour le meurtre de son frère Abel (Gn, IV,8, 11 et 12).

⁴⁵ Gn, III,16, 17, 18, 19, 23 et 24.

a passé sur tous les hommes, parce que tous ont péché »⁴⁶. On opposa alors l'état de péché, dû à la faute d'Adam et Eve et dont il appartient à tout un chacun de sortir par la vertu de ses actions, à l'acte de péché qui est, précisément, celui qui, en tant que désobéissance aux commandements divins, nous empêche de nous extraire de cette situation⁴⁷. Le pécheur, ainsi, est véritablement responsable devant Dieu. « *De même que Dieu est bon, lui qui a constitué toutes choses, de même il est juste, lui qui tire vengeance du péché* » écrit ainsi SAINT-AUGUSTIN dans *Contre Fortunat*⁴⁸. Cette proximité de la religion avec la responsabilité collective ne doit rien enlever, toutefois, au rôle pris par les théologiens et les moralistes chrétiens, particulièrement à SAINT-THOMAS D'AQUIN et sa *Somme théologique*, dans la subjectivation, la spiritualisation et, partant, l'individualisation de la responsabilité morale⁴⁹. Pour être responsable devant Dieu, pour qu'il y ait *peccatum*, il faut avoir agi contre ses préceptes en pleine possession de son libre arbitre, en toute connaissance de cause et de manière intentionnelle.

Cette dernière évolution n'a pas été sans influence sur l'approche philosophique laïque de la responsabilité morale. « *Au commencement, ("responsabilité") n'est pas un mot de philosophe* »⁵⁰ et l'idée est souvent cachée, notamment sous le concept d'imputation⁵¹ ou de culpabilité, ou abordée de manière annexe aux questions plus vastes de la justice ou de la liberté⁵². D'un point de vue général, c'est d'ailleurs toujours unie à cette dernière que la responsabilité est pensée⁵³, raison pour laquelle la philosophie de SPINOZA se caractérise par « *sa thèse de l'innocence de toute chose* ». Le philosophe, contestataire de l'idée de libre arbitre s'il en est, niait et dénonçait, dans son *Traité politique*, toute idée de faute et de

⁴⁶ In E. MENNEGOZ, *Le péché et la rédemption d'après Saint-Paul*, cité in L. LEVY-BRUHL, *op. cit.*, p. 167. Adde N. SARTHOU-LAJUS, *op. cit.*, p. 23, et pp. 103 et s.

⁴⁷ V. L. LEVY-BRUHL, *op. et loc. cit.* Inversement, le comportement vertueux sera de nature à le sauver. V. ainsi Noé, sauvé du déluge parce que « *c'était un homme droit, sans faute dans sa génération* » (Gn, VI, 9 cité par A. TUNC, *in op. et loc. cit.*).

⁴⁸ Cité in G. COURTOIS, *art. cit.*

⁴⁹ V. P. FAUCONNET, *op. cit.*, pp. 95 et s., et pp. 345 et s., G. COURTOIS, *art. cit.*, N. SARTHOU-LAJUS, *op. et loc. cit.*, et J.-M. TRIGEAUD, « Aspects de la culpabilité chez Aristote et Thomas d'Aquin », *L'homme coupable. Critique d'une philosophie de la responsabilité*, Ed. Bière, Bibliothèque de philosophie comparée. Philosophie du droit – 17, 1999, pp. 109 et s.

⁵⁰ A. ETCHEGOYEN, *op. cit.*, p. 20. Adde *ibid.*, p. 37 : « *le concept de responsabilité est presque rare dans l'histoire de la philosophie* », G. DE STEXHE, « Devoir, pouvoir ? La responsabilité dans les limites de la simple humanité », *La responsabilité, face cachée des droits de l'homme*, dir. H. DUMONT, F. OST et S. VAN DROOGHENBROECK, Bruylant, 2005, pp. 91 et s., M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, p. 75, H. JONAS, *op. cit.*, p. 17 : « *La responsabilité (...) a peu occupé la théorie juridique jusqu'ici* », et P. RICŒUR, *op. cit.*, p. 42, qui fait état d'un terme récent et « *sans inscription marquée dans la tradition philosophique* ».

⁵¹ RICŒUR propose d'ailleurs, *in op. cit.*, d'appliquer à la vieille acception rétrospective de la responsabilité le concept d'imputabilité pour ne plus utiliser celui de responsabilité que dans un sens prospectif.

⁵² A cet égard, v. not. G. DE STEXHE, *art. cit.*, S. GOYARD-FABRE, « Responsabilité morale et responsabilité juridique selon Kant », *APD*, t. 22, *La responsabilité*, préc., pp. 113 et s., et P. RICŒUR, *op. cit.*

⁵³ V. par exemple, P. RICŒUR, *Finitude et culpabilité* cité in N. SARTHOU-LAJUS, *op. cit.*, p. 58 : « *L'aveu de la faute est en même temps découverte de la liberté* », J.-P. SARTRE, *L'être et le néant. Essai d'ontologie phénoménologique*, Ed. Gallimard, coll. Tel, 1943, pp. 612 et s., pour qui la responsabilité « *est la simple revendication logique des conséquences de notre liberté* ». Adde KANT, *Métaphysique des mœurs*, t. 1, *Doctrine du droit*, cité par M. FABRE-MAGNAN, *in op. et loc. cit.*, par S. GOYARD-FABRE, *in art. cit.*, et par N. SARTHOU-LAJUS, *in op. cit.*, p. 103.

responsabilité. Plus particulièrement, l'appréhension de la responsabilité morale semble avoir connu deux âges philosophiques⁵⁴. Dans un premier temps, c'est une notion rétributive et rétrospective de la responsabilité morale qui est envisagée. KANT, notamment, estime que parce que l'homme est libre et qu'il détermine de manière autonome sa volonté, il doit répondre devant sa conscience de ses actions non morales, c'est-à-dire de celles qui n'ont pas été accomplies par devoir⁵⁵. Pour lui, c'est la liberté qui fait de l'homme une « *personne (...), c'est-à-dire un sujet responsable, donc, capable de répondre de ses actions et de s'en porter garant* »⁵⁶. Mais cette conception a été remise en cause au XX^e siècle, à mesure que l'emploi du mot se faisait plus fréquent, et ce, au profit d'une acception prospective de la notion⁵⁷. Cela a été l'œuvre de Hans JONAS⁵⁸, de Paul RICŒUR⁵⁹, mais aussi d'Alain ETCHEGOYEN⁶⁰. Le premier, par exemple, prend acte de ce que le savoir technique de l'homme, qui lui offre aujourd'hui un pouvoir de nuisance sans précédent, dépasse son pouvoir prévisionnel, en ce que ce pouvoir s'étend si loin dans l'espace et dans le temps que l'humain est incapable d'en maîtriser les conséquences éventuelles⁶¹. Par suite, il en vient à proposer une véritable révolution conceptuelle. Il suggère ainsi de placer la responsabilité « *au centre de l'éthique* »⁶² afin de tendre à « *préserver pour l'homme l'intégrité de son monde et de son essence contre les abus de son pouvoir* »⁶³. A cette fin, il entend renverser l'impératif catégorique kantien : « *ne jamais traiter l'humanité dans sa personne ou celle d'autrui comme un moyen, mais toujours en même temps comme une fin* », en « *devoir de faire en sorte qu'il y ait des humains après nous* »⁶⁴. Au « *tu dois, donc tu peux* » de KANT, Hans JONAS entend substituer un « *tu dois, car tu fais, car tu peux* »⁶⁵. Cela aboutit à l'élaboration par le philosophe d'une « *éthique de l'avenir* » et à la construction d'une théorie de la responsabilité pareillement orientée⁶⁶.

9. La responsabilité juridique, objet de réflexion des systèmes normatifs. Mais les théologiens et les philosophes ne se sont pas préoccupés que de responsabilité morale. La responsabilité juridique, spécialement pénale, les a également intéressés, et ce, qu'il ait été

⁵⁴ V. G. COURTOIS, « Innocence et responsabilité selon Spinoza », préc., pp. 97 et s.

⁵⁵ *In Métaphysique des mœurs, t. 1, Doctrine du droit*, cité par M. FABRE-MAGNAN, *in op. et loc. cit.*, et par S. GOYARD-FABRE, *in art. cit.*

⁵⁶ S. GOYARD-FABRE, *art. cit.*

⁵⁷ Sur cette évolution, v. G. DE STEXHE, *art. cit.*, M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, p. 70, et N. SARTHOULAJUS, *op. cit.*, p. 64. Mme Fabre-Magnan précise que cette approche n'est pas totalement neuve, qui remonte au *Traité de morale* de LE SENNE, lequel parlait de « *responsabilité proversive* ».

⁵⁸ *Le principe responsabilité. Une éthique pour la civilisation technologique*, préc.

⁵⁹ *Le juste*, préc.

⁶⁰ *Le temps des responsables*, préc.

⁶¹ *Op. cit.*, spéc. pp. 30 et s.

⁶² *Op. cit.*, p. 17. Rapp. A. ETCHEGOYEN, *op. cit.*, pour qui la responsabilité est devenue « *le "mot" du sens commun moral* » (p. 38), « *la référence morale de notre temps, à la fois par sa relation théorique au discours moral et par son insertion dans l'action concrète* » (p. 97).

⁶³ H. JONAS, *op. et loc. cit.*

⁶⁴ M. FABRE-MAGNAN, *op. et loc. cit.*

⁶⁵ *In op. cit.*, pp. 246 et s.

⁶⁶ *Ibid.*, spéc. pp. 157 et s.

question d'en étudier les rapports avec la responsabilité morale⁶⁷ ou de l'aborder en elle-même⁶⁸. La responsabilité juridique, de ce fait, a particulièrement subi l'influence de la morale religieuse et laïque⁶⁹. Selon la philosophie du droit, il s'agit ainsi d'un concept juridique « à forte charge idéaliste »⁷⁰, en ce qu'il n'est pas un pur construit mais un héritage partiel de ce courant philosophique, représenté par PLATON, ARISTOTE, SAINT-AUGUSTIN, SAINT-THOMAS D'AQUIN, KANT ou encore HEGEL, courant situant l'homme et le droit par rapport à la raison et à la nature⁷¹. On a d'ailleurs souvent reproché au droit de la responsabilité ses rapports incestueux avec la responsabilité morale, notamment son obnubilation pour la faute ou le libre arbitre, impropres à régler les problèmes sociaux qui se posaient au législateur⁷². La distinction, qui n'exclut pas une proximité plus ou moins forte, était pourtant bien acquise chez les moralistes. Elle semble l'être plus clairement aujourd'hui encore, depuis que les philosophes entendent lui conférer une vocation prospective. RICŒUR, il est vrai, propose que cette nouvelle approche ait des retombées dans l'ordre juridique⁷³, ce qui n'est pas sans recevoir l'accueil favorable de certains juristes⁷⁴. Il demeure toutefois isolé⁷⁵. A l'inverse, on craint plutôt l'influence néfaste du sens – restreint car rétrospectif – que donne le droit à la responsabilité. L'appréhension ancienne de la notion en philosophie tiendrait, en effet, à l'origine juridique du terme et il faudrait à tout prix s'en détacher⁷⁶.

⁶⁷ V. ainsi J.-M. TRIGEAUD, art. cit., et « Culpabilité et responsabilité. Le droit et ses limites », *L'homme coupable. Critique d'une philosophie de la responsabilité*, préc., pp. 87 et s. Adde, pour la position de KANT, S. GOYARD-FABRE, art. cit., et, pour celle de SPINOZA, G. COURTOIS, art. cit. L'inverse est vrai, les juristes ayant également étudié les rapports des responsabilités morale et juridique. V. spéc. à ce titre M. LABORDE-LACOSTE, *op. cit.*

⁶⁸ V. not. G. W. F. HEGEL, *Principes de la philosophie du droit*, texte traduit et commenté par J.-F. KERVEGAN, P.U.F., coll. Quadrige, 2003, §115 et s., qui s'est intéressé à la responsabilité du fait des choses, à la question de la causalité ou à celle des suites prévues et imprévues de l'action, P. RICŒUR, *op. cit.*, pp. 51 et s., et SPINOZA qui, dans le livre IV de l'*Ethique* (proposition 37, scolie 2), rejette la faute et le langage juridique relatif à la responsabilité et écrit que « le péché ou faute n'est rien d'autre que de la désobéissance », d'un point de vue sociologique, et le résultat de l'illusion de la liberté, d'un point de vue idéologique. Le philosophe préfère ne voir que des déviations devant tout à la mauvaise organisation de la Cité au regard de la concorde entre citoyens et de leur éducation. Pour lui, « la responsabilité juridique ne peut être que la réponse à une nécessité politique qui est de faire de chaque individu une partie du corps social » (G. COURTOIS, art. cit.). Adde L. HUSSON, *op. cit.*, et J.-M. TRIGEAUD, *L'homme coupable. Critique d'une philosophie de la responsabilité*, préc.

⁶⁹ V. spéc. P. FAUCONNET, *op. et loc. cit.*, B. OPPETIT, *Philosophie du droit*, Dalloz, coll. Précis, 1999, n° 120, et A. TUNC, *op. cit.*, n° 61.

⁷⁰ B. OPPETIT, *op. cit.*, n° 112.

⁷¹ *Ibid.*, n° 22 et s.

⁷² V. tout particulièrement M. LABORDE-LACOSTE, *op. cit.*

⁷³ *In op. cit.*, pp. 65 et s.

⁷⁴ V. *infra* n° 32 et 134.

⁷⁵ V. ainsi H. JONAS, *op. cit.*, pp. 179 et s.

⁷⁶ A. ETCHEGOYEN, *op. cit.*, p. 20, et pp. 47 et s. Considérant, tout au contraire, que la captation de l'idée de responsabilité par la morale stoïcienne, chrétienne, puis kantienne, a conduit à la moraliser et à la rendre plus floue, v. L. LEVY-BRUHL, *op. cit.*, pp. 159 et s.

On peut contester ce dernier point, eu égard à l'origine récente et politique du mot. En revanche, le terme "responsable" paraît effectivement issu du langage du droit, ce système normatif par excellence, car social, qui a bien évidemment reçu, lui aussi, ce donné fondamental que constitue la responsabilité pour en construire une acception particulière.

10. La responsabilité juridique, technique d'appréhension du phénomène réel de la responsabilité par le droit. C'est précisément cette compréhension spécifique de la responsabilité qui fera l'objet de cette étude. Car le droit se construit à partir d'éléments, aussi bien matériels qu'idéaux, tirés de la vie, et il ne saurait méconnaître une réalité psychologique, sociologique, religieuse et philosophique aussi essentielle. Dans le souci qui l'anime de régir les relations sociales entre personnes humaines en alliant le juste et l'utile, le droit va opérer une sélection des éléments produits par le donné⁷⁷. *Il va trier parmi l'ensemble des réactions au désordre qui peuvent constituer le fait brut de responsabilité et parmi la totalité des conceptions que se font le sens commun et les moralistes de cette idée, pour construire son propre concept : celui de responsabilité juridique*⁷⁸. Notamment, le droit va tendre à ce que celle-ci remplace la vengeance ou la justice privées. « *Ce faisant, il sert à la fois l'ordre – c'est-à-dire la paix sociale – et la justice : c'est un progrès de civilisation* »⁷⁹.

Il en résulte évidemment que le langage du droit – qui est sa première technique⁸⁰ – a sa propre définition de la responsabilité juridique. Elle n'est due ni au législateur ni à la jurisprudence mais à la doctrine. Selon le *Vocabulaire juridique de l'Association Henri Capitant*⁸¹, la responsabilité est l'« *obligation de répondre d'un dommage devant la justice et d'en assumer les conséquences civiles, pénales ou disciplinaires, etc. (soit envers la victime, soit envers la société, etc.)* ». Il distingue ensuite entre différents types de responsabilités, notamment la responsabilité civile, définie comme « *toute obligation, pour l'auteur d'un dommage causé à autrui, de le réparer* », et la responsabilité pénale, décrite comme l'« *obligation de répondre des infractions commises et de subir la peine prévue par les textes qui les répriment* ». On voit donc que le terme "responsabilité" ne constitue pas un concept autonome, mais seulement un outil de classement : une fois posée que la responsabilité est une obligation juridique de répondre⁸², le concept perd tout sens et ne semble pouvoir être saisi qu'à travers chaque responsabilité juridique spéciale. Le *Lexique des termes juridiques*⁸³

⁷⁷ V. spéc. F. GENY, *Science et technique en droit privé positif*, tomes 1 à 4, Sirey, 1913-1924.

⁷⁸ V. spéc. M. VIRALLY, *op. cit.*, p. 108. Rapp. F. CHABAS, *op. cit.*, n° 1.

⁷⁹ M. VIRALLY, *op. cit.*, p. 109. *Adde infra* n° 11 et s.

⁸⁰ Sur l'importance du langage juridique, v. not. J. DABIN, *op. cit.*, n° 232 et s., F. GENY, *Science et technique en droit privé positif*, t. 1, Sirey, 1913, n° 51 et s., et t. 3, Sirey, 1921, n° 254 et s., et P. ROUBIER, *op. cit.*, n° 13, pp. 113 et s. *Adde* G. RIPERT, *op. cit.*, n° 142 et s.

⁸¹ Dir. G. CORNU, P.U.F., coll. Quadrige/Dicos Poche, 9^e éd., 2011, *V° Responsabilité*.

⁸² La précision n'est pas sans intérêt, qui fait écho au lien établi par NIETZSCHE entre culpabilité et dette (v. *supra* n° 6), notion qui est également au cœur du droit des obligations. V. Ph. MOZAS, *La notion de dette en droit privé*, A.N.R.T., 1996.

⁸³ Dir. S. GUINCHARD et Th. DEBARD, Dalloz, 20^e éd., 2013. La démarche est la même dans le *Dictionnaire des sciences criminelles* (dir. G. LOPEZ et S. TZITZIS, Dalloz, 2004) qui envisage successivement plusieurs

donne une illustration plus frappante encore de cette approche spéciale de la responsabilité juridique. Il ne contient aucune entrée "responsabilité" et renvoie directement à la responsabilité civile, à la responsabilité de la puissance publique ou à la responsabilité pénale, par exemple. On peut pourtant donner une définition générale de la responsabilité juridique. A bien en observer les différentes manifestations, il apparaît en effet possible d'y voir *la charge juridique en vertu de laquelle une personne, le responsable, est tenue de subir une sanction en réaction à la dégradation anormale d'une situation juridique qui lui est imputée.*

Mais pour une approche plus approfondie de la responsabilité juridique, il est également utile de consulter le *Dictionnaire de la culture juridique* qui accorde plus de cinq pages à la notion⁸⁴. Il en précise l'étymologie, issue de *respondere*, *responsus* et *responsor* et liée à *spondeo* et *sponsio*, ensemble de termes renvoyant à "répondre à", "répondre de" et à l'idée de caution et de garant⁸⁵. L'auteur de l'article situe, dans une optique de théorie générale du droit, les règles de responsabilité dans la catégorie du « *droit constructif* » de DUGUIT et de SCELLE, par opposition au « *droit normatif* », ou dans celle des « *normes secondaires* », par opposition aux « *normes primaires* », pour reprendre la distinction de Herbert HART⁸⁶. C'est-à-dire que, selon l'auteur, le droit de la responsabilité ne pose pas de règles qui prescrivent ou proscrirent quoi que ce soit mais uniquement des normes qui indiquent comment utiliser et appliquer celles qui obligent ou interdisent tel ou tel comportement. Plus précisément, il est signalé que Herbert HART classe les règles de responsabilité parmi les normes d'« *adjudication* », soit d'application des normes primaires⁸⁷. On peut contester cette conception, dès lors que le droit de la responsabilité paraît tout à fait apte à produire des normes de comportement de façon autonome⁸⁸, mais elle a le mérite de signaler le rôle primordial que joue cette technique juridique au sein d'un système de droit. De par sa parenté avec le système de sanction, il participe dans une large mesure à son efficacité⁸⁹. La responsabilité juridique le parcourt, par ailleurs, de bout en bout⁹⁰, touchant toujours le droit

responsabilités, telles que celles de l'expert ou du médecin ou que la responsabilité pénale. Au V° *Responsabilité pénale* se trouve, néanmoins, une petite définition de la responsabilité en général (*l'obligation de répondre des conséquences de ses actes*), dont on ne sait pas si son auteur entend la réserver à la responsabilité juridique ou l'étendre également à la responsabilité morale.

⁸⁴ Dir. D. ALLAND et S. RIALS, Lamy/P.U.F., coll. Quadrige, 2003, V° *Responsabilité*, par P.-M. DUPUY.

⁸⁵ *Ibid.*, pp. 1341 et 1343. *Adde* not. Ph. BRUN, *op. cit.*, n° 3, J.-Ph. LEVY et A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, Dalloz, coll. Précis, 2° éd., 2010, n° 639, G. PIGNARRE, « La responsabilité : débat autour d'une polysémie », *Resp. civ. et assur.*, hors-série juin 2001, pp. 10 et s., et M. VILLEY, art. *cit.* Rapp., pour les équivalents du terme en grec ancien, R. VILLERS, « Responsabilité pénale et responsabilité civile dans les droits helléniques », *La responsabilité à travers les Âges*, ouvrage collectif, Economica, 1989, pp. 47 et s. On comprend dès lors le lien fort et presque indéfectible qui unit droit et responsabilité. Il n'est jamais oublié et lorsque les anthropologues, les sociologues, les philosophes étudient le concept général, son acception juridique n'est jamais bien loin. V. not. à cet égard, P. FAUCONNET, *op. cit.*, spéc. pp. 15 et s., L. LEVY-BRUHL, *op. cit.*, spéc. pp. 180 et s., N. SARTHOU-LAJUS, *op. cit.*, spéc. pp. 37 et s.

⁸⁶ P.-M. DUPUY, art. *cit.*, p. 1342.

⁸⁷ *In* « Nouvelles réflexions sur les normes primaires et secondaires » cité par P.-M. DUPUY *in art. et loc. cit.*

⁸⁸ V. *infra* not. n° 173 et 211 et s. L'auteur de l'article le signale lui-même en plusieurs occasions, *in art. et loc. cit.*

⁸⁹ *Ibid.*

⁹⁰ *Ibid.*, p. 1343.

objectif au regard de l'obligation dont elle suppose la violation⁹¹ et, parfois, les droits subjectifs, qu'elle protège ou révèle⁹². Il existe donc une certaine généralité de la responsabilité juridique qui unit, au moins⁹³, les différentes formes de responsabilité pouvant exister en droit positif. Car, comme le signale l'auteur, « à partir des données théoriques qui précèdent, des possibilités diverses s'offraient qui ont permis, à partir d'un tronc commun lui-même composite, une extraordinaire arborescence des régimes spécifiques de responsabilité »⁹⁴. Et il est vrai que, bien mieux que cette approche de théorie générale de la responsabilité, ce sont les multiples « réglage(s) technique(s) de la responsabilité »⁹⁵ qui sont connus et étudiés des juristes.

11. Evolution historique de la responsabilité juridique : origine et premiers aspects de la responsabilité juridique. C'est d'ailleurs l'aptitude du droit de la responsabilité à pouvoir s'organiser de manière diverse qui permet de comprendre l'évolution historique de la responsabilité juridique. Le donné "responsabilité", à la fois immuable et variable, n'a pas toujours été reçu de la même façon par le droit qui en a, selon les époques, élaboré des constructions tout aussi variées. Un auteur a ainsi écrit que « s'agissant de l'histoire de la responsabilité (...) plus qu'en tout autre domaine, rien n'est stable et assuré, l'évolution partant en tout sens. (...) L'histoire de la responsabilité est hésitante, faite d'avances et de retours en arrière, avec d'étonnantes permanences »⁹⁶.

Tout commence, dans les sociétés primitives, par la vengeance illimitée entre les familles et clans de l'auteur et de la victime : la *vendetta*. C'est de cette réaction au mal, « la plus primitive et la plus spontanée »⁹⁷, et pour la canaliser que paraît être née la responsabilité juridique⁹⁸. Cette conception est discutée par certains, qui n'y voient qu'une théorie pure en raison du fait qu'une telle institution aurait empêché toute structure sociale d'exister⁹⁹. Elle reste pourtant l'opinion commune et la critique peut paraître excessive si l'on veut bien admettre, avec TARDE, que la vengeance, exercée contre l'étranger au groupe, a pu coexister

⁹¹ V. *infra* n° 154 et s.

⁹² V. *infra* n° 69, 350, 353, et 357 et s.

⁹³ A défaut de les transcender. V. *infra* n° 21.

⁹⁴ P.-M. DUPUY, art. *cit.*, p. 1344.

⁹⁵ *Ibid.*

⁹⁶ J.-L. GAZZANIGA, art. *cit.*

⁹⁷ M. VIRALLY, *op. cit.*, p. 108.

⁹⁸ V. P.-M. DUPUY, art. *cit.*, p. 1345, P. FAUCONNET, *op. cit.*, pp. 157 et s., A. LAINGUI et A. LEBIGRE, *Histoire du droit pénal*, t. 1, Cujas, coll. Synthèse, 1979, pp. 115 et s., et M. VIRALLY, *op. et loc. cit.* Sur la vengeance, *adde* G. COURTOIS, « Le sens de la douleur chez saint Thomas », préc., qui montre comment la responsabilité morale religieuse est abordée par SAINT-AUGUSTIN en termes de vengeance, J.-M. GUYAU, *op. cit.*, P. RICŒUR, *Le juste, la justice et son échec*, Ed. L'Herne, coll. Les Carnets, 2005, p. 39 et s. : « De même que le contre-don égalise des gains, des bienfaits, la vengeance égalise des pertes, des méfaits », P. SLOTERDIKJ, *Colère et temps. Essai politico-psychologique*, trad. de l'allemand par O. MANNONI, Ed. Libella/Marren Sell, 2007, qui fait de la colère « le moteur principal de la civilisation occidentale » et qui parle d'une « banque mondiale de la vengeance » l'alimentant.

⁹⁹ En ce sens, J.-M. CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, P.U.F., coll. Droit fondamental/Classiques, 2^e éd., 2009, n° 1.

avec une justice domestique. Plus douce, fondée sur les sentiments de culpabilité et de responsabilité et sur l'idée de sympathie, celle-ci aurait été faite d'un processus passant par la réprimande, le pardon demandé, puis accordé, et la réconciliation des membres du groupe¹⁰⁰.

Il n'en demeure pas moins vrai que, très tôt, la vengeance a dû être canalisée et réglementée à mesure que les entités sociales grandissaient. A ce stade archaïque, la responsabilité juridique est une et toute réponse sociale organisée au désordre satisfait en même temps tous les besoins sociaux¹⁰¹. Dans des sociétés aussi solidaires que les civilisations premières, dans lequel la famille, le clan, la tribu priment sur l'individu dont l'idée n'a même pas encore émergé, on punit en même temps qu'on répare, on protège le groupe en resserrant les liens de la même manière que l'on prévient la répétition des mauvais comportements. La sanction est unique et satisfait aussi bien la victime que sa famille et la collectivité tout entière. La responsabilité est donc aussi bien pénale que civile et est de nature nettement collective. Mais elle est tout de même juridique, soumise à des règles précises qui viendront lentement, dans la difficulté et un certain chaos, remplacer la vengeance par la justice pénale, puis civile, privée, puis publique. Cette réglementation prendra plusieurs formes¹⁰² : l'institution de délais pour se venger, l'interdiction de répondre à une première vengeance légitime, et, la plus connue et la répandue, la tarification avec la composition pécuniaire, institution par laquelle on rachetait à la victime ou sa famille le droit de vengeance.

12. Evolution historique de la responsabilité juridique du droit romain au droit révolutionnaire. Le droit romain ne connaît toujours pas la distinction fondamentale des responsabilités civile et pénale. Il a un « *caractère hybride* »¹⁰³. On pourrait croire le contraire au regard de la dichotomie ancienne des *crimina*, délits publics, et des *delicta*, délits privés¹⁰⁴. Il est vrai, la distinction se caractérise par le fait que les premiers, relevant de l'*ordo judiciarum publicorum*, sont poursuivis dans l'intérêt de tous par l'autorité publique ou par le biais d'une action populaire quand les seconds, ressortissant à l'*ordo judiciarum privatorum*, le sont par la victime et sa famille. Mais elle ne recoupe pas pour autant celle du civil et du pénal. Elle n'a, en effet, pour critère que la nature de l'intérêt lésé et pas celle de la sanction

¹⁰⁰ G. TARDE, *op. cit.*, pp. 41 et s. Il estime d'ailleurs que le droit pénal – de telle sorte que l'on pourrait généraliser au droit de la responsabilité tout entier, puisqu'il est, à l'origine, essentiellement pénal – doit beaucoup plus à cette justice domestique qu'à la vengeance, qui n'en serait qu'une source secondaire. La vengeance, appliquée aux ennemis du groupe et caractérisée par une moindre considération pour les personnes qui en font l'objet, présentée comme source secondaire du droit pénal, quant à elle, paraît assez proche de la doctrine contemporaine du droit pénal de l'ennemi dont il sera fait état *infra* n° 563.

¹⁰¹ V. P.-M. DUPUY, art. *cit.*, p. 1344, J.-L. GAZZANIGA, art. *cit.*, N. RIAS, *op. cit.*, n° 2, F. ROUSSEAU, « La fonction réparatrice de la responsabilité pénale », *Le droit pénal et les autres branches du droit : regards croisés. Actes du XX^e congrès de l'Association Française de Droit Pénal. Bordeaux, 5, 6 et 7 octobre 2011*, Cujas, 2012, à paraître, A. TUNC, *op. cit.*, n° 49, et M. VIRALLY, *op. cit.*, pp. 112 et s.

¹⁰² Pour une présentation complète, v. J.-M. CARBASSE, *op. et loc. cit.*, et n° 8.

¹⁰³ *Ibid.*, n° 11 et s. Adde not. Ph. BRUN, *op. cit.*, n° 6, J.-L. GAZZANIGA, art. *cit.*, J.-Ph. LEVY et A. CASTALDO, *op. cit.*, n° 608 et s., N. RIAS, *op. cit.*, n° 3 et s., et G. VINEY, *Traité de droit civil. Introduction à la responsabilité*, L.G.D.J., 3^e éd., 2008, n° 6 et

¹⁰⁴ Pour des exemples, v. tout particulièrement J.-M. CARBASSE, *op. cit.*, n° 17 et s.

appliquée, laquelle demeure toujours mêlée de réparation et de punition. Il s'agit toujours, en effet, d'une action pénale pouvant donner lieu à une sanction corporelle ou à une *poena*, sanction certes pécuniaire mais sans commune mesure avec le dommage dont elle constituait un multiple plus ou moins important. L'époque classique opposera ensuite ces actions pénales aux actions répersécutoires, à vocation exclusivement indemnitaire. Ce sera une avancée vers la distinction du droit civil et du droit pénal de la responsabilité. Néanmoins, elle déclinera bientôt, le Bas-Empire introduisant de nombreuses actions mixtes qui fonderont les deux institutions en une seule.

Quant à l'ancien droit français, il a connu une période de régression plus grande encore sous l'empire des lois franques¹⁰⁵ qui manifestaient une faveur particulière pour la composition pécuniaire, le *wergeld*. La loi salique elle-même est presque totalement dédiée (50 articles sur 65) à la tarification des lésions, tarification qui se fonde, en de précis détails, aussi bien sur la nature du délit ou de l'atteinte que sur la situation sociale ou sur l'origine des protagonistes¹⁰⁶. Cette composition est d'abord volontaire, le recours à la justice publique étant facultative. Puis, progressivement, elle se fait impérative dans les tarifs fixés. La confusion entre la peine et la réparation demeure dans cette institution, le *wergeld* étant séparé en deux parts : l'une pour la victime, le *faidus* (de *faida*, la vengeance), en vue de l'apaiser ; l'autre pour le roi, perçue par le Trésor royal, le *fredus* (dont la racine est commune à l'allemand *freide*, la paix), comme sanction de la rupture de la paix sociale. Elle sera, par la suite, justement remplacée par la *pax privata*, composition pécuniaire à la double fonction punitive et indemnitaire, encore, mais obligatoire et soutenue par l'autorité publique. L'exercice de l'action, sauf faits graves tels que la trahison ou la désertion, est toutefois laissé à l'initiative de la victime ou de sa famille. En réalité, la séparation de la peine et de la réparation et, avec elle, celle des responsabilités pénale et civile n'ont été rendues possibles que par la combinaison d'un double phénomène survenue vers les XII^e et XIII^e siècles : la redécouverte de la distinction des délits publics et privés et celle des actions pénales et des actions répersécutoires, au moment de la renaissance du droit romain, par les romanistes et les canonistes ; et l'affirmation du pouvoir royal ayant permis la dissociation de la justice privée et de la justice publique¹⁰⁷. On dégage alors, peu à peu, l'idée selon laquelle la répression est une affaire qui relève de la compétence de l'Etat et qu'elle ne peut être automatique tandis que la réparation des dommages semble, quant à elle, devoir systématiquement s'imposer. Une des conséquences en est la tentative d'interdire tout accord dans les cas « *criminels et capitals* »¹⁰⁸. Malgré de fortes et longues résistances en pratique

¹⁰⁵ V. généralement, *ibid.*, n° 41 et s. Adde J.-L. GAZZANIGA, art. cit., J.-Ph. LEVY et A. CASTALDO, *op. cit.*, n° 632 et s., N. RIAS, *op. cit.*, n° 6, A. TUNC, *op. cit.*, n° 60, et G. VINEY, *op. cit.*, n° 9.

¹⁰⁶ Pour des exemples, v. J.-M. CARBASSE, *op. cit.*, n° 62.

¹⁰⁷ V. *ibid.*, n° 4, 41 et s., 56 et s., 66 et s., et 157. Adde not. O. DESCAMPS, *op. cit.*, pp. 11 et s., J.-L. GAZZANIGA, art. cit., A. LAINGUI et A. LEBIGRE, *op. cit.*, p. 116, J.-Ph. LEVY et A. CASTALDO, *op. cit.*, n° 637 et s., N. RIAS, *op. cit.*, n° 7, et G. VINEY, *op. cit.*, n° 12 et 69, et A. TUNC, *op. cit.*, n° 61 et s.

¹⁰⁸ J.-Ph. LEVY et A. CASTALDO, *op. cit.*, n° 637. Adde J.-M. CARBASSE, *op. cit.*, n° 94 et s., et 157.

(elles dureront par endroit jusqu'au XVIII^e siècle), c'est cette dissociation qui permit l'émergence progressive d'un principe général de responsabilité civile et l'abandon du système des délits spéciaux hérité du droit romain. Ce fut l'œuvre de GROTIUS, de DOMAT, puis de POTHIER¹⁰⁹. Les écrits du second témoignent bien, d'ailleurs, de ce que la distinction des responsabilités civile et pénale commence à être bien conçue à son époque. Dans *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, le grand auteur écrit ceci : « *les crimes et les délits ne doivent pas être mêlés avec les matières civiles* »¹¹⁰. Il n'en demeure pas moins que, sur le plan processuel, la confusion demeure bien ancrée. C'est ainsi que la grande ordonnance de 1670 place l'action civile dans la dépendance de l'action publique pour l'exercice de laquelle la primauté est, pourtant, encore accordée à la partie civile au détriment du ministère public. D'ailleurs, elle confirme également la réintroduction de la transaction pénale par l'ordonnance de Villers-Cotterêts de 1539.

13. Evolution historique de la responsabilité juridique à partir du droit révolutionnaire. Ce n'est qu'à la Révolution française que, de l'unique responsabilité juridique, sortent enfin véritablement la responsabilité civile, d'un côté, et la responsabilité pénale, de l'autre. La distinction est « *enfin scellée, définitivement et sans plus aucune ambiguïté* »¹¹¹. Cette scission de la responsabilité juridique est acquise et nettement formulée dans la loi pour la première fois avec le Code des délits et des peines du 3 Brumaire an IV. Son article 4 dispose : « *tout délit donne essentiellement lieu à une action publique, il peut en résulter une action privée ou civile* ». Le code les définit ensuite aux articles 5 et 6. « *L'action publique a pour objet de punir les atteintes sociales* » et « *l'action civile a pour objet la réparation du dommage que le délit a causé* ». La première appartient au ministère public agissant dans l'intérêt général, la seconde à la victime qui l'exerce dans son intérêt personnel. On voit donc que c'est par le biais d'une opposition située sur le terrain du droit processuel qu'on aura mis fin à la gémellité originelle d'une responsabilité civile et d'une responsabilité pénale qui ont ainsi pu, enfin, s'émanciper l'une de l'autre. Passée la période révolutionnaire, leur distinction ne disparut pas et fut maintenue à l'occasion de la codification napoléonienne : la réparation et la responsabilité civile sont abordées par le Code civil de 1804, la répression et la responsabilité pénale font l'objet du Code d'instruction criminelle de 1806 et du Code pénal de 1810¹¹².

Depuis, la distinction du droit civil et du droit pénal de la responsabilité apparaît comme la division principale de la responsabilité juridique. Le législateur ne l'a jamais formellement remise en cause comme l'atteste le Code de procédure pénale de 1959, le Code de procédure

¹⁰⁹ Sur la question, v. O. DESCAMPS, *op. cit.*, pp. 265 et s., et spéc. pp. 395 et s., J.-L. GAZZANIGA, *art. cit.*, L. HUSSON, *op. cit.*, p. 321, J.-Ph. LEVY et A. CASTALDO, *op. cit.*, n° 638, A. TUNC, *op. cit.*, n° 49, et 61 et s., et G. VINEY, *op. et loc. cit.*

¹¹⁰ Livre I, titre III, préambule, cité in G. VINEY, *op. cit.*, n° 69. *Adde* J.-Ph. LEVY et A. CASTALDO, *op. cit.*, n° 638, et A. TUNC, *op. cit.*, n° 49, et 62 et s.

¹¹¹ N. RIAS, *op. cit.*, n° 7 et s. *Adde* A. TUNC, *op. cit.*, n° 49, et G. VINEY, *op. cit.*, n° 70.

¹¹² V. A. TUNC, *op. et loc. cit.*

civile de 1974 ou le Code pénal de 1992¹¹³. Ce n'est pas dire, néanmoins, que l'appréhension juridique de la responsabilité s'est arrêtée là. Le droit de la responsabilité, postérieurement aux codifications napoléonienne, a en effet été marquée par un événement fondateur : la naissance du droit administratif¹¹⁴. A l'époque, l'Etat était considéré irresponsable des dommages causés à ses administrés qu'il pouvait, à sa guise, laisser sans indemnisation¹¹⁵. C'était une question de souveraineté. Par ailleurs, les lois des 16 et 24 août 1790 interdisaient à l'ordre judiciaire – en raison d'un principe de séparation des autorités juridictionnelles lui-même issu de celui de séparation des pouvoirs – de connaître des actes de l'administration. Mais, justement, il n'était question que d'actes juridiques et non de faits, tant et si bien que la Cour de cassation manifesta une volonté d'aller contre la jurisprudence du Conseil d'Etat en engageant la responsabilité de l'Etat sur le fondement des articles 1382 et suivants du Code civil¹¹⁶. C'est à cette occasion que le Tribunal des conflits fut saisi. Par le fameux arrêt *Blanco* du 8 février 1873, il jugea que « *la responsabilité qui peut incomber à l'Etat pour les dommages causés aux particuliers par le fait des personnes qu'il emploie dans les services publics ne peut être régie par les principes qui sont établis dans le Code civil pour les rapports de particulier à particulier* » mais seulement par des règles spéciales « *qui varient suivant les besoins du service et la nécessité de concilier le droit de l'Etat avec les droits privés* »¹¹⁷. C'était apporter deux précisions. Concernant le principe de la responsabilité de la puissance publique d'une part, elle était désormais admise. Quant au régime de cette responsabilité d'autre part, il devait être spécifique et déroger au droit civil¹¹⁸. La responsabilité juridique s'enrichissait d'une branche nouvelle, de droit public. Celle-ci, la responsabilité administrative, a depuis été largement développée par le Conseil d'Etat et se distingue en plusieurs endroits de la responsabilité civile avec laquelle elle conserve, toutefois, de nombreux points communs¹¹⁹. A la moitié du XX^e siècle enfin, le droit public de la responsabilité s'est vu greffer une nouvelle branche relevant du droit international public. Récente et en formation mais à l'importance notable, cette responsabilité internationale prend en compte la souveraineté des états et relève de la compétence de la Cour internationale de justice. A ses côtés, il est intéressant de noter la survivance « *d'éléments directement empruntés aux mécanismes de la justice privée, sous la forme de représailles ou de "contre-mesures", librement administrées par l'Etat se considérant comme victime* ». Ces sanctions,

¹¹³ V. N. RIAS, *op. cit.*, n° 10.

¹¹⁴ Sur ce point, v. not. Ph. BRUN, *op. cit.*, n° 27 et s., P.-M. DUPUY, *art. cit.*, p. 1345, et Ph. LE TOURNEAU *et alii*, *op. cit.*, n° 111 et s. Sur cette forme de responsabilité juridique, v. P.-M. DUPUY, *art. et loc. cit.*

¹¹⁵ CE, 28 mai 1838, *Mathon* : *Rec. CE*, p. 284, cité in Ph. LE TOURNEAU *et alii*, *op. cit.*, n° 115.

¹¹⁶ Civ., 1^{er} avr. 1845, *Depeyre* : *D.*, 1845, 1, p. 261, et Civ., 19 déc. 1854, *Veuve Brun* : *D.*, 1855, 1, p. 37, cité in Ph. LE TOURNEAU *et alii*, *op. et loc. cit.*

¹¹⁷ V. *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, dir. M. LONG et P. WEIL, Dalloz, 18^e éd., 2011, n° 1.

¹¹⁸ Sur les justifications des particularités de la responsabilité administrative, v. not. Ph. BRUN, *op. cit.*, n° 27, et 30 et s., et Ph. LE TOURNEAU *et alii*, *op. cit.*, n° 132 et s.

¹¹⁹ V. not. Ph. BRUN, *op. cit.*, n° 31 et s., et Ph. LE TOURNEAU *et alii*, *op. cit.*, n° 130 et s., et 139 et s.

qui restent tout de même encadrées par l'ordre juridique international, rappellent en cela la réglementation ancienne de la *vendetta*¹²⁰.

Si la responsabilité juridique s'est donc diversifiée en se subdivisant en différentes branches *a priori* bien distinctes les unes des autres, force est donc de constater la permanence des mécanismes et des institutions qui la font vivre.

14. Réduction du domaine de l'étude aux responsabilités de droit privé - motifs. Il ne s'agira pas ici d'aborder l'ensemble des manifestations de la responsabilité juridique. Le champ serait, d'un point de vue quantitatif, trop large pour permettre une étude approfondie de la question. Il faut donc faire un choix de nature qualitative. Dès lors, on s'en tiendra à l'examen de la responsabilité civile et de la responsabilité pénale, et ce, parce qu'elles sont les occurrences primordiales de la responsabilité juridique.

Primordiales, elles le sont d'abord en ce qu'elles sont premières. Il est avéré, au regard de l'histoire, que la responsabilité juridique commence par être pénale, de par sa violence, quoique mêlée de considérations civiles, comme atteste la nature hybride des sanctions auxquelles elle donne lieu. Par ailleurs, elle est bien plus civile qu'administrative dans la mesure où l'action est longtemps laissée aux victimes pour être exercée contre d'autres particuliers et certainement pas contre les rois, les empereurs ou la Cité. Il faut attendre les siècles les plus récents pour que des Etats acceptent de se reconnaître une responsabilité sur le terrain du droit. Responsabilité pénale et responsabilité civile sont ainsi premières de par leur existence. Elles le sont encore comme « *première distinction majeure* »¹²¹ du droit de la responsabilité.

Elles sont également primordiales, ensuite, en ce qu'elles sont d'une importance fondamentale. Elles répondent l'une et l'autre à des besoins sociaux essentiels : la répression, pour la défense légitime de l'ordre social, et la réparation, pour la juste sauvegarde des intérêts particuliers. Le droit pénal est la forme la plus classique, la plus courante et la plus aboutie du droit répressif. Un droit répressif administratif est en train de naître qui n'est pas encore assez bien cerné pour l'emporter sur le droit pénal. De même, s'il est vrai que la responsabilité civile n'est pas la seule à organiser l'indemnisation des préjudices, son pendant administratif y prenant également part, il reste que ce dernier est une variante de la première, adaptée à la particularité de ces débiteurs que sont les personnes de droit public.

Primordiaux, le droit pénal et le droit de la responsabilité civile auront par conséquent la primeur.

15. Réduction du domaine de l'étude aux responsabilités de droit privé - conséquences. On exclura dès lors les responsabilités de droit public de l'objet de notre étude. On en écartera, en premier lieu, leur application de droit interne, soit la responsabilité

¹²⁰ Sur cette forme de responsabilité juridique, v. P.-M. DUPUY, art. *et loc. cit.*

¹²¹ P.-M. DUPUY, art. *et loc. cit.*

de la puissance publique et le droit répressif administratif qui ont, par ailleurs, donner lieu à plusieurs ouvrages importants¹²². D'autre part, c'est aussi sa manifestation de droit international qui sera laissée de côté, en ce qu'elle ressortit à des mécanismes encore trop neufs et qu'elle repose sur des considérations politiques trop particulières pour donner lieu à une étude comparative. Les responsabilités de droit privé seront seules envisagées, sous réserve des détours par le droit public qui paraîtront utiles à la réflexion.

Plus précisément, à côté du droit pénal, qu'il est de coutume en France de classer parmi les disciplines privatistes¹²³, c'est aux responsabilités extracontractuelle et contractuelle que l'on s'intéressera. Cette dernière est vivement contestée par une part de la doctrine française selon laquelle les dommages et intérêts contractuels n'auraient qu'une fonction satisfaisante de paiement, se résumant finalement à un simple procédé d'exécution par équivalent. La responsabilité contractuelle serait donc un « faux concept »¹²⁴. La notion repose pourtant sur une véritable tradition doctrinale, soutenue par la majorité des auteurs, et semble refléter fidèlement la conception que s'en fait le Code civil lui-même, que ce soit par l'intermédiaire de ses rédacteurs ou par celui de la Cour de cassation qui l'interprète¹²⁵. A l'exception de la

¹²² V. tout spécialement G. DELLIS, *Droit pénal et droit administratif. L'influence des principes du droit pénal sur le droit administratif répressif*, L.G.D.J., Bibliothèque de droit public, t. 184, 1997, R. CHAPUS, *Responsabilité publique et responsabilité privée. Les influences réciproques des jurisprudences administrative et judiciaire*, réimpr., Ed. La mémoire Du droit, coll. de la faculté Jean Monnet, 2010, et G. CORNU, *Etude comparée de la responsabilité délictuelle en droit privé et en droit public*, réimpr., Ed. La mémoire Du droit, coll. de la faculté Jean Monnet, 2010.

¹²³ La question est débattue. D'un côté, l'intérêt protégé en matière pénale, celui de la société, ainsi que le lien qui se noue entre le délinquant et l'Etat poussent à classer la discipline dans le droit public, comme c'est le cas dans plusieurs systèmes juridiques étrangers. Mais d'un autre côté, l'histoire du droit de la responsabilité, la monopolisation tardive du droit de punir par la puissance publique et le rôle de plus en plus important que joue la victime dans le procès pénal explique son rattachement à la matière privée. C'est d'ailleurs ce rattachement qui se manifeste, *de lege lata*, par le rattachement des juridictions pénales à l'ordre juridictionnel judiciaire et non à celui administratif. Sur ce débat et en faveur de ce rattachement, v. not. E. DREYER, *Droit pénal général*, LexisNexis/Litec, coll. Manuels, 2^e éd., 2012, n° 168 et s., et M.-L. RASSAT, *Droit pénal général*, Ellipses, coll. Cours magistral, 2^e éd., 2006, n° 76 et s. La plupart des auteurs préfèrent reconnaître une véritable autonomie au droit pénal en le concevant comme une discipline parfaitement autonome. V. ainsi B. BOULOC, *Droit pénal général*, Dalloz, coll. Précis, 22^e éd., 2011, n° 30 et s., Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, Armand Colin/Dalloz, 7^e éd., 2004, n° 31 et s., R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, t. 1, Cujas, 7^e éd., 1997, n° 146 et s., et J. PRADEL, *Droit pénal général*, Cujas, coll. Référence, 18^e éd., 2010, n° 75 et s. Il ne nous appartient pas de prendre part à cette discussion qui n'enlève rien au fait que droit pénal et droit de la responsabilité civile apparaissent comme les deux manifestations principales de la responsabilité juridique. Aussi s'en tiendra-t-on à la position classique de la doctrine française en considérant le droit criminel comme relevant du droit privé et en réduisant donc notre étude aux responsabilités de droit privé.

¹²⁴ Ph. REMY, « La "responsabilité contractuelle" : histoire d'un faux concept », *RTD Civ.*, 1997, pp. 323 et s. Opposés à la notion de responsabilité contractuelle, *adde* spéc. M. FAURE-ABBAD, *Le fait générateur de la responsabilité contractuelle. Contribution à la théorie de l'inexécution du contrat*, L.G.D.J., coll. de la faculté de Droit et de Sciences sociales de Poitiers, 2003, L. LETURMY, « La responsabilité délictuelle du contractant », *RTD Civ.*, 1999, pp. 839 et s., Ph. LE TOURNEAU *et alii*, *op. cit.*, n° 6, 801 et s., et 3205, D. TALLON, « Pourquoi parler de faute contractuelle ? », *Mél. G. Cornu*, P.U.F., 1994, pp. 429 et s., et « L'inexécution du contrat : pour une autre présentation », *RTD Civ.*, 1994, pp. 223 et s.

¹²⁵ Pour des opinions, voire des arguments favorables à la responsabilité contractuelle, v. not. Ph. BRUN, *op. cit.*, n° 82 et s., M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, pp. 14 et s., et pp. 27 et s., et *Droit des obligations. 1- Contrat et engagement unilatéral*, P.U.F., coll. Thémis, 2^e éd., 2010, pp. 638 et s., et 678 et s., B. FAGES, *Le comportement du contractant*, P.U.A.M., 1997, J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil. Les obligations. 2. Le fait juridique*, Dalloz, coll. Sirey Université, 14^e éd., 2011, n° 61, et *Droit civil. Les obligations. 3. Le rapport d'obligation*, Dalloz, coll. Sirey Université, 7^e éd., 2011, n° 171 et s., P. JOURDAIN, « Réflexions sur la notion

proposition de réforme émanant de l'Académie des sciences morales et politiques¹²⁶, il apparaît par ailleurs que, d'un point de vue de droit prospectif, le concept de responsabilité contractuelle soit appelé à perdurer¹²⁷. On y adhérera donc. Les développements ultérieurs donneront d'ailleurs plusieurs occasions de se rendre compte que les particularités de la responsabilité contractuelle n'empêchent pas sa conformité aux canons de la responsabilité juridique.

16. Appréhension variable des rapports des responsabilités de droit privé dans le monde. Si la responsabilité juridique ne figure pas parmi les « *piliers du droit* » recensés par CARBONNIER dans son *Flexible droit*¹²⁸, il n'en reste pas moins qu'« *il n'y a pas de système juridique organisé, marqué par son unicité et sa complexité, sans qu'il y ait également, en son épicentre, un système de responsabilité, lui-même plus ou moins articulé* »¹²⁹. Dès lors, quoique l'évolution historique pourrait avoir été à peu près la même partout¹³⁰, il n'y a rien de surprenant à ce que les différents systèmes de droit positif aménagent différemment la responsabilité juridique et les disciplines, spécialement le droit pénal et le droit de la responsabilité civile, qui s'y rattachent. Hormis les différences propres à chacune de ses branches du droit selon les systèmes observés¹³¹, c'est l'absence de distinction absolue entre

de responsabilité contractuelle », *Les métamorphoses de la responsabilité*, préc., pp. 65 et s., Ch. LARROUMET, « Pour la responsabilité contractuelle », *Mél. P. Catala*, Litec, 2001, pp. 543 et s., et Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit civil. Les obligations*, Defrénois, 5^e éd., 2011, n° 933 et s., J.-Ch. SAINT-PAU, *Droit à réparation. Rapports entre responsabilités délictuelle et contractuelle. Différences*, *J.-Cl. Civ.*, art. 1146 à 1155, fasc. 175, 2007, A. TUNC, *op. cit.*, n° 32 et s., et G. VINEY, *op. cit.*, n° 161 et s.

¹²⁶ Article 4 de la proposition publiée in *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, dir. F. TERRE, Dalloz, coll. Thèmes & commentaires, 2011. La position de M. Terré, qui a dirigé la réalisation de cette proposition de réforme, est d'ailleurs ambiguë. Bien que parlant clairement de responsabilité contractuelle et de réparation, il semble voir dans celle-ci un mode d'exécution par équivalent de l'obligation contractuelle inexécutée et ne paraît pas hostile à la thèse qui conteste la pertinence du concept de responsabilité contractuelle. V. F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, Dalloz, coll. Précis, 10^e éd., 2009, n° 558 et s.

¹²⁷ V. ainsi les articles 1340, alinéa 2, 1341 et 1363 et s. de l'avant-projet de réforme du droit des obligations (Articles 1101 à 1386 du Code civil) et du droit de la prescription (Articles 2234 à 2281 du Code civil) dit avant-projet Catala, La Documentation française, 2005, et les articles 1386-13 et s. de la proposition sénatoriale n° 657 de loi portant réforme de la responsabilité civile.

¹²⁸ *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, L.G.D.J., 10^e éd., 2001, pp. 255 et s. L'éminent auteur n'y compte que la famille, le contrat et la propriété.

¹²⁹ P.-M. DUPUY, *art. cit.*, p. 1341.

¹³⁰ V. G. TARDE, *op. cit.*, p. 39 : « *On peut affirmer, sans crainte de se tromper, que partout à l'origine, la coutume de la vengeance privée, de la responsabilité collective, puis du wergeld a sévi en ce qui concerne les crimes extérieurs. (...) Aussi bien chez les Peaux-Rouges et les Australiens que parmi les sauvages et les barbares de l'Ancien Continent, la vendetta est pratiquée et la composition en argent et en têtes de bétail lui est substituée* ». Dans le même sens, v. A. TUNC, *op. cit.*, n° 49. *Contra* v. J.-L. GAZZANIGA, *art. cit.*, et J.-Ph. LEVY et A. CASTALDO, *op. cit.*, n° 607, qui fait état de périodes de régression, dans le sens où le talion a parfois suivi et non précédé la composition pécuniaire, et L. HUSSON, *op. cit.*, pp. 319 et s. Comp. Ph. BRUN, *op. cit.*, n° 6, J.-M. CARBASSE, *op. cit.*, n° 1 et 8, G. CARDASCIA, « Réparation et peine dans les droits cunéiformes et le droit romain », *La responsabilité à travers les Âges*, préc., pp. 1 et s., et R. VILLERS, *art. cit.*

¹³¹ C'est ainsi qu'en matière civile vont s'opposer des systèmes de *clausula generabilis*, comme le droit français (v. cependant Ch. QUEZEL-AMBRUNAZ, « La responsabilité civile et les droits du titre I du livre I du Code civil », *RTD Civ.*, 2012, pp. 251 et s.), permettant la réparation de tout dommage causé par toute faute, à des systèmes de délits spéciaux, comme celui des *torts* du droit anglais, qui n'accorde réparation que pour les

elles qui est particulièrement notable. Car « *si la distinction de la responsabilité civile et de la responsabilité pénale est générale, (...) sa portée est loin d'être toujours la même* »¹³². Leur confusion ne se manifeste ainsi pas toujours de la même façon. « *Vu d'un satellite* »¹³³, le droit contemporain en révèle deux types assez bien identifiables.

C'est, en premier lieu, sur le terrain processuel que peuvent s'exprimer en droit positif les stigmates de l'origine unitaire des responsabilités civile et pénale. Si la dissociation des procédures civile et criminelle est en principe reçue dans la plupart des systèmes juridiques qui adaptent leur organisation juridictionnelle en conséquence, il faut remarquer que le droit de la responsabilité est l'occasion, dans certains Etats, d'une pénétration du civil dans le champ pénal. Alors que les pays de *common law* établissent une frontière étanche en n'octroyant à la victime d'une infraction que le statut de témoin et en réservant parfois l'exercice des poursuites à l'autorité publique¹³⁴, la tradition romano-germanique a tendance à lui reconnaître le rôle de véritable partie¹³⁵. Il faut cependant signaler que la considération de la victime est tellement puissante à notre époque que, parfois, les autorités publiques elles-mêmes se mêlent de son indemnisation. Ainsi en est-il en Espagne où le *fiscal*, organe du ministère public, peut demander réparation pour les victimes en même temps qu'il exerce l'action publique, sauf refus de ces dernières¹³⁶. Quant aux systèmes de *common law*, s'ils ignorent encore l'action civile et la constitution de partie civile, ils incitent de plus en plus les juges pénaux, nonobstant le faible succès pratique de cette incitation, à indemniser les victimes¹³⁷. En outre, il existe évidemment des systèmes intermédiaires. Le droit italien, par exemple, est particulièrement intéressant. Il attribue le monopole de l'action publique au ministère public, à l'exception des *querelas*, laissées à la disponibilité des seules victimes, faisant ainsi écho à la distinction romaine des délits publics et privés¹³⁸.

comportements dommageables déterminés par le droit objectif, ou comme le droit allemand, qui énumère les intérêts auxquels il accorde sa protection. De même, la responsabilité du fait des choses ou du fait d'autrui n'a pas toujours un domaine aussi large qu'en France. Sur ces questions, v. spéc. Y.-M. LAITHIER, *Droit comparé*, Dalloz, coll. Cours, 2009, n° 152 et s., R. LEGEAIS, *Grands systèmes de droit contemporains. Approche comparative*, LexisNexis/Litec, coll. Manuels, 2004, n° 454 et s., et A. TUNC, *op. cit.*, n° 6 et s. Quant au droit criminel, si les grands principes de la responsabilité pénale sont assez proches dans les grands Etats démocratiques, malgré quelques divergences quant à l'admission de la responsabilité pénale du fait d'autrui ou de celle des personnes morales, c'est surtout le droit pénal spécial et les techniques d'incrimination qui se présentent comme des terrains propices à la diversité des cultures juridiques. V. ainsi R. LEGEAIS, *op. cit.*, n° 551 et s., et J. PRADEL, *Droit pénal comparé*, Dalloz, coll. Précis, 3^e éd., 2008.

¹³² R. LEGEAIS, *op. cit.*, n° 453. Adde Y.-M. LAITHIER, *op. cit.*, n° 169.

¹³³ A. TUNC, *op. cit.*, p. 83.

¹³⁴ V. R. LEGEAIS, *op. cit.*, n° 453, A. POPOVICI, « Tendances récentes de la responsabilité civile au Québec », *Les métamorphoses de la responsabilité*, préc., pp. 129 et s., et J. PRADEL, *op. cit.*, n° 321 et s., et 391 et s. Ce mur dressé entre les ordres civil et pénal s'accompagne logiquement du rejet de toute autorité de la chose jugée au criminel sur le civil : v. J. PRADEL, *op. cit.*, n° 457.

¹³⁵ V. not. R. LEGEAIS, *op. cit.*, n° 453, et J. PRADEL, *op. cit.*, n° 387 et s.

¹³⁶ R. LEGEAIS, *op. cit.*, n° 453. Comp., pour le droit américain, A. TUNC, *op. cit.*, n° 101

¹³⁷ Sur cette tendance, v. spéc. J. PRADEL, *op. cit.*, n° 391 et s., qui témoigne de l'état des droits américain, anglais et japonais.

¹³⁸ V. J. PRADEL, *op. cit.*, n° 324.

En second lieu, la confusion de de la responsabilité civile et du droit criminel peut encore se rencontrer sur le terrain substantiel. Concernant les conditions de la responsabilité, la convergence peut s'opérer de deux manières. Soit le droit pénal se rapproche de la matière civile en admettant des cas de responsabilité sans faute, à l'instar de la *strict liability* du *master* du fait de son *servant* en droit anglais¹³⁹, soit le droit civil a du mal à s'en détacher et reste rivé à une conception morale dont les deux disciplines ont hérité des canonistes et des moralistes. Tel est le cas, par exemple, du droit québécois qui ne démord pas de l'exigence d'imputabilité¹⁴⁰. Quant aux effets de la responsabilité, il arrive assez souvent qu'aujourd'hui encore, on cherche à punir et à réparer par la même sanction. C'est ainsi que les pays de *common law* pratiquent dans leur quasi-totalité (droits américain, anglais, australien, canadien, néo-zélandais, etc.) les dommages et intérêts punitifs ou exemplaires selon des formes variées, la part de la condamnation excédant les besoins de l'indemnisation pouvant échoir à la victime ou à l'Etat selon les pays¹⁴¹. De même, en droit chinois, la responsabilité civile a officiellement un nombre très étendu de fonctions : elle tend à l'indemnisation, certes, mais aussi au châtement du coupable, à l'éducation des citoyens, à la prévention générale et à la réaffirmation de la loi¹⁴². A l'inverse, les états de traditions romano-germaniques demeurent hostiles à l'institution. Ils ne veulent pas risquer d'« *entraîner de confusion des fonctions respectives de la responsabilité civile et de la responsabilité pénale* » ou punir sans offrir les garanties offertes par la procédure pénale¹⁴³. Mais ce n'est qu'une tendance, comme l'atteste le droit portugais qui autorise l'attribution de tout ou partie de l'amende à la victime de l'infraction¹⁴⁴.

Suite à l'observation spatio-temporelle de l'appréhension juridique de la responsabilité, un bilan peut être dressé. Si la distinction rationnelle et théorique du droit pénal et de la responsabilité civile semble bien acquise dans la majorité des états contemporains, il reste qu'elle n'est pas poussée jusqu'au bout et que tous les systèmes juridiques sont, d'une manière ou d'une autre, encore marqués par les stigmates de leur confusion historique.

17. Le droit positif français: distinction absolue ou relative des responsabilités civile et pénale ? Qu'en est-il du droit positif français de la responsabilité, auquel sera limité la présente étude¹⁴⁵ ? A consulter la doctrine, il se caractériserait par une distinction fiable du

¹³⁹ Sur ce point, v. par exemple R. LEGEAIS, *op. cit.*, n° 569 et s., et J. PRADEL, *op. cit.*, n° 85. A l'opposé, certains états, comme l'Allemagne, restent attachés au principe de culpabilité pénale et rejettent toute responsabilité pénale objective, comme celle des personnes morales : v. R. LEGEAIS, *op. cit.*, n° 570 et s., et J. PRADEL, *op. cit.*, n° 121 et s.

¹⁴⁰ V. not. A. POPOVICI, art. *cit.* Le droit français, quant à lui, le tient partiellement pour indifférent. Sur la question, v. *infra* n° 381 et s.

¹⁴¹ A ce sujet, v. Y.-M. LAITHIER, *op. cit.*, n° 169, A. POPOVICI, art. *cit.*, et A. TUNC, *op. cit.*, n° 101.

¹⁴² V. sur ce point, T.-H. TSIEN, « La notion de responsabilité en droit chinois », *APD*, t. 22, *La responsabilité*, préc., pp. 161 et s., et A. TUNC, *op. cit.*, n° 111.

¹⁴³ Y.-M. LAITHIER, *op. cit.*, n° 203 et s.

¹⁴⁴ V. J. PRADEL, *op. cit.*, n° 390.

¹⁴⁵ S'agissant d'une étude transversale, ou de "droit comparé interne", son champ d'investigation paraît en effet suffisamment étendu pour qu'il soit légitimement restreint à l'étude du droit français positif.

droit de la responsabilité civile et droit criminel. Mais, plus précisément, on peut discerner deux tendances en son sein, la doctrine oscillant entre une conception absolue et une conception relative de la dissociation.

L'enseignement classique est le suivant : la séparation du droit de la responsabilité civile et du droit pénal est absolue. C'est ce dont témoigne la phrase de CARBONNIER citée en ouverture de ces développements¹⁴⁶ tout comme la lecture de nombre d'écrits sur la question¹⁴⁷. Les termes de la distinction sont connus. La responsabilité pénale, d'une part, repose sur la commission d'une infraction ou d'un acte de complicité, strictement définis par le législateur en vertu du principe de légalité et composés, nécessairement, d'un élément moral et, accessoirement, d'un préjudice. Elle requiert, en outre, l'imputabilité de l'auteur ou du complice, qui doivent avoir agi de manière libre et éclairée. Enfin, elle donne lieu, à la suite d'une procédure pénale tendant à la manifestation de la vérité et laissée aux mains des autorités répressives aux pouvoirs coercitifs et intrusifs (police judiciaire, ministère public, juridictions pénales d'instruction et de jugement), à une peine prononcée dans l'intérêt général et mesurée à l'aune de la gravité du comportement du condamné. A l'opposé, la responsabilité civile, d'autre part, se fonde principalement sur le dommage qu'une victime a subi à raison d'un fait anormal – librement qualifié ainsi par le juge – dont une personne, imputable ou non, auteur ou non, est tenu de répondre. Il en répondra soit par la voie extrajudiciaire de l'indemnisation spontanée ou de la transaction, soit par la voie judiciaire de la procédure civile ouverte par l'exercice d'une action en réparation. Le procès civil, chose des parties dont il est avant tout question de satisfaire les intérêts afin de sauvegarder la paix sociale, aboutira à la condamnation du responsable à la réparation par équivalent ou en nature de tout le dommage, mais seulement du dommage de la victime. Les choses paraissent simples et la dichotomie bien nette. A tel point qu'un des plus grands spécialistes de la responsabilité civile, TUNC, a pu écrire qu'il était plus difficile de distinguer responsabilité contractuelle et extracontractuelle ou sécurité sociale et responsabilité civile que de faire la différence entre cette dernière et le droit pénal¹⁴⁸ ! Le dernier auteur à avoir consacré une thèse aux rapports des responsabilités civile et pénale a d'ailleurs conclu à un renforcement, voire à un aboutissement de la rupture de ce qu'il appelle leurs « *liens structurels* » et qui semble renvoyer à leur régime juridique¹⁴⁹. Le droit pénal aurait définitivement exclu toute forme de responsabilité du fait d'autrui alors que le droit de la responsabilité civile en aurait enfin, depuis l'abandon de l'interprétation de l'article 1384 du Code civil en termes de présomptions

¹⁴⁶ *Supra* n° 1.

¹⁴⁷ V. not. F. CHABAS, *op. cit.*, *passim.*, P.-M. DUPUY, *art. cit.*, p. 1344, Ch. LAPOYADE-DESCHAMPS, L. BLOCH et S. MORACCHINI-ZEIDENBERG, *Droit des obligations*, Ellipses, coll. Manuel universités Droit, 2008, pp. 148 et s., Ph. LE TOURNEAU *et alii*, *op. cit.*, n° 577 et s., J.-Ph. LEVY et A. CASTALDO, *op. cit.*, n° 608, J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., n° 73 et 79, N. RIAS, *op. cit.*, n° 33 et s., A. TUNC, *op. cit.*, n° 49, G. VINEY, *op. cit.*, n° 71 et s., et M. VIRALLY, *op. cit.*, pp. 108 et s., spéc. p. 115.

¹⁴⁸ *Op. et loc. cit.*

¹⁴⁹ N. RIAS, *Aspects actuels des liens entre les responsabilités civile et pénale*, *loc. cit.*

de faute, une appréhension correcte car objective¹⁵⁰. De même, les notions civile et pénale de faute¹⁵¹, de dommage¹⁵² et de lien de causalité¹⁵³ seraient aujourd'hui totalement autonomes et distinctes. Enfin, la dissociation de l'action civile et de l'action publique serait parfaite¹⁵⁴ et la fragilisation du principe de primauté du criminel sur le civil aurait achevé de rendre leur liberté mutuelle aux juges civils et pénaux¹⁵⁵.

Seulement, il se pourrait que les choses ne soient pas si évidentes que cela. D'abord, malgré cette position tranchée, la doctrine n'a jamais caché l'existence de notions fatalement partagées par l'une et l'autre des deux disciplines, ainsi que l'existence de relations processuelles et d'influence entre les deux. En cas de « *codélictualité* »¹⁵⁶ en effet, lorsqu'un même événement est de nature à engager une responsabilité à la fois civile et pénale, la victime n'a jamais cessé, en droit français, d'avoir le choix d'exercer son action civile soit devant son juge naturel, le juge civil, soit devant le juge pénal¹⁵⁷. Mais, ensuite, c'est surtout une tendance nouvelle au rapprochement des deux ordres de responsabilité que souligne une partie de la doctrine qui nuance, dès lors, la distinction classique¹⁵⁸. Au-delà de leur objectif principal d'indemnisation ou de répression, droit civil et droit pénal de la responsabilité tendraient ainsi à développer des fonctions secondaires qui brouilleraient les frontières. Au « *déclin des liens structurels* » répondrait ainsi un « *essor des liens fonctionnels* » de ces disciplines juridiques, essor qui se cristalliserait autour de trois questions bien identifiées et délimitées : les fonctions punitive et préventive du droit civil de la responsabilité et celle restitutive du droit criminel¹⁵⁹. Partant, la doctrine ne s'en alarme pas véritablement, qui estime que cette convergence n'est que relative et restera limitée¹⁶⁰. L'opinion n'est pas unanime, un auteur ayant pu émettre des réserves et écrire que « *le mouvement de convergence relevé ces dernières décennies paraît particulièrement profond et probablement durable, au point que l'on peut se demander s'il ne préfigure pas à plus ou moins longue échéance, un retour à la confusion originnaire de la réparation et de la répression* »¹⁶¹. Malheureusement, c'est cette dernière interprétation du droit positif qui pourrait bien en être

¹⁵⁰ *Ibid.*, n° 41 et s.

¹⁵¹ *Ibid.*, n° 214 et s.

¹⁵² *Ibid.*, n° 303 et s.

¹⁵³ *Ibid.*, n° 343 et s.

¹⁵⁴ *Ibid.*, n° 385 et s.

¹⁵⁵ *Ibid.*, n° 585 et s.

¹⁵⁶ Ph. LE TOURNEAU *et alii*, *op. cit.*, n° 581.

¹⁵⁷ C. proc. pén., art. 2 et s. V. not. F. CHABAS, *op. cit.*, n° 2, Ch. LAPOYADE-DESCHAMPS, L. BLOCH et S. MORACCHINI-ZEIDENBERG, *op. et loc. cit.*, Ph. LE TOURNEAU *et alii*, *op. cit.*, n° 590 et s., F. ROUSSEAU, art. *cit.*, et G. VINEY, *op. cit.*, n° 71.

¹⁵⁸ V. not. Ph. BRUN, *op. cit.*, n° 51, Ch. LAPOYADE-DESCHAMPS, L. BLOCH et S. MORACCHINI-ZEIDENBERG, *op. et loc. cit.*, F. ROUSSEAU, art. *cit.*, A. TUNC, *op. cit.*, n° 50, et G. VINEY, *op. cit.*, n° 73 et s.

¹⁵⁹ V. N. RIAS, *op. cit.*, n° 738 et s., 923 et s., et 1097 et s. *Adde* F. ROUSSEAU, art. *cit.*, et G. VINEY, *op. cit.*, n° 74-1 et s.

¹⁶⁰ A cet égard, v. not. F. ROUSSEAU, art. *cit.*, et G. VINEY, *op. cit.*, n° 75 et s.

¹⁶¹ Ph. BRUN, *op. et loc. cit.*

la plus fidèle et, partant, la plus convaincante. Le constat de l'auteur semble même encore plutôt optimiste.

18. Le droit positif français: confusion générale du droit de la responsabilité. Il paraît possible, en effet, de soutenir, à l'exact opposé de ce qu'enseigne la position classique, que *le droit français actuel se caractérise, d'ores et déjà, par une confusion quasiment généralisée des droits civil et pénal de la responsabilité.*

Cette confusion affecte, en premier lieu, *la génération de la responsabilité*, c'est-à-dire le processus au cours duquel se réunissent l'ensemble des conditions propres à permettre la naissance de la charge juridique que constitue la responsabilité, ses éléments générateurs pour reprendre le vocabulaire de MOTULSKY¹⁶². Celle-ci peut se décomposer en deux étapes : *la constitution* relative à la perfection du fait juridique générateur de cette charge¹⁶³ et *l'imputation* qui concerne l'ensemble des mécanismes tendant à permettre ou interdire l'attribution ou la réprobation de ce fait à celui qui en sera ou non responsable¹⁶⁴. L'une comme l'autre sont affectées par le mouvement de confusion des responsabilités civile et pénale. Quant à la constitution, d'une part, une étude approfondie du droit positif révèle une très grande proximité, sinon une identité, entre les fautes civiles et pénales, et ce, à l'inverse de ce qui est souvent enseigné à propos de l'objectivité de la faute civile ou de la dépenalisation de la faute pénale légère¹⁶⁵. De même, la question de la causalité reçoit les mêmes solutions dans l'une et l'autre des matières et leur position est la même à l'égard de multiples questions, telles que celles de l'abstention causale, du dommage causé par le membre indéterminé d'un groupe déterminé ou de la cause étrangère¹⁶⁶. Quant au résultat devant découler de la faute, il s'agit souvent d'un dommage en droit civil comme en droit pénal et la doctrine civiliste se montre de plus en plus favorable à l'appréhension du risque par le droit de la responsabilité civile sous l'influence de la nouvelle conception philosophique de la responsabilité¹⁶⁷ et du principe de précaution¹⁶⁸. D'autre part, l'imputation subit aussi cette tendance à la convergence : la responsabilité du fait d'autrui existe aussi bien en matière civile que pénale, au travers des responsabilités patronale et des

¹⁶² *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé. La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, réimpr., Dalloz, coll. Bibliothèque, 2002.

¹⁶³ Sur cette notion, v. not. *infra* n° 24, 94 et 342.

¹⁶⁴ Sur la notion, v. spéc. *infra* n° 477 et s.

¹⁶⁵ V. *infra* n° 381 et s.

¹⁶⁶ V. *infra* n° 307 et s., 317 et s., et 321 et s.

¹⁶⁷ V. *supra* n° 8.

¹⁶⁸ V. spéc. M. BOUTONNET, *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile*, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, t. 444, 2005, C. SINTEZ, *La sanction préventive en droit de la responsabilité civile. Contribution à la théorie de l'interprétation et de la mise en effet des normes*, Dalloz, coll. NBT, vol. 110, 2011, et D. TAPINOS, *Prévention, précaution et responsabilité civile : risque avéré, risque suspecté et transformation du paradigme de la responsabilité civile*, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2008. Adde C. BLOCH, *La cessation de l'illicite. Recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle*, Dalloz, coll. NBT, vol. 71, 2008, et *infra* n° 112 et s.

personnes morales¹⁶⁹, la théorie de la justification est d'application générale¹⁷⁰ et l'imputabilité connaît un déclin commun aux deux ordres de responsabilité¹⁷¹.

En second lieu, leur confusion se retrouve encore au stade de *la réalisation de la responsabilité*, soit dans les règles qui intéressent *sa mise en œuvre processuelle et sa sanction*. Le droit processuel, tout d'abord, en est un exemple particulièrement parlant. On assiste en effet à une convergence des procédures civile et pénale vers un modèle commun, satisfaisant au standard européen du procès équitable, et de nature mi-accusatoire, mi-inquisitoire¹⁷². Le mélange des genres y trouve un terrain fertile pour son développement. Des éléments caractéristiques de la procédure pénale s'assouplissent. Avec la médiation¹⁷³ et la composition pénales¹⁷⁴ ou la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité¹⁷⁵, c'est l'action publique qui devient disponible et la réalisation gracieuse, voire extrajudiciaire de la responsabilité pénale qui fait son entrée en droit positif¹⁷⁶. La procédure pénale accueille, par ailleurs, de plus en plus largement le contentieux de la responsabilité civile qui n'est pas loin de pouvoir être absorbé par les juridictions répressives. La victime de l'infraction n'est plus la seule à pouvoir défendre ses intérêts devant elles. Peuvent la rejoindre le responsable du fait d'autrui, mais aussi les tiers-payeurs ou les assureurs¹⁷⁷. Mieux – ou pire, c'est selon – le juge pénal statue de plus en plus souvent sur l'action civile malgré l'extinction de l'action publique¹⁷⁸. Parallèlement, s'est développée une faculté pour la victime d'exercer indirectement l'action publique en saisissant le juge pénal, alors même que celui-ci serait incompétent pour lui accorder réparation ou que la victime n'en demanderait

¹⁶⁹ V. *infra* n° 491 et s.

¹⁷⁰ V. *infra* n° 571 et s.

¹⁷¹ V. *infra* n° 539 et s.

¹⁷² V. spéc. S. GUINCHARD *et alii*, *Droit processuel. Droits fondamentaux du procès*, Dalloz, coll. Précis, 6^e éd., 2011.

¹⁷³ C. proc. pén., art. 41-1.

¹⁷⁴ C. proc. pén., art. 41-2 et s.

¹⁷⁵ C. proc. pén., art. 495-7 et s.

¹⁷⁶ Sur ces questions, v. par exemple, Y. CAPDEPON, « Le juge du siège et l'évolution de la procédure pénale : juger ou contrôler ? », *Dr. pénal*, 2007, Etude n° 15, Ph. CONTE, « La nature juridique des procédures "alternatives" aux poursuites », *Mél. R. Gassin*, P.U.A.M., 1997, pp. 189 et s., E. DREYER, « La médiation pénale : objet juridique mal identifié », *JCP*, 2008, I, 131, X. PIN, *Le consentement en matière pénale*, L.G.D.J., Bibliothèque des sciences criminelles, t. 36, 2002, n° 381 et s., et « La privatisation du procès pénal », *Rev. sc. crim.*, 2002, pp. 245 et s., J.-Ch. SAINT-PAU, « Le ministère public concurrence-t-il le juge du siège ? », *Dr. pénal*, 2007, Etude n° 14, C. VIENNOT, *Le procès pénal accéléré. Etude des transformations du jugement pénal*, Dalloz, NBT, vol. 120, 2012, n° 54 et s., et 260 et s., et V. WESTER-OUISSE, *Convention et juridiction pénale*, Thèse Nantes, 1999, pp. 331 et s.

¹⁷⁷ V. not. P. HEBRAUD, « Les garants de la réparation devant les juridictions répressives », *Mél. J. Magnol*, Sirey, 1948, pp. 189 et s., H. LALOU, « Les civilement responsables du fait d'autrui et les juridictions répressives », *D.*, 1932, chron., pp. 105 et s., J. MAZARD, « Les problèmes de la sécurité sociale devant la chambre criminelle de la Cour de cassation », *Mél. M. Patin*, Cujas, 1965, pp. 395 et s., M. RIOU, « De l'action civile fondée sur l'article 1384, al. 1^{er} du Code civil », *Rev. sc. crim.*, 1955, pp. 229 et s., et R. SCHULTZ, *L'intervention de l'assureur au procès pénal. Contribution à l'étude de l'action civile*, L.G.D.J., Bibliothèque de sciences criminelles, t. 52, 2012.

¹⁷⁸ V. spéc. sur cet aspect, B. BOULOC, « De la compétence du juge pénal pour statuer sur l'action civile après extinction de l'action publique », *Mél. G. Viney*, L.G.D.J., 2008, pp. 173 et s., et S. DETRAZ, « La juridiction pénale saisie de la seule action civile : une situation en voie de généralisation », *Dr. pénal*, 2008, Etude n° 10.

pas¹⁷⁹, entendant simplement que des poursuites pénales soient engagées. La partie civile agit alors à fins purement vindicatives, soit pénales¹⁸⁰. Celle-ci prend une place croissante en matière répressive et va jusqu'à investir les préoccupations des juridictions de l'application des peines¹⁸¹. Quant à la sanction, ensuite, elle tend à revenir à la confusion originaire de la peine et de la réparation. Alors que cette dernière constitue un des objectifs officiels de la peine¹⁸² et que sa recherche investit tous les moments de la répression pénale¹⁸³ au point qu'elle constitue l'objet unique de la sanction-réparation¹⁸⁴, le rang des civilistes favorables à l'instauration de dommages et intérêts punitifs en France va croissant¹⁸⁵.

Le constat est donc sans appel d'une *confusion progressive et massive du droit pénal et du droit de la responsabilité civile*. Cette confusion est d'ailleurs plurielle. Elle l'est dans ses formes, d'abord. Il y a celle qui n'a jamais cessé – il n'y a jamais eu de distinction absolue des responsabilités civile et pénale comme en témoigne la nature à la fois objective et subjective des fautes civiles et pénales – mais il y a surtout celle qui vient ou qui revient, notamment par le biais de la sanction-réparation ou de la responsabilité des groupements. La confusion est de droit positif dans une très large mesure, d'origine soit légale (avec l'action civile), soit jurisprudentielle (avec la responsabilité pénale du chef d'entreprise), mais elle est beaucoup aussi de droit prospectif, de nature doctrinale. C'est principalement le cas de la promotion de la responsabilité civile punitive et préventive. Plurielle, cette confusion l'est encore dans ses causes, ensuite. Elles sont sans doute mêlées d'histoire, de sociologie et de politique : régression cyclique vers le règne primitif et archaïque de l'émotion, substitution de la victime au héros comme référence symbolique de nos sociétés, passage à un monde refusant le mauvais sort, utilisation électoraliste de la fonction législative, tendance libérale sollicitant les acteurs privés dans le même temps que l'on demande à la puissance publique de se faire plus rare, tendance conservatrice privilégiant une approche répressive du droit pénal. Toutes ces données sont autant d'éléments conscients et inconscients susceptibles d'expliquer cette

¹⁷⁹ V. not. Crim., 16 mars 1964 : *JCP*, 1964, II, 13744, Crim., 9 juin 1984 : *Bull. crim.*, n° 232, Crim., 26 sept. 1989 : *JCP*, 1990, IV, 6, et Crim., 21 mars 2000 : *Bull. crim.*, n° 123.

¹⁸⁰ V. spéc., parmi les nombreux ouvrages sur la question, Ph. BONFILS, *L'action civile. Essai sur la nature juridique d'une institution*, P.U.A.M., 2000, et J. LEROY, *La constitution de partie civile à fins vindicatives. Défense et illustration de l'article 2 du Code de procédure pénale*, Thèse Paris, 1990.

¹⁸¹ C. proc. pén., art. 712-16-1 et s.

¹⁸² C. pén., art. 132-24, al. 2 : « la nature, le quantum et le régime des peines prononcées sont fixés de manière à concilier la protection effective de la société, la sanction du condamné et les intérêts de la victime avec la nécessité de favoriser l'insertion ou la réinsertion du condamné et de prévenir la commission de nouvelles infractions ».

¹⁸³ V. B. PAILLARD, *La fonction réparatrice de la répression pénale*, L.G.D.J., Bibliothèque de sciences criminelles, t. 42, 2007, N. RIAS, *op. cit.*, n° 923 et s., et F. ROUSSEAU, art. *cit.*

¹⁸⁴ C. pén., art. 131-3, 8°, et 131-8-1 : « La sanction-réparation consiste dans l'obligation pour le condamné de procéder, dans le délai et selon les modalités fixés par la juridiction, à l'indemnisation du préjudice de la victime ».

¹⁸⁵ V. spéc. S. CARVAL, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, t. 250, 1995, et C. GRARE, *Recherches sur la cohérence de la responsabilité délictuelle. L'influence des fondements de la responsabilité sur la réparation*, Dalloz, coll. NBT, vol. 45, 2005. Adde l'article 1371 de l'avant-projet Catala, préc., l'article 1386-25 de la proposition sénatoriale n° 657 de loi portant réforme de la responsabilité civile, et l'article 54 de la proposition de réforme de l'Académie des sciences morales et politiques, publiée in *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, préc.

évolution du droit positif. Pour intéressants qu'ils soient, ils ne retiendront pas, néanmoins, l'attention du juriste.

19. Problème de l'articulation des responsabilités de droit privé. Il ne sera pas question ici, en effet, de se borner à décrire le phénomène de confusion des responsabilités civile et pénale ou d'en opérer le classement ou l'explication. Il s'agira d'aller plus loin en portant sur lui un jugement de valeur du point de vue de la cohérence et de l'efficacité de l'ordre juridique. Ainsi, il faut se demander si cette confusion n'est qu'« *enchevêtrement* » et identité ou si elle est plutôt « *erreur* », « *méprise* », « *bouleversement* », « *anarchie* » et « *incohérence* »¹⁸⁶. Plus techniquement, les interrogations auxquelles entend répondre la présente recherche sont les suivantes : comment pourra-t-on, une fois cette confusion généralisée en droit positif, opérer la distinction entre les deux disciplines ? Faudra-t-il se résoudre à se fier à la nature du code dans lequel sera insérée telle ou telle norme ? Faudra-t-il se contenter de ce critère purement formel ? Insatisfaisant, cela serait de plus très artificiel et irrationnel comme abandonnant à la seule volonté et à la seule parole du législateur la désignation de ce qui est civil et de ce qui est pénal. Civil et pénal deviendraient de la sorte de simples formules magiques. On ne serait plus qu'à un pas de la prophétie d'un éminent pénaliste, à savoir celle de la reformulation de l'article 1382 du Code civil dans les termes suivants : « *tout dommage oblige celui par la faute pénale duquel il est arrivé à exécuter la sanction-réparation prévue à l'article 131-8-1 du Code pénal* »¹⁸⁷.

Le problème n'est pas que théorique. Il ne s'agit pas simplement de plaire à l'esprit géométrique du juriste français, féru de distinctions abstraites, intellectuelles et subtiles. La question de la distinction et plus généralement des rapports entre droit de la responsabilité civile et droit pénal est éminemment pratique. Elle est le préalable à d'autres interrogations : comment légiférer en droit de la responsabilité ? Comment l'appliquer ? Comment l'enseigner ? A l'heure où les réformes d'ensemble se font attendre et où les propositions se multiplient aussi bien en matière civile¹⁸⁸ qu'en matière criminelle¹⁸⁹, alors qu'on parle de plus en plus de droit européen des obligations¹⁹⁰ ou de droit pénal européen¹⁹¹, ce serait une

¹⁸⁶ *Dictionnaire des synonymes, nuances et contraires*, dir. D. LE FUR, Robert, coll. Les usuels, 2011, V° *confusion*.

¹⁸⁷ J.-H. ROBERT, « La victoire posthume de Lombroso et de Ferri », *Dr. pénal*, 2008, Repère n° 2.

¹⁸⁸ V. ainsi l'avant-projet de réforme du droit des obligations (Articles 1101 à 1386 du Code civil) et du droit de la prescription (Articles 2234 à 2281 du Code civil) Catala, la proposition sénatoriale n° 657 de loi portant réforme de la responsabilité civile, et la proposition de réforme de l'Académie des sciences morales et politiques, publiée in *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, préc.

¹⁸⁹ V. not. *La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale*. *Opinio doctorum*, Dalloz, 2009, et *Droit pénal : le temps des réformes. Actes du colloque des 7, 8 et 9 octobre 2009, à l'Université Montesquieu Bordeaux IV*, Litec, 2011, ouvrages collectifs dir. V. MALABAT, B. DE LAMY, et M. GIACOPELLI.

¹⁹⁰ Si les perspectives d'une véritable harmonisation sont aujourd'hui limitées, les universitaires européens s'intéressent vivement à la question, comme en témoigne l'élaboration par l'*European Group on Tort Law* de *Principles of European Tort Law* librement consultables et en français en ligne à l'adresse suivante : <http://civil.udg.edu/php/biblioteca/items/288/PETLFrench.pdf>. Sur la question, v. not. S. BANAKAS, « Un droit européen de la responsabilité civile est-il envisageable ? », *Resp. civ. et ass.*, hors-série juin 2001, *La*

erreur de méthode que de ne pas résoudre cette difficulté fondamentale. La question se pose alors nécessairement : *comment articuler le droit civil et le droit pénal de la responsabilité de façon rationnelle ?* Comment fonder leurs convergences aussi bien que leurs divergences ? Comment les *ordonner*, c'est-à-dire comment les *organiser*, et ce, d'une manière qui *s'impose*, d'un point de vue logique, voire juridique¹⁹² ?

20. Préalable à la résolution du problème : réduction du domaine de l'étude aux conditions de la responsabilité. Le problème à résoudre est aussi général que la tendance à la confusion qui l'a suscité. Il intéresse la totalité des questions techniques soulevées par le droit de la responsabilité, qu'elles touchent à la génération ou à la réalisation de la responsabilité juridique. La tâche est donc immense, si bien que s'impose une nouvelle réduction du champ de recherche au sein même du droit privé auquel il avait déjà été limité. L'objectif étant de mener une étude de "droit comparé interne", il ne saurait être question d'aborder à titre exclusif le droit civil ou le droit pénal. L'approche sera définitivement transdisciplinaire. Le choix à opérer doit donc se faire au sein même de la structure technique de la responsabilité juridique. Sera ainsi étudiée uniquement la question de la génération de la responsabilité juridique, à savoir celle de la constitution et de l'imputation du fait générateur de responsabilité.

Par conséquent, on rejettera tous les aspects relatifs à sa réalisation, qu'il s'agisse du droit processuel de la responsabilité juridique ou de la sanction de cette dernière. On peut fonder ce choix sur plusieurs arguments. Envisager les aspects de droit processuel, tout d'abord, impliquerait l'analyse de certains mécanismes, tels que celui de l'autorité de la chose jugée au criminel sur le pénal. Or, il semble que les aborder suppose au préalable de se faire une opinion sur l'identité ou la distinction conceptuelle de notions comme la faute, le dommage ou le lien de causalité, soit à traiter de questions relevant du droit substantiel et, plus précisément, des conditions de la responsabilité¹⁹³. Une étude sur le droit processuel de la

responsabilité civile à l'aube du XXI^{ème} siècle, n° 8, pp. 77 et s., Ph. BRUN, *op. cit.*, n° 19 et s., et « Regards hexagonaux sur les principes du droit européen de la responsabilité civile », *Mél. G. Viney*, préc., pp. 187 et s., Y.-M. LAITHIER, *op. cit.*, n° 165, et G. VINEY, « L'harmonisation des droits de la responsabilité civile en Europe », *Mél. Y. Lambert et D.-C. Lambert*, Dalloz, 2002, pp. 417 et s.

¹⁹¹ Le droit pénal est doublement intéressé par le droit européen. Il l'est traditionnellement par le droit conventionnel des droits de l'Homme dont de nombreux articles le concernent au premier chef. Il l'est également par le droit de l'Union européenne, et ce, spécialement depuis que la CJCE a reconnu une certaine compétence au législateur communautaire en matière répressive (CJCE, 13 sept. 2005, *Commission c/ Conseil*, C-176/03 : *Rec. CJCE*, p. I-7879). Sur la question, v. principalement, E. GINDRE, *L'émergence d'un droit pénal de l'Union européenne*, L.G.D.J./Fondation Varenne, coll. des Thèses, vol. 31, 2009, et J. PRADEL, G. CORSTENS et G. VERMEULEN, *Droit pénal européen*, Dalloz, coll. Précis, 3^e éd., 2009.

¹⁹² Suivant le double sens du premier verbe, dont la beauté a été soulignée par BARRES, puis rappelée par RIPERT, *in op. cit.*, n° 1.

¹⁹³ Comme en témoigne les ouvrages suivants : A. BOTTON, *Contribution à l'étude de l'autorité de la chose jugée au pénal sur le civil*, L.G.D.J., Bibliothèque de sciences criminelles, t. 49, 2010. P. HEBRAUD, *L'autorité de la chose jugée au criminel sur le civil*, Sirey, 1929, et N. VALTICOS, *L'autorité de la chose jugée au criminel sur le civil*, Sirey, 1953. Pour une démarche en sens inverse, v. A. PIROVANO, *Faute civile et faute pénale*, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, t. 70, 1966.

responsabilité ne pourrait par conséquent que suivre la recherche qu'il est ici proposée de mener. Il en est de même de la sanction de cette dernière, ensuite, dont l'examen ne paraît pas permettre une approche globale de l'articulation des responsabilités de droit privé. La sanction symbolisant l'opposition même du droit civil et du droit pénal à travers la dichotomie de la réparation et de la peine, n'envisager qu'elle pourrait conduire à ne raisonner qu'en termes de distinction, et ce, alors que l'articulation est affaire de convergences autant que de divergences. Par ailleurs, les sanctions de la responsabilité sont classiquement corrélées à ses sanctions. C'est ainsi que la peine est à la mesure de la faute et que le dommage constitue l'assiette de la réparation. Bien les étudier suppose donc l'étude antérieure des conditions de la responsabilité. Du reste, la peine privée et les institutions indemnitaires du droit pénal font sans cesse l'objet de thèses de doctorat de sorte que le sujet est déjà bien connu¹⁹⁴.

Partant, *la recherche d'une solution au problème de l'articulation du droit de la responsabilité civile et du droit criminel sera donc menée par le prisme des conditions de la responsabilité en droit privé.*

21. Solution au problème : les responsabilités civile et pénale comme applications techniques spéciales d'une institution générale de responsabilité juridique. Si l'on refuse de s'en tenir à un critère purement formaliste consistant à identifier une discipline en se référant au seul nom du code contenant les règles qui la régissent, comment faut-il procéder ? Comment articuler droit civil et droit pénal de la responsabilité ? Faut-il les distinguer absolument, comme on enseigne classiquement, ou les confondre totalement, comme s'apprête à faire le droit français ?

On a dit la question « *impossible à traiter* »¹⁹⁵. La raison de la difficulté de la tâche et, par là même, de ce pessimisme semble pouvoir être identifiée. Elle se trouve peut-être dans la conception classiquement retenue de la responsabilité juridique. Celle-ci n'est jamais comprise que comme un terme générique ne servant qu'à englober dans un même ensemble différentes disciplines, la responsabilité internationale, celle de la puissance publique et, bien sûr le droit civil et le droit pénal de la responsabilité¹⁹⁶. Une telle approche, en ce qu'elle conduit à étudier chacune de ces branches du droit de manière cloisonnée, pourrait d'ailleurs expliquer en partie la confusion des responsabilités civile et pénale. A considérer chacune d'elle comme totalement indépendante l'une de l'autre, on leur permet en effet d'évoluer librement, sans considération pour leur homologue, tant et si bien que l'on est tenté de leur faire jouer tous les rôles possibles sur la scène juridique. La chose est particulièrement vraie pour le droit de la responsabilité civile dont Henri MAZEAUD a eu tôt fait de mettre en garde

¹⁹⁴ V. not. S. CARVAL, *op. cit.*, C. GRARE, *op. cit.*, L. HUGUENEY, *L'idée de peine privée en droit contemporain*, thèse Dijon, 1904, A. JAULT, *La notion de peine privée*, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, t. 442, 2005, D. MAZEAUD, *La notion de clause pénale*, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, t. 223, 1992, B. PAILLARD, *op. cit.*, N. RIAS, *op. cit.*, B. STARCK, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité prise en sa double fonction de garantie et de peine privée*, L. RODSTEIN, 1947.

¹⁹⁵ WINFIELD and JOLOWICZ, *On Tort*, n° 8, note 37, cité par A. TUNC *in op. cit.*, n° 49.

¹⁹⁶ V. *supra* n° 10.

contre sa propension à absorber l'ensemble des règles juridiques¹⁹⁷. Une autre conception de la responsabilité juridique, une autre voie, est pourtant possible.

Au sortir de son *Etude comparée de la responsabilité délictuelle en droit privé et en droit public*¹⁹⁸, CORNU conviait ainsi les juristes à adopter « une habitude nouvelle de pensée » consistant à toujours tenir compte de « l'unité fondamentale de la responsabilité »¹⁹⁹ dans l'appréhension des problèmes juridiques qu'elle soulève. De cette conclusion, on pourrait faire un point de départ pour résoudre notre problème. La responsabilité juridique peut être conçue comme une institution générale, soit, selon la définition de ROUBIER, « un ensemble organique qui contient la réglementation d'une donnée concrète et durable de la vie sociale et qui est constitué par un nœud de règles juridiques dirigées vers un but commun »²⁰⁰. La donnée concrète, ici, serait le phénomène sociologique de responsabilité tel qu'étudié par FAUCONNET, lequel estimait d'ailleurs qu'une « institution de la responsabilité » est nécessaire à la détermination des responsables²⁰¹. Quant au but à atteindre, on peut le définir comme le rétablissement optimal de l'ordre des choses par la satisfaction des besoins sociaux issus de l'avènement du fait générateur de responsabilité²⁰². Et la réglementation, le nœud de règles juridiques, enfin, ce sont les différentes branches du droit de la responsabilité, les applications techniques de l'institution générale.

C'est en considérant la responsabilité juridique de la sorte, comme une institution générale dont les responsabilités civile et pénale ne sont que des applications techniques en droit positif, et en remontant constamment à cette institution qu'une réponse à la question des rapports entre droits civil et pénal de la responsabilité semble devoir être recherchée et pouvoir être trouvée. Partant, il serait alors possible de poser les premières pierres d'une théorie générale de la responsabilité juridique propre à guider le juriste, et ce, qu'il travaille à la création, à l'application, à l'enseignement ou à l'étude critique du droit de la responsabilité. En se concentrant sur leurs conditions, il s'agira donc de démontrer que *c'est en partant de la responsabilité juridique prise comme institution générale que l'on peut et que l'on doit organiser rationnellement les relations entre le droit civil et le droit pénal de la responsabilité, qui n'en sont que les applications particulières en droit privé*. C'est ainsi qu'il sera établi que l'institution de la responsabilité juridique impose à la fois des convergences et des divergences entre les deux disciplines²⁰³. D'un côté en effet, elle fournit un concept général de responsabilité juridique qui confère à ses applications techniques leur identité et qui leur impose de se confondre pour partie, témoignant de la sorte d'une unité conceptuelle

¹⁹⁷ In « L'absorption des règles juridiques par le principe de responsabilité civile », *D.*, 1935, chron., pp. 5 et s.

¹⁹⁸ *Op. cit.*

¹⁹⁹ *Ibid.*, p. 284.

²⁰⁰ *In op. cit.*, n° 3.

²⁰¹ *In op. cit.*, p. 246. Il entend par là « un corps de règles, explicites ou non, et proprement morales, (qui) commande le choix du patient légitime, c'est-à-dire de l'être qui symbolise vraiment le crime au regard de la conscience morale ou juridique ». *Adde ibid.*, p. 282.

²⁰² Pour plus de détails sur ces besoins sociaux, v. *infra* n° 339 et s.

²⁰³ Comp. L. HUSSON, *op. cit.*, pp. 327 et s.

de la responsabilité en droit privé. Et, d'un autre côté, c'est en impliquant *un système global de responsabilité* que la même institution exclut la confusion généralisée des droits civil et pénal et commande que chacun ait une utilité propre par le jeu d'un rôle spécifique, ce qui conduit à promouvoir une *distinction fonctionnelle des responsabilités de droit privé.*

Ce sont donc ces deux principes directeurs, pourvoyeurs de ce qui peut être désigné comme *les éléments d'une théorie générale de la responsabilité juridique*, qui présideront à notre étude des conditions de la responsabilité en droit privé.

PARTIE I : L'unité conceptuelle de la responsabilité en droit privé

PARTIE II: La distinction fonctionnelle des responsabilités de droit privé

PREMIERE PARTIE

L'UNITE CONCEPTUELLE DE LA RESPONSABILITE

EN DROIT PRIVE

22. Convergence des droits civil et pénal de la responsabilité dans l'unité conceptuelle de la responsabilité juridique. Toute confusion du droit pénal et de la responsabilité civile n'est pas à proscrire. Bien au contraire, la responsabilité juridique semble plutôt imposer une certaine convergence des deux disciplines. C'est qu'*avant d'être de droit civil ou de droit criminel, les responsabilités contractuelle, délictuelle, quasi-délictuelle et pénale relèvent tout d'abord du droit de la responsabilité.* Il ne s'agit en effet que d'applications particulières d'une institution générale : celle de la responsabilité juridique. Comme les contrats spéciaux sont soumis à la théorie générale du contrat et de l'acte juridique, les responsabilités civile et pénale doivent l'être à la théorie générale de la responsabilité juridique et il apparaît incohérent ou, tout au moins de mauvaise méthode, de construire chacune de ces deux disciplines en perdant de vue le tronc commun qui les unit et qui, rationnellement, paraît indépassable. Charge juridique en vertu de laquelle le responsable subit une sanction en réaction à la dégradation anormale d'une situation juridique qui lui est imputée, la responsabilité juridique a ses exigences essentielles qui doivent nécessairement se transmettre à toutes ses applications spéciales, à peine pour ces dernières de perdre leur identité. La convergence des droits civil et pénal de la responsabilité dans l'unité conceptuelle de la responsabilité juridique paraît donc s'imposer. Reste à en identifier le contenu.

23. La cause efficiente de la responsabilité juridique comme fondement de son unité conceptuelle. La définition générale de la responsabilité juridique indique que tous les ordres de responsabilité peuvent être construits selon une structure commune. Mais ces éléments généraux de la responsabilité juridique ne paraissent pas tous susceptibles de conférer son unité conceptuelle à la notion. Ils sont trop vagues pour certains : la charge juridique peut être une obligation ou un devoir²⁰⁴ ; la nécessité d'un responsable n'impose rien quant aux règles d'imputation, qui peuvent être variées ; la sanction désigne simplement que la responsabilité juridique expose le responsable à un effet juridique, lequel peut prendre plusieurs formes. Certains de ces éléments dépassent en outre notre champ d'étude, à savoir les conditions de la responsabilité : la nature de la charge juridique, devoir ou obligation, ne concerne pas la génération de la responsabilité puisque la naissance de cette charge suppose que toutes les conditions de la responsabilité soient réunies ; la sanction, quant à elle, en est évidemment un effet.

Reste donc la référence à la dégradation anormale d'une situation juridique qui, en revanche, paraît suffisamment précise pour qu'on puisse y voir le noyau dur de la responsabilité juridique. *L'unité conceptuelle de la responsabilité de droit privé paraît en effet résider dans ce qui se révèle finalement comme la cause efficiente de la responsabilité*

²⁰⁴ Sur ces notions et leurs relations, v. P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, réimpr., Dalloz, coll. Bibliothèque, 2005, n° 13 et s., et n° 24 et s.

*juridique*²⁰⁵. A la question "pourquoi la responsabilité ?", la réponse semble toujours être : parce que l'ordre des choses a été indûment dégradé. Cela peut être transposé dans l'ordre juridique. A la question "pourquoi la responsabilité juridique ?", il semble que le droit rétorque nécessairement : parce qu'une situation juridique a été anormalement altérée.

Il en résulte que, quelle que soit la responsabilité de droit privé en cause, elle devra se fonder sur cette cause efficiente indépassable, constitutive de l'unité conceptuelle de la responsabilité : *la dégradation anormale d'une situation juridique*.

24. Le fait générateur comme traduction technique de la cause efficiente de la responsabilité juridique. Techniquement, cette cause efficiente de la responsabilité juridique renvoie au fait juridique qui sera imputé au responsable en vue de le sanctionner, c'est-à-dire au fait qui engendre la charge juridique de subir une sanction qui est au responsable. *Etudier l'unité conceptuelle de la responsabilité juridique, c'est donc s'intéresser au processus de constitution de ce fait générateur*, aux éléments constitutifs généraux qu'il faudra retrouver dans chaque application particulière de la responsabilité en droit privé : responsabilité civile et responsabilité pénale. En d'autres termes, aux *éléments constitutifs conceptuels* du droit de la responsabilité. Il faut, par conséquent, s'entendre avant tout sur la notion de fait générateur de responsabilité qui est, au premier abord, ambiguë.

En droit pénal, elle désigne en principe l'*infraction*²⁰⁶, notion bien connue mais discutée quant à son contenu, que l'on peut définir comme un comportement incriminé. On reconnaît classiquement que celui-ci revêt une dimension matérielle, renvoyant à l'acte du délinquant et au résultat qu'il engendre, et une dimension morale, liée à la volonté et à la conscience de l'agent²⁰⁷. En revanche, on peut soutenir que l'incrimination elle-même, tout comme la justification du comportement incriminé, ne font pas partie de l'infraction car ils sont étrangers au comportement lui-même. L'infraction, c'est ce qui est décrit par le texte. Ce n'est

²⁰⁵ Comp. M. VILLEY, « Esquisse historique sur le mot responsable », *APD*, t. 22, *La responsabilité*, Sirey, 1977, pp. 44 et s., spéc. p. 51: « *La cause véritable, essentielle de l'obligation (...) c'est toujours le désordre jeté dans une relation entre plusieurs personnes* ».

²⁰⁶ Sur cette notion, v. outre les ouvrages généraux, A.-Ch. DANA, *Essai sur la notion d'infraction pénale*, L.G.D.J., Bibliothèque des sciences criminelles, t. 23, 1982, et N. STONESTREET, *La notion d'infraction pénale*, thèse Bordeaux, 2009.

²⁰⁷ V. not. B. BOULOC, *Droit pénal général*, préc., P. BOUZAT et J. PINATEL, *Traité de droit pénal et de criminologie*, t. 1, Dalloz, 2^e éd., 1970, Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, préc., F. DESPORTES et F. LE GUNEHÉC, *Droit pénal général*, Economica, coll. Corpus, 16^e éd., 2009, H. DONNEDIEU DE VABRES, *Traité élémentaire de droit criminel et de législation comparée*, Sirey, 1947, R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, préc., X. PIN, *Droit pénal général*, Dalloz, coll. Cours, 5^e éd., 2012, J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., M.-L. RASSAT, *Droit pénal général*, préc., et G. VIDAL et J. MAGNOL, *Cours de droit criminel et de science pénitentiaire*, 9^e éd. par J. MAGNOL, Arthur Rousseau, 1947. Rares sont les auteurs à ne pas adhérer à la présentation de l'infraction sous forme d'éléments. V. not. A.-Ch. DANA, *op. cit.*, spéc. n° 48 et s., et 264, M. LACAZE, *Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, L.G.D.J./Fondation Varenne, coll. des Thèses, vol. 39, 2010, not. n° 496 et s., Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, P.U.F., coll. Droit fondamental/Classique, 3^e éd., 2010, et J.-H. ROBERT, *Droit pénal général*, P.U.F., coll. Thémis, 6^e éd., 2005. Sur les éléments constitutifs de l'infraction, v. également de ce dernier auteur, « L'histoire des éléments de l'infraction », *Rev. sc. crim.*, 1977, pp. 269 et s., et V. SAINT-GERAND, *La culpabilité dans la théorie de la responsabilité pénale*, thèse Lyon, 2000, n° 26 et s.

ni ce dernier²⁰⁸ ni l'impact social du fait juridique²⁰⁹. Néanmoins, si l'infraction est bien l'étincelle qui allume tous les feux du droit criminel, elle n'est pas le seul fait générateur de responsabilité pénale. Il semble en effet envisageable de qualifier ainsi le *fait de complicité*²¹⁰ qui est également un comportement incriminé, composé d'un élément matériel et d'un élément moral²¹¹, et qui ne se distingue que par le fait que l'incrimination figure dans la partie générale du Code pénal.

Les choses sont beaucoup moins claires en droit civil. On utilise ainsi souvent le terme de fait générateur pour décrire l'une des trois conditions de la responsabilité civile²¹². Il s'agit alors d'étudier tant le *fait personnel* que l'*inexécution contractuelle*, le *fait d'autrui* ou celui *de la chose*, par opposition à la causalité et au dommage ou au préjudice. Néanmoins, la division tripartite des conditions de la responsabilité civile semble davantage historique, descriptive et pédagogique que technique. Et pour cause : la notion de fait générateur prise dans le sens minimaliste qu'utilisent classiquement les civilistes ne pourrait à la rigueur renvoyer qu'au fait générateur de dommage²¹³. Et encore, une telle présentation se révélerait également inexacte car elle impliquerait qu'on appréhende le fait non seulement en tant qu'il est matériel et anormal mais aussi en tant qu'il est causal. Or, tel n'est pas le cas puisque l'étude de la causalité est systématiquement séparée de celle du fait générateur. *A fortiori*, la notion de fait générateur telle qu'usitée traditionnellement par la doctrine ne saurait renvoyer au comportement pris dans son entier, lien causal et résultat inclus. Or, c'est bien cette acception englobante de la notion qu'il semble juste de retenir. En effet, la faute et ses équivalences ne sont pas suffisantes à elles seules pour engendrer la responsabilité civile. Pour cela, il faut un fait matériel anormal, un dommage et un lien de causalité unissant les

²⁰⁸ La notion d'élément légal est contestable en ce que, si l'incrimination constitue l'infraction, il s'agit de l'infraction abstraite telle que posée dans les textes. Au contraire, éléments matériel et moral la constituent concrètement, lui donnent vie, réalité. On peut dire que si ces derniers sont constitutifs de l'infraction, le texte d'incrimination est davantage son constituant. En ce sens, v. not. A.-Ch. DANA, *op. cit.*, n° 14 et 57, E. FORTIS, *L'élément légal dans les infractions d'imprudence portant atteinte à l'intégralité corporelle*, thèse Paris, 1989, n° 4 et s., et N. STONESTREET, *op. cit.*, n° 8. *Contra* v. P. BOUZAT et J. PINATEL, *op. cit.*, n° 121, H. DONNEDIEU DE VABRES, *op. cit.*, n° 141, et R. MERLE, *Droit pénal général complémentaire*, P.U.F., coll. Thémis, 1957.

²⁰⁹ Favorable à la notion d'élément injuste, v. M.-L. RASSAT, *op. cit.*, n° 317 et s. Sur la place et la fonction de la justification en matière civile et pénale, v. *infra* n° 571 et s.

²¹⁰ Dans le même sens, v. E. DREYER, *Droit pénal général*, préc., n° 1015.

²¹¹ Pour une telle présentation, v. Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *op. cit.*

²¹² V. not. en ce sens, Ph. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle*, préc., M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations. 2- Responsabilité civile et quasi-contrats*, préc., Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit civil. Les obligations*, préc., R. SAVATIER, *Traité de la responsabilité en droit français civil, administratif, professionnel, procédural*, t. 2, L.G.D.J., 2^e éd., 1951, B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Obligations. 1. Responsabilité délictuelle*, Litec, 5^e éd., 1996, F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, préc., et G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil. Les conditions de la responsabilité*, L.G.D.J., 3^e éd., 2006.

²¹³ V. not. en ce sens, J. CARBONNIER, *Droit civil. Les biens, les obligations*, P.U.F., coll. Quadriège/Manuels, 2004, Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *La responsabilité délictuelle*, PUG, coll. Le droit en plus, 3^e éd., 2000, et Ph. MALINVAUD et D. FENOUILLET, *Droit des obligations*, LexisNexis/Litec, coll. Manuels, 11^e éd., 2010.

deux. La réunion de ces trois conditions est nécessaire à ce que le lien de responsabilité civile se tisse.

Ainsi, au comportement incriminé répond le *fait anormal dommageable*. Ce peut être un fait de l'homme (faute dommageable ou inexécution) ou un fait anormal dommageable de la chose.

25. Définition et structure du fait générateur de responsabilité. En définitive, on peut retenir une définition technique du fait générateur de la responsabilité juridique en général. Fonctionnellement, il s'agit du *fait juridique qui, après imputation, causera la charge juridique qu'est la responsabilité*. Il s'agit de l'objet de l'imputation, du support technique de la responsabilité, de la réponse à la question : de quoi est-on responsable ? D'un point de vue conceptuel, on peut l'envisager comme un *comportement ou un état anormal qui est la cause d'un résultat auquel le législateur attache une sanction, le résultat légal*.

De cette dernière définition découle aussi une structure constitutive générale du fait générateur, partagée par le droit civil et le droit pénal. On oppose souvent à cet égard les aspects matériel, moral et juridique du fait générateur, sans pourtant toujours les distinguer clairement. Une telle approche a pour résultat un certain flou du droit de la responsabilité. Il serait pourtant possible, au vu de la définition conceptuelle du fait générateur de responsabilité et dans une optique nouvelle, de distinguer entre deux aspects de ce dernier. En effet, il y a dans cette notion la cause et l'effet, le comportement à proprement parler et ses conséquences. On pourrait opposer dès lors un *fait causal* et un *fait causé*. La réunion de ces deux conditions, notions complexes elles-mêmes subdivisées en divers éléments générateurs²¹⁴, constitue le processus de constitution ou de perfection juridique du fait générateur de responsabilité²¹⁵.

26. Etude préalable du résultat légal. S'il pourrait sembler logique, car chronologique, au vu du processus de constitution du fait générateur, d'étudier le fait causal avant le fait causé, telle ne sera pas la méthode retenue. La raison en est que ce dernier renvoie à une notion juridique au rôle fondamental : le résultat légal²¹⁶, c'est-à-dire celui qui, atteint, déclenche l'application du droit en ce qu'il clôt la constitution du fait générateur de responsabilité. Ce concept est un élément de référence pour plusieurs notions telles que la faute ou la causalité qui, sans être fonctionnelles, sont cependant relatives en ce sens que leur définition passe par la référence à une autre notion, laquelle peut donc être qualifiée de

²¹⁴ Selon la terminologie utilisée par MOTULSKY, *in Principes d'une réalisation méthodique du droit privé. La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, préc.

²¹⁵ Pour une précision de la notion de constitution, souvent prise dans un sens sans doute trop étroit par les pénalistes, v. *infra* n° 94.

²¹⁶ Sur cette notion, v. Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, préc., n° 318 et s., V. MALABAT, « Retour sur le résultat de l'infraction », *Mél. J.-H. Robert*, LexisNexis, 2012, pp. 443 et s.

référentielle – et qui est ici celle de résultat légal²¹⁷. Ainsi, leur appréhension et leur étude, si elles veulent être précises, doivent passer par la détermination préalable d'un résultat légal donné. On envisagera donc l'influence du concept de responsabilité juridique sur le résultat légal en premier lieu, et sur le fait causal en second lieu.

TITRE I : L'INFLUENCE DU CONCEPT DE RESPONSABILITE JURIDIQUE SUR LE RESULTAT LEGAL

TITRE II : L'INFLUENCE DU CONCEPT DE RESPONSABILITE JURIDIQUE SUR LE FAIT CAUSAL

²¹⁷ Par exemple, la volonté du résultat légal sera le critère de la faute intentionnelle par opposition aux fautes non-intentionnelles et le lien de causalité devra précisément unir le fait causal au résultat légal. Sur ces questions, v. *infra* n° 423 et s., et 220 et s. Dans le même sens, v. V. MALABAT, art. *cit.*

TITRE PREMIER

L'INFLUENCE DU CONCEPT DE RESPONSABILITE JURIDIQUE SUR LE RESULTAT LEGAL

26-1. Précisions sur la notion de résultat légal. La notion de résultat légal est une notion de pénalistes²¹⁸. Discutée au sein même de cette matière pour sa subtilité que certains auteurs estiment excessive au point de n'y voir que complexité²¹⁹, on pourrait dès lors douter qu'il soit bien opportun d'en proposer l'extension à l'ensemble du droit de la responsabilité, responsabilité civile comprise. Pourtant, on peut penser que l'adoption d'un vocabulaire commun à l'ensemble des applications techniques de la responsabilité juridique revêt une utilité certaine, en tant qu'outil avantageux de l'élaboration d'une théorie générale de la cette dernière. Par ailleurs, la notion de résultat légal – à bien la préciser – paraît assez bien adaptée à cet objectif, en ce qu'elle est, d'un point de vue fonctionnel, d'un apport technique indéniable et, d'un point de vue conceptuel, d'une clarté acceptable et d'une généralité appréciable.

Pour ce qui est de l'aspect fonctionnel de la notion, d'une part, il révèle que le résultat légal présente un double intérêt. En plus de servir, en tant que notion référentielle, à la définition d'autres notions générales du droit de la responsabilité²²⁰, elle fixe le lieu et le moment de constitution du fait générateur de responsabilité, permettant, par là même, de déterminer la loi et la juridiction compétentes ou encore le point de départ du délai de prescription des actions civiles et publiques – autant de questions communes aux différents types de responsabilité.

Pour ce qui est de l'aspect conceptuel de la notion, d'autre part, il est tout à fait possible de la définir avec précision, et ce, de deux manières. Tout d'abord, on peut la définir par rapport à son effet : il s'agit de *l'événement qui, une fois réalisé, engendre en vertu du droit positif* – d'où le qualificatif de "légal" – *la responsabilité juridique, celui qui fait naître la charge juridique qu'est la responsabilité*. Mais il ne s'agit pas d'une notion purement fonctionnelle, uniquement définissable par son objectif et son effet. La notion de résultat légal, en effet, peut d'autre part être saisie au travers de son contenu. C'est d'ailleurs sous cet angle que la

²¹⁸ Elle est principalement due à une certaine doctrine précédemment citée note 216.

²¹⁹ V. spécialement E. DREYER, *Droit pénal général*, préc., n° 673 et s., et J.-Y. MARECHAL, *Essai sur la notion de résultat dans la théorie de l'infraction pénale*, préc., n° 135 et s. Le premier, notamment, préfère raisonner à partir du résultat redouté par le législateur et distinguer selon qu'il est nécessaire ou pas – dernier cas dans lequel l'infraction serait une infraction-obstacle – et, dans la première hypothèse, selon que l'atteinte effective de ce résultat doit être prouvée – infraction matérielle – ou non – infraction formelle. Il est pourtant discutable qu'il s'agisse véritablement d'une question de preuve. Si, par exemple, la mort de la victime n'a pas à être prouvée en matière d'empoisonnement, il semble que cela tienne surtout au fait que celle-ci n'est même pas une condition de la constitution de cette infraction. La différence entre les infractions matérielles et les infractions formelles ne paraît donc pas relever d'une règle de preuve mais bien d'une règle de fond. Sur cette distinction, v. *infra* n° 86 et s.

²²⁰ V. *supra* n° 26.

question va être abordée bientôt puisqu'il va précisément s'agir de démontrer que le concept de responsabilité juridique impose un certain nombre d'exigences conduisant à attribuer à la notion de résultat légal le contenu suivant : *la dégradation – prise sous l'angle passif de la dégradation subie – d'une situation juridique.*

Ces précisions faites, il apparaît à la fois possible et légitime de continuer et promouvoir l'usage de la notion de résultat légal pour l'étude de l'ensemble des applications techniques de l'institution générale de responsabilité juridique.

27. Importance historique du résultat légal. Outre les raisons logiques et méthodologiques justifiant l'étude préalable du résultat légal, il faut lui reconnaître une primauté du point de vue historique. Ce phénomène sociologique rapporté par FAUCONNET²²¹ est aujourd'hui bien connue, et l'on sait aussi comment ce sont le raffinement de la pensée juridique et l'influence chrétienne et du droit canon qui ont permis tardivement et progressivement de s'en détacher pour faire dépendre ou varier cette réaction en fonction du fait causal. Cette conception subjectiviste du droit de la responsabilité a connu son âge d'or au XIX^e siècle, de la rédaction des codes napoléoniens à la révolution industrielle. Mais le résultat légal connaît depuis la fin de cette ère un regain d'intérêt. L'avènement de la démocratie²²², la valeur prise par la personne humaine²²³, la multiplication des accidents et le passage à une société du risque notamment, ont formé une combinaison ayant conduit à une attention nouvelle au résultat nuisible pris en tant que tel. Celui-ci est aujourd'hui à la limite de justifier seul la génération d'une responsabilité juridique, civile ou pénale.

28. Importance théorique du résultat légal. Il en résulte un droit positif qui paraît tiraillé par diverses tendances opposées présentant toutes des risques pour les libertés individuelles. Entre un objectivisme extrême ne prenant en compte que les inconvénients provenant d'une activité ou d'une situation, un subjectivisme excessif se concentrant sur le seul comportement de l'auteur et déniait toute importance au résultat légal, et une espèce de formalisme fade tendant à confondre ces deux conditions de la responsabilité juridique dans la simple idée de violation de la loi, un équilibre doit pourtant être cherché et trouvé. Car si l'importance historique du résultat légal se révèle variable, sa valeur théorique est beaucoup moins discutable. La responsabilité, d'un point de vue général, se présente en effet comme une réponse à un mal, à un déséquilibre social. Elle exprime le rejet par les hommes d'une dysharmonie qu'ils jugent intolérable. Et la responsabilité juridique est l'institution élaborée par le juriste pour la traduire dans l'ordre du droit, ce qu'il doit faire en indiquant un résultat

²²¹ In *La responsabilité. Etude de sociologie*, préc.

²²² V. G. RIPERT, *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, L.G.D.J., 2^e éd., 1948, spéc. n° 167 et s., *Le déclin du droit*, L.G.D.J., 1949, n° 1 et s., et *Les forces créatrices du droit*, L.G.D.J., 2^e éd., 1955, n° 34 et s.

²²³ V. R. SAVATIER, « Le dommage et la personne », *D.*, 1955, chron., pp. 5 et s., et « Personnalité et dépersonnalisation de la responsabilité civile », *Mél. M. Laborde-Lacoste*, Bière, 1963, pp. 321 et s.

légal consistant en la dégradation d'une situation juridique et qui parfait la constitution du fait générateur de responsabilité. Une approche équilibrée de la question est donc nécessaire, qui tiendra compte à la fois du fait que la responsabilité suppose qu'il se soit passé quelque chose de regrettable, et de ce que ce quelque chose doit revêtir certaines caractéristiques particulières.

Autrement dit, démontrer que le résultat légal prend part à l'unité conceptuelle de la responsabilité en droit privé impose, d'abord, une réaffirmation de l'exigence d'un résultat légal (Chapitre 1). C'est seulement une fois le principe de cette exigence posée que l'on pourra, ensuite, étudier quel est le type de résultat légal précisément exigé par le concept de responsabilité juridique (Chapitre 2).

Chapitre premier

L'exigence d'un résultat légal

29. Non-conformité du droit positif. Poser comme évidence que toute responsabilité juridique implique un résultat légal consistant en une dégradation d'une situation juridique peut légitimement étonner. En effet, le droit positif paraît plutôt témoigner d'une réalité inverse. Certains comportements *a priori* inoffensifs semblent ainsi de nature à entraîner responsabilités civile et pénale. Un tel qui, bénéficiant d'une visibilité parfaite, ne s'arrêterait pas au feu rouge ou au signal "stop" s'exposerait malgré tout à une peine²²⁴. Un tel autre qui, restituant en mauvais état l'appartement qu'il occupait, n'aurait pas respecté son obligation d'user de la chose louée en bon père de famille, pourrait se voir condamner à des dommages et intérêts au profit du bailleur alors même que ce dernier aurait quoi qu'il en soit prévu de détruire l'immeuble²²⁵. De telles solutions sont-elles justifiables ? Si oui, quels en sont les fondements ? Répondre à ces questions suppose que l'on se soit fait une idée sur la réalité et la portée de l'exigence d'un résultat légal. C'est de cette idée que devra dépendre principalement le jugement porté sur le droit positif, et non l'inverse.

Il en résulte que c'est seulement après avoir démontré que l'exigence d'un résultat légal repose sur des fondements solides (Section 1) qu'il faudra en tirer toutes les conséquences à l'égard du droit positif et à propos de certaines propositions de droit prospectif (Section 2).

Section 1. Les fondements de l'exigence d'un résultat légal

30. Dualité de fondements. L'exigence d'un résultat légal comme s'imposant à toutes les applications techniques en droit privé de l'institution générale de la responsabilité juridique paraît tout à fait fondée. Plus précisément, la valeur de ce fondement est double. Qualitativement en premier lieu, les fondements de l'exigence se révèlent logiques et solides. D'un point de vue quantitatif en second lieu, ils sont multiples puisqu'aux fondements généraux de l'exigence, découlant radicalement du concept même de responsabilité juridique (§1), voire de responsabilité en général, viennent s'ajouter des fondements propres à chaque responsabilité de droit privé, comme autant de confirmations apportées aux premiers (§2).

²²⁴ C. route, art. R. 412-30, al. 3 et s., et R. 415-6 et s.

²²⁵ Comp. Civ. 3, 30 janv. 2002 : *Bull. civ.*, n° 17 ; et *RTD Civ.*, 2002, pp. 321 et s., obs. P.-Y. GAUTIER, et pp. 816 et s., obs. P. JOURDAIN.

§1. Les fondements généraux de l'exigence

31. Le résultat légal comme condition essentielle de la responsabilité juridique. Deux éléments tirés du concept même de la responsabilité en droit privé sont susceptibles de fonder rationnellement l'exigence d'un résultat légal au sein de chaque fait générateur de responsabilité. Non seulement, en tant que responsabilité, elle apparaît d'essence rétrospective, tournée vers le passé, (A), mais, en plus, comme responsabilité juridique, elle doit forcément avoir une destination sociale (B).

A- L'essence rétrospective de la responsabilité

32. Apparence de la possibilité de responsabilités purement prospectives. Plusieurs arguments semblent aller contre l'idée d'une exigence d'un résultat légal conçue comme consubstantielle à la responsabilité juridique, laissant dès lors apparaître la possibilité de responsabilités purement prospectives, susceptibles d'exister avant toute dégradation de l'ordre des choses.

Hors du champ juridique, d'une part, on invoque souvent la pensée de certains philosophes pour soutenir l'idée d'une responsabilité pour l'avenir. Sont principalement mises en avant les thèses de Hans JONAS telles que contenues dans son ouvrage *Le principe responsabilité*²²⁶. Dans celui-ci, l'auteur défend effectivement « *un tout autre concept de responsabilité qui ne concerne pas le calcul ex post facto de ce qui a été fait, mais la détermination de ce qui est à faire ; un concept en vertu duquel je me sens donc responsable non en premier lieu de mon comportement et de ses conséquences, mais de la chose qui revendique mon agir* »²²⁷. Le dépassement de l'étendue du savoir de l'Homme par le potentiel causal de son pouvoir imposerait, selon le philosophe, une redéfinition de la responsabilité en un sens clairement prospectif, afin de préserver ce qui est et qui, de ce seul fait, doit être encore. Il s'agirait d'une « *éthique de la responsabilité pour l'avenir* »²²⁸ propre à permettre la survie indéfinie de l'Humanité sur Terre.

Dans l'ordre juridique, d'autre part, deux éléments interdiraient de conclure à une essence rétrospective de la responsabilité. L'étymologie, en premier lieu, en raison des origines latines du terme "responsable"²²⁹. Celui-ci vient en effet, notamment, de *respondere* (répondre de, répondre à) et de *responsor* (la caution) renvoyant, dès lors, à « *l'idée de se tenir garant du cours d'événements à venir* »²³⁰ et donc à celle d'un engagement ayant pour objet un événement non encore réalisé. Une part de plus en plus importante de la doctrine, en second

²²⁶ *Op. cit.* Adde A. ETCHEGOYEN, *Le temps des responsables*, préc., et P. RICŒUR, *Le juste*, préc.

²²⁷ H. JONAS, *Le principe responsabilité. Une éthique pour la civilisation technologique*, préc. p. 182.

²²⁸ *Ibid.*, p. 183.

²²⁹ Sur cette question, adde *supra* n° 10.

²³⁰ G. PIGNARRE, « La responsabilité : débat autour d'une polysémie », préc., et, avant elle, M. VILLEY, « Esquisse historique sur le mot responsable », préc.

lieu, se livre à une entreprise constante et voyante de promotion d'une telle forme de responsabilité, censément tournée tout entière vers l'avenir et opposée à la classique responsabilité curative. Elle se fonde d'ailleurs sur les éléments philosophiques et étymologiques évoqués dans l'objectif de donner une application au principe de précaution *via* le droit de la responsabilité civile²³¹

Toutefois, ces éléments ne semblent pas condamner la défense de l'exigence d'un résultat légal comme condition de la génération d'une responsabilité. L'hypothèse d'une responsabilité purement prospective n'est qu'une apparence que l'on peut aisément dissiper.

33. Réalité de l'essence rétrospective de toute responsabilité. En effet, diverses considérations permettent de réfuter la possibilité d'une responsabilité prospective. Les éléments apportés au crédit de cette proposition paraissent reposer sur une double erreur de méthode.

Imprecision du vocabulaire employé d'abord, puisque ceux qui se prévalent de la souplesse sémantique du terme "responsabilité" semblent constamment osciller entre son acception juridique et son usage dans la langue courante. En effet, l'idée de responsabilité prospective, de responsabilité pour ce que l'on a à faire, paraît correspondre à l'expression courante "avoir des responsabilités", qui désigne la situation de celui qui « *en tant que chef (...) prend des décisions* »²³². Or, si la langue quotidienne peut se permettre de désigner par un même terme, ici celui de "responsabilité", des réalités variées, ici celles de « *devoir* », de « *fonction* » ou de « *faute* »²³³, le vocabulaire juridique se doit d'être beaucoup plus précis que cela en raison du pouvoir particulier des mots qui servent à la construction du droit positif²³⁴. Toutes ces réalités, pour autant, ne sont pas étrangères à la théorie générale de la responsabilité juridique et il suffit de les situer à leur place propre. C'est ainsi que ce que l'on désigne sous l'expression de "responsabilité prospective" paraît pouvoir être rattachée à deux notions du droit de la responsabilité. Etre "responsable" de ce qui est à faire, d'une part, c'est en effet être tenu d'une charge (devoir ou obligation). Mais cette charge n'est pas celle qui caractérise la charge juridique-responsabilité. Elle semble plutôt désigner l'obligation préalable dont la violation est constitutive de la faute source de responsabilité et, plus généralement, l'exigence essentielle

²³¹ En ce sens, v. not. M. BOUTONNET, *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile*, préc., n° 511 et s., D. TAPINOS, *Prévention, précaution et responsabilité. Risque avéré, risque suspecté et transformation du paradigme de la responsabilité civile*, préc., n° 867 et s., C. SINTEZ, *La sanction préventive en droit de la responsabilité civile. Contribution à la théorie de l'interprétation et de la mise en effet des normes*, préc., n° 300, et C. THIBIERGE, « Avenir de la responsabilité, responsabilité de l'avenir », *D.*, 2004, chron., pp. 577 et s., et « Libres propos sur l'évolution du droit de la responsabilité (vers un élargissement de la fonction de la responsabilité civile ?) », *RTD Civ.*, 1999, pp. 561 et s. Pour plus de détails, v. *infra* n° 130 et s.

²³² *Le Grand Robert de la langue française*, préc., V° *Responsable*, n° 3.

²³³ *Dictionnaire des synonymes, nuances et contraires*, préc., V° *Responsabilité*.

²³⁴ Sur l'importance du langage juridique, v. not. J. DABIN, *Théorie générale du droit*, préc., n° 232 et s., F. GENY, *Science et technique en droit privé positif*, t. 1, Sirey, 1913, n° 51 et s., et t. 3, Sirey, 1921, n° 254 et s., et P. ROUBIER, *Théorie générale du droit*, préc., n° 13, pp. 113 et s. Adde G. RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, préc., n° 142 et s.

d'anormalité²³⁵. Être "responsable" de ce qui est à faire, c'est donc être désigné comme débiteur d'une charge à accomplir, sauf à devoir en assumer les conséquences en vertu d'une responsabilité dans son sens proprement juridique. Lorsque Hans JONAS évoque les responsabilités politique et parentale comme « *paradigmes éminents* » de sa théorie²³⁶, il ne paraît pas voir les choses autrement. Il précise d'ailleurs que la seule responsabilité juridique est celle qui se conçoit « *comme imputation causale des actes commis* »²³⁷, et donc comme purement rétrospective. Alain ETCHEGOYEN, lui aussi, fait clairement la différence entre une acception juridique de la responsabilité, « *péjorative (et qui) renvoie toujours au passé* », et le concept philosophique qu'il promeut, valeur positive et référence morale ayant vocation à servir de principe d'action²³⁸. De même, l'étymologie juridique qui rattache le terme "responsable" à celui de "caution" va dans le même sens. Le langage juridique est aujourd'hui plus précis et personne n'irait nier que le cautionnement fait naître une obligation contractuelle à la charge de son débiteur. Ce n'est qu'en cas de violation de cette obligation préalable qu'il sera question, juridiquement, de responsabilité²³⁹. Et celle-ci sera indubitablement tournée vers le passé. D'autre part, "avoir des responsabilités", c'est assumer une fonction qui octroie pouvoir et donc devoir, ainsi du parent ou du décideur. Cela paraît renvoyer à la notion de responsabilité fonctionnelle²⁴⁰ en lui conférant, au moins, un fondement l'ancrant dans la représentation que se fait la société du phénomène de la responsabilité. S'il est vrai que la responsabilité fonctionnelle est attachée à une personne prédéterminée à raison de sa qualité, il faut cependant reconnaître que celle-ci ne verra engager sa responsabilité qu'à la suite de la constitution d'un fait générateur bel et bien réalisé et que cette responsabilité conservera un caractère totalement rétrospectif. Au sens strict donc, toute responsabilité est donc forcément tournée vers le passé.

La défense d'une responsabilité prospective paraît ensuite reposer sur une confusion dans la compréhension du système de la responsabilité. La promotion doctrinale de la responsabilité juridique pour l'avenir passe par des moyens qui dépassent l'objectif poursuivi, à savoir la prévention des risques de dommages par le biais de la responsabilité civile. Comme il sera démontré²⁴¹, une telle fonction ne paraît pas heurter l'essence rétrospective de la responsabilité et, pour le comprendre, il suffit de distinguer clairement ce qui relève des

²³⁵ Sur laquelle, v. *infra* n° 149 et s.

²³⁶ *In op. cit.*, p. 193. M. Etchegoyen voit, quant à lui, un peu plus large en envisageant le cas, certes, de la politique (*op. cit.*, pp. 119 et s.), de l'Etat (*ibid.*, pp. 233 et s.) et de la famille (*ibid.*, pp. 201 et s.), mais aussi ceux des entreprises (*ibid.*, pp. 103 et s.), des médias (*ibid.*, pp. 135 et s.), des professions médicales (*ibid.*, pp. 149 et s.), des intellectuels (*ibid.*, pp. 163 et s.) ou de l'école républicaine (*ibid.*, pp. 183 et s.).

²³⁷ H. JONAS, *op. cit.*, pp. 179 et s. A l'inverse, RICŒUR propose aux juristes, *in Le juste*, préc., pp. 65 et s., de faire évoluer le concept juridique de responsabilité dans un sens prospectif sur le fondement de l'idée de prévention.

²³⁸ A. ETCHEGOYEN, *op. cit.*, spéc. pp. 19 et s.

²³⁹ La philosophie ne l'ignore pas. Pour KANT, en effet, « *la responsabilité juridique procède (...) du croisement de (...) deux obligations, la première (« celle de faire, que l'infraction viole ») justifiant la seconde (« celle de réparer ou de subir la peine »), la seconde sanctionnant la première* » (cité *ibid.*).

²⁴⁰ Sur cette notion, v. *infra* n° 479 et s.

²⁴¹ *Infra* n° 75 et s.

conditions et des effets de la responsabilité juridique. Si la responsabilité se veut toujours tournée vers le passé, en tant que réponse à une perturbation inadmissible de l'ordre des choses, rien n'empêche que la réaction qu'elle provoque ne soit pas, elle, orientée vers l'avenir. A vrai dire, il semble bien qu'elle ne puisse que l'être, faute pour l'Homme de pouvoir faire en sorte que ce qui s'est réalisé ne l'ait pas été. La prévention d'une dysharmonie sociale future ou de l'aggravation d'une perturbation déjà réalisée peut très bien être recherchée par le biais de la responsabilité. L'institution est d'ailleurs coutumière de cette fonction, ce qui ne l'empêche pas d'être toujours fondée sur un événement déjà passé.

Au final, il apparaît que *si l'on est responsable, c'est forcément de quelque chose qui s'est effectivement passé*. Reste à savoir ce que la destination sociale de la responsabilité juridique impose quant à ce quelque chose en question.

B- La destination sociale de la responsabilité juridique

34. Insuffisance du caractère rétrospectif de la responsabilité. S'il apparaît nécessaire qu'il se soit produit un événement pour qu'il y ait responsabilité, cela ne commande rien au sujet de ce en quoi cet événement doit précisément consister. Une pensée formulée, dans l'ordre interne, un acte quelconque accompli, dans l'ordre externe, sont des phénomènes qui en se produisant pourraient très bien satisfaire l'essence rétrospective de la responsabilité. Ne dit-on pas que la simple convoitise d'une autre femme que son épouse suffit à constituer le péché d'adultère ? Et la responsabilité morale ne naît-elle pas par le seul accomplissement en connaissance de cause de la faute de même nature, indépendamment de tout sentiment de culpabilité chez son auteur ou de toute réprobation sociale exprimée²⁴² ?

Que doit-il en être de la responsabilité juridique ? Le fait causal peut-il suffire ou peut-il être confondu avec le résultat légal dans une acception purement formelle du fait générateur de responsabilité conçu comme une simple violation de la loi ? Car il faut s'en rendre compte, une telle solution reviendrait en effet à considérer que tout comportement illicite est systématiquement accompagné d'un résultat légal consistant en la seule atteinte à l'ordre juridique positif. Une telle approche, qui a pu être défendue sous diverses formes²⁴³, semble très difficilement admissible pour donner trop d'importance au droit pris comme construit et en oublier sa destination sociale.

²⁴² Sur la responsabilité morale, v. not. S. GOYARD-FABRE, « Responsabilité morale et responsabilité juridique selon Kant », préc., M. LABORDE-LACOSTE, *De la responsabilité pénale dans ses rapports avec la responsabilité civile et la responsabilité morale. Evolution des idées en France au XIX^e siècle*, préc., M. VILLEY, art. cit., et *supra* n° 8.

²⁴³ Pour le droit pénal, v. sur les courants de pensée tendant à résumer l'infraction pénale à une violation de la loi et sur les implications de cette conception, la passionnante thèse de Mlle Lacaze : *Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, préc., spéc. l'introduction et la première partie.

35. Fonction sociale du droit et nature technique de la responsabilité juridique.

Retenir une responsabilité pénale ou civile sur le seul fondement de l'accomplissement d'un acte violant un interdit juridique reviendrait à tourner en rond, à tenir le droit pour auto-référent et auto-suffisant. Ce serait commettre ainsi deux erreurs.

En premier lieu, ce serait oublier le mot fameux de PORTALIS : « *Les lois sont faites pour les hommes, et non les hommes pour les lois* », qui résume si bien la fonction sociale du droit²⁴⁴. Sans qu'il soit besoin de s'étendre trop longtemps sur ce point bien connu, il faut se rappeler que celui-ci a pour rôle de régir les relations entre individus vivant au sein d'une même société, les actes intéressant le rapport d'une personne à elle-même ou à Dieu étant exclus de l'empire du droit²⁴⁵. Il faut ajouter que l'Homme étant la fin suprême du droit, la fonction sociale de celui-ci commande que, lorsque le système juridique prohibe ou commande un comportement, il vise toujours en dernier ressort la satisfaction d'un idéal humain ou d'un besoin émanant d'une société humaine.

En second lieu, et pour préciser l'idée précédente, ce serait aussi oublier que la responsabilité juridique n'est qu'une institution technique recevant les données présidant à la naissance du phénomène "responsabilité"²⁴⁶ pour l'organiser en conciliant, dans le respect du juste et de l'utile, les idéaux et les intérêts sociaux des sujets de droit²⁴⁷. Plus précisément, il tend à ordonner les réponses humaines à la perturbation anormale de l'équilibre social²⁴⁸.

36. Conséquences sur la consistance du résultat légal. Ces considérations imposent plusieurs conséquences quant à la consistance du concept technique de résultat légal qui ne paraît pas pouvoir être purement formel. La fonction sociale du droit et la nature technique de la responsabilité juridique imposent, d'une part, que le résultat légal se situe dans l'ordre externe et, plus précisément, qu'il intéresse l'ordre social, et requièrent, d'autre part, que le résultat légal ne soit pas autre chose que la dégradation d'une valeur ou d'un intérêt trouvé dans la société des hommes. Le résultat légal doit consister en l'altération d'un élément relevant du donné et non en la simple atteinte au construit élaboré pour le protéger²⁴⁹. Par conséquent, il en découle que *le résultat légal ne peut et ne doit pas être un concept formel, à la limite de la vacuité, et qu'il doit bien consister en la dégradation, non de l'ordre juridique mais des situations juridiques reconnues, organisées et protégées par ce dernier*. La sanction du meurtre, par exemple, ne saurait être analysée comme celle de la violation de l'interdiction juridique de tuer mais comme le moyen de protéger et de réaffirmer la valeur de ce bien

²⁴⁴ V. not. F. GENY, *Science et technique en droit privé positif*, t. 1, préc., p. 14 et pp. 43 et s., P. ROUBIER, *op. cit.*, p. 193, et n°25 et s., et M. VIRALLY, *La pensée juridique*, préc., pp. 1 et s.

²⁴⁵ V. not. J. DABIN, *op. cit.*, n° 13 et s., et 93 et s., et M. VIRALLY, *op. cit.*, pp. 27 et s., et 77 et s.

²⁴⁶ Sur la responsabilité comme phénomène sociologique, v. P. FAUCONNET, *op. cit.*, et *supra* n° 6 et s.

²⁴⁷ Comp. P. ROUBIER, *op. cit.*, p. 22, au sujet de l'institution juridique: « *l'institution n'est pas une donnée directe de la vie et des faits, elle vient du droit objectif, mais celui-ci organise l'institution en fonction de certains buts, qui, eux, sont des données vitales de la société* ». La responsabilité juridique, comme institution, n'échappe pas à la règle.

²⁴⁸ V. *supra* 7 et s.

²⁴⁹ V. références citées *supra* n° 2 note 2.

juridique qu'est la vie humaine. Le résultat légal ne doit pas être remplacé par le fait causal ou artificiellement confondu avec lui, sans quoi il ne paraît plus possible de parler de responsabilité juridique.

Par ailleurs, une telle condition semble confirmée par des fondements spéciaux, propres aux différentes applications pratiques de cette responsabilité.

§2. Les fondements spéciaux de l'exigence

37. Confirmations positives de l'exigence d'un résultat légal. Quittant l'institution générale de la responsabilité juridique pour rejoindre ses applications techniques en droit privé, l'exigence d'un résultat légal paraît confirmé par certaines exigences du droit positif, et ce, qu'il s'agisse du droit civil (A) ou du droit pénal de la responsabilité (B).

A- Les fondements propres au droit civil de la responsabilité

38. Droit civil, droit des obligations et exigence d'un résultat légal. Les raisons²⁵⁰ conduisant à admettre l'exigence spéciale, en droit de la responsabilité civile, d'un résultat légal paraissent en réalité assez évidentes. Elles tiennent en effet à ce que le droit civil de la responsabilité relève, comme son nom l'indique, de cette branche du droit qu'est le droit civil : « *ensemble des règles régissant les rapports entre particuliers* »²⁵¹. Plus précisément, il appartient au droit des obligations. Il en résulte qu'il ne saurait y avoir responsabilité civile sans pluralité de particuliers intéressés, et plus techniquement, sans au moins un créancier et un débiteur. Un simple fait causal, impliquant seulement la présence d'un auteur, n'est donc pas suffisant à ce qu'une telle application pratique de la responsabilité juridique soit mise en œuvre. Il faut nécessairement un résultat légal. Et l'appartenance au droit civil de cette responsabilité exclut que ce résultat soit purement formel et qu'il se limite à une atteinte à l'ordre juridique. Dans un tel domaine en effet, la destination sociale du droit à la satisfaction des besoins sociaux se fait encore plus prégnante. Sauf à considérer que chaque individu est personnellement intéressé au respect de l'ordre juridique en tant que tel et tenu d'y apporter son concours propre à la protection de celui-ci²⁵², il faut admettre que le droit civil de la responsabilité requiert un résultat légal devant avoir une certaine consistance, à savoir la dégradation d'une situation juridique concernant le patrimoine ou la personne même de celui qui demande la réalisation de la responsabilité civile.

²⁵⁰ Permettant d'expliquer pourquoi droit pénal et droit civil de la responsabilité doivent converger dans l'exigence d'un résultat légal, on verra, *infra* n° 344 et s., que ces mêmes arguments fondent aussi la nécessité de distinguer ces deux applications pratiques de la responsabilité en droit privé quant à la consistance précise de ce même résultat légal.

²⁵¹ *Lexique des termes juridiques*, dir. S. GUINCHARD et Th. DEBARD, préc., V° *Droit privé*.

²⁵² Comp. R. VON JHERING, *La lutte pour le droit*, 9^e éd. trad. O. de Maeulenaere, rééd., Dalloz, coll. Bibliothèque, 2006, spéc. pp. 76 et s.

B- Les fondements propres au droit pénal de la responsabilité

39. Le principe de légalité et l'exigence d'un résultat légal. Les choses sont moins simples en droit pénal en raison du fait que, d'une part, les fondements de l'exigence d'un résultat légal ne sont pas tous pleinement exploités en droit positif français, et d'autre part, que ce dernier, à la différence du droit civil, entre souvent en contradiction avec ladite exigence. Pourtant, il semble que certains principes imposent qu'un résultat légal consistant en la dégradation d'une situation juridique conditionne la constitution du fait générateur de responsabilité pénale.

Ainsi en est-il du principe de légalité tout d'abord. En effet, il est évident que lorsque le texte d'incrimination requiert la dégradation d'une situation juridique, toute décision de justice qui constate la responsabilité pénale de l'individu qui, semblant avoir adopté le comportement décrit par le texte d'incrimination mais sans avoir, en réalité, produit le résultat requis, devrait être considérée comme illégale. Tel semble être notamment le cas de la jurisprudence admettant la répression de l'infraction impossible²⁵³. En revanche, lorsque c'est le législateur lui-même qui prévoit qu'un comportement ne dégradant aucune situation juridique sera constitutif d'une infraction, aucun reproche ne peut être fait sur le fondement du principe de légalité criminelle. Dans ces hypothèses, on peut noter, au surplus, que lorsque la tentative est incriminée, on ne peut pas reprocher au juge de réprimer l'impossibilité dans la mesure où la voie lui est indiquée par la loi elle-même. Qui peut le plus peut le moins, qui peut consommer sans rien causer doit également pouvoir tenter une telle infraction.

Toutefois, s'il satisfait l'exigence de fondement formel de la loi pénale, le principe de légalité pourrait fort bien ne pas être suffisant pour autant. Ce principe est en effet par trop tributaire de la volonté du législateur et n'implique rien quant au fondement substantiel du droit pénal, quant à sa légitimité²⁵⁴.

40. Adéquation du principe de nécessité à l'exigence d'un résultat légal. Or, la légitimité de la répression pénale n'est pas qu'une question de politique juridique. Elle trouve un fondement technique qui peut l'imposer aux forces créatrices du droit dans le principe de nécessité du droit pénal, principe à valeur constitutionnelle qui peut trouver sa source dans les articles 5 et 8 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen²⁵⁵. Le premier dispose

²⁵³ V. *infra* n° 53 et s., et 253.

²⁵⁴ Sur cette distinction entre le fondement formel et le fondement substantiel du droit pénal, adde R. PARIZOT, *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*, L.G.D.J., Bibliothèque de sciences criminelles, t. 48, 2010, n° 194 et s. Rapp. également, sur la légitimité du droit pénal, E. DREYER, « La subsidiarité du droit pénal », *Mél. J.-H. Robert*, préc., pp. 247 et s.

²⁵⁵ En ce sens, v. O. KHAN, « Le principe de nécessité en droit pénal – thèse radicale », à paraître, X. PIN, « La nécessité et le droit pénal », *La nécessité en droit international*, Pédone, 2007, pp. 85 et s., où l'auteur aborde toutefois principalement la question sous l'angle de l'état de nécessité, et M.-Ch. SORDINO, « De la

en effet que « *la loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la société* ». Quant au second, il pose le principe de nécessité et de proportionnalité des peines, ce qui bien que ne paraissant concerner que la mesure de la sanction pénale, ne peut aller sans toucher préalablement au principe même de celle-ci et, partant, à la nécessité de l'incrimination même²⁵⁶.

A la différence de son pendant italien, le *principio di offensività*, auquel le droit italien confère également valeur constitutionnelle et dont l'insertion dans le Code pénal national est prévue par divers projets de réforme²⁵⁷, le principe de nécessité n'a pas encore beaucoup intéressé les juristes français²⁵⁸. Généralement considérée comme ne concernant que les peines, il ne donne lieu qu'à un contrôle limité du Conseil constitutionnel qui ne vérifie en principe que l'« *erreur manifeste d'appréciation* », la disproportion manifeste entre le comportement et sa sanction²⁵⁹. A première vue, il ne paraît donc pas pouvoir constituer un moyen d'empêcher la répression d'actes dont l'innocuité est évidente. Pourtant, qui ne voit pas qu'il y a une relation très forte entre la nécessité d'une incrimination et la nocivité de l'attitude qu'elle appréhende à l'encontre de l'une des valeurs protégées par le droit pénal, soit entre la légitimité de la répression pénale et l'exigence d'un résultat légal consistant en la dégradation d'un bien juridico-pénal²⁶⁰ ? On a pu ainsi distinguer l'antijuridicité formelle, consistant dans la simple violation d'une norme de droit, et l'antijuridicité matérielle, dont l'un des aspects serait la lésion ou la mise en danger d'un bien juridique et donc l'exigence d'un résultat légal²⁶¹, et préciser que « *ce n'est pas parce qu'un comportement est incriminé qu'il est illicite (mais qu')il est incriminé en tant que comportement antijuridique, parce qu'il*

proportionnalité en droit pénal », *Mél. J.-H. Robert*, préc., pp. 711 et s. Liant également principe de nécessité et légitimité de la sanction pénale, *adde* R. PARIZOT, *op. et loc. cit.*

²⁵⁶ Dans le même sens, v. O. KHAN, art. *cit.* Rapp. M.-Ch. SORDINO, art. *Cit.*

²⁵⁷ Sur lequel v. J. CHACORNAC, « Le risque comme résultat dans les infractions de mise en danger : les limites de la distinction des infractions matérielles et formelles », *Rev. sc. crim.*, 2008, pp. 849 et s., R. PARIZOT, *op. cit.*, n° 209 et s., et J. PRADEL, *Droit pénal comparé*, préc., n° 38, qui évoque aussi les droits polonais et russe. *Adde* pour les droits d'inspiration allemande, M. LACAZE, *op. cit.*, et pour le droit camerounais, S. YAWAGA, « Réflexion sur la constitutionnalisation de certains aspects du droit pénal camerounais de fond », *Rev. sc. crim.*, 2001, pp. 352 et s. Pour terminer, il est intéressant de remarquer que les principes de « *protection d'un intérêt légitime suffisant* » et de nécessité sont les premiers inscrits à l'*European criminal policy initiative*, manifeste doctrinal pour une politique criminelle européenne : v. X. PIN, « Politique criminelle et frontières du droit pénal : enjeux et perspectives », *RPDP*, 2011, pp. 83 et s.

²⁵⁸ Parmi les nombreux ouvrages de droit pénal général, les seuls qui traitent du principe de nécessité sont les suivants : Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *op. cit.*, n° 89 et s., F. DESPORTES et F. LE GUNEHEC, *op. cit.*, n° 273, E. DREYER, *op. cit.*, n° 248 et s., Y. MAYAUD, *op. cit.*, n° 39, et J.-H. ROBERT, *op. cit.*, p. 121. On notera d'ailleurs que MM. Conte et Maistre du Chambon et M. Mayaud en font une composante du principe de légalité. *Adde* spéc. E. DREYER, art. *cit.*, O. KHAN, art. *cit.*, R. PARIZOT, *op. cit.*, n° 195 et s., X. PIN, art. *cit.*, M.-Ch. SORDINO, art. *cit.*, et G. TILLEMENT, « Le contrôle de la nécessité des incriminations par le juge pénal », *Dr. Pénal*, 2003, chron. n° 34, pp. 4 et s.

²⁵⁹ V. not. F. DESPORTES et F. LE GUNEHEC, *op. et loc. cit.*, E. DREYER, art. *cit.*, Y. MAYAUD, *op. et loc. cit.*, O. KHAN, art. *cit.*, R. PARIZOT, *op. cit.*, n° 201 et s., M.-Ch. SORDINO, art. *cit.*, et G. TILLEMENT, art. *cit.* Comp. pour le droit italien, R. PARIZOT, *op. cit.*, n° 212.

²⁶⁰ Sur cette notion, v. M. LACAZE, *op. cit.*

²⁶¹ Sur un autre aspect de la notion d'antijuridicité matérielle, v. *infra* n° 596 et s.

est lésionnaire ou dangereux »²⁶². C'est la *ratio legis* de l'incrimination qui est ici en cause comme « *fondement et moteur* » de cette dernière, *ratio legis* appelée à en fixer « *la portée puisqu'elle permet de dresser les ultimes frontières de la répression* »²⁶³. S'appliquant à un comportement insusceptible de dégrader une situation juridique, l'incrimination perd son fondement, sa légitimité, elle n'est plus nécessaire. Elle est donc contraire aux principes constitutionnels²⁶⁴. On répondra sans doute que c'est ici confondre fondements politique et technique de la répression. En effet, nombreux sont les auteurs qui estiment que toute incrimination tend à prévenir les atteintes aux biens collectifs pénalement protégés²⁶⁵, qu'en dernière analyse, le risque est toujours le fondement politique de l'incrimination. Peu en revanche en déduisent la conséquence technique qu'un comportement sans résultat légal doit rester étranger au droit criminel. Pourtant, il est permis de douter de la valeur de l'opposition entre fondements technique et politique ou, tout au moins, de conclure à la prééminence de celui-ci sur celui-là. L'incrimination, si elle est politiquement fondée sur l'existence d'un danger, ne devrait plus pouvoir s'appliquer lorsque toute espèce de résultat légal est écartée car elle perd alors sa légitimité politique et, de ce fait, sa légitimité fonctionnelle²⁶⁶. *Cessante ratione legis, cessat lex*. Le principe de nécessité devrait donc permettre l'impunité pénale des agissements restés sans conséquence²⁶⁷. Cela est déjà permis par l'opinion partagée selon

²⁶² P. PHILIPPOT, *Les infractions de prévention*, thèse Nancy, 1977, pp. 160 et s. Adde Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *op. cit.*, n° 89 : « *la légitimité d'une incrimination ne tient pas seulement à son origine mais aussi à son contenu* ». Rappr. L. ROZES, « L'infraction consommée », *Rev. sc. crim.*, 1975, pp. 603 et s.

²⁶³ Y. MAYAUD, « *Ratio legis* et incrimination », *Rev. sc. crim.*, 1983, pp. 597 et s.

²⁶⁴ Rappr. J.-Y. MARECHAL, *Essai sur la notion de résultat dans la théorie de l'infraction pénale*, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2003, n° 564, qui convient que « *considérer que le résultat ne joue aucun rôle (...) invite nécessairement à se détacher d'une certaine conception du droit criminel, construite sur le principe de nécessité des peines, aux termes de laquelle le droit répressif ne doit intervenir qu'à titre exceptionnel, au risque, dans le cas contraire, d'entraver la liberté individuelle qui reste, théoriquement, le principe directeur de nos sociétés* ».

²⁶⁵ V. not. Y. MAYAUD, *Le mensonge en droit pénal*, L'Hermès, 1979, n° 360 et s. : « *chaque infraction représente (...) soit une atteinte, soit une menace à un bien juridique déterminé, et inversement, il ne peut y avoir d'infraction en l'absence d'atteinte ou de menace à une valeur sociale protégée* », n° 36, et L. ROZES, *art. cit.*

²⁶⁶ Il est indéniable que le principe de nécessité soulève le problème de la frontière entre la politique et la technique juridiques. Sans vouloir soulever la question de la légitimité du juriste à empiéter sur le premier de ces terrains, il est toutefois possible de délimiter ce qui, relativement au principe de nécessité, touche à l'un ou à l'autre. Ainsi, s'il est certain que la détermination de ce qui doit être érigé en bien juridico-pénal relève d'un choix politique qui peut toujours faire l'objet d'une discussion de même nature, il convient de noter que le principe de nécessité ne se réduit pas à ce jugement de valeur. En effet, la vérification de son respect suppose aussi de mettre en œuvre des jugements de réalité susceptibles de porter aussi bien sur l'existence d'un bien juridique abstraitement protégé par une incrimination ou concrètement lésé par un acte incriminé, que sur l'aptitude d'un comportement à dégrader un bien juridique pénalement protégé. Or, de telles questions sont indiscutablement à la portée du juriste et ne sauraient être confisquées par le législateur. Un texte de loi qui incriminerait, par exemple, le fait de vouloir tuer autrui en lui tirant dessus avec une arme à feu déchargée pourrait ainsi être considéré comme contraire au principe de nécessité pénale, et ce, sans remettre aucunement en cause le pouvoir législatif.

²⁶⁷ Aucune exception ne paraît devoir être faite au titre de la théorie de l'apparence, laquelle pourrait permettre de se satisfaire d'un risque putatif à titre de résultat légal. On pourrait en effet juger équilibré d'engager la responsabilité pénale de ceux qui ont cru dégrader une situation juridique ou qui aurait pu légitimement le croire. Toutefois, ce serait se satisfaire de la dangerosité de l'auteur indépendamment de celle de son action et faire

lequel le principe de nécessité serait applicable tant aux peines qu'aux incriminations²⁶⁸, position que le Conseil constitutionnel semble avoir fait sienne²⁶⁹.

41. Application du principe de nécessité et exigence d'un résultat légal. Le principe de nécessité, comme renforçant en droit pénal de la responsabilité l'exigence d'un résultat légal, pourrait intervenir sous deux formes.

Lors de l'application de la loi, d'une part, le juge pourrait retenir une interprétation téléologique de la loi tendant à limiter l'application des textes suffisamment malléables pour cela aux seules hypothèses où un résultat légal véritable serait caractérisé²⁷⁰.

Lors de l'élaboration de la loi – voie la plus intéressante mais aussi celle qui a le moins de chance de voir le jour tant la conception utilitariste et instrumentale du droit répressif a aujourd'hui la faveur du législateur²⁷¹, d'autre part, deux organes pourraient faire vivre le principe de nécessité comme exigence d'un résultat légal. Cela pourrait être, en premier lieu, l'œuvre du Conseil constitutionnel²⁷² qui, d'ailleurs, est moins timide que l'on pourrait le penser. Déjà certaines dispositions instituant des incriminations ont pu être censurées en raison de leur absence de rapport avec l'intérêt protégé par la loi. Dans une décision du 16 juillet 1996 relative à l'examen d'une loi tendant à renforcer la répression du terrorisme²⁷³, il avait été prévu d'ajouter aux infractions énumérées à l'article 421-1 du Code pénal celle d'aide à l'entrée, à la circulation ou au séjour irréguliers d'un étranger. Suivant les auteurs de la saisine, le Conseil a jugé le texte contraire au principe de nécessité en raison du fait qu'il incriminait « *non pas des actes matériels directement attentatoires à la sécurité des biens ou des personnes mais un simple comportement d'aide directe ou indirecte à des personnes en situation irrégulière* » et que « *ce comportement n'(était) pas en relation immédiate avec la commission de l'acte terroriste* ». De même, elle adapte parfois la loi pour lui rendre un fondement plus solide en termes d'antijuridicité matérielle. Alors que l'infraction d'outrage public au drapeau ou à l'hymne national pouvait être considérée comme conforme au principe de nécessité, un tel comportement constituant une infraction matérielle par lésion effective aux symboles de la nation, le Conseil constitutionnel a posé une réserve d'interprétation en

preuve d'un subjectivisme excessif. Le résultat légal paraît devoir exister objectivement, dans l'ordre externe, et l'ordre des choses devoir avoir été effectivement affecté.

²⁶⁸ V. not. Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *op. et loc. cit.*, E. DREYER, *op. et loc. cit.*, Y. MAYAUD, *Droit pénal général, op. et loc. cit.*, O. KHAN, *art. cit.*, et G. TILLEMENT, *art. cit.*

²⁶⁹ V. not. Cons. const., 16 juill. 1996, n° 96-377 DC, et Cons. const., 31 mars 2003, n° 2003-467 DC.

²⁷⁰ Dans le même sens mais en se fondant sur le concept de bien juridico-pénal, v. M. LACAZE, *op. cit.*, n° 479 et s. Rapp., plus timidement, Y. MAYAUD, *art. cit.* Pour un exemple précis, v. *infra* n° 52.

²⁷¹ V. not. O. KHAN, *art. cit.* L'auteur signale par ailleurs que l'influence en France du mouvement américain du Réalisme pénal conduit à retenir une vision inverse, qu'il qualifie de "dégradation", du principe de nécessité entendu comme obligeant le législateur à incriminer. Une telle acception du principe est d'ailleurs encouragée par la Cour européenne des droits de l'Homme qui n'hésite pas à condamner les états qui n'useraient pas de l'arme pénale aux fins de protections les droits contenus dans la convention dont elle assure le respect. Sur cette question, v. E. DREYER, *art. cit.*, et F. MASSIAS, « Pénaliser : une obligation positive très circonscrite », *Mél. B. Bouloc*, Dalloz, 2006, pp. 745 et s.

²⁷² En ce sens, v. M. LACAZE, *op. cit.*, n° 219.

²⁷³ Cons. const., 16 juill. 1996, n° 96-377 DC, préc.

précisant qu'elle ne pourrait être commise que dans le cadre de « *manifestations publiques à caractère sportif, récréatif ou culturel se déroulant dans des enceintes soumises par les lois et règlements à des règles d'hygiène et de sécurité en raison du nombre de personnes qu'elles accueillent* »²⁷⁴. C'est dire qu'une telle atteinte à la liberté d'expression ne se justifie que si, outre l'atteinte effective aux symboles nationaux, l'outrage en question est susceptible de créer un danger pour le nombre important de personnes pouvant être présentes sur les lieux. Imaginer que ce type de contrôle puisse se développer et même devenir systématique n'est donc pas tout à fait illusoire. En second lieu, le législateur pourrait, voire devrait, à l'avenir s'imposer à lui-même cette discipline de modération dans l'incrimination, cette ascèse répressive. La dépénalisation étant toujours d'actualité²⁷⁵ et le « *temps des réformes* »²⁷⁶ étant censé ne plus devoir trop longtemps se faire attendre, il serait bon que le principe de nécessité des incriminations soit la boussole qui guide le Parlement. Cela permettrait de rendre de sa fonction expressive au droit pénal en réservant la stigmatisation sociale, le caractère infamant et attentatoire aux libertés de ses sanctions, ainsi que la solennité de sa procédure, aux comportements les plus graves tant objectivement que subjectivement²⁷⁷. Le principe de nécessité permettrait une délimitation plus rationnelle du champ pénal, en excluant les doubles incriminations²⁷⁸ et une part des contraventions²⁷⁹ et des infractions dites "techniques", et en réaffirmant l'exigence d'un résultat légal. Le chantier est infiniment vaste et il n'est pas question de le mener ici. Il ne s'agit ici que de proposer un objectif pouvant être suivi par le législateur qui aura à cœur de donner un peu plus de considération à un droit pénal trop souvent considéré comme un simple instrument opportun de sanction. Une acception saine et utile du principe de nécessité semble permettre de diriger et modérer de la sorte le recours compulsif et excessif au droit pénal qui caractérise notre temps²⁸⁰.

²⁷⁴ Cons. const., 31 mars 2003, n° 2003-467 DC, préc.

²⁷⁵ V. en dernier lieu, le rapport Coulon relatif à la dépénalisation de la vie des affaires de janvier 2008 et consultable en ligne <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/084000090/0000.pdf>. Dans le même sens, comp. E. DREYER, art. *cit.*

²⁷⁶ Sur ce point, v. *La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale*. *Opinio doctorum, et Droit pénal : le temps des réformes. Actes du colloque des 7, 8 et 9 octobre 2009, à l'Université Montesquieu Bordeaux IV*, précités.

²⁷⁷ En ce sens, v. not. Y. MAYAUD, *op. et loc. cit.*, et art. *cit.*, et P. PHILIPPOT, *op. cit.*, p. 162.

²⁷⁸ En ce sens, v. R. PARIZOT, *op. cit.*, n° 201 et 207. Sur les doubles incriminations, v. not. V. MALABAT, « Le champ inutile du droit pénal : les doubles incriminations », *Mél. R. Ottenhof*, Dalloz, 2006, pp. 155 et s., et « Les infractions inutiles. Plaidoyer pour une production raisonnée du droit pénal », *La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale*. *Opinio doctorum, op. cit.*, pp. 71 et s. Adde M.-Ch. SORDINO, art. *cit.*

²⁷⁹ Le particularisme des contraventions est souvent mis en avant en doctrine et trouve son origine dans l'histoire et dans la confusion, sous cette acception, des infractions punies de peine contraventionnelle et de celles qui ne consistent qu'en la violation de certaines réglementations de police. Sur ce point, v. not. F. CHABAS, « La notion de contravention », *Rev. sc. crim.*, 1969, pp. 1 et s., S. DETRAZ, « Faut-il maintenir les contraventions dans le domaine pénal ? », *Droit pénal : le temps des réformes*, préc., pp. 39 et s., et P. PHILIPPOT, *op. cit.*, p. 160 et s.

²⁸⁰ Favorable à une utilisation opératoire du principe de nécessité aux fins de l'usage modéré de l'arme pénale mais aboutissant à des conclusions qui paraissent excessives car refusant que le risque de danger futur de lésion à objet indéterminé soit réprimé, v. O. KHAN, art. *cit.*, Y. MAYAUD, art. *cit.*, et R. PARIZOT, *op. cit.*, n° 243 et s., et « L'incrimination de participation à une bande ayant des visées violentes, un nouvel exemple de mépris(e)

A ce stade de notre étude, il permet surtout de donner un fondement supplémentaire, propre au droit pénal de la responsabilité, à l'exigence d'un résultat légal conçu comme dégradation d'une situation juridique, exigence consubstantiellement lié au concept de responsabilité juridique. Liée à l'essence rétrospective et à la destination sociale de toute responsabilité juridique, confirmé au rang inférieur des applications techniques de cette dernière en droit privé, cette exigence d'un résultat légal paraît finalement bénéficier d'une assise très solide. Reste désormais à en tirer les conséquences, à savoir le rejet de toute "responsabilité" sans résultat légal.

Section 2. Les conséquences de l'exigence d'un résultat légal

42. Rejet des comportements inoffensifs du droit de la responsabilité. D'un point de vue général, il n'y a qu'une conséquence à l'exigence d'un résultat légal comme composante indépassable de l'unité conceptuelle de la responsabilité juridique : *il ne peut y avoir responsabilité sans résultat légal*. A partir de là, deux déductions peuvent être faites cependant. D'une part, tout ce qui se fait appeler, *de lege lata*, "responsabilité" alors que manque un tel résultat doit être contesté et rejeté vers d'autres institutions juridiques, sinon hors du droit positif. D'autre part, *de lege ferenda*, tous les projets, qu'ils soient d'origine législative ou doctrinale, visant à maquiller en responsabilité la réaction juridique à des comportements insusceptibles de dégrader une situation juridique doivent être redirigés vers d'autres institutions ou avortés. De tels cas se retrouvent, tant en droit civil qu'en droit pénal, dans une mesure plus ou moins importante et inquiétante. Il faudra donc critiquer aussi bien les tentations civilistes d'admettre des "responsabilités" sans résultat légal (§1) que la répression pénale des infractions inoffensives (§2).

§1. Le rejet des tentations civilistes d'admettre des "responsabilités" sans résultat légal

43. Droit positif et droit prospectif. Ces tentations, peu nombreuses, sont tout de même de deux ordres distincts. Tout d'abord, le droit positif est parfois interprété comme se passant du réquisit d'un résultat légal: ainsi en est-il de la jurisprudence relative à la question du préjudice en matière de responsabilité contractuelle (A). Ensuite, une certaine doctrine se déclare en faveur de la consécration prospective d'une responsabilité civile punitive qui se passerait de toute dégradation d'une situation juridique (B). Au regard du caractère indépassable qui paraît être celui de l'exigence d'un résultat légal, l'ensemble devrait être rejeté.

à l'égard des principes du droit pénal », *D.*, 2009, chron., pp. 2701 et s. *Adde* E. DREYER, *op. et loc. cit.*, qui y voit un principe de modération de la pénalisation de la société, et G. TILLEMENT, *art. cit.*

A- Le rejet de certaines interprétations du droit positif

44. Position du problème. La question est de celles qui intéressent particulièrement la doctrine : l'inexécution contractuelle doit-elle systématiquement entraîner le versement de dommages et intérêts ou la responsabilité contractuelle est-elle subordonnée à la démonstration d'un préjudice ? Derrière cette question se cache celle de l'exigence positive ou non d'un résultat légal comme condition au versement de dommages et intérêts contractuels et, plus globalement, celle de l'appartenance de ces derniers à la responsabilité juridique et de l'existence de la responsabilité contractuelle.

45. Hésitations du droit positif quant à l'exigence d'un résultat légal. A lire le code, la loi semble résoudre la question ainsi : la seule inexécution donne droit à réparation. En premier lieu, telle est la solution retenue en matière d'obligation de faire ou de ne pas faire. L'article 1142 du Code civil dispose ainsi que « *toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts, en cas d'inexécution de la part du débiteur* »²⁸¹. La règle est répétée pour ce qui est des obligations de ne pas faire à l'article 1145 du même code²⁸². Par sa référence à la seule « *contravention* », ce texte semble signifier que la seule faute contractuelle pourrait suffire à engager la responsabilité du débiteur. En second lieu, en cas d'exécution tardive, les dommages et intérêts moratoires sont également dus « *sans que le créancier soit tenu de justifier d'aucune perte* » selon les termes même de l'article 1153, alinéa 2 du Code civil. Si certains en réduisent la portée soit à une règle de preuve²⁸³, soit à une règle de fond mais d'application exceptionnelle²⁸⁴, elle est exprimée en termes très clairs. La loi ne semble pas exiger autre chose qu'une inexécution comme l'indique l'article 1147. En dernier lieu, l'article 1149 dispose que « *les dommages et intérêts qui sont dus au créancier sont, en général, de la perte qu'il a faite et du gain dont il a été privé* ». Or, la précision « *en général* » paraît indiquer que les dommages et intérêts n'ont pas forcément à se fonder sur un préjudice, lésion de la fortune du créancier. Nul résultat ne paraît donc *a priori* requis par la loi.

²⁸¹ Il est vrai que cet article est souvent considéré comme traitant de la question de l'exécution en nature des obligations de faire et de ne pas faire. Néanmoins, les dommages et intérêts sont la sanction typique du droit de la responsabilité et constitue le mode principal de réparation.

²⁸² « *Si l'obligation est de ne pas faire, celui qui y contrevient doit des dommages et intérêts par le seul fait de la contravention* ». Son sens est parfois réduit à une dispense de mise en demeure. V. ainsi, J. MESTRE et B. FAGES, obs. sous Civ. 1, 26 févr. 2002, *RTD Civ.*, 2002, pp. 809 et s., et P. JOURDAIN, obs. sous Civ. 3, 13 nov. 1997, *RTD Civ.*, 1998, pp. 125 et s. Sur cette question, v. C. LE GALLOU, « Violation de la clause de non-concurrence et octroi automatique des dommages-intérêts : la punition d'une violation à part », note sous Civ. 1, 31 mai 2007, *RLDC*, 2007/42, pp. 6 et s.

²⁸³ V. not. L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, t. 2, Sirey, 3^e éd., 1939, n° 609.

²⁸⁴ V. not., H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, t. 1, 6^e éd., Montchrestien, 1965, n° 212 et 213.

La jurisprudence, quant à elle, affirme cependant depuis longtemps²⁸⁵ que le préjudice est nécessaire pour que l'inexécution contractuelle donne lieu à réparation. Elle le réaffirme constamment²⁸⁶ et va parfois jusqu'à préciser qu'« *une faute contractuelle n'implique pas par elle-même l'existence d'un dommage en relation de cause à effet avec cette faute* »²⁸⁷. Pour autant, cette position n'est pas stable et il arrive que la Cour de cassation refuse de casser les décisions de condamnation se fondant sur la seule inexécution indépendamment de toute perte pécuniaire pour la victime. Un arrêt rendu le 30 janvier 2002 par la troisième chambre civile²⁸⁸ a ainsi jugé que « *l'indemnisation du bailleur en raison de l'inexécution par le preneur des réparations locatives prévues au bail n'est subordonnée ni à l'exécution de ces réparations ni à la justification d'un préjudice* ». Dans cette affaire, le bien loué avait été revendu à un promoteur immobilier qui l'avait fait démolir. Le bailleur-vendeur n'avait subi aucune perte pécuniaire. Abondamment commenté, cet arrêt n'est d'ailleurs pas le seul en ce sens²⁸⁹. Il ne cristallise pas pour autant la position de la Cour de cassation. En effet, l'exigence d'un préjudice a été réaffirmée par la suite à l'occasion d'un cas d'espèce identique²⁹⁰, de même que la solution inverse du caractère suffisant de l'inexécution²⁹¹. La jurisprudence est donc pour le moins hésitante, et ce, même quand il est question d'appliquer les textes les plus explicites²⁹².

46. Interprétations classiques du droit positif et exigence d'un résultat légal. Son interprétation n'en est que plus complexe, d'autant plus que le problème juridique alimente la controverse sur la nature des dommages et intérêts contractuels²⁹³ qui fait écho à celle relative à la réalité de la responsabilité civile contractuelle et à la fonction des dommages et intérêts contractuels²⁹⁴.

²⁸⁵ V. not. Req., 25 mai 1936, cité in G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. cit.*, n° 247, note 12.

²⁸⁶ V. not. Civ. 1, 18 nov. 1997 : *Bull. civ.*, n° 317, Civ. 1, 26 févr. 2002 : *Bull. civ.*, n° 68 ; *Petites affiches*, 18 novembre 2002, note Ph. STOFFEL-MUNCK ; et *RTD Civ.*, 2002, obs. J. MESTRE et B. FAGES, p. 809, et *Com.*, 9 avr. 2002 : *JCP*, 2003, II, 10067, note J.-M. TENGANG.

²⁸⁷ Civ. 1, 18 nov. 1997, préc.

²⁸⁸ Civ. 3, 30 janv. 2002 : *Bull. civ.*, n° 17 ; *D.*, 2002, note J.-L. ELHOUEISS, p. 2288 ; *D.*, 2003, somm., obs. D. MAZEAUD, p. 458 ; *JCP*, 2002, I, 186, obs. G. VINEY ; et *Petites affiches*, 13 septembre 2002, note S. BEAUGENDRE, p. 3 ; et *RTD civ.*, 2002, obs. P.-Y. GAUTHIER, p. 321, et obs. P. JOURDAIN, p. 816.

²⁸⁹ V. not. *Com.*, 30 juin 1992 : *Bull. civ.*, n° 258, Civ. 3, 25 janv. 1995 : *Bull. civ.*, n° 29, *Com.*, 13 nov. 1997, préc. : *Bull. civ.*, n° 202, et Paris, 4 oct. 1996 (retard dans les transports) : *JCP*, 1997, II, 22811, note G. PAISANT et Ph. BRUN.

²⁹⁰ Civ. 3, 3 déc. 2003 : *Bull. civ.*, n° 221 ; *JCP*, 2004, I, 163, obs. G. VINEY ; et *RTD civ.*, 2004, obs. P. JOURDAIN, p. 295. *Adde* Civ. 1, 26 févr. 2002, préc., Civ. 1, 13 nov. 2002 : *Bull. civ.*, n° 265 et 266, et *Com.*, 9 avr. 2002, préc.

²⁹¹ V. not. Civ. 1, 10 mai 2005 : *Bull. civ.*, n° 201 ; *JCP*, 2006, I, 111, n° 3, obs. Ph. STOFFEL-MUNCK ; et *RTD Civ.*, 2005, obs. J. MESTRE et B. FAGES, p. 594, et obs. P. JOURDAIN, p. 600, Civ. 1, 31 mai 2007, préc. : *Bull. civ.*, n° 212, et Civ. 1, 14 oct. 2010 : *Gaz. Pal.*, 31 octobre - 4 novembre 2010, jur., chron. D. HOUTCIEFF, p. 18 ; et *RLDC*, 2010, n° 4037.

²⁹² Ainsi, sur le fondement de l'article 1145, comp. Civ. 1, 26 févr. 2002, 10 mai 2002 et 31 mai 2007, précités.

²⁹³ V. E. SAVAUX et R.-N. SCHÛTZ, « Exécution par équivalent, responsabilité et droits subjectifs. Réflexions à partir du contrat de bail », *Mél. J.-L. Aubert*, Dalloz, 2005, pp. 271 et s.

²⁹⁴ Sur la question, v. *supra* n° 15.

En effet, cette jurisprudence a été considérée par une part de la doctrine comme consacrant l'analyse selon laquelle cette indemnité ne seraient pas un mode de réparation au profit d'une victime mais une modalité d'exécution de l'obligation contractuelle en faveur d'un créancier²⁹⁵. Selon d'autres, cette solution confirmerait que l'octroi de dommages et intérêts contractuels n'aurait pas qu'une fonction indemnitaire mais qu'il pourrait tendre au paiement, au rééquilibrage des relations économiques entre parties au contrat ou à la punition du débiteur défaillant²⁹⁶. Selon cette conception, cette jurisprudence témoignerait de ce qu'aucun résultat légal ne serait exigé à titre de condition du versement de dommages et intérêts. Le point de vue va même plus loin en tirant toutes les conséquences logiques de cette interprétation, à savoir le rejet de cette sanction hors du droit de la responsabilité et son rattachement à une autre institution : celles des remèdes à l'inexécution contractuelle. La portée de cette thèse doit néanmoins être réduite²⁹⁷. D'une part, on l'a vu, cette jurisprudence n'est ni partagée par l'ensemble des formations de la Cour de cassation ni constante au sein de chacune des chambres qui ont pu admettre la réparation sans préjudice. Par ailleurs, celles qui l'ont fait ne se sont pas clairement inspirées de cette conception²⁹⁸. Prétendre en tirer de tels enseignements peut dès lors paraître pour le moins excessif. On précisera d'autre part que la controverse sur la fonction des dommages et intérêts contractuels doit beaucoup à des querelles de mots. En effet, selon les opposants à la responsabilité contractuelle, ils ne viseraient qu'à satisfaire le créancier en lui fournissant par équivalent l'avantage poursuivi et non à réparer la perte subie par celui-ci. On peut répondre, d'abord, et à titre général, que la réparation a elle aussi pour fonction soit de rendre à la victime l'avantage qu'elle a perdu en raison du fait causal, soit de lui donner une satisfaction afin de compenser la perte de son avantage. Car, en définitive, qu'est-ce que l'intérêt lésé en matière de responsabilité si ce n'est un avantage²⁹⁹ ? Les droits patrimoniaux, l'intégrité physique et morale de la personne, la fortune, la joie, n'en sont-ils pas ? De plus, déterminer le montant des dommages et intérêts contractuels imposera de se référer, pour mesurer l'avantage que le créancier espérait du contrat, à la perte subie ou au gain manqué par lui, soit au préjudice patrimonial, sauf à invoquer un intérêt moral étranger à la fonction de l'exécution par équivalent³⁰⁰. La thèse de la fonction d'exécution par équivalent explique mal cette jurisprudence et ne semble pas assez

²⁹⁵ V. not., P. JOURDAIN, obs. sous Civ. 1, 10 mai 2005, préc.

²⁹⁶ En ce sens, v. not. C. LE GALLOU, note sous Civ. 1, 31 mai 2007, préc.

²⁹⁷ V. E. SAVAUX et R.-N. SCHÛTZ, art. *cit.*

²⁹⁸ Seule la chambre sociale a utilisé une formule pouvant se revendiquer de cette conception, Soc., 4 déc. 2002 (*Bull. civ.*, n° 368) : « les dommages et intérêts alloués au créancier au titre de l'inexécution de l'obligation ou d'un retard dans son exécution, constituent une modalité d'exécution de l'obligation de faire ou de ne pas faire ». Malgré la généralité de la formule, la doctrine estime généralement que la portée de l'arrêt doit être nuancée au regard des circonstances de la cause qui pourraient en faire une solution de pure opportunité. En ce sens, v. E. SAVAUX et R.-N. SCHÛTZ, art. *cit.*, spéc. n° 11, note 22, et références citées.

²⁹⁹ En ce sens, v. J. DABIN, *Droit subjectif et prérogatives juridiques. Examen des thèses de M. Paul Roubier*, Mémoires de l'Académie royale de Belgique, t. LIV, fasc. 3, 1960, p. 16 : « le dommage est toute perte d'un avantage dont on jouissait en fait », cité in J.-Ch. SAINT-PAU, « La distinction des droits de la personnalité et de l'action en responsabilité civile », *Mél. H. Groutel*, Litec, 2006, pp. 405 et s., note 18.

³⁰⁰ En ce sens, v. E. SAVAUX et R.-N. SCHÛTZ, art. *cit.*

solide que ce soit pour condamner la responsabilité contractuelle ou même pour imposer une lecture de cette jurisprudence comme n'exigeant pas un résultat légal.

Ce n'est pas dire pour autant que les arguments contraires soient forcément très convaincants. On y retrouve évidemment celui, traditionnel, selon lequel les arrêts qui semblent éliminer le préjudice des conditions de la responsabilité n'auraient qu'une portée réduite à la formulation d'une règle de preuve. Parfois, le préjudice serait tellement impliqué par l'inexécution que les juges dispenseraient simplement la victime de rapporter la preuve de la lésion³⁰¹. Ce préjudice présumé pourrait être soit patrimonial, économique, soit extrapatrimonial, moral, consistant dans le sentiment de frustration éprouvé par la victime et né du mépris exprimé à l'égard de son droit. Cette deuxième hypothèse pose le problème du préjudice moral qui ne peut pas toujours être invoqué³⁰². Quant à la présomption de préjudice patrimonial, il relève de la même idée que celle émise par JOSSERAND au sujet des dommages et intérêts moratoires. Cependant, on peut douter de la justesse de cette présomption en raison de son caractère apparemment irréfragable et, par extension donc, de cette analyse. Si en pratique, il arrivera assez souvent que l'inexécution contractuelle entraîne une perte pécuniaire, tel ne sera pas toujours le cas. Imaginons le vacancier dont l'avion décolle à 18 heures. Pour être certain de ne pas rater son vol, il commande un taxi dont le chauffeur s'engage à être au domicile de son client à 15 heures. Il arrive cependant avec une demi-heure de retard. Pour autant, le voyageur arrive à l'aéroport à 16 heures et demi et peut ainsi enregistrer ses bagages et prendre son avion sans perdre le prix de son billet. Il y a ici inexécution sans préjudice patrimonial. La présomption est infondée³⁰³. L'interprétation aussi. Si celle-ci a le mérite de chercher à fonder la responsabilité contractuelle sur un résultat légal, le moyen dont elle use pour expliquer le droit positif paraît par conséquent trop artificiel pour convaincre vraiment.

47. Interprétation proposée du droit positif et exigence d'un résultat légal. Les fluctuations jurisprudentielles pourraient fort bien témoigner de l'inconfort des magistrats face à une solution aussi rigide. Il semble qu'ils veuillent accorder indemnité mais que, ne sachant comment faire, ils le fassent au prix de solutions maladroites. Les décisions sont, en effet, tantôt mal justifiées – qu'elles soient fondées sur la thèse de l'exécution par équivalent, ou sur la violation d'un autre droit subjectif comme le droit à l'intimité de la vie privée³⁰⁴, tantôt non justifiées – lorsqu'elles se contentent de dire qu'il n'est pas nécessaire qu'il y ait préjudice pour qu'il y ait réparation. Face à l'écho que provoquent en doctrine de telles

³⁰¹ V. ainsi Ph. MALINVAUD et D. FENOUILLET, *op. cit.*, n° 555, J.-Ch. SAINT-PAU, *art. cit.*, n° 56, E. SAVAUX et R.-N. SCHÛTZ, *art. cit.*, p. 271, et G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. cit.*, n° 247.

³⁰² V. *infra* n° 353.

³⁰³ Et la jurisprudence le sent bien qui ne la pose pas expressément et de manière stable.

³⁰⁴ Civ. 3, 25 févr. 2004 : *Bull. civ.*, n° 41 ; et *D.*, 2004, somm., obs. Ch. CARON p. 1631. *Adde* E. SAVAUX et R.-N. SCHÛTZ, *art. cit.*

solutions et les conséquences théoriques qui en sont tirées par la doctrine, on comprend l'instabilité des juges.

Il paraît pourtant possible de concilier les points de vue, ainsi que les tendances jurisprudentielles et la lettre des textes. Il semble en effet que s'il y ait bien possibilité de choisir entre inexécution seule et inexécution entraînant appauvrissement, aucun choix ne soit en revanche à opérer entre inexécution et résultat légal. Et ce pour la simple raison qu'un tel choix paraît en fait impossible. En effet, l'inexécution apparaît en réalité comme le nom désignant le fait générateur de responsabilité contractuelle, comme une notion englobant non seulement le fait causal, la violation par le débiteur de son engagement, et un résultat légal systématique, l'atteinte corrélativement et automatiquement portée au droit personnel du créancier³⁰⁵. Qu'il s'agisse d'une obligation de faire ou de ne pas faire, d'une obligation principale ou d'un simple accessoire comme la stipulation d'un délai, toute charge juridique trouvant sa source dans le contrat donne forcément naissance à un droit subjectif patrimonial au profit de son bénéficiaire. Or, ce droit fait partie des intérêts protégés par le système juridique dont la dégradation est propre à constituer le résultat légal que requiert la génération de toute responsabilité juridique³⁰⁶. Sans présomption ni fiction, il est donc possible de dire que toute inexécution implique, pour sa constitution même, un résultat légal consistant au moins en la lésion du droit personnel du créancier. Par conséquent, la Cour de cassation pourrait, en utilisant cette analyse, étendre légitimement sa solution, à savoir l'indifférence de la perte pécuniaire et le caractère suffisant de la violation du droit personnel de la victime, à toutes les hypothèses d'inexécution contractuelle.

Mais si le droit positif peut être mise en conformité avec l'exigence essentielle d'un résultat légal par le biais d'une simple interprétation de la jurisprudence, il faut aller bien plus loin en ce qui concerne certaines propositions de droit prospectif qui, suggérant de se départir de cette condition doivent, par conséquent, être purement et simplement rejetées.

B- Le rejet de certaines propositions de droit prospectif

48. Présentation des propositions. Plusieurs auteurs sont favorables aux dommages et intérêts punitifs et à l'admission d'une fonction explicitement normative de la responsabilité civile. Certains vont plus loin et proposent que cette dernière puisse jouer un rôle exclusivement punitif. Rétrospective malgré tout, cette responsabilité punitive se fonderait sur un simple fait causal ou sur un résultat légal confondu avec la simple atteinte à l'ordre juridique.

C'est ainsi qu'il a été suggéré que des dommages et intérêts punitifs soient imposés indépendamment de tout préjudice, sur le seul fondement de la faute de son auteur, par toute

³⁰⁵ En ce sens, v. G. RIPERT, *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, préc., p. 310.

³⁰⁶ V. *infra* n° 350 et 352 et s. Pour une amorce d'analyse assez proche, v. Ph. BRUN, *op. cit.*, n° 95, note 288.

personne ayant été légalement habilitée pour le faire, voire par le ministère public³⁰⁷. La proposition a été reprise sous le nom d'action en « *réparation-expiation* »³⁰⁸.

49. Rejet des propositions. Outre les critiques dépassant notre propos actuel et qui peuvent être adressées au principe même d'une responsabilité civile punitive ou aux actions en responsabilité civile motivée par un intérêt supra-personnel³⁰⁹, de telles propositions doivent forcément être rejetées.

En effet, en excluant toute exigence d'un résultat légal quel qu'il soit, elles paraissent aller beaucoup trop loin. Exclure tout résultat des éléments constitutifs du fait générateur de la responsabilité civile n'est, d'une part, pas nécessaire à l'admission en France des dommages et intérêts punitifs. D'autre part et surtout, une telle proposition heurte de front tous les éléments qui font l'assise solide de l'exigence essentielle d'un résultat légal en fait de responsabilité juridique. Trop subjectiviste et formaliste, elle méconnaît la destination sociale de cette dernière³¹⁰. L'action en « *réparation-expiation* » se veut une action en réparation civile mais semble contraire aux impératifs tenant à l'appartenance de celle-ci au droit civil et, plus précisément, au droit des obligations³¹¹. Cette action est présentée comme ayant une fonction punitive mais prétend se dérober aux principes qui assurent la légitimité de la peine en violant le principe de nécessité tel qu'il a paru possible de l'interpréter pour le rendre opératoire³¹².

De telles propositions ne devraient donc pas être adoptées en droit positif, lequel peut donc très bien demeurer tel qu'il est pour ce qui est de sa branche civile. Concernant le droit pénal en revanche, de nombreuses modifications semblent nécessaires.

§2. Le rejet de la répression pénale des infractions inoffensives

50. Excès du recours au droit pénal. Il est certain que sanctionner un comportement sans attendre qu'il ne produise un quelconque résultat dans l'ordre social est avantageux pour celui qui ne voit le droit pénal que comme le moyen de protéger la société contre les "monstres" ou les "prédateurs" que sont supposés être les délinquants³¹³, voire plus généralement les personnes poursuivies. Cela porte la fonction préventive du droit criminel à son paroxysme, permettant que la répression ne dépende pas de la création, toujours hasardeuse, d'un danger véritable pour la valeur protégée. Pour autant, on peut penser que le droit criminel va peut-être trop loin en punissant des comportements qui, sans doute, révèlent

³⁰⁷ S. CARVAL, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, préc., n° 287 et s.

³⁰⁸ C. GRARE, *Recherches sur la cohérence de la responsabilité délictuelle. L'influence des fondements de la responsabilité sur la réparation*, préc., n° 455 et s.

³⁰⁹ Sur cette question, v. *infra* n° 365 et s.

³¹⁰ V. *supra* n° 34 et s.

³¹¹ V. *supra* n° 38.

³¹² V. *supra* n° 39 et s.

³¹³ Sur la portée symbolique et juridique de ce vocabulaire de plus en plus souvent utilisée par les hommes politiques et donc par le législateur, v. *infra* n° 563.

l'insoumission de l'agent à une certaine discipline sociale, voire sa dangerosité ou son immoralité mais qui, d'un point de vue objectif, sont inoffensifs. En effet, le droit pénal, dans une conception classique et libérale, est aussi conçu comme la limite à la politique criminelle et au pouvoir de punir. C'est à cet effet que certains principes fondamentaux sont posés et doivent être respectés, et cela *surtout* lorsqu'ils dérangent le législateur et le juge. Il en va de la légalité et de la légitimité de la répression.

Mais les infractions inoffensives existent toutefois. C'est d'ailleurs parfois le législateur lui-même qui en permet la répression (A). Cependant, reste que l'illustration la plus gênante de cet excès du recours au droit pénal trouve certainement sa manifestation dans la jurisprudence relative à l'infraction impossible (B). Contraires à l'unité conceptuelle de la responsabilité juridique, ces deux catégories d'infractions inoffensives doivent être rejetées hors du droit pénal.

A- Le rejet de l'incrimination des infractions inoffensives

51. Illustrations. Certaines infractions semblent pouvoir se consommer sans qu'il soit nécessaire qu'un risque effectif ait été créé par son auteur. Les exemples sont légion.

Il en est ainsi, tout d'abord, de certaines contraventions appelées parfois « *infractions d'indiscipline* »³¹⁴ et qui sont des comportements qui, certes, peuvent parfois être dangereux mais qui ne le sont pas toujours. Le fait de ne pas s'arrêter au signal "stop"³¹⁵ ou de franchir une ligne blanche continue³¹⁶, par exemple, peut créer un risque et donc un résultat légal³¹⁷. Le droit pénal va cependant bien plus loin puisqu'il ne sera jamais permis à la personne poursuivie de rapporter la preuve qu'aucun risque n'a été objectivement créé par lui³¹⁸. Par une forme de présomption irréfragable de risque, on rend en réalité le résultat légal indifférent et on se contente de constater un fait causal qui sera sanctionné pour cela seul qu'il était interdit et qu'il a été accompli. Il y aura lieu à répression que l'on dépasse la vitesse autorisée sur une rue manifestement déserte ou malgré une circulation dense et par temps de pluie. Un exemple récent d'infractions inoffensives peut être trouvé dans la récente contravention de port d'une tenue destinée à dissimuler le visage dans l'espace public, introduite par la Loi n° 2010-1192 du 11 octobre 2010³¹⁹. Celle-ci incrimine en effet en son article 1^{er} le fait « *dans l'espace public, (de) porter une tenue destinée à dissimuler son visage* » qu'il punit, à son

³¹⁴ P. PHILIPPOT, *op. cit.*, not. pp. 117 et s., 159 et s., et 225 et s., que l'auteur oppose aux « *infractions de mise en danger* » qui exigent une mise en danger effective, ce qui n'empêche pas qu'elle puisse être abstraite.

³¹⁵ C. route, art. R. 415-5.

³¹⁶ C. route, art. R. 412-19.

³¹⁷ Sur la consistance du résultat légal, v. *infra* n° 56 et s., et 344 et s., et sur le risque comme résultat légal, v. spéc. *infra* n° 73 et s.

³¹⁸ V. P. PHILIPPOT, *op. cit.*, pp. 225 et s.

³¹⁹ Sur la question, v. not. M. LACAZE, « La contravention de port d'une tenue destinée à dissimuler le visage dans l'espace public : incertitude des fondements juridiques, incohérence des catégories pénales », *Dr. pénal*, 2012, Etude n° 5, et C. SAAS, « Les avatars de la pénalisation du droit des étrangers », *AJ pénal*, 2011, Dossier *Evolutions récentes du droit des étrangers*, pp. 492 et s.

article 3, alinéa 1^{er}, de la peine prévue pour les contraventions de la deuxième classe. Infondé à invoquer la protection de la dignité de la personne humaine, en raison du caractère éminemment personnel et subjectif de ce sentiment, celle de laïcité, du fait de la nature discriminatoire qui aurait alors marqué l'infraction, ou la sécurité publique, au regard de la généralité des termes employés, le législateur a cru pouvoir se satisfaire de la notion d'"ordre public immatériel" pour légitimer la nouvelle infraction. Le concept, défini comme le « *socle minimal d'exigence de la vie en société* », est pourtant fort contesté et le Conseil d'état lui-même, à qui avait été donnée mission d'étudier les « *possibilités juridiques* » d'une telle incrimination, avait conclu à son inaptitude à justifier une interdiction générale de dissimuler son visage³²⁰. La contravention ne paraît donc protéger aucun bien juridique identifiable³²¹ et, partant, semble constituer un comportement totalement inoffensif. Mais ces hypothèses pourraient sembler négligeables, la répression paraissant justifiée par la nature et le régime de ces infractions qui ne sont après tout que des contraventions.

Elles sont cependant parfois rejointes par d'autres cas de figure dans lesquels des comportements tout aussi inoffensifs sont également sanctionnés, sans que cette pénalisation ne puisse être compensée par cette même légèreté de la répression. Ce peut être ainsi le cas de délits. Par exemple, l'article L. 621-1 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile punit ainsi d'une peine d'un an d'emprisonnement et de 3 750 euros d'amende « *l'étranger qui a pénétré ou séjourné en France sans se conformer aux dispositions des articles L. 211-1 et L. 311-1 ou qui s'est maintenu en France au-delà de la durée autorisée par son visa* » et l'article L. 622-1 du même code fait encourir une peine de cinq ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende à ceux qui auront facilité ce premier délit³²². La question qui se pose est celle de l'identification de la situation juridique dégradée, et donc du bien juridique protégé par le droit objectif et dont l'altération par ce comportement justifierait l'engagement de la responsabilité pénale, application pratique la plus radicale et la plus expressive et symbolique de l'institution-responsabilité juridique. Il est toujours possible de dire qu'il s'agit de l'autorité de la loi, ici des dispositions du Code des étrangers, qui a été violée par l'étranger étant entré ou ayant séjourné irrégulièrement sur le territoire français. Mais cette approche formaliste déjà critiquée³²³ ne ferait que repousser le problème. Lorsqu'une infraction semble consister en la simple violation d'une législation, il s'agit surtout d'une formulation inélégante et maladroite d'une interdiction de porter atteinte à la

³²⁰ V. M. LACAZE, art. *cit.*

³²¹ Comme le souligne Mlle Lacaze, *in art. cit.*, c'est sans doute pour cette raison que le texte, contrairement au nouveau délit de l'article 225-4-10 du Code pénal (« *le fait pour toute personne d'imposer à une ou plusieurs autres personnes de dissimuler leur visage par menace, contrainte, abus d'autorité ou abus de pouvoir, en raison de leur sexe* »), n'y a pas été introduit.

³²² Sur ces infractions, v. M. LACAZE, « Le délit d'entrée et de séjour irréguliers », et M. REIX, « Le délit d'aide à l'entrée et au séjour irréguliers », *Le droit pénal des étrangers : une législation aux frontières du droit répressif*, colloque publié in *Travaux de l'Institut des sciences criminelles et de la justice*, n° 2, 2012, Cujas, à paraître.

³²³ V. *supra* n° 34 et s.

valeur protégée par la réglementation en cause. Cela est caractéristique de la technique de l'incrimination par renvoi que de couper la sanction pénale de son fondement véritable. Ainsi en droit du travail, de l'environnement, de la santé publique ou des affaires. La valeur protégée peut être découverte mais au prix d'un effort de combinaison de plusieurs textes. Or, ici, on se demande quelle est la valeur protégée par les infractions du CESEDA précitées dont le respect semble si nécessaire qu'il paraît important que le blâme social le plus infamant soit adressé à qui les violera. Il paraît difficile d'en déceler une³²⁴ ... A la vérité, il est assez clair que le comportement incriminé ne dégrade aucune situation juridique mais ne fait tout bonnement que protéger une réglementation : la police des étrangers. On ne sanctionne en définitive qu'une attitude absolument inoffensive pour la seule raison qu'il est interdit de l'adopter³²⁵ ! Mais on pourrait objecter que, bien qu'étant privative de liberté, la peine encourue reste tout de même modeste.

Tel n'est pas toujours le cas puisqu'il est des hypothèses où un comportement inoffensif semble pouvoir être qualifié de crime : tel est le cas de l'empoisonnement. En effet, le texte réprime le fait d'attenter à la vie d'autrui par l'administration de substances de nature à donner la mort. *A priori*, on sanctionne au moins un risque abstrait, présumé à partir du moyen employé. Mais le texte semble permettre de se passer de tout risque, de tout résultat légal, pour n'appréhender que le comportement illicite de l'agent. Ainsi de celui qui empoisonne une personne immunisée. Ce faisant, il ne crée aucun risque, il ne change en rien l'ordre des choses et n'affecte pas la situation juridique de la "victime". Pour autant, il y a bien eu administration de substances mortifères et les termes de la loi ne sont pas plus exigeants, qui ne demandent pas clairement qu'il y ait eu un risque effectif pour la vie d'autrui. On peut

³²⁴ Le contexte politique actuel conduit à penser que le législateur craint peut-être pour l'identité nationale ou pour l'intégrité de la culture française... Il faudrait cependant encore pouvoir prouver qu'elles sont menacées et faire la part des fantasmes et des réalités. Il ne peut même pas être question de dire qu'il y a un risque indéterminé en ce que les étrangers pourraient commettre des infractions multiples que le législateur aurait jugé bon de ne pas limitativement énumérer. Rien ne prouve en effet que le simple fait d'être un étranger en situation irrégulière soit de nature à créer un risque particulier de commission d'infractions. Il serait même possible de soutenir que cette circonstance les incite, tout au contraire, à se faire plus discrets que le ressortissant de l'Etat, ce qui passera par un scrupuleux respect des lois.

³²⁵ D'un point de vue général, le droit pénal des étrangers pose de nombreuses difficultés, d'ordre à la fois substantiel et processuel. Sur la question, v. not. *AJ pénal*, 2011, Dossier *Evolutions récentes du droit des étrangers*, spéc., L. D'AMBROSIO, « Les politiques criminelles en matière d'immigration irrégulière à l'épreuve du droit de l'Union européenne : quelques réflexions sur l'après *El Dridi* au regard des expériences italiennes et françaises », pp. 502 et s., C. SAAS, art. *cit.*, et S. SLAMA, « Délit d'aide à l'entrée, à la circulation et au séjour irréguliers : controverses sur la légitimité d'un "délit d'humanité" », pp. 496 et s., et *Le droit pénal des étrangers : une législation aux frontières du droit répressif*, préc., spéc. S.-M. CABON, « Propos introductif », Y. CAPDEPON, « La garde à vue de l'étranger en situation irrégulière », M. LACAZE, art. *cit.*, et M. REIX, art. *cit.* Adde S.-M. CABON et M. LACAZE, « European issues concerning french criminal law on foreigners », *European Criminal Law Review*, 2012, p. 182, O. KHAN, art. *cit.*, et S. SLAMA et M.-L. BASILIEN-GAINCHE, « L'arrêt *El Dridi* : la nécessaire remise à plat du dispositif de pénalisation de l'irrégularité », *AJ pénal*, 2011, pp. 362 et s., à propos de l'arrêt CJUE, *Hassen El Dridi*, 28 avr. 2011, n° C-61/11 PPU. Adde CJUE, Gr. Ch., *Alexandre Achughbabian c/ Préfet du Val-de-Marne*, 6 décembre 2011, n° C-329/11, et en dernier lieu Civ. 1, 5 juill. 2012 (9 arrêts), qui prohibent le placement en garde d'un vue d'un étranger au seul fondement de sa situation irrégulière en application des exigences du droit de l'Union européenne : *JCP*, 2012, 895, note A. LEVADE. V. déjà R. GARRAUD, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, t. 1, Sirey, 3^e éd., 1913, n° 210.

donc, apparemment, prononcer une peine de réclusion criminelle à l'encontre de qui aura adopté un comportement totalement inoffensif, non pas parce que la victime n'est pas morte, ce qui est indifférent s'agissant d'une infraction formelle, mais parce qu'elle n'a même pas été exposée à la mort, ce qui est tout différent ! Il faut en effet distinguer l'hypothèse où la survenance d'un événement est incertain, où il y a aléa, de celle dans laquelle sa non-survenance est certaine, où il n'y a ni chance ni risque et où le comportement adopté par l'auteur est nécessairement voué à l'échec. Autrement dit, il faut distinguer le cas où il y a résultat légal et celui où tel n'est pas le cas.

52. Appréciation. Le droit pénal positif incrimine donc des comportements inoffensifs³²⁶. Ces cas de répression d'attitudes inoffensives peuvent être critiqués. Ils jouissent, certes, de la légitimité qui résulte du fait que cette politique juridique a été choisie par le législateur lui-même et de ce qu'ils sont formulés en des termes qui peuvent être jugés suffisamment clairs et précis. En cela, ils sont bien conformes au principe de légalité, formellement et matériellement. Néanmoins, la répression d'infractions inoffensives reste contraire à l'unité conceptuelle de la responsabilité juridique et à l'ensemble de ses fondements. Plus précisément, elle est contraire au principe de nécessité des incriminations en ce que de tels comportements ne nuisent pas à la société. Une modification du droit positif paraît donc nécessaire si l'on veut tout à la fois conserver l'unité, et ainsi l'identité et la cohérence, de la responsabilité juridique et assurer la légitimité de la répression pénale. Plusieurs voies peuvent être empruntées qui répondent aux diverses manières dont peut être employé le principe de nécessité.

Ces incriminations pourraient, par exemple, être interprétées par le juge de façon à ce qu'elles ne soient appliquées qu'au cas où un résultat légal, si minime soit-il, aura pu être caractérisé. L'empoisonnement, par exemple, n'exige certes pas expressément la création d'un risque. Pour autant, il vise « *le fait d'attenter à la vie d'autrui* », ce qui met en avant l'idée d'une menace pour la vie humaine et donc de la dégradation d'une situation juridique. De plus, sa parenté avec la notion d'attentat qui, historiquement et selon une certaine doctrine³²⁷, est une tentative incriminée à titre spécial sous la forme d'une infraction formelle, devrait être prise en considération. L'infraction tentée devant créer un risque de consommation³²⁸, il est possible d'estimer que l'infraction formelle qualifiée ou qualifiable d'attentat, et donc construite sur le même modèle, doit créer un risque d'atteinte à l'intérêt protégé, en l'espèce la vie. Par conséquent, celui qui administre une substance mortifère à une personne immunisée devrait, sauf à ce qu'il soit établi qu'il n'est jamais certain que

³²⁶ Tous les actes délictueux qui en dépendent juridiquement et qui sont donc également inoffensifs seront également susceptibles d'engager la responsabilité pénale de leur auteur. Ainsi en sera-t-il de la tentative d'empoisonnement d'une personne immunisée par exemple qui n'impliquera, *a fortiori*, aucune dégradation pour aucune situation juridique quelle qu'elle soit. Il en sera de même de la complicité par provocation de franchissement d'une ligne blanche sur une route manifestement déserte.

³²⁷ A. PROTHAIS, *Tentative et attentat*, L.G.D.J., Bibliothèque de sciences criminelles, t. 24, 1985.

³²⁸ V. *infra* n° 91 et s.

l'immunisation soit totalement efficace, rester impuni en raison de l'innocuité de son acte. Resterait certes son état d'esprit pervers, sa dangerosité manifeste, mais il ne resterait plus que cela. Toutefois, une telle méthode ne sera pas toujours adéquate. Ainsi en sera-t-il notamment pour les « *infractions d'indiscipline* » déjà évoquées. En effet, s'il semble nécessaire de sanctionner pénalement tout manquement, par exemple, au Code de la route ou à la réglementation de l'hygiène et de la sécurité du travail dès lors qu'il serait à l'origine d'un résultat légal quelconque, la faiblesse des peines contraventionnelles pourrait, en revanche, être critiquée comme inefficace et inadaptée à la gravité de tels comportements. Pire. Une telle application du principe de nécessité pourrait bien être parfois impossible. Tel sera le cas si, à l'instar du volet pénal de la réglementation de l'entrée et du séjour des étrangers, nulle valeur protégée ne peut être déterminée. Faute de valeur sociale identifiable, aucune application téléologique des textes n'est envisageable.

L'interprétation judiciaire étant inadaptée ou inutile, c'est donc le législateur qui devrait intervenir pour modifier le droit positif par le biais de réformes d'envergure. Si l'on veut bien respecter le principe de nécessité et se souvenir de la destination sociale de la responsabilité juridique, toutes les incriminations de comportements inoffensifs doivent être supprimées ou du moins réaménagées. Il serait impossible de dépénaliser lesdits manquements, tout en les conservant dans le champ pénal dès lors qu'ils auront eu une conséquence néfaste pour une situation juridique. Par exemple, le fait de dépasser la vitesse maximale autorisée ne serait pas en soi une infraction pénale. En revanche, on continuerait de réprimer l'exposition d'autrui à un risque par la violation de l'obligation de respecter la vitesse maximale autorisée *via* soit une incrimination spéciale, soit le délit d'exposition d'autrui à un risque de l'article 223-1 du Code pénal³²⁹. Cela ne signifie pas pour autant que la "version" inoffensive de ces actes serait laissée sans réponse. Dès lors qu'il s'agit d'activités réglementées, il paraît tout à fait légitime que le respect des conditions en subordonnant l'exercice soit assuré au moyen de sanctions juridiques consistant à limiter ou interdire cette activité à ceux qui n'en respectent pas les conditions d'exercice. Par exemple, le conducteur qui ne respecte pas les règles de la circulation peut très bien, pour cette seule raison, se voir retirer son permis de conduire. De même, l'étranger qui pose le pied en France sans en avoir le droit peut très bien être expulsé pour ce seul motif³³⁰. Pour la même raison, le membre d'une profession ou d'une association qui ne respecte pas les règles déontologiques ou statutaires élaborées par le groupe devrait pouvoir faire l'objet des sanctions prévues par ce dernier. C'est autrement dire que le traitement juridique des comportements inoffensifs devrait être réalisé, non par la

³²⁹ De la même manière, les atteintes aux personnes et aux biens causées par le manquement à une telle réglementation continueraient, comme en droit positif, à être sanctionnées sur le fondement des infractions matérielles d'atteinte à l'intégrité physique ou à la vie d'autrui ou de destructions, dégradations et détériorations.

³³⁰ C'est d'ailleurs en raison de ce qu'elle est un obstacle « *à l'instauration d'une politique efficace d'éloignement et de rapatriement* » des étrangers que le délit d'entrée ou séjour irrégulier d'un étranger, qui prévoit une peine d'emprisonnement, a été déclaré contraire à la directive 2008/115 du 16 décembre 2008, dite « *directive retour* », par les arrêts *El Dridi* et *Achughbajian*, précités. Sur ce point, v. spéc. S.-M. CABON et M. LACAZE, art. *cit.*, et L. D'AMBROSIO, art. *cit.*

responsabilité juridique, faute de dégradation d'une situation juridique, mais par des mesures de cessation de l'illicite mises en œuvre par des régimes de police administrative ou de droit disciplinaire.

De la même manière et pour les mêmes raisons, il apparaît nécessaire de rejeter la répression de l'infraction impossible.

B- Le rejet de la répression de l'infraction impossible

53. Réalité de la répression de l'infraction impossible. La théorie de l'infraction impossible illustre l'un des plus anciens et des plus vifs débats qui opposent les tendances subjectiviste et objectiviste qui traversent le droit pénal³³¹. Elle pose la question de savoir si celui qui a agi en vain, non parce qu'il a échoué mais parce que l'"échec" était inévitable, que son action ne pouvait pas nuire à autrui et à la société, doit être puni ou non. Alors que la doctrine classique, objectiviste et libérale, est en faveur de l'impunité en raison de l'innocuité de tels comportements³³², autrement dit, de l'absence de résultat légal, les subjectivistes, de tendance morale ou positiviste, se montrent favorables à la répression en raison de la perversité et de la dangerosité sociale de l'agent³³³. La jurisprudence, quant à elle, a suivi l'évolution doctrinale et refuse aujourd'hui de laisser sans sanction celui qui a tenté l'impossible³³⁴. On qualifie ainsi de tentative de meurtre le fait de frapper un cadavre avec l'intention de donner la mort³³⁵ ou de vol tenté le fait d'introduire la main dans une poche vide³³⁶. Dans le même ordre d'idée, il serait donc possible de qualifier de tentative de destruction, dégradation ou détérioration d'un bien appartenant à autrui le fait de détruire une chose dont on ignore être propriétaire ou d'usage de faux tenté le fait d'utiliser un document que l'on croit à tort falsifié. Dans ce cas, pourtant, le résultat est tout à fait indifférent. En effet, soit l'intérêt protégé fait défaut (impossibilité par absence d'objet), dans lequel cas il ne peut être dégradé, soit il est présent mais ne peut en aucun cas être altéré (en raison d'une

³³¹ Sur ce débat, v. not. R. MERLE, *op. cit.*, p. 161, R. MERLE et A. VITU, *op. cit.*, n° 507 et s., A. PROTHAIS, *op. cit.*, n° 128 et s., M.-L. RASSAT, *op. cit.*, n° 281 et s., A. VARINARD, « La théorie de l'infraction impossible : vers la disparition d'un mythe doctrinal », *Mél. A. Chavanne*, Litec, 1990, pp. 165 et s., et G. VIDAL et J. MAGNOL, *op. cit.*, n° 101 et s.

³³² V. not. Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *op. cit.*, n° 335, J. ORTOLAN, *Eléments de droit pénal*, t. 1, 3^e éd., Henri Plon, 1863, n° 1006, et P. ROSSI, *Traité de droit pénal*, t. 2, 2^e éd. par F. HELIE, Guillamin et compagnie, 1855, p. 154. Adde J.-A. ROUX : « le droit pénal est sanctionnateur : il sanctionne l'atteinte à un droit (...) et ne peut par conséquent protéger des « fantômes de droit » » (cit. in R. MERLE et A. VITU, *op. cit.*, n° 510) et A. CHAUVEAU et F. HELIE : « il faut acquitter parce qu'aucun intérêt socialement protégé n'a été mis en péril » (cit. in J.-H. ROBERT, *op. cit.*, p. 220).

³³³ V. par exemple, B. BOULOC, *op. cit.*, n° 244, E. GARÇON, *Code pénal annoté*, t. 1, 1^{ère} éd., Sirey, 1901, art. 3, n° 113, Y. MAYAUD, *op. cit.*, n° 274 et s., et A. PROTHAIS, *op. cit.*

³³⁴ Sur l'évolution jurisprudentielle, v. not. R. MERLE, *op. cit.*, p. 164 et s., et p. 218, R. MERLE et A. VITU, *op. cit.*, n° 511 et s., J. PRADEL, *op. cit.*, n° 394, A. PROTHAIS, *op. cit.*, n° 135 et s., J.-H. ROBERT, *op. cit.*, pp. 218 et s., et A. VARINARD, art. cit. Adde M.-L. RASSAT, *op. et loc. cit.*, qui estime que la question n'est pas encore résolue par la jurisprudence, *op. cit.*, n° 282.

³³⁵ Crim., 16 janv. 1986 : *Bull. crim.*, n° 25.

³³⁶ Crim., 4 janv. 1895 : *DP*, 1896, 1, note R. GARRAUD, p. 21.

impossibilité par inefficacité du moyen), ce qui revient au même. On peut admettre que le comportement de l'agent emportera nécessairement une modification du monde extérieur quelconque mais celle-ci sera sans aucun rapport matériel avec l'intérêt protégé par le texte d'incrimination³³⁷.

La jurisprudence et une part importante de la doctrine noient l'infraction impossible au sein de la théorie générale de la tentative³³⁸. La question de l'infraction impossible ne serait qu'une pure invention née de l'esprit étrange de quelques théoriciens désœuvrés, un « *mythe doctrinal* », un concept « *devenu sans intérêt évident mais que (la doctrine) maintient en quelque sorte par habitude* » et qui serait voué à la disparition si tout le monde voulait bien en retenir une lecture simple et juste : seule la consommation est impossible, l'impossibilité ne concerne pas la tentative qui en permet tout naturellement, conformément à sa nature et son régime, la sanction³³⁹. Il est toutefois possible de ne pas souscrire à cette analyse et de concevoir l'infraction impossible comme une institution distincte de celle de l'infraction tentée. Celle-ci repose en effet sur la notion de commencement d'exécution qui, parce que la Cour de cassation elle-même en retient une acception causaliste³⁴⁰, implique l'exigence d'un risque dans la structure constitutive de l'infraction³⁴¹. Cet élément faisant défaut à l'infraction impossible³⁴², ce concept est incompatible avec celui d'infraction tentée. Alors que la première, nonobstant son fondement historique³⁴³, est à la fois matérielle et morale, la seconde en est une dérive purement subjective uniquement motivée par l'état d'esprit de l'agent. A ce titre, on peut affirmer que la catégorie est donc totalement prétorienne et non doctrinale.

54. Appréciation de la répression de l'infraction impossible. Il en résulte que, non seulement contraire au principe de nécessité à l'instar de toute infraction inoffensive, l'infraction impossible paraît, en outre, clairement illégale, par défaut de correspondance avec un texte d'incrimination³⁴⁴. Tout d'abord en effet, il est certain que l'infraction n'est pas

³³⁷ Si celui qui porte des coups de couteau à un cadavre entraîne bien une lésion de son intégrité, cela reste sans relation avec la protection de la vie qui motive l'incrimination de la tentative de meurtre, tout comme celui qui utilise un document ne véhiculant aucun mensonge peut causer des dommages ou des préjudices sans jamais porter atteinte à la confiance publique.

³³⁸ V. not. F. DESPORTES et F. LE GUNHEC, *op. cit.*, n° 456, A. PROTHAIS, *op. cit.*, n° 124 et s., et 498 et s., et A. VARINARD, art. *cit.*

³³⁹ A. VARINARD, art. *cit.* Adde J.-Y. MARECHAL, *op. cit.*, n° 452, et A. PROTHAIS, *op. cit.*, n° 143 et s.

³⁴⁰ Sur cette question, v. *infra* n° 250 et s.

³⁴¹ V. *supra* n° 40.

³⁴² *Contra* v. M. LACAZE, *op. cit.*, n° 599. L'auteur, en exigeant que ne soient pris en compte, pour l'appréciation du risque, que les « *seuls éléments connus* (sous-entendus par l'agent ou par le bon père de famille) *au moment du commencement d'exécution* », raisonnent cependant sur un risque putatif. Or, le risque putatif n'existe pas, il n'est pas un résultat légal et n'expose le bien juridique qu'à une dégradation totalement imaginaire. S'en satisfaire relève donc d'une approche encore trop subjective et contraire à l'unité conceptuelle de la responsabilité juridique et au principe de nécessité.

³⁴³ V. A. PROTHAIS, *op. cit.*, n° 15 et s.

³⁴⁴ En ce sens, v. Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *op. cit.*, n° 338, R. GARRAUD, *op. cit.*, n° 242 (implicite), A. LEPAGE et P. MAISTRE DU CHAMBON, « Les paradoxes de la protection pénale de la vie humaine », *Mél. B. Bouloc*, Dalloz, 2006, pp. 613 et s., R. MERLE et A. VITU, *op. cit.*, n° 512, et X. PIN, *op.*

consommée. De plus, il n'y a pas non plus infraction tentée. On ne réprime en effet que la seule pensée criminelle, non pas en ce sens qu'aucune activité matérielle n'aurait été déployée mais en ce que celle-ci ne correspond à aucun des comportements prévus par les textes d'incrimination spéciaux ou généraux³⁴⁵. Le résultat légal requis pour la constitution d'une tentative³⁴⁶ fait ainsi toujours défaut, soit par incapacité du moyen employé à le produire malgré la présence de la situation juridique pénalement protégée³⁴⁷, soit radicalement par absence de cette situation juridique elle-même. Techniquement, il y a donc manquement au principe de légalité faute, dans le premier cas, d'un élément constitutif de l'infraction tentée, ou, dans le second, d'une condition préalable à sa constitution³⁴⁸. Avec l'infraction impossible, il ne s'agit en fin de compte que de sanctionner un état d'esprit, non en raison de *l'acte* commis mais parce que cet imparfait et inoffensif passage à l'acte révèle la dangerosité et l'immoralité de *l'agent*. En raison de cette réaction subjectiviste et positiviste, fondée non sur la raison mais sur la peur³⁴⁹, l'infraction impossible est avant tout le moyen de sanctionner symboliquement une infraction potentielle, à venir³⁵⁰. De tels excès du droit pénal positif doivent impérativement être condamnés et abandonnés.

cit., n° 171. Mêmes certains subjectivistes le concèdent. V. not. B. BOULOC, *op. et loc. cit.* *Contra* A. VARINARD, art. *cit.*

³⁴⁵ En ce sens, v. E. DREYER, *op. cit.*, n° 899, Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *op. cit.*, n° 7 et 337 et s., J. ORTOLAN, *op. cit.*, n° 1006 et s., qui estime que nous sommes là « *bien loin des bases de la pénalité humaine* », M.-L. RASSAT, *op. et loc. cit.*, et P. ROSSI, *op. cit.*, p. 152 et s. A ce titre, on peine à trouver le critère qui autorise la doctrine et la jurisprudence à distinguer les infractions impossibles dont elle accepte la répression et les infractions surnaturelles qui demeurent impunies. Toutes, en effet, révèlent la perversité et la dangerosité de l'agent à travers un moyen inapte à causer du tort à la société. Certains auteurs (not. J.-Y. MARECHAL, *op. cit.*, n° 462, et A. PROTHAIS, *op. cit.*, n° 124 et s.) ont proposé de distinguer entre infraction impossible et infraction "putative", laquelle ne devrait pas être punie en raison du fait qu'elle serait dépourvue d'intention véritable, le bon père de famille ayant pu se rendre compte de l'impossibilité de consommer l'infraction. Cette dichotomie doit cependant être rejetée : non seulement elle repose sur une définition de l'infraction putative qui paraît erronée et retenue dans le seul but d'expliquer l'impunité des infractions surnaturelles mais, en outre, elle se livre à une appréciation de l'intention alors que cette notion se constate et ne s'apprécie pas. En effet, soit on a voulu, soit on n'a pas voulu. Il s'agit d'un jugement de réalité et non d'un jugement de valeur (v. *infra* n° 172). A cet égard, v. A. VARINARD, art. *cit.*

³⁴⁶ Sur lequel v. *infra* n° 91 et s.

³⁴⁷ Ce qui, avant de poser le problème de l'exigence d'un résultat légal, soulève la question de la causalité comme composante de l'unité conceptuelle de la responsabilité en droit privé. V. *infra* n° 220 et s., et spéc. n° 253.

³⁴⁸ V. ainsi E. DREYER, *op. et loc. cit.*, M. LACAZE, *op. cit.*, n° 602 et s., et B. THELLIER DE PONCHEVILLE, *La condition préalable de l'infraction*, P.U.A.M., 2010, n° 502 et s. Rapp. A. LEPAGE et P. MAISTRE DU CHAMBON, art. *cit.* *Contra* A. VARINARD, art. *cit.*, selon lequel le principe de légalité s'opposerait seulement à ce que l'on considère l'infraction impossible comme consommée. On ne peut souscrire à cette analyse. Ce serait en effet considérer que les conditions préalables le sont, non à la constitution de l'infraction mais à sa consommation, ce qui n'est pas justifié. Si l'on déduit la nécessité de l'existence d'un autrui en vie de ce que le meurtre est le fait de donner la mort à autrui, il faut en faire de même pour la tentative de meurtre qui consiste à accomplir un acte tendant directement et immédiatement à causer la mort d'autrui. On peut voir ici l'intérêt de distinguer consommation et constitution. Sur cette distinction, v. *infra* n° 94.

³⁴⁹ V. Y. MAYAUD, *op. cit.*, n° 275 : « *entre le rationnel et le rassurant, le choix était simple, et c'est finalement le "rassurant" qui l'a emporté* ». Que des magistrats agissent de manière irrationnelle, pourtant, n'est pas des plus rassurant...

³⁵⁰ Elle se rapproche en cela du régime instauré par la loi 2008-174 du 25 février 2008 relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental, sur laquelle v. not. Ph. BONFILS, *chron. législat.*, *Rev. sc. crim.*, 2008, pp. 392 et s., P. MISTRETTA, « De la répression à la sûreté, les derniers subterfuges du droit pénal. A propos de la loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental », *JCP*, 2008, 145, et J. PRADEL, « Une double

Cependant, il se pourrait que certaines hypothèses présentées comme des applications d'infractions impossibles n'en soient pas réellement et que, de ce fait, ils satisfassent le principe de légalité tout en garantissant que la répression ne soit pas totalement désarmée. Par conséquent, toutes les solutions jurisprudentielles actuelles ne sont pas à rejeter. Dans certains cas, en effet, il semble qu'il y ait bien dégradation d'une situation juridique et donc infraction tentée. Ainsi, lorsqu'un individu essaye de commettre un vol mais que la chambre³⁵¹ ou la voiture³⁵² sont vides de tout objet de valeur, la jurisprudence, à juste titre, retient néanmoins la tentative. En effet, le vol protège la propriété, et la valeur du bien est indifférente³⁵³. Or, dans le premier cas, s'agissant d'une chambre, il est certain que s'y trouvait ne serait-ce qu'un drap sur le lit qui aurait pu être soustrait, sans parler du lit lui-même. La propriété d'autrui a donc bien été menacée par l'auteur des faits qui, par son comportement, a créé un risque d'atteinte au droit réel d'autrui et donc un risque de consommation du vol. La tentative est ici constituée et le principe de légalité respecté. Il en est de même dans le second cas puisque le véhicule, au moins, est menacé lui-même d'appropriation frauduleuse par le comportement de l'agent. Nul besoin de recourir à l'infraction impossible puisque précisément la consommation du délit est ici envisageable, ce qui suffit à ce que l'infraction tentée soit constituée³⁵⁴. On sait aussi qu'il

révolution du droit pénal français avec la loi du 25 février 2008 sur les criminels dangereux », *D.*, 2008, chron. pp. 1000 et s. Il s'agit, en effet, sous couvert de la qualification de mesure de sûreté, de priver de liberté, de manière potentiellement perpétuelle, des personnes ayant déjà purgé une peine de réclusion criminelle en raison de leur « particulière dangerosité caractérisée par une probabilité très élevée de récidive parce qu'elles souffrent d'un trouble grave de la personnalité », soit en raison d'une infraction potentielle. En ce sens, v. not. P. BRUSTON, « La rétention de sûreté est-elle une modalité d'application des peines ? », *AJ pénal*, 2008, Dossier *Le nouveau contexte de l'application des peines*, pp. 403 et s., S. COYE et H. de SUREMAIN, « Relégation perpétuelle », *Dedans dehors*, févr. 2008, pp. 19 et s., J. DANET, « La rétention de sûreté au prisme de la politique criminelle : une première approche », *Gaz. Pal.*, 2-4 mars 2008, pp. 10 et s., V. GAUTRON, « De la société de surveillance à la rétention de sûreté. Etapes, faux-semblants, impasses et fuites en avant », *AJ pénal*, 2009, Dossier *Loi du 17 juin 1998 : l'obligation de soins, 10 ans après*, pp. 54 et s., M. HERZOG-EVANS, « La loi n° 2008-174 du 25 février 2008 ou la mise à mort des "principes cardinaux" de notre droit », *AJ pénal*, 2008, Dossier *La nouvelle rétention de sûreté : éléments d'analyse*, pp. 161 et s., B. LAVIELLE, « Une peine infinie (libres propos sur la rétention de sûreté) », *Gaz. Pal.*, 2-4 mars 2008, pp. 2 et s., J. LEBLOIS-HAPPE, « Rétention de sûreté vs *Unterbringung in die Sicherungsverwahrung* : les enseignements d'une comparaison franco-allemande », *AJ pénal*, 2008, Dossier *La nouvelle rétention de sûreté, quelles perspectives ?*, pp. 209 et s., Y. MAYAUD, « La mesure de sûreté après la décision du Conseil constitutionnel n° 2008-562 DC du 21 février 2008 », *D.*, 2008, chron., pp. 1359 et s., F. LUDWICZAK, « Essai de conceptualisation nouvelle d'une notion ancienne : la récidive », *Rev. pénit.*, 2009, pp. 305 et s., P. MBANZOULOU, « Quelles incidences possibles de la loi de rétention de sûreté sur les pratiques professionnelles pénitentiaires ? », *AJ pénal*, 2008, Dossier *Le nouveau contexte de l'application des peines*, pp. 400 et s., et D. ROETS, « La rétention de sûreté à l'aune du droit européen des droits de l'homme », *D.*, chron., pp. 1840 et s. S'inscrivant, à l'instar de la répression de l'infraction impossible, dans le sillage d'une pensée très clairement positiviste (v. en ce sens, Ph. BONFILS, chron. *cit.*, J. DANET, art. *cit.*, B. DE LAMY, « La rétention de sûreté : pénal or not pénal ? », *Rev. sc. crim.* 2009, pp. 166 et s., V. GAUTRON, art. *cit.*, J. LEBLOIS-HAPPE, art. *cit.*, et J.-H. ROBERT, « La victoire posthume de Lombroso et de Ferri », *préc.*), la rétention de sûreté instaurée par cette loi opère un glissement de l'incrimination du risque à la sanction du risque d'infraction. Pour plus de développements sur la question, v. *infra* n° 548 et s.

³⁵¹ Crim., 19 mai 1949 : *Bull. crim.*, n° 181.

³⁵² Crim., 14 juin 1961 : *Bull. crim.*, n° 299.

³⁵³ En ce sens, v., outre les manuels généraux, R. OLLARD, , *La protection pénale du patrimoine*, Dalloz, coll. NBT, vol. 98, 2010, et *infra* n° 357 et s.

³⁵⁴ En revanche, la répression du fait d'introduire sa main dans le tronc vide d'une église avec l'intention de voler relève bien de l'infraction impossible, le risque n'ayant jamais existé. Crim., 12 avr. 1877, cité in A.

a été jugé que le fait de tirer sur une personne, déjà atteinte par le tir d'un coauteur intervenu quelques secondes plus tôt ou au même moment, pouvait être qualifié de meurtre, consommé d'ailleurs semble-t-il³⁵⁵. La qualification paraît erronée car excessive. Pour autant, le fait que la première balle ait suffi à entraîner la mort de la victime est-il de nature à faire de l'infraction commise une infraction impossible ? Il semble que non. Il suffit pour s'en convaincre de préciser le moment auquel il faut apprécier la présence du risque constitutif du résultat de l'infraction tentée. Pour qu'il y ait risque, il faut que la consommation soit possible au moment où le comportement apte à provoquer le résultat légal de l'infraction consommée de référence est accompli. En d'autres termes, en matière de tentative, c'est lors du commencement d'exécution que la consommation doit avoir été possible, que le risque doit avoir existé. Par conséquent, c'est à ce même instant que l'efficacité du moyen ou que la présence de l'objet doivent être vérifiées³⁵⁶. Dans l'hypothèse envisagée, si le commencement d'exécution du meurtre apparaît au stade où la victime était poursuivie par des personnes armées ou même plus tard, lorsqu'elle était mise en joue, alors il faut conclure qu'il y a bien eu, à ce moment, risque, possibilité de consommation, et donc résultat légal, c'est-à-dire infraction tentée, et non pas infraction impossible³⁵⁷. Il est certain que si une telle conception pourrait avoir pour conséquence de conduire la jurisprudence à repousser très en amont de la consommation celui du commencement de l'exécution, une telle tendance aurait nécessairement des limites tenant à la définition que donne la Cour de cassation de cette notion et le mérite de s'inscrire dans le respect du principe de légalité. Elle éviterait au surplus des solutions aussi absurdes que celle qui consisterait à punir celui qui aura essayé de torturer un cadavre...³⁵⁸ Cette conception assure à la fois l'unité conceptuelle de la responsabilité en droit privé et la pérennité du rôle préventif du droit pénal.

VARINARD, art. *cit.* Un auteur propose toutefois d'admettre la tentative dans ce cas en raison du fait que c'est le patrimoine, et non les éléments qui le composent, qui est protégé par cette incrimination (M. LACAZE, *op. cit.*, n° 175, note 406). Intéressante et ingénieuse, la proposition peut sembler toutefois excessive dès lors qu'une telle conception semble interdire, en raison du caractère abstrait du patrimoine, toute distinction entre la volonté de le dégrader, le risque pour celui-ci et sa lésion effective. Par ailleurs, l'existence d'une chose semble bien être une condition préalable à la constitution du vol consommé aussi bien que tenté, cette chose pouvant par ailleurs fort bien n'être qu'une représentation matérielle du bien juridique-propriété ou patrimoine pris dans son ensemble.

³⁵⁵ Crim., 5 oct. 1972 : *Bull. crim.*, n° 269.

³⁵⁶ Comp. M. LACAZE, *op. cit.*, n° 599, qui raisonne toutefois sur un risque putatif.

³⁵⁷ Considérant qu'il y a tentative dès la mise en joue, v. E. GARÇON, *op. cit.*, art. 3, n° 72 et s., et Paris, 28 juill. 1848 : *D.*, 1849, 2, p. 166, cité *ibid.*, n° 73. En revanche, dans l'hypothèse où la personne est déjà morte lorsque l'auteur commence l'exécution de l'infraction, il n'y a aucun aléa et il s'agit d'une infraction impossible. V. Crim., 16 janv. 1986, préc.

³⁵⁸ Solutions d'autant plus grotesques que la Cour de cassation refuse de considérer que l'on puisse commettre un homicide non intentionnel à l'endroit d'un fœtus. V. not. B. DE LAMY, note sous Crim., 2 déc. 2003, *Dr. Famille*, 2004, pp. 26 et s., A. LEPAGE et P. MAISTRE DU CHAMBON, art. *cit.*, et M.-L. RASSAT, « La victime des infractions contre les personnes après l'arrêt de la Chambre criminelle du 30 juin 1999 », *Dr. pénal*, 2000, chron. n° 12. Sur la question, v. *infra* n° 375 et s.

Conclusion du chapitre

55. Le résultat légal, exigence essentielle du concept de responsabilité juridique.

La responsabilité juridique, en tant qu'institution ayant pour fonction générale d'organiser la réponse sociale, dans l'ordre juridique, à une perturbation des rapports entre les hommes, supposent par définition une telle perturbation. *La présence d'un résultat légal apparaît donc comme une condition indépassable de la génération de toute responsabilité et, par là même, de toute responsabilité juridique.* Elle est une composante essentielle de l'unité conceptuelle de la responsabilité en droit privé. Cette exigence peut se prévaloir de nombreux et solides fondements. D'un point de vue général tout d'abord, elle tient à la fois à l'essence rétrospective de toute responsabilité et à la destination sociale de la responsabilité juridique. Ce qui est appelé "responsabilité pour l'avenir" renvoie plus véritablement aux concepts juridiques de devoir et d'obligation qui, s'ils prennent part à la construction de tout système de responsabilité, ne sont pas identiques à la notion même de responsabilité. Par ailleurs, la fonction sociale du droit et la nature technique de la responsabilité juridique imposent de garder en mémoire que le droit de la responsabilité n'est qu'un instrument construit afin de satisfaire les idéaux et les intérêts humains tels qu'ils sont révélés au juriste par le donné, de telle sorte que *le résultat légal ne saurait être supplanté ou confondu avec le fait causal et que la responsabilité juridique ne saurait être ramenée à un moyen de protéger l'ordre juridique pour lui-même.* D'un point de vue spécial ensuite, ces éléments ont été confirmés par des fondements propres à chacune des applications pratiques de la responsabilité en droit privé. Appartenant au droit des obligations, le droit civil de la responsabilité est logiquement et techniquement inapte à se passer d'un résultat légal. De même, tout fait générateur de responsabilité pénale doit nécessairement en comprendre un, sauf à porter atteinte au principe de nécessité des incriminations, si ce n'est au principe de légalité criminelle.

Les conséquences de cette exigence sont faciles à déduire : *toute "responsabilité" sans résultat légal doit être récusée*, et ce, que cela implique une interprétation différente du droit applicable par les juges ou du droit appliqué par la doctrine ou bien, plus radicalement, une modification législative du droit positif. Si le droit civil positif ne semble pas devoir subir de modification, tel n'est pas en revanche le cas de son homologue pénal. En effet, toutes les infractions inoffensives devraient être dépénalisées soit par la voie législative, ce qui impliquera des réformes d'envergure dont on peut douter qu'elles auront lieu, soit par la voie jurisprudentielle, par le biais d'un revirement de jurisprudence au sujet, par exemple, de la répression de l'infraction impossible.

Un résultat légal est donc exigé. Une telle approche est toutefois insuffisante et de nombreuses questions restent encore en suspens : en quoi consistera donc ce résultat légal ? Qu'impose à cet égard l'unité conceptuelle de la responsabilité juridique ? Qu'autorise-t-elle ?

C'est dire qu'après l'étude de l'exigence du résultat légal, il est temps de s'intéresser plus précisément au résultat légal exigé.

Chapitre second

Le résultat légal exigé

56. Exploitation imparfaite de l'unité conceptuelle de la responsabilité juridique en droit positif. Le problème de la détermination du résultat légal exigé pose en réalité une double question. Si le résultat légal est la dégradation d'une situation juridique, il faut s'intéresser en effet à deux choses : la situation juridique objet de la dégradation et la dégradation elle-même. Autrement dit, il faut se demander, non seulement si tous les intérêts et les idéaux découverts dans le donné méritent la protection du droit *via* l'institution qu'est la responsabilité juridique mais encore dans quelle mesure il est possible de parler d'une dégradation, et d'une dégradation qui soit suffisante pour que cette technique juridique soit mise en œuvre. La démarche la plus évidente devrait par conséquent consister à envisager, d'une part, l'objet de la dégradation, puis, d'autre part, la forme de la dégradation, tels que l'un et l'autre paraissent imposés par le concept de responsabilité juridique.

Ce n'est pourtant pas cette approche qui sera retenue. La raison en est que les problèmes que posent ces deux aspects de la question ne sont pas d'égal intérêt. L'objet de notre étude consiste à démontrer que les convergences du droit pénal et du droit de la responsabilité civile peuvent et doivent trouver leurs sources dans ce qui fait l'unité conceptuelle de la responsabilité juridique. Or, à cet égard, il est une démarche différente qui présente l'intérêt de mettre en exergue un certain paradoxe. En effet, pour qui observe le droit positif, force est de constater que la convergence permise, si ce n'est commandée, par l'unité du concept de responsabilité en droit privé n'est ni pleinement exploitée ni vraiment respectée. En droit civil, le résultat légal est unique. En principe, la constitution du fait générateur de responsabilité civile requiert une atteinte effective à un intérêt juridiquement protégé, dénommé dommage ou préjudice³⁵⁹. La notion connaît, en revanche, un contenu plus riche en droit pénal car il n'est pas nécessaire que l'agent soit allé aussi loin et qu'il ait effectivement lésé une valeur protégée. En effet, le trouble à l'ordre public qui est requis à titre général en la matière peut, certes, passer par l'atteinte effective à un intérêt mais il peut aussi résulter d'une simple menace de lésion. C'est ce que traduit notamment la distinction des infractions matérielles et des infractions formelles³⁶⁰.

³⁵⁹ Le Code civil exige ainsi explicitement un dommage en fait de responsabilité délictuelle et le requiert implicitement en matière contractuelle. V. H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, t. 1, préc., n° 208 et s.

³⁶⁰ Sur laquelle, v. not. B. BOULOC, *Droit pénal général*, préc., n° 240, Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, préc., n° 321 et s., F. DESPORTES et F. LE GUNHEC, *Droit pénal général*, préc., n° 445 et s., H. DONNEDIEU DE VABRES, *Traité élémentaire de droit criminel et de législation pénale comparée*, préc., n° 187 et 254, E. DREYER, *op. cit.*, n° 693 et s., R. GARRAUD, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, t. 1, préc., n° 236 et s., Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, préc., n° 189 et s., R. MERLE, *Droit pénal général complémentaire*, préc., p. 144 et s., R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, t. 1, préc., n° 514 et s., X. PIN, *Droit pénal général*, préc., n° 153 et s., J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., n° 397 et s., J.-H. ROBERT, *Droit pénal général*, préc., p. 211 et s., et *infra* n° 86 et s.

Alors que le droit pénal et le droit civil de la responsabilité se rencontrent totalement dans l'exigence classique de la lésion d'un intérêt légitime (Section 1), il faut donc constater, et déplorer qu'en revanche, une telle confusion ne se retrouve pas lorsque le résultat légal prend la forme d'une simple menace pour un même intérêt (Section 2). L'unité conceptuelle permet, voire ordonne, pourtant une telle extension.

Section 1. L'exigence classique de la lésion d'un intérêt légitime

57. Résultat juridique. Inventrice de la notion de résultat légal, la doctrine pénaliste a beaucoup travaillé sur la notion de résultat en général et en distingue plusieurs types³⁶¹. Au-delà de la notion de résultat légal – dont le contenu est délimité par le concept de responsabilité juridique de la manière qui vient d'être vue – on peut distinguer deux autres types de résultat, qui ne sont finalement que deux sous-catégories, plus précises, de résultat légal. Celui-ci peut notamment prendre la forme principale de la lésion d'un intérêt légitime. On désigne cette forme de résultat légal par le terme de "résultat juridique". Le concernant, la convergence des droits positifs civil et pénal de la responsabilité au sein de l'unité conceptuelle de la responsabilité juridique ne fait aucun doute : le droit civil exige toujours une atteinte effective à un intérêt protégé, un dommage ou un préjudice ; le droit pénal exige souvent un tel résultat légal. Cela peut d'ailleurs se comprendre aisément. Le résultat juridique est le mal le plus abouti, celui, réalisé, qui ne permet qu'une action curative. C'est une vie perdue, une intimité brisée, un bras coupé, un tableau de maître détruit, un site naturel pollué. Le mal est fait. Il est donc logique qu'en principe, tous les modes juridiques de réaction sociale soient mis en branle pour y apporter une réponse et pour que le corps social affiche sa désapprobation.

Cela ne se fait pas pour autant sans condition. En tant que technique juridique de protection et de sanction, la responsabilité juridique ne sera pas mise au service de tous les intérêts, idéaux, valeurs ou biens. Le droit va trier parmi les matériaux qui lui sont donnés par les faits. C'est ainsi que l'on constate que si le concept de responsabilité juridique n'impose rien quant à la forme ou à l'objet de la lésion (§2), celui-ci doit néanmoins satisfaire une indépassable exigence de légitimité (§1).

³⁶¹ Pour une présentation des différentes théories pénalistes du résultat, v. J.-Y. MARECHAL, *Essai sur la notion de résultat dans la théorie de l'infraction pénale*, préc., n° 31. Le système qui sera retenu dans cette étude est celui de MM. Conte et Maistre du Chambon, qui paraît être le plus abouti (*in op. cit.*, n° 318). On y ajoutera cependant – v. *infra* n° 71 – la distinction des atteintes abstraites et concrètes de M. Maréchal qui semble compléter ledit système, que ce dernier auteur rejette pourtant, en le précisant.

§1. L'indépassable exigence d'un intérêt légitime

58. Objet et réalité de l'exigence. S'intéresser à l'exigence d'un intérêt légitime suppose deux choses : préciser en quoi consiste un tel impératif d'une part, et en vérifier l'effectivité en droit positif d'autre part. L'étude de l'objet de l'exigence (A) précédera donc celle de sa positivité (B).

A- L'objet de l'exigence

59. Intérêt et légitimité. Pour savoir en quoi consiste l'exigence d'un intérêt légitime, il faut avant tout préciser ce que recouvre la notion d'intérêt en droit de la responsabilité (1). Ce n'est qu'après qu'il sera possible de déterminer ce que signifie la légitimité d'un tel intérêt (2).

1. La notion d'intérêt en droit de la responsabilité

60. L'intérêt comme avantage puisé du donné. Parler d'intérêt, de bien ou de valeur, tous termes synonymes si l'on veut bien s'entendre sur une telle convention de vocabulaire, revient tout simplement à désigner un avantage quelconque pour l'homme pris soit comme individu, soit comme membre d'un groupe social. Il s'agit d'*un agrément, qui améliore la condition de l'homme ou qui rend possible son existence ou sa conservation*. Peu importe sa nature, morale ou sociale, patrimoniale ou extrapatrimoniale, peu importe qu'il satisfasse un besoin ou seulement un désir humain, il est *toujours tiré de l'ordre du donné. Préjuridique*, il est antérieur au traitement que lui réserve le droit, lequel peut d'ailleurs être divers et aller de du rejet de l'intérêt à l'indifférence à son égard, en passant par sa protection et son attribution.

61. Dualité de la notion d'intérêt. En matière de responsabilité, tout particulièrement en droit de la responsabilité civile, la notion d'intérêt est source de confusion³⁶². On peut ainsi lire que, pour être réparable – et donc pour faire naître la responsabilité civile – le dommage ou le préjudice doit consister en la lésion d'un intérêt sérieux, légitime ou licite, et personnel. Et l'on exige exactement la même chose de l'action en justice³⁶³. Il en résulte que sont difficilement séparés l'action et le droit à réparation, le demandeur et le créancier, le défendeur et le débiteur³⁶⁴. Comme si celui qui agit devait nécessairement obtenir ce qu'il

³⁶² C'est là une conséquence de la combinaison de l'objet de l'action en réparation, qui consiste à faire, dans la mesure du possible, que la lésion survenue semble ne jamais avoir eu lieu, et du principe de la réparation intégrale, qui impose de faire de l'intérêt perdu la mesure de l'avantage que devra attribuer le juge. Il en ressort que l'intérêt à agir sera souvent très proche, sinon identique, de l'intérêt lésé.

³⁶³ C. proc. civ., art. 31. *Adde* L. CADIET et E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, LexisNexis/Litec, coll. Manuels, 7^e éd 2011, n° 361 et s., et S. GUINCHARD, C. CHAINAIS et F. FERRAND, *Procédure civile. Droit interne et droit de l'Union européenne*, Dalloz, coll. Précis, 30^e éd., 2010, n° 132 et s.,

³⁶⁴ V. not. A. COLIN et H. CAPITANT par L. JULLIOT DE LA MORANDIERE, *Traité de droit civil*, t. 2, Dalloz, 1959, n° 1077, H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, *op. cit.*, n° 216., B. STARCK, H. ROLAND et L.

demande et son adversaire être systématiquement condamné... L'erreur est véritablement dommageable lorsque, traitant de l'exigence substantielle d'un intérêt, il est envisagé de manière erronée des questions relatives à son homonyme processuel. Il y aura alors attribution au droit substantiel d'éléments de droit processuel, par confusion des deux exigences. La question est pourtant d'importance.

Il convient pour éviter cet écueil de bien distinguer l'intérêt auquel font respectivement référence le droit substantiel et le droit processuel. *Substantiellement*, l'intérêt, c'est *l'avantage lésé* par le fait de l'auteur ou de la chose, celui dont on parle lorsque l'on traite du dommage et du préjudice. Il a trait aux conditions de la responsabilité, de naissance du droit de créance. Pour reprendre le langage des tenants de la conception structurale du droit de MOTULSKY³⁶⁵, il relève du présupposé de la règle juridique. C'est l'avantage perdu. *Pour le processualiste* en revanche, l'intérêt est celui que le demandeur a à agir³⁶⁶, soit *l'avantage qui fait l'objet de la demande* et qui pourrait, si la demande est bien fondée, être attribué à celui qui agit³⁶⁷. Il ressortit, pour ce qui nous concerne, à la mise en œuvre de la responsabilité, à l'action en réparation ou à l'action publique, à l'effet juridique de la règle de droit. C'est l'avantage susceptible d'être obtenu en vertu de ces actions.

La distinction peut effectivement être très délicate à opérer. Elle reste néanmoins fondamentale puisque la dualité de référence à l'intérêt peut entraîner une dualité d'exigence de certains des caractères requis dudit intérêt. Or tel est bien le cas de celle qui a trait à la légitimité de l'intérêt³⁶⁸.

2. La notion de légitimité de l'intérêt en droit de la responsabilité

62. Fonction de filtre de la notion de légitimité. *Si les intérêts sont trouvés dans le donné, dans la vie sociale des hommes, tous n'ont pas pour autant vocation à être satisfaits par le droit.* Il est en effet des besoins, des désirs, des idéaux auxquels le système juridique ne peut apporter son soutien sans contredire les fondements de la société qu'il régit. La satisfaction d'une pulsion pédophile, la joie ressentie à la mort d'un ennemi, la tristesse éprouvée à la naissance d'un enfant non désiré, l'idéal de la pureté de sang de tel ou tel peuple, voici des intérêts bien réels pour ceux qui les recherchent ou les éprouvent. Mais ils entrent en conflit avec d'autres valeurs que sont la protection de l'enfance, le respect de la vie humaine

BOYER, *Obligations. 1. Responsabilité délictuelle*, préc., n° 111, et F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, préc., n° 704.

³⁶⁵ In *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, préc. Adde not. C. BLERY, *L'efficacité substantielle des jugements civils*, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, t. 328, 2000, et J. HERON par Th. LE BARS, *Droit judiciaire privé*, Monchrestien, coll. Domat, 4^e éd., 2010, n°46.

³⁶⁶ C. proc. civ., art. 31.

³⁶⁷ V. not. G. BOLARD, « Qualité ou intérêt pour agir ? », *Mél. S. Guinchard*, Dalloz, 2010, pp. 597 et s., L. CADIET et E. JEULAND, *op. cit.*, n° 365, S. GUINCHARD C. CHAINAIS et F. FERRAND, *op. cit.*, n° 135 et s., F. KERNALEGUEN, « Intérêt, qualité, pouvoir : le ménage à trois de la théorie de l'action ? », *Mél. S. Guinchard*, préc., pp. 771 et s., et J. HERON par Th. LE BARS, *op. cit.*, n° 65.

³⁶⁸ Cela est aussi le cas pour ce qui est du caractère personnel de l'intérêt. V. *infra* n° 365 et s.

ou l'égalité. Le législateur doit donc choisir. Et l'un des moyens qui s'offrent à lui est la notion de légitimité : *seuls seront reconnus et protégés les intérêts légitimes, c'est-à-dire ceux qui sont conformes ou qui ne heurtent pas les fondements et les finalités du système juridique*. La notion de légitimité joue ainsi un rôle de *filtre entre le donné et le construit*³⁶⁹.

63. Acceptions processuelle et substantielle d'intérêt légitime. Puisqu'il faut discriminer les notions substantielle et processuelle d'intérêt, il faut aussi distinguer celles d'intérêt légitime selon que l'on envisage le droit matériel ou le droit processuel³⁷⁰.

En droit processuel d'une part, l'intérêt est celui que l'on peut obtenir en vertu du jugement, la production d'un effet juridique attaché à la constatation d'une situation juridique préexistante – jugement déclaratif – ou à la création d'une situation juridique nouvelle – jugement constitutif. De ce point de vue, la légitimité doit s'apprécier au regard de l'avantage qui est susceptible d'être obtenu *via* l'action et qui est demandé par le plaideur. Mais quand peut-on dire que l'avantage susceptible d'être obtenu en justice est illégitime ? Certains auteurs proposent d'assimiler l'exigence de légitimité à celle d'un intérêt sérieux³⁷¹. Cependant, dans ce cas, plus que l'avantage, ce sont surtout les moyens employés pour l'obtenir, à savoir la mise en marche de la machine judiciaire pour des bagatelles, qui sont illégitimes. Cette assimilation semble donc contestable. Quant à la proposition qui consiste à dire que l'intérêt à agir est illégitime lorsque l'action est détournée de sa destination, soit

³⁶⁹ Rappr. en ce sens C. GRARE-DIDIER, « Du dommage », *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, préc., pp. 131 et s. Plus généralement, comp. M. VIRALLY, *op. cit.*, pp. 24 et s.

³⁷⁰ Et la tâche n'est pas facile, surtout pour les civilistes. En effet, le principe de la réparation intégrale et la fonction de la réparation conduisent à une certaine adéquation entre l'intérêt substantiel et l'intérêt processuel. L'avantage susceptible d'être obtenu doit compenser ou rétablir l'avantage perdu. Par conséquent, si ce dernier était illégitime, alors tel sera aussi le cas de l'intérêt à agir. D'où l'affirmation selon laquelle l'exigence de la légitimité à agir est une « passerelle » entre le processuel et le substantiel (l'image est de M. CADIET, *Le préjudice d'agrément*, thèse Poitiers, 1983, n° 337. Dans le même sens, v. not. S. GUINCHARD, C. CHAINAIS et F. FERRAND, *op. et loc. cit.*, et Ph. LE TOURNEAU *et alii*, *Droit de la responsabilité et des contrats*, préc., n° 1392) et la critique dont elle fait l'objet (v. not. L. CADIET, *op. cit.*, n° 339 et s., et s., et Ph. LE TOURNEAU *et alii*, *op. et loc. cit.*). Si la confusion est dénoncée par certains (v. not. Ph. BRUN, *op. cit.*, n° 190, note 78, L. CADIET et E. JEULAND, *op. cit.*, n° 362, et Ph. LE TOURNEAU *et alii*, *op. et loc. cit.*), elle reste, naturellement, plutôt répandue (v. not. ainsi Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *op. cit.*, n° 243, H. MAZEAUD, « La lésion d'un intérêt légitime juridiquement protégé, condition de la responsabilité civile », *D.*, 1954, chron., pp. 39 et s., H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, *op. cit.*, n° 277-7 et s. et 327 et s., B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *op. cit.*, n° 101 et 111, F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. et loc. cit.*, J. VIDAL, « L'arrêt de la Chambre mixte du 27 février 1970, le droit à réparation de la concubine et le concept de dommage réparable », *JCP*, 1971, I, 2390, et G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil. Les conditions de la responsabilité*, préc., n° 273). La jurisprudence elle-même est d'ailleurs hésitante sur la question. Certains croient savoir qu'elle statue sur la recevabilité (v. not. J. HERON par Th. LE BARS, *op. cit.*, n° 64, et X. PRADEL, *Le préjudice dans le droit civil de la responsabilité*, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, t. 415, 2004, n° 112) et d'autres qu'elle se prononce sur le bien-fondé de l'action. V. not. Ph. BRUN, *op. et loc. cit.*, et S. GUINCHARD, C. CHAINAIS et F. FERRAND, *op. cit.*, n° 137. La réalité semble être que les juges ne sont pas très sûrs d'eux quant au fait de savoir s'il s'agit d'une condition du droit ou de l'action. Comp. not. Civ. 2, 19 févr. 1992 (recevabilité) : *JCP*, 1993, II, 22170, note G. CASILE-HUGHES, Pau, 7 oct. 1993 (recevabilité) : *JCP*, 1994, IV, 2212, et Civ. 2, 24 janv. 2002 (bien-fondé) : *Bull. civ.*, n° 5. En ce sens, v. not. G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. cit.*, n° 274, G. WICKER, *art. cit.*, et G. WIEDERKEHR, *art. cit.* Sur la question, *adde* J.-S. BORGHETTI, « Les intérêts protégés et l'étendue des préjudices réparables en droit de la responsabilité civile extra-contractuelle », *Mél. G. Viney*, préc., pp. 145 et s.

³⁷¹ V. not. X. PRADEL, *op. cit.*, n° 111 et s.

quand il y a abus de droit d'agir, elle paraît opérer une confusion entre l'existence et l'exercice de l'action³⁷². En effet, s'il s'agit d'abus de droit, c'est que le droit existe. Or, la légitimité de l'intérêt à agir est une condition de l'existence de l'action. Qu'il y ait abus de droit suppose donc qu'il y ait préalablement un intérêt légitime à agir. On a également avancé que l'intérêt à agir serait illégitime lorsque la cause efficiente de l'action, la situation qui en constituerait le fondement, se révélerait contraire au droit, le juge ayant alors la possibilité de refuser le concours de la justice à une telle situation aux fins d'éviter une incohérence au sein du système juridique³⁷³. Toutefois, cette thèse se rapproche du droit substantiel³⁷⁴ tout en s'éloignant de la notion d'intérêt à agir. De fait, la situation illicite qui fonde l'action n'est pas l'avantage qui est sollicité par le demandeur et qui peut être retiré de l'exercice de l'action et c'est pourtant celui-là seul dont la légitimité paraît devoir être appréciée. Il ne faut pas que l'avantage demandé ou procuré soit contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs. Ainsi sera-t-il impossible d'agir en justice pour obtenir l'expulsion d'un voisin trop bruyant, précisément parce qu'un tel résultat, s'il peut être un avantage pour celui qui le demande, est illégitime³⁷⁵.

Sur le terrain du droit substantiel de la responsabilité d'autre part, la légitimité de l'intérêt est moins difficile à identifier. Elle s'entend de celle de l'avantage lésé par le fait de l'auteur ou de la chose, et non de celle des circonstances dans lesquelles la lésion est intervenue. Ainsi, c'est l'agrément perdu qui doit être conforme ou, au moins, non contraire au droit³⁷⁶. L'intérêt lésé doit donc être un bien juridique, « *émulation* » d'une valeur morale ou sociale puisée dans le donné et qui est jugée digne de reconnaissance par le législateur³⁷⁷. D'un point de vue technique, il semble pouvoir intégrer le présupposé d'une norme juridique de

³⁷² V. G. BOLARD, art. *cit.*, G. WICKER, art. *cit.*, qui convient toutefois lui-même qu'il est alors question de l'exercice de l'action, et G. WIEDERKEHR, « La légitimité de l'intérêt pour agir », *Mél. S. Guinchard*, préc., pp.877 et s.

³⁷³ G. WICKER, art. *cit.*

³⁷⁴ On précisera cependant que l'auteur propose de distinguer le bien-fondé de la notion plus large de "fond du droit". Le bien-fondé se réduirait à l'ensemble des « *éléments de droit et de fait auxquels la règle légale subordonne la réalisation de l'effet de droit recherché* », tandis que le fond du droit s'étendrait aux « *circonstances qui ont pu entourer la réalisation de ces divers éléments* » (*ibid.*). Cependant, il n'est pas certain que les éléments qui, selon l'auteur, relève du fond sans ressortir au bien-fondé, à savoir la situation ou le droit dont le demandeur requiert réparation de la lésion, ne soient pas des conditions d'application de la règle juridique. Bien au contraire, il semble possible de les analyser comme des conditions préalables à la constitution du fait générateur de responsabilité et donc, radicalement, comme des éléments générateurs de la responsabilité.

³⁷⁵ On lit parfois qu'il semble impossible d'envisager une action exercée dans un intérêt illégitime car toute action est encadrée par la loi et ne produit que l'effet produit par la loi (rapp. not. G. WICKER, art. *cit.*). Cela est vrai mais le moyen de cet encadrement est peut-être précisément l'exigence d'un intérêt légitime à agir.

³⁷⁶ Ce qui ne signifie pas que la dignité de la victime sera dépourvue de toute influence puisque la faute de cette dernière pourra, selon sa gravité ou l'importance de sa force causale, la priver de tout ou partie de son indemnisation. Sur ce point, v. *infra* not. n° 321 et s.

³⁷⁷ V. M. LACAZE, *Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, préc., n° 470 et s. Le fait que le bien juridique soit avant tout celui qui est jugé digne de protection par le législateur ne signifie pas que tout choix législatif doit être approuvé sans discussion. Comme l'affirme le même auteur (*ibid.*, n° 480), il faut que « *la doctrine (...) débattre du contenu axiologique de son objet d'étude et reconnaisse qu'aucun système dogmatique n'est absolument neutre* ». Adde J.-S. BORGHETTI, art. *cit.*

responsabilité à travers le concept de condition préalable, définie comme « *une situation juridique de droit*³⁷⁸ *ou de fait*³⁷⁹ (...) *et qui représente le bien juridique* » protégé³⁸⁰.

En définitive, le concept de responsabilité juridique semble imposer que le résultat légal ait pour objet un intérêt substantiel quelconque, puisé dans les faits portés à la connaissance du juriste, jugé digne de protection juridique et qualifiable, à ce titre, de bien juridique. Une telle exigence paraît confirmée par le droit positif.

B- La réalité de l'exigence

64. Conformité du droit positif. Malgré les évolutions jurisprudentielles, le droit civil de la responsabilité exige encore que le dommage ou le préjudice consiste en la lésion d'un intérêt juridiquement protégé (1). *A fortiori*, l'existence d'un bien juridique doit donc apparaître comme évidente en droit pénal (2).

1. Une exigence persistante en droit civil de la responsabilité

65. Déclin apparent et persistance réelle de l'exigence. La jurisprudence a pu, un temps, subordonner explicitement la réparation à « *la lésion certaine d'un intérêt légitime juridiquement protégé* », considérant qu'un dommage quelconque ne suffisait pas, et semblant ainsi en faire un caractère du résultat juridique lui-même³⁸¹. Aujourd'hui, on enseigne classiquement à ce sujet que cette exigence serait en voie de disparition³⁸² ou, tout du moins, nuance-t-on le propos³⁸³ en disant notamment que l'on passerait d'une exigence de légitimité à celle d'une licéité de l'avantage perdu³⁸⁴. Ainsi si la situation du concubin, même homosexuel³⁸⁵, et même adultère³⁸⁶, n'empêche plus les juges de lui accorder réparation, il

³⁷⁸ Il s'agit d'« *une situation définie et régie par le droit* » (B. THELLIER DE PONCHEVILLE, *La condition préalable de l'infraction*, préc., n° 23), telle que les droits subjectifs.

³⁷⁹ Soit une situation de fait protégée par le droit, comme la vulnérabilité d'une personne.

³⁸⁰ B. THELLIER DE PONCHEVILLE, *op. et loc. cit.*

³⁸¹ V. not. Civ. 1, 21 oct. 1952, *JCP G*, 1953, II, 7792, note R. RODIERE.

³⁸² Et ce depuis l'arrêt *Dangereux*, rendu par la chambre mixte de la Cour de cassation le 27 février 1970 accordant réparation à la concubine de la victime : *D.*, 1970, note R. COMBALDIEU, p. 201 ; et *JCP*, 1970, II, 16305, concl. R. LINDON et obs. P. PARLANGE. Sur cette question, v. not. Ph. BRUN, *op. cit.*, n° 188 et s., L. CADIET, « Les métamorphoses du préjudice », *Les métamorphoses de la responsabilité*, préc., pp. 63 et s., P. JOURDAIN, « Le préjudice et la jurisprudence », *Resp. civ. et ass.*, hors-série juin 2001, *La responsabilité civile à l'aube du XXI^{ème} siècle*, n° 8, pp. 4 et s., Ch. LAPOYADE-DESCHAMPS, L. BLOCH et S. MORACCHINI-ZEIDENBERG, *Droit des obligations*, préc., p. 163, et Ph. LE TOURNEAU *et alii*, *op. et loc. cit.*

³⁸³ V. Ph. BRUN, *op. cit.*, n° 191, Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *op. et loc. cit.*, P. JOURDAIN, art. cit., X. PRADEL, *op. cit.*, n°111 et s., parlant de « *constante de légitimité* », et G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. cit.*, n° 271.

³⁸⁴ En ce sens, v. spéc. Ph. LE TOURNEAU *et alii*, *op. et loc. cit.*, Ph. MALINVAUD et D. FENOUILLET, *op. cit.*, n° 570, B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *op. cit.*, n° 101, et G. WICKER, art. cit.

³⁸⁵ TGI Belfort, 25 juill. 1995 : *JCP*, 1996, II, 22724, note C. PAULIN.

³⁸⁶ Crim., 20 avr. 1972 (femme mariée handicapée abandonnée depuis trente-six ans par son époux) : *JCP*, 1972, I, 17278, note J. VIDAL. *Adde* F. CHABAS, « Le cœur de la cour de cassation (Le droit à réparation de la concubine adultère) », *D.*, 1973, chron., pp. 211 et s.

existe des cas où l'illicéité se manifeste pour exclure toute indemnisation, notamment lorsqu'il y a perte de revenus illicites³⁸⁷. Certains estiment que la jurisprudence hésite encore quant à l'application de cette exigence³⁸⁸. Pour d'autres, celle-ci suit un raisonnement logique.

Parmi les critères de distinction proposés par les interprètes de la jurisprudence³⁸⁹, le plus pertinent³⁹⁰ est celui qui estime que la Cour de cassation admet désormais l'indemnisation du dommage de la victime en situation illicite³⁹¹ pour ne plus refuser que celle de la victime se plaignant de la perte d'un avantage illégitime³⁹². Ainsi la dignité de la victime – elle avait payé et validé son ticket de bus ou non – est sans incidence sur la valeur lésée, qui peut être licite – elle a été atteinte dans son intégrité physique du fait d'un accident – ou illicite – elle a perdu lors de l'accident les stupéfiants qu'elle venait d'acquérir. Cette présentation, en plus de refléter fidèlement la jurisprudence, révèle que les juges suivent une véritable logique au regard de l'unité conceptuelle de la responsabilité juridique, d'une part, et de la fonction de la responsabilité civile, d'autre part. En effet, s'il s'agit de faire en sorte que l'avantage n'ait jamais été perdu, il est en effet cohérent de ne pas admettre la réparation si ledit intérêt n'était pas lui-même conforme au droit³⁹³.

Le droit civil positif confirme donc l'exigence d'un intérêt légitime objet de la dégradation comme condition préalable à la constitution du fait générateur de responsabilité civile³⁹⁴. A plus forte raison devrait-il donc en être ainsi pour le droit pénal.

2. Une exigence évidente en droit pénal de la responsabilité

66. Bien juridique et bien juridico-pénal. Si le droit opère un tri parmi les valeurs sociales et morales émanant du donné afin de n'en protéger que celles qui permettent la réalisation de ses finalités dans le respect de ses fondements, le droit pénal doit tout

³⁸⁷ V. not. Civ. 2, 30 janv. 1959 : *Bull. civ.*, n° 116, et 24 janv. 2002 : *Bull. civ.*, n° 5 ; et *D.*, 2002, note D. MAZEAUD, p. 2559.

³⁸⁸ V. par exemple, G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. cit.*, 273 et s.

³⁸⁹ Certains (v. not. M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations. 2- Responsabilité civile et quasi-contrats*, préc., pp. 143 et s., et Ph. MALINVAUD et D. FENOUILLET, *op. et loc. cit.*) estiment que, pour qu'il y ait réparation, il faut qu'il n'y ait aucun lien entre l'illicéité et le préjudice. La jurisprudence ne semble pas utiliser ce critère : ni le fait de voyager sans titre ni celui de ne pas déclarer ses revenus ne peuvent expliquer un accident ou ses implications financières pour la victime. D'autres (v. not. D. MAZEAUD, note *cit.*, et X. PRADEL, *op. cit.*, n° 146) proposent de se fonder sur la nature de l'intérêt lésé, ce qui paraît un peu trop simple et, surtout, ne répond pas à la question du pourquoi de la distinction.

³⁹⁰ Il est développé par M. Brun *in op. cit.*, n° 234. Favorable à cette interprétation, rappr. J.-S. BORGHETTI, art. *cit.*, et G. CASILE-HUGUES, note sous Civ. 2, 19 févr. 1992, préc.

³⁹¹ D'où l'indifférence, au regard de cette exigence, des relations personnelles existant entre la victime immédiate et la victime par ricochet ou du fait que la victime accidentée ait été au volant d'un véhicule volé.

³⁹² D'où la jurisprudence relative aux revenus illicites.

³⁹³ V. Ch. AUBRY et Ch. RAU par N. DEJEAN DE LA BÂTIE, *Droit civil français*, t. VI-2, 8^e éd., Librairie Technique, 1989, n° 10, et Ph. LE TOURNEAU *et alii*, *op. et loc. cit.* Adde en dernier lieu sur la question, Ch. QUEZEL-AMBRUNAZ, « La responsabilité civile et les droits du titre I du livre I du Code civil », préc.

³⁹⁴ Il en est de même du droit prospectif. V. l'article 1343 du l'article 1340 de l'avant-projet, préc., l'article 1384, alinéa 1, de la proposition sénatoriale n° 657 de loi portant réforme de la responsabilité civile, et l'article 8, alinéa 1, du projet de réforme proposé par l'Académie des sciences morales et politiques, publié *in Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, préc.

simplement satisfaire lui aussi à l'exigence de légitimité. Ou plutôt, on pourrait penser qu'il le doit *a fortiori*, voire qu'il y satisfait nécessairement. En effet, cette discipline ayant vocation à protéger les valeurs les plus importantes de la société³⁹⁵, tous les intérêts dont la lésion est incriminée devraient évidemment être légitimes. « *Conformément au principe d'ultima ratio, le droit pénal ne doit pas protéger l'ensemble des biens juridiques contre l'ensemble des attaques dont ils peuvent faire l'objet : si tous les biens juridiques peuvent trouver une protection juridique, tous ne méritent pas d'être des biens juridico-pénaux* »³⁹⁶. Le législateur pénal doit donc opérer un double tri : déterminer quels sont les idéaux et intérêts qui, trouvés dans le donné, doivent faire l'objet d'une protection juridique en premier lieu, puis, parmi ceux-ci, identifier ceux qui méritent la protection du droit criminel en second lieu. Logiquement, l'élaboration du droit pénal sera susceptible de faire l'objet d'une double critique de la part des juristes. Car, s'il est déjà difficile de s'entendre sur les valeurs à protéger juridiquement, à plus forte raison en est-il lorsqu'il est question de fixer le seuil au-delà duquel la protection pourra passer par la mise en mouvement de l'appareil répressif³⁹⁷. Reste que l'intérêt représenté par la condition préalable à la constitution d'une infraction, dès lors qu'il peut être identifié, doit être irréfragablement présumé légitime selon le droit positif.

L'exigence d'un intérêt légitime est donc imposée par le concept de responsabilité juridique et *a priori* respectée par ses applications pratiques en droit privé. Si la discussion doit rester ouverte sur l'opportunité des choix opérés par le législateur, il est indéniable que ce choix est opéré et que la protection n'est pas accordée sans discernement. Une certaine rigueur se manifeste concernant cet impératif. Le droit se fait en revanche bien plus libéral lorsque l'on aborde les autres aspects de la question.

§2. Le libéralisme au-delà de l'exigence d'un intérêt légitime

67. Etendue du libéralisme. Dès lors que l'intérêt lésé consiste en un bien juridique, le concept de responsabilité juridique n'impose plus rien. Le droit positif fait preuve d'un libéralisme concernant aussi bien la nature dudit intérêt (A) que la forme de la lésion, lesquelles se révèlent dès lors totalement indifférentes (B).

³⁹⁵ V. *infra* n° 339 et s., et, sur les incidences de cette fonction sur la nature de l'intérêt protégé, n° 344 et s.

³⁹⁶ M. LACAZE, *op. cit.*, n° 473.

³⁹⁷ Un auteur propose toutefois une piste consistant à se fonder sur les principes de nécessité et de proportionnalité : « *La restriction de liberté engendrée par la création d'un interdit pénal ne peut en effet être acceptée dans un système libéral, que si elle est indispensable à la protection des personnes ou de la société et que si sa gravité est proportionnelle à l'importance du bien protégé et à la gravité de son atteinte* » (M. LACAZE, *op. et loc. cit.*).

A- Le libéralisme quant à la nature de l'intérêt lésé

68. Intérêt patrimonial. Dès lors qu'il est légitime, l'avantage lésé peut être d'une nature quelconque. Tout bien juridique est protégé, qu'il soit de nature patrimoniale ou extrapatrimoniale. L'intérêt lésé peut ainsi être patrimonial en premier lieu. Il s'agira alors d'une lésion portée soit au patrimoine juridique, soit au patrimoine économique.

L'atteinte au patrimoine juridique consiste en la lésion d'un droit réel ou d'un droit de créance, indépendamment de la valeur ou de l'utilité économiques du bien ou de la prestation qu'ils ont pour objet. A ce titre, de nombreuses infractions protègent les droits réels, principalement le droit de propriété³⁹⁸. On peut ainsi compter le vol, l'escroquerie, l'abus de confiance ou les infractions de destruction, dégradation ou détérioration de biens³⁹⁹. De même, les droits de créance sont protégés par le droit pénal tant dans leur formation que dans leur exécution⁴⁰⁰. De nombreuses infractions sont concernées parmi lesquelles figure, au premier titre, l'abus de confiance⁴⁰¹. En effet, en plus de protéger la victime en tant que propriétaire, il la prend en compte, lorsque la remise préalable repose sur un contrat, comme créancier d'une obligation de rendre, de représenter ou de faire un usage déterminé de la chose confiée. Traditionnellement considérée comme une infraction contre la propriété, il est indéniable qu'elle sanctionne par la même occasion une inexécution qui peut être celle d'une obligation légale, judiciaire ou contractuelle⁴⁰², hypothèse que l'on retrouvera le plus fréquemment en pratique. En plus de protéger un droit réel, elle assurerait donc le respect d'un droit personnel⁴⁰³. En outre, la nouvelle formulation de l'incrimination de l'abus de confiance, telle qu'elle résulte de l'article 314-1 du Code pénal, est de nature à lui faire jouer

³⁹⁸ Les droits réels accessoires que sont les sûretés réelles bénéficient également, mais dans une moindre mesure, de la bienveillance de la loi pénale. Ainsi de l'article 314-5 du Code pénal qui incrimine au titre de gage « *le fait, par un débiteur, un emprunteur ou un tiers donneur de gage, de détruire ou de détourner l'objet constitué en gage* » et le punit de trois ans d'emprisonnement et de 375 000 euros d'amende. Sur cette infraction, v. not. Ph. CONTE, *Droit pénal spécial*, LexisNexis/Litec, coll. Manuels, 3^e éd., 2007, n° 664 et s., E. DREYER, *Droit pénal spécial*, Ellipses, coll. Cours magistral, 2^e éd., 2011, n° 1178 et s., R. OLLARD et F. ROUSSEAU, *Droit pénal spécial*, Bréal, coll. Grand Amphi Droit, 2011, pp. 286 et s., et M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial. Infractions du Code pénal*, Dalloz, coll. Précis, 6^e éd., 2011, n° 211 et s.

³⁹⁹ Outre les ouvrages généraux de droit pénal spécial, v. R. OLLARD, *La protection pénale du patrimoine*, préc., et « Du sens de l'évolution de l'abus de confiance : la propriété, toutes les propriétés mais rien que la propriété », *Dr. pénal*, 2045, Etude n° 9, et E. PALVADEAU, *Le contrat en droit pénal*, thèse Bordeaux, 2011, *passim.*, qui doutent toutefois de la nature patrimoniale de certaines de ces infractions. V. *ibid.*, n° 262 et s., et 370 et s.

⁴⁰⁰ *Ibid.*, spéc., n° 331 et s. *Adde* R. OLLARD, *op. cit.*, n° 38 et s., et R. OLLARD et F. ROUSSEAU, *op. cit.*, pp. 347 et s.

⁴⁰¹ La plupart des autres incriminations tendant à protéger les créanciers semblent le faire moins en sanctionnant les inexécutions contractuelles qu'en réprimant l'atteinte portée au gage commun des créanciers. V. en ce sens la banqueroute (C. com., art. L. 654-2 et s.) ou l'organisation frauduleuse de l'insolvabilité (C. pén., art. 314-7).

⁴⁰² C'était d'ailleurs la seule hypothèse envisagée par l'ancien Code pénal (art. 408). C'est la jurisprudence qui en a étendu le champ par interprétation analogique, ce qui constitue une violation du principe de l'interprétation stricte de la loi pénale. Pour une remise fondée sur un titre judiciaire, v. Crim., 3 déc. 2003 : *Bull. crim.*, n° 232. Sur un titre légal, v. Crim., 19 juin 2002 : *Bull. crim.*, n° 140.

⁴⁰³ En ce sens, v. E. DREYER, *op. cit.*, n° 1193 : « *C'est davantage l'exécution de bonne foi d'une obligation particulière qu'il s'agit de garantir ici que le statut de la chose* ».

un plus grand rôle répressif en permettant son application à des hypothèses de pure inexécution contractuelle. Ainsi les contrats en vertu desquels la remise doit être effectuée n'étant plus précisés et le détournement pouvant être constitué par la seule inexécution de l'obligation de faire de la chose un usage déterminée, apparaissent de nombreuses hypothèses dans lesquelles le propriétaire même de la chose pourrait être auteur d'un abus de confiance. Un auteur a envisagé la question et dressé une liste de ces situations dont on peut se borner à citer des exemples : transferts de propriété sous condition résolutoire assortis de clauses d'inaliénabilité, donation avec affectation du bien, fiducie-gestion, etc⁴⁰⁴. Dans toutes ces situations, ce ne serait plus le droit réel que l'on protégerait mais le droit personnel. Il est vrai que la Cour de cassation s'y est montrée hostile à une telle application de la qualification en posant que « *l'abus de confiance ne peut porter que sur des fonds, valeurs ou biens remis à titre précaire* »⁴⁰⁵. Pourtant, le texte est suffisamment large pour être appliqué à des cas de remises précaires en propriété, à savoir celle qui ne donne pas tout pouvoir au propriétaire sur la chose (transfert de propriété sous condition résolutoire ou assorti de charges)⁴⁰⁶. Dès lors, une telle jurisprudence, si elle ne constitue pas une violation de la loi pénale en ce sens qu'elle en est interprétée en faveur de la personne poursuivie, procède malgré tout d'une mauvaise application de l'article 111-4 du Code pénal et d'une confusion entre interprétation stricte et interprétation restrictive de la loi pénale. Ce texte n'exclut pas que l'on applique une qualification à l'ensemble de son domaine mais seulement qu'on l'en fasse sortir. Quant au droit civil, il a déjà été vu comment la jurisprudence relative au préjudice dans la responsabilité contractuelle pouvait s'expliquer par la simple atteinte au droit personnel du créancier⁴⁰⁷.

L'atteinte peut aussi porter sur le patrimoine économique de la victime, soit sur sa fortune. C'est à ce titre qu'il est classique d'opposer la perte subie, le *damnum emergens*, du gain manqué, le *lucrum cessans*⁴⁰⁸. La lésion de la fortune résultera ainsi, d'un côté, des frais exposés en raison du fait causal, de l'obligation de contracter dans des conditions plus onéreuses, de la perte d'un élément du patrimoine ou de la diminution de la valeur de biens, et de l'autre, de la perte d'un emploi rémunérateur ou des secours attendus d'un proche.

69. Intérêt extrapatrimonial – bien juridique à référent individuel. En second lieu, l'intérêt lésé peut bien sûr être de nature extrapatrimoniale. Dans ce cas, le bien juridique peut être ou non doté d'un référent individuel, c'est-à-dire concerner ou non une personne

⁴⁰⁴ R. OLLARD, *op. cit.*, n° 115 et s., et art. *cit.* V. également sur la question, E. PALVADEAU, *op. cit.*, n° 265, et 412 et s.

⁴⁰⁵ Crim., 14 févr. 2007 : *Bull. crim.*, n° 47, Crim., 5 sept. 2007 : *Bull. crim.*, n° 194 ; et *JCP*, 2007, II, 10186, note S. DETRAZ, et Crim., 19 sept. 2007 : *D.*, 2008, note D. REBUT, p. 958. Sur la question, v. R. OLLARD, *op. cit.*, n° 133 et s., et art. *cit.*

⁴⁰⁶ V. not. R. OLLARD, *op. cit.*, n° 128 et 135. Rapp. Y. MULLER, « La protection pénale de la relation de confiance. Observations sur le délit d'abus de confiance », *Rev. sc. crim.*, 2006, pp. 809 et s.

⁴⁰⁷ V. *supra* n° 44 et s.

⁴⁰⁸ V. plus généralement sur cette distinction, *infra* n° 72.

humaine⁴⁰⁹. Dans la première catégorie d'une part, on retrouve des valeurs telles que l'intégrité physique ou morale de la personne, ainsi que son bien-être concret.

On sait combien la première concentre l'attention des juristes qui insistent depuis longtemps⁴¹⁰, et de plus en plus⁴¹¹, sur la particularité du dommage corporel. L'intégrité physique de la personne, sa vie, son corps, est ainsi l'intérêt pénalement protégé le plus classique. L'incrimination du meurtre⁴¹² en est le symbole le plus frappant. Mais on peut assez facilement compléter la liste en citant les violences⁴¹³, les atteintes involontaires à la vie⁴¹⁴ ou à l'intégrité corporelle d'autrui⁴¹⁵, les tortures et actes de barbarie⁴¹⁶, etc. Pour être complet, on ajoutera que, lorsque le dommage corporel n'est pas l'objet principal de l'incrimination, il est souvent érigé en circonstance aggravante⁴¹⁷.

Quant à l'intégrité morale, le droit criminel protège quantité d'intérêts extrapatrimoniaux y ayant trait. En suivant le plan du Code pénal, on trouvera des biens juridiques tels que les libertés de la personne (art. 224-1 et s.), sa dignité (art. 225-1 et s.) ou encore sa vie privée (226-1 et s.)⁴¹⁸. Son honneur et sa considération sont également protégés dans et hors le Code pénal⁴¹⁹. Il en est de même en droit civil. Pour ne prendre qu'un exemple, on se référera à l'atteinte au droit au respect de la vie privée, en ce qu'elle est, d'une part, le domaine d'élection de la jurisprudence relative à la question, et d'autre part, la « *matrice (de) tous les droits de la personnalité ayant pour objet de protéger l'intégrité morale* » de la personne⁴²⁰. Les règles dégagées pour l'un sur le fondement de l'article 9 doivent donc s'imposer à tous les droits de la personnalité qui y trouvent leur siège. Il ne sera donc pas nécessaire de

⁴⁰⁹ V. M. LACAZE, *op. cit.*, n° 134.

⁴¹⁰ V. G. RIPERT, *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, préc., n° 88.

⁴¹¹ V. principalement Y. LAMBERT-FAIVRE et S. PORCHY-SIMON, *Droit du dommage corporel*, 7^e éd., Dalloz, coll. Précis, 2012.

⁴¹² C. pén., art. 221-1.

⁴¹³ C. pén., art. 222-7, et s. et R. 625-1.

⁴¹⁴ C. pén., art. 221-6.

⁴¹⁵ C. pén., art. 222-19, et s. et R. 622-1.

⁴¹⁶ C. Pén., art. 222-1.

⁴¹⁷ Ainsi du vol dont la sanction est aggravée lorsqu'il est commis avec violences (C. pén., art. 311-4 et s.).

⁴¹⁸ Sur la question, v. J.-Ch. SAINT-PAU, « Droit au respect de la vie privée et droit pénal », *Dr. pénal*, 2011, Etude n° 20, et *Jouissance des droits civils. Droit au respect de la vie privée. Régime. Action, J.-Cl. Civ. Code*, art. 9, fasc. 20, 2012, n° 147 et s.

⁴¹⁹ V. not. C. pén., art. R. 621-1 et Loi du 29 juill. 1881, art. 29.

⁴²⁰ J.-Ch. SAINT-PAU, « L'article 9 du code civil : matrice des droits de la personnalité », *D.*, 1999, comm., pp. 541 et s. L'auteur avait déjà soutenu cette idée au sujet du droit au respect de l'anonymat in *L'anonymat et le droit*, thèse Bordeaux, 1998, n° 538 et s., celui-ci pouvant donc être assimilé à la vie privée. L'article 9 du Code civil aurait donc vocation à servir de fondement à divers droits ayant pour objet commun une information personnelle relative, soit à l'identité patrimoniale ou personnelle, civile ou physique, soit à l'intimité physique ou morale des sujets de droit. La jurisprudence semble avoir admis cette conception dans une certaine mesure, en faisant de ce texte la source d'autres droits que celui au respect de la vie privée, à l'instar du droit à l'image (v. not. Civ. 1, 13 janv. 1998 : *D.*, 1999, jur., note J. RAVANAS, p. 120, et Civ. 1, 16 juill. 1998 : *D.*, 1999, comm., note J.-Ch. SAINT-PAU, p. 541), sans pour autant les confondre totalement puisque accordant une réparation distincte pour chaque droit lésé (v. not. Civ. 1, 12 déc. 2000 : *D.*, 2001, jur., note J.-Ch. SAINT-PAU, p. 2434). Malgré l'unicité « *textuelle* », de source, il y aurait donc autonomie conceptuelle de chacun des droits. Sur ce point, v. J.-Ch. SAINT-PAU, « Les pouvoirs du juge des référés sur le fondement de l'article 9, alinéa 2, du code civil », *D.*, 2001, jur., pp. 2434 et s., et J.-Ch. SAINT-PAU *et alii*, *Traité des droits de la personnalité*, LexisNexis/Litec, 2012, à paraître.

multiplier les exemples⁴²¹. Or, en la matière, la position de la Cour de cassation est ferme : « *la seule constatation de l'atteinte à la vie privée ouvre droit à réparation* »⁴²². L'interprétation de cette solution pose toutefois problème et on a pu aller jusqu'à se demander s'il s'agissait encore de responsabilité civile. On peut ainsi, une fois de plus, se placer sur le terrain de la preuve ou sur celui du fond. Pour certains, il ne s'agit que d'une règle probatoire qui ne remettrait pas en cause le rattachement de la solution au droit de la responsabilité civile⁴²³. L'atteinte ferait simplement présumer la faute, le préjudice, et aussi, par voie de conséquence, le lien de causalité. Dans ce cas, le préjudice présumé est souvent considéré comme purement moral. Il s'agira soit de la souffrance de voir son intimité ou son identité investiguée ou divulguée⁴²⁴, soit de celle résultant plus généralement de la frustration ressentie face au mépris d'un de ses droits subjectifs⁴²⁵. Pour d'autres, en revanche, il s'agit d'une règle de fond. Par exception, on se passerait de la triple condition de la responsabilité civile pour se satisfaire de la seule atteinte⁴²⁶. Une telle conception posant un problème technique – comment justifier cette violation des conditions posées par l'article 1382 du Code civil ? –, de plus en plus d'auteurs estiment que les droits de la personnalité sont désormais autonomes par rapport au droit de la responsabilité civile⁴²⁷. La Cour de cassation semble vouloir que l'on interprète en ce sens sa position⁴²⁸. Pour autant, on peut se poser la question de la portée de cette « *répudiation* »⁴²⁹ de la responsabilité civile par la théorie des droits de la personnalité. Est-elle vraiment technique ou n'est-elle, plus simplement, que « *symbolique* »⁴³⁰ ? Pour ce qui est du résultat légal, il semble bien qu'elle ne soit qu'un symbole tant le rattachement de la réparation à l'article 9 du code paraît techniquement

⁴²¹ Pour cela, v. Ph. LE TOURNEAU *et alii*, *op. cit.*, n° 1604 et s.

⁴²² V. not. Civ. 1, 5 nov. 1996 : *JCP*, 1997, I, 4025, obs. G. VINEY, et II, 22805, note J. RAVANAS, Civ. 3, 25 févr. 2004, préc., et Civ. 2, 18 mars 2004 : *Bull. civ.*, n° 137.

⁴²³ En ce sens, v. not. Ph. BRUN, *op. cit.*, n° 222, Ph. LE TOURNEAU *et alii*, *op. cit.*, n° 1618, et G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. cit.*, n° 258. Adde T. AZZI, « Les relations entre la responsabilité civile délictuelle et les droits subjectifs », *RTD Civ.*, 2007, pp. 227 et s., P. JOURDAIN « Les droits de la personnalité à la recherche d'un modèle : la responsabilité civile », *Gaz. Pal.*, 18-19 mai 2007, doct., pp. 1506 et s., et J.-Ch. SAINT-PAU, *L'anonymat et le droit*, préc., n° 749 et « La distinction des droits de la personnalité et de l'action en responsabilité civile », préc. Adde J.-Ch. SAINT-PAU *et alii*, *op. cit.*

⁴²⁴ V. not. J.-Ch. SAINT-PAU, *L'anonymat et le droit*, *op. et loc. cit.*, et n° 751.

⁴²⁵ V. G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. cit.*, n° 270.

⁴²⁶ V. not. J.-Ch. SAINT-PAU, *op. cit.*, n° 753, art. *cit.*, et « Les pouvoirs du juge des référés sur le fondement de l'article 9, alinéa 2, du code civil », préc.

⁴²⁷ En ce sens, v. P. JOURDAIN, art. *cit.*, et J.-Ch. SAINT-PAU, « La distinction des droits de la personnalité et de l'action en responsabilité civile », préc., et *Jouissance des droits civils. Droit au respect de la vie privée. Régime. Action*, préc., n° 80 et s.

⁴²⁸ P. JOURDAIN, art. *cit.*

⁴²⁹ *Ibid.*

⁴³⁰ J.-Ch. SAINT-PAU, art. *cit.*, n° 83 et s., et « La distinction des droits de la personnalité et de l'action en responsabilité civile », préc. L'auteur, toutefois, estime que l'autonomie ne cesse qu'au stade de la réparation, régie par l'article 1382 du Code civil, pour demeurer quant au principe de la responsabilité. Il est vrai que l'auteur estime que l'article 9 organise un régime de responsabilité sans faute, ce qui peut être discuté. Sur ce point, v. *infra* n° 211.

inutile⁴³¹. La présomption de préjudice moral ne paraît pas non plus être la meilleure explication à cette jurisprudence. En effet, il ne semble pas que les magistrats exigent ne serait-ce que l'allégation d'une diminution de son bien-être par la victime. La seule atteinte suffit, répètent-ils au contraire. Mais précisément, il faut la violation effective du droit au respect de la vie privée ou du droit à l'image, c'est-à-dire qu'il faut la lésion d'un droit de la victime, ce qui est donc nécessaire mais suffisant⁴³². En exigeant une atteinte, les juges ne présument pas une lésion mais en requièrent précisément une. L'autonomie est donc douteuse, pas plus qu'elle n'est souhaitable si l'on veut garder une cohérence au sein du droit de la responsabilité mais aussi de la théorie des droits subjectifs⁴³³. L'intérêt de cette qualification pour un intérêt donné est de permettre qu'elle fasse l'objet de prérogatives extrajudiciaires et d'une protection préventive⁴³⁴. En revanche, il semble que la réparation des atteintes portées à ces droits demeure l'affaire du droit commun de la responsabilité.

Enfin, l'atteinte au bien-être des personnes fait l'objet de tous les préjudices moraux que l'on pourrait regrouper sous l'acception unique de préjudice affectif⁴³⁵ et dont la prise en compte progressive a toujours beaucoup fait écrire⁴³⁶. Admise depuis longtemps par la Cour de cassation⁴³⁷, son indemnisation, supposée immorale, indécente, obscène⁴³⁸, est finalement apparue comme la moins mauvaise des solutions et, dans une certaine mesure, empreinte d'humanisme et facteur de « *personnalisation* » de la responsabilité civile⁴³⁹. On répare donc aujourd'hui toute souffrance physique ou morale et le problème actuel est plutôt celui d'une rationalisation et d'une limitation de cette indemnisation⁴⁴⁰. Entre la souffrance physique, la souffrance morale, le préjudice esthétique, le préjudice d'agrément, le préjudice d'affection, le

⁴³¹ Comp. T. AZZI, art. *cit.* L'auteur soutient que la jurisprudence peut s'expliquer par « *la haute vulnérabilité des droits de la personnalité (...) qui subissent des atteintes de plus en plus fréquentes* » du fait des progrès en matière d'information et de communication. Rapp. G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. cit.*, n° 258.

⁴³² Pour une assimilation de la violation d'un droit de la personnalité à un dommage, v. not. Ph. LE TOURNEAU *et alii*, *op. et loc. cit.* (implicite), et J.-Ch. SAINT-PAU, art. *cit.*

⁴³³ En ce sens, v. T. AZZI, art. *et loc. cit.* Doutant de l'autonomie, v. aussi G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. et loc. cit.*

⁴³⁴ V. J.-Ch. SAINT-PAU, art. *cit.*, n° 9 et 10. L'intérêt tenant à la prévention des atteintes aux droits subjectifs doit cependant être nuancé au regard du potentiel préventif de la responsabilité juridique. V. *infra* n° 73 et s.

⁴³⁵ L'heureuse expression est de M. Cadiet in *Le préjudice d'agrément*, préc. Elle a vocation à englober toute diminution du bien-être de la victime.

⁴³⁶ V. not. R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé. Essai critique*, réimpr. La mémoire du droit, 2001, pp. 183 et s., J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil. Les obligations. 2. Le fait juridique*, préc., n° 139 et s., Ph. LE TOURNEAU *et alii*, *op. cit.*, n° 1550 et s., H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, *op. cit.*, n° 293 et s., R. SAVATIER, *Traité de la responsabilité en droit français civil, administratif, professionnel, procédural*, t. 2, préc., n° 525 et s., et B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *op. cit.*, n° 114 et s.

⁴³⁷ Ch. réunies, 25 juin 1833, cité in Ph. LE TOURNEAU *et alii*, *op. cit.*, n° 1554.

⁴³⁸ V. not. les classiques, P. ESMEIN, « La commercialisation du dommage moral », *D.*, 1954, chron., pp. 113 et s., et G. RIPERT, « Le prix de la douleur », *D.*, 1948, chron., pp. 1 et s. Plus récemment, v. J. CEDRAS, « Sans préjudice d'affection », *Mél. J. Pradel*, Cujas, 2006, pp. 231 et s.

⁴³⁹ V. R. SAVATIER, « Le dommage et la personne » et « Personnalité et dépersonnalisation de la responsabilité civile », précités. *Adde* M. BOURRIE-QUENILLET, « Le préjudice moral des proches d'une victime blessée. Dérive litigieuse ou prix du désespoir », *JCP*, 1998, I, 186, pp. 2205 et s.

⁴⁴⁰ V. M. FABRE-MAGNAN, « Le dommage existentiel », *D.*, 2010, chron., pp. 2376 et s., et L. CADIET, *op. cit.* V. en dernier lieu sur la question, C. CORGAS-BERNARD, « Le préjudice extrapatrimonial à l'épreuve des réformes », *Resp. civ. et assur.*, 2012, Etude n° 7.

préjudice sexuel⁴⁴¹, et encore récemment le préjudice d'angoisse⁴⁴², les postes de préjudices indemnisables se multiplient en effet de manière exponentielle.

70. Intérêt extrapatrimonial – bien juridique sans référent individuel. D'autre part, on trouve dans l'ordre extrapatrimonial des biens juridiques qui ne sont rattachés à aucun individu en particulier, de telle sorte que leurs lésions ont un retentissement pour tout le monde sans toucher une personne précise. Malgré les difficultés posées par ces biens juridiques collectifs⁴⁴³, le droit pénal est fonctionnellement destiné à protéger des intérêts qui transcendent ceux des individus. Pour l'illustrer, il suffit de citer quelques exemples. Les valeurs les plus nobles, telles que la justice⁴⁴⁴, la confiance⁴⁴⁵ ou la famille⁴⁴⁶, bénéficient de sa protection, à l'instar d'intérêts qui peuvent n'apparaître que comme purement techniques ou conjoncturelles, ainsi que celui des consommateurs⁴⁴⁷ ou la santé publique⁴⁴⁸. Le droit civil évolue également en ce sens. La tendance est connue et le phénomène massif⁴⁴⁹. L'intérêt des consommateurs, des salariés, de l'environnement peut aujourd'hui servir de fondement à une action en responsabilité civile.

On peut donc affirmer que le libéralisme est de mise en ce qui concerne la nature de l'intérêt lésé. Il en est de même lorsque l'on s'intéresse à la forme de la lésion.

B- Le libéralisme quant à la forme de la lésion

71. Atteinte concrète et atteinte abstraite. La lésion subie par l'intérêt peut prendre des formes très diverses et les exigences imposées par le concept de responsabilité juridique à cet égard sont nulles.

Tout d'abord, s'adaptant à son objet, l'atteinte peut être abstraite ou concrète. Selon un auteur en effet, certains intérêts seraient « *abstraits, et dès lors, l'atteinte dont ils peuvent être l'objet présentera, elle aussi un caractère abstrait* ». D'autres, en revanche, « *sont de l'ordre*

⁴⁴¹ La jurisprudence hésite actuellement à en consacrer l'absorption par le préjudice d'agrément. Comp. Civ. 2, 8 avr. 2010 (2 arrêts), préc., et Civ. 2, 17 juin 2010 : *Resp. civ. et assur.*, 2010, comm. n° 240, note H. GROUDEL.

⁴⁴² V. Soc., 11 mai 2010 : *D.*, 2010, note C. BERNARD, p. 2048 ; et *JCP*, 2010, 568. Adde C. CORGAS-BERNARD, « Le préjudice d'angoisse consécutif à un dommage corporel : quel avenir ? », *Resp. civ. et assur.*, avr. 2010, Etude n° 4.

⁴⁴³ V. M. LACAZE, *op. cit.*, n° 341 et s., et 384.

⁴⁴⁴ Not. C. pén., art. 434-1 et s.

⁴⁴⁵ Not. C. pén., art. 441-1 et s.

⁴⁴⁶ Not. C. pén., art. 227-1 et s.

⁴⁴⁷ Et ce depuis la loi du 1^{er} août 1905 relative à la répression des fraudes dans la vente de marchandises et des falsifications des denrées alimentaires et agricoles, codifiée au C. cons., art. L. 213-1 et s.

⁴⁴⁸ A travers, par exemple, la réglementation des substances vénéneuses. V. not. C. santé publ., art. L. 5432-1 et s.

⁴⁴⁹ V. not. L. BORE, *La défense des intérêts collectifs par les associations devant les juridictions administratives et judiciaires*, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, t. 278, 1997, Ph. LE TOURNEAU *et alii*, *op. cit.*, n° 1475 et s., et G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. cit.*, n° 289. La question, particulièrement intéressante, sera examinée plus en détail *infra* n° 365 et s., car, si l'unité conceptuelle de la responsabilité en droit privé ne s'oppose pas à ce que les intérêts suprapersonnels soient protégés au moyen de la responsabilité juridique, la fonction propre de chaque responsabilité de droit privé pourrait bien y faire obstacle.

du concret, ce qui a pour conséquence que l'atteinte qui leur est portée aura un caractère tangible, objectivement constatable, et détachable des actes »⁴⁵⁰. En premier lieu, l'atteinte abstraite se retrouve dans deux hypothèses : lorsque le bien juridique atteint consiste en une valeur immatérielle (honneur, intimité, liberté, etc.), d'une part ; lorsqu'il est purement juridique, comme un droit subjectif, d'autre part. Dans ce cas, la lésion sera en principe déduite de l'aptitude du comportement adopté par l'agent à la provoquer. C'est ainsi que tout acte passant outre le consentement d'un individu porte *a priori* atteinte à sa liberté, peu important que cette atteinte puisse frapper les sens ou non. De même, la lésion portée à un droit subjectif se confondra souvent avec l'acte de l'auteur : l'inexécution contractuelle, qui est à la fois fait causal et résultat légal ; l'accomplissement d'une prérogative appartenant exclusivement au titulaire du droit, comme la vente d'un bien appartenant à autrui. Des atteintes concrètes, en second lieu, sont également envisageables qui ont pour objet des intérêts matériels, tangibles, tels que le corps humain, les choses ou les espèces et espaces composant l'environnement. Une blessure, la destruction d'un bien, la pollution d'un site naturel, sont des lésions aisément constatables que le droit de la responsabilité prend évidemment en compte.

72. Perte subie et gain manqué. Une autre distinction, ensuite, traduit également la forme que peut prendre l'atteinte subie par l'intérêt : il s'agit de l'opposition classique du *damnum emergens* et du *lucrum cessans*. Elle est fonction de l'actualité de l'intérêt lésé. Il y a perte subie si le résultat légal consiste en la dégradation d'une situation juridique existante : ainsi de la mort d'un être cher ou de la perte d'un bien acquis. En revanche, il n'y a que gain manqué si l'atteinte a pour objet non un avantage d'ores et déjà possédé par la victime mais seulement un intérêt qu'elle devait obtenir à l'avenir⁴⁵¹.

Classique, la distinction reste néanmoins d'un intérêt très médiocre. D'une part, il est certain que le droit positif prend en compte les deux formes de lésion. D'autre part, elle ne semble pas pouvoir s'appliquer à tous les types d'intérêts. Elle s'adapte bien à certains d'entre eux, il est vrai : on peut perdre une somme d'argent acquise ou manquer des salaires à venir, un handicap peut priver quelqu'un de la joie de pratiquer une activité habituelle comme de celle attendue d'une vie future "normale". A l'opposé, certains biens juridiques ne peuvent qu'être perdus et non manqués, en raison de leur caractère permanent. La vie, la liberté, les droits de la personnalité en sont des exemples. Enfin, la valeur de la distinction même pourrait être discutée. En effet, qu'est-ce que le gain manqué sinon la perte subie d'une chance particulièrement sérieuse⁴⁵² ?

⁴⁵⁰ J.-Y. MARECHAL, *op. cit.*, n° 206 et s., spéc. n° 227 et s.

⁴⁵¹ Cette hypothèse est à distinguer de celle du préjudice futur dans laquelle, si la lésion est future, l'intérêt lésé peut, lui, être tout à fait actuel. V. *infra* n° 117 et s.

⁴⁵² Sur la perte de chance, v. *infra* n° 116.

Quoi qu'il en soit, force est de constater que *la forme de la lésion, comme la nature de son objet, peuvent être tenues pour indifférentes pour le concept de responsabilité juridique. La seule chose à prendre en considération reste donc la légitimité de l'intérêt lésé.* Dès lors, aucun obstacle ne devrait s'opposer à l'extension de la notion de résultat légal à la simple menace d'un tel intérêt.

Section 2. L'extension possible à la menace d'un intérêt légitime

73. De la lésion au risque. Rien de plus légitime à ce que le droit prenne en compte la lésion causée à un intérêt qu'il prend en compte et honore de sa protection. Du point de vue de la victime, il s'agit d'assurer l'effectivité de ses droits et de cette protection, et de lui montrer une certaine considération. De celui de la société en général, un tel système garantit une certaine sécurité juridique et rassure quant à la réalité des autorités et institutions publiques et quant à celle de notre Etat de droit. Concernant le responsable enfin, il s'agit de lui restituer la charge juridique et matérielle résultant qui du mauvais usage de sa liberté, de sa volonté ou de son corps, qui de sa fonction sociale⁴⁵³.

On peut avoir plus de scrupules, en revanche, à admettre que le droit intervienne avant l'avènement d'un dommage ou d'un préjudice, et qu'il n'exige pas de résultat juridique au titre du résultat légal du fait générateur de responsabilité. On pourrait craindre en effet pour les libertés individuelles⁴⁵⁴, les avancées sociales et celles de la connaissance impliquant souvent le recours à des activités à risques. C'est précisément cette notion, celle de risque⁴⁵⁵, qui devra justement retenir l'attention. Tantôt rapprochée, tantôt distinguée d'autres concepts⁴⁵⁶ tels que la menace⁴⁵⁷, le danger⁴⁵⁸, le péril⁴⁵⁹ ou le trouble⁴⁶⁰, le risque a pu

⁴⁵³ Il s'agit d'une traduction de l'opposition entre les deux modèles de responsabilités comportementale et fonctionnelle qui seront étudiées *infra* n° 479 et s.

⁴⁵⁴ En ce sens, v. not. S. GRAYOT, *Essai sur le rôle des juges civils et administratifs dans la prévention des dommages*, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, t. 504, 2009, n° 3, C. GUILLEMAIN, *Le trouble en droit privé*, P.U.A.M., 2000, n° 86 et s., A. KISS, « Droit et risque », *APD. Droit et science*, t. 36, Sirey, 1991, pp. 49 et s., et, pour le droit pénal, Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 197.

⁴⁵⁵ Sur laquelle, v., parmi une littérature abondante, P. BOUDOU et S. CHENE, « D'une société du risque à une société du danger ? », *Les nouvelles figures de la dangerosité*, dir. P. MBANZOULOU, H. BATEX, O. RAZAC et J. ALVAREZ, L'Harmattan, coll. Sciences criminelles, 2008, pp. 171 et s., M. BOUTONNET, *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile*, préc., J. CHACORNAC, « Le risque comme résultat dans les infractions de mise en danger », préc., M. FREIJ, *L'infraction formelle*, thèse Paris, 1975, M.-A. GRANGER, « Existe-t-il un "droit fondamental à la sécurité" ? », *Rev. sc. crim.*, 2009, pp. 273 et s., S. GRAYOT, *op. cit.*, C. GUILLEMAIN, *op. cit.*, A. KISS, *art. cit.*, V. LASSERRE, « Le risque », *D.*, 2011, pp. 1632 et s., J.-Y. MARECHAL, *op. cit.*, F. MILLET, *La notion de risque et ses fonctions en droit privé*, L.G.D.J., 2002, J. MOURY, « Le droit confronté à l'omniprésence du risque », *D.*, 2012, chron., pp. 1020 et s., P. PHILIPPOT, *Les infractions de prévention*, préc., D. TAPINOS, *Prévention, précaution et responsabilité civile*, préc., et N. VOIDEY, *Le risque en droit civil*, P.U.A.M., 2005.

⁴⁵⁶ Qui seront tenus, ici, pour synonymes sauf précision contraire.

⁴⁵⁷ Le risque serait une exposition non intentionnelle à une atteinte alors que la menace serait une exposition désirée d'autrui à une lésion, v. M.-A. GRANGER, *art. cit.*

⁴⁵⁸ Le danger aurait une consistance plus concrète que le risque qui ne ferait que suggérer « l'idée d'une menace abstraite ». Le premier serait même la cause du second, v. N. VOIDEY, *op. cit.*, p. 43. *Adde* P. BOUDOU et S. CHENE, *art. cit.*, et M. BOUTONNET, *op. cit.*, n° 375, selon qui le risque serait « la mesure du danger », lui-

recevoir plusieurs définitions : « hausse de probabilité d'une virtualité d'occurrence de l'atteinte au bien juridique »⁴⁶¹, « danger plus ou moins éventuel, plus ou moins prévisible »⁴⁶², « éventualité d'un événement futur, incertain ou d'un terme indéterminé, ne dépendant pas exclusivement de la volonté des parties et pouvant causer la perte d'un objet ou tout autre dommage »⁴⁶³, « modification du monde extérieur par laquelle peut se produire l'événement dommageable »⁴⁶⁴ ou « situation de fait comportant en elle-même une aptitude à causer une atteinte »⁴⁶⁵, etc. On voit que ces définitions objectives⁴⁶⁶ du risque se rejoignent en ce qu'elles mettent l'accent sur l'idée d'éventualité, de probabilité, de faculté d'un événement. De ce point de vue, on peut définir le risque comme un aléa⁴⁶⁷. Pour autant, l'aléa est une notion relative, imposant un élément de référence permettant de déterminer ce qui est aléatoire, incertain, possible. A ce titre, il faut noter que les définitions donnent une

même assimilé au concept de menace, et Ph. KOURILSKY et G. VINEY, *Le principe de précaution. Rapport au premier ministre*, Ed. Odile Jacob, La documentation française, 2000, pp. 16 et s. D'autres auteurs semblent refuser la distinction. V. not. M. FREIJ, *op. cit.*, J.-Y. MARECHAL, *op. cit.*, n° 519, et P. PHILIPPOT, *op. cit.*

⁴⁵⁹ Le péril serait un risque d'une particulière gravité caractérisé par son imminence. Il s'agirait de l'« espèce de danger la plus puissante, la plus terrible, où il y va presque toujours de la vie » (N. VOIDEY, *op. cit.*, p. 49).

⁴⁶⁰ La notion de trouble a été systématisée par C. GUILLEMAIN, *in op. cit.*, et est entrée dans le vocabulaire de certains auteurs. V. not., M. BENEJAT, *La responsabilité pénale professionnelle*, Dalloz, coll. NBT, vol. 111, 2012, n° 265 et s., C. BLOCH, *La cessation de l'illicite. Recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile*, Dalloz, coll. NBT, vol. 71, 2008, n° 384 et s., Ph. BRUN, *op. cit.*, spéc. n° 617 et s., et Ch. LAPOYADE-DESCHAMPS, « Quelle(s) réparation(s) ? », *Resp. civ. et ass.*, hors-série juin 2001, *La responsabilité civile à l'aube du XXI^{ème} siècle*, pp. 62 et s. Si cette notion est souvent résumée à un précurseur du dommage, soit à un risque (v. not. Ph. CONTE, préface à la thèse de C. GUILLEMAIN, *op. cit.*, p. 8, et Ch. LAPOYADE-DESCHAMPS, *art. cit.*), elle est en réalité beaucoup plus complexe. Après avoir distingué le trouble abstrait, qui s'identifie à l'illicéité, du trouble concret, seul objet de son étude (*op. cit.*, n° 11 et s.), Mlle Guillemain le définit comme un résultat pouvant en causer un autre, à savoir le dommage, ce qui rapproche, certes, le trouble du risque (*ibid.*, n° 23 et s.). Néanmoins, elle met également l'accent sur l'importance de la perception du trouble (*ibid.*, n° 160 et s.) et de la réaction à celui-ci pour définir la notion (*ibid.*, n° 170 et s.). Elle prend d'ailleurs soin de le distinguer très nettement du risque en se prévalant du fait que « le lien de causalité entre l'existence d'un risque et la réalisation d'un danger est trop distendu » (*ibid.*, n° 59), ce qui rapproche le trouble du danger tel que défini par certains (v. note précédente *in limine*). Dans le même sens mais plus succinctement, v. C. BLOCH, *op. cit.*, n° 386, et C. THIBIERGE, préface à la thèse de M. BOUTONNET, p. VI. *Contra*, semblant exiger une certaine réaction sociale pour retenir la qualification de risque, v. BOUTONNET, *op. et loc. cit.*

⁴⁶¹ J. CHACORNAC, *art. cit.*

⁴⁶² N. VOIDEY, *op. cit.*, p. 11.

⁴⁶³ Définition retenue par Henri Capitant en 1936, cité in N. VOIDEY, *op. cit.*, p. 28.

⁴⁶⁴ M. FREIJ, *op. cit.*, p. 192.

⁴⁶⁵ J.-Y. MARECHAL, *op. cit.*, n° 519.

⁴⁶⁶ Certains retiennent une conception subjective ou mixte du risque. Ainsi selon Mlle Boutonnet, le risque aurait un double aspect objectif et subjectif, ce dernier consistant dans l'influence du risque sur la vie des individus et dans leur réaction face à lui, compte tenu des conceptions idéologiques de l'époque (*op. et loc. cit.*). Il semble cependant que la réaction au risque ainsi que ses conséquences soient des données extérieures à la notion même de risque qui existe indépendamment de toutes perturbations ou réactions. *Adde* P. BOUDOU et S. CHENE, *art. cit.*, et l'opinion rapportée mais non retenue par M. Philippot (*op. cit.*, p. 77), en vertu de laquelle le danger ne serait qu'une impression résultant de l'ignorance face à l'avenir. Qualifiée d'« artifice intellectuel » par celui qui la présente, elle peut être désapprouvée en raison du fait que le risque ne doit pas s'apprécier une fois disparu mais, tout au contraire, avant que l'on connaisse le dénouement de la situation.

⁴⁶⁷ Sur lequel, v. V. LASSERRE-KIESOW, « L'aléa », *JCP*, 2009, 182, X.-Y. LI-KOTOVTCHIKINE, « Le certain en droit civil », *Petites affiches*, 6 juill. 1999, pp. 12 et s., et L. WILLIATTE-PELLITERI, *Contribution à l'élaboration d'un droit civil des événements aléatoires dommageables*, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, t. 457, 2009. *Adde* A. BENABENT, *La chance et le droit*, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, t. 128, 1973, et C. POMART-NOMDEDEO, « L'événement aléatoire et le droit pénal », *RRJ*, 2009-3, pp. 1313 et s.

connotation négative au risque⁴⁶⁸. L'objet de l'aléa, dans le risque, peut donc être identifié comme un événement défavorable⁴⁶⁹. Le risque s'affirme dès lors comme un aléa quant à l'avènement d'un événement défavorable, plus précisément lésionnaire, comme une potentialité d'atteinte⁴⁷⁰.

La question du risque est particulièrement vive actuellement. D'un point de vue subjectif, il existe une tendance apparemment paradoxale aboutissant à ce que plus une société est sûre, plus le besoin de sécurité et le sentiment d'insécurité s'accroissent⁴⁷¹. La désaccoutumance au danger produit une sensibilité accrue du corps social à son éventualité même. Ce qui n'est pas dépourvue de toute légitimité d'ailleurs, tant il est vrai qu'objectivement, les risques changent et s'intensifient au gré des progrès techniques et scientifiques menaçant de plus en plus de personnes d'atteintes toujours plus importantes⁴⁷². Il était donc logique que le droit se préoccupe de cette évolution de la conscience sociale et des réalités matérielles et qu'il y apporte sa réponse afin d'assurer une meilleure protection des situations juridiques⁴⁷³.

⁴⁶⁸ M. Kiss, *in art. cit.*, estime que le risque comprend trois éléments dont l'incertitude quant à un événement futur et le caractère négatif de cet événement. Il en ajoute un troisième : cet événement devrait « *résulter d'un choix conscient entre deux ou plusieurs possibilités, comportant l'acceptation de la possibilité de violation d'une norme* ». Ce critère de définition apparaît surabondant. En effet, faire dépendre l'existence d'un risque de la volonté humaine, voire d'un comportement humain, semble excessif. Le passage d'un cyclone sur une petite île des Antilles ne crée-t-il pas un aléa quant à la réalisation de lésions alors même qu'aucun fait humain n'en est à l'origine ? Rappr. cependant C. POMART-NOMDEDEO, *art. cit.*, et L. WILLIATTE-PELLITERI, *op. cit.*, n° 3 : « *il n'y a d'aléa que parce que l'homme agit et se meut au sein de la société en être conscient et doté de volonté* », et n° 4 : « *l'aléa est un événement provoqué par l'homme* ».

⁴⁶⁹ Par opposition à la chance que l'on peut définir comme un aléa quant à l'avènement d'un événement favorable. *Contra* A. BENABENT, *op. cit.*, n° 1, qui assimile chance et aléa au motif que la chance peut être bonne ou mauvaise.

⁴⁷⁰ Plutôt que comme une atteinte potentielle, expression qui semble vouloir dire que le risque est quelque chose qui n'existe pas encore, alors que ce qui n'est pas encore là, c'est l'atteinte et non sa potentialité qui, réalité objective, permet de déduire une lésion éventuelle.

⁴⁷¹ Sur cette question, v. not. M. BOUTONNET, *op. cit.*, n° 429, S. GRAYOT, *op. cit.*, n° 2 et s., Ch. LAPOYADE-DESCHAMPS, L. BLOCH et S. MORACCHINI-ZEIDENBERG, *op. cit.*, p. 138, F. MILLET, *op. cit.*, n° 367 et 465, A. SCHNEIDER, « Réparation et répression : histoire d'une transformation des besoins par la notion de risque », *Petites Affiches*, 22 juin 1999, pp. 13 et s., J. MOURY, *art. cit.*, et D. TAPINOS, *op. cit.*, n° 6. Rappr. Ph. KOURILSKY et G. VINEY, *op. cit.*, pp. 28 et s.

⁴⁷² Sur l'évolution des risques, v. M. BOUTONNET, *op. cit.*, n° 44 et 380 et s., S. GRAYOT, *op. cit.*, n° 1 et s., V. LASSERRE-KIESOW, *art. cit.*, J. MOURY, *art. cit.*, P. PHILIPPOT, *op. cit.*, p. 3 et s., N. RIAS, *Aspects actuels des liens entre les responsabilités civile et pénale*, préc., n° 1255, D. TAPINOS, *op. et loc. cit.*, et n° 664 et s., et C. THIBIERGE, « Libres propos sur l'évolution du droit de la responsabilité (vers un élargissement de la fonction de la responsabilité civile ?) », préc. *Adde* A. GUEGAN-LECUYER, *Dommages de masse et responsabilité civile*, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, t. 472, 2006.

⁴⁷³ Le droit serait passé par trois étapes différentes quant à son appréhension du risque. D'une attitude fataliste considérant le risque comme un coup du sort pouvant uniquement rompre les liens juridiques, il l'a ensuite entrevu comme une contrepartie du progrès devant être acceptée car nécessaire. Il s'est efforcé dès lors d'en prendre en charge les conséquences et, exceptionnellement, de tenter de les prévenir. Aujourd'hui, le risque, estimé évitable bien qu'imprévisible, deviendrait objet de précaution et devrait être empêché par la multiplication des mesures de prévention. A ce sujet, v. G. J. MARTIN, « Le concept de risque et la protection de l'environnement : évolution parallèle ou fertilisation croisée ? », *Mél. A. Kiss*, Frison-Roche, 1998, pp. 541 et s. Rappr. A. BENABENT, *op. cit.*, n° 3 et s., et 71 et s., M. MEKKI, « La cohérence sociologique du droit de la responsabilité civile », *Mél. G. Viney*, *op. cit.*, pp. 739 et s., et F. MILLET, *op. cit.*, n° 12.

74. Du droit pénal au droit civil ? Le droit pénal visant à défendre les valeurs fondamentales de la société et non, comme la responsabilité civile, à rétablir un équilibre rompu entre les intérêts de deux ou plusieurs personnes juridiques⁴⁷⁴, il est considéré comme le seul à pouvoir intervenir de façon préventive, avant toute atteinte effective à un intérêt protégé. La théorie pénale du résultat connaît d'ailleurs un terme technique désignant le résultat légal ne consistant pas en un résultat juridique, atteinte effective à un intérêt juridiquement protégé. Il s'agit de celui de résultat matériel qui, une fois écartées les hypothèses d'infractions inoffensives, pourrait être utilisé pour désigner celui des faits générateurs de responsabilité ne requérant pour résultat légal que l'exposition d'un intérêt juridiquement protégé à un risque. En revanche, le fait générateur de responsabilité civile, défini comme un fait anormal dommageable, ainsi que la définition de la responsabilité civile même – telle qu'elle résulte de ses causes tant efficiente, la lésion, que finale, sa réparation – indiquent que celle-ci ne semble pas pouvoir exister en l'absence d'un résultat juridique. Toute convergence entre les responsabilités de droit privé serait alors exclue dans une telle hypothèse⁴⁷⁵. Il semblerait pourtant que, comme la charnière des XIX^e et XX^e siècles a été marquée par l'apparition de responsabilités civiles sans faute, le XXI^e siècle soit appelé à voir naître des responsabilités civiles sans dommage. C'est ainsi que l'on voit une part grandissante de la doctrine civiliste prôner la reconnaissance d'une responsabilité civile préventive.

Le débat est vif sur la question et mérite une étude approfondie et nuancée. Car si l'extension du résultat légal au simple risque pour une situation juridique semble légitimée par tout une série d'arguments, le droit positif ne reflète pas fidèlement les potentialités offertes par le concept de responsabilité juridique. La légitimité de l'extension (§1) devra donc être exposée avant que soit porté un jugement sur sa réalité en droit positif (§2).

§1. La légitimité de l'extension

75. Pluralité de fondements. Une telle extension de la notion de résultat légal paraît bénéficier d'une assise ferme. Que l'on s'intéresse à l'institution générale de la responsabilité juridique ou à ses applications pratiques en droit privé, tout pousse à promouvoir la responsabilité préventive. Afin de le démontrer, on envisagera successivement les justifications générales (A) et spéciales de cette extension(B).

⁴⁷⁴ V. not., en doctrine, R. SAVATIER, *op. cit.*, n° 601 : « *le propre de la responsabilité est de rétablir, aussi exactement que possible, l'équilibre détruit par le dommage, en remettant la victime, aux dépens du responsable, dans la situation où elle aurait été sans l'acte reproché à celui-ci* », et, en jurisprudence, Civ. 1, 30 mai 1995 : *JCP*, 1995, IV, 1810.

⁴⁷⁵ A ce titre, l'exigence d'un dommage ou d'un préjudice a pu être en effet présentée comme un critère de distinction entre les faits générateurs des responsabilités pénale et civile. V. ainsi, F. CHABAS, *Responsabilité civile et responsabilité pénale*, préc., n° 16 et s., et L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, t. 2, préc., n° 410.

A- La justification générale de l'exigence

76. Conformité au concept général de responsabilité juridique. Il a été vu que toute responsabilité juridique devait comporter un résultat légal en raison non seulement de son essence rétrospective mais aussi de sa destination sociale. Or, ces deux considérations ne s'opposent ni l'une (1) ni l'autre (2) à l'appréhension du risque par l'institution générale de la responsabilité juridique.

1. La conformité à l'essence rétrospective de la responsabilité

77. Caractère rétrospectif de la responsabilité préventive. D'un certain point de vue, la prévention n'est pas exclusivement tournée vers l'avenir. Responsabilité préventive n'est pas responsabilité prospective. Elle l'est assurément au regard de la lésion, résultat légal classique qu'il s'agit précisément d'éviter. Mais elle n'est plus relativement au risque qui, lui, devra nécessairement s'être réalisé pour que la responsabilité juridique soit mise en œuvre. Un aléa quant à la survenance d'un événement défavorable devra s'être manifesté, ce qui est déjà une modification de l'ordre des choses. Conformément à ce que commande le concept de responsabilité, il se passe quelque chose quand un risque est créé. Ne pas distinguer responsabilité préventive et responsabilité prospective procède d'une confusion plus haut dénoncée des conditions et des effets de la responsabilité⁴⁷⁶. En effet, tandis que les conditions de la responsabilité en font un concept essentiellement rétrospectif, tourné vers le passé – lésion définitivement produite, risque déjà créé –, ses effets, la réaction qu'elle produit, peuvent très bien être orientés vers le futur – prévention d'une lésion, de l'aggravation d'une lésion, socialisation d'un délinquant, prévention spéciale et générale de la criminalité.

Compatible avec l'essence rétrospective de la responsabilité, l'extension de la notion de résultat légal au risque l'est par ailleurs également avec la destination sociale de la responsabilité juridique.

2. La conformité à la destination sociale de la responsabilité juridique

78. Réalité sociale du risque. La fonction sociale du droit et la nature technique de la responsabilité juridique commandent à la fois que le résultat légal se situe dans l'ordre externe, et plus précisément l'ordre social, et qu'il ne soit pas autre chose que la dégradation d'une valeur ou d'un intérêt trouvé dans la société des hommes. Tel est bien le cas du risque. D'un point de vue objectif d'une part, il se manifeste effectivement dans l'ordre externe et spécialement dans la société puisqu'il a pour objet des biens juridiques trouvés dans le donné. Exposer la vie, la santé publique, l'environnement ou même de simples choses, c'est dégrader

⁴⁷⁶ Sur ces questions, v. *supra* n° 32 et s.

les situations juridiques qui représentent les biens juridiques qui sont l'émanation de ces valeurs. Il en résulte que le résultat légal pourrait très bien consister en la simple menace d'un intérêt juridiquement protégé. Cette possibilité semble même pouvoir être hissée au rang de nécessité. Subjectivement d'autre part, le risque a en effet pris une importance capitale aujourd'hui et la sensibilité sociale à son endroit est de plus en plus vive. Par conséquent, la prévention des dommages et, partant, l'appréhension du risque comme résultat légal deviennent un besoin particulièrement vif que le législateur est appelé à satisfaire. La responsabilité juridique devient dès lors un moyen privilégié pour y parvenir. Réagir de manière optimale à la dégradation anormale d'une situation juridique doit pouvoir passer, si besoin est, par la prévention de lésions à venir.

Ce dernier élément pourrait d'ailleurs autoriser la prise en compte du risque incertain au sens du principe de précaution⁴⁷⁷. Il s'agit de celui dont on doute de l'existence même, le risque qui pourrait être mais dont la réalité ne peut être établie, principalement en raison de l'incapacité de la technique et de la science à l'avérer. Il faut bien cerner néanmoins ce que l'on entend par risque potentiel au sens dudit principe. Précisément, il s'agit de le distinguer du risque putatif ou imaginaire, basé sur une croyance erronée mais exempte de doute⁴⁷⁸. Nul n'a jamais proposé de prendre en compte ce dernier en droit de la responsabilité⁴⁷⁹. Le risque potentiel, au contraire, est un risque dont on doute mais qui demeure plausible en raison de la rigueur méthodologique des raisonnements ayant conduit à faire naître cette incertitude et de l'adhésion d'une partie même minoritaire des scientifiques à la thèse de son existence⁴⁸⁰. Tandis que dans le risque putatif, tout est subjectif et dépourvu d'aléa, en fait de risque potentiel, l'aléa existe et porte sur un risque qui pourrait bien exister objectivement. Il n'en reste pas moins que le risque incertain pose un problème : soit il existe bel et bien en réalité et, s'il y a responsabilité, celle-ci sera préventive et conforme à l'exigence d'un résultat légal ; soit il n'existe pas et, s'il y a responsabilité, elle sera prospective et contraire à cet impératif. Toute la difficulté réside dans cette incertitude et un des enjeux politiques et techniques du principe de précaution consiste à décider s'il faut présumer ou non qu'un tel risque existe. Or, eu égard à l'inquiétude sociale grandissante qui découle des risques incertains et à leur

⁴⁷⁷ Sur lequel, v. aussi et surtout *infra* n° 134 et s.

⁴⁷⁸ V. not. D. ROETS, « Réflexions sur les possibles implications du principe de précaution en droit pénal de l'imprudence », préc., et N. VOIDEY, *op. cit.*, p. 63 et p. 164 et s.

⁴⁷⁹ En droit des assurances cependant, la théorie du risque putatif permet de maintenir la validité du contrat d'assurance si les parties ont toutes cru en l'existence d'un aléa qui objectivement n'existait pas. Sur ce point, v. not. A. BENABENT, *op. cit.*, n° 14, et N. VOIDEY, *op. et loc. cit.* Une telle solution, qui peut se fonder sur la volonté de protéger des parties de bonne foi et sur la théorie de l'apparence paraît expliquer la répression des infractions inoffensives en matière pénale. V. *supra* n° 53 note 342.

⁴⁸⁰ V. M. BOUTONNET, *op. cit.*, n° 1113, et N. VOIDEY, *op. cit.*, p. 164. En pratique, de surcroît, ces risques sont assez bien identifiés et concernent des hypothèses précises : les antennes-relais de télécommunication, les organismes génétiquement modifiés, les effets secondaires possibles mais non avérés de certains médicaments ou vaccins, comme récemment celui de la grippe A/H1N1. Certains auteurs vont même plus loin en distinguant le risque potentiel plausible, qui ne devrait entraîner qu'une obligation de recherche afin de vérifier la crédibilité et/ou la probabilité du risque, et le risque potentiel étayé, qui seul donnerait lieu à des mesures de précaution (Ph. KOURILSKY et G. VINEY, *op. cit.*, p. 42 et s.). *Adde* D. TAPINOS, *op. cit.*, n° 94 et s.

existence potentielle, il ne serait donc pas tout à fait illégitime et impossible d'admettre, en vertu d'une présomption influencée par le principe de précaution, la conformité de ce type de risque avec le concept général de responsabilité juridique. Le risque présumé existant en raison de son incertitude pourrait donc – sous cette réserve et par ce moyen technique – constituer un résultat légal conforme à cette dernière exigence.

Le risque, événement déjà passé et se manifestant dans l'ordre social en faisant peser une menace, de moins en moins supportée par les sujets de droit, sur les situations juridiques, semble donc pouvoir, sinon devoir, être érigé en un résultat légal apte à engendrer une responsabilité juridique. Ces considérations générales sont d'ailleurs confirmées par des justifications propres à chaque responsabilité de droit privé.

B- Les justifications spéciales de l'extension

79. Légitimité pénale et légitimité civile. Que l'on se penche sur le droit pénal (1) ou civil (2) de la responsabilité, l'extension de la notion de résultat légal au risque semble totalement légitime.

1. Les justifications propres au droit pénal de la responsabilité

80. Conformité à la fonction préventive du droit pénal. Malgré les critiques dont elle fait l'objet et les doutes qu'elle suscite⁴⁸¹, la fonction préventive du droit pénal est tout à fait classique. A l'aspect subjectif de la prévention qui consiste en une dissuasion générale et spéciale adressée aux sujets de droit, on peut en effet opposer une prévention objective consistant à l'anticipation des lésions susceptibles d'être causés aux biens juridico-pénaux⁴⁸². Si le droit criminel tend à assurer la protection et la promotion des valeurs morales et sociales les plus éminentes, auquel titre il punit toute atteinte qui leur est portée, il reste indéniable que cette protection sera bien plus efficace dans le cas où il n'aura pas été attendu qu'un tel résultat soit causé⁴⁸³. On peut même penser qu'elle ne sera réellement effective que dans ce

⁴⁸¹ V. not. Mlle Boutonnet (*op. cit.*, n° 35) qui, bien que reconnaissant que la fonction préventive est plus développée en matière pénale qu'en droit de la responsabilité civile, estime que celle-là comporte de nombreuses faiblesses en raison de la rigidité du principe de légalité, de la nécessité d'une faute, de l'inadaptation des sanctions pénales à la prévention des dommages, mais aussi de l'accueil décevant que le droit pénal aurait fait au principe de précaution qui lui empêcherait de relever le défi lancé par les nouveaux risques. Mlle Grayot, *in op. cit.*, n° 4, considère que le droit criminel ne joue qu'« un rôle d'appoint dans le développement de la prévention plutôt qu'un rôle moteur ». Le droit pénal n'aurait pas une fonction de prévention mais un simple effet préventif. Par ailleurs, elle estime que « la prévention gagnerait à être développée indépendamment de la stigmatisation qui accompagne le droit pénal ». Adde Ph. MALAURIE, « L'effet prophylactique du droit civil », *Mél. J. Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, pp. 669 et s.

⁴⁸² V. plus précisément sur la question, *infra* n° 340 et s.

⁴⁸³ En ce sens, v. F. CHABAS, *op. cit.*, n° 23 : « la fonction du droit pénal n'est pas seulement de sanctionner en se vengeant du tort subi par la société, elle est aussi de punir la faute, en la faisant expier, et surtout de prévenir les dommages ». Insistant sur la fonction préventive du droit pénal, sur son ancienneté, son extension et son adéquation, adde P. PHILIPPOT, *op. cit.*, p. 5, et N. RIAS, *op. cit.*, n° 1255 et s.

cas. La vie humaine est, en fait, mieux protégée lorsque l'on sanctionne celui qui roule à plus de 50 km/h en agglomération que lorsque l'on punit l'assassin après son crime. Il en va des devoirs de l'Etat dont la répression est une des fonctions régaliennes.

L'appréhension du risque en tant que résultat légal apparaît donc conforme à la fonction préventive du droit pénal. Malgré les apparences, elle l'est aussi aux exigences diverses imposées par le droit de la responsabilité civile.

2. Les justifications propres au droit civil de la responsabilité

81. Conformité à la fonction victimaire du droit de la responsabilité civile. La responsabilité civile préventive apparaît en conformité totale avec la fonction de protection des victimes que remplit la responsabilité civile depuis la fin du XIX^e siècle.

Jusqu'à présent, le seul argument *a fortiori* ne suffisait pas. On ne pouvait prétendre affirmer que, puisque le droit protégeait les personnes juridiques contre la lésion de leurs intérêts en sanctionnant ceux qui en étaient responsables, il fallait forcément permettre au juge d'anticiper de telles atteintes. Les rédacteurs du Code n'avaient-ils pas en effet pris soin au contraire de ne pas perpétuer les actions préventives que lui avait légué l'histoire⁴⁸⁴ ? L'esprit des articles 1382 et suivants réside bien dans la conception de la responsabilité comme sanction d'une liberté mal exercée. Mais aujourd'hui, l'évolution victimaire de l'institution, combinée à l'esprit "précautionniste" contemporain, conduit à ce que le risque soit de moins en moins supportable. La protection des victimes qui est devenue la fonction essentielle de la responsabilité civile peut passer, voire impose désormais de passer par l'anticipation des dommages⁴⁸⁵. Cela paraît naturel et les arguments présentés sont souvent de bon sens : certains dommages seraient aujourd'hui trop graves pour que l'on se permette de simplement les réparer⁴⁸⁶, « *il serait vain de prétendre traiter les effets présents du fait dommageable sans se préoccuper de tarir la source même du dommage* »⁴⁸⁷, l'institution qui répare les lésions devrait naturellement les empêcher⁴⁸⁸, etc. En bref, puisque toutes les évolutions du droit de la responsabilité civile tendent à une meilleure indemnisation des victimes, il semble tout à fait logique que cette application de la responsabilité juridique puisse être mise en œuvre afin

⁴⁸⁴ V. O. DESCAMPS, « Le *damnum infectum* et l'*operis novi nuntiatio* : deux exemples de responsabilités préventives en droit romain », *Mél. G. Viney*, préc., pp. 319 et s.

⁴⁸⁵ Et non par la dissuasion, qui passerait par des dommages et intérêts punitifs, qui constituent une confusion excessive et inopportune entre droit pénal et responsabilité civile. V. *supra* n° 48 et s.

⁴⁸⁶ V. R. BOUT, préface à la thèse de C. BLOCH, *op. cit.*, p. XIII, qui interroge : « A-t-elle bien "veiller" (sur les victimes), cette loi qui s'est bornée à désigner le "réparateur", sans prévoir de règle permettant de prévenir ou de faire cesser le fait à l'origine du dommage ? », M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, p. 42, G. MAITRE, *La responsabilité civile à l'épreuve de l'analyse économique du droit*, L.G.D.J., coll. Droit et économie, 2005, n° 109, et C. THIBIERGE, *art. cit.*

⁴⁸⁷ Ph. BRUN, *op. cit.*, n° 599.

⁴⁸⁸ V. not. C. BLOCH, *op. cit.*, n° 233.

d'empêcher toute lésion de l'intérêt d'un particulier. On pourrait dès lors parler plus généralement d'une fonction victimaire de la responsabilité civile⁴⁸⁹.

En fin de compte, l'extension de la notion de résultat légal, totalement conforme au concept de responsabilité juridique, est également de nature à améliorer l'efficacité fonctionnelle de chacune de ses applications en droit privé. Elle est donc tout à fait fondée. A la lumière de ces développements, il convient donc d'en apprécier la réalité en droit positif.

§2. La réalité de l'extension

82. Non-conformité du droit positif. Alors que le concept de responsabilité juridique permet, sinon commande, l'appréhension du risque en tant que résultat légal, et que chacune de ses applications pratiques y tend également, le droit privé de la responsabilité n'exploite pas encore toutes les potentialités qui lui sont offertes. Il y a sur ce point un déséquilibre net entre droit pénal et droit civil puisque, là où le premier considère souvent un tel résultat comme suffisant à engendrer une responsabilité pénale, le second s'y refuse encore très largement. La jurisprudence, poussée par une doctrine motivée, voire militante, commence à peine à envisager de l'admettre. Si la convergence du droit pénal et de la responsabilité civile est donc possible sur ce terrain, elle n'est pas encore acquise et à l'appréhension effective du risque en droit pénal (A) s'oppose sa prise en compte progressive en droit de la responsabilité civile (B).

A- L'appréhension effective du risque en droit pénal de la responsabilité

83. Moyens et objets de la prévention pénale. Le droit criminel déploie de nombreux instruments afin de réprimer la simple création d'un risque, faisant ainsi œuvre préventive afin de mieux protéger les valeurs essentielles dont il est le gardien. Pour autant, les étudier ne suffirait pas à cerner la notion de risque pénal, celle générale de risque étant suffisamment vague et large pour recouvrir des réalités très diverses⁴⁹⁰. L'examen de la répression du risque (1) devra donc être suivi de l'analyse du risque réprimé (2).

1. La répression du risque

84. Instruments pénaux de la prévention. Le droit pénal connaît deux instruments de prévention des dommages qui font écho aux deux modes légaux de participation criminelle : l'infraction (a) et la complicité (b).

⁴⁸⁹ V. *infra* n° 340 et s.

⁴⁹⁰ Sur la souplesse de la notion de risque mais dans une étude de droit civil, v. N. VOIDEY, *op. cit.*

a- La répression du risque par l'infraction

85. Dualité des modes de commission de l'infraction. Aux termes de l'article 121-4 du Code pénal, il est deux manières de se rendre auteur d'une infraction, la commission⁴⁹¹ des « faits incriminés » (α), et la tentative (β). Les deux peuvent être le moyen de réprimer le risque.

α - L'infraction consommée

86. Définition négative de l'infraction formelle. On oppose assez classiquement les infractions selon qu'elles sont matérielles ou formelles⁴⁹². Pour autant, alors que la définition de l'infraction matérielle – comme infraction dont la consommation exige l'atteinte à un intérêt juridiquement protégé, soit celle dont le résultat légal est un résultat juridique – est satisfaisante⁴⁹³, il est difficile d'en dire autant de celle de l'infraction formelle. Il arrive ainsi souvent qu'elle ne soit définie que négativement, par *a contrario* de l'infraction matérielle, comme celle qui, pour être consommée, n'a pas besoin qu'un résultat ne se soit produit⁴⁹⁴. Mais, outre l'insatisfaction que peut procurer toute définition purement négative, celle-ci ne s'applique pas toujours à la même réalité selon le résultat sur lequel raisonnent les auteurs. En effet, si certains se réfèrent à celui qui était désiré par l'auteur⁴⁹⁵, d'autres se réfèrent à l'atteinte à l'intérêt protégé par la loi⁴⁹⁶, voire au préjudice⁴⁹⁷. Enfin, un auteur a pu remarquer

⁴⁹¹ Qu'il faut comprendre comme la consommation de l'infraction et non comme l'accomplissement d'un acte positif, par opposition à l'omission.

⁴⁹² V. hors les références citées *supra*, note n° , J. CHACORNAC, art. cit., M. FREIJ, *op. cit.*, S. JACOPIN, « La dangerosité saisie par le droit pénal », *Peine. Dangerosité. Quelles certitudes ?*, Dalloz, coll. Essais de philosophie pénale et de criminologie, vol. 9, 2010, pp. 225 et s., S. KEYMAN, « Le résultat pénal », *Rev. sc. crim.*, 1968, pp. 781 et s., J.-Y. MARECHAL, *op. cit.*, n° 466 et s., Y. MAYAUD, *Le mensonge en droit pénal*, préc., n° 359 et s., P. PHILIPPOT, *op. cit.*, A. PROTHAIS, *Tentative et attentat*, préc., n° 451 et s., N. RIAS, *op. cit.*, n° 1260 et s., L. ROZES, « L'infraction consommée », préc., P. SPITERI, « L'infraction formelle », *Rev. sc. crim.*, 1966, pp. 497 et s., et A. TSARPALAS, *Le moment et la durée des infractions pénales*, L.G.D.J., Bibliothèque de sciences criminelles, t. 7, 1967, , n° 107 et s., et n° 249 et s.

⁴⁹³ Nonobstant les critiques formulées par certains, à l'image de M. Maréchal qui juge le qualificatif « "matériel" » « ambigu et imprécis » (*op. cit.*, n° 472) en raison du fait que toutes les infractions ont un élément matériel (*ibid.*, n° 471). Il ajoute que l'atteinte peut n'être pas concrète et donc s'éloigner de l'idée de matérialité de la lésion (*ibid.*, n° 472). Enfin, le terme pourrait entraîner une confusion avec les anciens délits matériels (*ibid.*, n° 473). M. Mayaud affirme qu'au contraire, « son appellation fait ressortir le plein de matérialité qui (...) correspond (aux infractions matérielles), la consommation d'une infraction ne pouvant être (...) plus complète », in *Droit pénal général*, préc., n° 178.

⁴⁹⁴ V. ainsi B. BOULOC, *op. et loc. cit.*, P. BOUZAT et J. PINATEL, *Traité de droit pénal et de criminologie*, t. 1, préc., n° 118, J. CHACORNAC, art. cit., F. DESPORTES et F. LE GUNHEC, *op. cit.*, n° 445, H. DONNEDIEU DE VABRES, *op. cit.*, n° 187, R. GARRAUD, *op. cit.*, n° 236 a, S. KEYMAN, art. cit., R. MERLE, *op. cit.*, p. 144, J. PRADEL, *op. cit.*, n° 398, A. PROTHAIS, *op. cit.*, n° 285, M.-L. RASSAT, *Droit pénal général*, préc., n° 270, J.-H. ROBERT, *op. cit.*, p. 212, L. ROZES, art. cit., A. TSARPALAS, *op. cit.*, p. 171, et G. VIDAL et J. MAGNOL, *Cours de droit criminel et de science pénitentiaire*, préc., n° 81.

⁴⁹⁵ V. par exemple, G. VIDAL et J. MAGNOL, *op. et loc. cit.*

⁴⁹⁶ V. not. J.-H. ROBERT, *op. et loc. cit.*

⁴⁹⁷ V. principalement H. DONNEDIEU DE VABRES, *op. et loc. cit.*, et *Essai sur la notion de préjudice dans la théorie générale du faux*, Sirey, 1943. Rapp. B. BOULOC, *op. et loc. cit.*, et J. PRADEL, *op. et loc. cit.*, qui se réfèrent au dommage. Reste à savoir si ces derniers entendent dommage au sens strict de dommage subi par la

que le caractère négatif de la définition ne cachait rien de la grande diversité des infractions concernées : « la catégorie considérée regroupe aujourd'hui les situations les plus éclectiques, ne correspondant plus à un schéma uniforme et véritablement original »⁴⁹⁸.

Un effort doctrinal a donc été déployé afin de dégager une définition plus séduisante de la notion d'infraction formelle, une définition positive.

87. Définition positive de l'infraction formelle – critères insatisfaisants. Parmi les démarches de la doctrine, toutes ne sont pas convaincantes.

Parmi les déceptions, on compte celles qui tentent de trouver le sens de l'infraction formelle en usant d'une image ou en se fondant sur la figure contestable – puisque raisonnant sur une infraction forcément lésionnaire –, de l'*iter criminis*⁴⁹⁹ pour la définir comme la tentative de l'infraction matérielle correspondante, érigée en infraction distincte⁵⁰⁰. Cette méthode est très insatisfaisante. Non seulement parce qu'elle oblige à se référer à la définition de la tentative, elle-même débattue et sujette à interprétations⁵⁰¹ mais aussi parce qu'elle prive l'infraction formelle de toute autonomie par rapport à l'infraction matérielle⁵⁰². Enfin, cette assimilation malheureuse à la tentative conduit d'ailleurs une certaine doctrine à conclure que l'infraction formelle est nécessairement intentionnelle⁵⁰³, ce qui reste à démontrer.

D'autres ont donc tenté de trouver un véritable critère leur permettant de catégoriser l'infraction formelle. On s'est référé au procédé utilisé par l'auteur, faisant ainsi de l'infraction formelle une infraction de moyen par opposition à l'infraction matérielle, infraction de résultat⁵⁰⁴. Si ce critère a l'avantage de mettre l'accent sur la forme de l'infraction et donc de faire écho à son appellation, il ne se vérifie cependant pas forcément

victime. Adde R. OLLARD, « La distinction du dommage et du préjudice en droit pénal », *Rev. sc. crim.*, 2010, pp. 561 et s.

⁴⁹⁸ J.-Y. MARECHAL, *op. cit.*, n° 498.

⁴⁹⁹ Pour une critique de cette figure qui a surtout un intérêt pédagogique, v. J.-Y. MARECHAL, *op. cit.*, n° 378 et s., et A. PROTHAIS, *op. cit.*, n° 81 et s.

⁵⁰⁰ V. not. F. DESPORTES et F. LE GUNEHEC, *op. cit.*, n° 460, Y. MAYAUD, *op. cit.*, n° 374, R. MERLE et A. VITU, *op. cit.*, n° 514, X. PIN, *op. cit.*, n° 155, P. PHILIPPOT, *op. cit.*, p. 44, J. PRADEL, *op. et loc. cit.*, A. PROTHAIS, *op. cit.*, et L. ROZES, art. *cit.*,

⁵⁰¹ V. *infra* n° 250 et s.

⁵⁰² V. en ce sens M.-L. RASSAT, *op. et loc. cit.* : « il est aussi faux de dire que l'infraction formelle est l'érection d'une tentative en délit achevé que de soutenir que la tentative serait le moyen d'ériger une infraction matérielle en infraction formelle (...). Il y a là trois catégories pénales différentes qu'il n'y a aucun intérêt à mélanger ». Adde N. RIAS, *op. cit.*, n° 1299.

⁵⁰³ V., par exemple, M. FREIJ, *op. cit.*, p. 140, J.-Y. MARECHAL, *op. cit.*, n° 500, P. PHILIPPOT, *op. cit.*, p. 44 et s., A. PROTHAIS, *op. cit.*, n° 452 et s., pour lequel le critère de distinction de l'attentat, infraction intentionnelle (*ibid.*, n° 530 et s.), et l'infraction formelle réside seulement dans la punissabilité de la tentative qui serait l'apanage du premier, et P. SPITERI, art. *cit.*

⁵⁰⁴ Insistant sur le moyen pour définir l'infraction formelle, v. not. P. BOUZAT et J. PINATEL, *op. et loc. cit.*, M. FREIJ, selon qui ce critère de définition serait propre à la doctrine française, *op. cit.*, R. MERLE, *op. cit.*, n° 144, R. MERLE et A. VITU, *op. et loc. cit.*, X. PIN, *op. et loc. cit.*, J. PRADEL, *op. et loc. cit.*, M.-L. RASSAT, *op. et loc. cit.*, J.-H. ROBERT, *op. et loc. cit.*, et L. ROZES, art. *cit.*, et P. SPITERI, art. *cit.*, qui fait du moyen le critère de distinction de l'infraction formelle et de la tentative, tout en ne l'estimant pas suffisant à l'identification catégorique de la première.

dans toutes les infractions n'exigeant pas de résultat juridique pour leur consommation⁵⁰⁵. Il suffit à ce titre de citer l'exemple d'infractions d'omission, comme le refus de porter secours à personne en péril (C. pén., art. 223-6, al. 2), qui ne se singularisent pas par l'emploi d'une activité particulière, mais, tout au contraire, par l'absence de tout mouvement. En outre, l'usage d'un moyen particulier peut fort bien se retrouver, à l'inverse, en matière d'infractions matérielles. Il n'est que de citer l'administration de substances nuisibles ayant porté atteinte à l'intégrité physique ou psychique d'autrui (C. pén., art. 222-15) ou l'escroquerie (C. pén., art. 313-1) pour en être convaincu.

88. Définition positive de l'infraction formelle – critères pertinents. Mais la doctrine a toutefois réussi à cerner d'autres critères beaucoup plus pertinents.

On a ainsi pu faire état de la dangerosité du comportement ou du moyen employé, de son aptitude causale⁵⁰⁶. L'intensité de cette dernière a d'ailleurs pu servir de critère de distinction, au sein des infractions non matérielles, entre les infractions formelles au sens strict et les infractions-obstacles, les dernières étant considérées comme n'ayant qu'un rapport très lointain avec l'intérêt pénalement protégé⁵⁰⁷. Une telle conception peut séduire. En effet, même le refus de porter secours à personne en péril peut être considéré comme ayant une aptitude causale dans la mesure où s'il ne crée pas à lui seul une lésion, et n'a pas à le faire, il se traduit tout de même par une augmentation de la probabilité de la réalisation de cet événement défavorable.

Un autre courant doctrinal a entrepris de définir positivement l'infraction formelle en insistant sur le fait qu'elle se consommait par la réalisation d'un résultat distinct de celui requis par les infractions matérielles. On peut ici distinguer deux tendances. Les uns estiment que là où l'infraction matérielle exigerait une modification du monde extérieur, un résultat réel ou matériel, l'infraction formelle ne requerrait qu'un "résultat juridique"⁵⁰⁸ consistant en l'atteinte à l'ordre juridique résultant de la violation de la norme pénale⁵⁰⁹. A l'opposé, d'autres prétendent que l'infraction matérielle se caractériserait par la nécessité d'un résultat juridique, entendu dans le sens plus strict d'atteinte effective à un intérêt juridiquement protégé, tandis que l'infraction formelle se contenterait d'un résultat matériel, à savoir la

⁵⁰⁵ M. Freij remarque d'ailleurs que l'importance du moyen diminue dans ce qu'il appelle les infractions formelles modernes (*op. cit.*, p. 101).

⁵⁰⁶ En ce sens, v. not. F. DESPORTES et F. LE GUNEHÉC, *op. cit.*, n° 461, M. FREIJ, *op. cit.*, p. 98 et s. et p. 193, J.-Y. MARECHAL, *op. cit.*, n° 500, R. MERLE et A. VITU, *op. et loc. cit.*, M.-L. RASSAT, *op. et loc. cit.*, J.-H. ROBERT, *op. et loc. cit.*, et L. ROZES, art. cit. Rapp. S. JACOPIN, art. cit.

⁵⁰⁷ V. par exemple, Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *op. cit.*, n° 322, M. FREIJ, *op. cit.*, p. 224 et s., Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, préc., n° 193 et s., R. MERLE et A. VITU, *op. et loc. cit.*, X. PIN, *op. cit.*, n° 155 et s., N. RIAS, *op. cit.*, n° 1319 et s. Reprenant ce critère de distinction pour opposer infractions formelles classiques et modernes, v. S. KEYMAN, art. cit., et A. PROTHAIS, *op. et loc. cit.* Pour une critique de ce critère de distinction, v. V. MALABAT, « Retour sur le résultat de l'infraction », préc.

⁵⁰⁸ Les guillemets ne tendent qu'à signifier que la notion n'est pas entendue dans le même sens que celui retenu ici. V. *supra* n° 57.

⁵⁰⁹ V. not. M. FREIJ, *op. cit.*, p. 171, et X. PIN, *op. cit.*, n° 155. Rapp. P. PHILIPPOT, *op. cit.*, p. 44 et s., et P. SPITERI, art. cit.

modification immédiate du monde extérieur telle que découlant du comportement incriminé⁵¹⁰. Cette seconde conception emporte davantage la conviction. En effet, le résultat matériel, qui est défini de la même manière par les deux courants, se retrouve dans les toutes les infractions, formelles comme matérielles. On remarquera ainsi, à titre d'exemple, que l'empoisonnement entraîne au moins la présence du poison dans le corps de la victime, et le non-respect de la réglementation pénale attachée à l'exercice de certaines professions⁵¹¹, l'introduction dans la corporation d'agents potentiellement incompetents. De plus, le résultat juridique tel que défini par les premiers auteurs, outre qu'il renvoie à une conception formaliste de l'infraction déjà rejetée⁵¹², est commun à toutes les infractions puisqu'elles impliquent toutes la violation d'une norme juridique. En revanche, si l'on retient l'acception qu'en donnent les seconds, force est de constater que l'atteinte portée à un intérêt protégé est le privilège de certaines infractions. On peut dès lors opposer les infractions matérielles, celles qui se consomment par l'obtention d'un résultat juridique, et les infractions formelles, qui sont celles qui se satisfont d'un résultat matériel à titre de résultat légal.

L'aptitude causale ou la dangerosité du comportement incriminé, l'existence d'un résultat matériel, semblent donc être les deux éléments propres à autoriser une définition positive de l'infraction formelle. Toutefois, pris isolément, ils paraissent encore insuffisants. Il semble donc préférable de cumuler ces deux critères pour mieux définir le résultat matériel constitutif de l'infraction formelle comme étant un risque.

89. Le risque comme résultat de l'infraction formelle. Il est certain que comme toute action, l'acte partiellement constitutif de l'infraction a nécessairement un effet, effet que l'on peut qualifier de résultat. Et si cet effet n'est pas nécessairement constitutif d'une atteinte à un intérêt juridiquement protégé, il s'agira au moins toujours d'une modification du monde extérieur. L'infraction formelle a donc un résultat, bien qu'il soit strictement matériel. En outre, puisque tout comportement inoffensif doit être exclu du champ du droit de la responsabilité pénale⁵¹³, est convaincante l'affirmation selon laquelle les comportements incriminés comme infraction formelle le sont pour prévenir une lésion effective à un intérêt juridique. Ils sont dangereux car potentiellement dommageables. On peut, par conséquent, penser que la modification du monde qui est prise en compte dans ces infractions consiste en la création d'un risque, d'une potentialité de résultat juridique ou, tout au moins, en l'augmentation de la probabilité de l'avènement d'une circonstance défavorable. Certains auteurs l'admettent. Dès le XIX^e siècle, une part de la doctrine italienne, à laquelle on doit la distinction des infractions formelles et matérielles, était déjà en ce sens⁵¹⁴. CARRARA

⁵¹⁰ V. not. Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *op. cit.*, n° 322, et V. MALABAT, *art. cit.*

⁵¹¹ Par exemple, la médecine (C. santé publ., art. L. 4161), le commissariat aux comptes (C. com., art. L. 820-5, 2°) ou bien la profession de banquier (C. mon. fin., art. L. 511-5).

⁵¹² V. *supra* n° 34 et s.

⁵¹³ V. *supra* n° 50 et s.

⁵¹⁴ Sur les théories italiennes, et françaises, de l'infraction formelle, v. M. FREIJ, *op. cit.*, p. 25 et s.

estimait ainsi qu'« *alors que les infractions matérielles se consomment par la production du dommage effectif, les infractions formelles se consomment par le dommage potentiel* »⁵¹⁵. ROCCO avait poussé la logique jusqu'à proposer un changement de terminologie, proposant de rebaptiser "de lésion" ou "de dommage" les infractions matérielles, et "de menace" ou "de mise en péril" les infractions formelles⁵¹⁶. Une part de la doctrine française contemporaine semble également l'admettre⁵¹⁷. On peut ainsi lire un éminent pénaliste écrire que « *chaque infraction représente donc soit une atteinte, soit une menace à un bien juridique déterminé* »⁵¹⁸. Il semble dès lors possible de définir ainsi l'infraction formelle : *celle dont le résultat légal est constitué par un résultat matériel caractérisé par un risque*.

90. Vérifications. Quelques exemples permettront de se mettre d'accord sur le principe que le résultat matériel, et donc le résultat légal, de l'infraction formelle peut être qualifié de risque.

Si l'on s'intéresse aux infractions de droit commun tout d'abord, ce principe se vérifie. L'article 212-3 du Code pénal incrimine la participation à un groupe préparant un crime contre l'humanité. Il s'agit de faciliter la préparation, et donc, par la force des choses la perpétration des infractions des articles 211-1 et suivants du même code qui sont des infractions matérielles puisqu'elles impliquent des atteintes touchant soit à la vie, soit à l'intégrité physique, soit à la liberté. Augmentant la probabilité de l'occurrence de telles lésions, le résultat matériel de cette infraction est qualifiable de risque⁵¹⁹. On citera également la corruption active réprimée par l'article 433-1, al. 1, 2 et 3 du Code pénal qui consiste en la proposition d'avantages divers à une personne exerçant une fonction publique afin d'obtenir d'elle qu'elle accomplisse ou n'accomplisse pas un acte relevant de ou facilité par sa fonction,

⁵¹⁵ *Ibid.*, p. 42.

⁵¹⁶ *Ibid.*, pp. 48 et s. Certains auteurs estiment que les deux distinctions ne coïncident pas. V. *ibid.*, p. 48-1, et P. PHILIPPOT, *op. cit.*, qui pense que les infractions formelles sont des infractions de lésion, car impliquant un résultat juridique, se distinguant des infractions matérielles par l'absence de résultat matériel. Sa démonstration est cependant très loin d'être convaincante puisqu'ils se fondent sur une assimilation abusive de la lésion effective à un intérêt juridique et de la seule volonté d'une telle lésion pour conclure à l'existence d'un résultat juridique dans l'infraction formelle. Or, il est clair qu'il y a une grande différence le fait de tuer et celui de vouloir tuer et qu'une telle confusion doit tout à une conception trop formaliste de l'infraction ! En ce sens, v. M. LACAZE, *op. cit.*, n° 87. Adde J.-P. DOUCET, « Les infractions de prévention », *Gaz. Pal.*, 1973, doctr., pp. 764 et s., et C. POMART-NOMDEDEO, *art. cit.*

⁵¹⁷ V. not. Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *op. et loc. cit.*, qui estiment qu'infractions formelles et obstacles « *se résument à la création d'un péril* », V. MALABAT, *art. cit.*, Y. MAYAUD, *Le mensonge en droit pénal*, préc., n° 363 et s., X. PIN, *op. cit.*, n° 156, qui retient la notion de mise en péril pour les infractions-obstacles, l'affirmation valant dès lors *a fortiori*, pour les infractions formelles, et N. RIAS, *op. cit.*, n° 1337, qui affirme très clairement que « *le résultat légal des infractions formelles est constitué par un risque de dommage* ». Rapp. F. DESPORTES et F. LE GUNEHEC, *op. cit.*, n° 461 et s., et J. PRADEL, *op. et cit.*, n° 398, note 1, qui affirme que « *si l'on introduit l'idée de résultat, on peut dire que dans l'infraction matérielle, le résultat découle du comportement (et consiste dans un dommage effectif) alors que dans l'infraction formelle le résultat s'intègre au comportement (le dommage n'étant alors qu'éventuel ou en germe)* ».

⁵¹⁸ Y. MAYAUD, *op. et loc. cit.*

⁵¹⁹ Voire d'une atteinte effective à la valeur Humanité. Sur ces infractions, v. not. Ph. CONTE, *Droit pénal spécial*, *op. cit.*, n° 40 et s., E. DREYER, *op. cit.*, n° 774 et s., V. MALABAT, *Droit pénal spécial*, Dalloz, coll. HyperCours, 5^e éd., 2011, n° 8 et s., et R. OLLARD et F. ROUSSEAU, *op. cit.*, pp. 154 et s.

sa mission ou son mandat. Il s'agit d'une infraction formelle⁵²⁰ car bien que ne nécessitant pas une atteinte effective à la probité de l'agent public, résultat juridique, elle en augmente les possibilités tant il est vrai que celui à qui l'on propose une chose peut l'accepter aussi bien que la refuser. Il y a donc un résultat matériel constitué par un risque.

Si l'on s'intéresse à des infractions dites plus techniques, de droit pénal des affaires, cette analyse se trouve également confirmée. Ainsi en matière de droit pénal des sociétés, de nombreuses infractions sont relatives à la constitution du capital social, élément fondamental s'il en est puisqu'à la fois gage général des créanciers sociaux, facteur de confiance pour le monde des affaires et critère de détermination des pouvoirs et droits sociaux des associés⁵²¹. De ce fait, toute mention fautive ou incorrecte est de nature à créer un risque pour cette confiance et ces droits patrimoniaux, à augmenter la probabilité qu'il leur soit porté effectivement atteinte. Ce risque est précisément causé par un certain nombre d'infractions⁵²² telles que l'omission de déclaration du capital dans les statuts d'une société à responsabilité limitée⁵²³ ou la majoration frauduleuse des apports en nature⁵²⁴, qui peuvent au moins tromper les créanciers sociaux sur la teneur véritable de leur gage commun. De même, en droit pénal de la consommation⁵²⁵, des infractions telles que le commerce de produits et appareils propres à effectuer des falsifications⁵²⁶ ont bien un résultat matériel, qui consiste en la création d'un aléa quant à l'avènement de telles falsifications⁵²⁷, à savoir la fabrication ou la modification illicite d'une denrée alimentaire ou médicamenteuse, d'une boisson ou d'un produit agricole ou naturel destiné à la vente ou une autre forme d'aliénation⁵²⁸. Or une telle falsification est elle-même de nature à créer un risque pour les personnes ou pour la réputation de la denrée ou de la marchandise falsifiée.

Un premier examen très sommaire permet donc de penser que toute infraction formelle, qu'elle soit d'omission ou de commission, qu'elle soit plus ou moins proche ou éloignée d'un résultat juridique, crée un risque pouvant être considéré comme le résultat matériel constitutif du résultat légal de l'infraction. Le risque permet ainsi la consommation de certaines infractions. Mais la prévention pénale passe aussi par la répression de la tentative.

⁵²⁰ Au contraire, il semble que la corruption passive soit une infraction matérielle car, malgré l'absence possible d'accord, il y a déjà lésion effective à la probité des agents publics dans le fait, pour eux, de proposer un pacte de corruption. *Contra* A. LEPAGE, P. MAISTRE DU CHAMBON et R. SALOMON, *Droit pénal des affaires*, LexisNexis/Litec, coll. Manuels, 2^e éd., 2010, n° 455, et V. MALABAT, *op. cit.*, n° 920.

⁵²¹ V. A. LEPAGE, P. MAISTRE DU CHAMBON et R. SALOMON, *op. cit.*, n° 668.

⁵²² Sur lesquelles, v. *ibid.*, n° 667 et s., et J.-H. ROBERT et H. MATSOPOULOU, *Traité de droit pénal des affaires*, P.U.F., coll. Droit fondamental/Traité, 2004, n° 247 et s.

⁵²³ C. com., art. L. 241-1.

⁵²⁴ C. com., art. L. 241-3, 1^o pour les SARL, L. 242-2, 4^o pour les sociétés anonymes, L. 243-1 pour les sociétés en commandites par actions, et L. 244-1 pour les sociétés par actions simplifiées.

⁵²⁵ V. not. A. LEPAGE, P. MAISTRE DU CHAMBON et R. SALOMON, *op. cit.*, n° 1161 et s., et J.-H. ROBERT et H. MATSOPOULOU, *op. cit.*, n° 176 et s.

⁵²⁶ C. consom., art. L. 213-3, al. 1^{er}, 4^o.

⁵²⁷ C. consom., art. L. 213-3, al. 1, 1^o.

⁵²⁸ Versement de salaires (Crim., 3 nov. 1938 : *D.*, 1939, p. 21) ou apport en société (Crim., 25 juill. 1977 : *Bull. crim.*, n° 272), par exemple.

β- L'infraction tentée

91. A la recherche du résultat de la tentative. L'analyse précédente et la définition doctrinale du résultat légal conduisent à reconnaître que la tentative pourrait elle-même comporter un résultat légal. Cela devra évidemment être démontré. Puis, les conséquences devront être tirées de cette reconnaissance.

92. La démonstration de l'existence du résultat de la tentative : le résultat matériel de la tentative. Tension subjective et objective inaboutie vers la consommation d'une infraction, la tentative est définie par l'article 121-5 du Code pénal comme l'exécution commencée et suspendue ou ayant manqué son effet en raison de circonstances indépendantes de la volonté de son auteur. C'est d'ailleurs en suivant les deux conditions citées par le texte, que sont le commencement d'exécution et l'absence de désistement volontaire, que les auteurs présentent classiquement ce fait générateur de responsabilité pénale⁵²⁹. Pourtant, cette présentation n'est pas à l'abri des critiques. D'une part, elle démontre une certaine insuffisance de conceptualisation de la tentative de la part d'une doctrine qui la réduit à une simple technique de répression par anticipation. D'autre part, cette manière de faire entraîne une confusion des aspects subjectifs et objectifs de la tentative qui n'en facilite pas l'étude⁵³⁰. Des auteurs ont donc proposé une présentation différente passant par l'étude des éléments constitutifs de la tentative⁵³¹, qui peut d'ailleurs se prévaloir des termes de l'article 121-5 qui énumère les conditions dans lesquelles « *la tentative est constituée* »⁵³². D'autres vont encore plus loin en assimilant la tentative à « *une infraction à part entière* »⁵³³. Reconnaître une telle autonomie à la tentative semble être assez conforme à l'article 121-4 du Code pénal qui met sur un pied d'égalité les deux modes de commission de l'infraction que sont la consommation et la tentative⁵³⁴.

S'il est donc possible et souhaitable d'affirmer que, comme toute infraction, la tentative est composée de deux éléments constitutifs, matériel et moral, il faut toutefois en tirer les conséquences, à savoir notamment que l'élément matériel est nécessairement fait d'une action et, puisque toute action produit un effet, d'un résultat matériel consistant dans la modification

⁵²⁹ V. not. B. BOULOC, *op. cit.*, n° 242 et s., P. BOUZAT et J. PINATEL, *op. cit.*, n° 202 et s., E. GARÇON, *Code pénal annoté*, préc., art. 3, n° 31, R. MERLE et A. VITU, *op. cit.*, n° 151 et s., J. PRADEL, *op. cit.*, n° 378 et s., P. ROSSI, *op. cit.*, pp. 147 et s., et G. VIDAL et J. MAGNOL, *op. cit.*, n° 96.

⁵³⁰ En ce sens, v. A. PROTHAIS, *op. cit.*, n° 477.

⁵³¹ V. not. Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *op. cit.*, n° 326 et s., R. GARRAUD, *op. cit.*, n° 230, A. PROTHAIS, *op. cit.*, n° 476 et s., M.-L. RASSAT, *op. et loc. cit.* L'expression "éléments constitutifs" est aussi utilisée par des auteurs qui retiennent une présentation plus classique V. par exemple, E. GARÇON, *op. cit.*, art. 3, n° 95, R. MERLE, *op. cit.*, p. 156, et R. MERLE et A. VITU, *op. cit.*, n° 503. Rapp. P. PHILIPPOT, *op. cit.*, p. 299.

⁵³² Sur cette évolution, v. J.-Y. MARECHAL, *op. cit.*, n° 440 et 442 et s.

⁵³³ Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *op. cit.*, n° 325 et 334. Adde A.-Ch. DANA, *Essai sur la notion d'infraction pénale*, préc., n° 40 et 490, M. FREIJ, *op. cit.*, p. 112, et P. ROSSI, *op. cit.*, p. 162 (« *il existe un véritable délit dans la tentative* »). Rapp. J.-Y. MARECHAL, *op. cit.*, n° 441.

⁵³⁴ Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *op. cit.*, n° 235.

du monde extérieur. Or, il est ressorti de l'étude de l'infraction formelle que ce type de résultat pouvait être analysé en un risque, le monde étant modifié en cela que les probabilités de la survenance d'un événement défavorable avaient augmentées du fait de l'acte. Dès lors, on doit pouvoir conclure que si la tentative est une infraction, ces observations doivent pouvoir s'y appliquer.

Concernant le comportement, il est certain qu'on le retrouve en la matière : il s'agit du commencement d'exécution⁵³⁵. Pour ce qui est du résultat en revanche, les choses sont plus complexes. Il est certain que le résultat juridique ne peut pas être celui de la tentative qui justement est un moyen de prévenir les atteintes aux intérêts protégés par la loi pénale. A ce titre, le terme "effet" visé par l'article 121-5, de même que le mot "conséquences" utilisé par certaines décisions⁵³⁶ n'est pas le résultat de la tentative mais celui de l'infraction consommée qui, précisément, pour celui-là, n'est pas atteint et, pour celle-ci, n'est pas constituée. Pour autant, si toute action a un effet, et si la tentative suppose, comme toute infraction, une action, alors il convient d'en conclure que la tentative a un effet qui est son résultat, celui-ci pouvant être seulement matériel, prenant la forme d'une simple modification du monde. Or, la définition actuelle du commencement d'exécution, qui est très clairement causaliste⁵³⁷, emporte pour conséquence que la consommation de l'infraction doit avoir été rendue possible⁵³⁸. En d'autres termes, le commencement d'exécution doit avoir augmenté le risque de consommation. Plus précisément, elle devra avoir multiplié les possibilités d'occurrence du point final de cette dernière, à savoir le résultat légal de l'infraction consommée⁵³⁹. *Le résultat de la tentative est donc, comme celui de l'infraction formelle, un résultat matériel qui peut se définir comme un aléa quant à l'occurrence d'un événement défavorable, ici le résultat légal de l'infraction consommée*⁵⁴⁰.

93. La démonstration de l'existence du résultat de la tentative : le résultat légal dans la tentative. Mais peut-on pour autant considérer qu'il s'agisse là d'un résultat légal ? Tout dépend de ce que l'on entend par résultat légal, notion souffrant justement d'une certaine ambiguïté.

⁵³⁵ Cette notion devrait donc rester étrangère aux données subjectives, qui sont relatives à l'élément moral de la tentative. Sur ce point, v. *infra* n° 250 et s., et 432.

⁵³⁶ V. not. Crim., 25 oct. 1962 (2 arrêts) : *Bull. crim.*, n° 292 (*Lacour*) et 293 (*Benamar et Schieb*), et Crim., 18 août 1973 : *Bull. crim.*, n° 339.

⁵³⁷ Sur ce point, v. *infra* n° 250 et s.

⁵³⁸ La question de l'infraction impossible, qu'elle soit tentée ou consommée, paraît relever d'une institution autonome et distincte de la tentative dont elle ne remplit pas les conditions, bien qu'y étant rattachée par la jurisprudence et une part importante de la doctrine. Pour cette raison, elle a été étudiée séparément, *supra* n° 53 et s., et 253.

⁵³⁹ Comp. P. PHILIPPOT, *op. cit.*, p. 34.

⁵⁴⁰ Rapp. M. LACAZE, *op. cit.*, n° 173.

Elle est parfois utilisée comme synonyme de consommation de l'infraction ou, pour être plus clair, pour désigner le point qui fixe le moment de cette consommation⁵⁴¹. Dans ce cas, on ne peut que conclure à l'incompatibilité des notions de résultat légal et de tentative. C'est en ce sens qu'un auteur a pu écrire que « *la tentative opère (...) une localisation répressive du résultat légal, (alors que) les infractions formelles et matérielles (réalisent) une localisation structurelle* »⁵⁴² ou que « *la tentative punissable est indifférente au résultat légal* »⁵⁴³. La tentative ne fixerait ainsi pas un seuil de consommation mais un seuil de répression « *fictivement assimilée à une consommation* »⁵⁴⁴. Il ne s'agirait en définitive que « *d'une consommation d'emprunt* »⁵⁴⁵.

Cependant, les mêmes auteurs font aussi du résultat légal le « *seuil de la juridicité pénale* »⁵⁴⁶, le « *seuil de l'illicite fixé par le législateur* »⁵⁴⁷, « *le résultat pénal qui déclenche la répression, aussitôt qu'il a été produit par le délinquant* »⁵⁴⁸. Bref, le résultat légal est le point auquel le législateur attache le prononcé de la sanction. Dans ce cas, la notion est tout à fait conciliable avec celle d'infraction tentée. En effet, la tentative n'est-elle pas un comportement infractionnel, illicite ? Ne déclenche-t-elle pas la répression ? N'est-elle pas sanctionnée pénalement ? Il est tout à fait admissible de parler du résultat légal de l'infraction tentée, comme l'on parle de celui de l'infraction consommée⁵⁴⁹. La tentative est un fait générateur de responsabilité et, en tant que tel, il peut appeler une sanction dès lors qu'est atteint l'événement érigé par le législateur en résultat légal. En matière de tentative comme en matière d'infraction formelle, ce résultat légal semble être un résultat matériel consistant en un risque, en la potentialité d'un événement défavorable, ici la consommation de l'infraction ou, mieux encore, l'atteinte du résultat légal de l'infraction consommée.

La notion de résultat légal de la tentative soulève toutefois diverses difficultés qui ne pourront être résolues qu'après qu'aient été tirées les conséquences de l'existence du résultat légal de la tentative.

94. Les implications de la reconnaissance du résultat légal de la tentative : la distinction des notions de consommation et de constitution. La notion de résultat légal, jusqu'ici limitée dans son domaine aux infractions consommées, pouvait largement être

⁵⁴¹ V. Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *op. cit.*, 319, selon qui le résultat pénal est « *celui qui déclenche la répression parce qu'il consomme juridiquement l'infraction* », V. MALABAT, *art. cit.*, et Y. MAYAUD, *op. cit.*, n° 367, 372 et s., et *Droit pénal général*, préc., not. n° 189 et s., 212, et 262.

⁵⁴² Y. MAYAUD, *Le mensonge en droit pénal*, préc., n° 375.

⁵⁴³ *Ibid.* Adde, du même auteur, *Droit pénal général*, préc., n° 280.

⁵⁴⁴ Y. MAYAUD, *Le mensonge en droit pénal*, préc., n° 376.

⁵⁴⁵ *Ibid.*

⁵⁴⁶ *Ibid.*, n° 368.

⁵⁴⁷ Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *op. cit.*, n° 319.

⁵⁴⁸ *Ibid.*

⁵⁴⁹ MM. Conte et Maistre du Chambon ne sont pas loin de l'admettre lorsqu'ils écrivent « *l'incrimination de la tentative est le moyen d'ériger une infraction matérielle en une infraction formelle, en déplaçant le résultat légal* » (*ibid.*). Pour autant, cette conclusion ne s'impose pas, tant la définition de la notion de résultat légal est ambiguë. Une telle phrase semble se vouloir pédagogique avant tout.

assimilée à celle de consommation. Or cette notion⁵⁵⁰, définie comme la réunion de l'ensemble des conditions, préalables et constitutives, de l'infraction telles que requises par la loi⁵⁵¹, est traditionnellement présentée comme fondamentale en droit pénal général. Et pour cause, de nombreux intérêts y sont attachés parmi lesquels ne figurent rien de moins que la localisation spatiale et temporelle de l'infraction, nécessaire à la détermination de la loi applicable, de la juridiction territorialement compétente, du point de départ du délai de prescription de l'action publique ou à la distinction du désistement volontaire et du repentir actif⁵⁵². Or précisément, ces éléments confortent la thèse du résultat légal de l'infraction tentée puisque la tentative doit elle aussi être localisée pour être réprimée. Quelle sera le point qui permettra la localisation de la tentative si ce n'est, en effet, son résultat légal ? Mais se pose alors la question de savoir comment concilier les notions de consommation et de résultat légal de la tentative.

Certains continuent d'utiliser la notion de consommation en l'appliquant à la tentative. Les uns font appel à la notion de "consommation d'emprunt" qui ne paraît ni juste ni utile⁵⁵³. Une telle réflexion ne permet en effet pas de dire où et quand la tentative s'est commise et, surtout, achevée. De même, il est assez difficile d'admettre à l'opposé que la tentative est une « *infraction juridiquement consommée* » parce qu'ayant atteint un "résultat juridique" constitué par le « *mal social et général qu'engendre la violation de la loi par l'activité du délinquant* »⁵⁵⁴. S'il est vrai qu'infraction consommée comme infraction tentée entraînent un trouble à l'ordre public justifiant leur incrimination, la distinction de la consommation et de la tentative est trop ancrée et conserve suffisamment d'intérêt pour que les deux notions ne soient pas purement et simplement assimilées.

Il ne semble pas nécessaire d'inclure la consommation dans la théorie de la tentative pour expliquer la notion de résultat légal de l'infraction tentée et trouver une solution à la localisation de cette dernière. Il faut plutôt intégrer la première dans la notion générale de constitution et l'en distinguer. Il est admis que la tentative comme l'infraction consommée nécessitent toutes deux, en tant que faits juridiques générateurs de responsabilité, la réunion de conditions préalables et d'éléments constitutifs. Ce processus, que l'on peut appeler constitution, est la première étape de la génération de la responsabilité dont la seconde est l'imputation. Il s'agit de vérifier si toutes les conditions requises par la loi pour la perfection du fait juridique à imputer et sanctionner sont réunies. La *constitution* peut ainsi se définir

⁵⁵⁰ Sur laquelle, v. R. GARRAUD, *op. cit.*, n° 236, J.-Y. MARECHAL, *op. cit.*, n° 378 et s., L. ROZES, *art. cit.*, et A. TSARPALAS, *op. cit.*

⁵⁵¹ En ce sens, v. R. GARRAUD, *op. et loc. cit.*, J.-Y. MARECHAL, *op. cit.*, n° 413 et s., P. PHILIPPOT, *op. cit.*, p. 304, L. ROZES, *art. cit.*, et A. TSARPALAS, *op. cit.*, n° 258 et 262. En revanche, il faut rejeter avec M. Maréchal (*op. cit.*, n° 378 et s., et 426) les définitions de la consommation qui sont fonction d'une infraction supposée classique ou de référence et qui se réfèrent à l'image contestable de l'*iter criminis* ou au résultat redouté ou recherché par l'auteur (v. par exemple, J. ORTOLAN, *op. cit.*, n° 982).

⁵⁵² Sur les intérêts de la notion de consommation, v. not. L. ROZES, *art. cit.*, et A. TSARPALAS, *op. cit.*, n° 39 et s.

⁵⁵³ Y. MAYAUD, *op. cit.*, n° 376.

⁵⁵⁴ M. FREIJ, *op. cit.*, p. 111 et s.

comme la réunion de l'ensemble des conditions requises par la loi pour qu'un fait générateur de responsabilité soit parfait au regard du texte d'incrimination et puisse être imputé et, éventuellement, sanctionné. C'est le résultat légal qui, chronologiquement, en est le point final, même si sa présence n'est pas suffisante à la constitution⁵⁵⁵. La consommation, quant à elle, n'est qu'une forme particulière de constitution consistant en la réunion de l'ensemble des conditions requises par un texte spécial d'incrimination⁵⁵⁶. Celle de la tentative peut se définir comme la réunion des conditions de l'article 121-5 du Code pénal⁵⁵⁷. Mais toutes deux requièrent un résultat légal.

Il découle de cela que la plupart des intérêts classiquement attribués à la notion spéciale de consommation doit en fait être liée à celle générale de constitution. C'est en effet la constitution, et plus précisément le résultat légal qui parfait le fait générateur de responsabilité, qui fixe le fait générateur de responsabilité dans l'espace et dans le temps. De même, c'est lui qui permet de faire le départ entre désistement volontaire et repentir actif. On prétend en effet que celui qui tente de rebrousser chemin en réparant les conséquences de son action ou en essayant de les amoindrir ou de les prévenir peut obtenir l'impunité si l'infraction n'est pas encore consommée, c'est-à-dire s'il y a désistement volontaire et non repentir actif⁵⁵⁸. Si l'on souligne souvent que le principe doit être nuancé en raison des nombreuses exceptions à la règle de l'indifférence du repentir actif⁵⁵⁹, il faut aussi remettre en cause celle qui veut que le désistement doit intervenir avant la consommation. En réalité, il semble plus juste de dire qu'il doit avoir lieu avant la constitution, ce qui a pour conséquence que le repentir actif s'avère finalement soluble dans la tentative⁵⁶⁰. Celle-ci est constituée par l'obtention d'un résultat légal consistant en un risque, résultat matériel. En outre, il est exigé, du point de vue moral, la volonté de consommer l'infraction, d'atteindre le résultat légal de l'infraction consommée. Cette intention doit être "irrévoquée"⁵⁶¹, c'est-à-dire que l'agent ne doit pas avoir manifesté l'abandon de son projet par une interruption ou un échec volontaire. Dès lors qu'un risque de consommation aura été créé mais se sera soldé par la non-survenance du fait malheureux probable, et ce, en raison d'un échec ou d'une interruption de l'exécution ne devant rien à la volonté de l'agent, la tentative sera donc constituée, et ainsi *a priori*

⁵⁵⁵ V. J.-Y. MARECHAL, *op. cit.*, n° 432 et s.

⁵⁵⁶ Il n'est donc plus question de retenir la définition plus vaste qui est classiquement utilisée. Celle-ci peut en effet convenir à toutes hypothèses de constitution. M. Tsarpalas l'avait compris qui estimait que le critère de la conformité des faits au texte s'appliquait aussi la tentative. Il avait néanmoins "résolu" le problème en proposant de ne retenir la définition que pour l'infraction consommée. V. *op. cit.*, n° 258 et s.

⁵⁵⁷ La jurisprudence parle elle-même de constitution de la tentative. V. not. Crim., 3 mai 1974 : *Bull. crim.*, n° 157 ; et D., 1973, somm., p. 20, et Crim., 5 juin 1984 : *Bull. crim.*, n° 212.

⁵⁵⁸ En ce sens, la doctrine est quasiment unanime. V. ainsi. B. BOULOC, *op. cit.*, n° 252 et s., P. BOUZAT et J. PINATEL, *op. cit.*, n° 212 et s., R. GARRAUD, *op. cit.*, n° 234 b, R. MERLE et A. VITU, *op. cit.*, n° 504, X. PIN, *op. cit.*, n° 168, J. PRADEL, *op. cit.*, n° 387, J.-H. ROBERT, *op. cit.*, pp. 223 et s., P. SAVEY-CASARD, « Le repentir actif en droit pénal français », *Rev. sc. crim.*, 1912, pp. 515 et s., et A. TSARPALAS, *op. cit.*, n° 105 et s.

⁵⁵⁹ P. SAVEY-CASARD, art. *cit.*

⁵⁶⁰ Comp. *ibid.* L'auteur y affirme en effet que « le repentir actif peut se manifester au cours de la consommation du délit ou après la consommation », juste avant d'illustrer son propos par une référence au délit manqué.

⁵⁶¹ Sur ce point, v. A. PROTHAIS, *op. cit.*, n° 487 et s., et 503 et s.

imputable et sanctionnable. Toute manifestation de regret postérieure à ce stade est un repentir actif alors même que l'infraction n'aura pas été consommée. On peut citer un exemple simple aux fins d'illustration. Une personne en jette une autre à l'eau en sachant pertinemment qu'elle ne sait pas nager et en souhaitant la mort. La première crée un risque que la seconde décède en voulant obtenir le résultat légal de l'infraction matérielle correspondante. Un troisième protagoniste, témoin de la scène, plonge et sauve la victime. La mort n'ayant pas été obtenue, l'infraction de meurtre n'est pas consommée. En revanche, l'échec ayant été involontaire, la tentative l'est. Supposons que, sans connaître l'intervention du tiers, l'auteur, pris de remords, décide de revenir sur ses pas et de plonger à l'eau pour réparer son erreur. Il ne pourrait y avoir désistement volontaire, l'échec du meurtre consommé ne devant rien à la volonté de son auteur mais étant dû à la seule action d'un tiers. L'attitude de celui-là ne peut donc être qualifiée que de repentir actif, notion qui n'est donc pas étrangère à la théorie de la tentative. Et la raison en est que le moment de distinction du repentir actif et du désistement volontaire n'est pas celui de la consommation mais bien plutôt celui de la constitution, plus précisément de l'avènement du résultat légal.

La notion de consommation reste tout de même fondamentale puisque si, à l'instar de la constitution, il s'agit bien d'une notion abstraite, de pure technique juridique⁵⁶², et en cela relative⁵⁶³, elle est également une notion référentielle dans la mesure où elle permet de compléter la définition d'autres notions relatives⁵⁶⁴, dont notamment la tentative et la complicité. Elle sert également à distinguer l'infraction formelle de l'infraction tentée.

95. Les implications de la reconnaissance du résultat légal de la tentative : la distinction des infractions formelles et tentées. Dans la mesure où infraction consommée formelle et infraction tentée ont l'une et l'autre le risque pour résultat légal, il est possible et légitime de se demander comment distinguer les deux hypothèses. En outre, les deux participant dès lors de la fonction préventive du droit pénal, on peut s'interroger sur l'intérêt de la distinction.

Concernant le critère de distinction de la tentative et de l'infraction formelle en premier lieu, il est certain qu'il ne peut pas consister dans la présence ou pas d'un risque créé. L'exigence ou non d'un résultat légal ne sera pareillement d'aucune aide dans la mesure où celui-ci renvoie à la notion de constitution, commune aux deux institutions, et non à celle plus spécifique de consommation. Toutefois, cette dernière peut fournir le critère de distinction des infractions tentées et consommées formelles. Alors que *la tentative est l'infraction dont la constitution requiert la réunion des conditions de l'article 121-5 du Code pénal* – parmi lesquelles figure implicitement l'exigence d'un risque créé, résultat matériel érigé en résultat

⁵⁶² Sur le caractère abstrait et technique de la notion de consommation, v. M. FREIJ, *op. cit.*, p. 109, J.-Y. MARECHAL, *op. cit.*, n° 421 et s., A. PROTHAIS, *op. cit.*, n° 122, et L. ROZES, art. *cit.*

⁵⁶³ Aux termes de la loi et notamment à l'événement érigé en résultat légal.

⁵⁶⁴ En ce sens, v. également A. PROTHAIS, *op. cit.*, n° 484, et A. TSARPALAS, n° 247 et s.

légal, l'infraction formelle consommée est celle dont la constitution suppose la satisfaction des exigences d'un texte spécial d'incrimination dans lequel l'aléa quant à l'avènement d'un événement défavorable est érigé en résultat légal. C'est donc en définitive le mode d'incrimination qui va permettre de distinguer les deux hypothèses.

Quant à l'intérêt de la distinction, en second lieu, il tient à la différence de régimes entre les deux mécanismes. Chacun présente des avantages. La technique traditionnelle de répression du risque, l'infraction tentée, permet ainsi de maintenir une certaine gravité de la sanction puisque les peines prévues pour la tentative sont, en droit français, équivalentes à celles fulminées à l'encontre de l'infraction consommée⁵⁶⁵. Cependant, le domaine naturel⁵⁶⁶ de la tentative est assez réduit et l'infraction formelle consommée est un moyen de pallier ces insuffisances. En effet, par l'incrimination d'une infraction formelle, on peut atteindre la création involontaire ou inconsciente de risques⁵⁶⁷ mais aussi la création de risques par omission⁵⁶⁸, ce qui n'est pas possible en matière de tentative tant il est vrai qu'il n'est pas possible d'essayer de faire quelque chose sans en avoir l'intention ou d'essayer de s'abstenir. L'intention dans l'infraction formelle est aussi moins consistante que celle de l'infraction tentée. Tandis que celle-ci requiert la même intention que l'infraction consommée référentielle⁵⁶⁹, à savoir, en règle générale, celle d'atteindre le résultat légal de cette dernière, l'infraction formelle intentionnelle n'exige en principe que l'intention d'atteindre son propre résultat légal, c'est-à-dire celle de créer un risque⁵⁷⁰. Enfin, l'infraction formelle offre des avantages en termes de prévention, dans la mesure où elle est elle-même, comme infraction consommée, susceptible d'être commise par tentative⁵⁷¹. L'ensemble de ces avantages se

⁵⁶⁵ Sur cette question, v. not. J. ORTOLAN, *op. cit.*, n° 995 et s., A. PROTHAIS, *op. cit.*, n° 148 et s., et P. ROSSI, *op. cit.*, p. 158 et s.,

⁵⁶⁶ Par opposition au domaine artificiel ou légal. M. Prothais préfère employer les termes de limites extrinsèques et intrinsèques. V. *op. cit.* n° 371 et s.

⁵⁶⁷ Sur l'exclusion de la tentative d'infraction non intentionnelle, v. E. DREYER, *Droit pénal général*, préc., n° 906, R. GARRAUD, *op. cit.*, n° 233III, X. PIN, *op. cit.*, n° 165, note 2, et A. PROTHAIS, *op. cit.*, n° 378 et s.

⁵⁶⁸ Sur l'exclusion de la tentative d'infraction d'omission, v. Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *op. cit.*, n° 327, E. DREYER, *op. et loc. cit.*, et P. SAVEY-CASARD, art. *cit.* M. Prothais est plus réservé (*op. cit.*, n° 384).

⁵⁶⁹ En ce sens, v. A. PROTHAIS, *op. et loc. cit.*, n° 484. Rapp. J. DEVEZE, « Le commencement d'exécution de l'infraction en jurisprudence », *Rev. sc. crim.*, 1981, pp. 777 et s. V. *infra* n° 432.

⁵⁷⁰ V. cependant pour l'empoisonnement, Crim., 18 juin 2003 : *Bull. crim.*, n° 127, exigeant l'intention de tuer, soit d'atteindre le résultat légal du meurtre, infraction matérielle correspondante. Cette décision a été beaucoup critiquée par la doctrine en raison du fait que cela revenait à exiger un dol spécial, le problème n'étant pas tant qu'une infraction formelle ne saurait comprendre par principe un dol spécial mais, plutôt, que le texte n'en exigerait pas un en matière d'empoisonnement. On peut se demander, toutefois, s'il ne le fait pas de manière implicite en faisant référence à la notion d'attentat, calquée sur celle de la tentative dont on a vu qu'elle exige l'intention d'obtenir un résultat qu'elle ne produit pas elle-même, le résultat légal de l'infraction correspondante. Sur cette question et sur la notion de dol spécial, v. *infra* n° 426 et 432.

⁵⁷¹ V. not. en ce sens, Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *op. et loc. cit.*, M. FREIJ, *op. cit.*, p. 288 et s., qui exclut néanmoins l'hypothèse de l'infraction formelle manquée, Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, préc. n° 261, et A. PROTHAIS, *op. cit. Contra* V. X. PIN, *op. et loc. cit.* On peut donc opposer l'infraction matérielle tentée, dont le résultat consiste dans un risque d'atteinte à un intérêt juridiquement protégé, et l'infraction formelle tentée dont la conséquence est l'existence d'un aléa quant à l'avènement d'un risque. On voit l'apport que peut avoir en termes de prévention la combinaison de l'infraction formelle et de l'infraction tentée. Par ailleurs, cela peut aussi expliquer la multiplication moderne des infractions formelles au point qu'on a pu parler

paient néanmoins par le fait que les sanctions sont en principe⁵⁷² plus faibles que celles des infractions matérielles tendant à protéger la même valeur. L'articulation de ces deux régimes est somme toute assez équilibrée et ces deux formes d'infractions peuvent être efficacement combinées aux fins de prévention des dommages.

La complicité est également une technique qui peut être utilisée dans cet objectif et qui illustre combien le risque est un résultat légal classique en droit pénal.

b- La répression du risque par la complicité

96. Eléments constitutifs et conditions préalables de la complicité. Comme tout fait générateur de responsabilité en général, la complicité est susceptible d'être analysée et présentée sous la forme d'éléments constitutifs. C'est ce que font certains auteurs en présentant les éléments légal, moral et matériel de ce mode de participation criminelle⁵⁷³. D'autres poussent encore plus avant l'assimilation en parlant de la complicité comme d'une « *infraction à part entière* »⁵⁷⁴. D'autres encore affirment que la complicité exigerait une condition préalable particulière mais commune à des infractions telles que le recel ou le blanchiment : à savoir une infraction pénale⁵⁷⁵, laquelle ayant la particularité d'avoir été commise par autrui⁵⁷⁶.

d'un « *déclin de la théorie de la tentative* » sous l'influence du droit à la sécurité, V. J. DANET et S. GRUNVALD, « Le droit à la sécurité et le risque au cœur d'un nouveau droit pénal ? », *Mél. J.-C. Hélin*, Litec, 2004, pp. 197 et s.

⁵⁷² V. cependant l'empoisonnement à nouveau, qui est puni des mêmes peines que le meurtre. On peut là aussi penser que c'est un héritage de la notion d'attentat qui mettait sur un pied d'égalité la tentative et la consommation mais au sein d'une même qualification d'infraction consommée. Cette identité de peine est assez critiquable au regard de la différence de gravité objective des deux infractions, puisqu'elle a pour conséquence que la simple tentative d'empoisonnement – par exemple le seul fait de mêler une substance mortifère à une boisson – peut entraîner la même sanction que le fait de donner effectivement la mort à une personne !

⁵⁷³ En ce sens, v. not. J. CARBONNIER, « Du sens de la répression applicable aux complices selon l'article 59 du Code pénal », *JCP*, 1952, I, 1034, Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *op. cit.*, n° 407 et s., F. DESPORTES et F. LE GUNEHÉC, *op. cit.*, n° 535 et s., E. GARÇON, *op. cit.*, art. 59 et 60, n° 233 et s., R. GARRAUD, *op. cit.*, t. 3, n° 889 et s., R. MERLE et A. VITU, *op. cit.*, n° 540 et 542 et s., et M.-L. RASSAT, *op. cit.*, n° 353 et s.

⁵⁷⁴ Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *op. cit.*, n° 407. Adde A.-Ch. DANA, *op. cit.*, n° 40 note 48, et N. STONESTREET, *La notion d'infraction pénale*, préc., n° 2 et 10. Cette conception, bien que n'étant pas aussi excessive que la théorie de la complicité délit distinct de GETZ selon laquelle la complicité serait une infraction tout à fait autonome ne comportant donc aucune particularité par rapport à celle de l'auteur (sur laquelle, v. R. MERLE et A. VITU, *op. cit.*, n° 539), est tout de même exagérée. En effet, il n'y a aucun intérêt à assimiler des notions différentes soumises à des régimes juridiques distincts. Si la complicité est effectivement un fait générateur de responsabilité pénale, il ne s'agit toutefois pas d'une infraction, comportement incriminé à titre principal. MM. Conte et Maistre du Chambon ne lui reconnaissent d'ailleurs pas une indépendance absolue.

⁵⁷⁵ L'article 121-7 du Code pénal se réfère en effet au crime, au délit ou à l'infraction, et non un fait principal punissable, notion purement doctrinale presque unanimement utilisée (v. not. Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *op. cit.*, n° 410 et s., H. DONNEDIEU DE VABRES, *op. cit.*, n° 427 et s., et R. MERLE et A. VITU, *op. cit.*, n° 542 et s.), peut-être, aux fins d'explication d'une certaine jurisprudence tendant à retenir la complicité alors que l'auteur était irresponsable. Une telle jurisprudence peut pourtant s'expliquer techniquement par la notion d'imputation, sur laquelle v. *infra* n° 477 et s.

⁵⁷⁶ Favorables à l'idée selon laquelle l'infraction serait une condition préalable de la complicité, v. J. CARBONNIER, *op. cit.*, qui l'affirme de manière implicite en assimilant la complicité à une infraction de conséquence, F. DESPORTES et F. LE GUNEHÉC, *op. cit.*, n° 535, et M.-L. RASSAT, *op. cit.*, n° 353.

Cette présentation est contestable. Si l'on entend par condition préalable une condition à laquelle est subordonnée la qualification de la complicité, l'assertion est certes admissible. Cela ne fait, en effet, aucune différence avec le fait de dire que l'intention est une condition préalable à la qualification des crimes⁵⁷⁷ ou que le résultat juridique en est une pour la qualification des infractions matérielles. On peut même défendre l'idée selon laquelle la complicité est dépendante de l'infraction principale⁵⁷⁸. En effet, on est toujours complice de quelque chose et non dans l'abstrait, ce qui fait de la complicité une notion relative dont l'élément de référence consiste en l'infraction d'autrui. Par ailleurs, le législateur a organisé un « *emprunt de pénalité* » ou un système de pénalité par référence selon les termes du doyen CARBONNIER⁵⁷⁹. Cependant, les auteurs paraissent plutôt se référer à la notion technique de conditions préalables, prises comme celles qui se caractérisent par leur antériorité et leur extériorité au comportement de l'agent. Or, il est certain que la complicité ne peut être postérieure à l'infraction à laquelle elle doit être antécédente ou au moins concomitante⁵⁸⁰. En outre, la répression de la complicité repose sur le fait que l'infraction principale résulte en partie du comportement du complice. Cela ne se découvre, comme pour la tentative, que par l'analyse des comportements incriminés au titre de la complicité, au sein de laquelle la causalité joue un rôle important⁵⁸¹. Force est par conséquent de constater que l'infraction principale n'est pas une condition préalable de la complicité mais bien plutôt son résultat⁵⁸².

97. Nature relative du résultat de la complicité. La question se pose de savoir si le résultat de la complicité est un résultat juridique ou bien matériel, si les conséquences de l'acte de complicité consistent en la lésion d'un intérêt juridiquement protégé ou en la simple mise en danger d'un tel bien juridique.

Il est certain qu'il n'est pas nécessaire que la complicité ait provoqué une atteinte effective à un intérêt pénalement protégé, c'est-à-dire un résultat juridique. En effet, d'une part, il peut y avoir complicité d'infraction matérielle comme d'infraction formelle, dans lequel dernier cas il n'y aura pas besoin d'un tel résultat pour que la complicité soit qualifiée, et, d'autre part, la consommation de l'infraction n'est pas nécessaire, la complicité de tentative étant répréhensible⁵⁸³. Ainsi, pour que la qualification de complicité soit soumise à la production

⁵⁷⁷ C. pén., art. 121-3, al. 1.

⁵⁷⁸ En ce sens, v. not. J. CARBONNIER, art. *cit.*, Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *op. cit.*, n° 407, et R. MERLE et A. VITU, *op. cit.*, n° 540.

⁵⁷⁹ Art. *cit.*

⁵⁸⁰ Sur ce point, v. not. Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, et J.-H. ROBERT, *op. cit.*, p. 347.

⁵⁸¹ V. *infra* n° 254 et s.

⁵⁸² Cela ressort d'ailleurs implicitement de la distinction de la provocation suivie d'effet et de celle qui ne l'est pas (v. not. R. GARRAUD, *op. cit.*, n° 914, et J.-H. ROBERT, *op. cit.*, p. 345). Cet effet, c'est, tout simplement, le résultat même de la complicité ! En ce sens, v. P.-A. BON, *La causalité en droit pénal*, LG.D.J., coll. de la Faculté de Droit et des Sciences sociales de Poitiers, 2006, n° 236. Rapp. A. TEANI, *La responsabilité pénale du fait d'autrui*, thèse Bordeaux, 2007, n° 175. *Contra* v. F. ROUSSEAU, *L'imputation dans la responsabilité pénale*, préc., n° 190.

⁵⁸³ V. par exemple, Crim., 25 oct. 1962 (2 arrêts), préc., et Crim., 19 mars 1998 : *Gaz. Pal.*, 1998, 2, chron., p. 126.

d'un résultat juridique, il faudra qu'elle se rapporte à une infraction matérielle dont la tentative ne serait pas incriminée, comme par exemple le délit de violation de secret professionnel incriminé à l'article 226-13 du Code pénal, qui exige une atteinte effective à la probité professionnelle et qui n'est pas susceptible de tentative. Mais dans la plupart des hypothèses, la qualification de complicité ne sera pas subordonnée à la réalisation d'un tel résultat légal.

Le résultat matériel, modification du monde extérieur que l'on a vu jusqu'ici pouvoir être appréhendée comme un risque, suffirait donc à la qualification de la complicité. Mais en quoi pourrait-il bien consister ? Contrairement à la tentative, il semblerait que le simple risque de consommation ou de constitution de l'infraction principale soit insuffisant. Il ne suffit effectivement pas que le comportement du complice ait augmenté la probabilité d'un passage à l'acte de l'auteur comme pourrait le laisser penser la lettre du Code pénal⁵⁸⁴, il faut véritablement qu'il y ait eu « *réalisation de l'infraction par l'auteur* »⁵⁸⁵. On dit ainsi que la tentative de complicité n'est pas punissable⁵⁸⁶. Sans infraction tentée ou consommée, il n'y a pas de complicité. En définitive, *le résultat de la complicité paraît bien consister dans la commission d'une infraction par autrui*⁵⁸⁷. Or cela aboutira souvent à un résultat matériel, à un risque créé, qu'il y ait complicité de tentative ou d'infraction formelle consommée.

Le résultat de la complicité prenant la nature de celui de la qualification principale, il y est donc, en réalité, relatif. De nature matérielle en général, consistant alors en un aléa quant à la réalisation d'un événement défavorable, il peut être, par exception, juridique, résultant dès lors de la lésion d'un intérêt protégé.

98. Résultat légal de la complicité. Mais ce résultat est-il qualifiable de légal ? Rien ne s'y oppose. La complicité, en effet, est un comportement incriminé, pénalement illicite et dont l'auteur est susceptible de faire l'objet d'une peine. Il y a, par suite, nécessairement un seuil qui fixe le moment où l'on passe du statut de simple comparse, juridiquement indifférent, à celui de complice, réprimé par le droit criminel⁵⁸⁸. Ce seuil est le résultat légal qui consiste, pour la complicité, en principe, en un résultat matériel et, parfois aussi, en un

⁵⁸⁴ L'article 121-7 paraît se satisfaire, pour la complicité par aide et assistance, de la facilitation de la préparation d'une infraction et n'exige pas que le crime ou le délit ait été commis. On pourrait en déduire que le simple risque de constitution d'une infraction serait suffisant à ce qu'il y ait complicité. Ce n'est ni ce que juge la Cour de cassation (v. not. Crim., 2 juill. 1958 : *Bull. crim.*, n° 513) ni ce qu'estime et enseigne la doctrine unanime. On peut faire la même remarque pour la complicité par fournitures d'instruction. Seule la provocation à l'infraction principale pourrait à la rigueur paraître requérir, aux termes de la loi, la réalisation effective d'une infraction principale. On notera que l'article 60 de l'ancien Code pénal était plus explicite lorsqu'il exigeait notamment que les objets fournis devaient avoir servi à l'action.

⁵⁸⁵ Ph. SALVAGE, « Le lien de causalité en matière de complicité », *Rev. sc. crim.*, 1981, pp. 25 et s. Rapp. R. GARRAUD, *op. et loc. cit.*

⁵⁸⁶ En ce sens, v. Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *op. cit.*, n° 411, H. DONNEDIEU DE VABRES, *op. cit.*, n° 428, E. GARÇON, *op. cit.*, art. 59 et 60, n° 344, et M.-L. RASSAT, *op. cit.*, n° 360. *Adde* Crim., 23 mars 1978 : *Bull. crim.*, n° 116.

⁵⁸⁷ Concernant la complicité par provocation, cette réalité technique est déjà admise d'un point de vue criminologique. V. à ce titre, F. DESPORTES et F. LE GUNEHÉC, *op. cit.*, n° 544.

⁵⁸⁸ V. Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *op. cit.*, n° 413.

résultat juridique. On peut induire de cela, pour conclure, que la notion de constitution est également applicable à ce mode de participation criminelle, *la constitution de la complicité pouvant dès lors être définie comme suit : la réunion des conditions requises par l'article 121-7 du Code pénal.*

La complicité rejoint donc l'infraction, tentée et consommée formelle, parmi les faits générateurs par lesquels le droit pénal remplit sa fonction préventive en érigeant le risque en résultat légal, c'est-à-dire en point final de leur constitution. Cependant, si cette étude a permis de mesurer l'importance du rôle anticipatif du droit pénal de la responsabilité, elle ne l'a fait qu'en partie, notamment en raison du fait que cerner les moyens pénaux d'appréhension du risque, n'est pas encore identifier les risques réprimés.

2. Le risque réprimé

99. Variabilité du risque. Le risque recouvre une réalité diverse et très vaste. On a pu dire à cet égard qu'il s'agissait d'une notion synchronique, au sens de mouvant, et diachronique, évoluant selon les époques⁵⁸⁹. Il importe donc de cerner quelles sont les hypothèses de risque prises en compte par le droit pénal. De multiples distinctions sont, à ce titre, possibles pour passer en revue ces différents cas. Les unes se fondent sur l'objet du risque (a), les autres sur le risque lui-même (b).

a- Les distinctions fondées sur l'objet du risque

100. Equivalence du risque à la lésion. Le risque comme la lésion ne sont réprimés que s'ils concernent certains intérêts que le système juridique estime dignes de protection⁵⁹⁰. Mais malgré son caractère plus liberticide qu'une réaction fondée sur une atteinte effective, l'anticipation des dommages et des préjudices n'est pas soumise à une sélection des intérêts protégés plus rigoureuse. On verra en effet que l'objet du risque peut être multiple, comme en témoigne de l'étude de sa nature (α) comme de sa précision (β).

α - La nature de l'objet du risque

101. La lésion comme objet du risque – exemple des infractions classiques. L'intérêt juridiquement protégé peut être, d'abord, directement menacé par le comportement incriminé, le risque de lésion étant alors son résultat légal. On peut le vérifier tout d'abord en feuilletant le Code pénal.

⁵⁸⁹ N. VOIDEY, *op. cit.*

⁵⁹⁰ Comme il a été vu *supra* n° 58 et s.

Il prévient, en premier lieu, les atteintes à la vie ou à la santé humaine. Ainsi en est-il du meurtre tenté qui a pour résultat un aléa quant à la survenance de la mort d'une personne. Tirer en direction de quelqu'un, c'est en effet créer la possibilité qu'il meure. Le droit pénal appréhende également le risque pour la santé ou la sécurité d'autrui avec, notamment, l'incrimination du délaissement d'une personne hors d'état de se protéger en raison de son âge ou de son état physique ou psychique de l'article 223-3 du Code pénal ou du délaissement de mineur de quinze ans dans des conditions n'assurant pas sa santé ou sa sécurité de l'article 227-1 du même Code⁵⁹¹. Abandonner un handicapé ou un jeune enfant, c'est rendre possible toutes sortes de lésions auxquelles ces personnes sont incapables de parer par elles-mêmes.

Il en est de même, en deuxième lieu, des droits patrimoniaux puisque l'article 322-11-1 du Code pénal incrimine « *la détention ou le transport de substances ou produits incendiaires ou explosifs (...) en vue de la préparation* » d'un délit de destruction, dégradation ou détérioration d'un bien appartenant à autrui par un moyen de nature à créer un danger pour les personnes. Si l'objectif final reste la prévention des atteintes causées aux personnes, ce texte prévient également les atteintes à la propriété puisqu'il s'agit d'une infraction formelle dont le résultat, matériel, consiste dans l'augmentation des probabilités qu'une atteinte aux biens d'« *autrui* » se réalise⁵⁹², cette précision traduisant l'importance de la valeur propriété dans cette incrimination. La répression du détournement de gage⁵⁹³ se contente quant à elle de la création d'un risque de violation des droits personnels d'un créancier par la destruction ou le détournement d'une sûreté réelle destinée à garantir la créance. On ne sanctionne, en effet, pas le fait de ne pas payer ses dettes mais le simple fait de prendre le risque de ne pas être en mesure de satisfaire son créancier.

⁵⁹¹ On aura bien sûr noté la différence de rédaction qui n'exige que le délaissement ait lieu dans des conditions n'assurant pas la santé ou la sécurité de la victime que lorsque celle-ci est un mineur. Elle pourrait laisser penser qu'est suffisant le simple fait de délaisser une personne âgé ou hors d'état de se protéger en raison de son état physique ou psychique, sans qu'il soit nécessaire qu'un risque ait été créé pour leur santé ou sécurité. Pour autant, la précision que ces personnes sont hors d'état de se protéger et la situation de l'infraction dans un chapitre relatif à « *la mise en danger de la personne* » doit conduire à rejeter cette interprétation. Les auteurs estiment d'ailleurs qu'il n'y a pas lieu de tenir compte de « *cette différence de rédaction (qui) jette inutilement le trouble* » (Ph. CONTE, *op. cit.*, n° 108, note 44. *Adde*, dans le même sens, E. DREYER, *Droit pénal spécial*, préc., n° 669, note 4. *Contra* bien que critiquant la distinction, v. A. GOUTTENOIRE, *Rép. pén. Dalloz*, V° *Abandon d'enfant ou de personne hors d'état de se protéger*, n° 12 et 43 et s., 2002, et M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial*, préc., n° 398).

⁵⁹² Tel n'est pas le cas, en revanche, des menaces de destruction, de dégradation ou de détérioration (C. pén., art. 322-12 et s., R. 631-1 et R. 634-1) qui ne créent pas un risque pour les biens (dire que l'on va détruire tel ou tel chose n'est pas une cause de la destruction effective de cette chose) mais pour les personnes. En ce sens, v. Ph. CONTE, *op. cit.*, n° 489 et s., qui en fait une infraction contre la sûreté morale des personnes, E. DREYER, *op. cit.*, n° 476 et s., selon qui il s'agirait de protéger la quiétude, et M.-L. RASSAT, *op. cit.*, n° 436 et s., qui y voit une atteinte à la sécurité et à la tranquillité des personnes. Il ne s'agit, en effet, que d'un risque car si la victime doit bien avoir eu connaissance de la menace, il n'est pas nécessaire que celle-ci l'ait effectivement ne serait-ce qu'intimidée. Il suffit que cela ait pu se faire. Leur insertion dans les infractions aux biens est donc critiquable.

⁵⁹³ C. pén., art. 314-5.

En dernier lieu, l'objet protégé peut également consister en une valeur plus abstraite, telle que la liberté sexuelle, comme dans le cas de l'exhibition sexuelle⁵⁹⁴ – qui doit être accomplie dans un lieu accessible au public, et donc créer le risque d'une atteinte à la liberté d'assister à une scène sexuelle – ou d'un bien juridique collectif⁵⁹⁵ comme la confiance. Il peut s'agir de la confiance publique avec le faux⁵⁹⁶ qui, tant qu'il n'est pas utilisé, ne crée qu'un risque pour cette confiance, ou avec la corruption active⁵⁹⁷ qui peut ne se consommer que par la proposition du pacte de corruption faite à un agent public, ce qui ne fait que créer un risque d'acceptation et donc de dommage porté à la confiance publique. La confiance peut encore être d'ordre professionnel, ce qui relève du domaine privé. Les atteintes qui y sont portées peuvent alors être prévenues par les incriminations qui régissent non seulement l'accès mais encore l'exercice de certains métiers⁵⁹⁸.

102. La lésion comme objet du risque – exemple du droit pénal de l'environnement.

On signalera encore les infractions qui ont pour objet la prévention des atteintes à l'environnement. Le Code pénal, en son article 421-2, incrimine le terrorisme écologique et le punit d'une peine de vingt ans de réclusion criminelle et de 350 000 euros d'amende à l'article 421-4, alinéa 1. Il s'agit bien de prévention dans la mesure où la substance introduite « *dans l'atmosphère, sur le sol, dans le sous-sol, dans les aliments ou les composants alimentaires ou dans les eaux* » doit seulement être « *de nature à mettre en péril la santé (...) des animaux ou le milieu naturel* », et non pas y avoir effectivement porté atteinte. L'effort préventif est toutefois réduit par la limitation du domaine de l'infraction à l'hypothèse du terrorisme ce qui, sur le fond, écarte la punissabilité du simple fait d'introduire une telle substance dans le milieu naturel ou dans les aliments, et qui, en termes probatoires, rend difficile la qualification des faits, cette pollution devant pouvoir être rattachée à une entreprise terroriste, c'est-à-dire ayant pour but de troubler gravement l'ordre public par la terreur. Si l'environnement peut être protégé, il n'est donc pas l'objet principal de la protection accordée par cette incrimination, qui vise plus généralement la paix publique et la sécurité des personnes⁵⁹⁹.

⁵⁹⁴ C. pén., art. 222-32. Sur la nature préventive de cette infraction et l'interprétation de l'expression « *imposée à la vue d'autrui* » qui pourrait être un simple rappel du fait que les agressions sexuelles ont pour condition préalable commune le défaut de consentement de la victime, v. Ph. CONTE, *op. cit.*, n° 254. Favorable à la nature formelle de l'infraction, v. M.-L. RASSAT, *op. cit.*, n° 599 et s.

⁵⁹⁵ L'objet du risque pénalement pris en compte peut donc être individuel ou collectif. A cette approche qualitative de la distinction répond son pendant quantitatif. Mais le droit pénal se désintéresse, sauf exception, comme en matière de crimes contre l'humanité, et certainement à tort au vu du développement des dommages de masse (sur quoi, v. A. GUEGAN-LECUYER, *op. cit.*, et D. ROETS, « Réflexions sur les possibles implications du principe de précaution en droit pénal de l'imprudence », *Rev. sc. crim.*, 2007, pp. 958 et s.), et du nombre de victimes d'une infraction. Pour la distinction du risque collectif et du risque individuel, v. P. PHILIPPOT, *op. cit.*, p. 244, et N. RIAS, *op. cit.*, n° 1272.

⁵⁹⁶ C. pén., art. 441-1.

⁵⁹⁷ C. pén., art. 433-1.

⁵⁹⁸ V. *supra* n° 88 note 511.

⁵⁹⁹ V. en ce sens la seule circonstance aggravante de cette infraction qui concerne le cas où l'acte aura « *entraîné la mort d'une ou plusieurs personnes* » (C. pén., art. 421-4).

Hors du Code pénal, de nombreux textes érigent en infraction formelle des comportements mettant en péril l'environnement⁶⁰⁰. Ainsi des infractions à la police de l'eau, comme la mise en place et l'exploitation non autorisées d'une installation ou d'un ouvrage de l'article L. 216-8 du Code de l'environnement qui vise à contourner les contrôles institués pour prévenir les risques pour la qualité de l'eau et l'équilibre des écosystèmes aquatiques, ou à la police de la pêche, à l'instar de l'entrave à la circulation des poissons migrateurs⁶⁰¹. De même, en matière de déchets, le Code de l'environnement sanctionne tout acte comportant le risque d'une élimination non saine de ces derniers que ce soit par l'abandon de déchets générateurs de nuisances⁶⁰², par le transport, le courtage ou le négoce non réglementaires de déchets⁶⁰³, par la remise de déchets à personne non agréée⁶⁰⁴ ou par l'élimination ou la récupération non réglementaire de déchets⁶⁰⁵. Dans l'ensemble de ces hypothèses, une atteinte effective à l'environnement n'est pas requise et le droit pénal intervient pour en prévenir le risque.

Malgré cet aspect positif, le régime juridique de ces infractions reste critiquable⁶⁰⁶. Beaucoup trop technique pour mettre en exergue l'importance qu'a prise la préoccupation environnementale dans la société civile, leur structure mêle de surcroît ce qui pourrait être

⁶⁰⁰ Sur ces questions, v. not. A. BEZIZ-AYACHE, *Rép. pén. Dalloz, V^{is} Déchets*, 2007, *Eau*, 2007, et *Environnement*, 2007.

⁶⁰¹ C. env., art. L. 432-8.

⁶⁰² C. env., art. L. 541-46, I, 4°.

⁶⁰³ C. env., art. L. 541-46, I, 5°.

⁶⁰⁴ C. env., art. L. 541-46, I, 6°.

⁶⁰⁵ C. env., art. L. 541-46, I, 8°.

⁶⁰⁶ Bien qu'il participe fortement à la protection de l'environnement (v. principalement l'ouvrage de référence de Mme Guihal, *Droit répressif de l'environnement*, Economica, 3^e éd., 2008, et C. COURTAIGNE-DESLANDES, *L'adéquation du droit pénal à la protection de l'environnement*, thèse Paris, 2010), le droit pénal est d'ailleurs généralement critiqué (v. not. F. CABALLERO, *Essai sur la notion juridique de nuisance*, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, t. 169, Bibliothèque de droit public, t. 140, 1981, n° 6, P. GIROD, *La réparation du dommage écologique*, L.G.D.J., Bibliothèque de droit public, t. 120, 1974, p. 211 et s., D. GUIHAL, « Le droit pénal de l'environnement peut-il être efficace ? », *Mél. J.-H. Robert*, préc., pp. 329 et s., L. NEYRET, *Atteintes au vivant et responsabilité civile*, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, t. 468, 2006, n° 366 et s., M. PRIEUR, *Droit de l'environnement*, Dalloz, coll. Précis, 6^e éd., 2011, n° 1222 et s., et D. ROETS, « Les sanctions pénales du droit de l'environnement sont-elles utiles ? », *RD rur.*, 1992, pp. 323 et s.) : sur-pénalisation, faiblesse des sanctions, éparpillement et multiplication de textes spéciaux, caractère purement subsidiaire et accessoire d'un droit répressif trop technique ne mettant pas suffisamment en exergue la valeur-environnement, usage abusif de la technique de l'incrimination par renvoi, inadaptation de la répression pénale, exonération trop aisée, politique pénale des magistrats trop molle ou arbitraire, lacunes. On notera combien les reproches faits peuvent être contradictoires, oscillant entre le "trop" et le "pas assez". En ce sens, v. B. COTTE, préface au manuel de D. GUIHAL, préc., p. IX. Mais ces défauts ne semblent pas inhérents à l'institution même qu'est le droit criminel. Ces critiques sont plutôt à adresser au législateur répressif et aux organes de la répression (rapp. J. MONGIN et E. DAOUD, « Le droit pénal demeure-t-il étranger à la notion de "développement durable" ? Rien n'est moins sûr ! », *AJ pénal*, 2009, pp. 402 et s.). En effet, la faiblesse des sanctions ou la multiplicité des faits justificatifs, autorisation de la loi ou commandement de l'autorité légitime, témoignent simplement du fait que le législateur n'a pas encore pleinement conscience de l'importance de ce bien juridique et qu'il lui préfère d'autres intérêts collectifs. De même, l'insuffisance de la répression, poursuite et condamnation, révèle l'imperfection des hommes et pas de l'instrument. On rappelle souvent que les magistrats sont encore peu formés et sensibilisés à la question, de telle sorte qu'ils hésitent à frapper durement. A ce sujet, v. les éclairantes observations de M. Canivet et Mme Guihal, *in* « Protection de l'environnement par le droit pénal : l'exigence de formation et de spécialisation des magistrats », *D.*, 2004, chron., pp. 2728 et s. La doctrine pénaliste ne saurait d'ailleurs, à l'exception de certains auteurs, donner de leçons tant son intérêt pour la question reste encore limité. Sur la question, v. D. GUIHAL, art. *cit.* Ce n'est donc pas l'institution qui doit changer, ce sont les mentalités. Le droit pénal de l'environnement doit s'améliorer et il le peut. Sur la question, *adde infra* n° 371.

éléments constitutifs et faits justificatifs, semblant faire de l'autorisation de la loi non pas une circonstance légitimant une infraction bel et bien constituée mais une condition préalable à la constitution même de l'infraction. Cela révèle, tout comme les faibles peines prévues à l'encontre de ces comportements, le peu d'intérêt que lui porte un législateur n'ayant pas encore mesuré l'ampleur du problème mais aussi la haute technicité et le rôle prééminent joué par les sciences en la matière et qui empêchent encore de considérer comme un mal tout fait de pollution. Il manque encore une incrimination générale de mise en danger de l'environnement en droit français⁶⁰⁷.

Sur ce point, toutefois, les choses pourraient changer sous l'influence du droit européen⁶⁰⁸. Si la convention européenne sur la protection de l'environnement par le droit pénal signée le 4 novembre 1998 sous l'égide du Conseil de l'Europe n'est pas encore entrée en vigueur⁶⁰⁹, le droit communautaire semble quant à lui en meilleure voie. Une directive relative à la protection de l'environnement par le droit pénal⁶¹⁰ a en effet été adoptée le 19 novembre 2008 par l'Union européenne. Elle incrimine un certain nombre de comportements menaçant ou portant atteinte à l'environnement⁶¹¹. L'arsenal paraît assez complet. Le législateur pourrait cependant l'améliorer⁶¹². Le système a en effet l'inconvénient de poser comme condition préalable l'illicéité du comportement au regard de la réglementation communautaire et des

⁶⁰⁷ Dans le même sens, v. M. BENEJAT, *La responsabilité pénale professionnelle*, préc., n°335.

⁶⁰⁸ Sur ce point, v. not. A. BEZIZ-AYACHE, *Environnement*, préc., n° 15 et s., D. GUIHAL et P. THIEFFRY, « L'incrimination pénale, instrument ultime de mise en œuvre du droit européen de l'environnement », *Gaz. Pal.*, 28-29 janv. 2009, pp. 11 et s., J. MONGIN et E. DAOUD, art. *cit.*, E. MONTEIRO, « Atteintes à l'environnement et infractions de mise en danger : vers une incrimination commune en Europe ? », *Rev. sc. crim.*, 2005, pp. 509 et s., et D. ZEROUKI-COTTIN, dir. C. NOURISSAT, « Dernières avancées d'une "difficile rencontre entre le droit pénal et le droit communautaire" en matière d'environnement. La directive du 19 novembre 2008 relative à la protection de l'environnement par le droit pénal », *RPDP*, 2009, pp. 205 et s. D'un point de vue général, il semble que la réponse la plus adaptée aux atteintes à l'environnement réside dans le développement d'un droit international pénal spécialisé et propre à appréhender le caractère global de ce bien juridique collectif et la nature multinationale des entreprises dont l'activité est à la source de telles nuisances. V. à ce titre, A. NIETO MARTIN, « Eléments pour un droit international pénal de l'environnement », *Rev. sc. crim.*, 2012, pp. 69 et s.

⁶⁰⁹ Le système qu'il contient n'est, quoi qu'il en soit, guère satisfaisant dans la mesure où il ne semble pas mettre en place une véritable infraction formelle de protection de l'environnement mais plutôt des incriminations créant un risque pour les personnes *via* l'environnement. V. en ce sens, E. MONTEIRO, art. *cit.*

⁶¹⁰ Directive n° 2008/99/CE du Parlement européen et du Conseil, *JOCE* L 328/28, 6 déc. 2008.

⁶¹¹ Comme « *le rejet, l'émission ou l'introduction d'une quantité de substances ou de radiations ionisantes dans l'atmosphère, le sol ou les eaux* » (art. 3, a), « *la collecte, le transport, la valorisation ou l'élimination de déchets, y compris la surveillance de ces opérations ainsi que l'entretien subséquent des sites de décharge et notamment les actions menées en tant que négociant ou courtier* » (art. 3, b), « *l'exploitation d'une usine dans laquelle une activité dangereuse est exercée ou des substances ou préparations dangereuses sont stockées ou utilisées* » (art. 3, d), et « *la production, le traitement, la manipulation, l'utilisation, la détention, le stockage, le transport, l'importation, l'exportation ou l'élimination de matières nucléaires ou d'autres substances radioactives dangereuses* » (art. 3, e) « *susceptibles de causer (...) une dégradation substantielle de la qualité de l'air, de la qualité du sol, ou de la qualité de l'eau, ou bien de la faune ou de la flore* », ainsi que « *la production, l'importation, l'exportation, la mise sur le marché ou l'utilisation de substances appauvrissant la couche d'ozone* » (art. 3, i). La vie et l'intégrité corporelle de la personne sont également protégées, signe que le législateur a du mal à se départir d'une conception anthropocentrique de la protection de l'environnement.

⁶¹² Il s'est contenté, pour l'instant, de simplifier et d'harmoniser le droit positif par l'Ordonnance n° 2012-34 du 11 janvier 2012 portant simplification, réforme et harmonisation des dispositions de police administrative et de police judiciaire du code de l'environnement. V. *Dr. pénal*, 2012, Alertes n° 8.

normes internes visant à lui faire produire effet⁶¹³. Ce faisant, on mêle encore à la question de la constitution de l'infraction des données qui pourraient bien ne relever que de la théorie de la justification et donc de l'imputation, et qui présente l'inconvénient de rendre purement technique ces incriminations et de leur donner l'apparence de protéger le respect de la réglementation beaucoup plus que l'environnement lui-même. Inverser le raisonnement serait plus satisfaisant car cela poserait comme principe la désapprobation de la mise en danger de celui-ci, et comme exception la menace écologique justifiée par autorisation de la loi. L'infraction prendrait alors un tour plus classique qui conviendrait mieux à la fonction expressive du droit pénal⁶¹⁴.

103. Le risque comme objet du risque. Le droit pénal va encore plus loin lorsqu'il réprime le risque de risque, soit un aléa quant à la survenance d'une possibilité de dommage. C'est par la technique de l'infraction formelle tentée, et de sa complicité, qu'il y parvient. Ainsi de l'empoisonnement. Si l'on pose que son résultat légal est un résultat matériel consistant dans la création d'un risque de mort⁶¹⁵ et que le résultat légal de la tentative est constitué par la création d'un risque d'obtention de celui de l'infraction consommée de référence, alors la combinaison de ces deux principes aboutit à ce que le point final de la constitution de l'empoisonnement tenté réside dans la simple augmentation des probabilités qu'un aléa quant à l'avènement de la mort d'autrui survienne. On peut ainsi remonter très loin dans le cheminement causal. La préparation d'un poison, voire son achat, pourrait constituer le commencement d'exécution de l'empoisonnement. Resterait cependant à rapporter la preuve de l'intention de consommer l'infraction et l'auteur aurait encore une marge de manœuvre pour se désister volontairement jusqu'à ce que le risque de mort soit bel et bien créé par l'administration de la substance. Il paraît donc admissible que soit reconnu responsable de tentative d'empoisonnement celui qui serait arrêté à la sortie d'une officine où il aurait acquis de l'arsenic ou celui qui aurait fait tomber l'éprouvette dans laquelle il venait

⁶¹³ A cet égard, v. D. GUIHAL et P. THIEFFRY, art. *cit.*, et D. ZEROUKI-COTTIN, art. *cit.*

⁶¹⁴ Rapp. D. GUIHAL, art. *cit.* Par ailleurs, d'un point de vue pratique, cela entraînerait un renversement de la charge de la preuve au détriment du pollueur. En effet, si l'illicéité du comportement est un élément constitutif, c'est au ministère public de rapporter la preuve que les agissements de la personne poursuivie n'étaient pas couverts par une norme communautaire ou interne. En revanche, s'il ne s'agit que d'un fait justificatif, alors c'est à l'agent de prouver qu'il avait le pouvoir exceptionnel de commettre l'infraction. Toutes ces remarques valent d'ailleurs pour un grand nombre d'infractions formelles, notamment celles qui ne relèvent pas du droit commun où il est assez souvent précisé que le comportement doit être illicite. Cela peut s'expliquer de différentes manières. Il peut s'agir d'un refus de considérer le risque de nuire comme étant néfaste ou mal, et, en tout état de cause, incriminable par principe – ce qui ne fait que traduire le fait que l'attitude de l'homme face au risque relève encore de la seconde étape, celle du risque appréhendé comme contrepartie nécessaire du progrès, et pas encore tout à fait de la troisième, qui relève d'une position de précaution (v. *supra* n° 73, note 473). Il peut encore être question de l'utilisation de la technique d'incrimination par renvoi qui aboutit à faire des infractions en question la simple sanction de la violation d'une norme technique et qui fait perdre de vue la valeur finale qui est protégée par la loi...

⁶¹⁵ En ce sens, v. V. MALABAT et J.-Ch. SAINT-PAU, « Le droit pénal général malade du sang contaminé », *Dr. pénal*, 2004, chron. n° 2.

de concocter une substance mortifère quelconque⁶¹⁶. Crée aussi un risque de risque futur celui qui aide à tenter de détruire ou de dissimuler un bien saisi⁶¹⁷. Ce faisant, il ne fait qu'augmenter les risques que soit rendue possible la violation de la créance de la victime.

Il semble donc que le droit pénal retienne une acception assez large du risque à réprimer, ce qui atteste de l'efficacité de son rôle préventif, constat qui ne peut qu'être confirmé par l'étude de la précision de l'objet du risque.

β- La précision de l'objet du risque

104. Indifférence de la précision de l'objet du risque. L'objet que le système juridique entend protéger peut être identifié ou identifiable à la lecture du texte. Il peut être unique, comme avec la corruption active par proposition qui vise la prévention des atteintes à la probité, ou multiple, comme en fait de terrorisme écologique, qui prévient les atteintes aux personnes et à l'environnement, ou avec l'infraction de l'article 322-11-1 du Code pénal, autorisant une protection anticipée de la propriété et de la personne d'autrui.

Mais tel n'est pas toujours le cas, notamment dans certaines infractions-obstacles dont on a vu que la particularité réside selon la doctrine dans le caractère très lâche du lien causal qui les unit à une lésion donnée⁶¹⁸. On peut citer à ce titre l'association de malfaiteurs qui consiste aux termes de l'article 450-1 du Code pénal en « *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* ». Le résultat de cette infraction consiste dans la création d'un risque de réalisation d'un crime ou d'un délit quelconque, ce qui peut recouvrir un nombre très important de lésions mais aussi de risques. Au moment de la consommation, il sera impossible de déterminer l'objet précis de l'aléa qui pourra très bien consister, par exemple, dans le décès d'une personne (association en vue de la préparation d'un assassinat) ou en l'augmentation de la probabilité de l'avènement de ce que l'on a pu appeler le "préjudice biologique", à savoir l'atteinte effective à l'espèce humaine, par « *le prélèvement de cellules ou de gamètes, dans le but de faire naître* » un clone⁶¹⁹. Il en est de même de la détention et du port d'armes prohibés⁶²⁰ qui est un comportement qui crée un risque dont l'objet est indéterminable dans la mesure où une arme peut être le moyen de porter atteinte aussi bien à la vie qu'à l'intégrité physique ou psychique de la personne, à sa liberté qu'à ses droits patrimoniaux, à la paix publique qu'aux espèces protégées. Là encore

⁶¹⁶ Tout au moins, il apparaît que l'élément matériel de l'empoisonnement serait alors caractérisé.

⁶¹⁷ C. pén., art. 314-5, al. 2.

⁶¹⁸ V. *supra* n° 88.

⁶¹⁹ C. pén., art. 511-1.

⁶²⁰ C. défense, art. 2339-5 et s.

ce risque n'a pas à être précisé ou déterminé lors de la consommation de l'infraction. En réalité, « *tout est ici redouté* » a écrit un auteur⁶²¹.

On le voit, le droit pénal n'a pas peur d'intervenir avant même qu'un intérêt bien précis ait été menacé, dès lors que le comportement apparaît suffisamment dangereux pour causer une atteinte importante à cet intérêt ou bien que ce dernier est en lui-même suffisamment noble pour que l'on en évite toute lésion effective. Il joue donc un rôle préventif important dans la mesure où l'objet du risque est particulièrement varié. Qu'en est-il maintenant du risque lui-même ?

b- Les distinctions fondées sur le risque lui-même

105. Variabilité intrinsèque du risque. La variabilité intrinsèque du risque ne tient pas seulement à la variété des intérêts protégés contre lui mais plus véritablement à son intensité, soit son degré de probabilité, voire à sa réalité. Tout sera par conséquent fonction des caractères certain ou incertain (α), et concret ou abstrait dudit risque (β).

α - La certitude du risque

106. Sélection du critère de distinction. Pour mesurer l'intensité et la réalité du risque, on peut dans un premier temps opposer le risque certain et le risque incertain. Mais cette distinction peut avoir deux sens.

Par risque certain, on peut d'abord entendre le risque qui existe maintenant, le risque actuel. Dans ce cas, on l'opposera au risque dont l'avènement est possible, le risque futur et conditionnel. Cette hypothèse a déjà été étudiée à l'occasion de l'examen de la nature de l'objet du risque où il a été vu que ce dernier pouvait être constitué par un autre risque.

La notion de risque certain peut cependant avoir un autre sens. Est certain celui dont il n'y a aucun doute qu'il soit présent. Ce n'est plus l'actualité du risque qui est en cause mais sa réalité. Il s'agit d'un risque réel⁶²². Par opposition, le risque incertain serait celui dont on doute de l'existence même, au sens du principe de précaution⁶²³. Selon certains civilistes, le droit pénal n'aurait pas reçu le principe de précaution, voire ne le pourrait ou ne le devrait

⁶²¹ Y. MAYAUD, *op. cit.*, n° 193. En revanche, il doit être au moins déterminable, à défaut de quoi il n'y aurait pas de bien juridique protégé et donc pas de résultat légal au sens où semble l'imposer le principe de nécessité, d'un point de vue spécial, et le concept même de responsabilité juridique, d'un point de vue général. Un tel comportement devrait donc être exclu non seulement du droit pénal, mais, plus globalement encore, du droit de la responsabilité.

⁶²² Le risque certain peut lui-même varier dans son intensité. C'est la différence entre la possibilité, « *aptitude objective* » du comportement à produire le résultat redouté, et la probabilité, « *appréciation quantitative de cette aptitude* » (v. P. PHILIPPOT, *op. cit.*, p. 79. Rapp. M. BOUTONNET, *op. cit.*, n° 375). La certitude du risque implique la possibilité sans préjuger de la probabilité. Pour une distinction du risque en fonction de sa probabilité, v. not. N. VOIDEY, *op. cit.*, spéc. la deuxième partie.

⁶²³ V. *supra* n° 78.

pas⁶²⁴. On verra l'accueil que lui fait et qu'est apte à lui faire la responsabilité civile⁶²⁵. Mais pour le moment, il convient de vérifier cette assertion.

107. Vérification des deux branches de la distinction. Il ne fait aucun doute que le risque dont l'existence est certaine est pris en compte par le droit pénal. Le risque d'atteinte à la confiance dans les affaires existe sans en aucun doute en cas de présentation de comptes inexacts⁶²⁶, de même qu'en cas de diffusion d'informations fausses ou trompeuses en matière boursière⁶²⁷. La question est entendue.

Plus délicate est celle de savoir si les risques potentiels au sens du principe de précaution peuvent donner lieu à constitution d'un fait générateur de responsabilité pénale. *De lege lata*, il est assez rare que cela soit le cas. Ce n'est pas tout à fait exclu cependant. Ainsi le Code de l'environnement contient certaines dispositions permettant de lutter contre le risque que pourrait présenter les organismes génétiquement modifiés. Ces « *infractions-obstacle de précaution* »⁶²⁸ consistent par exemple en l'exploitation illicite d'une installation utilisant des organismes génétiquement modifiés à des fins de recherche, de développement ou d'enseignement⁶²⁹, la dissémination volontaire non autorisée d'organismes génétiquement modifiés ou d'une combinaison d'organismes génétiquement modifiés⁶³⁰ ou la mise sur le marché de produits consistant en organismes génétiquement modifiés ou en contenant⁶³¹. En revanche, il est certain qu'il n'existe pas d'incrimination générale ayant pour objet la prévention des risques hypothétiques⁶³².

De lege ferenda, il n'existe pas de projet en ce sens. La question est suffisamment neuve et on peut comprendre la prudence d'un législateur qui refuse de jouer les apprentis sorciers. Le droit pénal remplit néanmoins toutes les conditions techniques et fonctionnelles pour accueillir pareille incrimination. Contrairement à ce qui est affirmé, le principe de légalité ne s'oppose pas à l'incrimination de tels comportements qui ne sont pas plus vagues et variés que ceux incriminés en matière d'infraction contre les personnes par exemple⁶³³. Le meurtre n'est

⁶²⁴ V. not. M. BOUTONNET, *op. cit.*, n° 35, et G. J. MARTIN, « Précaution et évolution du droit », *D.*, 1995, chron., pp. 299 et s., « Le concept de risque et la protection de l'environnement », préc., « Apparition et définition du principe de précaution », *Petites affiches*, 30 nov. 2000, pp. 7 et s. Sur la question de l'influence du principe de précaution sur la responsabilité pénale, v. plus généralement, Ph. KOURILSKY et G. VINEY, *op. cit.*, pp. 168 et s.

⁶²⁵ V. *infra* n° 112 et s., et spéc. n° 134 et s.

⁶²⁶ Not. C. com., art. L. 242-6, 2° (SA), L. 241-3, 3° (SARL), L. 243-1 (SCA), L. 242-30 (sociétés à directoire), et L. 244-1 (SAS).

⁶²⁷ C. mon. fin., art. 465-2, al. 2.

⁶²⁸ D. ROETS, art. *cit.*

⁶²⁹ C. env., art. L. 536-3. Les peines prévues sont d'un an d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende.

⁶³⁰ C. env., art. L. 536-4, 1°. Les peines prévues sont de deux ans d'emprisonnement et de 150 000 euros d'amende.

⁶³¹ C. env., art. L. 536-4, 2°. Pour les peines, v. note précédente. Pour une application, v. Crim., 30 juin 2009 : *JCP*, 2009, 37, p. 34.

⁶³² En ce sens, v. M. BOUTONNET, *op. et loc. cit.*, N. RIAS, *op. cit.*, n° 133, et D. ROETS, art. *cit.*

⁶³³ V. ainsi, N. RIAS, *op. cit.*, n° 1399 et s., et D. ROETS, art. *cit. Adde infra* n° 190.

pas autrement défini que comme « *le fait de donner la mort à autrui* »⁶³⁴. Quant à son homologue non intentionnel, il s'agit simplement du « *fait de causer (...), par maladresse, imprudence, inattention, négligence ou manquement à une obligation de sécurité ou de prudence imposée par la loi ou le règlement, la mort d'autrui* », selon les termes de l'article 221-6 du Code pénal. Dans ces deux cas, l'acte incriminé n'est précisé que par référence au résultat qu'il doit produire. On sanctionne *a priori* tout fait ayant conduit à la mort de la victime⁶³⁵. Ne serait pas plus large ou plus floue une incrimination visant le fait d'exposer autrui à un risque, incertain mais plausible, de mort ou de lésion grave ou irréversible, sachant que les notions de plausibilité et d'irréversibilité sont assez bien cernées en doctrine⁶³⁶. Il s'agirait d'une infraction formelle dont le résultat légal serait classiquement un résultat matériel constitué par la possibilité d'un événement défavorable, cet aléa étant lui-même aléatoire. On ajoutera que le droit criminel peut techniquement assurer la protection de valeurs collectives telles que l'environnement et la santé publique, qui sont déjà des biens juridiques pénalement protégés⁶³⁷. Concernant la fonction expressive du droit criminel⁶³⁸, une telle incrimination serait préférable aux nombreuses infractions techniques consistant dans la violation de mesures de précaution – qui seront pourtant certainement et malheureusement préférées par le législateur – en ce qu'elle soulignerait mieux l'importance de la valeur protégée⁶³⁹. Enfin, le droit pénal apparaît comme un droit régulateur par essence, notamment quant à ceux qui lèsent ou menacent les intérêts essentiels de la société, contrairement à ce qu'ont pu prétendre certains⁶⁴⁰. « *Dans ces conditions, la péremptoire mise hors-jeu du droit pénal par la doctrine « précautionniste » laisse perplexe* »⁶⁴¹.

β- Le caractère concret ou abstrait du risque

108. Sélection du critère de distinction. Les notions de risque abstrait et de risque concret ont reçu plusieurs définitions⁶⁴². Certains ont pu retenir comme critère le degré de probabilité d'avènement de la lésion ou du risque pour opposer le caractère concret et abstrait d'un risque, ce qui est assez difficile à mettre en œuvre – en tout cas pour retenir une

⁶³⁴ C. pén., art. 221-1.

⁶³⁵ V. cependant *infra* n° 275.

⁶³⁶ Si les termes de l'incrimination peuvent lui donner un tour un peu radical, il faut se rappeler qu'il est toujours possibles de réduire le domaine des faits qualifiables ou imputables en se montrant exigeant concernant l'élément moral de l'infraction ou en multipliant les faits justificatifs.

⁶³⁷ En ce sens, v. D. ROETS, art. *cit.*

⁶³⁸ V. not. N. RIAS, *op. cit.*, n° 1405.

⁶³⁹ On peut d'ailleurs mentionner le fait que ce qui empêcherait que le risque hypothétique ne soit reçu dans une incrimination unique tient davantage à ce que les infractions sont classées en fonction de l'objet protégé par le droit pénal. Il serait donc nécessaire d'en prévoir plusieurs et au moins deux : l'une pour la protection des personnes ; l'autre pour celle de l'environnement. Un autre facteur de la diversification des incriminations pourrait tenir aux différents éléments moraux qui pourraient animer un tel comportement.

⁶⁴⁰ V. G. J. MARTIN, « Précaution et évolution du droit », art. *cit.*

⁶⁴¹ D. ROETS, art. *cit.*

⁶⁴² Sur ces différents critères de distinction, v. N. RIAS, *op. cit.*, n° 1272, et les références citées, et P. PHILIPPOT, *op. cit.*, pp. 220 et s.

distinction binaire – dans la mesure où la probabilité qu'un événement se produise est difficile à établir et change sans cesse en fonction des circonstances. D'autres se sont fondés sur la précision de l'objet du risque, pour la raison que ce qui est abstrait est vague. Cet aspect du problème a déjà été envisagé⁶⁴³. On a également fait valoir qu'il y aurait risque abstrait lorsque la répression interviendrait alors même que le risque a disparu, et risque concret si l'agent était appréhendé tandis que le danger qu'il avait créé persistait. Cette proposition reste marginale et ne peut être retenue tant elle semble délicate à appliquer, le risque étant par essence provisoire. Enfin, on a pu estimer que la distinction devait s'opérer en fonction du mode d'appréciation du danger. C'est ce critère qu'il semble opportun de retenir en ce qu'il est "neuf" et plus facile à mettre en œuvre⁶⁴⁴.

De ce point de vue, il y a risque concret lorsqu'il y a bien risque dans un cas d'espèce envisagé, tous les facteurs de la cause étant pris en compte, y compris les données les plus atypiques⁶⁴⁵, et risque abstrait quand le risque est déduit d'une situation abstraite et du comportement en question par le moyen de l'expérience commune. Il s'agirait ainsi d'opposer le « *danger d'espèce* » au « *danger exemplaire* »⁶⁴⁶.

109. Répression du risque concret – exposition d'autrui à un risque. En présence d'un risque concret, le juge est tenu, pour condamner, de vérifier qu'un risque a bel et bien été créé. La preuve doit en être rapportée. Il ne fait aucun doute que, dans ce cas, le risque est bien un élément constitutif de l'infraction dont il est le résultat légal, point final de sa constitution.

Le premier exemple qu'il est possible d'étudier est le délit d'exposition d'autrui à un risque de mort ou de blessures graves de l'article 223-1 du Code pénal, dont le caractère concret ou abstrait du risque a fait l'objet de controverses⁶⁴⁷. Il est défini comme « *le fait d'exposer directement autrui à un risque immédiat de mort ou de blessures de nature à entraîner une mutilation ou une infirmité permanente par la violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de sécurité ou de prudence imposée par la loi ou le règlement* ». Présenté comme une des innovations principales du Code pénal en vigueur, sollicité depuis

⁶⁴³ V. *supra* n° 104 et s. Précisons toutefois que le caractère vague du risque peut tenir à la date de réalisation de l'événement aléatoire, ce qui, toutefois, concerne aussi l'objet du risque. V. P. PHILIPPOT, *op. cit.*, p. 222.

⁶⁴⁴ Sur ce critère, v. *ibid.*, M. FREIJ, *op. cit.*, p. 190 et s., pour qui toute infraction produit un risque abstrait qui peut être l'attribut du moyen caractéristique des infractions formelles, le risque concret étant le seul à même d'avoir un impact technique sur la structure d'une infraction, et P. PHILIPPOT, *op. cit.*, pp. 82 et s., et pp. 219 et s.

⁶⁴⁵ P. PHILIPPOT, *op. cit.*, p. 224.

⁶⁴⁶ *Ibid.*

⁶⁴⁷ Sur cette question, v. parmi une littérature importante, J. CHACORNAC, *art. cit.*, Ph. CONTE, *op. cit.*, n° 19 et s., E. DREYER, *op. cit.*, n° 192 et s., V. MALABAT, « Le délit dit de "mise en danger". La lettre et l'esprit », *JCP*, 2000, I, 208, Y. MAYAUD, « Des risques causés à autrui. Applications et implications, ou de la naissance d'une jurisprudence », *Rev. sc. crim.*, 1995, pp. 574 et s., et *Rép. pén. Dalloz*, V° *Risques causés à autrui*, 2007, R. OLLARD et F. ROUSSEAU, *op. cit.*, pp. 88 et s., M. PRALUS, « Le délit de risques causés à autrui dans ses rapports avec les infractions voisines », *JCP*, 1995, I, 3830, M. PUECH, « De la mise en danger d'autrui », *D.*, 1994, *chron.*, pp. 153 et s., et Ch. RUSSO, « Le risque dans le délit de mise en danger délibérée d'autrui », *Petites affiches*, 18 août 2000, pp. 6 et s.

longtemps par la doctrine, ce délit, de par sa formulation particulièrement complexe à force de se vouloir précise, a suscité de nombreuses difficultés d'interprétation et donc d'application⁶⁴⁸, notamment quant au caractère abstrait ou concret du risque. Ainsi, les auteurs s'entendent pour dire que le résultat légal de l'infraction consiste en un danger⁶⁴⁹. Toutefois, la question s'est néanmoins posée de savoir si l'« *autrui* » visé au texte devait s'entendre d'une personne effectivement présente sur les lieux de l'infraction et ayant, de ce fait, été effectivement exposée à un risque ou s'il pouvait suffire qu'une victime ait pu être exposée à une telle menace si elle avait été présente, ce qui a une répercussion sur le risque. Dans cette dernière hypothèse en effet, un risque abstrait découlant de la simple violation de l'obligation de sécurité ou de prudence suffirait à qualifier l'infraction, la violation d'une obligation qui a pour objet d'assurer l'intégrité des personnes ayant nécessairement pour conséquence immédiate la création d'un aléa quant à l'avènement de la mort ou de l'atteinte à l'intégrité physique d'autrui. Une telle thèse est défendue par certains en raison du fait qu'elle permet d'éviter que la répression d'une personne ayant montré un grand mépris pour la sécurité des tiers ne dépende du hasard, ce qui nuirait à l'objectif préventif de l'incrimination⁶⁵⁰. Exiger un risque abstrait serait conforme à l'esprit de la loi et aux « *vœux du législateur* »⁶⁵¹. A l'opposé, d'aucuns estiment qu'il doit être établi qu'un risque a effectivement été créé et a concrètement exposé un ou plusieurs individus, dont l'identification ou la détermination reste indifférente, à une menace pour leur vie ou leur intégrité corporelle⁶⁵². On met alors en avant la dualité des composantes de l'élément matériel de l'infraction qui ressort expressément du texte d'incrimination : l'exposition directe d'une personne à un risque immédiat d'une certaine gravité et la violation d'une obligation de prudence ou de sécurité. Retenir un risque abstrait, déduit de la seule violation de la norme, serait réduire à néant la première exigence⁶⁵³. En outre, ce serait un moyen de correctionnaliser à bon compte certaines contraventions consistant dans la violation de ces obligations particulières de prudence et de sécurité⁶⁵⁴. Le législateur aurait très bien pu, s'il avait voulu cela, les élever au rang de délits, ce qu'il n'a pas fait. Il faut donc conserver à chacune de ces incriminations leur autonomie en s'assurant pour

⁶⁴⁸ V. J. CHACORNAC, art. *cit.*, Ph. CONTE, *op. cit.*, n° 19, E. DREYER, *op. cit.*, n° 194, V. MALABAT, art. *cit.*, M. PRALUS, art. *cit.*, et M.-L. RASSAT, *op. cit.*, n° 387, selon qui « *telle qu'elle est "définie" par la loi, l'infraction devrait être à proprement parler inapplicable* ».

⁶⁴⁹ V. not. J. CHACORNAC, art. *cit.*, V. MALABAT, art. *cit.*, R. OLLARD et F. ROUSSEAU, *op. cit.*, p. 88, M. PRALUS, art. *cit.*, M.-L. RASSAT, *op. cit.*, n° 388, et Ch. RUSSO, art. *cit.*

⁶⁵⁰ V. not. V. MALABAT, art. *cit.*, qui ne semble cependant pas prendre parti pour l'une des thèses, M. PRALUS, art. *cit.*, et M. PUECH, art. *cit.* *Adde* Ph. CONTE, *op. cit.*, n° 25 et s., qui estime que la jurisprudence apprécie abstraitement « *la gravité du risque* », ce qui ne dit rien de l'appréciation du risque lui-même, d'autant plus que l'auteur ne paraît pas avoir de position sur ce point, envisageant les deux cas, risque abstrait et risque concret.

⁶⁵¹ V. MALABAT, art. *cit.* *Adde* A. COCHE, note sous Paris, 27 oct. 1995 : *D.*, 1996, pp. 445 et s.

⁶⁵² Favorable à l'acception concrète du risque, v. not. J. CHACORNAC, art. *cit.*, E. DREYER, *op. cit.*, n° 204, Y. MAYAUD, art. précités, R. OLLARD et F. ROUSSEAU, *op. et loc. cit.*, et Ch. RUSSO, art. *cit.*, qui semble cependant admettre des exceptions.

⁶⁵³ V. V. MALABAT, art. *cit.*, Y. MAYAUD, « Des risques causés à autrui », préc., et Ch. RUSSO, art. *cit.*

⁶⁵⁴ Y. MAYAUD, art. *cit.*, et *Risques causés à autrui*, préc., n° 47.

la constitution du délit, par un examen des circonstances précises de l'espèce, de l'existence d'un risque concret créé par la violation de l'obligation de sécurité.

C'est en ce sens que la jurisprudence semble interpréter le texte. D'une part, elle refuse de déduire le risque de la seule violation d'une norme de prudence et de sécurité. Ainsi la Cour d'appel de Douai a jugé dès les premières applications du texte qu'il ne saurait être posé pour principe que le simple dépassement de la vitesse autorisée est, à elle seule, objectivement de nature à créer directement un risque immédiat⁶⁵⁵. Elle a été suivie en cela par la chambre criminelle pour qui « *un comportement particulier* » doit s'ajouter « *au dépassement de la vitesse autorisée, et* » exposer « *autrui à un risque immédiat* »⁶⁵⁶. D'autre part, la simple possibilité que des tiers aient pu être présents ne suffit pas à caractériser le risque. La Cour de cassation a eu l'occasion de se prononcer en ce sens dans un arrêt du 3 avril 2001⁶⁵⁷ à propos duquel était en cause une personne ayant violé un arrêté municipal interdisant l'utilisation d'engins à moteur sur des pistes de ski aux heures d'ouverture en empruntant une de ces pistes avec une motoneige durant les horaires prohibés. Les juges du fond ayant condamné le prévenu, la Cour de cassation casse l'arrêt attaqué au motif qu'ils n'auraient pas « *préciser les circonstances de fait, tirées de la configuration des lieux, de la manière de conduire du prévenu, de l'encombrement des pistes, des évolutions des skieurs ou de toute autre particularité de l'espèce, caractérisant le risque (...) auquel le prévenu (aurait) exposé directement autrui* ». Pourtant, les motifs de l'arrêt annulé⁶⁵⁸ font particulièrement référence aux circonstances de la cause, puisqu'il est retenu que le comportement avait eu lieu durant les heures d'ouverture de la piste, qui était réservée à des débutants ne contrôlant pas encore leur trajectoire et leur arrêt, et que l'engin présentait une dangerosité particulière dans la mesure où il n'était équipé d'aucun avertisseur lumineux ou sonores permettant d'attirer l'attention sur son arrivée ou sa présence. Il est donc clair qu'en l'espèce un tiers, voire des tiers, qui plus est particulièrement vulnérables car non habitués à la pratique du ski, auraient pu être présents. Mais cela n'a pas paru suffire à la jurisprudence qui semble donc vouloir que le risque soit encore davantage concrétisé par les juges du fond, notamment – nécessairement – par la preuve qu'un tiers était présent sur les lieux et au moment où l'infraction a été commise, soit dans le champ de nuisance spatio-temporel de l'auteur. Les décisions rendues par les juges du fond attestent justement que la présence de tiers effectivement exposés au risque figure parmi les circonstances de fait systématiquement prises en compte pour concrétiser le risque, pour rendre palpable l'aléa. Si l'on se réfère au contentieux de la circulation routière, les juges du fond, suivis par la chambre criminelle, prennent bien en

⁶⁵⁵ Douai, 26 oct. 1994 : *Rev. sc. crim.*, 1995, obs. Y. MAYAUD, p. 578. V. également, Toulouse, 27 sept. 2001 : *JCP*, 2002, IV, 1466.

⁶⁵⁶ Crim., 19 avr. 2000 : *Bull. crim.*, n° 161.

⁶⁵⁷ Crim., 3 avr. 2001 : *Bull. crim.*, n° 90. *Adde* Crim., 19 avr. 2000, préc.

⁶⁵⁸ Chambéry, 11 mai 2000 : *JCP*, 2000, IV, 2769.

compte le fait qu'il y avait d'autres véhicules⁶⁵⁹ ou des piétons⁶⁶⁰ au moment et à l'endroit des faits. Il semble même que la présence de tiers concrètement exposés au risque ne soit pas en elle-même suffisante à la constitution de l'infraction. Dépasser la vitesse autorisée à un moment durant lequel la circulation était importante, les trois voies étant occupées, n'est pas, pour la Cour de cassation, constitutif du délit⁶⁶¹. De même, la présence de personnes dans le champ de nuisance de l'auteur n'implique pas que le texte soit applicable dès lors que la sécurité des tiers n'a pas été menacée⁶⁶².

L'exigence d'un risque concret trouve des illustrations dans bien d'autres domaines⁶⁶³. Pour terminer, on fera remarquer que, lorsque qu'elles se prononcent sur la question de l'élément moral de l'infraction, les juridictions du fond précisent parfois que l'auteur doit avoir voulu causer un risque, ce qui implique la connaissance par lui de la présence d'un tiers⁶⁶⁴. Or, il est certain qu'une telle exigence est incompatible avec un risque abstrait sauf à y voir un mobile, lequel n'est pas, à la lecture du texte, érigé en dol spécial par le législateur⁶⁶⁵.

110. Répression du risque concret – illustrations complémentaires. D'autres infractions requièrent un risque concret.

La fabrication, le transport, la diffusion et le commerce du support d'un message à caractère violent, pornographique ou gravement attentatoire à la dignité humaine n'est punissable que lorsque ce message est susceptible d'être perçu par un mineur⁶⁶⁶. Le résultat de

⁶⁵⁹ V. par exemple, Versailles, 3 févr. 1995 (policiers à moto) : *Bull. inf. C. cass.*, 1996, p. 60, Paris, 27 oct. 1995, préc. (autres usagers et passagers, policiers), Crim., 12 nov. 1997 (motocyclistes) : *Bull. crim.*, n° 384, Rouen, 31 mai 2000 (route non dépourvu de tout trafic, dépassement concomitant par un véhicule) : *JCP*, 2001, IV, 1763, Toulouse, 27 sept. 2001, préc. (usagers non gênés, piétons en sécurité et absence de passagers, relaxe), Paris, 28 janv. 2004 (usagers de la voie publique présents au même moment) : *JCP*, 2004, IV, 2443, et Crim., 22 juin 2005 (camion, autres usagers et autres passagers du véhicule) : *Bull. crim.*, n° 192 ; et *Rev. sc. crim.*, 2006, obs. Y. MAYAUD, p. 69.

⁶⁶⁰ V. par exemple, Paris, 27 oct. 1995, préc. (présence d'agents en uniforme), Crim., 9 juin 1999 (mobylette roulant à 156 km/h dans une zone habitée d'une agglomération) : *Gaz. Pal.*, 1999, 2, chron. J.-P. DOUCET, p. 143, et Crim., 27 sept. 2000 (course dans une cité où jouaient de nombreux enfants) : *Bull. crim.*, n° 284.

⁶⁶¹ Crim., 19 avr. 2000, préc.

⁶⁶² Toulouse, 27 sept. 2001, préc.

⁶⁶³ Aix-en-Provence, 1^{er} déc. 1997 (risque d'incendie pour des campeurs) : *Dr. Pénal*, 1998, note. A. MARON, p. 136, Crim., 11 févr. 1998 (bateau ayant embarqué un nombre de passagers dépassant « largement » ses capacités) : *Bull. crim.*, n° 57, et Crim., 9 mars 1999 (présence d'un groupe de pisteurs et d'autres surfeurs) : *Bull. crim.*, n° 34, Paris, 25 févr. 2000 (divagation d'un chien dangereux dans un jardin dont les clôtures n'en garantissent pas l'isolement, risque concret pour les voisins) : *JCP*, 2000, IV, 2861, et Crim., 4 oct. 2005 (preuve admise et efficace de l'absence de risque concret résultant pour la population d'une pollution dépassant le seuil d'alerte) : *Bull. crim.*, n° 250 ; et *Rev. sc. crim.*, 2006, obs. Y. MAYAUD, p. 68.

⁶⁶⁴ Grenoble, 19 févr. 1999 : *D.*, 2000, somm. comm., obs. Y. MAYAUD, p. 34.

⁶⁶⁵ Elle résulte suffisamment par ailleurs de la connaissance qu'un tiers est exposé au risque et de la persistance dans l'activité dangereuse (T. corr. Péronne, 4 juill. 1995 : *Gaz. Pal.*, 19-20 juin 1996, chron. J.-P. DOUCET, p. 96). Cette jurisprudence n'est pas incompatible avec celle qui estime que le délit n'exige pas la recherche d'un résultat « dommageable » (Douai, 11 janv. 1995 : *Rev. sc. crim.*, 1996, obs. Y. MAYAUD, p. 651) ou que la violation de l'obligation de prudence devait être délibérée (Crim., 9 mars 1999, préc.). V. *infra* n° 426 et 432 sur les notions de mobile et dol spécial, et n° 434 sur l'élément moral de l'exposition d'autrui à un risque en particulier.

⁶⁶⁶ C. pén., art. 227-24.

cette infraction consiste dans la création d'un risque pour le « *sens moral* »⁶⁶⁷, la « *candeur* »⁶⁶⁸ ou l'innocence des enfants et des adolescents. A ce titre, on pourrait fort bien considérer que le seul fait que ces messages soient créés augmente déjà le risque que la pureté d'un mineur ne soit entachée⁶⁶⁹. *A fortiori* sa diffusion et son commerce auront une aptitude plus forte encore à en souiller l'esprit. Mais c'est un risque concret qu'il faudra établir et la constitution de l'infraction dépend des conditions dans lesquelles le message et son support seront fabriqués⁶⁷⁰, transportés, diffusés ou commercialisés⁶⁷¹. Ainsi, vendre des ouvrages ou des films pornographiques dans un sex-shop, ces articles étant rangés derrière des rideaux ou dans des tiroirs, n'est pas une forme de commercialisation dangereuse pour les mineurs⁶⁷², de même que le fait d'envoyer par courrier électronique à un majeur l'adresse d'un site comportant des messages violents et le lien permettant d'y accéder est une forme inoffensive de transport⁶⁷³ dès lors qu'un tel courrier est protégé par un mot de passe personnel et confidentiel qui n'est censé être connu que de son titulaire⁶⁷⁴. A l'inverse, si le décryptage d'un film pornographique est facile et à la portée d'enfants, l'infraction de diffusion de messages corrupteurs est constituée⁶⁷⁵. Il en est de même de la vente en kiosque ou en librairie de magazines contenant de tels messages⁶⁷⁶. Il arrive d'ailleurs parfois que la relaxe soit clairement prononcée au motif que, bien que vendu en librairie, ils n'avaient pas pu être vus par un mineur⁶⁷⁷.

Il semble qu'il en soit aussi ainsi en cas de tentative d'infraction matérielle. En effet, il sera nécessaire d'expliquer en quoi l'acte retenu au titre du commencement d'exécution tendait immédiatement et directement à l'obtention du résultat légal de l'infraction consommée de référence, en d'autres termes de la lésion. Cela implique qu'il faille à chaque fois concrétiser le risque qu'une telle lésion ne survienne. En matière de tentative de vol par exemple, il ne suffit pas de relever qu'il y avait eu "guet-apens" pour caractériser le risque d'atteinte à la propriété d'autrui⁶⁷⁸, il faut préciser ce qui, dans les circonstances, concrétisait le risque que l'infraction ne soit consommée. Ainsi du fait de s'être postés, armés et à proximité spatio-temporelle de la personne destinée à se faire voler⁶⁷⁹ ou du fait de provoquer l'ouverture de la

⁶⁶⁷ Ph. CONTE, *op. cit.*, n° 384.

⁶⁶⁸ E. DREYER, *op. cit.*, n° 571.

⁶⁶⁹ *Ibid.*, n° 632.

⁶⁷⁰ L'hypothèse de la fabrication accomplie dans des conditions permettant à un mineur de percevoir le message paraît difficile à envisager. V. Ph. CONTE, *op. et loc.* Moins catégorique, comp. E. DREYER, *op. et loc. cit.*

⁶⁷¹ V. J. CHACORNAC, *art. cit.*

⁶⁷² Besançon, 9 mai 1972 : *D.*, 1972, somm., p. 174. *Adde* Crim., 29 mai 1995 : *Gaz. Pal.*, 1995, 2, chron. J.-P. DOUCET, p. 457.

⁶⁷³ V. E. DREYER, *op. cit.*, n° 630.

⁶⁷⁴ Crim., 3 févr. 2004 : *Bull. crim.*, n° 28.

⁶⁷⁵ Crim., 23 févr. 2000 : *Bull. crim.*, n° 85. Il suffisait aux mineurs de se présenter comme majeurs par le biais d'un serveur télématique dépourvu de contrôle pour obtenir la clef de décryptage.

⁶⁷⁶ Paris, 14 déc. 1994 : *Dr. pénal*, 1995, comm. n° 90, note M. VERON, et Aix-en-Provence, 9 févr. 1996 : *JCP*, 1996, IV, 2369.

⁶⁷⁷ Paris, 9 févr. 1995 : *Dr. pénal*, 1995, comm. n° 90, note M. VERON.

⁶⁷⁸ Crim., 2 mai 1974 : *Bull. crim.*, n° 156.

⁶⁷⁹ Crim., 3 janv. 1913 : *S.*, 1913, 1, note J.-A. ROUX, p. 281, cite in A. PROTHAIS, *op. cit.*, n° 71.

porte d'une banque pour permettre à des personnes armées d'y pénétrer⁶⁸⁰. La précision des circonstances, et non la simple évocation d'un procédé, est nécessaire.

Il est donc certain que le risque concret est parfois nécessaire à la constitution d'une infraction⁶⁸¹. Il en est alors, à n'en plus douter, un élément constitutif, son résultat matériel et légal à la fois. Mais le droit pénal n'est pas toujours aussi exigeant.

111. Répression du risque abstrait. Un simple risque abstrait suffit parfois, c'est-à-dire que le risque peut être simplement déduit du comportement adopté par l'auteur lorsque ce comportement est empreint d'une dangerosité tenant, par exemple, à l'utilisation de moyens dangereux. Cette hypothèse est d'ailleurs plus fréquente que celle du risque concret. Plusieurs exemples illustreront le propos. La corruption active par proposition crée un risque d'atteinte à la probité publique qui est déduit des procédés employés par le corrupteur qui doivent prendre la forme de ceux énumérés par le législateur : des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques. On peut en effet déduire de ces derniers qu'ils ont la capacité de créer un risque d'acceptation de la part de l'agent public, acceptation constituant l'atteinte à la probité. De même, l'ensemble des infractions relatives au trafic de stupéfiants crée un risque abstrait d'atteinte à la vie et à la santé de la personne que l'on peut déduire de la nature dangereuse du produit⁶⁸², tout comme la provocation d'un mineur à l'usage de stupéfiants ou à la consommation habituelle et excessive de boissons alcooliques dans lesquels cas s'ajoutent en outre le caractère supposé plus influençable de la victime⁶⁸³. Enfin, on peut citer la provocation directe à un attroupement armé qui doit passer par des procédés particuliers, à savoir des cris ou des discours publics, des écrits affichés ou distribués ou tout autre moyen de transmission de l'écrit, de la parole ou de l'image⁶⁸⁴. Le caractère public et direct de la provocation fait qu'on lui reconnaît une puissance causale importante dont on déduit le risque abstrait⁶⁸⁵ d'une atteinte à la paix publique, d'un point de vue général, mais aussi la commission d'une variété indéterminable d'infractions.

Toutefois, il faut apporter une précision. Risque abstrait ne doit pas signifier risque absent, et celui-ci ne sera effectif que si la déduction que l'on fait se traduit par une règle de preuve, une présomption, et non par une règle de fond, sous la forme d'une appréciation purement abstraite du pouvoir causal du procédé ou de la substance employés⁶⁸⁶. Pour qu'il y ait véritablement risque, le caractère abstrait ne doit pas empêcher la preuve de l'absence de risque. Risque présumé effectif de par la dangerosité de l'attitude de l'agent considérée d'après l'expérience commune, le risque abstrait doit pouvoir être remis en cause si la

⁶⁸⁰ Crim., 7 sept. 1993 : *Bull. crim.*, n° 262.

⁶⁸¹ Pour une démonstration similaire à propos de la mendicité avec enfant, v. M. LACAZE, *op. cit.*, n° 271.

⁶⁸² C. pén., art. 222-34 et s.

⁶⁸³ C. pén., art. 227-18 et 227-19.

⁶⁸⁴ C. pén., art. 431-6.

⁶⁸⁵ D'autant plus abstrait que si la provocation n'a pas été suivie d'effet (C. pén., art. 431-6, al. 2), il n'y a eu que risque de risque.

⁶⁸⁶ En ce sens, v. M. LACAZE, *op. et loc. cit.*

personne poursuivie parvient à faire mentir les statistiques et les probabilités qui lui étaient les moins favorables. Ainsi devrait être déclaré irresponsable celui qui parvient à prouver que le discours tenu dans un lieu public par sa nature, la place d'un village par exemple, et qui était censé inciter ses habitants à un attroupement armé, n'a pu créer aucun aléa quant à la réalisation d'un tel attroupement en raison du fait que le hameau était totalement abandonné au moment des faits. Il ne pourrait, dans ces hypothèses, n'y avoir que tentative. Or celle-ci n'est pas incriminée. Il se peut que la preuve inverse soit matériellement impossible à rapporter, notamment lorsque l'objet du risque est difficilement identifiable puisqu'il est alors impossible de prouver que rien n'a jamais été exposé à un risque pendant la durée des faits⁶⁸⁷. Celui qui circule en état d'ébriété⁶⁸⁸ même sur une route déserte croise nécessairement des biens privés ou publics qu'il expose à un risque de destruction, de dégradation ou de détérioration. De même, celui qui se livre à une association de malfaiteurs ne pourra pas rapporter la preuve que cette association n'a jamais créé le risque qu'une infraction plus dangereuse en résulte et, avec elle, une atteinte aux personnes, aux biens ou à la paix publique. Mais ce n'est qu'une question de fait qui n'enlève rien à la réalité du risque. Les choses sont différentes lorsque la preuve inverse est juridiquement impossible. Il ne s'agit plus de présomption puisqu'il est communément admis qu'une présomption irréfutable devient une règle de fond⁶⁸⁹. On passe alors du risque abstrait au risque absent, et par là même à la répression d'une infraction inoffensive dont on a déjà dit pourquoi et à quel point elle était critiquable⁶⁹⁰.

On le voit, le droit pénal de la responsabilité connaît bien le résultat matériel, ce résultat légal qui prend la forme de l'exposition d'un bien juridique à un simple risque. Les moyens d'y répondre sont multiples et le risque qui est appréhendé peut prendre des formes très variées⁶⁹¹. Le droit civil positif n'en est pas encore là et, malgré les encouragements de la doctrine, la jurisprudence n'en est qu'à ses premiers balbutiements en ce sens.

B- L'appréhension progressive du risque en droit civil de la responsabilité

112. De la responsabilité civile préventive. Malgré l'importance prise par le dommage et le préjudice auxquels la doctrine reconnaît un rôle essentiel en matière civile⁶⁹², le résultat

⁶⁸⁷ Sur ce point, v. P. PHILIPPOT, *op. cit.*, pp. 225 et s.

⁶⁸⁸ C. route, art. L. 234-1 et R. 234-1.

⁶⁸⁹ V. F. GENY, *Science et technique en droit privé positif*, t. 3, préc., n° 232, pp. 282 et s.

⁶⁹⁰ V. *supra* n° 50 et s.

⁶⁹¹ On comprend donc à quel point peuvent étonner les critiques civilistes portant sur les insuffisances de la prévention pénale. Elles sont d'autant plus curieuses quand on sait que les pénalistes, quant à eux, dénoncent plus volontiers le recours excessif qui y est fait. V. not. O. KHAN, « Le principe de nécessité en droit pénal – thèse radicale », préc.

⁶⁹² V. not. Ch. AUBRY et Ch. RAU par N. DEJEAN DE LA BÂTIE, *op. cit.*, n° 10, J. CARBONNIER, *op. cit.*, n° 1121, A. COLIN et H. CAPITANT par L. JULLIOT DE LA MORANDIERE, *op. cit.*, n° 1069, J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *op. cit.*, n° 133 et s., Ph. MALINVAUD et D. FENOUILLET, *op. cit.*, n° 554 et s., H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, *op. cit.*, n° 208, G. RIPERT et J. BOULANGER, *Traité de droit civil d'après*

juridique ne semble plus être considéré comme nécessaire à la constitution du fait générateur de responsabilité civile, et cela, par une part importante des "producteurs de droit". Ceux-ci tendent en effet à lui préférer la notion de risque, bien connue des civilistes et, mieux encore, des spécialistes du droit de la responsabilité civile, que ce soit en raison de l'étude des fondements de cette dernière, avec la théorie du risque, ou bien de celle de la discipline qui lui est depuis plusieurs années satellite, le droit des assurances⁶⁹³. Une des questions les plus débattues en la matière est précisément celle de la responsabilité civile préventive.

Si une certaine doctrine fait preuve d'enthousiasme, celui-ci paraît pour le moins excessif. Non seulement, en effet, une telle application de la responsabilité civile n'est pas encore de droit positif (1), mais, en outre, ses perspectives réelles ne paraissent pas aussi larges que certains semblent l'espérer (2).

1. Les avancées timides de la responsabilité civile préventive

113. Absence de reconnaissance légale de la responsabilité civile préventive. Il est tout d'abord certain que le législateur n'a pas envisagé de responsabilité civile fondée sur un fait juridique dépourvu de résultat juridique. Qu'il s'agisse de la responsabilité délictuelle ou contractuelle⁶⁹⁴, le dommage ou le préjudice apparaissent comme des conditions incontournables. Il est vrai qu'il existe une hypothèse particulière pour laquelle la responsabilité civile pourrait sembler se passer d'une véritable lésion. Il s'agit du cas du préjudice spécifique de contamination défini par la loi du 31 décembre 1991 en faveur des victimes de transfusions sanguines⁶⁹⁵. En effet, celui-ci permet la réparation de l'incertitude quant à l'avenir mais encore et surtout les préjudices « *qui apparaîtraient en phase de maladie déclarée* », autrement dit de simples risques. Pour autant, est-ce à dire que cette loi reconnaisse une véritable responsabilité civile préventive ? Rien n'est moins sûr. Ainsi, ce risque de préjudice est noyé, au sein d'une définition globale, parmi de nombreux préjudices et dommages réels (troubles dans les conditions d'existence, troubles psychiques, craintes de lésions éventuelles, préjudice sexuel et de procréation, etc.) qui, à eux seuls, suffisent à constituer le résultat légal du fait générateur de la responsabilité civile.

le traité de Planiol, t. 2, L.G.D.J., 1957, n° 984, A. SERIAUX, *Manuel de droit des obligations*, P.U.F., coll. Droit fondamental/Manuels, 2006, p. 112, B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *op. cit.*, n° 95, et G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. cit.*, n° 247.

⁶⁹³ Sur la notion de risque en droit civil, v. F. MILLET, *op. cit.*, et N. VOIDEY, *op. cit.* Adde S. GRAYOT, *op. cit.*, n° 19 et s., et n° 363 et s.

⁶⁹⁴ Sur les arrêts semblant se passer de cette exigence en matière de responsabilité contractuelle, dans lesquels cas on a vu qu'il était toujours possible de qualifier un dommage à défaut d'un préjudice. V. *supra* n° 44 et s. Cette jurisprudence est parfois utilisée afin de démontrer l'abandon supposé du dommage et du préjudice par le droit positif. Sur ce point, v. not. M. BOUTONNET, *op. cit.*, n° 1049, et D. TAPINOS, *op. cit.*, n° 888 et s.

⁶⁹⁵ Sur lequel, v. par exemple G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. cit.*, n° 265.

Il n'y a donc pas de reconnaissance légale d'une responsabilité civile fondée sur un simple résultat matériel. Il en résulte un premier enseignement : toute dérogation à l'exigence d'un dommage ou d'un préjudice pour reconnaître une responsabilité civile doit être considérée comme une violation de la loi.

114. Question de la reconnaissance jurisprudentielle de la responsabilité civile préventive. Pour autant, limiter le droit positif de la responsabilité civile aux textes de loi serait avoir une vision archaïque et restrictive de cette matière que les tribunaux se sont depuis longtemps appropriés. C'est donc à travers l'étude de la jurisprudence que l'appréhension du risque par le droit civil positif devra être vérifiée. A ce titre, deux modalités d'appréhension du risque peuvent être envisagées. Indirectement, le juge pourrait maquiller cette violation de la loi en retenant une acception large de la notion de préjudice ou de dommage (a). D'une manière plus directe, c'est à travers d'autres notions que les magistrats pourraient avoir reconnu une responsabilité préventive (b). Dans les deux cas cependant, il faudra vérifier de façon systématique que les faits auxquels s'appliquent les notions utilisées sont effectivement de simples risques et non des lésions véritables.

a- L'appréhension indirecte du risque par le droit civil de la responsabilité

115. Permanence de la nature curative de la responsabilité civile. L'appréhension indirecte du risque par la responsabilité civile n'a pas pour effet de faire de celle-ci une responsabilité préventive, détachée de toute lésion effective et fondée sur le simple aléa de la réalisation d'un dommage ou d'un préjudice. En effet, qu'il s'agisse d'envisager la perte de chance (α) ou le préjudice futur (β), ce n'est pas un risque, un résultat matériel, qui justifie que son auteur soit responsable mais bel et bien une lésion, un résultat juridique.

α - La perte de chance

116. Appréhension apparente du risque. Si la question de la perte de chance n'est pas simple, certains des usages de la notion étant assez souvent contestés en doctrine⁶⁹⁶, la

⁶⁹⁶ V. not. A. BENABENT, *op. cit.*, n° 237, et *Droit civil. Les obligations*, Montchrestien, coll. Domat, 12^e éd., 2010, n° 679, Ph. BRUN, *op. cit.*, n° 181 et s., Ph. LE TOURNEAU *et alii*, *op. cit.*, n° 1425 et 1434, Ch. QUEZEL-AMBRUNAZ, *Essai sur la causalité en droit de la responsabilité civile*, Dalloz, coll. NBT, vol. 99, 2010, n° 182 et s., C. RUELLAN, « La perte de chance en droit privé », *RRJ*, 1999-3, pp. 729 et s., B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *op. cit.*, n° 110, et G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. cit.*, n° 280 et s. La critique porte particulièrement sur l'extension de la notion aux hypothèses de perte d'une chance d'éviter un dommage et sur l'usage qui paraît être fait de la notion aux fins de pallier les doutes existant sur le lien de causalité. Cette tendance, soutenue par certains (v. surtout J. BORE, « L'indemnisation des chances perdues : une forme d'appréciation quantitative de la causalité d'un fait dommageable », *JCP*, 1074, I, 2620, et F. G'SELL-MACREZ, *Recherches sur la notion de causalité*, thèse Paris, 2005, n° 574. Adde S. GAUDEMET, « Aléa et responsabilité civile », *L'aléa*, ouvrage collectif, Journées nationales de l'association Henri Capitant, T. XIV/Le Mans, Dalloz, coll. Thèmes & commentaires, 2011, pp. 59 et s., et I. VACARIE, « La perte d'une chance », *RRJ*, 1987-3, pp. 903 et s.), est assez fluctuante et on annonce souvent son déclin pour être, ensuite, obligé d'en

position de la Cour de cassation est très claire quant à elle : il s'agit d'un préjudice⁶⁹⁷. La solution est ancienne⁶⁹⁸ et constante. Cependant, la question est justement de savoir si, derrière ce vocable conforme aux exigences de la loi, ne se cache pas une autre réalité. Ce qui est réparé par le biais de la perte de chance constitue-t-il vraiment une atteinte effective à un intérêt juridiquement protégé ou ne s'agit-il que d'indemniser la simple possibilité de celle-ci ?

Il s'agit ici d'accorder réparation à la personne qui, placée dans l'expectative de l'avènement d'un événement favorable, perd, par le fait anormal d'un autre ou de la chose dont quelqu'un a la garde, tout espoir que cette occurrence ne se produise. L'aléa disparaît. On cite souvent, à titre d'exemple, le parieur ayant misé sur un cheval empêché de prendre le départ de la course⁶⁹⁹, le plaideur ayant perdu toute chance de se défendre en raison d'une faute de son défenseur⁷⁰⁰ ou encore le candidat à un concours ou un emploi qui n'a pas pu s'y présenter⁷⁰¹. Aujourd'hui, on y ajoute l'hypothèse du patient ayant perdu une chance de survie ou de guérison⁷⁰², celle de l'individu privé de la possibilité de ne pas conclure un engagement préjudiciable⁷⁰³.

Une certaine conception de la question pourrait amener à n'y voir qu'une pure application de l'équité⁷⁰⁴, de la justice de Salomon⁷⁰⁵, ou, d'une manière moins noble, de la politique de "la poire coupée en deux"⁷⁰⁶. En effet, cette jurisprudence donne la forte impression qu'en présence d'une lésion finale (la perte du pari, du procès, l'échec au concours, l'atteinte à la vie ou à l'intégrité physique ou la perte économique) dont on ne sait pas si elle se serait réalisée ou non en l'absence d'un fait anormal de l'homme ou de la chose, le juge préfère reconnaître une responsabilité obligeant le débiteur à ne réparer qu'une fraction de cette lésion fonction de la probabilité que ce fait anormal en soit la cause. Ce faisant, on ne prendrait en compte qu'un dommage éventuel, soit un risque, pour fonder la responsabilité civile.

Il est permis de douter de la pertinence de cette conception des choses car la perte de chance peut aussi être analysée comme un préjudice distinct de la lésion finale incertaine. En

constater le retour. Comp. par ex., en matière de responsabilité médicale : Civ. 1, 13 nov. 2008 (refus de la perte de chance et indemnisation du préjudice final) : *JCP*, 2009, II, 10030, ou en matière de violation d'une obligation de mise en garde : Civ. 1, 9 juill. 2009 (refus de la perte de chance et indemnisation du préjudice final) : *Resp. civ. et assur.*, 2009, comm., n° 323, et Com., 20 oct. 2009 (indemnisation de la seule perte de chance) : *D.*, 2009, act. jur., obs. X. DELPECH, p. 2607 ; et *JCP*, 2009, 482, note S. PIEDELIEVRE.

⁶⁹⁷ La Cour de cassation parle de « l'élément de préjudice constitué par la perte de chance ». V. not. Crim., 4 déc. 1996 : *D.*, 1997, IR, p. 67.

⁶⁹⁸ Depuis Req., 17 juillet 1889, cité not. in J. BORE, art. cit.

⁶⁹⁹ V. not. Civ. 2, 4 mai 1972 : *D.*, 1972, jur., p. 598.

⁷⁰⁰ V. not. Req., 17 juill. 1889, préc., et Com., 7 avr. 2009 : *JCP*, 2009, 142.

⁷⁰¹ V. not. Grenoble, 3 juill. 2001 : *JurisData* n° 182628, cité in Ph. BRUN, *op. cit.*, n° 185, note 55, et Civ., 2^e, 9 avr. 2009 : *D.*, 2009, act. jur., p. 1277.

⁷⁰² V. not. Civ. 1, 18 mars 1969 et 27 janv. 1970 : *JCP*, 1970, II, 16422, note A. RABUT, et Civ. 1, 4 nov. 2003 : *Bull. civ.*, n° 224.

⁷⁰³ V. not. Com., 20 oct. 2009, préc.

⁷⁰⁴ V. B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *op. et cit.*

⁷⁰⁵ I. VACARIE, art. cit.

⁷⁰⁶ Rapp. A. BENABENT, *op. et loc. cit.*, Ch. LAPOYADE-DESCHAMPS, L. BLOCH et S. MORACCHINI-ZEIDENBERG, *op. cit.*, p. 161, et B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *op. et loc. cit.*

effet, de nombreux auteurs traitent la perte de chance comme un préjudice autonome par rapport au préjudice final⁷⁰⁷. La jurisprudence est également en ce sens⁷⁰⁸, et cela à juste titre car la chance peut très bien constituer un intérêt en tant que tel, intérêt patrimonial ou extrapatrimonial selon la nature du gain espéré⁷⁰⁹. Il s'agit d'un avantage pour la personne juridique qui en jouit, d'une véritable valeur. En premier lieu, on pourrait affirmer en ce sens que « rien ne prouve mieux l'importance de la chance que l'indemnisation de sa perte »⁷¹⁰. En effet, que le juge y voit un préjudice à part entière témoigne du fait qu'il considère la chance comme un intérêt juridiquement protégé. Cependant, il est vrai que cela n'écarte pas la possibilité que cette qualification ne serve qu'à maquiller le contournement de la condition d'un dommage ou d'un préjudice certain. Cela revient à tourner en rond... C'est pourquoi, en second lieu, il faut affirmer qu'indépendamment du droit, la chance peut se voir attribuer une valeur. Un auteur a ainsi démontré que les progrès accomplis dans le domaine du calcul des probabilités avaient entraîné la possibilité d'estimer l'aléa et donc la chance, de lui donner une valeur économique : « dès l'instant où l'espérance se voit affublée d'une valeur, elle entre dans le patrimoine »⁷¹¹. Il y a ainsi un phénomène de « patrimonialisation » de l'aléa⁷¹². Un billet de loterie n'a-t-il pas une valeur qui n'est autre que celle de la chance ? La chance de gagner un procès ne se chiffre-t-elle pas lors de la cession d'un droit de créance non encore judiciairement réalisée ? On pourrait ajouter à cela la valeur extrapatrimoniale, si ce n'est sentimentale, que peut représenter l'espoir de réussir au concours de l'agrégation pour un jeune docteur ou, tout simplement, de guérir pour un malade. Cet espoir doit être distingué de la réussite ou de la guérison elles-mêmes, les deux existent séparément, et successivement. La chance comme valeur est donc un intérêt en tant que tel, et sa perte peut être qualifiée de préjudice, préjudice qui doit répondre aux conditions classiques de la responsabilité civile comme le rappelle la jurisprudence qui continue d'insister sur l'exigence de certitude – celle de l'existence de la chance antérieurement au fait anormal⁷¹³ et celle de sa perte. Il en résulte

⁷⁰⁷ V. not. C. RUELLAN, art. cit., I. VACARIE, art. cit., et G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. cit.*, n° 283. On ajoutera que l'avant-projet Catala, préc., dispose en son projet d'article 1346 du Code civil que « la perte de chance constitue un préjudice réparable distinct de l'avantage qu'aurait procuré cette chance si elle s'était réalisée ». Cela n'est toutefois pas toujours affirmé expressément et certains auteurs sont plutôt confus sur la question, qui considèrent la perte de chance comme un préjudice partiel ou qui parlent de perte définitive du gain espéré, alors qu'il faudrait traiter de la perte définitive de l'espoir d'obtenir le gain. V. ainsi J. BORE, art. cit., Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *La responsabilité civile délictuelle*, préc., n° 44, et A. SERIAUX, *op. cit.*, p. 116.

⁷⁰⁸ V. not. Civ. 1, 24 mars 1981 : *D.*, 1981, p. 545, note J. PENNEAU.

⁷⁰⁹ Reconnaisant une valeur propre à la chance, v. not. J. BORE, art. cit., V. LASSERRE-KIESOW, art. cit., Ph. MALINVAUD et D. FENOUILLET, *op. cit.*, n° 569, H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, *op. cit.*, n° 219, C. RUELLAN, art. cit., F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n° 701, I. VACARIE, art. cit., et G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. cit.*, n° 279,

⁷¹⁰ V. LASSERRE-KIESOW, art. cit.

⁷¹¹ C. RUELLAN, art. cit. Sur l'apport de la théorie des probabilités pour l'appréhension de l'aléa par le droit, *adde* A. BENABENT, *La chance et le droit*, préc., n° 4, 71, et 164 et s.

⁷¹² C. RUELLAN, art. cit.

⁷¹³ La chance perdue devait être réelle et sérieuse pour que sa perte donne lieu à réparation. V. not. Civ. 1, 21 nov. 2006 : *Bull. civ.*, n° 498, et Civ. 1, 2 avr. 2009 : *JCP*, 2009, chron., n° 248, Ph. STOFFEL-MUNCK .

que la responsabilité civile dont le fait générateur est constitué par une perte de chance se fonde bien sur un résultat juridique⁷¹⁴.

En outre, pour qui ne serait pas persuadé, on pourrait ajouter que la perte de chance entraîne, quasi systématiquement, *ipso facto* des préjudices bien réels, tels que la perte des frais engagés dans le but de tenter sa chance, le préjudice affectif résultant de la perte de la chance, etc⁷¹⁵. Il s'agit ici de lésions absolument classiques qui constituent un résultat légal sur lequel se fonde habituellement la responsabilité civile.

Enfin, à supposer qu'aucune de ses explications convainquent, reste encore à se demander si l'on serait vraiment en présence d'une responsabilité préventive fondée sur un résultat matériel, à savoir un simple risque. Certes, il est question d'aléa mais il est douteux que celui-ci ait trait au dommage. En effet, lorsqu'un procès est perdu, le dommage existe bel et bien. Il en est de même lorsque la course est perdue ou que la guérison n'est pas advenue. Le résultat espéré ne s'est pas réalisé. De ce point de vue, le dommage ou le préjudice n'est pas incertain. Ce dont on doute en réalité, c'est du lien de causalité entre le fait anormal et le non avènement de l'événement favorable. La seule question qui se pose est celle de savoir si, en l'absence d'un tel fait, le plaideur aurait obtenu gain de cause, le cheval aurait remporté la course ou la maladie aurait été vaincue. Ce qui est incertain, c'est le lien de causalité⁷¹⁶. Le résultat n'est pas ici matériel, ce n'est pas un risque⁷¹⁷. Ce dont on doute, c'est du fait qu'il s'agisse bien du résultat du fait anormal, sa nature de résultat juridique n'étant en définitive pas en cause.

L'appréhension indirecte du risque n'est donc ici qu'apparente, c'est un véritable résultat juridique qui donne lieu à responsabilité civile. Il semble en outre que cette conclusion puisse aussi être formulée, encore que ce soit pour une autre raison, au sujet du préjudice futur.

⁷¹⁴ La seule particularité tient en réalité à l'évaluation de la valeur de la chance perdue. Si l'on utilise à ce titre la notion de "réparation partielle" (en jurisprudence, v. not. Civ. 1, 27 mars et 9 mai 1973 : *JCP*, 1974, II, 17643, obs. R. SAVATIER, ou en doctrine, v. par exemple, A. BENABENT, *Droit civil. Les obligations*, préc., loc. cit.), ce n'est souvent qu'une image. En réalité, la perte de la chance est entièrement réparée, conformément au principe de réparation intégrale. En ce sens, v. J. BORE, art. cit., I. VACARIE, art. cit., et G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. cit.*, n° 284. Cependant, le mode de calcul choisi par la jurisprudence aboutit à faire de la créance de réparation de la perte de chance une fraction de ce qu'aurait été celle relative à la perte de l'événement espéré. La jurisprudence le sait bien qui use plus souvent de cette formule: « *la réparation d'une perte de chance doit être mesurée à la chance perdue et ne peut être égale à l'avantage qu'aurait procuré cette chance si elle s'était réalisée* ». V. not. Civ. 2, 9 avr. 2009, préc., et Soc., 18 mai 2011 : *Resp. civ. et assur.*, 2011, comm. n° 276. Hostiles à cette méthode, v. A. BENABENT, *op. et loc. cit.*, et *La chance et le droit*, préc., n° 237, R. SAVATIER, obs. cit., et B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *op. et loc. cit.*

⁷¹⁵ En ce sens, v. H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, *op. et loc. cit.*

⁷¹⁶ Rappr. X.-Y. LI-KOTOVTCHIKINE, art. cit.

⁷¹⁷ La jurisprudence exclut elle-même la confusion de la perte de chance et du risque. V. par exemple, Civ. 1, 16 juin 1998 : « *un risque, fût-il certain, ne suffit pas à caractériser la perte d'une chance* », « *le préjudice en résultant (étant) purement éventuel* » (*JCP, E*, 1998, note L. LEVENEUR, p. 2077.). *Adde* Civ. 1, 14 janv. 2010 : *JCP*, 2010, 413, note L. RASCHEL.

β- Le préjudice futur

117. Appréhension surabondante du risque. La réparation du préjudice futur est une donnée acquise et assez classique du droit de la responsabilité civile. On affirme assez souvent que le caractère d'actualité du dommage et du préjudice ne doit pas être compris comme l'exigence que la lésion dont on demande la réparation soit déjà réalisée mais, simplement, comme celle qu'elle soit certaine, et ce, qu'elle soit actuelle ou à venir⁷¹⁸. La jurisprudence est en ce sens qui, depuis bien longtemps, fait le départ entre préjudice futur certain et préjudice purement éventuel pour ne réparer que le premier⁷¹⁹.

Or, il est sûr que cette lésion à venir est nécessairement qualifiable de risque⁷²⁰. Certes, on affirme assez souvent que la lésion qualifiée de préjudice futur est celle qui est inéluctable et la jurisprudence exige elle-même qu'elle soit immédiatement évaluable. Mais, en réalité, les auteurs s'entendent pour dire qu'entre préjudices futur et éventuel, l'opposition est plus de degré que de nature⁷²¹. « *Comme d'ordinaire, en droit, (la certitude) qui est requise ne s'entend que d'une probabilité suffisante* »⁷²². Il va de soi en effet que tout ce qui n'est pas encore réalisé est aléatoire⁷²³. Celui qui, en raison d'un accident, est devenu tétraplégique aura certainement besoin d'une assistance personnelle à vie. Mais il existe une possibilité que la science et la technique progressent au point de lui permettre de marcher à nouveau ou même qu'il meurt, abrégeant en même temps ses besoins en assistance. Celui qui voit son terrain traversé par des lignes à haute-tension risque de voir des agents de l'entreprise de maintenance passer sur sa propriété sa vie durant. Mais rien ne dit qu'il ne vendra pas le fonds avant ou que les lignes ne seront pas déplacées dans un bref délai. En réalité, c'est bien d'un aléa qu'il s'agit, d'un risque, mais qui se caractérise par une probabilité très importante, suffisante pour que le juge accepte d'en accorder la réparation par avance, dans la mesure où l'évaluation est possible au moment où il statue.

⁷¹⁸ V. not. Ph. BRUN, *op. cit.*, n° 220, A. COLIN et H. CAPITANT par L. JULLIOT DE LA MORANDIERE, *op. cit.*, n° 1078, J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *op. cit.*, n° 136 et s., L. JOSSERAND, *op. cit.*, n° 439-2°, Ph. LE TOURNEAU *et alii*, *op. cit.*, n° 1410, H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, *op. cit.*, n° 216, G. RIPERT et J. BOULANGER, *op. cit.*, n° 986, et R. SAVATIER, *op. cit.*, n° 523. Sur la question, v. aussi C. SINTEZ, *La sanction préventive en droit de la responsabilité civile. Contribution à la théorie de l'interprétation et de la mise en effet des normes*, préc., n° 123 et s.

⁷¹⁹ Req., 1^{er} juin 1932 : « *s'il n'est pas possible d'allouer des dommages-intérêts en réparation d'un préjudice purement éventuel, il en est autrement lorsque le préjudice, bien que futur, apparaît aux juges du fait comme la prolongation certaine et directe d'un état de chose actuel et comme étant susceptible d'estimation immédiate* » (D., 1932, 1, jur., rapport Conseiller PILON, p. 102).

⁷²⁰ En ce sens, v. S. GRAYOT, *op. cit.*, n° 406.

⁷²¹ V. not. A. BENABENT, *Droit civil. Les obligations*, préc., n° 678, Ph. BRUN, *op. cit.*, n° 177, Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *op. cit.*, n° 43, Ph. LE TOURNEAU *et alii*, *op. cit.*, n° 1411 et 1414, R. SAVATIER, *op. et loc. cit.*, et G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. cit.*, n° 276. Adde L. Cadiet, « Les métamorphoses du préjudice », préc., et X.-Y. LI-KOTOVTCHIKINE, *art. cit.*

⁷²² J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *op. cit.*, n° 137.

⁷²³ Dans le même sens, v. not. S. GAUDEMET, *art. cit.*

La question qui se pose est alors de savoir si c'est bien ce risque qui justifie la responsabilité civile, si son fait générateur ne peut pas trouver d'autres fondements. Si certains semblent admettre que le préjudice futur puisse à lui seul fonder la responsabilité de son auteur, ils sont assez rares⁷²⁴. En réalité, une autre thèse peut être soutenue. Dans ces hypothèses, la responsabilité civile ne se justifie pas par l'existence, outre les autres conditions requises, d'un simple risque très probable de lésion. Le principe de la responsabilité s'explique en fait par l'existence d'une atteinte d'ores et déjà effective à un intérêt juridiquement protégé. Le préjudice futur ne permet qu'une extension de la dette et de la créance de réparation au nom d'une bonne administration de la justice⁷²⁵ qui exige que, dès lors que la responsabilité est reconnue dans son principe, il faut réparer l'ensemble des lésions actuelles et à venir qu'il est possible d'évaluer afin d'éviter la multiplication des recours. La doctrine, même si elle semble n'y voir qu'une question de fait, paraît parfois le reconnaître⁷²⁶. L'analyse des exemples, jurisprudentiels ou non, rapportés par les auteurs atteste par ailleurs du fait que le risque n'est jamais seul.

Ainsi, dans l'arrêt de la chambre des requêtes souvent présenté comme fondateur, il était question d'un propriétaire sur le terrain duquel avait été installés des pylônes et des lignes de transport d'énergie électrique. S'étant vu condamnée à lui accorder une indemnité pour la dépréciation de la valeur du fond, pour la diminution de jouissance du bien, et pour le passage des préposés à l'entretien des lignes sur son terrain, l'entreprise concessionnaire s'était pourvue en cassation, notamment au motif que ces préjudices étaient purement éventuels. La Cour de cassation, au vu notamment du rapport du Conseiller PILON, avait alors posé la distinction des préjudices futur et éventuel. Est-ce à dire qu'elle reconnaissait une responsabilité préventive dépourvue de l'exigence d'un dommage actuel, seul à être véritablement certain ? Tel ne paraît pas être le cas. Tout d'abord, suivant les conseils du rapporteur, le préjudice futur n'est admis à la réparation que s'il « *apparaît aux juges comme la prolongation certaine et directe d'un état de chose actuel* ». Or, cet état de chose, que le conseiller PILON avait précisé devoir être un préjudice actuel en évolution ou appelé à se répéter⁷²⁷, est en l'espèce de cette nature. Il y avait bien déjà une lésion actuelle justifiant à elle seule la responsabilité civile, à savoir l'installation des pylônes sur le terrain de la victime, soit une atteinte au droit de propriété de la victime. En outre, il se pourrait bien qu'il y ait eu en l'espèce préjudice patrimonial, soit une perte économique. En effet, la dépréciation de la valeur de sa propriété peut être considérée comme étant actuelle dans la mesure où la

⁷²⁴ H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, *op. et loc. cit.*, et R. SAVATIER, *op. et loc. cit.*

⁷²⁵ En ce sens, v. le lumineux rapport de M. le conseiller Pilon, sous Req., 1^{er} juin 1932, préc. *Adde* H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, *op. et loc. cit.* Ceux-ci évoquent également l'idée selon laquelle il y aurait, en cas de préjudice futur, un intérêt né et actuel à agir. Mais il s'agit là d'une considération d'ordre processuel qui révèle, en réalité, une confusion entre l'action en réparation et le droit de créance.

⁷²⁶ V. not. Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *op. et loc. cit.* (« *le dommage est certain et actuel dans son principe, pour n'être futur que dans ses conséquences* »), H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, *op. cit.*, n° 218, et G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. cit.*, n° 277 et s. (« *dans tous les cas, l'aléa qui affecte le quantum du dommage ne doit pas faire obstacle à l'admission du principe de la réparation* »).

⁷²⁷ Rapport sous Req., 1^{er} juin 1932, préc. Dans le même sens, v. X.-Y. LI-KOTOVTCHIKINE, *art. cit.*

valeur du bien a diminué dès l'installation des pylônes et des lignes, nonobstant le fait évident que cela ne se manifesterait, le cas échéant, qu'au moment de la vente du terrain⁷²⁸. La réparation du préjudice futur est certes admise mais elle ne fonde pas ici la responsabilité civile qui trouve sa cause dans un fait générateur constitué de véritables résultats juridiques. La même conclusion peut être faite à propos de l'ensemble des arrêts cités en doctrine⁷²⁹. L'appréhension du risque est dès lors ici surabondante.

118. Appréhension déclinante du risque ? En outre, la jurisprudence a inauguré une nouvelle technique de réparation du préjudice futur qui pourrait bien en signifier la fin. En effet, l'exigence posée en 1932 relative à la possibilité d'une évaluation immédiate du préjudice futur a été tempérée par la jurisprudence. Non seulement est-il loisible au juge de condamner le responsable au versement d'une provision et de surseoir à statuer⁷³⁰ mais encore celui-ci se reconnaît-il la capacité de prononcer des condamnations conditionnelles⁷³¹. Il s'agit de subordonner le versement de l'indemnité à la réalisation effective du préjudice futur. La doctrine y est assez favorable⁷³². Mais ce sentiment n'est cependant pas unanime et ce mécanisme pourrait même produire l'effet inverse de celui qui est recherché par la jurisprudence, à savoir l'extension du champ des lésions réparables.

Outre le fait qu'elle tende à une condamnation pour des préjudices purement éventuels⁷³³, certains éléments sont mis en avant par un auteur qui souligne les nombreuses difficultés causées par les questions non résolues par la jurisprudence⁷³⁴. « *Comment le bénéficiaire du jugement établira-t-il auprès du défendeur que la condition est réalisée, c'est-à-dire que le préjudice existe ? Cela ne va-t-il pas faire rebondir systématiquement le contentieux ?* », notamment si la lésion effective s'avère différente, plus ou moins élevée, que la lésion

⁷²⁸ En ce sens, v. J. CARBONNIER, *op. cit.*, n°1127, et R. SAVATIER, *op. et loc. cit.*

⁷²⁹ V. not. atteintes effectives à un droit subjectif : Com., 9 juill. 1979 (droit intellectuel) : *Bull. civ.*, n°226, et Civ. 3, 26 janv. 1993 (vices de construction qualifiable de violation d'un droit de créance) : *Resp. civ. et assur.*, 1993, com., n° 168. V. aussi atteintes effectives à l'intégrité corporelle : Crim., 2 juin 1964 : *Bull. crim.*, n° 187, Crim., 11 oct. 1988 : *Bull. crim.*, n° 337 ; et D., 1988, IR, p. 281, et Civ. 2, 20 juill. 1993 : *Bull. civ.*, n° 174. On ajoutera que les exemples imaginés par les auteurs ou par les parlementaires (v. le rapport d'information n° 558 de la commission des lois du Sénat du 15 juillet 2009) permettent systématiquement d'isoler un résultat juridique apte à fonder la responsabilité civile.

⁷³⁰ V. par exemple, Civ. 2, 19 avr. 1958 : *Bull. civ.*, n° 264. Sur la question, v. not. C. SINTEZ, *op. cit.*, n° 129 et 133.

⁷³¹ V. not. Civ. 2, 20 juill. 1993, préc., et Civ. 1, 29 févr. 2000 : *Bull. civ.*, n° 72 ; et *RTD Civ.*, 2000, obs. P. JOURDAIN, p. 576. Sur cette question, *adde* S. GRAYOT, *op. cit.*, n° 413 et s., Ph. MALINVAUD et D. FENOUILLET, *op. cit.*, n° 568, A. SERIAUX, *op. cit.*, p. 117, et G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. cit.*, n° 277-2.

⁷³² V. not. P. JOURDAIN, *obs. cit.*, et G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. et loc. cit.* *Adde* l'article 1345, alinéa 2, de l'avant-projet Catala, préc., qui propose de codifier cette technique.

⁷³³ V. ainsi la jurisprudence relative à la responsabilité notariale (sauf à considérer qu'il ne s'agit alors que de perte de chance, dans lequel cas il faut se demander pourquoi une réparation définitive n'est pas accordée). Celle-ci donne lieu, sur le fondement d'un préjudice plus éventuel que virtuel, à une condamnation, certes, conditionnelle (ce qui empêche de conclure à une responsabilité préventive) mais qui pourra donner lieu au versement d'une provision nuisible au débiteur conditionnel. Sur cette jurisprudence, v. not. S. GRAYOT, *op. cit.*, n° 403 et s., P. JOURDAIN, *obs. cit.*, et G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. et loc. cit.*

⁷³⁴ S. GRAYOT, *op. cit.*, n° 413 et s., et « De la responsabilité civile conjuguée au provisoire », *Mél. G. Viney*, préc., pp. 467 et s.

envisagée⁷³⁵. Dépourvue d'autorité de la chose jugée, la condamnation perdrait de son intérêt pour le créancier⁷³⁶ qui ne bénéficierait d'ailleurs que d'un droit éventuel lui empêchant très certainement tout acte conservatoire⁷³⁷. Au contraire, le débiteur en ressortirait plus fort, armé « *d'une sorte d'action en "révision"* » lui permettant de remettre en cause l'existence du préjudice⁷³⁸. En fin de compte, l'indemnisation conditionnelle serait « *un recul par rapport aux cas d'indemnisation immédiate, le juge se contentant d'une forte probabilité de réalisation du dommage futur pour en retenir l'existence* », elle renforcerait « *l'exigence de certitude* »⁷³⁹. La réparation du préjudice futur pourrait donc fort bien être sur la voie du déclin.

En définitive, si le dommage très probablement risqué est réparé, il ne fonde toutefois pas à lui seule la responsabilité civile qui demeure curative. L'appréhension indirecte du risque par le droit de la responsabilité civile est donc soit simplement apparente, soit surabondante, – voire déclinante – et dans tous les cas insuffisante à la consécration d'une responsabilité civile préventive, détachée du préjudice. Lorsqu'en revanche, le juge civil utilise des notions autres que celle de dommage ou de préjudice pour déclarer la responsabilité civile, on peut se demander si le risque, directement pris en compte, n'est pas alors suffisant à la génération de cette dernière.

b- L'appréhension directe du risque par le droit civil de la responsabilité

119. Par-delà dommage et préjudice. Si les notions de préjudice et de dommage ne désignent donc bien que le résultat juridique, cela ne signifie pas que la jurisprudence n'a pas étendu la notion de résultat légal au simple risque et créé une responsabilité civile préventive. Le champ lexical du droit de la responsabilité civile est en effet suffisamment riche pour que l'étude se poursuive *via* l'analyse d'autres notions dont il conviendra d'expliquer en quoi elles pourraient fonder une responsabilité civile préventive (α). On vérifiera ensuite si le droit positif en fait ou non usage (β).

α - Examen des outils d'appréhension directe du risque par le droit civil de la responsabilité

120. Le risque comme résultat matériel de la responsabilité civile. Doctrine et jurisprudence civiles utilisent deux notions qui pourraient constituer des résultats matériels propres à composer le fait générateur de responsabilité civile : celle, franche, de risque, ainsi

⁷³⁵ S. GRAYOT, *op. cit.*, n° 415.

⁷³⁶ *Ibid.*

⁷³⁷ *Ibid.*, n° 416.

⁷³⁸ *Ibid.*, n° 415.

⁷³⁹ *Ibid.*, n° 417. Très instructif en ce sens, v. Civ. 2, 20 juill. 1993, préc.

que celle, complexe et peu étudiée, de trouble, pourraient ainsi être la voie prétorienne de la construction positive d'une responsabilité civile préventive.

Si le risque n'a pas forcément pour objet un dommage ou un préjudice⁷⁴⁰, il va de soi qu'il n'est jamais lui-même une lésion, soit un résultat juridique. Résultat autonome, cet aléa quant à la survenance d'une circonstance défavorable ne peut être qualifiable que de résultat juridique. Reste à savoir s'il peut participer de la constitution du fait générateur de responsabilité civile. Certes la jurisprudence rappelle souvent la nécessité d'un dommage ou d'un préjudice certain⁷⁴¹. Plus clairement encore, elle souligne que le simple risque ne saurait suffire à nouer le lien de responsabilité civile⁷⁴². Elle l'a réaffirmé encore récemment dans l'affaire qu'il semble convenu d'appeler des "sondes cardiaques défectueuses"⁷⁴³. A la suite de l'annonce par leur fabricant d'un vice de conception de la sonde cardiaque dont étaient équipés certains patients, dont quelques-uns étaient déjà décédés, d'autres avaient, après plusieurs années vécues avec cette « épée de Damoclès plantée au milieu de la poitrine »⁷⁴⁴ et sous surveillance médicale soutenue, pris l'initiative de se faire explanter l'appareil. Ils avaient ensuite agi en justice pour obtenir réparation de leurs préjudices affectif (crainte de succomber à une crise cardiaque) et économiques (frais liés à l'opération), et de leur dommage corporel (atteinte à l'intégrité corporelle liée à l'opération, voire à ses complications). La Cour de cassation, suivant en cela la grande majorité des juges du fond, avaient alors admis ou prescrit le refus de l'indemnisation au motif que « *le changement de sonde, effectué à titre préventif et sans preuve que (la surveillance médicale) aurait été insuffisante, n'avait pas posé de problème et que le patient avait été soumis à un risque qui ne s'était pas réalisé, la cour d'appel (avait) pu en déduire que le préjudice invoqué avait un caractère éventuel* ». Le principe réaffirmé encore en 2006 est donc clair : le risque ne peut être analysé qu'en un préjudice éventuel inapte à donner lieu à la responsabilité civile de son auteur⁷⁴⁵.

⁷⁴⁰ Il peut également avoir pour objet un risque. V. *supra* n° 103.

⁷⁴¹ Civ. 1, 27 mars 2001 : *JCP*, 2001, II, 10089, note D. GUIHAL.

⁷⁴² V. not. Civ. 1, 16 juin 1998, préc., Civ. 1, 27 mars 2001, préc., et Civ. 1, 19 déc. 2006 (2 arrêts) : *D.*, 2007, pan., chron. Ph. BRUN, p. 2897 ; *Resp. civ. et assur.*, 2007, comm., n° 64, note Ch. RADE ; et *RTD Civ.*, 2007, obs. P. JOURDAIN, p. 352.

⁷⁴³ Civ. 1, 19 déc. 2006 (2 arrêts), préc.

⁷⁴⁴ Ch. RADE, note *cit.*

⁷⁴⁵ En réalité, si le principe de l'indifférence du risque est bel et bien affirmé – ce qui a été vu par une doctrine regrettant que la Cour de cassation ne se soit pas saisie de l'occasion qui était censée lui être donnée de consacrer une responsabilité préventive se fondant sur le principe de précaution et anticipant l'article 1344 du Code civil de l'avant-projet Catala, préc., (v. not. P. JOURDAIN, obs. *cit.*, Ch. RADE, note *cit.* Adde S. HOCQUET-BERG, cité in Ph. BRUN, chron. *cit.*), il n'en demeure pas moins très mal illustré et appliqué en l'espèce. La seule lésion éventuelle ici consiste dans la réalisation de l'arrêt cardiaque, la crainte qu'il ne se réalise, les dépenses et les lésions corporelles subies sont bien réelles. Prétendre le contraire est « *injurieux pour les victimes* » ainsi que l'a écrit un auteur (P. JOURDAIN, obs. *cit.*). Comme l'a relevé la doctrine unanime (v. Ph. BRUN, chron. *cit.*, P. JOURDAIN, obs. *cit.*, et Ch. RADE, note *cit.*), la difficulté ne tenait pas ici à l'existence incontestable des atteintes mais à l'établissement du lien de causalité. La question qui se posait était seulement de savoir si, en l'absence de l'anormalité de la sonde cardiaque, l'explantation aurait été réalisée. La réponse à cette question étant non, c'est donc que cette défectuosité est une cause des dommages et préjudices, cause que l'on peut juger suffisante à ce qu'il y ait responsabilité civile. En ce sens, *adde* C. SINTEZ, *op. cit.*, n° 119.

Pourtant, il n'en reste pas moins qu'une part de plus en plus considérable de la doctrine fait état d'une tendance jurisprudentielle à admettre timidement que le simple risque suffit à ce que la responsabilité de son auteur ne soit engagée⁷⁴⁶. Dès lors, c'est que l'on accepte en jurisprudence que la responsabilité civile soit fondée sur un simple résultat matériel, ouvrant ainsi la porte à une responsabilité préventive. Cela devra faire l'objet d'une vérification. En attendant, une démonstration similaire, quoique moins évidente, doit être menée pour la notion plus mystérieuse de trouble.

121. Le trouble comme résultat matériel de la responsabilité civile. Si la notion de trouble est de plus en plus utilisée par la doctrine civiliste⁷⁴⁷, peu d'auteurs ont néanmoins étudié très sérieusement la distinction de cette notion et de celles de dommage et préjudice⁷⁴⁸. Ceux qui l'ont fait ont en tout cas insisté très clairement sur la différence qu'il y avait entre elles : « *l'opposition entre le trouble et le dommage implique de la rigueur* »⁷⁴⁹. Constatant que l'« *on a pris l'habitude de réduire le fait délictueux à un fait générateur et à un dommage, unis par un lien de causalité* »⁷⁵⁰, un auteur propose, s'inspirant du droit suisse, de présenter les « *trois séquences du fait délictueux* »⁷⁵¹. Celui-ci se décomposerait de la sorte : une action ou une omission ; une atteinte consistant dans « *le fait ou l'état de fait illicite en tant qu'événement de nature à perturber les intérêts d'autrui* » ; et les conséquences de cette dernière, le dommage et le préjudice⁷⁵². Il identifie plus tard⁷⁵³ cette atteinte, étape intermédiaire entre le fait et la lésion, au trouble qui apparaît surtout comme étant le « *précurseur du dommage* »⁷⁵⁴ et non ce dernier lui-même, qui ne serait qu'une potentialité du

⁷⁴⁶ V. not. J.-V. BOREL, « La responsabilité pour troubles anormaux de voisinage : de la réparation à la prévention », *RRJ*, 2007-4, pp. 1754 et s., M. BOUTONNET, *op. cit.*, 1057 et s., S. GAUDEMET, *art. cit.*, S. GRAYOT, *op. cit.*, n° 405 et s., Ph. LE TOURNEAU *et alii*, *op. cit.*, n°1413-1, N. RIAS, *op. cit.*, n° ,1185 et s., C. SINTEZ, *op. cit.*, *passim.*, D. TAPINOS, *op. cit.*, n° 896 et s., G. VINEY, *Traité de droit civil. Introduction à la responsabilité*, préc., n° 66-3, et G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. cit.*, n° 278,

⁷⁴⁷ V. not. C. BLOCH, *op. cit.*, n° 384 et s., M. BOUTONNET, *op. et loc. cit.*, Ph. BRUN, *op. cit.*, n° 504, Ph. CONTE, préface à la thèse de C. GUILLEMAIN, *op. cit.*, C. GUILLEMAIN, *op. cit.*, Ch. LAPOYADE-DESCHAMPS, *art. cit.*, Ch. QUEZEL-AMBRUNAZ, *op. cit.*, n°424 et s., et « Antennes-relais : distinguer risque, trouble et préjudice sur fond de principe de précaution », *RLDC*, 2009, n° 3374, Ph. LE TOURNEAU, avant-propos à la thèse de C. BLOCH, *op. cit.*, p. XVI, C. SINTEZ, *op. cit.*, n° 449 et s., C. THIBIERGE, préface à la thèse de M. BOUTONNET, *op. cit.*, et G. VINEY, « Cessation de l'illicite et responsabilité civile », *Mél. G. Goubeaux*, Dalloz/L.G.D.J., 2009, pp. 547 et s.

⁷⁴⁸ En réalité, il semble n'y en avoir que trois en droit français, à savoir en premier lieu, Mlle Guillemain (*op. cit.*), puis M. Bloch (*op. cit.*, n° 369 et s.), et enfin M. Sintez (*op. et loc. cit.*).

⁷⁴⁹ C. GUILLEMAIN, *op. cit.*, n° 16. *Adde ibid.*, n°, 19, 35, 38, 59, et 190, C. BLOCH, *op. cit.*, n° 369, 377, 378, 386, et 388, et Ph. CONTE, *op. cit.* La jurisprudence ferait également la distinction, v. ainsi Civ. 3, 3 nov. 1977 : *D.*, 1978, jur., note F. CABALLERO, p. 434. *Contra* v. V. WESTER-OUISSSE, « Responsabilité pour troubles anormaux : le modèle d'une responsabilité fondée sur le dommage », *RRJ*, 2007-3, pp. 1219 et s.

⁷⁵⁰ C. BLOCH, *op. cit.*, n° 375.

⁷⁵¹ *Ibid.*, n° 376 et s.

⁷⁵² *Ibid.*

⁷⁵³ *Ibid.*, n° 385 et s.

⁷⁵⁴ Cette expression de Mlle Guillemain (*op. cit.*, n° 23, 47, et 59) est constamment reprise par la doctrine (v. not. C. BLOCH, *op. cit.*, n° 388) qui paraît même tendre à résumer le trouble à cela (v. not. Ph. BRUN, *op. cit.*, n°215, note 4, Ph. CONTE, *op. cit.*, p. 8, et Ch. LAPOYADE-DESCHAMPS, *art. cit.*). Sur cette notion, *adde supra* n° 73, note 460.

trouble⁷⁵⁵. Le critère de distinction serait donc principalement chronologique. Précédant la lésion, le trouble ne peut être un résultat juridique et n'est par conséquent qualifiable que de résultat matériel⁷⁵⁶, et donc de risque. Plusieurs éléments militent en ce sens. Tout d'abord, il est le précurseur du dommage, « *il fait planer la menace d'un résultat porteur d'un mal plus considérable, le dommage* »⁷⁵⁷, il tend « *à compromettre un intérêt* »⁷⁵⁸, il est constitué par « *la seule potentialité de la situation illicite à (...) entraîner* » un dommage ou un préjudice⁷⁵⁹. Sa définition même en fait un risque, un résultat caractérisé par le fait qu'il augure un événement défavorable. Il en est ainsi également de son caractère « *inséparable du fait ou de l'état de fait illicite* »⁷⁶⁰. Tel est en effet le cas du risque qui ne naît et ne vit en principe que tant que l'activité dangereuse demeure, ce qui pose souvent la question de savoir s'il est un effet détachable ou un simple attribut de l'acte. Enfin, a été mise en exergue la nature préventive de l'action ayant pour objet de s'attaquer au trouble⁷⁶¹. Pourtant, les auteurs prennent soin de distinguer le trouble de la notion de risque. En réalité, toutefois, cela ne signifie pas que le trouble n'est pas un risque mais simplement que tout risque n'est pas un trouble⁷⁶². Celui-ci se caractériserait par son effectivité⁷⁶³ et par son caractère concret, au sens de proche causalement et temporellement⁷⁶⁴, et très probable⁷⁶⁵. Le trouble serait donc un résultat matériel constitué par un risque certain et d'une grande probabilité ayant nécessairement une lésion pour objet avec lequel elle aurait un rapport de proximité causale et temporelle. Reste à savoir si ce résultat matériel peut constituer un fait générateur de responsabilité civile.

On retrouve la notion de trouble dans divers domaines particuliers traditionnellement rattachés au droit de la responsabilité civile, à savoir le contentieux des troubles de voisinage ou de la concurrence illicite ou déloyale⁷⁶⁶. En outre, elle aurait un domaine général d'application au travers du droit de la cessation de l'illicite qui relèverait également de la

⁷⁵⁵ C. GUILLEMAIN, *op. cit.*, n° 49. Rappr. Ph. LE TOURNEAU, *op. et loc. cit.*

⁷⁵⁶ On notera qu'il est tout de même considéré comme un résultat à part entière. En ce sens, v. C. BLOCH, *op. cit.*, n° 386, Ph. CONTE, *op. et loc. cit.*, et C. GUILLEMAIN, *op. cit.*, n° 19 et 23.

⁷⁵⁷ Ph. CONTE, *op. et loc. cit.*

⁷⁵⁸ C. GUILLEMAIN, *op. cit.*, n° 15. *Adde* n° 23, 47, et 59.

⁷⁵⁹ C. BLOCH, *op. cit.*, n° 388, et 390-2.

⁷⁶⁰ *Ibid.*, n° 377. *Adde* C. GUILLEMAIN, *op. cit.*, n° 32.

⁷⁶¹ V. not. C. GUILLEMAIN, *op. cit.*, n° 19 et 199. *Adde* G. VINEY, *art. cit.*

⁷⁶² V. très clairement, M. BOUTONNET, *op. cit.*, n°1058 : « *un trouble représente nécessairement un risque mais tous les risques ne créent pas toujours des troubles* », « *Quand le juge hésite à appliquer le principe de précaution* », note sous Aix-en-Provence, 8 juin 2004, *D.*, 2004, jur., pp. 2678 et s., et « *Les risques éventuels générés par les antennes-relais de téléphonie mobile devant le juge civil* », *Gaz. Pal.*, 22-24 nov. 2009, pp. 11 et s., et C. GUILLEMAIN, *op. cit.*, n° 33 : « *n'importe quel risque n'est pas à même de constituer un trouble* ». Rappr. C. THIBIERGE, *op. cit.*

⁷⁶³ V. C. GUILLEMAIN, *op. cit.*, n° 27 et 205, et C. BLOCH, *op. cit.*, n° 390-2. Cette exigence d'un risque certain exclut nécessairement que le principe de précaution, ayant vocation à s'appliquer aux risques hypothétiques de dommage ou de préjudice, soit mis en œuvre à travers cette notion. Très clairement en ce sens, v. *ibid.*

⁷⁶⁴ V. M. BOUTONNET, *op. et loc. cit.*, et C. GUILLEMAIN, *op. cit.*, n° 33 et 59.

⁷⁶⁵ V. *ibid.*, n° 59.

⁷⁶⁶ V. C. BLOCH, *op. cit.*, et G. VINEY, *art. cit.*

responsabilité civile⁷⁶⁷. En dépit du fait qu'elle ne se manifeste clairement que dans des cas particuliers⁷⁶⁸, l'institution serait d'application générale par le biais de l'article 1382 du Code civil qui constituerait le seul fondement juridique substantiel envisageable pour une théorie générale de la cessation de l'illicite en droit privé⁷⁶⁹. Camouflée sous les airs de la réparation en nature et confondue avec elle par la doctrine⁷⁷⁰ et, très souvent également, par le droit positif⁷⁷¹, il s'agirait d'une véritable fonction de la responsabilité civile. L'institution ne serait peut-être ainsi pas tant à consacrer qu'à simplement formaliser⁷⁷², notamment pour que son autonomie de régime puisse être pleinement reconnue et appliquée⁷⁷³. Cette autonomie se traduit notamment, quant aux conditions de la responsabilité, par une objectivation opérant un glissement de la lésion au trouble⁷⁷⁴.

Il résulte de cela que la responsabilité civile pourrait exister sans dommage ni préjudice, sur le fondement d'un simple risque, au moins dans quelques domaines particuliers, voire, au mieux, par la vocation universelle de la cessation de l'illicite de droit commun.

122. Nécessité d'une vérification. Sans discuter encore⁷⁷⁵ le rattachement, ni dans sa réalité ni dans son opportunité, de cette dernière à la responsabilité civile, il faut toutefois vérifier que le trouble amène la responsabilité civile à vraiment reposer sur un simple résultat matériel. Il en sera de même pour la notion de risque. Cela supposera, d'une part, de s'interroger sur la réalité de la distinction du trouble ou du risque et de la lésion, de s'assurer que les faits qualifiés de trouble ou de risque ne puissent pas l'être également de dommage ou de préjudice. D'autre part, moins radicalement, il se pourrait que le trouble, tout en n'étant pas qualifiable de résultat juridique, ne soit pris en compte par le droit de la responsabilité civile qu'accompagner d'une lésion précédente ou concomitante apte à fonder le lien d'obligation⁷⁷⁶.

⁷⁶⁷ C'est la thèse défendue par M. Bloch (*op. cit.*) et à laquelle adhèrent divers auteurs. V. not. M. BOUTONNET, *op. cit.*, Ph. BRUN, *op. cit.*, n° 599 et s., Ph. LE TOURNEAU *et alii*, *op. cit.*, n° 26 et 2441, C. SINTEZ, *op. cit.*, spéc. n° 8 et s., 86 et s., et 252 et s., et G. VINEY, art. *cit. Adde*, moins clairement, M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, p. 43.

⁷⁶⁸ V. C. BLOCH, *op. cit.*, n° 96 et s., et 131 et s., et G. VINEY, art. *cit.* Il s'agit notamment des contentieux de la concurrence déloyale, des droits de la personnalité, du droit des pratiques restrictives de concurrence, du droit de la consommation, ainsi que du droit de la propriété intellectuelle.

⁷⁶⁹ V. *ibid.*, et C. BLOCH, *op. cit.*, n° 10-2, 131 et s., et 240.

⁷⁷⁰ V. *ibid.*, n° 6 et 69 et s. On notera que même les auteurs qui en reconnaissent la spécificité l'étudient avec la réparation en nature. V. par ex., Ph. BRUN, *op. et loc. cit.*

⁷⁷¹ V. C. BLOCH, *op. cit.*, n° 7-2 et s., 64 et 67 et s., et Ph. LE TOURNEAU *et alii*, *op. cit.*, n° 2444.

⁷⁷² V. C. BLOCH, *op. cit.*, n° 222, 176, 436, 460 et s., et 547 : « *De cette fonction de cessation de l'illicite, le droit positif a dispersé la matière mais la livre pourtant* ».

⁷⁷³ V. *ibid.*, n° 241 et s. *Adde* Ph. BRUN, *op. et loc. cit.*, et G. VINEY, art. *cit.*

⁷⁷⁴ V. C. BLOCH, *op. cit.*, n° 334 et s., et G. VINEY, art. *cit.*

⁷⁷⁵ V. *infra* n° 131 et s., et 135 et s.

⁷⁷⁶ En ce sens, v. G. VINEY, art. *cit.*

β- Vérification de l'effectivité de l'appréhension directe du risque par le droit civil de la responsabilité

123. Le bon grain et l'ivraie. De nombreuses hypothèses sont imaginées ou rapportées de la jurisprudence pour illustrer cette évolution de la responsabilité civile en un sens prospectif. Il faut cependant se méfier et savoir séparer le bon grain de l'ivraie⁷⁷⁷ car, parfois, l'appréhension du risque peut être discutée, ce qui n'empêche pas qu'il y ait des situations d'appréhension véritable du risque par le droit de la responsabilité civile.

124. L'appréhension contestable du risque par la responsabilité civile : caractère erroné de la qualification de risque ou de trouble. Parfois, on peut contester le fait que la responsabilité civile soit fondée sur le risque, et ce, en raison du fait qu'il n'y a pas véritablement risque ou trouble mais bien dommage ou préjudice.

Tel est le cas, principalement, lorsque le soi-disant trouble consiste en l'atteinte à un droit subjectif⁷⁷⁸. Le dommage consistant en la lésion d'un intérêt juridiquement protégé et le droit subjectif étant la qualification applicable aux intérêts les plus évidemment protégés par le droit, il en résulte que toute atteinte effective à un droit subjectif est nécessairement qualifiable de dommage. L'empiètement sur le terrain d'autrui, l'inexécution contractuelle, l'usage du nom, de la voix ou de l'image d'autrui, l'atteinte portée à sa vie privée, en sont donc⁷⁷⁹. Cela est admis par SAVATIER qui, parmi les premiers, a insisté sur la distinction de la réparation et de la cessation, et qui a pu écrire : « *le simple fait que (le) droit a été entamé autorise la victime à demander réparation, même si la perte a été pécuniairement insignifiante* »⁷⁸⁰. On peut aussi trouver d'autres illustrations de cette hypothèse. Ainsi, parmi les cas d'espèces présentés par un auteur comme censés illustrer des exemples dans lequel il serait question de cessation de simples troubles ayant pour objet un intérêt collectif, il y a parfois en réalité une véritable atteinte, que ce soit à l'environnement⁷⁸¹, à l'intérêt des consommateurs⁷⁸² ou à la dignité de la personne humaine⁷⁸³.

⁷⁷⁷ V. N. RIAS, *op. et loc. cit.*

⁷⁷⁸ Pour des ex., v. C. BLOCH, *op. cit.*, n° 342 et s., et C. SINTEZ, *op. cit.*, n° 34 et s., et n° 446 et s.

⁷⁷⁹ Pour plus de détails, v. *infra* n° 350 et 352 et s.

⁷⁸⁰ *In op. cit.*, n° 522.

⁷⁸¹ V. par ex., Caen, 6 sept. 1994 (destruction effective d'une espèce végétale protégée) : *JCP*, 1995, IV, 1367, et Poitiers, 23 janv. 1996 (construction illicite de nombreux logements portant atteinte effective à l'environnement de l'île d'Oléron) : *Rev. jur. env.*, 1996, n° 4, note B. DROBENKO, p. 469, et R. LEOST.

⁷⁸² V. not. TGI Nanterre, 22 mai 2002 (atteinte effective à la confiance des consommateurs par publicité trompeuse) : *D.*, 2002, n° 22, obs. V. AVERA-ROBARBET, p. 1832, et Civ. 1, 9 mars 2004 (*idem*) : *Comm. com. élect.*, 2004, comm. n° 93, note L. GRYNBAUM.

⁷⁸³ V. not. Paris, 28 mai 1996 (réparation et cessation de l'atteinte à la dignité de la personne humaine causé par une campagne publicitaire utilisant des clichés de parties du corps humain tatoué de l'inscription "HIV positive") : *D.*, 1996, note B. EDELMAN, p. 617, TGI Paris, 8 août 2002 (réparation refusée au motif de l'absence de préjudice mais cessation et donc responsabilité admise de celui qui contribue, en hébergeant des sites néonazis, à porter ce qui peut être considéré comme une atteinte effective à la dignité humaine et à l'égalité entre les hommes), cité in C. BLOCH, *op. cit.*, n° 360, note 1509, et Versailles, 24 nov. 2004 (commercialisation d'un singe en peluche dénommé "Nazo le skizo" et ayant 15 voix, jugée comme portant « atteinte » à la dignité

Dans l'ensemble de ces cas, la responsabilité civile est fondée sur un résultat juridique, et même n'est fondée que sur cela.

125. L'appréhension contestable du risque par la responsabilité civile : caractère surabondant du fait qualifiable de risque ou de trouble. Il peut aussi arriver que le juge civil prenne effectivement en compte le risque ou le trouble sans que ceux-ci ne fondent la responsabilité civile, un dommage ou un préjudice pouvant être également identifié⁷⁸⁴.

En matière de cessation de l'illicite par exemple, certaines mesures tendent à éviter la perpétuation d'un trouble actuel ayant déjà causé un dommage ou un préjudice, tandis que d'autres ont pour objet d'éviter son existence ou plutôt celle de ses conséquences lésionnaires, soit qu'il s'agisse de prévenir leur réitération, soit qu'il soit question d'empêcher leur toute première survenance. Les deux premières hypothèses⁷⁸⁵ doivent être rangées ensemble car elles entrent dans le cadre classique de la responsabilité civile dans la mesure où celle-ci pourrait suffisamment s'expliquer par un résultat juridique, à savoir le dommage ou le préjudice qui s'est déjà réalisé. Cette solution doit même s'appliquer *a fortiori* car, si l'on admet que le préjudice futur soit indemnisé, alors il paraît aller de soi qu'il puisse être prévenu. Les mêmes raisons⁷⁸⁶ motivent les deux solutions. Il semble même que la réparation de ce dernier type de préjudice ne trouve son explication que dans le fait que la prévention n'est plus possible.

Certaines décisions semblent fonder la responsabilité civile sur l'existence d'un risque. Ainsi, il est souvent jugé qu'il y a lieu à responsabilité quand il y a un risque pour la sécurité des biens de la victime⁷⁸⁷, de sa fortune⁷⁸⁸, de sa santé ou sa vie⁷⁸⁹. Cependant, dans bien des cas, le risque s'accompagne d'un dommage ou d'un préjudice véritable apte à fonder, en l'absence du risque, la responsabilité de son auteur⁷⁹⁰. De fait, le préjudice affectif résultant de

des schizophrènes, terme juridiquement exact dans la mesure où la dignité, en tant qu'intérêt collectif, n'est pas seulement menacée mais bien lésée) : *RTD Civ.*, 2005, obs. J. HAUSER, p. 364.

⁷⁸⁴ En ce sens, v. not. Ch. QUEZEL-AMBRUNAZ, art. *cit.*

⁷⁸⁵ Qui, pour certains, semblent les seules envisageables (v. G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil. Les effets de la responsabilité*, L.G.D.J., 2^e éd., 2001, n° 7 et s.) et qui sont souvent les seules envisagées (V. Ph. LE TOURNEAU *et alii*, *op. cit.*, n° 2442).

⁷⁸⁶ V. *supra* n° 117 et s.

⁷⁸⁷ V. not. Civ. 2, 16 juill. 1982 : *D.*, 1982, IR, p. 429, TGI Paris, 8 janv. 1986 : *D.*, 1987, somm. comm. p. 138, 1^{ère} esp., Civ. 2, 17 mai 1995 : *Bull. civ.*, n° 142, Civ. 2, 12 déc. 1996 : *Bull. civ.*, n° 287, et Civ. 2, 24 févr. 2005 (2 arrêts) : *Bull. civ.*, n° 50 et 51 ; *D.*, 2005, jur., note N. DAMAS, p. 1395 ; *JCP*, 2005, II, 10100, note TREBULLE, et I, 149, obs. G. VINEY, et 181, obs. H. PERINET-MARQUET ; et *RTD Civ.*, 2005, chron. P. JOURDAIN, p. 407.

⁷⁸⁸ V. not. Crim., 11 juin 1985 : *Bull. crim.*, n° 222, et Civ. 2, 12 déc. 1996, préc., et 26 sept. 2002 : *JCP*, 2003, I, 154, chron. G. VINEY.

⁷⁸⁹ V. not. Civ. 2, 16 juill. 1982, préc., et Civ. 1, 19 déc. 2006 (2 arrêts), préc.

⁷⁹⁰ V. ainsi Riom, 10 févr. 1830, cité in S. GRAYOT, *op. cit.*, n° 406 (l'arrêt dispose certes que « les riverains exposés à souffrir de l'existence d'une digue sont fondés à en demander la suppression, même avant qu'il en ait résulté un dommage » mais la souffrance s'analyse en une diminution du bien-être qualifiable de préjudice affectif), Civ. 2, 16 juill. 1982, préc. (les juges notent qu'il y a un risque d'incendie mais ne font qu'ajouter cela au bruit et à l'odeur, le tout conduisant nécessairement un préjudice affectif), Civ. 2, 17 mai 1995, préc. (dépréciation d'un bien immobilier), Civ. 2, 18 déc. 1996, préc. (perte de jouissance, dépréciation d'un bien immobilier, destruction partielle du même bien), et Civ. 2, 26 sept. 2002, préc. (préjudice patrimonial dû à la

la crainte du risque⁷⁹¹ ou le préjudice patrimonial découlant de la dépréciation des biens de la victime sont presque systématiques⁷⁹². Cela est particulièrement vrai lorsqu'est pris en compte un risque d'inondation⁷⁹³, d'éboulements⁷⁹⁴, d'incendie⁷⁹⁵ ou de cambriolage⁷⁹⁶ ou, plus généralement, un trouble du voisinage⁷⁹⁷. Les préjudices affectif et patrimonial sont d'ailleurs parfois explicitement pris en compte par la jurisprudence⁷⁹⁸. Il suffit de citer deux décisions qui ont beaucoup fait écrire pour s'apercevoir qu'elles entrent tout à fait dans les canons classiques de cette matière dont elles respectent toutes les exigences techniques.

L'arrêt rendu par la deuxième chambre civile de la Cour de cassation le 10 juin 2004⁷⁹⁹, en premier lieu, concernait une affaire dans laquelle une personne résidant dans une villa située à proximité d'un parcours de golf faisait, tout comme sa propriété, l'objet d'une pluie de balles. Elle avait demandé réparation des dégâts qui en avaient résulté et modification du parcours de golf. L'arrêt de la cour d'appel de Montpellier qui lui avait accordé l'indemnisation demandée avait fait l'objet d'un pourvoi. La Cour de cassation en saisit l'occasion pour affirmer que la victime, étant « *contrainte de vivre sous la menace constante d'une projection de balles qui devait se produire d'une manière aléatoire et néanmoins inéluctable, et dont le lieu et la force d'impact, comme la gravité des conséquences potentielles, étaient totalement imprévisibles, continuait à subir des inconvénients qui excédaient dans de fortes proportions*

cessation de l'activité professionnelle), Crim., 11 juin 1985, préc. (alors que la responsabilité semble être admise sur le seul fondement du risque d'être exposé à des dommages non couverts par une assurance obligatoire mais non souscrite par le responsable et à des frais liés à l'obligation à venir pour les victimes de contracter une assurance personnelle, il faut noter que la Cour de cassation relève également « *la violation d'une obligation contractuelle* », soit un dommage patrimonial), TGI Paris, 8 juin 1986, préc. (non seulement les juges précisent que « *le préjudice subi par la demanderesse (...) résulte notamment du risque* » mais elle caractérise, en outre, une atteinte à la vie privée), Civ. 3, 25 mai 2005, préc. (présence de désordres et malfaçons, atteinte au droit de créance par violation contractuelle, sans compter que l'exposition d'un ouvrage à des risques sismiques entraînent forcément sa dépréciation), et Civ. 1, 19 déc. 2006 (2 arrêts), préc. (la jurisprudence ne semble pas s'opposer à la réparation du préjudice moral résultant de la crainte du risque mais la cassation n'est prononcée que pour défaut de réponse à conclusions).

⁷⁹¹ Qui semble rejoindre le chef de préjudice naissant qualifié de préjudice d'angoisse. V. *supra* n° 69.

⁷⁹² C'est souvent ainsi que le comprend et, peut-être pour cela, que l'admet la doctrine. V. not. L. CADIET, *Le préjudice d'agrément*, *op. cit.*, n° 150 et s., qui considère que les « *nuisances* » sont, avec les accidents, la cause des préjudices affectifs et que « *le préjudice d'agrément est à l'origine de la jurisprudence sur les troubles anormaux du voisinage* » (*ibid.*, n° 165), J. CARBONNIER, *op. et loc. cit.* : « *la crainte du préjudice éventuel crée d'ores et déjà une insécurité, qui est un préjudice actuel, parce qu'elle entraîne une certaine dépréciation de l'immeuble* », et R. SAVATIER, *op. cit.*, n° 523 : « *même lorsqu'un dommage est encore éventuel, il se traduit fréquemment sous la forme actuelle d'une dépréciation ou d'une menace* ». Comp. C. GUILLEMAIN, *op. cit.*, n° 33 et 60, qui estime que le trouble se caractérise par l'existence d'« *une gêne concrète* », une perturbation effective pour la victime, ce qui peut être qualifié de préjudice affectif.

⁷⁹³ V. par ex., Civ. 3, 17 déc. 2002 : *JCP*, 2004, I, 101, chron. G. VINEY.

⁷⁹⁴ V. not. Civ. 2, 17 mai 1995, préc., Civ. 2, 18 déc. 1996, préc., et Civ. 2, 26 sept. 2002, préc.

⁷⁹⁵ V. not. Civ. 2, 16 juill. 1982, préc., et Civ. 2, 24 févr. 2005, préc.

⁷⁹⁶ V. par ex. Paris, 4 nov. 1986 : *D.*, 1986, IR, p. 459.

⁷⁹⁷ V. not. Civ. 2, 15 déc. 1971 : *Bull. civ.*, n° 345, Civ. 2, 16 juill. 1982, préc., Civ. 2, 24 févr. 2005, préc., et Civ. 3, 3 nov. 1977, préc.

⁷⁹⁸ Ainsi pour la dépréciation de la valeur du bien, v. Civ. 2, 15 déc. 1971, préc., Civ. 2, 17 mai 1995, préc., et Civ. 2, 18 déc. 1996, préc. De même, pour le préjudice affectif résultant du risque, v. Riom, 10 févr. 1830, préc., et Civ. 2, 15 déc. 1971, préc. Rapp. Civ. 1, 19 déc. 2006 (2 arrêts), préc.

⁷⁹⁹ Civ. 2, 10 juin 2004 : *D.*, 2005, pan., chron. D. MAZEAUD, p. 185 ; *Resp. civ. et ass.*, 2004, comm. n° 336 ; et *RTD Civ.*, 2004, pp. 738 et s., obs. P. JOURDAIN.

ceux que l'on pouvait normalement attendre du voisinage d'un parcours de golf», ce qui justifiait son droit de créance. Il est très clair en l'espèce que si le risque de lésions dues à la chute de balles a constitué une des motivations principales de cette décision, celle-ci n'en demeure pas moins classique dans la mesure où il y a bien eu, non seulement des dommages et des préjudices patrimoniaux résultant des atteintes portées aux biens de la victime, mais encore un préjudice affectif consistant en le désagrément que cause l'obligation de vivre sous la menace de subir des atteintes imprévisibles à chaque instant⁸⁰⁰.

En second lieu, c'est à l'affaire *Lagouge* qu'il faut faire référence⁸⁰¹. A la suite de l'installation d'une antenne-relai de téléphonie mobile, des familles habitant à proximité avaient demandé en justice la réparation de leur préjudice et le démantèlement de l'ouvrage. Elles obtinrent gain de cause devant les juges de première instance, puis devant la Cour d'appel de Versailles qui se fonda sur le préjudice moral consistant dans l'anxiété légitime causé par le risque sanitaire hypothétique auxquelles les victimes étaient depuis plusieurs années exposées. On voit clairement qu'ici le risque n'est pas suffisant et que ce qui motive la réparation tient à l'existence d'un préjudice moral. Il ne s'agit pas d'un « *risque préjudiciable* »⁸⁰², au sens où c'est le risque même qui serait considéré comme une lésion par les magistrats, mais bien d'un préjudice affectif consistant classiquement en la diminution du bien-être de la victime. Ce préjudice a été contesté en l'espèce au motif que la crainte des victimes ne serait fondée que sur un risque incertain de dommage ce qui serait irrationnel⁸⁰³. Néanmoins, en disant cela on n'en conteste pas la réalité, la certitude, mais simplement la légitimité. On ne dit pas qu'il ne s'agit pas d'un résultat juridique mais, simplement, que celui-ci n'a pas tous les caractères requis pour fonder une responsabilité civile. Or, il semble bien que sous l'influence de l'esprit "précautionniste" qui innerve aujourd'hui le droit de la responsabilité civile, à l'image de la société elle-même, les juges aient estimé légitime la

⁸⁰⁰ C'est la présentation inverse que retiennent les commentateurs (v. note précédente) qui mettent l'accent sur l'importance des risques comme fondement de la responsabilité. Si la conviction des juges tient peut-être à cela, l'important pour notre étude est de vérifier dans quelle mesure la responsabilité civile peut se passer techniquement d'une lésion. Rapp. R. DEMOGUE : « *la privation de jouissance d'un immeuble sans préjudice matériel autre est déjà un dommage suffisant. C'est le cas si le voisinage d'un champ de tir par les obus passant à proximité empêche de jouir d'un terrain. La chute de projectiles outre les dégâts matériels cause un trouble de jouissance donnant lieu à réparation* », cité in S. GRAYOT, *op. et cit.*, et F.-G. TREBULLE, note *cit.*

⁸⁰¹ Versailles, 4 févr. 2009, *Lagouge* : *Gaz. Pal.*, 11-12 mars 2009, note A. SULTAN, p. 65 ; *JCP*, 2009, act., 83, obs. C. BLOCH, et I, 123, chron. Ph. STOFFEL-MUNCK, et 2009, 248, chron. Ph. STOFFEL-MUNCK ; et *Resp. civ. et ass.*, 2009, comm. n° 75, note G. COURTIEU. *Adde* Ch. QUEZEL-AMBRUNAZ, art. *cit.*, et Ph. STOFFEL-MUNCK, « La théorie des troubles du voisinage à l'épreuve du principe de précaution : observations sur le cas des antennes relais », *D.*, 2009, chron., pp. 2817 et s. V. aussi, plus récemment, Montpellier, 15 sept. 2011 : *D.*, 2012, chron. Ph. BRUN et O. GOUT, p. 53, et note B. PARANCE, p. 267.

⁸⁰² F.-G. TREBULLE, note *cit.* L'auteur n'est pas toujours très clair cependant qui dit, tantôt que « *le risque peut, en lui-même, être regardé comme caractérisant un préjudice actuel et certain* », tantôt que « *l'existence même d'un risque est (...) de nature à altérer la situation personnelle ou patrimoniale de celui qui y est exposé* ». C'est dire deux choses différentes. Dans le premier cas, le risque est un préjudice. Dans le second, il cause un préjudice. C'est cette seconde présentation qui paraît la plus juste. *Adde* J.-V. BOREL, art. *cit.*, et M. BOUTONNET, « Le risque, condition "de droit" de la responsabilité civile, au nom du principe de précaution ? », *D.*, 2009, pp. 819 et s.

⁸⁰³ V. ainsi M. BOUTONNET, art. *cit.*, et Ph. STOFFEL-MUNCK, « La théorie des troubles du voisinage à l'épreuve du principe de précaution », *préc.*, et chron. sous Versailles, 4 févr. 2009, *préc.*

crainte résultant de risques dont l'inexistence objective potentielle est compensé par l'incapacité de la science à apporter des réponses et par la gravité des lésions éventuellement encourues. S'il y a lieu de critiquer le raisonnement des magistrats, c'est sur ce jugement de valeur, non sur le jugement de réalité constatant l'existence de l'angoisse des victimes⁸⁰⁴. Par ailleurs, la jurisprudence présente parfois expressément le risque comme un simple fait causal ou alors comme le révélateur de l'anormalité de ce fait causal, plutôt que comme un résultat légal⁸⁰⁵.

Il faut donc se méfier de l'utilisation des notions de trouble et de risque par la jurisprudence qui, soit est maladroite dans les qualifications qu'elle applique, soit n'a pas ni pour effet ni même pour objet de reconnaître une responsabilité civile préventive fondée sur un simple résultat matériel. Néanmoins, ces hypothèses contestables de prise en compte du risque ne doivent pas cacher les situations où cette dernière est indiscutable.

126. L'appréhension véritable du risque par la responsabilité civile : l'exemple fâcheux du contentieux des antennes-relais. La responsabilité civile pour risque existe. Elle est bien cachée, il faut la chercher minutieusement, mais on finit par la trouver. Seuls des exemples, cependant, peuvent être donnés et il n'existe par conséquent aucune règle générale donnée par la jurisprudence pour fonder, expliquer ou encadrer cette direction *contra legem* prise par le droit de la responsabilité civile.

Alors que l'on craignait devoir attendre une action exercée en représentation d'une personne en état végétatif chronique⁸⁰⁶ occupant un logement dont il n'est pas le propriétaire⁸⁰⁷ pour qu'il soit possible de vérifier si le risque « *pur de tout alliage* »⁸⁰⁸ est en mesure de fonder la responsabilité de son auteur, le contentieux des antennes-relais est venu apporter une réponse à cette question. La décision dont il s'agit est contestable et contestée à bien des égards. Pour autant, elle illustre bien l'existence positive d'une responsabilité civile préventive fondée sur un résultat matériel. Il s'agit d'un arrêt de la cour d'appel d'Aix-en-Provence du 8 juin 2004⁸⁰⁹. Des antennes-relais de téléphonie mobile avaient été régulièrement implantées aux alentours du terrain appartenant à une commune et mise à la disposition d'une école primaire. Les enfants s'étaient immédiatement plaints de maux de tête

⁸⁰⁴ M. Quézel-Ambrunaz évoque, *in art. cit.*, une autre difficulté tenant au lien de causalité. Selon lui, l'angoisse des victimes n'est pas due aux ondes mais aux doutes concernant leur innocuité, ce qui exclurait toute conception matérialiste du lien causal. On pourrait toutefois caractériser une cause bien matérielle dans l'installation même des antennes-relais.

⁸⁰⁵ V. par ex., Civ. 2, 17 mai 1995, préc., Civ. 2, 18 déc. 1986, préc. (« *sans rechercher si (...) par le seul effet de la menace d'écroulement de la falaise, les consorts Allard n'avaient pas été privés de la jouissance de leur bien* »), et Civ. 2, 26 sept. 2002, préc. (« *ce risque constituait donc la cause de la cessation d'exploitation de l'hôtel* »). Sur ce point, v. Ch. QUEZEL-AMBRUNAZ, *op. cit.*, n° 425 et s., et art. *cit.*, F. MILLET, *op. cit.*, n° 313 et s., et N. VOIDEY, *op. cit.*, p. 243.

⁸⁰⁶ Ce qui aurait écarté tout préjudice affectif. V. *infra* n° 352 et s.

⁸⁰⁷ Ce qui exclurait le préjudice patrimonial découlant de la dépréciation du bien.

⁸⁰⁸ Selon l'expression utilisée par MM. Mazeaud et Tunc au sujet du préjudice moral, *in op. cit.*, n° 295.

⁸⁰⁹ Aix-en-Provence, 8 juin 2004 : *D.*, 2004, jur., note M. BOUTONNET, p. 2678. *Adde* M. BOUTONNET, « Quand le juge hésite à appliquer le principe de précaution », préc.

et de troubles du sommeil, de telle sorte que certains parents avaient demandé qu'on les fasse changer d'école. La commune avait donc agi en justice pour obtenir le déplacement de l'antenne. Après avoir obtenu gain de cause en première instance⁸¹⁰, sur le fondement de la théorie des troubles anormaux du voisinage affublée de la « *prothèse argumentative* »⁸¹¹ du principe de précaution, appel fut interjeté de cette décision que les juges aixois confirmèrent mais avec substitution de motifs⁸¹². La cour d'appel jugea que « *la commune de la Roquette sur Siagne, qui ne peut garantir aux usagers de son bâtiment scolaire l'absence de risques sanitaires liés au voisinage de l'antenne, subit un trouble qui excède les inconvénients normaux de voisinage et se trouve fondé à obtenir qu'il y soit mis fin* ».

Il est incontestable qu'ici, pour le demandeur, il n'y a aucun résultat juridique. En tant que personne morale, la commune ne peut subir aucun préjudice affectif⁸¹³. De plus, le terrain exposé aux ondes potentiellement dangereuses est mis à la disposition d'un établissement scolaire ce qui rend douteux le préjudice patrimonial découlant d'une dépréciation du bien. Il faut donc se résoudre à conclure que, pour la cour d'appel d'Aix-en-Provence, responsabilité civile et lésion ne sont pas indissociables. Cependant, quel est le risque ici ? La réponse à cette question rend cet arrêt particulièrement critiquable. *A priori*, il devrait s'agir de risques sanitaires, puisque c'est de la production de ceux-là que sont suspectées les antennes-relais. La cour en fait d'ailleurs mention. Toutefois, il est certain que ce n'est pas le propriétaire du terrain exposé, la commune, personne morale, qui encoure de tels risques. Cela, les magistrats le savent aussi, tant et si bien qu'ils n'ont rien trouvé d'autre que d'affirmer que le trouble du voisinage consistait en l'impossibilité pour le demandeur de garantir aux usagers de l'établissement l'absence de risques causés par le voisinage, de « *remplir son obligation de sécurité en tant que propriétaire mettant à disposition un immeuble* », ce qui a été qualifié de trouble « *juridique* » par un auteur⁸¹⁴. Ce que risquerait le demandeur, ce serait de voir sa responsabilité engagée dans le cas où un dommage effectif se réaliserait. Cela signifierait qu'il puisse être déclaré responsable du fait de l'opérateur de téléphonie mobile, ce dont on peut douter, ou que l'on puisse lui reprocher de ne pas avoir respecté le principe de précaution en laissant s'installer une antenne-relai. Mais dans ce dernier cas, encore aurait-il fallu que la commune ait la compétence juridique pour faire obstacle à une telle implantation, en l'espèce conforme au droit positif. Les seuls à être exposés à un risque en l'espèce étaient donc les

⁸¹⁰ TGI Grasse, 17 juin 2003 : *Resp. civ. et ass.*, 2003, chron. n° 29, S. KOWOUVIH.

⁸¹¹ S. KOWOUVIH, « Les troubles anormaux du voisinage et les antennes relais de téléphonie mobile : une utilisation inédite du principe de précaution en matière de responsabilité civile », chron. *cit.* sous TGI Grasse, 17 juin 2003, préc. Adde C. SINTEZ, *op. cit.*, n° 67 et s.

⁸¹² Formellement, le principe de précaution est passé sous silence mais il imprègne l'arrêt dont les auteurs ont finalement fait « *du principe de précaution sans le dire* » (M. BOUTONNET, note sous Aix-en-Provence, 8 juin 2004, préc.). Par ailleurs, on notera qu'une telle solution est désormais inenvisageable, et ce, depuis que le Tribunal des conflits, dans six arrêts du 14 mai 2012 (n° C3844, C3846, C3848, 3850, 3852 et 3854), réserve au juge administratif la compétence pour ordonner le déplacement d'une antenne-relais, le juge civil ne pouvant que prononcer une condamnation en indemnisation du préjudice causé ou en cessation du trouble occasionné :

⁸¹³ V. *infra* n° 352 et s.

⁸¹⁴ M. BOUTONNET, note sous Aix-en-Provence, 8 juin 2004, préc. .

usagers du bâtiment⁸¹⁵, la commune ne craignait rien. Il aurait donc fallu rejeter la demande de la commune comme n'ayant pas intérêt personnel à agir ou la considérer – mais sur quel fondement alors ? – comme représentante des usagers de l'établissement scolaire. Sur ce point, et sur bien d'autres encore, cet arrêt est donc critiquable. Il est toutefois intéressant d'en traiter dans la mesure où il démontre que l'absence de toute lésion n'arrête plus la jurisprudence⁸¹⁶. Reste que cette solution est rare dans ce type de contentieux⁸¹⁷ et que, sauf exception⁸¹⁸, c'est surtout dans le domaine économique que la responsabilité civile pour résultat matériel s'épanouit.

127. L'appréhension véritable du risque par la responsabilité civile : l'exemple fameux du droit économique. Cela semble évident lorsqu'une association de défense des consommateurs agit en suppression d'une stipulation abusive dans un contrat-type⁸¹⁹. Si aucun contrat n'a été signé, il n'a existé qu'un risque pour les particuliers. Pour autant, on pourrait y voir une atteinte à l'intérêt collectif des consommateurs. Cependant, si l'action intervient alors même que la clause n'a été insérée dans aucun contrat encore proposé à la conclusion, ce dommage collectif n'existe même pas en l'absence de tout déséquilibre effectif, bien qu'abstrait, des relations consommateurs-professionnels. Il y a un simple risque de dommage collectif à l'intérêt des consommateurs. Mais peut-être cet exemple est-il trop

⁸¹⁵ Dans ce cas cependant, un résultat juridique aurait pu être relevé. Premièrement, l'arrêt fait état de la « *préoccupation légitime* » des parents, de leur peur, ce qui aurait pu être qualifié de préjudice affectif (comp. Versailles, 4 févr. 2009, préc.). Par ailleurs, on sait que les enfants ont manifesté des symptômes, qualifiables de dommages corporels et de préjudices affectifs, immédiatement après l'installation de l'ouvrage. Certes, il aurait alors fallu les rattacher causalement au fait de ce dernier. Cependant, l'influence du principe de précaution aurait pu se manifester en permettant de présumer le lien de causalité (sur cette question, v. *infra* n° 341). D'un fait connu, les maux de têtes et les troubles du sommeil, et d'un fait probable, le pouvoir causal qu'auraient les antennes-relais de provoquer ce type de résultat, on aurait déduit un fait inconnu, la causalité concrète entre le résultat juridique et le fait de la chose. D'ailleurs, ce type de raisonnement est admis en jurisprudence, TGI Tulle, 28 oct. 2008 : *D.*, 2009, pan., pp. 2456 et s., obs. F.-G. TREBULLE, et Civ. 3, 18 mai 2011 : *Resp. civ. et assur.*, 2011, Etude n° 11, M. BARY. Sur cette décision, *adde* B. PARANCE, « Le principe de précaution sous la férule des règles de la responsabilité civile », *RLDC*, 2011, n° 4374.

⁸¹⁶ Une analyse similaire peut être faite de l'arrêt rendu par la troisième chambre civile de la Cour de cassation le 8 juin 2011 (n° 10-15.500) accordant réparation du préjudice moral causé à des associations écologistes du fait de la violation d'un arrêté préfectoral de nature à créer un risque de pollution. Sur cet arrêt, v. *RLDC*, 2011, n° 4341, J.-Ph. BUGNICOURT, et B. PARANCE, « Action en justice des associations de protection de l'environnement, infraction environnementale et préjudice moral », *D.*, 2011, note, pp. 2635 et s.

⁸¹⁷ Ce type de demande semble être plus souvent rejeté qu'accueilli et les juridictions y seraient d'ailleurs de moins en moins favorables. V. par ex., TGI Lyon, 15 sept. 2009 : *Gaz. Pal.*, 10-11 mars 2010, jur., chron. M. MEKKI, p. 16, Chambéry, 4 févr. 2010 : *JCP*, 2010, 407, obs. J. LE BOURG, et 531, note B. PARANCE, Aix-en-Provence, 24 juin 2011 : *JCP*, 2011, 1073, Lyon, 3 févr. 2011 et Bastia, 21 juill. 2011 : *RLDC*, oct. 2011, note B. PARANCE, p. 63. Ces deux derniers arrêts sont très nettement opposés à l'application de la responsabilité civile au contentieux des antennes-relais, voire au principe même d'une responsabilité civile préventive. V. toutefois, Montpellier, 15 sept. 2011, préc. Pour plus de références et de détails, *adde* M. BOUTONNET, art. *cit.*, et Ph. STOFFEL-MUNCK, « La théorie des troubles du voisinage à l'épreuve du principe de précaution », préc.

⁸¹⁸ V. par ex., Civ. 3, 13 juill. 1999 (interruption de travaux violant les règles de l'urbanisme mais dont l'état d'avancement était inoffensif pour les voisins) : *Bull. civ.*, n° 177.

⁸¹⁹ C. cons., art. L. 421-2. Sur ce point, v. C. BLOCH, *op. cit.*, n° 359 et s.

particulier et peut-être peut-on douter qu'il s'agisse encore de responsabilité civile. C'est pourquoi un passage par le contentieux de la concurrence déloyale apparaît intéressant⁸²⁰.

L'action en concurrence déloyale, dont le rattachement à la responsabilité civile ne cesse d'être affirmé par la jurisprudence⁸²¹, est la principale source de décisions reconnaissant que cette responsabilité puisse exister sans la moindre lésion. Lorsqu'il s'agit de demander la cessation du comportement fautif d'un concurrent, en premier lieu, nul ne le conteste⁸²². Ainsi un concurrent peut faire obstacle à la parution d'un magazine adoptant un titre et une présentation parasitaire du sien, alors que l'ouvrage parasite, inconnu du public et non encore mis à la vente, ne pouvait produire qu'un risque de détournement de clientèle ou de perte de rentabilité des investissements liés au magazine parasite⁸²³. De même, tout concurrent peut empêcher la mise irrégulière d'un produit sur le marché sur lequel il agit⁸²⁴. L'agent économique qui se livre à un abus de position dominante, consistant à profiter de sa situation monopolistique pour vanter les produits et services qu'il propose dans un autre secteur où il a, en revanche, des concurrents, peut se voir contraint de faire cesser cette activité déloyale par toute personne juridique agissant dans son intérêt personnel⁸²⁵. Les exemples sont légion⁸²⁶. Mais même en dépassant le strict cadre de la cessation de l'illicite pour rejoindre le domaine de la réparation, les juges de la concurrence déloyale semblent admettre qu'il puisse y avoir responsabilité sans dommage ou préjudice. Ainsi partant de l'indemnisation de la perte de clientèle ou de contrat, l'action en concurrence déloyale s'est ouverte, au gré d'un mouvement de « *diversification du préjudice réparable* »⁸²⁷, à la réparation d'un très grand nombre de préjudices dénommés tantôt trouble commercial⁸²⁸, tantôt préjudice concurrentiel. Certains auteurs ont tenté de qualifier cette lésion en la ramenant dans le giron du préjudice patrimonial⁸²⁹ ou en y voyant une perte de chance d'accéder à un marché, de conserver ou de

⁸²⁰ Sur le contentieux de la concurrence déloyale, v. not. C. BLOCH, *op. cit.*, not. n° 352 et s., M.-L. IZORCHE, « Les fondements de la sanction de la concurrence déloyale et du parasitisme », *RTD Com.*, 1998, pp. 17 et s., Ph. LE TOURNEAU, « De la spécificité du préjudice concurrentiel », *RTD Com.*, 1998, pp. 83 et s., et Y. SERRA, *Rép. com. Dalloz, V° Concurrence déloyale*, 2004.

⁸²¹ V. not. Com., 29 mai 1967 : *Bull. civ.*, n° 209, et Com., 4 févr. 1998 : *Bull. civ.*, n° 86.

⁸²² V. not. C. BLOCH, *op. cit.*, n° 353 et s., et Ph. LE TOURNEAU, *art. cit.*

⁸²³ Paris, 24 mars 1988 : *JurisData* n° 021956, cité in C. BLOCH, *op. cit.*, n° 350.

⁸²⁴ V. not. Reims, 8 mars 2000 : *JurisData* n° 128707, cité in C. BLOCH, *op. cit.*, n° 353-1.

⁸²⁵ V. not. Paris, 1^{er} sept. 1998 : *JCP, E*, 1998, n° 42, pan.

⁸²⁶ V. encore récemment, Com., 12 mai 2004 (l'arrêt fonde l'intérêt à agir sur l'atteinte aux droits des concurrents, ce qui supposerait qu'il existe un droit subjectif de chacun au respect de la loi par autrui ou un droit subjectif à l'égalité entre concurrents, ce que personne n'a jamais soutenu...) : *JCP*, 2004, IV, 2377.

⁸²⁷ Y. SERRA, *art. cit.*, n° 105.

⁸²⁸ En réalité, la notion de « *trouble commercial* » utilisée par la jurisprudence peine à être identifiée (v. not. M.-L. IZORCHE, *art. cit.*, Ph. LE TOURNEAU, *art. cit.*, et Y. SERRA, *art. cit.*, n° 108) et semble pouvoir être rattachée tant à l'acte de concurrence déloyale qu'au préjudice lui-même, en passant par une notion intermédiaire, qui correspondrait à la notion générale de trouble dérogée par la doctrine. La chose est rendue délicate par l'implication jurisprudentielle des trois notions que sont l'acte de concurrence déloyale, le trouble commercial, et le préjudice. V. par exemple, Com., 1^{er} juill. 2003, n° 01-13052, cité in C. BLOCH, *op. cit.*, n° 355, arrêt selon lequel « *s'infère nécessairement d'un acte de concurrence déloyale un trouble commercial constitutif de préjudice* ».

⁸²⁹ V. not. Ph. LE TOURNEAU, *art. cit.*

conquérir une clientèle ou de développer sa capacité de concurrence⁸³⁰. La jurisprudence, quant à elle, se satisfait d'un préjudice moral, qu'elle semble considérer comme se produisant automatiquement⁸³¹, ce qui accroît la difficulté d'analyse de la question. Une part de la doctrine suit les juges sur le terrain de la preuve en envisageant qu'il y ait préjudice économique ou moral présumé⁸³². Mais cela ne justifie pas l'ensemble des décisions⁸³³. Ainsi, lorsqu'il y a utilisation d'une dénomination proche de celle d'autrui sans conséquences patrimoniales⁸³⁴, lorsque l'on ne fait que créer un risque de confusion dans l'esprit d'une clientèle qui n'a peut-être pas été dupe et ne s'est peut-être pas détournée de son fournisseur habituel⁸³⁵, lorsque l'on a utilisé le papier commercial d'une autre entreprise sans preuve d'un quelconque préjudice patrimonial certain⁸³⁶, que reste-t-il sinon le préjudice moral ou la perte de chance ?

Reste-t-il d'ailleurs l'une de ces deux qualifications ? En effet, elles semblent particulièrement inadéquates. Concernant la lésion d'un intérêt extrapatrimonial et s'agissant le plus souvent de personnes morales, insusceptibles de souffrir un préjudice affectif⁸³⁷, il ne pourrait s'agir que d'un dommage moral résultant de l'atteinte à un droit subjectif ou à la réputation. En matière de concurrence déloyale, seul le cas du dénigrement, constitutif d'une atteinte à la réputation ou à l'image de marque d'un concurrent, peut donc permettre une présomption de dommage extrapatrimonial. La perte de chance, quant à elle, doit être certaine pour ce qui est de l'existence de la chance mais encore pour ce qui touche à sa perte⁸³⁸, cela impliquant que l'aléa défavorable ait disparu, que la chance soit bel et bien "morte". Or de tels comportements ne privent pas le concurrent de la possibilité favorable de conserver la clientèle, de la conquérir ou de développer son attractivité, elle rend juste cela plus difficile. L'aléa favorable perd en probabilité mais ne disparaît pas totalement, la chance n'est pas perdue. Il n'y donc aucun résultat juridique dans ces situations, que des risques de dommage et de préjudice, le plus souvent patrimoniaux, qui ne se sont pas réalisés pour le concurrent demandeur. La responsabilité civile du concurrent de mauvaise foi semble donc bien fondée sur un résultat matériel, de façon générale et assez systématique.

128. Existence et insignifiance de la reconnaissance jurisprudentielle de la responsabilité civile préventive. Le droit de la responsabilité civile appréhende-t-il le risque ? Si l'on étudie la jurisprudence, il semble que oui. Mais ce résultat matériel suffit-il à l'établissement du lien de responsabilité civile ? La réponse à cette question a été moins

⁸³⁰ V. not. M.-L. IZORCHE, art. *cit.*, et Y. SERRA, art. *cit.*, n° 106.

⁸³¹ V. not. Com., 9 févr. 1993: *Bull. civ.*, n° 53, et Com., 1^{er}, juill. 2003, préc.

⁸³² V. not. M.-L. IZORCHE, art. *cit.*, et Y. SERRA, art. *cit.*, n° 111 et s. *Adde* C. BLOCH, *op. cit.*, n° 356-1 et s.

⁸³³ *Ibid.*

⁸³⁴ Com., 1^{er} juill. 2003, préc.

⁸³⁵ V. not. Com., 14 mai 1985: *JCP*, 1985, IV, et Paris, 19 janv. 1996 : *D.*, 1997, somm. comm., obs. Y. SERRA, p. 104.

⁸³⁶ V. par exemple, Com., 9 févr. 1993, préc.

⁸³⁷ V. *infra* n° 352 et s.

⁸³⁸ V. *supra* n° 116.

évidente à apporter. Parfois, ce que l'on croit être un simple risque peut être en fait qualifié de dommage ou de préjudice. Plus souvent encore, il ne fait qu'accompagner une lésion apte à justifier la responsabilité de son auteur. Mais il existe tout de même des contentieux particuliers où, de plus en plus, le risque à lui seul semble pouvoir constituer le résultat légal de la responsabilité civile. Quels sont les caractéristiques de ce risque civil ? Les juges ne semblent pas poser de limites : il peut être certain ou incertain et est le plus souvent abstrait, déduit de la nature dangereuse ou potentiellement dangereuse du fait anormal – ce qui laisse penser qu'*a fortiori* le risque concret pourrait également être pris en compte⁸³⁹.

Cette reconnaissance timide, parcellaire, mais de plus en plus franche du risque comme résultat légal de la responsabilité civile conduit à un rapprochement des éléments générateurs du droit pénal et de la responsabilité civile et donne, qui plus est, deux arguments à la doctrine favorable à l'émergence d'une responsabilité civile préventive⁸⁴⁰ : cette dernière existe parfois déjà et pourrait donc être consacrée plus généralement ; en outre, elle est imparfaite et doit donc être officialisée pour être mieux construite et encadrée. Encouragée par la doctrine, la jurisprudence ne fera qu'aller dans ce sens. C'est la raison pour laquelle l'analyse du droit positif doit faire place à celle du droit prospectif afin que soient bien mesurées les perspectives réelles de la responsabilité civile préventive.

2. Les perspectives réelles de la responsabilité civile préventive

129. Droit prospectif. Malgré la vocation intemporelle du droit à exercer un rôle préventif, « *l'effet prophylactique du droit civil* » serait en recul⁸⁴¹. Rien n'est moins sûr, toutefois, du point de vue du droit de la responsabilité civile, auquel de plus en plus d'auteurs prédisent un flamboyant destin au gré d'un XXI^e siècle qui semble devoir être celui de la prévention ou bien ne pas être. Cela est indéniable, la sollicitation du droit prospectif est forte.

Cependant, la question de savoir si la responsabilité civile pourrait n'être que préventive mérite réflexion. Si les sollicitations du droit prospectif sont multiples (a), force est en effet de constater que les perspectives qu'elles offrent, pour réelles qu'elles soient, sont limitées (b).

a- Les sollicitations du droit prospectif

130. Pluralité de fondements. Mieux vaut prévenir que guérir : tel semble être le *leitmotiv* de ceux qui en appellent à une responsabilité civile indifférente à tout dommage ou préjudice. A cette fin, deux fondements différents sont invoqués : l'un intrinsèque à la

⁸³⁹ Sur la distinction du risque abstrait et du risque concret, v. *supra* n° 108 et s. Pour une analyse différente et plus optimiste du droit positif, v. C. SINTEZ, *op. cit.*, n° 20 et s.

⁸⁴⁰ V. not. D. TAPINOS, *op. cit.*, n° 888 et s., et G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil. Les conditions de la responsabilité*, préc., n° 278.

⁸⁴¹ Ph. MALAURIE, *art. cit.*, qui reste néanmoins ambigu sur ce point.

responsabilité civile qui aurait une vocation essentielle à la prévention des dommages (α) ; l'autre extrinsèque à l'institution, à savoir le principe de précaution (β).

α - Les sollicitations fondées sur l'essence préventive du droit civil de la responsabilité

131. Du rôle normatif à la fonction préventive de la responsabilité civile. « *La prévention est une fonction de la responsabilité civile qui ne peut guère être discutée* » a pu écrire TUNC⁸⁴². Si nombreux sont les civilistes qui le rejoignent, ils parlent davantage du rôle normatif⁸⁴³ ou de l'effet dissuasif⁸⁴⁴ de la responsabilité civile. A l'origine considéré comme un effet indirect attaché à la peur de la sanction pécuniaire résultant de la condamnation à dommages et intérêts, cette dimension prospective de l'institution, encouragée par l'analyse économique du droit de la responsabilité civile⁸⁴⁵, s'est aujourd'hui amplifiée suite au « *vaste mouvement doctrinal de raffinement des fonctions de la responsabilité civile qui a marqué le XX^e siècle* »⁸⁴⁶.

On en appelle désormais clairement à une responsabilité civile dépourvue de la condition de dommage ayant pour fonction franche d'en prévenir la réalisation avant qu'il ne soit trop tard⁸⁴⁷. Certains sont allés plus loin et ont proposé des fondements à cette responsabilité préventive⁸⁴⁸. Mais c'est la proposition de la consécration d'une théorie de la cessation de l'illicite sur le fondement de l'article 1382 qui paraît être la proposition la plus aboutie quant à la reconnaissance d'une responsabilité civile préventive.

132. De la cessation de l'illicite à la prévention du dommageable. Un auteur a démontré comment la cessation de l'illicite, distincte de la réparation en nature, relevait de la

⁸⁴² In *La responsabilité civile*, Economica, coll. Etudes juridiques comparatives, 2^e éd., 1989, n° 161. L'auteur situe même la fonction de « *prévention des comportements antisociaux* » avant celle d'« *indemnisation de la victime* ». Adde M. BOUTONNET, *op. cit.*, n° 655 et s., Ph. LE TOURNEAU *et alii*, *op. cit.*, n° 2441, et G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. et loc. cit.*

⁸⁴³ V. not. C. BLOCH, *op. cit.*, n° 7-2, A. GUEGAN, « L'apport du principe de précaution au droit de la responsabilité civile », *Rev. jur. env.*, 2/2000, p. 147, P. JOURDAIN, « Principe de précaution et responsabilité civile », *Petites affiches*, 30 nov. 2000, pp. 51 et s., M. MEKKI, « La cohérence sociologique du droit de la responsabilité civile », préc., Ph. LE TOURNEAU *et alii*, *op. cit.*, n° 26, qui en fait « *la fonction première de la responsabilité civile* », et G. VINEY, *op. cit.*, n° 66.

⁸⁴⁴ V. not. C. BLOCH, *op. et loc. cit.*, Ph. BRUN, *op. cit.*, n° 12, M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, pp. 44 et s., J. FLOUR, J.-L. AUBERT, et E. SAVAUX, *op. cit.*, n° 85, A. GUEGAN, *op. cit.*, G. MAITRE, *op. cit.*, n° 34, Ph. MALAURIE, *art. cit.*, F. MILLET, *op. cit.*, n° 511, C. SINTEZ, *op. cit.*, n° 175 et s., et n° 303 et s., et C. THIBIERGE, *art. cit.*,

⁸⁴⁵ Qui recherche son efficience par la minimisation des coûts de l'indemnisation. V. ainsi, M. FABRE-MAGNAN, *op. et loc. cit.*, G. MAITRE, *op. cit.*, et G. VINEY, *op. et loc. cit.*

⁸⁴⁶ C. BLOCH, *op. cit.*, n° 231.

⁸⁴⁷ V. not. A. SCHNEIDER, « Le principe de la responsabilité et les notions de droit et de devoir : pour une responsabilité de l'anticipation », *Gaz. Pal.*, 16-17 mai 2008, doct., pp. 4 et s., C. THIBIERGE, *art. cit.*, et G. VINEY, *op. cit.*, n° 66-3.

⁸⁴⁸ V. par ex., A. SCHNEIDER, *art. cit.*, qui propose de fonder cette nouvelle forme de « *responsabilité de l'anticipation* », par opposition à la responsabilité de la compensation, sur la notion de devoir dont la seule violation justifierait la condamnation de l'auteur. On est alors plus proche d'une "responsabilité" purement prospective que d'une véritable responsabilité préventive.

responsabilité civile et a tenté d'expliquer pourquoi sa formalisation et sa consécration générale devraient conduire à la maintenir dans l'orbite de cet ordre de responsabilité⁸⁴⁹. Cependant, le droit positif de la cessation de l'illicite n'est pas si clair. Le souhait qui est formulé qu'elle soit officialisée dans un article 1382, alinéa 2 du Code civil l'atteste⁸⁵⁰. Par ailleurs, son aspect purement préventif, à travers les actions en interdiction⁸⁵¹, trouve encore fort peu d'applications⁸⁵². On peut donc dire qu'est bien de droit prospectif la proposition d'une action générale, de droit commun, en cessation de l'illicite qui pourrait s'appliquer en l'absence de toute atteinte, actuelle ou passée.

Plus précisément, l'auteur propose que celui qui est apte à faire cesser ou à prévenir⁸⁵³ le trouble, actuel ou futur mais certain, personnel ou collectif⁸⁵⁴, résultant d'un fait ou d'une situation illicite au jour où le juge statue⁸⁵⁵ soit déclaré civilement responsable et, en conséquence, condamné à des mesures de cessation ou d'interdiction de ce fait ou de cette situation⁸⁵⁶. Ces mesures auraient un caractère obligatoire et pourraient donc être imposées par la victime, titulaire d'un véritable « *droit subjectif réactionnel à la cessation de l'illicite* »⁸⁵⁷, ou par le responsable⁸⁵⁸, voire être prononcées d'office par le juge⁸⁵⁹. Celui-ci resterait libre de déterminer les mesures de cessation de l'illicite opportunes⁸⁶⁰ dans le respect d'un principe d'adéquation et de proportionnalité de la mesure de cessation à la perturbation des intérêts du demandeur⁸⁶¹. Voici la proposition, qu'en est-il de la présentation ?

L'auteur insiste sur la fonction correctrice remplie par la responsabilité civile par le biais de la cessation de l'illicite⁸⁶². Il s'agit avant toute chose de « *mettre le fait en conformité avec la règle de droit dont il s'écarte* »⁸⁶³, de s'attaquer à l'illicéité du fait. « *En prenant pour cible le fait illicite plutôt que ses effets, cette sanction ne fait pas que prévenir le dommage* »⁸⁶⁴. Au contraire, le rôle préventif, voire indemnitaire, que pourrait remplir la mesure de cessation de

⁸⁴⁹ C. BLOCH, *op. cit.* Adde du même auteur, « La cessation de l'illicite », *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, préc., pp. 87 et s., et C. SINTEZ, *op.cit.*, spéc. n° 8 et s., 86 et s., et 252 et s.

⁸⁵⁰ C. BLOCH, *op. cit.*, n° 239. L'article serait rédigé ainsi: « *indépendamment de la réparation du dommage éventuellement subi, le juge prescrit toutes les mesures qui s'imposent pour prévenir ou faire cesser le trouble illicite* ». La proposition est reprise, quasiment telle quelle, à l'article 2 du projet de réforme proposé par l'Académie des sciences morales et politiques, publié in *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, préc.

⁸⁵¹ Selon la terminologie de l'auteur, *ibid.*, n° 288-1 et 389.

⁸⁵² V. *supra* n° 127. Adde G. VINEY, « Cessation de l'illicite et responsabilité civile », préc.

⁸⁵³ C. BLOCH, *op. cit.*, n° 295 et s.

⁸⁵⁴ *Ibid.*, n° 365 et s.

⁸⁵⁵ *Ibid.*, n° 248 et s.

⁸⁵⁶ *Ibid.*, n° 503 et s.

⁸⁵⁷ *Ibid.*, n° 449 et s. Adde G. VINEY, art. *cit.*

⁸⁵⁸ C. BLOCH, *op. cit.*, n° 452 et s.

⁸⁵⁹ *Ibid.*, n° 456 et s.

⁸⁶⁰ *Ibid.*, n° 503 et s.

⁸⁶¹ *Ibid.*, n° 365 et 533 et s.

⁸⁶² *Ibid.*, n° 7-2, 14

⁸⁶³ *Ibid.*, n° 14. Adde R. BOUT, *op. cit.*, p. XIV, Ph. LE TOURNEAU, avant-propos à la thèse de C. BLOCH, *op. cit.*, p. XVI, et Ph. LE TOURNEAU *et alii*, *op. cit.*, n° 2441.

⁸⁶⁴ C. BLOCH, *op. cit.*, n° 10-1. Adde *ibid.*, n° 73 et « La cessation de l'illicite », préc.

l'illécite ne serait que secondaire et indirect⁸⁶⁵. Cette opinion n'est d'ailleurs pas isolée, d'aucuns affirmant que « *la Règle d'or de la responsabilité civile n'est pas tant la réparation du préjudice (...) mais, plus fondamentalement de mettre un terme aux actes contraires au droit* »⁸⁶⁶. Cependant, comme il a été noté à juste titre, « *en matière civile, le fait illécite qu'il s'agit de faire cesser est également un fait potentiellement dommageable* »⁸⁶⁷. Deux conceptions sont donc possibles et il est ainsi tout à fait concevable de voir dans le fait ce qu'il a de dommageable plutôt que d'illécite⁸⁶⁸. Dans cette optique, la cessation de l'illécite serait surtout de l'interruption ou de la prévention du dommageable⁸⁶⁹. La dimension préventive de l'institution est reconnue par les promoteurs de la cessation de l'illécite, et elle résulte de son régime. Si l'on s'attaque à la source, au fait lui-même, c'est souvent parce que le risque lui est consubstantiel et qu'il s'agit du meilleur moyen, si ce n'est le seul, de prévenir efficacement la lésion⁸⁷⁰. De même, l'exigence d'un trouble personnel ou collectif ne vient pas seulement empêcher que la cessation ne dégénère en action populaire, de même qu'il ne découle pas simplement de la nature subjective du contentieux. Il ne s'agit pas d'une condition purement processuelle. C'est surtout une condition de fond, s'expliquant par le fait que le droit civil régit les relations des particuliers entre eux. Or, c'est bien un droit subjectif à la cessation ou à la prévention du trouble dont on parle, et non d'« *un droit au rétablissement de la légalité objective et abstraite* » aboutissant à « *transformer les personnes privées en procureur au service de l'ordre juridique abstrait* »⁸⁷¹. La notion de trouble traduit aussi l'exigence d'un certain risque, signe de la prévention. « *L'action en cessation de l'illécite (ne peut), en droit civil, tenir les conséquences du fait illécite pour indifférente* »⁸⁷². Sa nature prospective la ramène également à la prévention⁸⁷³. Mais surtout, ce qui milite en faveur de la présentation préventive de cette action, au détriment de son approche corrective, c'est que cette dernière est beaucoup trop formaliste. La règle de droit n'est pas une fin en soi. Elle n'est que le moyen de satisfaire un objectif social. La cessation de l'illécite ne trouve son fondement, en matière de droit privé et spécialement en droit de la responsabilité civile, du point de vue de l'esprit de cette branche du droit comme de celui qui agit, que dans le dommage ou dans le préjudice qu'elle permet d'éviter, de prévenir⁸⁷⁴. *La cessation de l'illécite n'est, fonctionnellement et techniquement, que de la prévention de lésion*⁸⁷⁵.

⁸⁶⁵ V. C. BLOCH, *op. cit.*, n° 10-1, 14, 73, et 240, R. BOUT, *op. cit.*, p. XIV, et Ph. LE TOURNEAU, avant-propos à la thèse de C. BLOCH, *op. cit.*, p. XVI.

⁸⁶⁶ Ph. LE TOURNEAU *et alii*, *op. cit.*, n° 2441.

⁸⁶⁷ C. BLOCH, *op. cit.*, n° 70.

⁸⁶⁸ *Ibid.*

⁸⁶⁹ C'est ainsi que certains auteurs parlent d'« *action en cessation de l'activité dommageable* » (G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil. Les effets de la responsabilité*, préc., n° 12).

⁸⁷⁰ En ce sens, v. G. VINEY, *art. cit.*, qui fait même de la persistance de la menace le sens de la mesure de cessation.

⁸⁷¹ C. BLOCH, *op. cit.*, n° 365. *Adde ibid.*, n° 334.

⁸⁷² C. BLOCH, *op. cit.*, n° 334.

⁸⁷³ *Ibid.*, n° 387.

⁸⁷⁴ Rapp. G. VINEY, *art. cit.*

⁸⁷⁵ Le vocabulaire sera donc, désormais, adapté en conséquence.

133. Constance et circonstances du refus de la responsabilité civile préventive.

Malgré ces propositions assez équilibrées, certains auteurs restent hostiles à l'idée d'une responsabilité civile préventive. Il est difficile d'abandonner la conception classique de l'institution⁸⁷⁶. Plus qu'un bouleversement, il serait question de dénaturation⁸⁷⁷ d'une responsabilité civile dont l'efficacité fonctionnelle semblait s'être épanouie dans son adhésion monomaniaque à la mission indemnitaire qui lui avait été octroyée au XX^e siècle⁸⁷⁸. « *Les mots réparation et avenir jurent entre eux* » a-t-on écrit⁸⁷⁹. Une responsabilité sans dommage ni préjudice, sans victime ni réparation⁸⁸⁰ laisse parfois nombre d'auteurs qui n'y voient qu'une confusion entre responsabilité juridique et responsabilité morale⁸⁸¹.

Cependant, à mieux y regarder, c'est surtout l'influence radicale du principe de précaution qui est crainte et dénoncée⁸⁸², notamment en raison du flou de sa définition⁸⁸³ et de sa valeur juridique⁸⁸⁴, de ses effets potentiellement pervers sur les libertés, l'économie et le développement des sciences et techniques⁸⁸⁵, mais aussi du rôle primordial qu'y joue la notion d'incertitude. En effet, ce principe a vocation à prévenir les risques dont la réalité, au regard des connaissances scientifiques et techniques, est encore incertaine⁸⁸⁶ en raison de la gravité des conséquences redoutées, puisque devant consister en des dommages graves ou

⁸⁷⁶ V. not. J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *op. et loc. cit.*, N. RIAS, *op. cit.*, n° 1164, et A. SERIAUX, *op. cit.*, p. 129. *Adde* Ph. BRUN, *op. cit.*, n° 16, et F. MILLET, *op. cit.*, n° 470.

⁸⁷⁷ V. J.-P. DESIDERI, « La précaution en droit privé », *D.*, 2000, chron., pp. 238 et s., qui parle de « *responsabilité civile par abus de langage* », et N. RIAS, *op. et loc. cit.*

⁸⁷⁸ V. not. Ph. BRUN, *op. cit.*, n° 5, et N. RIAS, *op. cit.*, n° 1225 et s.

⁸⁷⁹ Ph. BRUN, *op. cit.*, n° 166.

⁸⁸⁰ V. not. *Ibid.*, n° 16. *Adde* Ph. LE TOURNEAU *et alii*, *op. cit.*, n° 27, et D. TAPINOS, *op. cit.*, n° 830 et s., qui rapporte cet argument sans y souscrire.

⁸⁸¹ V. par exemple, S. GRAYOT, *op. cit.*, n° 457, et F. MILLET, *op. cit.*, n° 18.

⁸⁸² V. ainsi C. BLOCH, *op. cit.*, n° 390-2, *op. cit.*, n° 180, J.-P. DESIDERI, *art. cit.*, J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *op. et loc. cit.*, A. GUEGAN, *art. cit.*, Ph. LE TOURNEAU *et alii*, *op. et loc. cit.*, P. JOURDAIN, *art. cit.*, et « Comment traiter le dommage potentiel ? », *art. cit.*, B. PARANCE, « Une application du principe de précaution par le juge judiciaire en matière d'antennes relais », note sous Chambéry, 4 févr. 2010, préc., Ch. QUEZEL-AMBRUNAZ, *op. cit.*, n° 415 et s., A. SERIAUX, « Quel(s) fondement(s) ? », *Resp. civ. et ass.*, hors-série juin 2001, *La responsabilité civile à l'aube du XXI^{ème} siècle*, pp. 58 et s., et *op. et loc. cit.*, et G. VINEY, *op. cit.*, n° 66-2. Sur ce principe en général, v. not. L. BAGHESTANI-PERREY, « La valeur juridique du principe de précaution », *Rev. jur. env.*, 2000, n° spécial, *Le principe de précaution*, pp. 19 et s., Ph. KOURILSKY et G. VINEY, *op. cit.*, G. J. MARTIN, « Précaution et évolution du droit », *D.*, 1995, chron., pp. 299 et s., et « Apparition et définition du principe de précaution », *Petites affiches*, 30 nov. 2000, pp. 7 et s., D. TRUCHET, « Douze remarques sur le principe de précaution », *JCP*, 2002, act., 138, pp. 533 et s., G. VINEY, « Le point de vue d'un juriste », *Petites affiches*, 30 nov. 2000, pp. 66 et s. *Adde* M. BOUTONNET, *op. cit.*, D. TAPINOS, *op. cit.*, N. VOIDEY, *op. cit.*, pp. 158 et s., et pp. 289 et s.

⁸⁸³ V. not. L. BAGHESTANI-PERREY, *art. cit.*, S. GRAYOT, *op. cit.*, n° 479, D. MAZEAUD, « Responsabilité civile et précaution », *Resp. civ. et ass.*, hors-série juin 2001, *La responsabilité civile à l'aube du XXI^{ème} siècle*, pp. 72 et s., et G. VINEY, « Le point de vue d'un juriste », préc.

⁸⁸⁴ V. not. C. BLOCH, *op. et loc. cit.*, et D. MAZEAUD, *art. cit.* *Adde* L. BAGHESTANI-PERREY, *art. cit.*, M. BOUTONNET, *op. cit.*, n° 51 et s., et G. J. MARTIN, « Apparition et définition du principe de précaution », préc.

⁸⁸⁵ V. par ex., L. BAGHESTANI-PERREY, *art. cit.*, C. BLOCH, *op. et loc. cit.*, J. CARBONNIER, *op. cit.*, n° 1119, M. MEKKI, *art. cit.*, Ph. LE TOURNEAU *et alii*, *op. cit.*, n° 28 et s., A. SERIAUX, *op. et loc. cit.*, D. TRUCHET, *art. cit.*, et G. VINEY, *op. et loc. cit.*

⁸⁸⁶ Sur la distinction entre risques certains et incertains, v. *supra* n° 106 et s.

irréversibles⁸⁸⁷. Il est donc en mesure de pousser particulièrement loin la responsabilité civile préventive. Cette crainte n'est donc peut-être pas tout à fait sans fondement, d'autant plus que ce principe encore jeune est néanmoins déjà préconisé par une part de la doctrine comme fondement au service d'une responsabilité civile préventive.

β- La sollicitation fondée sur le principe de précaution

134. Principe de précaution et responsabilité civile. Les influences que pourrait avoir le principe de précaution sur le droit de la responsabilité civile font débat. Certains le minimisent⁸⁸⁸ alors que d'autres se réjouissent d'avance de toutes les richesses qu'il serait en mesure de lui apporter pour répondre aux défis du XXI^e siècle⁸⁸⁹. Pour synthétiser cet apport potentiel, il est possible d'en distinguer deux types. Tout d'abord, et c'est ce qui est assez souvent considéré comme étant la seule influence possible du principe sur la responsabilité civile, on peut envisager qu'il vienne modifier sa dimension classique, curative. On a ainsi fortement insisté sur le fait qu'il serait un moyen de revivifier la notion de faute⁸⁹⁰. On a, en outre, noté qu'il permettrait une approche nouvelle du lien de causalité⁸⁹¹. Ensuite, et c'est la question qui nous intéresse, le principe de précaution permettrait de promouvoir une responsabilité préventive efficace et adaptée aux nouveaux risques. Autrement dit, il fournirait un fondement à l'extension prospective de la notion de résultat légal au risque en matière civile.

Les uns n'y consentent qu'à demi-mots, faisant mine d'en refuser l'admission et préférer passer par la notion de "risque préjudiciable", censée signifier que le risque serait un

⁸⁸⁷ Sur ce point, v. M. BOUTONNET, *op. cit.*, n° 384 et s.

⁸⁸⁸ V. not. P. JOURDAIN, « Principe de précaution et responsabilité civile », art. *cit.*, Ch. RADE, « Le principe de précaution, une nouvelle éthique de responsabilité? », *Rev. jur. env.*, n° spécial, 2000, pp. 75 et s., et D. TRUCHET, art. *cit.* Adde M. BARY, « Le principe de précaution et la responsabilité civile : à propos de champs électromagnétiques », *Resp. civ. et assur.*, 2011, Etude n° 11, et N. VOIDEY, *op. cit.*, p. 290 et s., qui parle du principe de précaution sans jamais ne serait-ce qu'évoquer l'idée d'une responsabilité préventive.

⁸⁸⁹ V. principalement, M. BOUTONNET, *op. cit.*, qui reconnaît néanmoins qu'en droit positif, l'influence est « très faible » (*op. cit.*, n° 1199), et D. TAPINOS, *op. cit.*

⁸⁹⁰ V. ainsi, F. ARHAB, « Les nouveaux territoires de la faute », *Resp. civ. et assur.*, juin 2003, *La responsabilité pour faute*, n° 16, pp. 43 et s., M. BOUTONNET, *op. cit.*, n° 881 et s., Ph. BRUN, *op. et loc. cit.*, O. DESCAMPS, art. *cit.*, J.-P. DESIDERI, art. *cit.*, J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *op. et loc. cit.*, A. GUEGAN, art. *cit.*, D. JACOTOT, « Le principe de précaution et le renforcement de l'action en responsabilité pour faute », *Rev. jur. env.*, n° spécial, 2000, pp. 91 et s., P. JOURDAIN, art. *cit.*, Ph. KOURILSKY et G. VINEY, *op. cit.*, pp. 167 et s., 179, et 186, Ph. LE TOURNEAU *et alii*, *op. cit.*, n° 27 et s., G. J. MARTIN, « Précaution et évolution du droit », préc., B. MATHIEU, « L'avenir du principe de précaution », *JCP*, 2001, act., p. 2025, D. MAZEAUD, art. *cit.*, F. MILLET, *op. cit.*, n° 545 et s., Ph. PIERRE, « Rapport introductif », *Resp. civ. et assur.*, juin 2003, *La responsabilité pour faute*, n° 14, pp. 35 et s., Ch. QUEZEL-AMBRUNAZ, *op. cit.*, n° 420 et s., Ch. RADE, art. *cit.*, N. RIAS, *op. cit.*, n° 1155 et s., C. SINTEZ, *op. cit.*, n° 75 et s., D. TAPINOS, *op. cit.*, n° 318 et s., et N. VOIDEY, *op. cit.*, pp. 301 et s. Sur cette question, v. *infra* n° 197.

⁸⁹¹ V. not. M. BOUTONNET, *op. cit.*, n° 1122 et s., A. GUEGAN, art. *cit.*, P. JOURDAIN, art. *cit.*, Ch. QUEZEL-AMBRUNAZ, *op. cit.*, n° 415 et s., Ch. RADE, art. *cit.*, N. RIAS, *op. cit.*, n° 1160 et s., et D. TAPINOS, *op. cit.*, n° 118 et s. Sur ce point, v. *infra* n° 341.

dommage à part entière⁸⁹². En réalité pourtant, sauf à vouloir dire que le risque peut causer un dommage, ce qui est tout différent⁸⁹³, on admet ce faisant que la responsabilité soit purement préventive. Et si l'on estime que c'est le principe de précaution qui doit conduire à ce que le risque suffise à la constitution du fait générateur de responsabilité civile, alors c'est que l'on rejoint la thèse prétendument exclue. Les autres sont plus francs et défendent vivement cette thèse d'une responsabilité civile devant se faire préventive par la grâce du principe de précaution⁸⁹⁴. Certaines propositions sont particulièrement abouties.

La première défend l'idée de faire du principe de précaution un principe du droit de la responsabilité civile au même titre que le principe de la responsabilité du fait personnel ou de la réparation intégrale⁸⁹⁵. Découlant d'un fondement nouveau « *sous-jacent au principe de précaution* », la préservation⁸⁹⁶, ce principe de responsabilité civile prendrait la forme d'une action exclusivement préventive, d'une part⁸⁹⁷, car permettant l'adoption de mesures de même nature et de caractère proportionné et provisoire⁸⁹⁸, et collective, d'autre part, car ouverte aux seules personnes morales ayant vocation et qualité pour défendre un intérêt altruiste⁸⁹⁹. Son bien-fondé serait soumis à certaines conditions classiques, quoique rénovées par l'influence du principe de précaution, tel que le fait générateur⁹⁰⁰. D'autres de ses conditions de bien-fondé seraient inédites car prospectives : le risque, certain et incertain, de dommages graves qualitativement, notamment de par leur irréversibilité potentielle, ou quantitativement car collectifs ; et le risque de causalité⁹⁰¹. La seconde suggestion est assez proche⁹⁰². Elle propose qu'en présence de risques, suspectés ou avérés, de dommages particulièrement graves⁹⁰³ et/ou irréversibles⁹⁰⁴, causés par un fait générateur, là aussi modifié sous l'effet du principe de

⁸⁹² V. not. Ch. RADE, art. *cit.*, qui retient une conception particulière tendant à confondre la faute et le dommage qu'il propose de voir dans chaque « *violation d'une obligation* ». De ce fait, il propose que « *la violation du principe de précaution constitue en soi un préjudice qu'il convient d'indemniser* » ! C'est adopter une conception très formaliste du résultat légal dont on a vu *supra* n° 34 et s. qu'elle devait être rejetée. *Adde* Ph. KOURILSKY et G. VINEY, *op. cit.*, p. 180 et s., et G. VINEY, art. *cit.*

⁸⁹³ V. *supra* n° 125.

⁸⁹⁴ V. ainsi M. BOUTONNET, *op. cit.*, M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, pp. 52 et s., D. MAZEAUD, art. *cit.*, D. TAPINOS, *op. cit.*, n° 660 et s., et C. THIBIERGE, art. *cit.*

⁸⁹⁵ M. BOUTONNET, *op. cit.*, spéc. seconde partie.

⁸⁹⁶ *Ibid.*, n° 580 et s.

⁸⁹⁷ *Ibid.*, n° 635 et s.

⁸⁹⁸ *Ibid.*, n° 711 et s.

⁸⁹⁹ *Ibid.*, n° 746 et s.

⁹⁰⁰ *Ibid.*, n° 881 et s.

⁹⁰¹ *Ibid.*, n° 706 et s., 752, 1037 et s., 1075 et s., et 1122.

⁹⁰² D. TAPINOS, *op. cit.*, n° 660 et s.

⁹⁰³ *Ibid.*, n° 947 et s. Il s'agirait de risques scientifiques et techniques, d'accidents collectifs ou de risques sériels.

⁹⁰⁴ *Ibid.*, n° 950. L'auteur considère que le dommage encouru ne doit être grave et irréversible que lorsqu'il s'agit du principe de précaution, s'appliquant aux risques incertains, alors que le principe de prévention, relatif aux risques avérés, n'exigerait pas ce second caractère (*ibid.*, n° 34 et s.). Beaucoup d'auteurs font cette distinction, v. not. L. BAGHESTANI-PERREY, art. *cit.*, J.-P. DESIDERI, art. *cit.*, P. JOURDAIN, art. *cit.*, Ph. KOURILSKY et G. VINEY, *op. cit.*, p. 17 et s., Ph. LE TOURNEAU *et alii*, *op. cit.*, n° 28, G. J. MARTIN, art. *cit.*, et « Apparition et définition du principe de précaution », préc., F. MILLET, *op. cit.*, n° 546, et N. VOIDEY, *op. cit.*, pp. 162 et s. Elle est cependant critiquée comme trop rigide au regard de la manière dont les connaissances sur les risques peuvent évoluer. A ce titre, v. S. GRAYOT, *op. cit.*, n° 466 et s. et D. TRUCHET, art. *cit.* En faveur de la distinction mais sur le fondement d'un autre critère consistant en la nature collective

précaution, la responsabilité civile de son auteur puisse être engagée⁹⁰⁵. Elle donnerait lieu à une action en responsabilité élargie à l'action de groupe⁹⁰⁶ qui permettrait d'obtenir des mesures non seulement préventives mais aussi punitives⁹⁰⁷.

Si l'impact de cette doctrine en jurisprudence est incertain, il se fait de plus en plus sentir⁹⁰⁸, ne fût-ce qu'à titre d'inspiration, et ira sans doute croissant tant la précaution traduit une part de l'esprit du siècle et apparaît comme un fondement et un instrument idoine pour la prévention. Mais le moment est encore celui du débat sur les modalités d'une responsabilité préventive. La question doit donc faire l'objet d'une appréciation.

b- Les perspectives du droit prospectif

135. Difficultés techniques. Sans nier la particularité des nouveaux risques et l'incapacité des systèmes de réparation offerts par le droit positif de la responsabilité civile, l'assurance et les fonds de garantie, à les appréhender efficacement⁹⁰⁹, on peut légitimement rejoindre l'opinion selon laquelle « *ce n'est pas parce que la prévention des dommages se présenterait actuellement comme l'expression d'une demande sociale que sa prise en compte par le droit devrait nécessairement passer par la responsabilité civile* »⁹¹⁰. De fait, les propositions sont multiples qui vont dans le sens d'une prévention des lésions passant par des moyens autonomes par rapport à cette institution : responsabilité juridique non civile mais

(principe de précaution) ou individuelle (principe de prévention) de l'intérêt menacé, v. M. BOUTONNET, *op. cit.*, n° 36 et s.

⁹⁰⁵ D. TAPINOS, *op. cit.*, n° 118 et s., 318 et s., 947, 951 et s., 970

⁹⁰⁶ *Ibid.*, n° 973 et s. L'auteur fait aussi la proposition radicale selon laquelle il faudrait affecter un patrimoine à l'intérêt de l'humanité au profit duquel certaines personnes seraient compétentes pour agir (*ibid.*, n° 1010 et s.).

⁹⁰⁷ *Ibid.*, n° 1014 et s.

⁹⁰⁸ V. not. Aix-en-Provence, 8 juin 2004, préc. qui retient la responsabilité civile de l'auteur d'un risque incertain de dommage, tout en refusant de s'approprier les motifs des premiers juges qui se fondaient sur le principe de précaution, Civ. 3, 3 mars 2010 : *Gaz. Pal.*, 9-10 juin 2010, jur., chron. M. MEKKI, p. 21 ; et *Resp. civ. et assur.*, 2010, Focus n° 15, B. RAJOT, qui considère, *a contrario*, le principe *a priori* applicable en cas de risque incertain, TGI Nevers, 22 avr. 2010 : *Resp. civ. et assur.*, 2010, comm. n° 275, note C. SINTEZ, qui voit dans le principe de précaution un principe général du droit sanitaire pouvant fonder une action en responsabilité, Civ. 3, 18 mai 2011, préc., et Montpellier, 15 sept. 2011, préc. *Adde* L. BAGHESTANI-PERREY, art. *cit.*, M. BOUTONNET, « Quand le juge hésite à appliquer le principe de précaution », préc., et « Bilan et perspective du principe de précaution en droit de la responsabilité civile », *D.*, 2010, chron., pp. 2662 et s., Ph. KOURILSKY et G. VINEY, *op. cit.*, p. 133, et 167, N. RIAS, *op. cit.*, n° 1179, Ph. STOFFEL-MUNCK, art. *cit.*, D. TRUCHET, art. *cit.*, et G. VINEY, art. *cit.* Sans compter les critiques adressées à la méthode des magistrats, v. D. ZMIROU-NAVIER, « L'antenne de Pandore », *Gaz. Pal.*, 22-24 nov. 2009, p. 8.

⁹⁰⁹ Sur les nouveaux risques, v. *supra* n° 73. Sur les insuffisances de la réparation comme réponse à ces risques, v. M. BOUTONNET, *op. cit.*, n° 650 et s., M. FABRE-MAGNAN, *op. et loc. cit.*, N. RIAS, *op. cit.*, n° 1118, et D. TAPINOS, *op. cit.*, n° 746 et s. En revanche, comme il a été vu *supra* n° 32 et s., les fondements philosophiques ou idéologiques de cette conception de la responsabilité, à savoir principalement Hans JONAS et son ouvrage *Le principe responsabilité*, peuvent être discutés, bien qu'ils soient constamment évoqués par la doctrine "précautionniste" unanime (v. not. M. BOUTONNET, *op. cit.*, n° 511 et s., M. BOUTONNET et A. GUEGAN, « Histoire du principe de précaution », *Le principe de précaution. Rapport au premier ministre*, *op. cit.*, pp. 253 et s., D. MAZEAUD, art. *cit.*, D. TAPINOS, *op. cit.*, n° 867 et s., et C. THIBIERGE, art. *cit.*, et « Avenir de la responsabilité, responsabilité de l'avenir », préc.). Pour une critique de cette influence philosophique, v. encore Ph. BRUN, *op. cit.*, n° 166, note 83, et S. GRAYOT, *op. cit.*, n° 469.

⁹¹⁰ S. GRAYOT, *op. cit.*, n° 456.

« universelle »⁹¹¹, action préventive civile autonome⁹¹², système de prévention générale et complet devant vraisemblablement relever d'un régime de police administrative de droit public⁹¹³, recours au droit pénal⁹¹⁴. L'histoire du droit et le droit comparé sont appelés en renfort⁹¹⁵, et certaines propositions particulièrement abouties ont même été formulées⁹¹⁶.

A dire vrai, le premier réflexe du juriste classique face à la proposition d'une responsabilité civile préventive, indifférente au dommage, serait plutôt de l'ordre de la répulsion⁹¹⁷. Toutefois, un temps de réflexion permet de modérer l'opinion. On a vu en effet que l'institution générale de la responsabilité juridique permettait au moins d'étendre la notion de résultat légal au simple risque et qu'une telle évolution du droit de la responsabilité civile irait dans le sens de sa fonction de protection des victimes. Il faut cependant se garder de succomber pour autant aux charmes de la « *pensée unique* »⁹¹⁸ et ne pas être victime de la mode doctrinale. Car, il ne suffit pas que le concept de responsabilité et que la fonction de la responsabilité civile encouragent à reconnaître une application préventive de cette dernière pour que tous les obstacles à sa mise en œuvre soit levés. Des difficultés techniques pourraient se poser. Il faut donc vérifier dans quelle mesure la technique de la responsabilité civile permet une telle évolution et comment une responsabilité civile préventive pourrait être construite. On envisagera par conséquent de manière successive la possibilité technique de la responsabilité préventive (α), puis les modalités techniques de cette dernière (β).

α - La possibilité technique de la responsabilité civile préventive

136. Arguments techniques non pertinents. Se pose la question de la compatibilité de la responsabilité civile préventive avec l'essence technique de la responsabilité civile.

⁹¹¹ C. THIBIERGE, art. *cit.*

⁹¹² V. spéc. S. GRAYOT, *op. cit.*, n° 456 et s., et P. JOURDAIN, « Comment traiter le dommage potentiel ? », préc.

⁹¹³ V. not. G. MAITRE, *op. cit.*, n° 131. Rapp. J.-P. DESIDERI, art. *cit.*, J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *op. et loc. cit.*, et Ph. KOURILSKY et G. VINEY, *op. cit.*, p. 72 et s., et 179.

⁹¹⁴ V. not. N. RIAS, *op. cit.*, N° 1248 et s.

⁹¹⁵ V. par ex., S. GRAYOT, *op. cit.*, n° 459, et N. RIAS, *op. cit.*, n° 1235 et s. V. cependant, O. DESCAMPS, art. *cit.*, qui rattache au droit de la responsabilité civile les actions préventives du droit romain dont la *cautio damni infecti*.

⁹¹⁶ S. GRAYOT, *op. cit.*, après avoir détaillé le régime de l'action de droit commun en prévention spéciale de dommage fondée non sur la responsabilité civile mais sur un devoir substantiel autonome de prévention (*ibid.*, n° 462 et s.), propose ainsi d'ajouter au Code civil le texte suivant : « Dès lors que l'existence d'un risque est suffisamment étayée, toute personne pouvant en limiter les effets dommageables doit prendre les mesures nécessaires à cette fin, sauf si ces effets sont admis par la loi. Toute personne dont les intérêts pourraient être atteints par la réalisation d'un risque découlant d'une action ou d'une abstention illicite peut saisir le juge afin que soit ordonnées des mesures propres à en empêcher la réalisation ou en limiter les effets. Seules peuvent être ordonnées des mesures proportionnées au but suivi. Cette action préventive n'a cependant qu'un caractère subsidiaire » (*ibid.*, n° 547).

⁹¹⁷ V. not. Ch. QUEZEL-AMBRUNAZ, *op. cit.*, n° 413 et s., qui ne consent tout au plus qu'à l'institution d'une obligation judiciaire pour le créateur d'un risque de constituer une garantie au profit des victimes éventuelles, et N. RIAS, *op. cit.*, n° 1095 et s.

⁹¹⁸ Ph. LE TOURNEAU *et alii*, *op. cit.*, n° 27.

A ce sujet, on peut d'ores et déjà écarter certains arguments techniques qui ne paraissent pas pertinents. Certains auteurs opposés à sa reconnaissance mettent ainsi en avant le défaut de dommage ou de préjudice certain contre les exigences du Code civil⁹¹⁹. Cet argument de droit positif est imparable. Cependant, il ne semble pas recevable. En effet, dans le cadre d'une réflexion prospective, l'argument de droit positif est trop radical et, au bout du compte, il interdit toute proposition ou toute idée nouvelle. Les défenseurs de la responsabilité civile classique ajoutent encore qu'une responsabilité pour risque conduirait à une responsabilité sans réparation, ce qui serait un non-sens⁹²⁰. En réalité, si l'on admet que l'atteinte puisse être indifférente à la responsabilité civile et que celle-ci doive désormais la prévenir, alors il faut aussi abandonner l'équivalence automatique responsabilité-réparation. De plus, cet argument rejoint très vite le précédent par son excès de positivisme.

A l'opposé, les promoteurs de la responsabilité civile usent d'arguments techniques tout aussi critiquables. Ainsi de celui qui consiste à dire que l'on pourrait pallier l'absence de victime ou de dommage par l'attribution de la qualité pour agir à des personnes morales agissant dans un intérêt altruiste⁹²¹. En effet, il y a confusion entre le droit de créance que traduit la relation de responsabilité civile et l'exigence processuelle d'un intérêt personnel à agir, qui vise à réserver l'action à celui qui en retirera personnellement le bénéfice⁹²². De même, on avance que la condition de dommage pourrait tout à fait disparaître sans causer de tort à la responsabilité civile pour la simple et bonne raison que la faute a pu disparaître sans lui nuire⁹²³. L'argument est inadéquat et insuffisant. D'une part, il n'est pas certain que la faute ait réellement disparu⁹²⁴. D'autre part, la prétendue disparition de la faute ne s'est pas traduite par l'exclusion du débiteur de l'obligation de réparation. Cette notion d'obligation, précisément, semble d'ailleurs être la clef de la réponse à la question posée de la possibilité de la responsabilité civile préventive.

137. Identification de l'essence technique de la responsabilité civile. Quelle peut bien être l'essence technique de la responsabilité civile ? Faut-il la concevoir comme le droit commun de la réparation des dommages et des préjudices ou bien doit-on y voir « *l'institution civile par laquelle l'on répond de ses faits illicites* »⁹²⁵ ? Chacune de ces deux positions seraient, semble-t-il, excessives. La première conception l'est car incomplète, uniquement

⁹¹⁹ V. not. S. GRAYOT, *op. cit.*, n° 457, P. JOURDAIN, *art. cit.*, F. MILLET, *op. cit.*, n° 470, Ch. QUEZEL-AMBRUNAZ, *op. cit.*, n° 418, et 428 et s., Ch. RADE, *art. cit.* (v. cependant *supra* n° 134 note 892), et A. SERIAUX, *op. et loc. cit.*

⁹²⁰ V. not. M. BARY, *art. cit.*, Ph. BRUN, *op. cit.*, n° 16, Ph. LE TOURNEAU *et alii*, *op. cit.*, n° 27, F. MILLET, *op. et loc. cit.*, et N. RIAS, *op. cit.*, n° 1225 et s.

⁹²¹ V. not. D. TAPINOS, *op. cit.*, n° 836 et s.

⁹²² Sur la confusion entre l'intérêt personnel substantiel et processuel et ses conséquences quant à la confusion du droit pénal et de la responsabilité civile, v. *infra* n° 363 et s.

⁹²³ V. not. M. BOUTONNET, *op. cit.*, n° 40, et C. THIBIERGE, « Libres propos sur l'évolution du droit de la responsabilité (vers un élargissement de la fonction de la responsabilité civile ?) », préc. *Adde* N. RIAS, *op. cit.*, n° 1216, qui présente l'argument sans y souscrire.

⁹²⁴ V. *infra* n° 381 et s.

⁹²⁵ C. BLOCH, *op. cit.*, n° 231. Rapp. Ch. RADE, *art. cit.*

ournée vers la victime, et trop positiviste ; la seconde perd de vue que le fait anormal est aussi appréhendé de manière ponctuelle par d'autres institutions prévues par le Code civil lui-même⁹²⁶ et est tout aussi parcellaire puisqu'elle ne perçoit la responsabilité civile que du seul point de vue de l'auteur.

A la vérité, l'essence technique de la responsabilité civile semble résider ailleurs. Pour la découvrir, il faut lever les yeux des articles 1382 et 1383 pour remonter à la théorie générale des obligations. Un court parallèle avec le droit des contrats semble d'ailleurs utile. Le droit français ne connaissait que le contrat, type particulier de convention, elle-même hypothèse spéciale d'acte juridique. Pour autant, une théorie générale a pu se nourrir à cette source et en tirer la substantifique moelle, l'essence technique. Il faut en faire de même avec la responsabilité civile. La théorie générale des obligations, pour poursuivre avec elle, présente deux sources principales d'obligation, l'acte juridique – et non le simple contrat – et le fait juridique. Si l'on excepte les quasi-contrats, ce fait se révèle plus précisément illicite, il est celui qui donne lieu à responsabilité, civile puisqu'il s'agit de droit civil. De cela, on peut tirer deux enseignements sur l'horizon indépassable de la responsabilité civile : elle donne naissance à un lien d'obligation, à savoir un lien de droit en vertu duquel une personne juridique, le créancier-victime, jouit d'un droit subjectif patrimonial personnel, lui permettant de demander l'exécution d'une prestation à un autre sujet de droit, le débiteur-responsable, qui est tenu de s'y soumettre au prix de ses efforts ou à ses frais ; ce lien d'obligation résulte d'un fait juridique caractérisé par son illicéité ou son anormalité. Voilà donc ce qui semble être *l'essence du droit de la responsabilité civile : tout comme le droit des contrats contient le droit commun des actes juridiques obligationnels, il régit pour sa part les faits juridiques anormaux générateurs d'obligations civiles*⁹²⁷.

138. Conséquences. Il résulte de cela que la prévention n'apparaît pas incompatible dans son principe à l'essence technique de la responsabilité civile. Celle-là n'empêche pas,

⁹²⁶ Son article 25, alinéa 2, sanctionne par la déchéance de la nationalité française l'individu ayant acquis la qualité de Français qui a commis certaines infractions contre les intérêts fondamentaux de la Nation, son article 242 permet le prononcé du divorce sur le fondement d'une « violation grave ou renouvelée des devoirs et obligations du mariage », ses articles 726 et 727 permettent de priver de la qualité de succéder ceux qui se rendent coupables de certaines fautes à l'encontre de leur auteur, son article 1426 prive du droit de gérer la communauté l'époux qui s'est rendu coupable de fraude, etc.

⁹²⁷ On pourrait penser qu'il faille nécessairement ajouter que le fondement de cet effet, la génération d'une obligation civile, réside dans le fait que la responsabilité civile suppose un déséquilibre entre deux patrimoines. Cet élément viendrait alors compléter la définition de l'essence technique de la responsabilité civile. M. Quézel-Ambrunaz soutient par exemple, *in op. cit.*, n° 381 et s., que toute obligation, y compris extracontractuelle, trouve sa source dans un « mouvement de valeur » entre deux patrimoines. On peut ne pas être convaincu en ce sens que s'il est certain que la responsabilité civile aboutit à la création d'un lien entre deux patrimoines (v. not. Ph. CONTE, *Rép. civ. Dalloz, V° Responsabilité du fait personnel*, 2002, n° 1), il n'apparaît pas en revanche nécessaire qu'un tel rapport préexiste à la génération de cette responsabilité. Pour preuve, l'atteinte à un intérêt extrapatrimonial suffit à constituer un préjudice réparable alors qu'une telle lésion est inestimable pécuniairement par nature, si bien qu'il est possible de dire qu'en réalité, elle n'est estimée que pour les besoins pratiques de l'indemnisation. On peut d'ailleurs observer à ce titre que l'auteur qui soutient cette thèse se trouve obligé de parler à ce titre de « mouvement de valeur fictif » (Ch. QUEZEL-AMBRUNAZ, *op. cit.*, n° 392 et s.).

d'une part, qu'un fait anormal soit à l'origine du risque. La plupart des propositions faites ne proposent d'ailleurs pas de s'en passer. De même, le lien d'obligation se traduit par un droit personnel au profit du créancier, soit une prérogative en vertu de laquelle il peut demander que son intérêt soit satisfait par l'exécution d'une prestation par le débiteur. Or cette prestation pourrait avoir des objets multiples, réparer un préjudice, faire cesser un trouble ou mettre un terme à un risque, que celui-ci soit avéré ou suspecté⁹²⁸. Si, en droit positif, la créance est forcément une créance de réparation, il n'y aurait rien de contraire à l'essence de la responsabilité civile à reconnaître que la créance puisse être également de prévention. *La créance délictuelle serait alors définie comme celle qui découle d'un fait juridique anormal et en vertu de laquelle le créancier peut demander au débiteur la réparation d'une lésion ou la prévention d'un risque de lésion*⁹²⁹.

Il faut donc le dire sans détour : *le principe de la responsabilité civile préventive peut et devrait être admis*. Reste cependant encore à en fixer les modalités techniques.

β- Les modalités techniques de la responsabilité civile préventive

139. Compatibilité de la responsabilité préventive avec le régime juridique positif de la responsabilité civile. Malgré la compatibilité de la prévention à l'essence technique de la responsabilité civile, il pourrait ne pas y avoir identité de régimes entre les deux institutions. Les propositions les plus approfondies sont d'ailleurs celles qui entendent éloigner le plus leur fonctionnement respectif. Pourtant, toutes les différences de régime que l'on avance ne semblent pas s'imposer. En outre, il apparaît que celles qui s'imposent ne soient pas de nature à remettre en cause l'intérêt de l'absorption de la prévention par la responsabilité et, par là même, la convergence des responsabilités de droit privé vers l'appréhension du risque dans la notion de résultat légal.

140. Conditions de la responsabilité. Concernant les conditions de la responsabilité, les propositions sont unanimes pour abandonner le dommage au profit du risque ou du trouble⁹³⁰. Mais, outre le fait que le trouble est souvent qualifiable de résultat juridique ou accompagné de lésions⁹³¹, cette distinction est le point de rupture même entre responsabilités curative et

⁹²⁸ En effet, la prestation peut très bien consister techniquement en des mesures de précaution ayant pour objet un risque hypothétique. C'est au législateur de décider si, politiquement, il faut aller ou non dans cette voie et au juge d'admettre ou pas l'utilisation plus fréquente de présomptions favorables aux victimes. *Contra* C. BLOCH, *op. cit.*, n° 390-2.

⁹²⁹ En revanche, l'identification de l'essence de la responsabilité civile par le droit des obligations conduit à l'exigence d'un créancier, ce qui réduit le champ d'application de la responsabilité civile préventive telle que souhaitée par la doctrine. Techniquement, cela renvoie à l'exigence d'un intérêt personnel substantiel sur laquelle v. *infra* n° 363 et s.

⁹³⁰ V. *supra* n° 119 et s., et 134.

⁹³¹ V. *supra* n° 124 et s. Doutant de la distinction du trouble et de la lésion, v. G. VINEY, *art. cit.*, et V. WESTER-OUISSE, *art. cit.*

préventive. Par conséquent, soit l'on admet cette différence de régime, soit on refuse en bloc et par principe la responsabilité civile préventive.

Mais il est un problème plus délicat. Cette dernière se caractériserait, selon un auteur, par son caractère plus objectif opérant, au stade du fait générateur, passage de la faute – comprise comme renvoyant à ce qui a été appelée ici anormalité subjective – au fait illicite⁹³². La proposition laisse dubitatif à plusieurs égards. Pour commencer, il y a longtemps que la faute n'est plus présentée comme systématiquement requise en matière de responsabilité civile et qu'un fait anormal ou illicite paraît suffire⁹³³. Ensuite, on peut noter que l'auteur retient une définition très stricte de la faute, notion qu'il refuse d'appliquer à l'atteinte portée à un droit subjectif, qu'il considère comme une autre catégorie de fait illicite⁹³⁴. Il semble pourtant que le fait de léser le droit subjectif d'autrui soit qualifiable de faute⁹³⁵ : n'y a-t-il pas atteinte à un devoir général préalable consistant en l'atteinte au principe d'inviolabilité des droits subjectifs ? En fin de compte, les deux notions de fait illicite et de faute – si l'on entend cette dernière, plus classiquement, comme la conjonction de l'illicéité et de la culpabilité – ne paraissent pas si différentes que cela.

141. Mise en œuvre de la responsabilité. Quant à la mise en œuvre de la responsabilité préventive, elle se caractériserait par le caractère obligatoire de la prévention du dommage ou du préjudice⁹³⁶. Deux remarques peuvent être faites à ce sujet.

Tout d'abord, la réalité de ce caractère est encore discutée et la jurisprudence ne paraît l'exiger que dans quelques contentieux déterminés, comme celui des constructions illicites⁹³⁷. Plusieurs explications ont été proposées : pour les uns, cela s'expliquerait par le fait qu'il s'agit du seul domaine dans lequel les juges du fond refusaient de mettre un terme au fait dangereux, la liberté leur étant laissée ailleurs se révélant alors de pure façade⁹³⁸ ; pour les autres, l'explication serait circonstancielle et tiendrait à une tendance des promoteurs immobiliers à violer constamment la réglementation qui aurait entraîné une réaction sévère de la part des magistrats en guise de rappel à la loi⁹³⁹. Seuls les juges savent où est la vérité...

Par ailleurs, à supposer que ce caractère obligatoire soit admis plus clairement *de lege ferenda*, cela ne répondrait qu'à une exigence tout à fait logique : non pas celle que le juge ne doive pas apprécier l'opportunité du respect de la loi⁹⁴⁰ mais plus simplement celle d'efficacité au regard des intérêts de la victime. Si l'on admet une responsabilité civile pouvant servir à l'évitement des atteintes, permettre parallèlement au juge de n'accorder à la

⁹³² V. C. BLOCH, *op. cit.*, n° 246 et s., et « La cessation de l'illicite », préc., et C. SINTEZ, *op. cit.*, n° 254.

⁹³³ V. *infra* n° 149 et s.

⁹³⁴ C. BLOCH, *op. cit.*, n° 267. Refusant cette distinction entre faute et fait illicite, v. G. VINEY, art. *cit.*

⁹³⁵ V. *infra* n° 211.

⁹³⁶ V. not. C. BLOCH, *op. cit.*, n° 435 et s., et « La cessation de l'illicite », préc.

⁹³⁷ C. BLOCH, *op. cit.*, spéc. n° 460 et s., et G. VINEY, art. *cit.*

⁹³⁸ C. BLOCH, *op. cit.*, n° 461 et 479 et s.

⁹³⁹ G. VINEY, art. *cit.*

⁹⁴⁰ V. not. C. BLOCH, *op. cit.*, n° 445.

victime qu'une réparation pour les lésions à venir ferait perdre à cette nouvelle application de l'institution tout son intérêt. Il serait d'ailleurs pertinent que cette exigence soit étendue. L'efficacité commande effectivement que les mesures soient hiérarchisées, entre la prévention, la réparation par rétablissement du *statu quo ante* et la réparation par compensation⁹⁴¹, la liberté de la victime quant au choix de la mesure devant tout de même être ménagée dans la mesure où le droit subjectif sur lequel elle se fonde pour la demander lui demeure disponible. Là encore, aucune différence ne justifie le refus d'admettre la responsabilité préventive.

142. Attribution du fait générateur de responsabilité. En réalité, ce qui pose le plus problème sont les propositions faites au sujet de l'imputation du fait générateur de responsabilité. Les propositions les plus abouties retiennent en effet un mode d'attribution purement fonctionnel, fondé non sur le comportement de l'auteur mais sur sa capacité à intervenir sur le risque⁹⁴², considération générale inexistante en droit de la responsabilité civile qu'il s'agisse du droit positif ou des différentes propositions de réformes. Certes, souvent, cette personne sera aussi le fautif, voire le commettant ou le gardien de la chose⁹⁴³. Cependant, il n'en sera ainsi que pour des raisons de fait. Il demeure que ces règles de rattachement paraissent trop différentes de celle du droit commun qui pose le principe que c'est celui qui a anormalement porté atteinte aux intérêts d'autrui qui doit en subir les conséquences, sauf exceptions légales tendant à les faire supporter par un tiers en raison de sa fonction⁹⁴⁴. De deux choses l'une alors : maintenir les propositions ou faire coïncider les règles de la prévention et celle de la réparation.

Dans la première hypothèse d'une part, il paraît alors préférable de confier la prévention à une institution autonome⁹⁴⁵. Elle n'en perdrait pas pour autant les avantages dont jouit la responsabilité civile et que l'on croit être son apanage⁹⁴⁶. Tout d'abord, l'universalité dont elle bénéficie et qui lui permet de s'adapter sans cesse et de révéler et de préciser jour après jour les règles de conduite posées par le droit n'en est pas une particularité exclusive. Elle résulte plutôt de la notion de faute, et plus encore de celles d'anormalité ou d'illicéité⁹⁴⁷ que l'on retrouve et que l'on peut poser comme condition hors le droit de la responsabilité civile. De même ensuite, la subsidiarité de la responsabilité civile tient surtout à sa généralité, à son statut de droit commun de la réparation. Il est de principe que ce qui est spécial déroge au

⁹⁴¹ Comp. C. BLOCH, *op. cit.*, n° 122 et s., qui propose de rendre obligatoire la remise en état.

⁹⁴² *Ibid.*, n° 295 et s., et « La cessation de l'illicite », préc. Comp. la proposition d'article de Mlle Grayot, *op. cit.*, n° 547, qui retient la même règle d'attribution.

⁹⁴³ C. BLOCH, *op. et loc. cit.*

⁹⁴⁴ Sur ce point, v. *infra* n° 479 et s.

⁹⁴⁵ Et donc d'aller dans le sens de la proposition de Mlle Grayot, *in op. cit.*

⁹⁴⁶ V. C. BLOCH, *op. cit.*, n° 234 et s.

⁹⁴⁷ En convenant, v. C. BLOCH, *op. cit.*, n° 237.

général. Cela est commun, à la fois classique, courant, et partagée par toutes les institutions juridiques. Par ailleurs, un texte peut toujours prévoir la subsidiarité⁹⁴⁸.

D'autre part, la seconde solution permettrait, en premier lieu, l'unification du régime de la responsabilité civile. En second lieu, elle ne serait pas révolutionnaire. En effet, en matière de réparation, celui qui est responsable n'est pas toujours le plus apte à mettre en œuvre la mesure, soit qu'il n'a pas la compétence requise pour le faire (réparation en nature), soit qu'il n'en a pas les moyens financiers (réparation en argent), dans lequel cas il aura pu s'assurer. L'important est que ce soit lui en tant que personne juridique titulaire d'un patrimoine qui lui permette d'exécuter ou de faire exécuter la prestation à laquelle a droit le créancier-victime et dont le juge a précisé la teneur. Cela est totalement transposable en matière préventive. Il ne s'agira que d'identifier celui qui, en application des règles d'imputation de droit commun, aura la charge d'exécuter par ses efforts ou de faire exécuter à ses frais les mesures de prévention. En dernier lieu, ramener les règles de l'attribution du fait générateur de responsabilité civile à l'unité et au droit commun ne reviendrait en fait qu'à raccourcir le circuit contentieux. A supposer, en effet, que l'on pose des règles différentes, ne verrait-on pas les personnes étrangères au risque mais tenues responsables, du fait de leur seule capacité à y mettre un terme, agir en réparation contre le fautif, le responsable du fait d'autrui ou le gardien de la chose à l'origine véritable du trouble⁹⁴⁹ ? Est-il utile de dédoubler le contentieux ? Et est-il juste de faire supporter le risque d'insolvabilité ou de non-identification du responsable de droit commun sur celui qui est le "mieux" placé pour remédier à la menace de lésion ? On peut penser que non. Partant, il apparaît que s'il devait être fait une place à la prévention en droit de la responsabilité civile, celle-là devrait se fondre dans le moule de celle-ci.

⁹⁴⁸ Comme le démontre la proposition de Mlle Grayot, *in op. cit.*, n° 547.

⁹⁴⁹ Comp. C. env., art. L. 162-22 qui offre une action récursoire à l'exploitant auquel on a fait supporter les frais de mesures de prévention d'un dommage à l'environnement dont il n'a pas été à l'origine.

Conclusion du chapitre

143. Le résultat légal, exigence souple du concept de responsabilité juridique. En définitive, si la responsabilité juridique impose bien un résultat légal, les exigences relatives à celui-ci ne sont pas très rigoureuses. *Hormis la condition tenant à la légitimité du bien lésé liée au fait que le droit ne peut apporter sa reconnaissance et sa protection à tous les intérêts et à toutes les valeurs trouvés dans le donné, aucune limite ne semble posée par le concept de responsabilité juridique. Peu importe la nature de l'intérêt lésé.* Il peut ainsi être soit patrimonial (droit réel, créance, fortune), soit extrapatrimonial (vie, intégrité physique, confiance, environnement, bien-être), mais doit être reconnu par l'ordre juridique et pouvoir faire l'objet d'une situation juridique. *Peu importe encore la manière dont ce bien juridique sera dégradé.* Il peut s'agir, d'une part, d'une véritable lésion. C'est ainsi que la mort, des blessures, un viol, un vol, la violation d'un droit subjectif, la destruction d'un bien, la pollution d'un site naturel, pourront fonder une action en responsabilité pénale ou civile. Mais, d'autre part, le concept de responsabilité juridique autorise également que la simple menace d'une des valeurs protégées par le droit puisse mener au même résultat. C'est en effet que, dans ce cas, ni l'essence rétrospective du concept – puisque le risque existera bel et bien au moment de sa mise en œuvre – ni sa destination sociale – dès lors qu'objectivement, une situation juridique est effectivement exposée à un danger et que, subjectivement, la demande sociale d'intervention du droit sur ce point va croissant – ne sont remises en cause. Ce faisant, *la convergence du droit pénal et du droit civil de la responsabilité vers l'appréhension du résultat matériel est à encourager*, et ce, à un double niveau : d'un point de vue général, répondre au risque permettrait à la responsabilité juridique, en tant qu'instrument technique, d'être utilisée de manière optimale ; d'un point de vue spécial et par suite, cela reviendrait à améliorer la protection des valeurs fondamentales par le droit pénal et celle des victimes par le droit civil en autorisant leur intervention avant toute lésion, laquelle peut éventuellement être irréversible.

Force est de constater pourtant qu'une telle convergence des deux applications de la responsabilité juridique en droit privé n'est pas encore de droit positif. Si le droit pénal appréhende très largement tout type de risque, ce qu'il fait en usant de moyens très variés, il en est loin d'être de même pour le droit de la responsabilité civile. *De lege lata*, rares sont les cas où le risque seul fonde l'engagement de la responsabilité civile d'un individu. *De lege ferenda* toutefois, il est peu douteux que la matière connaisse une évolution tendant à la rapprocher du droit pénal et des potentialités offertes par le concept de responsabilité juridique. La doctrine, encouragée par l'importance grandissante du principe de précaution, multiplie les propositions en ce sens et *la technique de la responsabilité civile est tout à fait apte à accueillir une application préventive de cette dernière sans que son régime juridique n'ait à être modifié de manière importante.* En réalité, rien ne paraît même devoir être changé

si ce n'est l'exigence d'un dommage ou d'un préjudice et la forme de la sanction civile – mesures de prévention en lieu et place des mesures de réparation.

Conclusion du titre

144. Convergences imposées par le concept de responsabilité juridique. Le résultat légal bénéficiant d'une primauté historique et d'une importance théorique particulières, il est apparu opportun d'envisager l'influence du concept de responsabilité juridique en commençant par étudier cette notion. Toute responsabilité est une réponse à une dysharmonie sociale, à un bouleversement de l'ordre des choses. Juridiquement, cela semble imposer certaines convergences des droits civil et pénal de la responsabilité.

En premier lieu, cela implique que *tout fait générateur de responsabilité doit nécessairement comporter un résultat légal*. L'exigence même d'un résultat légal est consubstantielle au concept de responsabilité juridique. Les fondements de cet impératif sont nombreux. D'un point de vue général, toute responsabilité est par essence rétrospective en ce sens que l'on est toujours responsable de quelque chose qui s'est déjà produit, tout engagement pour l'avenir devant être qualifié de devoir ou d'obligation dont seule la violation permettra d'engager une responsabilité. Par ailleurs, la responsabilité juridique n'étant qu'un instrument construit par le droit tendant à satisfaire des besoins sociaux, elle a une destination sociale qui empêche que le résultat légal soit abusivement confondu avec le comportement de l'agent. Autrement dit, ce qui s'est passé et qui fonde la responsabilité ne doit pas être le seul fait illicite ni une de ses "conséquences" purement juridiques, l'atteinte à l'ordre juridique. *Le résultat légal doit consister en la dégradation d'une situation protégée par l'ordre juridique et puisée dans le donné, dans l'ordre social au service duquel est institué le droit*. La prohibition du meurtre, par exemple, ne vise pas à protéger l'article 221-1 du Code pénal mais bien la vie humaine. D'un point de vue spécial, ces considérations sont renforcées par le principe de nécessité des incriminations en droit pénal et par le rattachement du droit de la responsabilité civile au droit des obligations. Une telle exigence conduit à une conséquence simple : *il ne peut y avoir de responsabilité sans résultat légal*. Elle n'est toutefois pas toujours suivie en droit positif, et ce, spécialement en droit pénal par lequel des comportements inoffensifs sont actuellement réprimés. Une évolution de la matière conforme à l'unité conceptuelle de la responsabilité juridique et au principe de nécessité devrait donc se solder par la dépénalisation des infractions n'emportant aucune conséquence pour un quelconque intérêt juridiquement reconnu et identifiable, ainsi que par un abandon de la répression des infractions impossibles par la jurisprudence.

En second lieu, *l'unité conceptuelle de la responsabilité juridique impose que ce soit une situation juridique qui soit dégradée, c'est-à-dire une situation de droit ou de fait représentant non un intérêt ou un idéal quelconque mais un bien juridique, soit l'émanation d'une valeur morale ou sociale jugée digne de protection par le législateur ou le juge*. Cela renvoie à l'exigence technique de légitimité de l'intérêt lésé qui joue un rôle de filtre entre le donné et le construit. Sur ce point, le droit positif est tout à fait conforme aux exigences de

l'institution générale de la responsabilité juridique, bien que les choix opérés par la loi ou la jurisprudence puissent toujours faire l'objet de discussions.

145. Convergences autorisées par le concept de responsabilité juridique. Cependant, le concept de responsabilité juridique n'est pas toujours aussi exigeant. Sur certains points, il se montre indifférent, se contentant d'autoriser la convergence du droit pénal et de la responsabilité civile.

D'une part, la nature de l'intérêt lésé, dès lors qu'il satisfait à la condition de légitimité, est sans importance. Patrimonial ou extrapatrimonial, avec ou sans référent individuel, l'intérêt lésé appréhendé par le droit variera en fonction des évolutions sociales⁹⁵⁰.

Il en est de même de la forme de la dégradation d'autre part. Il pourra s'agir, classiquement, d'une lésion abstraite ou concrète, d'une perte subie ou d'un gain manqué, mais aussi de la simple exposition de la situation juridique à un risque d'atteinte. Ni l'essence rétrospective ni la destination sociale de la responsabilité juridique ne s'y opposent. Au contraire, son efficacité en tant qu'instrument technique de réaction au bouleversement de l'ordre des choses, ainsi que celle du droit pénal et du droit de la responsabilité civile, encouragent une telle extension de la notion de résultat légal. Si le droit positif civil n'est pas encore à la hauteur de l'efficacité préventive du droit pénal, on peut néanmoins gager que cette lacune sera très rapidement comblée. L'aptitude technique du droit de la responsabilité civile à absorber une telle évolution, la forte mobilisation doctrinale en ce sens et les pressions émanant de la société du risque qui est la nôtre et de l'esprit de précaution qui y règne de plus en plus, devraient conduire à une telle convergence du droit pénal et de la responsabilité civile. Le potentiel de l'unité conceptuelle de la responsabilité en droit privé sera, concernant la question du résultat légal, ainsi pleinement exploité et toute dégradation d'une situation juridique appréhendée par le système juridique.

Une autre condition devra être respectée néanmoins : cette dégradation devra être anormale. C'est qu'en effet, l'unité conceptuelle de la responsabilité juridique impose également des exigences relatives au fait causal, qu'il s'agit désormais d'étudier.

⁹⁵⁰ Et selon les fonctions propres à chaque application technique de la responsabilité en droit privé de telle sorte que là où l'unité conceptuelle de la responsabilité juridique *permet* leur convergence, la cohérence et l'efficacité du système global de responsabilité juridique *commandera* parfois leur divergence. V. *infra* n° 344 et s.

TITRE SECOND

L'INFLUENCE DU CONCEPT DE RESPONSABILITE JURIDIQUE SUR LE FAIT CAUSAL

146. Conditionnalité de la réaction sociale au mal. La mort naturelle d'un vieillard, les souffrances causées par un cancer, le cœur brisé d'une femme quittée, les maisons détruites par le passage d'un ouragan, les cultures ravagées par une invasion d'insectes nuisibles, les clients perdus par une entreprise : il est évident que toute souffrance fait naître en l'Homme un sentiment de malaise et de compassion et qu'il serait idéal de pouvoir toujours y apporter une solution. Les progrès de l'humanisme, des droits de l'homme et de leur idéologie, et la promotion de la personne humaine dans l'Occident du XX^e siècle ont conduit à ce que la sensibilité de chacun soit plus vive. Ceci, joint à la multiplication des atteintes non intentionnelles liées au progrès technique et scientifique, explique le passage actuel de notre Civilisation à une société de précaution, du dommage au risque⁹⁵¹. On voudrait que toute lésion, voire tout menace, reçoive une réponse sociale⁹⁵². Le système juridique peut-il, doit-il, pour autant répondre à l'appel de ces sirènes ?

Il doit s'y refuser. Certes, la responsabilité juridique est une réponse à la dégradation d'une situation juridique. Mais elle n'est mise en œuvre que si cette dégradation a son origine dans un fait anormal. Parce que l'être social ne peut rester sain et sauf, parce que l'urbanisation intensifie les rapports sociaux et renforce l'interdépendance de tous les membres de la société⁹⁵³, parce que « *l'enfer, c'est les Autres* »⁹⁵⁴, et parce que le droit est une science sociale, il ne peut pas tout concéder et ne peut pas apporter la garantie que personne ne sera lésé ou qu'aucune lésion ne demeurera sans réaction. « *Le droit s'épuiserait à vouloir suivre à l'infini la cascade des malheurs* »⁹⁵⁵. Il impose donc à chacun de tolérer un minimum de nuisances, ainsi que certains coups du sort malheureux, et choisit parmi la masse des doléances qui lui sont soumises. Ce tri est opéré par la mise en œuvre de deux conditions réunies au sein d'une notion complexe, celle de fait causal.

⁹⁵¹ V. *supra* n° 73 et s.

⁹⁵² V. A. CHAVANNE et M.-C. FAYARD, « Les délits d'imprudance », *Rev. sc. crim.*, 1975, pp. 5 et s., E. FORTIS, *L'élément légal dans les infractions d'imprudance portant atteinte à l'intégralité corporelle* thèse Paris, 1989, n° 15, et F. ROUSSEAU, « Observations sur la répression inégalitaire de l'imprudance », *La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale*. préc., pp. 43 et s.

⁹⁵³ V. L. BAVCON, « Les délits involontaires au point de vue de la responsabilité pénale », *Rev. sc. crim.*, 1963, pp. 703 et s., Ch. BLAEVOET, « La place du normal et de l'anormal dans le droit », *Gaz. Pal.*, 1966, 1, doct., pp. 65 et s., et G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, L.G.D.J., 4^e éd., 1949, n° 118, p. 214.

⁹⁵⁴ J.-P. SARTRE, *Huis clos*, Scène V, Ed. Gallimard, coll. Folio, 1947, p. 93.

⁹⁵⁵ J. CARBONNIER, *Droit civil. Les biens, les obligations*, préc., n° 1073, p. 2193.

147. Dualité et complémentarité des caractères du fait causal. Cette notion impose que le mal ait une certaine origine, un fait, et pose deux exigences complémentaires tenant aux caractères de ce fait. Le premier, son nom l'indique, tient à la notion de *causalité* : il doit y avoir un fait à l'origine même du résultat légal exigé pour la constitution du fait générateur – atteinte effective ou simple menace d'atteinte à un intérêt protégé. Face à un désagrément, le droit interroge : qui en est à l'origine ? Qui doit en supporter la charge *a priori* ? Il pourra s'agir aussi bien de la victime que d'une ou plusieurs autres personnes. Bien connue du droit civil – ce qui n'enlève rien à la difficulté de son analyse –, la question du rapport de cause à effet est moins étudiée par les pénalistes alors même qu'elle y est omniprésente.

Mais cela ne suffit pas car le résultat légal, premier terme de ce rapport, doit être lié à un fait, son second terme, ayant un caractère particulier : l'*anormalité*⁹⁵⁶. Il s'agit de compléter l'analyse en se demandant le(s)quel(s), parmi ces faits à l'origine du dommage ou du risque, n'aurai(en)t pas dû se réaliser, et ce, non pas au regard de son (leur) résultat effectif mais en soi, en tant que tel. Ce questionnement est mené en droit pénal comme en responsabilité civile qui, en tant qu'ils viennent limiter les prérogatives juridiques et matérielles des individus, leurs droits, leur liberté, ne sauraient adresser leur sanction qu'aux comportements que le système juridique juge inadéquats au bon déroulement de la vie de ses sujets.

148. Etude préalable de l'anormalité. Pour étudier les implications de l'unité conceptuelle de la responsabilité en droit privé, il paraît logique, de prime abord, de commencer par étudier la double appréhension pénale et civile de la notion de causalité. En effet, étant parti du résultat, il paraîtrait cohérent de remonter jusqu'à son origine en empruntant le lien causal qui les unit. Par ailleurs, il semble de prime abord qu'entre l'anormalité et la causalité, ce soit cette dernière qui constitue le premier filtre à appliquer rationnellement et pratiquement : avant de se demander si un fait est anormal, il semble logique et utile de rechercher s'il est une cause.

Toutefois, l'étude préalable de l'anormalité paraît s'imposer tant il est vrai que la causalité est une notion doublement relative. Elle l'est, tout d'abord, en ce qu'elle est un lien entre deux termes lesquels sont, en matière de responsabilité juridique, le résultat légal et le fait anormal. La précision de chacun d'entre eux paraît donc devoir précéder l'étude de la causalité. Il faut

⁹⁵⁶ Bien que l'utilité d'une pareille discussion terminologique ait pu être mise en doute (Ph. CONTE, *Responsabilité du fait personnel*, préc., n° 7), il paraît opportun de préciser que le terme d'anormalité sera choisi de préférence à d'autres, tels qu'illicéité et anormalité, et d'expliquer pourquoi. Quant au premier, il apparaît, d'une part, trop imprécis. S'agit-il ainsi de dire que l'acte, distingué du résultat, est contraire aux exigences du droit, de dire que le fait générateur de responsabilité l'est en son entier parce qu'il est constitué ou bien qu'il est, en outre, insusceptible d'être justifié et donc non conforme aux fins du système juridique ? D'autre part, il est insuffisant car l'illicéité est, de coutume, réservé au comportement, par opposition à la culpabilité qui renvoie à l'état d'esprit de l'agent (v. *infra* n° 156). L'anormalité aurait donc au moins l'avantage de pouvoir appréhender l'ensemble des composantes de la notion de faute. Sur les rapports de cette notion avec celle d'anormalité et sur la distinction des anormalités objective et subjective, v. plus précisément *infra* n° 156 et s. Quant à la défectuosité, on peut la tenir pour quasiment équivalente à l'anormalité. Toutefois, le terme donne l'impression d'être mieux adapté à la machine qu'à l'humain... On retiendra donc celui d'anormalité plutôt que les deux autres, sans pour autant s'interdire l'emploi du mot " défectuosité".

savoir ce qu'on relie avant d'étudier ce qui relie. La causalité est ensuite relative car, on le démontrera, le concept de responsabilité juridique commande de retenir une acception tout aussi juridique de la causalité, acception largement influencée par l'exigence d'anormalité. C'est pour ces deux raisons qu'il sera étudié l'influence du concept de responsabilité juridique sur l'anormalité, en premier lieu (Chapitre 1), et sur la causalité, en second lieu (Chapitre 2).

Chapitre premier

L'influence du concept de responsabilité juridique sur l'anormalité

149. Dualité de problèmes. L'existence d'un lien causal entre le résultat légal et le fait de l'auteur ne saurait suffire à engager la responsabilité d'un individu. S'il y aurait bien alors dégradation d'une situation juridique en raison du fait causal d'un individu autre que la victime, cela ne serait pas suffisant dès lors qu'il faut surtout que le fait causal soit, aussi, un fait anormal. La vie en société qu'entend régir le droit implique en effet des heurts entre individus que le système juridique ne peut ni ne veut toujours appréhender. Certains sont inévitables, d'autres n'ont pas à être évités. Nombre de désagréments doivent être supportés si l'on désire vivre en société : le départ d'un enfant loin de la maison familiale, les déceptions amoureuses, la perte d'un emploi en raison de la faillite de son entreprise, etc. *Dès lors qu'ils trouvent leur origine dans un comportement conforme aux directives posées par le droit, la responsabilité juridique est hors de propos.*

L'anormalité apparaît ainsi comme une exigence liée au concept général de responsabilité juridique. Mais une telle affirmation mérite une démonstration plus étoffée. En réalité, l'étude de l'anormalité en droit privé de la responsabilité suppose l'examen de deux questions différentes. La première consiste à s'interroger sur l'exigence même de l'anormalité : est-ce véritablement une condition consubstantielle à la responsabilité juridique et, partant, à chacune de ses applications techniques ? La seconde interrogation, quant à elle, conduit à se demander comment, en pratique, l'anormalité d'un acte peut être établie. C'est dire que l'analyse préalable de l'exigence d'anormalité (Section 1) devra être suivie de l'étude de l'établissement de l'anormalité (Section 2).

Section 1. L'exigence d'anormalité

150. L'anormalité comme composante essentielle du concept de responsabilité juridique. *Pour qu'il y ait responsabilité et, pour ce qui nous concerne plus particulièrement, responsabilité juridique, l'anormalité du fait causal paraît s'imposer comme une exigence essentielle.* Si l'on pose la question, de manière abstraite, du sens de ce réquisit d'une part, elle apparaît largement fondée et admise. D'autre part, si l'on s'intéresse au droit positif de la responsabilité, il semble qu'elle soit très globalement respectée. On sera donc pleinement convaincu de l'importance de l'exigence d'anormalité après en avoir étudié le sens (§1) et la réalité (§2).

§1. Le sens de l'exigence

151. Quoi et pourquoi ? Questionner le sens de l'exigence revient à soulever deux problèmes successifs. C'est tout d'abord interroger le pourquoi de cette condition, puis cela revient à se demander quel en est l'objet exact. C'est donc étudier les raisons (A) et le contenu de l'exigence d'anormalité (B).

A- Les raisons de l'exigence

152. Raisons techniques de l'exigence. Nombreux sont ceux qui affirment le lien entre anormalité et responsabilité⁹⁵⁷. « *L'anormalité (...) est l'assise de la responsabilité. (Elle) est au fondement de toute responsabilité* » a-t-on pu dire ainsi⁹⁵⁸. Mais la question se pose : pourquoi ce lien est-il si évident ? Les auteurs le font rarement mais – car ? – il n'est pas difficile de justifier l'exigence d'anormalité en fait de responsabilité. En effet, que l'on se situe sur le simple terrain technique ou sur celui de la politique juridique, cette condition semble bien s'imposer comme une composante essentielle du concept général de responsabilité juridique.

Si l'on se situe sur le seul terrain technique, outre le fait que la notion d'anormalité permet d'expliquer et de préciser la notion juridique de causalité⁹⁵⁹, il faut aussi constater qu'elle vient pallier l'insuffisance technique radicale de l'exigence de cette dernière. La raison en est qu'« *un dommage résulte toujours de deux causes : le fait de l'auteur ; le fait de la victime. L'auteur ne cause en effet aucun dommage s'il n'existe aucune victime potentielle sur le lieu*

⁹⁵⁷ V. not. Ch. AUBRY et Ch. RAU par N. DEJEAN DE LA BÂTIE, *Droit civil français*, préc., n° 2, Ch. BLAEVOET, art. cit., et « L'anormal devant les hautes juridictions civile et administrative », *JCP*, 1946, I, 560, Ph. BRUN, *Responsabilité extracontractuelle*, préc., n° 280, S. CHASSAGNARD, *La notion de normalité en droit privé français*, thèse Toulouse, 2000, n° 895 et s., P. JOURDAIN, *Recherche sur l'imputabilité en matière de responsabilités civile et pénale*, thèse Paris, 1982, n° 189 et s., Ph. LE TOURNEAU, « La verdeur de la faute dans la responsabilité civile (ou de la relativité de son déclin) », *RTD Civ.*, 1988, pp. 505 et s., Ph. LE TOURNEAU, *et alii*, *Droit de la responsabilité et des contrats*, 2004, Dalloz, coll. Action, n° 32 et 6705, Ch. RADE, « L'impossible divorce de la faute et de la responsabilité civile », *D.*, 1998, chron., pp. 301 et s., J.-Ch. SAINT-PAU, « Responsabilité civile et anormalité », *Mél. Ch. Lapoyade-Deschamps*, P.U.B., 2003, pp. 249 et s., B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Obligations. 1. Responsabilité délictuelle*, préc., n° 46 et s., et 268. Rapp. A. BENABENT, *Droit civil. Les obligations*, op. cit., n° 540, A. RABUT, *De la notion de faute en droit privé*, L.G.D.J., 1948, n° 80. Illustrent cela les réactions presque unanimes de la doctrine devant l'obstination de la jurisprudence à prétendre se satisfaire d'un simple fait causal de l'enfant pour engager la "responsabilité" des parents. V. *infra* n° 161. Il y a d'ailleurs eu constitutionnalisation du « principe de responsabilité » selon lequel « on se doit de répondre des dommages qui trouvent leur origine dans le fait anormal de ce sur quoi l'on exerce son autorité ». V. Ph. BRUN, « La constitutionnalisation de la responsabilité pour faute », *Resp. civ. et assur.*, juin 2003, *La responsabilité pour faute*, pp. 37 et s., et G. CANIVET, « Les fondements constitutionnels du droit de la responsabilité civile. Essai de pragmatique jurisprudentielle », *Mél. G. Viney*, préc., pp. 213 et s. *Adde* récemment, Cons. const., 18 juin 2010, décision n° 2010-8 QPC. Les juristes ne sont pas les seuls à souligner ce lien particulier de la responsabilité et des idées d'anormalité et de normalité. V. ainsi H. LEVY-BRUHL, « Responsabilité et normalité », *Année sociologique*, 1953-1954, pp. 383 et s., cité in S. CHASSAGNARD, op. cit., n° 902.

⁹⁵⁸ S. CHASSAGNARD, op. cit., n° 898.

⁹⁵⁹ V. *infra* n° 299 et s.

de l'accident. La question de la responsabilité est donc celle d'un choix entre deux causes »⁹⁶⁰, de telle sorte que se satisfaire d'un fait causal, c'est fonder en quelque sorte le droit à réparation sur la seule qualité de victime. Il est vrai que le choix d'une théorie sélective de la causalité, telle que celle de la causalité adéquate, pourrait parfois régler la difficulté⁹⁶¹. Mais ce serait surestimer la qualité de cette théorie et, surtout, sous-estimer les raisons de l'exigence, lesquelles sont aussi politiques.

153. Raisons politiques de l'exigence. La question que doit se poser le législateur face à un dommage ou à un risque de dommage est la suivante : entre deux individus ayant contribué à la production d'un résultat légal, pourquoi choisir l'un plutôt que l'autre ? La seule qualité de victime justifie-t-elle à ce qu'il intervienne juridiquement pour contrarier le déroulement des choses tel qu'il existe dans les faits, pour aller contre le hasard ou le destin⁹⁶² ?

La responsabilité juridique est une réaction à un bouleversement de l'ordre des choses qui prend pour cible un individu. Elle est dès lors source de limitation des libertés et des droits d'individus qui, en raison du fait qu'ils vivent en société, sont contraints, on l'a déjà dit, de causer parfois du tort à autrui. Elle soulève, par ailleurs, une question de justice commutative qui imprègne le droit de la responsabilité⁹⁶³. Il résulte de tout cela qu'il faut une raison supérieure à la causalité et à la qualité de victime pour mettre en œuvre une institution telle que la responsabilité juridique⁹⁶⁴. Il n'est pas question que de protéger les situations juridiques. Au-delà de ces considérations fondamentales, il faut quelque chose de plus : c'est dès lors à une appréciation de la valeur respective des agissements de chacun des auteurs du résultat légal qu'il va falloir se livrer. C'est celui qui n'a pas eu le comportement normal, licite,

⁹⁶⁰ V. J.-Ch. SAINT-PAU, art. *cit.* *Adde* du même auteur, « Le fait d'autrui source de responsabilité : fait causal ou fait générateur ? », *Resp. civ. et assur.*, 2004, chron. n° 1, J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil. Les obligations. 2. Le fait juridique*, préc., n° 197-1, note 4, p. 432, G. RIPERT, *op. cit.*, p. 212 et s., F. ROUSSEAU, « L'unité des fautes civile et pénale », *Droit pénal : le temps des réformes*, préc., pp. 119 et s., et R. SAVATIER, *Traité de la responsabilité en droit français civil, administratif, professionnel, procédural*, t. 2, préc., n° 468.

⁹⁶¹ V. not. en ce sens F. ROUSSEAU, art. *cit.*, et B. STARCK, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, préc., pp. 35 et s., et pp. 143 et s.

⁹⁶² V. déjà G. RIPERT, *op. cit.*, p. 211.

⁹⁶³ Sur les liens entre justice commutative, responsabilité et anormalité, v. J.-Ch. SAINT-PAU, art. *cit.* *Adde* J. DABIN, *Théorie générale du droit*, préc., n° 312, L. HUSSON, *Les transformations de la responsabilité. Etude sur la pensée juridique*, préc., pp. 342 et s., et M. VIRALLY, *La pensée juridique*, préc., p. 114. Si l'on suit la présentation de DABIN, toutefois, la responsabilité pénale pourrait également relever de la justice légale qui est relative à « ce qui est dû par les membres à la collectivité » (*op. cit.*, n° 311). Quant à VIRALLY, il semble la rattacher, en raison de la fonction rétributive de la peine, à la justice distributive (*op. cit.*, p. 109).

⁹⁶⁴ V. Ch. LAPOYADE-DESCHAMPS, L. BLOCH et S. MORACCHINI-ZEIDENBERG, *Droit des obligations*, préc., p. 138, Ce qui ne signifie pas que la simple qualité de victime ne puisse jamais à elle seule justifier une réaction juridique. Au contraire, dans une démocratie, la sensibilité s'accroît de telle sorte que les victimes sont de moins en moins abandonnées à la fatalité. V. G. RIPERT, *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, préc., pp. 303 et s. Il existe ainsi de nombreuses hypothèses où ceux qui sont frappés par des faits dommageables particuliers bénéficient d'une indemnisation, ne serait-ce qu'au titre de la solidarité nationale. L'institution de la sécurité sociale elle-même témoigne du fait que certains désagréments, tels que la maladie ou le chômage, apparaissent en eux-mêmes socialement inacceptables et nécessitent une réponse juridique quasiment automatique. Mais il s'agit alors de justice distributive, due « par la collectivité à ses membres » (J. DABIN, *op. et loc. cit.*).

qui va devoir supporter les conséquences juridiques du risque ou de la lésion. On choisit le coupable au profit de l'innocent. *Parmi les causes, c'est l'anormalité qui, techniquement et politiquement, va ainsi permettre de prendre la décision la plus juste.*

Les raisons de l'exigence, assez simples, permettent d'ailleurs de limiter les implications qui peuvent être les siennes pour ce qui est de son contenu.

B- Le contenu de l'exigence

154. Notion et objet de l'anormalité. Connaître ce qu'implique le concept de responsabilité juridique quant à l'exigence d'anormalité suppose d'approfondir la notion même d'anormalité (1) avant de savoir quel doit en être, suivant le concept de responsabilité juridique, l'objet précis (2).

1. La notion d'anormalité

155. Anormalité, droit et responsabilité. Le mot "normalité" vient du latin "*normalis*", "*norma*", signifiant "fait à la règle", puis "conforme à une prescription"⁹⁶⁵. On comprend donc que la normalité entretienne avec le droit des rapports privilégiés, riches et complexes. La première inspire, fonde, intègre, voire anticipe, dépasse et conteste le second, qui, à son tour, la renforce et la consacre⁹⁶⁶. Lorsque la normalité s'incorpore au droit, elle prend notamment la forme technique des notions floues, et plus particulièrement celle du standard, notion à contenu variable visant plus précisément à "étalonner" un comportement ou une situation à l'aune de la normalité⁹⁶⁷.

Ce lien est particulièrement fort en fait de responsabilité, quoique celle-ci s'intéresse plus véritablement à l'anormal, soit à ce qui dévie de la ligne de conduite tracée par la règle juridique. On comprend donc à quel point il est nécessaire de déterminer le normal et l'anormal. Face à cette nécessité se dressent cependant quelques difficultés. La première tient au double sens de la notion de normalité⁹⁶⁸. Elle peut renvoyer à l'étant, par référence à ce qui

⁹⁶⁵ S. CHASSAGNARD, *op. cit.*, n° 3.

⁹⁶⁶ *Ibid.* Ch. BLAEVOET, « La place du normal et de l'anormal dans le droit », préc.

⁹⁶⁷ Sur ces notions et leur distinction, v. not. A.-A. AL-SANHOURY, « Le standard juridique », *Mél. F. Gény*, t. 2, Sirey, 1934, pp. 144 et s., S. CHASSAGNARD, *op. cit.*, n° 215 et s., V. FORTIER, « La fonction normative des notions floues », *RRJ*, 1991-3, pp. 755 et s., D. NERON, « Le standard, un instrument juridique complexe », *JCP*, 2011, 1003, et P. ORIANNE, « Les standards et les pouvoirs du juge », *RRJ*, 1988-4, pp. 1037 et s. *Adde* M. DELMAS-MARTY, « Les standards en droit pénal », *RRJ*, 1988-4, pp. 1019 et s., G. RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, préc., n° 146, pp. 335 et s., et P. ROUBIER, *Théorie générale du droit*, préc., n° 12, pp. 110 et s.

⁹⁶⁸ Sur ce point, v. Ch. BLAEVOET, « L'anormal devant les hautes juridictions civile et administrative », préc., S. CHASSAGNARD, *op. cit.*, n° 3 et s., et D. NERON, art. *cit.* Rapp. V. MALABAT, *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit pénal*, thèse Bordeaux, 1999, spéc. n° 13. Sur le point du vocabulaire, il faut préciser dès maintenant qu'il sera entendu, par normal/anormal, par normalité/anormalité ou par norme de comportement, le signifié, le contenu, la substance de ce qui doit ou non se faire. A l'opposé, par norme ou règle de droit, c'est le contenant de ce qui doit être ou n'être pas, le signifiant, qui sera désigné.

se fait habituellement, sur la base d'une moyenne sociologique statistique, auquel cas la normalité tient davantage aux faits – c'est la normalité « *descriptive* »⁹⁶⁹. Mais, elle peut aussi désigner le devoir-être, auquel cas la normalité se rapproche de la normativité, et donc du droit – c'est la normalité « *dogmatique* »⁹⁷⁰. En réalité, elle n'est ni l'un ni l'autre tout à fait mais bien plutôt un peu des deux à la fois. La normalité est conflit, puis conciliation, entre l'habituel, l'usuel, et le modèle, l'idéal⁹⁷¹.

156. Anormalité et faute. En droit de la responsabilité, l'anormalité fait directement écho au terme de faute, notion avec laquelle elle entretient des relations ambiguës. Les deux concepts sont en effet souvent assimilés et là où l'on voit l'un d'entre eux, on pense toujours deviner l'autre. Pourtant, pareille confusion est excessive.

Une distinction paraît nécessaire, tout d'abord, car la notion de faute est particulièrement floue et imprécise en droit positif. En droit pénal, elle renvoie tantôt à l'infraction tout entière⁹⁷², tantôt à son élément moral⁹⁷³, voire à celui des seules infractions non intentionnelles⁹⁷⁴. La tendance reste toutefois nettement subjectiviste. En matière civile, les choses sont encore plus complexes. La conception classique de la faute, qui en fait le fondement de cette responsabilité, en retient une acception mixte, objective (fait matériel, illicéité ou anormalité du comportement) et subjective (culpabilité et imputabilité)⁹⁷⁵. Aujourd'hui, on définit plutôt la faute comme une violation de l'obligation générale de prudence et l'on enseigne assez majoritairement que la notion est devenue purement objective, faite de matérialité et d'illicéité⁹⁷⁶. Le fait que la faute soit une notion

⁹⁶⁹ L'expression est de N. RIALS, *Le juge administratif français et la technique du standard*, L.G.D.J., 1980, note 21, p. 76, cité par D. NERON, *in art. cit.*

⁹⁷⁰ *Ibid.* Pour une critique de cette conception de la normalité, v. D. NERSON, *art. cit.*

⁹⁷¹ S. CHASSAGNARD, *op. cit.*, spéc. n° 15.

⁹⁷² V. Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, préc., n° 376.

⁹⁷³ V. par exemple, P. BOUZAT et J. PINATEL, *Traité de droit pénal et de criminologie*, t. 1, préc., n° 119, Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *op. cit.*, n° 349, R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, t. 1, préc., n° 521, J. ORTOLAN, *Eléments de droit pénal*, t. 1, préc., n° 225 et s., et X. PIN, *Droit pénal général*, préc., n° 172 et s. Rapp. N. STONESTREET, *La notion d'infraction pénale*, préc., n° 257.

⁹⁷⁴ V. not. E. DREYER, *Droit pénal général*, préc., n° 789 et s., E. FORTIS, *op. cit.*, n° 382, Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, préc., n° 234 et s., et G. VIDAL et J. MAGNOL, *Cours de droit criminel et de science pénitentiaire*, préc., n° 128 et s. *Contra* M.-L. RASSAT, *Droit pénal général*, préc., p. 340.

⁹⁷⁵ V. not. C. BLOCH, *La cessation de l'illicite. Recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile*, préc., n° 267, J. CARBONNIER, *op. cit.*, n° 1136, J. DELIYANNIS, *La notion d'acte illicite considérée en sa qualité d'élément de la faute délictuelle*, L.G.D.J., 1952, n° 2, M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations. 2- Responsabilité civile et quasi-contrats*, préc., pp. 87 et s., P. ESMEIN, « La faute et sa place dans la responsabilité civile », *RTD Civ.*, 1949, pp. 481 et s., Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit civil. Les obligations*, préc., n° 52 et s., Ph. MALINVAUD et D. FENOUILLET, *Droit des obligations*, préc., n° 574 et s., R. SAVATIER, *Traité de la responsabilité en droit français civil, administratif, professionnel, procédural*, t. 1, L.G.D.J., 2^e éd., 1951, n° 4, F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, préc., n° 717 et s., et J. VERHAEGEN, « Faute pénale et faute civile », *APD*, t. 28, 1983, pp. 17 et s.

⁹⁷⁶ V. par exemple, Ch. AUBRY et Ch. RAU par N. DEJEAN DE LA BÂTIE, *op. cit.*, n° 22, A. BENABENT, *op. cit.*, n° 542, Ph. BRUN, *op. cit.*, n° 292 et s., Ph. LE TOURNEAU, *art. cit.*, Ph. LE TOURNEAU *et alii*, *op. cit.*, n° 6706, H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, t. 1, préc., n° 388 et s., A. PIROVANO, *Faute civile et faute pénale*, préc., n° 84 et

métajuridique, qui se sentirait plus qu'elle ne saurait se définir⁹⁷⁷ car elle aurait été « *donnée à tous les hommes* »⁹⁷⁸, ne justifie pas une présentation aussi peu claire de cette notion au rôle fondamental. Il faut préciser son contenu, les éléments spécifiques qui la composent, savoir si la faute est le tout de la responsabilité civile ou bien seulement une de ses parties, puis s'y tenir. Notamment, il serait judicieux de bien distinguer les liens qui l'unissent à l'anormalité.

La distinction des deux concepts est, ensuite, tout à fait possible puisque l'anormalité est une notion à la fois plus large et plus étroite que celle de faute. Plus large car l'anormalité ne concerne pas seulement la responsabilité du fait personnel, à travers la notion de faute, mais bien l'ensemble des régimes de responsabilité dignes de ce nom, parmi lesquels il faut compter les responsabilités du fait des choses et du fait d'autrui⁹⁷⁹. Plus étroite parce que la conception actuelle de la faute, objectiviste, n'épuise pas toute l'anormalité qui n'est pas que celle, extérieure, d'un comportement socialement et judiciairement appréhendé comme fautif. L'anormalité peut aussi être attachée à l'état d'esprit de l'agent.

En définitive, ce magma conceptuel, ce trou noir propre à absorber toute notion qu'est la faute, semble n'avoir un contenu aussi chaotique que pour la seule raison qu'on ne fait pas toujours clairement une distinction qu'il faudrait fermement maintenir entre ce qui relève de l'objectif et ce qui ressortit au subjectif. Les deux aspects sont trop souvent mêlés, confondus. Le cas est patent pour l'imprudence où l'on parle souvent du comportement pour parler de l'état d'esprit parce que la distinction n'est pas faite et que l'on perçoit mal la dualité, objective et subjective, de la notion⁹⁸⁰. Celle-ci ne se limite toutefois pas à la seule faute d'imprudence⁹⁸¹, de telle sorte que la distinction de l'*anormalité objective* et de l'*anormalité*

s., M. PUECH, *L'illicéité dans la responsabilité civile extracontractuelle*, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, t. 129, 1973, n° 59 et s., A. RABUT, *op. cit.*, G. VINEY, *Traité de droit civil. Introduction à la responsabilité*, préc., n° 168, et G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil. Les conditions de la responsabilité*, préc., n° 442 et s.

⁹⁷⁷ V. not., A. COLIN et H. CAPITANT par L. JULLIOT DE LA MORANDIERE, *Traité de droit civil*, t. 2, préc., n° 1094, L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, t. 2, préc., n° 422, et G. RIPERT et J. BOULANGER, *Traité de droit civil d'après le traité de Planiol*, t. 2, préc., n° 899.

⁹⁷⁸ J. CARBONNIER, *op. et loc. cit.*

⁹⁷⁹ En ce sens, v. not., Ch. AUBRY et Ch. RAU par N. DEJEAN DE LA BÂTIE, *op. cit.*, n° 21, Ph. BRUN, *op. cit.*, n° 280, S. CHASSAGNARD, *op. cit.*, n° 909, Ph. CONTE, *art. cit.*, préc., n° 3 et s., J.-Ch. SAINT-PAU, « Responsabilité civile et anormalité », préc., et STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *op. cit.*, n° 46. *Contra* v. M. PUECH, *op. cit.*, n° 56. Sur ce point, v. *infra* n° 161 et s.

⁹⁸⁰ Sur la double nature de l'imprudence, v. not. Ph. CONTE, « Les Messieurs Jourdain dans les palais de la République : variations sur l'article 121-3 du Code pénal et ses avatars », *Mél. J.-H. Robert*, préc., pp. 137 et s., Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *op. cit.*, n° 385 et 396, J. DELIYANNIS, *op. cit.*, n° 195 et s., G. GIUDICELLI-DELAGE, « La sanction de l'imprudence », *Mél. P. Couvrat*, P.U.F., 2001, pp. 523 et s., P. MAISTRE DU CHAMBON, « L'appréciation de la faute du décideur. L'analyse au regard du comportement », *RPDP*, 2004, pp. 39 et s., J.-H. ROBERT, *Droit pénal général*, préc., p. 331, F. ROUSSEAU, « Observations sur la répression inégalitaire de l'imprudence », préc., et *L'imputation dans la responsabilité pénale*, préc., n° 21, et N. STONESTREET, *op. cit.*, n° 245. Rappr. R. MERLE et A. VITU, *op. cit.*, n° 522, M.-L. RASSAT, *op. cit.*, n° 291, et J.-Ch. SAINT-PAU, *Droit à réparation. Rapports entre responsabilités délictuelle et contractuelle. Différences*, *J.-Cl. Civ.*, art. 1146 à 1155, fasc. 175, préc., n° 24.

⁹⁸¹ V. l'effort tout particulier de J. FRANCILLON, *La gradation des fautes en droit civil et en droit pénal*, thèse Grenoble, 1971, pp. 34 et s. *Adde* V. MALABAT, *op. cit.*, 2^e partie.

*subjective*⁹⁸² paraît donc véritablement salvatrice pour la science juridique. Elle permet d'ailleurs de circonscrire l'anormalité qui fait précisément partie de l'unité conceptuelle de la responsabilité juridique.

2. L'objet de l'anormalité

157. Anormalité objective et anormalité subjective. *La distinction de l'anormalité objective et de l'anormalité subjective fait écho à la distinction opérée par certains auteurs et systèmes juridiques entre illicéité et culpabilité*⁹⁸³.

Défectuosité du comportement ou de la situation d'une personne ou d'une chose au regard des normes de droit telles qu'elles sont précisées par le législateur ou les parties à un contrat ou telles qu'elles sont interprétées par le juge⁹⁸⁴, l'anormalité objective est celle qui frappe les sens, qui est donc la plus en accord avec le droit et la justice et la plus facile à prouver⁹⁸⁵. A l'opposé, l'anormalité subjective renvoie à la sphère de l'immatériel, du moral, du psychologique. Elle pose en cela davantage de difficultés quant à la détermination de son objet. Alors que le comportement est un, les facultés mentales et la vie psychologique de l'individu peuvent en effet être compartimentées. La question se pose donc de savoir ce qui doit être anormal : est-ce la volonté ? La conscience ? L'intelligence ? La perception des choses ? Le sens moral ou encore le discernement ? Chacun d'entre eux peut-être ? La

⁹⁸² Pour une distinction fondée sur les mêmes mots mais désignant des réalités différentes, v. not. Ch. BLAEVOET, art. *cit.*, et J.-Ch. SAINT-PAU, art. *cit.*, qui parlent d'anormalité objective pour qualifier le fait anormal de la chose, et d'anormalité subjective au sujet de la faute, fait anormal de l'homme. Cette présentation paraît mal fondée, non seulement parce que faute et fait de la chose sont tous deux objectivement anormaux dans la mesure où ce sont des données extérieures, matérielles, objectives, qui vont être prises en compte, mais encore parce qu'ils sont censés, y compris la faute, n'être qu'objectivement anormaux. Si l'on entendait ainsi mettre en avant la nature singulière de l'Homme, le choix des termes serait alors une bien maigre consolation, la réalité qu'ils cacheraient ne changeant pas pour autant. Un autre auteur a distingué le « défaut de conformité objective en cas de violation d'une norme précise » et le « défaut de conformité subjective lorsque l'agent adopte un comportement déraisonnable » (Ph. BRUN, *op. cit.*, n° 291, note 31). La distinction convainc davantage. Néanmoins, elle comporte plusieurs défauts. Non seulement l'auteur la réserve à la seule faute mais, en outre, elle ne s'applique pas à l'objet mais au mode d'établissement de l'anormalité, question sur lequel v. *infra* n° 169 et s. Enfin, l'idée de « défaut de conformité subjective » pourrait faire penser que la détermination judiciaire de l'anormalité ne reposerait sur aucun élément objectif, ce qui est excessif.

⁹⁸³ Sur ce point, v. not. C. BLOCH, *op. cit.*, n° 257, J. DELIYANNIS, *op. cit.*, J. LIMPENS, « La faute et l'acte illicite en droit comparé », *Mél. J. Dabin*, t. 2, Bruylant/Sirey, 1963, pp. 723 et s., G. MARTY, « Illicéité et responsabilité », *Mél. L. Julliot de la Morandière*, Dalloz, 1964, pp. 339 et s., et G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. et loc. cit.*

⁹⁸⁴ Ce en quoi elle renvoie à la notion d'« illicite », sur laquelle v. not. C. BLOCH, « Définition de la faute », *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, préc., pp. 100 et s., N. DEJEAN DE LA BÂTIE, *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit civil français*, L.G.D.J., Paris, 1965, n° 17 et s., A. PIROVANO, *op. cit.*, n° 216 et s., et M. PUECH, *op. cit.*

⁹⁸⁵ On notera bien que si l'anormalité objective a pour objet le comportement, il faut entendre par là, non l'entière matérialité du fait générateur de responsabilité – ce qui impliquerait de prendre en compte également son résultat – mais seulement le fait causal, l'acte à l'origine de la lésion ou du risque. De même, le caractère anormal du fait devra être le plus possible distingué de son aspect causal. L'acte doit en effet pouvoir être qualifié d'anormal en soi et non en raison de ses seules conséquences effectives. Comp. E. FORTIS, *op. cit.*, n° 422.

doctrine les sépare et les répartit en deux notions, l'imputabilité morale⁹⁸⁶, classiquement définie comme la faculté de comprendre et de vouloir, et la culpabilité⁹⁸⁷, relative aux différentes formes d'exercice de la volonté. D'emblée et sous réserve de la précision ultérieure du contenu de ces notions fondamentales et controversées⁹⁸⁸, il apparaît fonder de rattacher l'anormalité, liée comme on vient de le voir à la notion de faute, à cette seconde notion. L'étymologie est en ce sens, le terme latin *culpa* désignant précisément la faute, et un large pan de la doctrine ne dit rien d'autre⁹⁸⁹. L'anormalité subjective s'identifierait donc à la culpabilité et s'analyserait dès lors en un exercice anormal de la volonté⁹⁹⁰ accompagnant ou, plus justement, entraînant l'anormalité objective.

158. L'anormalité objective comme composante exclusive du concept de responsabilité juridique. La question qui se pose est alors de savoir de quelle anormalité il s'agit lorsqu'on affirme que l'unité conceptuelle consiste en sa cause efficiente : dégradation anormale d'une situation juridique. Doit-il y avoir anormalité objective, illicéité du fait externe, ou, voire et, anormalité subjective, culpabilité de l'état d'esprit dont procède le fait ?

La réponse à cette question dépend du fondement de l'exigence d'anormalité. S'agissant de fonder en justice la désignation du ou des auteurs juridiquement pertinents et de dépasser les critères insuffisants de la qualité de victime et de la causalité, *la condition d'anormalité joue en fin de compte un rôle de filtre. Elle permet de discriminer les causes innocentes des causes reprochables.* Dès lors, pour qu'il y ait mise en œuvre de la responsabilité, la moindre anormalité semble pouvoir suffire. Or, l'anormalité la plus évidente et la moins exigeante est celle qui est externe : l'anormalité objective. La plus évidente d'abord puisque, comme on vient de le dire, de par sa matérialité, elle est celle qui est accessible à la perception de tout un chacun et donc la plus aisée à établir. La moins exigeante ensuite car un fait causal peut n'être qu'anormalement objectif, soit par essence pour le fait de la chose, soit par accident pour le

⁹⁸⁶ Sur cette notion, outre les ouvrages généraux, v. spéc. C. EDON-LAMBALLE, *Conscience et responsabilité civile*, thèse Le Mans, 1999, n° 32 et s., P. JOURDAIN, *op. cit.*, spéc. n° 260 et s., et « Retour sur l'imputabilité », *Mél. B. Boulloc*, préc., pp. 511 et s., F. JULITTE, *L'approche pénale de la folie*, thèse Paris, 2004, et F. ROUSSEAU, *op. cit.*

⁹⁸⁷ Sur la question, v. H. PY-LEBRUN, *Essai sur la théorie de la culpabilité*, thèse Paris, 2007, et V. SAINT-GERAND, *La culpabilité dans la théorie de la responsabilité pénale*, préc.

⁹⁸⁸ V. *infra* n° 382 et s.

⁹⁸⁹ Liant les notions de faute et de culpabilité pour le droit pénal, v. not. Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *op. cit.*, n°349 et s., A.-Ch. DANA, *Essai sur la notion d'infraction pénale*, préc., n° 268 et s., E. DREYER, *op. cit.*, n° 785 et s., R. GARRAUD, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, t. 1, préc., n° 267 et s., C. MARGAINE, *La capacité pénale*, thèse Bordeaux, 2011, n° 150 et s., R. MERLE et A. VITU, *op. cit.*, n° 522, J. ORTOLAN, *op. cit.*, n° 224 et s., X. PIN, *op. et loc. cit.*, et « La notion de faute en droit pénal (121-3 = 0 ?) », *Droit pénal : le temps des réformes*, préc., pp. 95 et s., H. PY-LEBRUN, *op. cit.*, et V. SAINT-GERAND, *op. cit.* Pour le droit civil, v. A. COLIN et H. CAPITANT par L. JULLIOT DE LA MORANDIERE, *op. cit.*, n° 1116, et R. SAVATIER, *op. cit.*, n° 161.

⁹⁹⁰ En ce sens, v. J. CARBONNIER qui utilise l'expression de « *défaillance de la volonté* » (cité in H. PY-LEBRUN, *op. cit.*, n° 1), N. HOSNI qui fait état du « *caractère délictueux de la volonté* » (cité in V. SAINT-GERAND, *op. cit.*, n° 66), et J.-Ch. SAINT-PAU qui parle de « *volonté anormale* », in « La capacité pénale de l'enfant », *Le droit et les droits de l'enfant*, Centre d'Études et de Recherche sur les Contentieux, Université du Sud-Toulon Var, L'Harmattan, coll. Champs Libres, 2005, pp. 87 et s.

fait de l'homme. En revanche, un "fait" qui ne serait que subjectivement anormal restera hors de l'atteinte du droit qui ne s'attaque pas aux simples pensées. *L'anormalité objective apparaît dès lors comme le dénominateur commun qui unit chacune des déclinaisons de la responsabilité juridique, le critère de distinction à la fois minimal et général entre ce qui sanctionné par le droit et ce qui ne l'est pas. C'est donc elle qui prend part à l'essence de la responsabilité* et c'est donc elle qu'il va falloir rechercher dans le droit positif de la responsabilité pour démontrer la réalité de l'exigence.

§2. La réalité de l'exigence

159. Conformité du droit positif. Si la question de l'anormalité objective est très étudiée en droit de la responsabilité civile où elle apparaît véritablement comme une exigence générale (A), tel n'est pas le cas en matière pénale. Pour autant, il ne faut pas croire que ce silence soit le signe qu'il n'y ait pas exigence d'anormalité objective en ce domaine. Bien au contraire, si la doctrine et la jurisprudence ne soulèvent pas la question, c'est en raison de l'évidence de l'exigence (B).

A- Exigence générale en droit civil de la responsabilité

160. Le fait anormal : de la trilogie au couple. On distingue en matière civile trois types de faits générateurs : le fait personnel, le fait d'autrui et le fait des choses. Pourtant, il est logiquement possible de réduire cette trilogie à un couple, le fait de l'homme et le fait des choses⁹⁹¹. Chacun des deux peut se manifester dans le droit écrit de la responsabilité civile, qu'il soit contractuel ou extracontractuel (1), ou dans la théorie purement prétorienne des troubles anormaux du voisinage (2). Dans tous les cas, il sera anormal.

1. L'exigence d'un fait anormal dans le droit écrit de la responsabilité civile

161. Fait de l'homme et responsabilité extracontractuelle. Si l'on s'intéresse en premier lieu à la responsabilité civile extracontractuelle, il y a bien une question sur laquelle la doctrine est unanime, c'est sur l'exigence d'une faute au titre de l'article 1382 du Code civil et sur l'anormalité objective que suppose au moins cette notion.

⁹⁹¹ Cette nouvelle présentation n'est pas que descriptive. Elle permet une nouvelle conception technique de la structure de la responsabilité en général, et de la responsabilité civile en particulier. Il paraît en effet plus juste de distinguer deux étapes dans sa génération : la constitution du fait générateur, fait anormal (de l'homme ou de la chose) ayant causé une atteinte ou un risque ; l'imputation du fait générateur (que le fait causal soit celui de l'homme ou celui de la chose) soit à l'auteur, en raison de son comportement (responsabilité comportementale), soit à autrui, en raison de sa fonction (responsabilité fonctionnelle). Sur les deux étapes de la génération de la responsabilité, v. *supra* n° 18, et sur la distinction des responsabilités comportementale et fonctionnelle, v. *infra* n° 479 et s.

En revanche, la conception initiale des régimes de responsabilité du fait d'autrui comme des responsabilités indirectes du fait personnel et les évolutions subies par eux ont conduit à une focalisation des analyses sur le comportement du responsable et non sur celui de l'auteur⁹⁹². Fallait-il le prendre en compte ou pas ? Devait-il ou non avoir commis une faute ? En l'état actuel du droit positif, où les responsabilités du fait d'autrui en sont réellement, il est permis de penser que les questions propres au responsable du fait d'autrui ne relèvent plus de l'étude de la constitution du fait générateur de responsabilité mais plutôt de celle de son imputation⁹⁹³. La question de l'anormalité doit donc être détachée du responsable pour ne plus concerner que le fait de l'autrui dont on est garant ou bien celui de la chose dont celui-ci a la garde. Pour ce qui est du fait de l'homme, la seule question qui se pose donc est de savoir si l'autrui doit avoir agi anormalement ou non. La conception traditionnelle apportait une réponse à cette question. Tant que les régimes prévus par les articles 1384, alinéa 2 et suivants n'étaient que de fausses occurrences de responsabilité du fait d'autrui, les auteurs hésitaient. La faute du responsable, quoique présumée, était nécessaire si bien que d'aucuns tenaient pour indifférent l'anormalité du comportement de l'autrui dont il s'agissait de répondre. D'autres ne concevaient pas que l'on puisse être garant pour un fait insusceptible d'engager la responsabilité de l'autrui. C'est ce dernier sentiment qui s'est renforcé et imposé avec l'objectivation des responsabilités du fait d'autrui⁹⁹⁴. Désormais, se passer de la primo-responsabilité du fait d'autrui conduirait à ce que l'on soit responsable pour lui dans des conditions plus sévères que celles qui président non seulement à notre propre responsabilité mais encore à celle personnelle de l'autrui en question⁹⁹⁵. Surtout, une telle conception aurait privé la responsabilité d'une de ses exigences essentielles, l'anormalité, puisque ni le responsable ni l'autrui n'auraient eu de comportement inapproprié⁹⁹⁶. Ainsi, on exigeait que l'apprenti et l'enfant⁹⁹⁷, le préposé⁹⁹⁸ ou la personne sur la vie ou l'activité de laquelle le

⁹⁹² Sur ces points, v. not. Ph. BRUN, *op. cit.*, n° 407 et s., J. JULIEN, *La responsabilité civile du fait d'autrui. Ruptures et continuités*, P.U.A.M., 2001, n° 29 et s., J. MOULY, « Peut-il exister une véritable responsabilité du fait d'autrui ? », *Resp. civ. et assur.*, 2008, Etude n° 10, M. POUMAREDE, « L'avènement de la responsabilité civile du fait d'autrui », *Mél. Ph. Le Tourneau*, Dalloz, 2008, pp.839 et s., et N. RIAS, *Aspects actuels des liens entre les responsabilités civile et pénale*, préc., n° 83 et s.

⁹⁹³ V. *infra* n° 479 et s.

⁹⁹⁴ V. J. JULIEN, *op. cit.*, n° 266 et s., et M. POUMAREDE, *art. cit.*

⁹⁹⁵ V. not. J. JULIEN, *op. cit.*, n° 264 et s.

⁹⁹⁶ On serait alors probablement en présence d'un régime d'indemnisation quasi-automatique plutôt que d'un véritable régime de responsabilité. V. ainsi au sujet de la responsabilité parentale, M.-Ch. LEBRETON, « La responsabilité parentale : l'abandon d'un système de responsabilité classique pour un système d'indemnisation », *RRJ*, 2002, pp. 1269 et s. Elle est pourtant soutenue par certains sur le fondement d'une analyse économique du droit de la responsabilité civile, aux motifs que, dans la responsabilité du fait d'autrui, le responsable, mieux informé de l'activité de l'auteur que la victime du fait de l'autorité exercée sur lui, pourrait dissimuler les informations relatives à la faute de l'autrui et empêcher ainsi toute preuve d'un fait anormal d'autrui. V. G. MAITRE, *La responsabilité civile à l'épreuve de l'analyse économique du droit*, préc., n° 179 et s., qui propose par conséquent de fonder la totalité des régimes de responsabilité du fait d'autrui sur le simple fait causal de la personne dont on doit répondre.

⁹⁹⁷ V. not. Civ. 2, 20 mars 1956 : *Bull. civ.*, n° 204.

⁹⁹⁸ V. not. Civ. 1, 9 juin 1993 : *Bull. civ.*, n° 209.

responsable a une mission de surveillance et de contrôle⁹⁹⁹, ait commis un fait objectivement anormal, notamment, en termes de fait de l'homme, la "faute" de l'article 1382 du Code civil.

Aujourd'hui, si la règle demeure, elle est menacée. En effet, depuis l'arrêt *Levert* du 10 mai 2001¹⁰⁰⁰, et sa confirmation par l'assemblée plénière de la Cour de cassation l'année suivante¹⁰⁰¹, il est acquis que le fait de l'enfant n'a plus à être anormal pour engager la responsabilité parentale. La doctrine a presque entièrement rejeté cette jurisprudence¹⁰⁰². On a déploré, par un euphémisme¹⁰⁰³, la réification de l'enfant et craint « *le spectre du fait causal* »¹⁰⁰⁴ planant sur la responsabilité civile, de peur d'une contamination de l'ensemble des régimes de responsabilité du fait d'autrui, voire de l'entier droit civil de la responsabilité. Un coup d'arrêt semble avoir été porté à cette jurisprudence¹⁰⁰⁵. L'optimisme et l'espoir que les juges reviennent, dans un scénario à la *Desmares*, à une position plus logique et moins dangereuse après l'adoption législative d'une assurance parentale obligatoire, laissent à penser que cette exception à l'esprit de la responsabilité et à la cohérence du droit positif doit être interprétée de manière restrictive. On notera du reste que la totalité des projets de réforme proposent de condamner cette jurisprudence puisqu'ils exigent, quel que soit le régime de responsabilité du fait d'autrui, que ce dernier soit susceptible de voir engager sa responsabilité

⁹⁹⁹ V. par exemple, Civ. 2, 20 nov. 2003 : *Resp. civ. et assur.*, 2004, chron. n° 1, J.-Ch. SAINT-PAU, Civ. 2, 5 oct. 2006 : *Resp. civ. et assur.*, 2006, comm. n° 377, Civ. 2, 26 sept. 2010 : *Resp. civ. et assur.*, 2010, comm. n° 277, et Ass. plén., 29 juin 2007 : *Resp. civ. et assur.*, 2007, Etude n° 17, S. HOCQUET-BERG.

¹⁰⁰⁰ Civ. 2, 10 mai 2001, *Levert* : *Bull. civ.*, n° 96 ; *D.*, 2001, jur., rapport P. GUERGER, p. 2851, et note O. TOURNAFOND, p. 2854, et 2002, somm. comm., obs. D. MAZEAUD, p. 1315 ; *JCP*, 2001, II, 10613, note J. MOULY, et 2002, I, 124, chron. G. VINEY, n° 21 ; *Resp. civ. et assur.*, 2001, chron. n° 18, H. GROUDEL, et chron. n° 20, F. LEDUC ; et *RTD Civ.*, 2001, obs. P. JOURDAIN, p. 601.

¹⁰⁰¹ Ass. plén., 13 déc. 2002 (2 arrêts) : *Bull. civ.*, n° 4 ; *D.*, 2003, jur., note P. JOURDAIN, p. 231 ; *JCP*, 2003, I, 154, chron. G. VINEY, et II, 10010, note A. HERVIO-LELONG ; et *Resp. civ. et assur.*, 2003, chron. n° 4, H. GROUDEL. Depuis, v. not. Civ. 2, 17 févr. 2011 : *Gaz. Pal.*, 4-5 mai 2011, chron. M. MEKKI, p. 23 ; et *Resp. civ. et assur.*, 2011, comm. n° 164, note F. LEDUC.

¹⁰⁰² V. not. Ch. AUBRY et Ch. RAU par N. DEJEAN DE LA BÂTIE, *op. cit.*, n° 98, Ph. BRUN, *op. cit.*, n° 424 et s., et « Le nouveau visage de la responsabilité du fait d'autrui (Vers l'irresponsabilité des petits ?) », *Mél. Ch. Lapoyade-Deschamps*, préc., pp. 105 et s., J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *op. cit.*, n° 197 et s., P. JOURDAIN, « La responsabilité du fait d'autrui à la recherche de ses fondements », *Mél. Ch. Lapoyade-Deschamps*, préc., pp. 67 et s., M.-Ch. LEBRETON, art. *cit.*, F. LEDUC, « L'objectivation de la responsabilité parentale », *Autorité et responsabilité, RLDC*, 2008, suppl. au n° 51, n° 3080, Ph. LE TOURNEAU *et alii*, *op. cit.*, n° 7434 et s., J. MOULY, art. *cit.*, M. POUMAREDE, art. *cit.*, Ch. QUEZEL-AMBRUNAZ, *Essai sur la causalité en droit de la responsabilité civile*, préc., n° 594, J.-Ch. SAINT-PAU, art. *cit.*, et « La responsabilité du fait d'autrui est-elle devenue une responsabilité personnelle et directe ? », *Resp. civ. et assur.*, 1998, chron. n° 22, et S. SANA-CHAILLE DE NERE, « La faute d'autrui », *RLDC*, 2004, n° 432. Considérant toutefois cette solution comme logique, v. Ph. BONFILS et A. GOUTTENOIRE, *Droit des mineurs*, Dalloz, coll. Précis, 1^{ère} éd., 2008, n° 1209, P. JOURDAIN, obs. sous Civ. 2, 10 mai 2001, *Levert*, préc., Ch. LAPOYADE-DESCHAMPS, L. BLOCH et S. MORACCHINI-ZEIDENBERG, *op. cit.*, pp. 194 et s., D. MAZEAUD, obs. sous Civ. 2, 10 mai 2001, *Levert*, préc., G. VINEY, chron. sous Civ. 2, 10 mai 2001, *Levert*, *JCP*, 2002, préc., et G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. cit.*, n° 877 et s. L'estimant bénéfique, v. Ch. RADE, « La responsabilité civile des père et mère. De l'autorité parentale à la responsabilité parentale », *L'autorité parentale en question*, dir. F. DEKEUWER-DEFOSSEZ et Ch. CHOCIN, Septentrion, 2003, pp. 81 et s.

¹⁰⁰³ On verra en effet bientôt (*infra* n° 163) que la Cour de cassation exige désormais plus du fait de la chose que de celui de l'enfant. Rapp. Ph. BRUN, art. *cit.*, et S. SANA-CHAILLE DE NERE, art. *cit.*

¹⁰⁰⁴ F. LEDUC, chron. sous Civ. 2, 10 mai 2001, *Levert*, préc.

¹⁰⁰⁵ V. ainsi, Civ. 2, 20 nov. 2003 et Ass. plén., 29 juin 2007, précités. Adde Ch. RADE, « La résurgence de la faute dans la responsabilité civile du fait d'autrui », *Resp. civ. et assur.*, 2004, Etude n° 15.

personnelle¹⁰⁰⁶. Hors l'article 1384, alinéa 5, le fait de l'homme doit toujours être anormal en matière délictuelle. Mais *quid* de la responsabilité contractuelle ?

162. Fait de l'homme et responsabilité contractuelle. En matière contractuelle, la question est souvent résolue par le biais de la distinction classique et fameuse des obligations de moyens et de résultat¹⁰⁰⁷. Héritage historique planant de façon latente au-dessus de notre système juridique¹⁰⁰⁸, cette distinction désormais classique a été dégagée, la doctrine en convient unanimement, par DEMOGUE en 1925 dans son *Traité des obligations*¹⁰⁰⁹, aux fins notamment de résoudre la contradiction, réelle ou supposée, des articles 1137 et 1147¹⁰¹⁰. L'auteur écrivait : « *l'obligation qui peut peser sur un débiteur n'est pas toujours de même nature. Ce peut-être une obligation de résultat ou une obligation de moyen. (...) Au lieu de promettre un résultat, on peut être obligé légalement ou conventionnellement de prendre certaines mesures qui normalement sont de nature à amener un résultat* »¹⁰¹¹. Les choses sont assez simples : dans un cas, il faut donc atteindre un but précis, tandis que dans l'autre, le débiteur n'est tenu qu'à des efforts de nature à permettre la réalisation de cet objectif. Sur le plan de la responsabilité civile, le seul échec dans l'obtention de la fin poursuivie par les parties suffirait à engager celle du débiteur d'une obligation de résultat, là où l'évaluation du comportement du destinataire d'une obligation de moyens serait nécessaire pour mettre en œuvre la sienne. Cette théorie a été assez bien reçue tant en jurisprudence qu'en doctrine¹⁰¹².

¹⁰⁰⁶ V. ainsi l'article 1355, alinéa 2 de l'avant-projet Catala, préc., le projet d'article 1386-11 de la proposition sénatoriale n° 657 de loi portant réforme de la responsabilité civile et l'article 13 du projet de réforme proposé par l'Académie des sciences morales et politiques, publié in *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, préc.

¹⁰⁰⁷ Outre les ouvrages généraux, v. not. sur la question J. BELLISSENT, *Contribution à l'analyse de la distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat. A propos de l'évolution des deux ordres de responsabilité civile*, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, t. 354, 2001, P. ESMEIN, « L'obligation et la responsabilité contractuelles », *Mél. G. Ripert*, t. 2, L.G.D.J., 1950, pp. 101 et s., et « Remarques sur de nouvelles classifications des obligations », *Mél. H. Capitant*, Dalloz, 1939, pp. 235 et s., B. FAGES, *Le comportement du contractant*, préc., n° 208 et s., M. FAURE-ABBAD, *Le fait générateur de la responsabilité contractuelle. Contribution à la théorie de l'inexécution du contrat*, préc., n° 279 et s., J. FROSSARD, *La distinction des obligations de moyens et de résultat*, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, t. 57, 1965, V. MALABAT, « De la distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat », *Mél. Ch. Lapoyade-Deschamps*, préc., pp. 439 et s., M. G. MARTON, « Obligations de résultat et obligations de moyens », *RTD Civ.*, 1935, pp. 499 et s., F. MAURY, « Réflexions sur la distinction entre obligations de moyens et obligations de résultat », *RRJ*, 1998-4, pp. 1243 et s., H. MAZEAUD, « Essai de classification des obligations », *RTD Civ.*, 1936, pp. 1 et s., C. OPHELE, « Faute délictuelle et faute contractuelle », *Resp. civ. et assur.*, juin 2003, *La responsabilité pour faute*, n° 21, pp. 78 et s., J.-Ch. SAINT-PAU, *Droit à réparation. Conditions de la responsabilité contractuelle. Fait générateur. Obligations*, *J.-Cl. Resp. civ. et assur.*, art. 1146 à 1155, fasc. 171-10, 2003, et A. TUNC, « La distinction des obligations de résultat et des obligations de diligence », *JCP*, 1945, I, 449. Adde M.-L. IZORCHE, « Réflexions sur la distinction », *Mél. Ch. Mouly*, Litec, 1998, pp. 53 et s. On verra *infra* n° 169 et s. que la distinction n'est toutefois pas limitée à la matière contractuelle.

¹⁰⁰⁸ Sur l'histoire de la distinction, v. not. J. BELLISSENT, *op. cit.*, J. FROSSARD, *op. cit.*, n° 21 et s., et H. MAZEAUD, art. *cit.*

¹⁰⁰⁹ *Traité des obligations*, t. 5, 1925, n° 1237, et t. 6, 1932, n° 599, Arthur Rousseau.

¹⁰¹⁰ Sur ce point, v. not. J. BELLISSENT, *op. cit.*, n° 243 et s., M. FAURE-ABBAD, *op. cit.*, n° 281 et s., et G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. cit.*, n° 520 et s.

¹⁰¹¹ *Op. cit.*, t. 5, n° 1237.

¹⁰¹² Elle s'apprête en outre à être consacrée. V. les articles 1149 et 1364 de l'avant-projet Catala et le projet d'article 1386-14 de la proposition sénatoriale n° 657 de loi portant réforme de la responsabilité civile.

Concernant cette dernière précisément, la distinction a été utilisée par deux courants doctrinaux opposés, les tenants de la dualité de fondements – faute et risque – de la responsabilité civile et ceux de l’unicité de son fondement, à savoir la faute et plus précisément sa version objective¹⁰¹³. Concernant les dualistes, ils estiment que la distinction des obligations de moyens et de résultat entraîne une conséquence sur le plan substantiel. Les premières renverraient aux régimes de responsabilité subjective, fondés sur la faute et requérant une appréciation du comportement du responsable, alors que les secondes seraient l’application de régimes de responsabilité objective, fondés sur le risque et ne prenant en compte que le résultat provoqué, sans possibilité pour l’obligataire de rapporter la preuve qu’il ne pouvait pas faire plus d’efforts pour éviter de le causer¹⁰¹⁴. Cette conception va ainsi jusqu’à exclure qu’il y ait anormalité en cas d’obligation de résultat.

Toutefois, elle ne permet cette conclusion que parce que ses tenants refusent l’assimilation de l’inexécution et de la faute¹⁰¹⁵. Il serait en effet abusif de les confondre, notamment si l’on retient une conception mixte, objective et subjective, de la faute. Toutefois, dès lors que l’on adopte la conception actuelle de la faute civile, limitée à l’anormalité objective et directement héritée de la définition léguée par PLANIOL, à savoir le « *manquement à une obligation légale ou conventionnelle préexistante* »¹⁰¹⁶, il faut convenir de l’identité entre cette dernière et la notion d’inexécution. Le contenu de l’obligation violée peut certes varier¹⁰¹⁷, imposant parfois de faire tout ce qui est possible pour réaliser un objectif, parfois d’accomplir un acte ou de parvenir à un résultat précis, mais l’exigence d’une violation de cette obligation reste la condition suffisante de l’anormalité objective et de l’inexécution, les deux notions étant donc synonymes. Sur le fond, il faut donc toujours un écart entre une norme et le comportement d’une personne ou d’une chose, soit l’anormalité objective ou l’inexécution.

¹⁰¹³ Sur ce point, v. J.-Ch. SAINT-PAU, art. *cit.*, n° 106 et s., et G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. cit.*, n° 528 et s.

¹⁰¹⁴ En ce sens, v. not. J. FROSSARD, *op. cit.*, V. MALABAT, art. *cit.*, M. G. MARTON, art. *cit.*, et J.-Ch. SAINT-PAU, art. *cit.*, n° 111, et *Droit à réparation. Conditions de la responsabilité contractuelle. Fait générateur. Inexécution imputable au débiteur, J.-Cl. Resp. civ. et assur.*, art. 1146 à 1155, fasc.171-20, 2004, n° 3 et s. Rapp. R. DEMOGUE, *op. et loc. cit.*, qui estime que dans les cas d’application de la théorie du risque, « *il y a implicitement une obligation de résultat* », B. FAGES, *op. cit.*, n° 211 et s., et G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. cit.*, n° 527 et s.

¹⁰¹⁵ Contre l’assimilation, v. not. J. BELLISSENT, *op. cit.*, n° 236 et s., S. CHASSAGNARD, *op. et loc. cit.*, P. ESMEIN, « L’obligation et la responsabilité contractuelles », préc., B. FAGES, *op. cit.*, n° 208 et s., V. MALABAT, art. *cit.*, C. OPHELE, art. *cit.*, J.-Ch. SAINT-PAU, art. *cit.*, n° 102 et 108, et G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. cit.*, n° 457 et 530. Pour l’assimilation, v. par exemple, F. CHABAS, *op. et loc. cit.*, M. FAURE-ABBAD, *op. cit.*, n° 169, 179 et s., et 296, Ph. LE TOURNEAU *et alii*, *op. cit.*, n°3222 et 3235, Ph. MALINVAUD et D. FENOUILLET, *op. cit.*, n° 585, H. MAZEAUD, art. *cit.*, et « La faute dans la garde », *RTD Civ.*, 1925, pp. 793 et s., et G. RIPERT et J. BOULANGER, *op. cit.*, n° 787. Comp. Ph. BRUN, *Les présomptions dans le droit de la responsabilité civile*, thèse Grenoble, 1993, p. 227.

¹⁰¹⁶ *In Traité élémentaire de droit civil*, t. 2, n° 901, p. 266, cité in M. FAURE-ABBAD, *op. cit.*, n° 190.

¹⁰¹⁷ Ce qui ne sera pas sans conséquence sur le mode d’établissement de l’anormalité. V. *infra* n° 169 et s.

163. Fait actif de la chose¹⁰¹⁸. La jurisprudence exige classiquement que la chose dont le gardien est responsable du fait ait joué un rôle actif dans la production du résultat légal. Plusieurs interprétations ont été proposées pour déterminer le sens à donner à cette notion.

Certains y ont vu, prenant les termes de la distinction au pied de la lettre, une transposition de la distinction de la faute par commission (faute active) et la faute par omission (faute passive). Les juges manifesteraient ainsi leur volonté d'exclure les choses inertes du champ d'application impérialiste de l'article 1384, alinéa 1 du Code civil¹⁰¹⁹. Cependant, cette proposition n'a pas été retenue dans la mesure où le texte s'applique et est appliqué à toutes les choses qui ne sont pas régies par un texte particulier, y compris aux choses inertes. Il faut dire qu'il n'y a pas de raison que la généralité de cet alinéa fonde une distinction là où celle de l'article 1382 ne l'a pas permis, l'action de l'homme étant appréhendée aussi bien que son abstention. Ce n'est donc pas dans cette opposition qu'il faut trouver le sens à donner à la notion prétorienne de fait actif de la chose. La doctrine estime très majoritairement qu'elle renvoie plutôt à l'exigence classique de causalité. A la nécessité d'une intervention matérielle, l'exigence d'un rôle actif de la chose ajouterait une exigence juridique de causalité¹⁰²⁰. La jurisprudence a parfois abondé en ce sens en exigeant que le fait de la chose soit la cause génératrice du dommage¹⁰²¹. Pour autant, cette interprétation peut ne pas convaincre. Elle traduit une confusion entre les exigences de causalité et d'anormalité, liée à certaines théories de la causalité dont celle de la causalité adéquate¹⁰²². De plus, une telle conception semble

¹⁰¹⁸ Ces développements valent également pour le « *fait actif de l'animal* » (Ph. BRUN, *Responsabilité extracontractuelle*, préc., n° 397. *Adde*, déjà, du même auteur *Les présomptions dans le droit de la responsabilité civile*, préc., pp. 106 et s., et 142 et s.). Il est vrai que l'on peine à envisager un dommage ou une lésion qui ne serait pas dû à une position (v. l'exemple de DEMOGUE rapporté par LALOU *in* « Les choses inertes et l'article 1384, § 1^{er}, du code civil », *D.*, 1933, chron., pp. 94 et s.), à un état (V. not. Civ. 2, 21 juill. 1992 : *Bull. civ.*, n° 220) ou à un comportement (V. not. Civ. 2, 6 mai 1970 : *D.*, 1970, p. 528, et 9 déc. 1992 : *Bull. civ.*, n° 302) anormal de la bête.

¹⁰¹⁹ V. ainsi P. ESMEIN, « L'article 1384, alin. 1^{er}, c. civ. est-il applicable au profit de celui qui heurte une chose immobile ? », *D.*, 1937, chron., pp. 65 et s., et H. LALOU, préc.

¹⁰²⁰ V. not. A. BENABENT, *op. cit.*, n° 606, Ph. BRUN, *Responsabilité extracontractuelle*, préc., n° 381 et s., J. CARBONNIER, *op. cit.*, n° 1172, Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *op. cit.*, n° 110, A. COLIN et H. CAPITANT par L. JULLIOT DE LA MORANDIERE, *op. cit.*, n° 1201 et s., M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, pp. 211 et s., J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *op. cit.*, n° 250, A. JOLY, « Vers un critère juridique du rapport de causalité au sens de l'article 1384, alinéa 1^{er}, du Code civil », *RTD Civ.*, 1942, pp. 257 et s., L. JOSSERAND, *op. cit.*, n° 539, Ch. LAPOYADE-DESCHAMPS, L. BLOCH et S. MORACCHINI-ZEIDENBERG, *op. cit.*, pp. 218 et s., Ph. LE TOURNEAU *et alii*, *op. cit.*, n° 7802, G. MAITRE, *op. cit.*, n° 182 et s., Ph. MALINVAUD et D. FENOUILLET, *op. cit.*, n° 639, H. MAZEAUD, « Le "fait actif" de la chose », *Mél. H. Capitant*, Dalloz, 1939, pp. 517 et s., R. MEURISSE, « Le fait actif de la chose dans la responsabilité basée sur l'article 1384 du Code civil », *Gaz. Pal.*, 1948, 1, doctr., pp. 13 et s., M. NAST, « La cause en matière de responsabilité du fait des choses », *JCP*, 1941, 221, M. PUECH, *op. cit.*, n° 156 et 184 et s., G. RIPERT et J. BOULANGER, *op. cit.*, n° 1050 et s., A. SERIAUX, *op. cit.*, n° 135, B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *op. cit.*, n° 478, F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n° 775, A. TUNC, « Force majeure et absence de faute en matière délictuelle », *RTD Civ.*, 1946, pp. 171 et s., et G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. cit.*, n° 661.

¹⁰²¹ V. Civ., 21 janv. 1941 : *D.*, 1941, jur., p. 101.

¹⁰²² D'aucuns y voient d'ailleurs une application évidente, v. not. Ch. BLAEVOET, « L'anormal devant les hautes juridictions civile et administrative », préc., P. JOURDAIN, « Fait de la chose inerte : la Cour de cassation maintient la condition d'anormalité », obs. sous Civ. 2, 24 févr. 2005 (2 arrêts), *RTD Civ.*, 2005, pp. 407 et s., et R. MEURISSE, art. *cit.* Comp. H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, *op. cit.*, n° 1211-9 et s. Des arrêts

ressusciter le critère de dangerosité proposé pour délimiter les choses susceptibles d'être régies par l'article 1384, alinéa 1^{er} du Code civil¹⁰²³ mais rejeté par l'arrêt *Jand'heur*¹⁰²⁴. En tout état de cause, la notion, si elle peut, suivant une certaine conception de la causalité, intéresser cette question, ce n'est que partiellement et parce que le lien causal est forcément influencé par ses termes, terme qui peut consister en un fait de la chose¹⁰²⁵.

On nuance donc parfois cette conception pour mettre l'accent sur le critère mis en exergue par la jurisprudence elle-même, à savoir celui de l'anormalité¹⁰²⁶. Les choses en mouvement, en premier lieu, doivent avoir eu un comportement anormal pour engager la responsabilité de leur gardien¹⁰²⁷. En second lieu, l'exigence d'anormalité est également très clairement formulée aujourd'hui au sujet des choses inertes. La jurisprudence a connu un léger flottement¹⁰²⁸, certes, mais celui-ci n'a pas été si important qu'on a pu le croire¹⁰²⁹ et la Cour de cassation est revenue depuis à une position plus classique et rationnelle : la chose inerte doit avoir été dans une position¹⁰³⁰ ou un état¹⁰³¹ anormal pour que son gardien puisse être tenu civilement responsable¹⁰³². Par conséquent, il s'agit non de savoir si le fait a été à l'origine du dommage mais de déterminer si, qu'il l'ait été ou non, il aurait dû être en soi.

permettent pourtant d'illustrer la distinction entre la causalité et l'anormalité. Une plaque de verglas est dangereuse par principe et, d'un point de vue objectif, elle a le même pouvoir causal quelle que soit la saison. Ce qui change, c'est sa prévisibilité liée à sa normalité ou son anormalité. Il est donc normal, quoique dangereux, qu'une telle plaque se forme dans une cour d'Alsace en janvier (V. Civ. 2, 17 févr. 2005 : *Resp. civ. et assur.*, 2005, comm. n° 122, p. 19). Sur les relations de la causalité avec l'exigence d'anormalité, v. *infra* n° 299 et s.

¹⁰²³ Sur ces questions, v. L. JOSSERAND, « Le travail de refoulement de la responsabilité du fait des choses inanimées », *D.*, 1930, chron., pp. 5 et s., et H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, *op. cit.*, n° 1227 et s.

¹⁰²⁴ Ch. réun., 13 nov. 1930, *Jand'heur* : *GAJC*, 11^e éd., n° 193.

¹⁰²⁵ Sur les rapports du rôle actif de la chose et de la causalité juridique, v. *infra* n° 302.

¹⁰²⁶ V. not. Ph. BRUN, *op. cit.*, n° 281 et 386, note 189, et « De l'intemporalité du principe de responsabilité du fait des choses. Et de quelques autres considérations sur ses prétendues répercussions négatives en droit des obligations », *RTD Civ.*, 2010, pp. 487 et s., N. DAMAS, « Retour vers l'anormalité », *D.*, 2005, jur., pp. 1395 et s., P. JOURDAIN, *op. et loc. cit.*, Ph. LE TOURNEAU *et alii*, *op. cit.*, n° 7801 et s., Ch. QUEZEL-AMBRUNAZ, *op. cit.*, n° 590, J.-Ch. SAINT-PAU, « Responsabilité civile et anormalité », préc., et B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *op. cit.*, n° 46. Cette conception est d'ailleurs clairement reprise par les projets de réforme. V. l'article 1354-1, alinéa 2 de l'avant-projet Catala, préc., l'article 1386-5, alinéa 2, de la proposition sénatoriale n° 657 de loi portant réforme de la responsabilité civile et l'article 20, alinéa 2 du projet Terré, publié *in Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, préc.

¹⁰²⁷ V. par exemple, Civ. 2, 12 nov. 1958 : *JCP*, 1959, II, 11011, note R. RODIERE, et Civ. 2, 28 mars 1974 : *Bull. civ.*, n° 115. Comp. Req., 19 juin 1945 : *D.*, 1946, jur., p. 6 ; et *Gaz. Pal.*, 1945, jur., p. 76.

¹⁰²⁸ V. not. L. BLOCH, « La paroi vitrée, la boîte aux lettres, le plot et la victime », *Resp. civ. et assur.*, 2004, Etude n° 14, Ph. BRUN, *op. cit.*, n° 390, N. DAMAS, *art. cit.*, J.-Ch. SAINT-PAU, « Responsabilité civile et anormalité », préc., F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n° 776, et G. VINEY, *JCP*, 2005, I, 149, chron. n° 6.

¹⁰²⁹ C'est surtout la jurisprudence des blocs de béton (v. not. Civ. 2, 18 sept. 2003 : *JCP*, 2004, I, 101, chron., G. VINEY, n° 18 et s.) qui pouvait faire croire à un véritable reniement de cette exigence, celles des parois vitrées et de la boîte aux lettres pouvant s'expliquer, l'anormalité n'y étant pas absente. Sur ce point, v. not. L. BLOCH, *art. cit.*, N. DAMAS, *art. cit.*, et J.-Ch. SAINT-PAU, *art. cit.*

¹⁰³⁰ V. not. Civ. 2, 24 févr. 2005 (2^e arrêt), préc., Nancy, 16 juin 2008 : *JCP*, 2009, IV, 1125, TGI Reims, 16 déc. 2008 : *Gaz. Pal.*, 25-26 févr. 2009, Libres propos, E. PIERROUX, pp. 11 et s., et Civ. 2, 29 mars 2012 : *D.*, 2012, act., p. 1008 ; *JCP*, 2012, 701, note A. DUMERY ; *Resp. civ. et assur.*, 2012, comm. n° 150, note H. GROUDEL ; et *RLDC*, 2012, n° 4695.

¹⁰³¹ V. not. Civ. 2, 17 févr. 2005 (2 arrêts), préc., et Civ. 2, 24 févr. 2005, préc.

¹⁰³² Comp., en droit prospectif, l'article 20, alinéa 2, du projet de réforme proposé par l'Académie des sciences morales et politiques, publié *in Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, préc.

Il faut par ailleurs se garder de commettre l'erreur de transformer la responsabilité du fait des choses en une responsabilité du fait personnel "allégée". Plus précisément, exiger l'anormalité n'est pas, contrairement à ce que d'aucuns ont pu affirmer, requérir une faute du gardien¹⁰³³. « *Sous le fait de la chose apparaît nécessairement le fait de l'homme* » disait RIPERT¹⁰³⁴. C'est souvent le cas il est vrai. Une voiture en mauvais état est en réalité mal entretenue par son propriétaire ou son conducteur, un *smartphone* qui explose témoigne sans aucun doute d'un vice de conception ou de fabrication, et un chien errant peut être en vérité abandonné par son maître¹⁰³⁵. Cependant, d'un point de vue juridique, tout n'est pas aussi simple. Sur le plan de la preuve, une telle faute peut être impossible à rapporter. Mais ce n'est même pas de présomption de faute du gardien qu'il s'agit puisque, même sur le plan substantiel, le fautif pourra fort bien, soit ne pas être le responsable désigné par le droit positif, soit même ne pas exister. L'anormalité du fait de la chose n'implique donc pas de faute : ni du responsable ni d'aucun sujet de droit. L'exigence ne concerne bien que le fait de la chose elle-même et certains ont même pu parler, par une sorte de métaphore exagérée, de « *faute de la chose* »¹⁰³⁶.

L'anormalité objective est donc bien une exigence pour tous les régimes de responsabilité civile fondés sur une règle de droit écrite¹⁰³⁷. Il semble en être de même pour le principe prétorien des troubles anormaux du voisinage.

2. L'exigence d'un fait anormal dans la théorie prétorienne des troubles anormaux du voisinage

164. Conception classique de la place de l'anormalité dans la théorie des troubles anormaux du voisinage. Consacrée par un arrêt de la chambre des requêtes de la Cour de cassation en 1838¹⁰³⁸, la théorie des troubles anormaux du voisinage est une pure création

¹⁰³³ V. par exemple, A. COLIN et H. CAPITANT par L. JULLIOT DE LA MORANDIERE, *op. cit.*, n° 1209, G. MAITRE, *op. cit.*, n° 1053, H. MAZEAUD, *art. cit.*, et « La faute dans la garde », *préc.*, H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, *op. cit.*, n° 364 et 1213, R. MEURISSE, *art. cit.*, Ch. RADE, « L'impossible divorce de la faute et de la responsabilité civile », *préc.*, et G. RIPERT et J. BOULANGER, *op. cit.*, n° 1053 et s.

¹⁰³⁴ Cité in H. MAZEAUD, *art. cit.*

¹⁰³⁵ La confrontation du droit pénal et de la responsabilité civile en fournit de pénétrants exemples. En effet, le premier, de par son subjectivisme, ne connaît juridiquement que le fait de l'homme. Pour autant, d'un point de vue matériel, il peut s'appliquer à des situations qui, en droit civil, auraient donné lieu à l'application d'un régime de responsabilité du fait des choses dans l'hypothèse, précisément, où serait à portée de main la faute d'une personne. V. par exemple, Crim., 3 juin 1957 : *Bull. crim.*, n° 466, Crim., 2 avr. 1997 : *Bull. crim.*, n° 132, et Crim., 1^{er} juin 1999 : *Gaz. Pal.*, 1999, *chron. crim.*, obs. J.-P. DOUCET, p. 142.

¹⁰³⁶ H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, *op. cit.*, n° 1211-9. Adde A. TUNC, *art. cit.*, Rappr. Ph. BRUN, *op. cit.*, n° 381, S. CHASSAGNARD, *op. cit.*, n° 1001, Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *La responsabilité civile délictuelle*, *préc.*, n° 192, N. DAMAS, *art. cit.*, J.-Ch. SAINT-PAU, *art. cit.*, et B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *op. cit.*, n° 453 et s. On voit donc combien il est euphémique de parler d'une réification de l'enfant dont on ne requiert pas tant...

¹⁰³⁷ Cela est aussi vrai en droit interne qu'en droit de l'Union européenne. V. P.-Y. GAUTIER, « De l'éventuel "rôle actif" des opérateurs internet dans la réalisation du dommage (qualifications de responsabilité civile) », *D.*, 2011, point de vue, pp. 2054 et s.

¹⁰³⁸ Req., 12 nov. 1838 : *D.*, 1888, *chron.*, p. 407.

prétorienne¹⁰³⁹. Après de nombreux débats et hésitations quant à la nature réelle ou personnelle de l'action qu'elle fonde¹⁰⁴⁰, c'est en dernier lieu comme principe autonome du droit de la responsabilité civile qu'elle apparaît en droit positif. Aujourd'hui, tout visa aux articles 544 ou 1382 du Code civil est en principe écarté et c'est au « *principe selon lequel nul ne doit causer à autrui un trouble anormal du voisinage* » que se réfère la Cour de cassation¹⁰⁴¹.

Pour particulier que soit le régime qui en découle, l'anormalité n'en est pas exclue. Elle prend toutefois, selon une doctrine répandue, une forme particulière. En effet, une opinion très majoritaire, sinon unanime, assure qu'en la matière, l'anormalité n'est pas requise du fait causal, qui peut fort bien être irréprochable, mais bien du résultat légal, lequel devrait être intolérable¹⁰⁴². D'aucuns vont même plus loin, proposant de faire de ce système un modèle général pour le droit de la responsabilité civile¹⁰⁴³.

Il est vrai que cette conception semble pouvoir se prévaloir de la jurisprudence. Ainsi la Cour de cassation juge-t-elle que la responsabilité pour trouble anormal du voisinage est une responsabilité de plein droit¹⁰⁴⁴, pour l'engagement de laquelle la faute est indifférente¹⁰⁴⁵. De même, c'est bien le trouble qui est qualifié par elle d'anormal, trouble qui est parfois considéré comme un résultat en doctrine¹⁰⁴⁶, analyse confirmée par les termes employés par la jurisprudence qui visent le fait de causer un trouble¹⁰⁴⁷. Toutefois, il semble qu'une autre interprétation du droit positif soit possible qui, rapprochant la théorie prétorienne du droit commun, simplifierait les choses.

165. Contestation de l'anormalité du résultat légal en matière de troubles anormaux du voisinage. Il a déjà pu être remis en cause la particularité du trouble comme

¹⁰³⁹ Outre les ouvrages généraux, v. sur la question des troubles anormaux du voisinage, G. COURTIEU, *Régimes divers. Troubles de voisinage, J.-Cl. Resp. civ.*, art. 1382 à 1386, fasc. 265-10, 2009, et V. GAILLOT-MERCIER, *Rép. Civ. Dalloz, V° Troubles de voisinage*, 2002.

¹⁰⁴⁰ Sur ces débats, v. not. C. BLOCH, *op. cit.*, n° 280 et s., G. COURTIEU, art. *cit.*, n° 2 et s., V. GAILLOT-MERCIER, art. *cit.*, n° 21, N. PIERRE, « Propriété et responsabilité », *Mél. G. Viney*, préc., pp. 423 et s., et V. WESTER-OUISSE, « Responsabilité pour troubles anormaux : le modèle d'une responsabilité fondée sur le dommage », préc.

¹⁰⁴¹ V. not. Civ. 2, 19 nov. 1986 : *Bull. civ.*, n° 172, Civ. 3, 12 oct. 2005 : *D.*, 2005, IR, p. 2706, Civ. 2, 2 avr. 2009 : *Resp. civ. et assur.*, 2009, comm. n° 176, et Civ. 2, 28 avr. 2011 : *Resp. civ. et assur.*, 2011, comm. n° 254.

¹⁰⁴² En ce sens, v. not. Ph. BRUN, *op. cit.*, n° 488 et 503 et s., et art. *cit.*, note 61, G. COURTIEU, art. *cit.*, n° 69, 80, et n° 33 et s., V. GAILLOT-MERCIER, art. *cit.*, n° 27, n° 3, et 49 et s., J.-Ch. SAINT-PAU, « Responsabilité civile et anormalité », préc., et V. WESTER-OUISSE, art. *cit.*

¹⁰⁴³ V. V. WESTER-OUISSE, art. *cit.*

¹⁰⁴⁴ V. par exemple, Civ. 3, 11 mai 2000 : *Bull. civ.*, n° 106, 13 avr. 2005 : *Bull. civ.*, n° 89, et Civ. 3, 22 juin 2005, affaire *Georges V* : *Bull. civ.*, n° 136 ; et *RTD Civ.*, 2005, p. 788, obs. P. JOURDAIN.

¹⁰⁴⁵ V. not. Civ. 3, 16 nov. 1977 : *Bull. civ.*, n° 395, Civ. 1, 23 mars 1982 : *D.*, 1983, IR, p. 18, et Civ. 3, 30 juin 1998 : *Bull. civ.*, n° 144.

¹⁰⁴⁶ V. *supra* n° 121.

¹⁰⁴⁷ V. par exemple, Civ. 2, 19 nov. 1986, préc., Civ. 3, 24 oct. 1990 : *Bull. civ.*, n° 205, 26 juin 1996 : *JCP*, 1997, I, 4060, obs. H. PERINET-MARQUET, et Civ. 2, 18 déc. 2003 : *Bull. civ.*, n° 405 ; et *RTD Civ.*, 2004, p. 294, obs. P. JOURDAIN.

résultat en matière de troubles anormaux du voisinage¹⁰⁴⁸. Bien souvent en effet, il est un véritable préjudice, soit affectif – la perte de bien-être subie par la victime du fait des nuisances, soit économique – sous la forme d'une moins-value de la propriété exposée au trouble. A défaut, il accompagne systématiquement de telles lésions. La théorie des troubles anormaux du voisinage ne connaît donc pas vraiment de particularité quant à la nature du résultat qu'il requiert.

Il est possible d'aller plus loin en contestant la spécificité des caractères exigés de ce résultat. A bien y regarder, le préjudice requis ne paraît pas beaucoup plus intolérable que le dommage de droit commun. En soi, il s'agit le plus souvent de préjudices affectifs ou économiques découlant de bruits trop forts¹⁰⁴⁹, de parfums malodorants¹⁰⁵⁰, de gêne esthétique¹⁰⁵¹ ou pratique¹⁰⁵², de pollutions en tous genres¹⁰⁵³ ou de risque de lésions¹⁰⁵⁴. Rien que de très banal, si bien que l'on peut se poser la question : en quoi ces désagréments seraient-ils tellement anormaux qu'ils mériteraient une indemnisation plus automatique qu'un dommage corporel, qu'un *pretium doloris* ou qu'un préjudice d'affection ? En réalité, c'est que l'anormalité du résultat n'est pas appréhendée de manière absolue mais par comparaison au contexte dans lequel il est causé et subi¹⁰⁵⁵. L'idée est que les voisins devraient supporter, de par leur condition même, les désagréments qui seraient les plus légers¹⁰⁵⁶. En disant cela toutefois, on ne s'éloigne pas de l'argument qui fonde l'insuffisance du simple résultat légal à l'engagement de la responsabilité d'un individu et sa subordination à l'existence d'un fait causal et anormal. Le droit, comme discipline sociale, ne peut pas répondre à toutes les souffrances car certaines sont inhérentes à la vie sociale elle-même. Il semble dès lors que l'on se rapproche de l'anormalité du fait causal plutôt que de celle du résultat légal. Ce dernier ne se distingue pas vraiment des préjudices réparés par le droit commun de la responsabilité civile. Il est normal, quoi que paraissent signifier les mots utilisés en jurisprudence. L'anormalité paraît plutôt être celle du fait à l'origine de ces préjudices, tout à fait classiques, d'agrément et économique.

¹⁰⁴⁸ V. *supra* n° 124.

¹⁰⁴⁹ V. not. Civ. 2, 11 mai 1966 (bruits d'usine) : *D.*, 1966, note P. AZARD, p. 753, Civ. 2, 3 janv. 1969 (bruits ménagers) : *D.*, 1969, p. 323 ; et *JCP*, 1969, II, 15920, note L. MOURGEON, et Dijon, 2 avr. 1987 : *Gaz. Pal.*, 1987, 2, note GOGUEY, p. 601.

¹⁰⁵⁰ V. not. Dijon, 13 janv. 1995, cité in V. GAILLOT- MERCIER, art. *cit.*, n° 60, et Poitiers, 25 janv. 2006 : *JurisData* n° 2006-302359, cité in G. COURTIEU, art. *cit.*, n° 44.

¹⁰⁵¹ V. not. Civ. 2, 24 févr. 2005 (dépôt de ferraille et matériels usagés en limite de fonds) : *Bull. civ.*, n° 50 et 51 ; *JCP*, 2005, II, 10100, note TREBULLE, et I, 149, obs. G. VINEY, et 181, obs. PERINET-MARQUET ; et *RTD Civ.*, 2005, chron. P. JOURDAIN, p. 407.

¹⁰⁵² V. par exemple, Agen, 2 févr. 1971 (obstacle à la réception d'émissions de télévision) : *Gaz. Pal.*, 1971, 1, p. 328, Civ. 3, 18 juill. 1972 (privation d'ensoleillement) : *Bull. civ.*, n° 478 ; et *JCP*, 1972, II, 17203, rapport M. FABRE, Civ. 3, 13 avr. 2005 (privation d'électricité) : *Bull. civ.*, n° 89, et Civ. 2, 28 avr. 2011 (privation d'ensoleillement), préc.

¹⁰⁵³ V. ainsi Civ. 2, 1^{er} mars 1977 (fumée corrosive) : *Bull. civ.*, n° 112.

¹⁰⁵⁴ V. not. Civ. 2, 10 juin 2004 (proximité d'un terrain de golf), préc. note n° , Civ. 2, 24 févr. 2005 (stockage de paille à proximité d'une maison d'habitation), préc. note n° , et Versailles, 4 févr. 2009 (risque lié aux ondes émises par une antenne de téléphonie mobile), préc. note n° .

¹⁰⁵⁵ En ce sens, v. G. COURTIEU, art. *cit.*, n° 36 et s., et V. GAILLOT-MERCIER, art. *cit.*, n° 49 et s.

¹⁰⁵⁶ V. G. COURTIEU, art. *cit.*, n° 36, et V. WESTER-OUISSE, art. *cit.*

166. Contestation de la normalité du fait causal en matière de troubles anormaux du voisinage. Divers arguments militent en faveur de la thèse de l'anormalité du fait causal en matière de troubles anormaux du voisinage, les uns relevant du droit, les autres ressortissant au fait.

En droit d'une part, on pourrait soutenir que, la faute se définissant comme la violation d'une obligation préalable et la jurisprudence estimant qu'il y a obligation de ne pas causer de nuisances excédant les inconvénients normaux du voisinage, celui qui viole ce principe commettrait donc une faute¹⁰⁵⁷. Sans aller jusque-là, il apparaît que le seul fait anormal qu'écarte expressément la Cour de cassation est la faute, ce qui laisse une place à d'autres faits générateurs tels que le fait anormal de la chose. Par ailleurs, lorsque la Cour de cassation rappelle l'indifférence de l'absence de faute du responsable, c'est souvent pour rejeter un moyen de défense s'appuyant sur le respect de la réglementation ou le bénéfice d'une autorisation administrative¹⁰⁵⁸. Or, il est admis en droit commun que le respect de la législation n'exclut pas la présence d'une faute. L'appréciation *in abstracto* permet de dépasser les commandements précis du droit positif pour découvrir une faute au-delà. L'absence d'une faute, le respect des règles d'urbanisme par exemple, n'emporte pas en effet l'absence de toute autre incorrection au regard du comportement que doit adopter le bon père de famille¹⁰⁵⁹. La conformité de l'activité à la réglementation peut avoir un autre effet : la justification. Il se pourrait que ce soit celui-ci que refuse d'admettre la jurisprudence. En d'autres termes, là où la Cour de cassation refuserait, formellement, la preuve de l'absence de faute, elle ne ferait que dénier à l'autorisation de la loi ou de l'autorité légitime sa vertu justificative¹⁰⁶⁰.

En fait d'autre part, il paraît possible, quoique le recensement de l'ensemble des décisions relatives aux troubles anormaux du voisinage soit pratiquement impossible, de déceler systématiquement un fait anormal au sein des faits qui en forment la cause matérielle. Il peut s'agir d'une faute, d'un fait anormal de la chose ou d'une inexécution contractuelle à l'origine du préjudice économique ou affectif subi par la victime. Faire trop de bruit la nuit¹⁰⁶¹, la non-conformité d'une installation électrique de traitement des gaz d'échappement¹⁰⁶², l'installation illicite d'un barbecue¹⁰⁶³, le non-respect d'un règlement de copropriété¹⁰⁶⁴, la violation d'une disposition administrative¹⁰⁶⁵ ou d'un plan d'occupation des sols¹⁰⁶⁶, la poursuite identique de

¹⁰⁵⁷ Celle-ci a d'ailleurs pu être qualifiée de faute par violation d'une obligation de résultat par M. Cadiet, *in Le préjudice d'agrément*, préc., n° 207 et s.

¹⁰⁵⁸ V. les exemples cités par Ph. BRUN, *op. cit.*, n° 507, et G. COURTIEU, *in art. cit.*, n° 79 et s.

¹⁰⁵⁹ Sur cette question, qui renvoie à la distinction de la normalité prédéterminée et de la normalité indéterminée, v. *infra* n° 169 et s.

¹⁰⁶⁰ Sur ce point et en faveur d'une extension partielle de cette solution en droit de la responsabilité civile, v. *infra* n° 571 et s.

¹⁰⁶¹ V. not. Paris, 15 janv. 1993 : *D.*, 1993, IR, p. 117.

¹⁰⁶² Civ. 2, 19 oct. 1994 : *Resp. civ. et assur.*, 1994, comm. n° 407.

¹⁰⁶³ Exemple cité par V. GAILLOT-MERCIER, *in art. cit.*, n° 55.

¹⁰⁶⁴ V. not. Paris, 30 sept. 1983 : *JurisData* n° 1983-027612, cité *in* G. COURTIEU, *art. cit.*, n° 73, et Paris, 10 nov. 1994 : *Procédures*, mai 1995, p. 8, n° 83. Rappr. Pau, 15 févr. 2011 : *D.*, 2011, p. 2307, chron. N. REBOUL-MAUPIN.

¹⁰⁶⁵ V. par exemple, Civ. 2, 17 févr. 1993 : *Bull. civ.*, n° 68.

l'activité nuisible ou le maintien en l'état d'une situation préjudiciable en connaissance de cause de la gêne occasionnée¹⁰⁶⁷, voire la mise en œuvre d'une activité dont on sait très bien qu'elle risque de causer du tort à autrui¹⁰⁶⁸, etc., constituent des faits anormaux propres à fonder une action en réparation conforme aux canons du droit commun de la responsabilité civile. En général, il est difficile de concevoir, en pratique, qu'un comportement normal, tout fait justificatif mis à part, puisse excéder les inconvénients normaux du voisinage.

En définitive, il apparaît que, pour une grande part, la théorie des troubles anormaux du voisinage soit utilisée, avec profit, par la jurisprudence afin de dépasser le carcan du droit écrit de la responsabilité civile par le biais d'un mélange, au sein de la notion de trouble, d'éléments renvoyant, pour certains, au dommage et, pour d'autres, aux faits anormaux, telles que ces notions existent en droit commun¹⁰⁶⁹. On tire du premier non seulement le qualificatif de résultat qui est attribué au trouble mais aussi le rattachement à l'appréciation de son effectivité la question des prédispositions ou de la sensibilité particulière de la victime. Aux seconds, c'est l'exigence d'anormalité même qui est empruntée, de même que la référence aux circonstances pour l'appréciation de cette dernière et le fait qu'à l'analyse, le préjudice apparaît comme une conséquence du trouble davantage que comme ce dernier lui-même. *Comme cause du dommage, le trouble peut être conçu comme le fait causal du régime de responsabilité pour troubles anormaux du voisinage, fait causal qui, anormal, est tout à fait conforme aux exigences du droit commun de la responsabilité civile* et, par là même, au concept de responsabilité juridique¹⁰⁷⁰.

La satisfaction de cette exigence d'anormalité objective est d'autant plus évidente en droit pénal de la responsabilité.

B- Exigence évidente en droit pénal de la responsabilité

167. Existence de l'anormalité objective en droit pénal. Bien que les pénalistes soient coutumiers de la notion de faute, condition indépassable de la responsabilité pénale¹⁰⁷¹, la question de l'anormalité objective n'apparaît pas comme relevant du champ lexical de la

¹⁰⁶⁶ V. not. Civ. 2, 28 avr; 2011, préc.

¹⁰⁶⁷ V. par exemple, Civ. 2, 11 oct. 1989, pourvoi n° 88-15.885 (condamnation d'une porcherie industrielle régulièrement autorisée mais n'ayant pas tout mis en œuvre pour réduire les nuisances au minimum évitable), cité in V. GAILLOT-MERCIER, art. cit., n° 57, et Civ. 2, 5 févr. 2004 (condamnation du propriétaire d'arbres abattus par une tempête sur le terrain de la victime ayant laissé subsister et aggraver les désordres) : *Bull. civ.*, n° 49 ; D., 2004, note S. BEAUGENDRE, p.2520, et somm., note N. REBOUL-MAUPIN, p. 2468 ; *Resp. civ. et assur.*, 2004, comm. n° 137, note H. GROUDEL ; et *RTD Civ.*, 2004, obs. P. JOURDAIN, p. 740. Comp. C. BLOCH, *op. cit.*, n° 281.

¹⁰⁶⁸ V. *infra* n° 216.

¹⁰⁶⁹ La notion est d'ailleurs elle-même assez trouble car renvoyant à la fois à l'action de troubler et au résultat de cette action. Sur ce point, v. Ph. BRUN, *op. cit.*, n° 504, et G. COURTIEU, art. cit., n° 33.

¹⁰⁷⁰ En ce sens, v. L. CADIEU, *op. cit.*, n° 198, qui estime que c'est la nuisance, à l'origine du dommage, qui est anormale, et G. MAITRE, *op. cit.*, n° 177 et s. *Adde* l'article 1361 de l'avant-projet Catala, préc., qui rend « *le propriétaire, le détenteur ou l'exploitant d'un fonds (...) responsable des conséquences* » du trouble. *Idem*, v. l'article 1386-12 de la proposition sénatoriale n° 657 de loi portant réforme de la responsabilité civile.

¹⁰⁷¹ V. *infra* spéc. n° 463 et s.

matière¹⁰⁷². C'est que, comme on l'a déjà souligné, la faute est en ce domaine essentiellement assimilée au concept de culpabilité, soit à l'anormalité subjective¹⁰⁷³. Pourtant plusieurs raisons permettent de conclure à l'exigence d'un comportement anormal, illicite, en droit pénal de la responsabilité. En réalité, c'est même plutôt l'évidence de cette condition qui explique sans doute le silence de la doctrine sur le sujet.

Pour commencer, il est possible d'affirmer que toute incrimination traduit implicitement l'existence d'un interdit et, par là même, d'un devoir de faire ou de ne pas faire selon que l'infraction est d'omission ou de commission. Lire le Code pénal, c'est regarder le miroir dans lequel en apparaît le reflet. Ainsi, le meurtre qui incrimine « *le fait de donner volontairement la mort à autrui* »¹⁰⁷⁴ révèle une prohibition : celle d'entraîner intentionnellement le décès d'une personne humaine. Au sein de cette prohibition générale, il est tout à fait possible d'isoler l'anormalité objective, relative au seul fait causal, à la fois du résultat légal (la mort effective d'un être humain) et de l'anormalité subjective (la tension malveillante de sa volonté par l'agent vers ce résultat légal). Le comportement prohibé par cette incrimination est ainsi le suivant : est objectivement anormal tout acte consistant en un effort tendu vers la mort d'autrui. L'isolement de l'anormalité objective, du fait causal illicite, est encore plus aisé lorsque le texte fait référence à l'imprudence ou à la maladresse, comme en matière d'atteintes non intentionnelles à l'intégrité corporelle d'autrui¹⁰⁷⁵, ou encore à un fait précis, comme la violation dangereuse d'une obligation de prudence et de sécurité imposée par la loi ou le règlement dans le délit de mise en danger d'autrui¹⁰⁷⁶ ou bien l'usage d'un faux nom ou les manœuvres frauduleuses dans l'escroquerie¹⁰⁷⁷. Au sein de toute incrimination, il y a donc bien, un acte anormal et donc anormalité objective.

168. Importance de l'anormalité objective en droit pénal. Mais une autre raison peut finir d'emporter la conviction. Le droit pénal est l'institution la plus radicale qu'offre le système juridique, l'application de l'institution générale de la responsabilité juridique qui emporte les conséquences les plus dures et les plus infamantes pour celui qui en fait l'objet. Par conséquent, on estime qu'elle ne peut être mise en œuvre que pour les dégradations les plus graves que sont susceptibles de subir les situations juridiques représentant les biens juridico-pénaux. Cela résulte du principe de nécessité et de ceux qu'en font découler les systèmes juridiques d'inspiration allemande, à savoir les principes d'*ultima ratio* et du

¹⁰⁷² V. cependant l'exception notable suivante : Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, préc., n° 40. Les auteurs nuancent toutefois le propos en affirmant que « *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 public* » (*Ibid.*, n° 41).

¹⁰⁷³ V. *supra* n° 156.

¹⁰⁷⁴ C. pén., art. 221-1.

¹⁰⁷⁵ C. pén., art. 222-19 et s.

¹⁰⁷⁶ C. pén., art. 223-1.

¹⁰⁷⁷ C. pén., art. 313-1.

caractère fragmentaire du droit pénal¹⁰⁷⁸. L'exigence d'un comportement objectivement anormal en droit pénal apparaît dès lors comme une chose tout à fait logique : s'il s'agit d'une condition générale de la responsabilité civile, *a fortiori* cela doit-il en être ainsi pour son homologue pénal qui est supposé s'attaquer à des comportements plus graves que ne le fait celle-ci.

En droit comme en logique, l'anormalité objective apparaît donc comme une réalité positive en droit pénal comme en droit de la responsabilité civile, satisfaisant en cela les exigences du concept général de responsabilité juridique. Mais une autre question se pose néanmoins avant de clore l'étude de la dernière composante de ce dernier. Il s'agit de celle de l'établissement de l'anormalité.

Section 2. L'établissement de l'anormalité

169. Exigences du concept de responsabilité juridique quant au mode d'établissement de l'anormalité. L'unité conceptuelle de la responsabilité juridique se manifeste dans sa cause efficiente : la dégradation anormale d'une situation juridique. Quant à cette anormalité, tout ce qu'exige la responsabilité juridique, c'est qu'elle soit au moins objective, c'est-à-dire qu'elle ait pour objet le comportement de l'auteur ou de la chose dont le responsable a la garde. Se pose néanmoins la question de savoir comment, en pratique, sera déterminé ce qui est anormal et si le concept de responsabilité juridique impose certains impératifs sur ce point. On verra que ceux-ci sont en fait assez minces. Toute anormalité objective est *a priori* apte à engendrer une responsabilité en droit privé et rien n'est en principe imposé quant à la manière dont cette anormalité sera établie. Mais avant de le démontrer, reste encore à identifier les différentes façons d'établir précisément qu'un acte est ou non conforme au droit.

§Preliminaire. Recherche d'un critère de distinction des modes d'établissement de l'anormalité objective

170. Usage classique de la distinction des obligations de moyens et de résultat. A ce titre, certains auteurs font usage de la distinction, déjà étudiée¹⁰⁷⁹, des obligations de moyens et des obligations de résultat pour opposer deux modes d'établissement de l'anormalité objective. En effet, selon les tenants de la faute objective comme fondement unique de la responsabilité civile, que l'obligation soit de moyens ou de résultat, l'anormalité objective serait toujours présente. Toutefois, elle serait à prouver par le créancier dans le premier cas et présumée au détriment du débiteur dans le second, celui-ci ne pouvant plus prouver son

¹⁰⁷⁸ Sur ces principes, v. E. DREYER, « La subsidiarité du droit pénal », préc., et M. LACAZE, *Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, préc., n° 345.

¹⁰⁷⁹ V. *supra* n° 162.

absence de faute que par la voie étroite de la cause étrangère¹⁰⁸⁰. La distinction aurait dès lors un intérêt réel mais exclusivement probatoire. Cette doctrine distingue donc deux modes différents d'établissement de l'anormalité, la preuve classique qui suppose une appréciation, et la présomption d'anormalité. Pour cette raison, elle convainc davantage que celle selon laquelle les responsabilités fondées sur la violation d'une obligation de résultat seraient des responsabilités purement objectives¹⁰⁸¹. Pour autant, il reste qu'elle repose sur la distinction des obligations de moyens et de résultat et sur la construction qui en a découlé. Or, il paraît nécessaire de la dépasser, non seulement pour se défaire de ses inconvénients mais aussi parce qu'une autre distinction, plus simple, plus cohérente et tout aussi conforme à la réalité apparaît envisageable.

171. Nécessité du dépassement de la réponse classique : défauts de la distinction des obligations de moyens et de résultat. De nombreux reproches ont été faits à la distinction de DEMOGUE. Peu ont véritablement de portée.

En premier lieu, on a voulu remettre en cause son principe même en usant d'arguments fondamentalement opposés. Une doctrine a nié que l'on puisse poser une distinction en ces termes, toutes les obligations contractuelles étant, selon certains de moyens¹⁰⁸², selon d'autres de résultat¹⁰⁸³, voire, selon les derniers, de moyens et de résultat à la fois¹⁰⁸⁴. S'il est vrai que tout contrat vise à l'obtention d'un résultat par l'usage de certains moyens, il est également juste que la liberté contractuelle autorise les parties à aménager la rigueur de leurs obligations réciproques de telle sorte que la fin poursuivie intègre ou non le champ contractuel. Celle-ci, dans l'obligation de résultat, devient l'objet de l'obligation, tandis que dans l'obligation de moyens, ce résultat n'est plus que la cause de l'acte juridique¹⁰⁸⁵. A l'inverse, on a dénoncé le simplisme de la distinction qui, binaire, n'épouserait pas l'immense variété des figures contractuelles¹⁰⁸⁶. Hormis le fait que nul n'a jamais nié que la distinction fût forcément

¹⁰⁸⁰ En ce sens, v. not. A. BENABENT, *op. cit.*, n° 407 et s., J. CARBONNIER, *op. cit.*, n° 1072, S. CHASSAGNARD, *op. cit.*, n° 915, R. DEMOGUE, *op. et loc. cit.*, H. MAZEAUD, « Essai de classification des obligations », préc., H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, *op. cit.*, n° 103-3, note 2, R. SAVATIER, *op. cit.*, n° 113, et A. SERIAUX, *op. cit.*, n° 71. Rapp. P. ESMEIN, « L'obligation et la responsabilité contractuelles », préc., et « Remarques sur de nouvelles classifications des obligations », préc., et A. RABUT, *op. cit.*, n° 51. Pour une présentation et une contestation cette approche de l'effet de la cause étrangère, v. par ailleurs *infra* n° 323 et s.

¹⁰⁸¹ V. *supra* n° 162.

¹⁰⁸² V. not. J. BELLISSENT, *op. cit.*, n° 645. Curieusement, cette position a aussi souvent été soutenue par des défenseurs de la distinction, v. ainsi S. CHASSAGNARD, *op. cit.*, n° 916, et H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, *op. cit.*, n° 103-3. *Contra* J. FROSSARD, *op. cit.*, n° 113 et s.

¹⁰⁸³ V. B. FAGES, *op. cit.*, n° 213, et M. G. MARTON, *art. cit. Contra* G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. cit.*, n° 527.

¹⁰⁸⁴ V. G. RIPERT et J. BOULANGER, *op. cit.*, n° 783.

¹⁰⁸⁵ V. J.-Ch. SAINT-PAU, *Droit à réparation. Conditions de la responsabilité contractuelle. Fait générateur. Obligations*, préc., n° 95.

¹⁰⁸⁶ V. not. P. ESMEIN, *art. précités*, M. FAURE-ABBAD, *op. cit.*, n° 196 et 279 et s., et Ph. LE TOURNEAU *et alii*, *op. cit.*, n° 3236 et s.

quelque peu caricaturale¹⁰⁸⁷, il faut signaler que la critique pourrait être faite à toutes les distinctions dont les juristes font usage pour traduire le réel dans leur langue. Le droit implique certaines simplifications car il a besoin de certitude. Il offre, par ailleurs et pour ce qui nous intéresse, une marge de manœuvre suffisante à l'expression de la volonté des parties au sein de chacune des deux catégories¹⁰⁸⁸. On a, en second lieu, tenté de s'en prendre à la terminologie employée. On a contesté l'emploi, sous une acception non technique, de la notion d'obligation. Indéniable, ce problème est toutefois facilement soluble par l'utilisation de la notion générique de devoir ou, mieux, de charge juridique¹⁰⁸⁹. L'opposition moyens/résultat a également été mise en cause. Il est vrai qu'un comportement à mettre en œuvre, aussi bien qu'un résultat à atteindre, peut être fixé avec précision dans une règle de droit ou une convention¹⁰⁹⁰. Cependant, les mots se changent et Henri MAZEAUD en avait conscience, qui a proposé une autre terminologie en opposant les obligations déterminées et les obligations de prudence et de diligence¹⁰⁹¹. Les critiques dont elle fit l'objet à son tour, à savoir qu'une obligation ne saurait être indéterminée sauf violation de l'article 1129 du Code civil¹⁰⁹², ne convainquent pas car le droit positif se satisfait d'une obligation déterminable. En définitive, la distinction de DEMOGUE pourrait paraître indépassable. Rien n'est moins sûr cependant.

Il faut certes lui reconnaître d'avoir permis le dépassement de la distinction des obligations selon leur source pour la cantonner à la question de leur formation¹⁰⁹³. En outre, la distinction des obligations de moyens et de résultat semble traduire fidèlement la psychologie des parties

¹⁰⁸⁷ V. par exemple, H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, *op. cit.*, n° 103-9, R. SAVATIER, *op. cit.*, n° 235, et G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. cit.*, n° 533.

¹⁰⁸⁸ La doctrine semble s'accorder aujourd'hui sur une quadrilogie : l'obligation de moyens, supposant une faute ; l'obligation de moyen renforcée ou de résultat atténuée, autorisant le renversement d'une présomption de faute ; l'obligation de résultat classique, se passant de faute ou n'acceptant la preuve de son absence que par celle d'une cause étrangère, selon la théorie retenue ; et l'obligation de garantie, qui rend inopposable la force majeure. En ce sens, v. not. A. BENABENT, *op. cit.*, n° 409 et s., J. FROSSARD (opposé néanmoins au dernier cas), *op. cit.*, n° 184 et s., Ph. LE TOURNEAU *et alii*, *op. cit.*, n° 3238 et s., V. MALABAT, art. cit., F. MAURY, art. cit., F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n° 580, et G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. cit.*, n° 533-1 et s. Rapp. P. ESMEIN, art. précités.

¹⁰⁸⁹ Sur cette critique, v. M. FAURE-ABBAD, *op. cit.*, n° 193, J. FROSSARD, *op. cit.*, n° 125, et P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, préc., n° 13 et s. Contre cette conception technique de la notion, v. J. FROSSARD, *op. et loc. cit.*, et H. MAZEAUD, art. cit.

¹⁰⁹⁰ Sur ce point, v. A. TUNC, art. préc. Comp. H. MAZEAUD, art. cit., qui semble admettre que la détermination puisse concerner l'acte et non seulement le résultat.

¹⁰⁹¹ Art. cit. Adde H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, *op. cit.*, n° 103-2 et s.

¹⁰⁹² V. P. ESMEIN « Remarques sur de nouvelles classifications des obligations », préc.

¹⁰⁹³ V. not. F. CHABAS, *Responsabilité civile et responsabilité pénale*, *op. cit.*, n° 44 et s., qui dépasse non seulement la distinction des obligations contractuelles et extracontractuelles mais aussi celle des responsabilités civile et pénale, R. DEMOGUE, *op. et loc. cit.*, J. FROSSARD, *op. cit.*, spéc. n° 44 et s., et 173 et s., V. MALABAT, art. cit., H. MAZEAUD, art. cit., H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, *op. cit.*, n° 103-2, J.-Ch. SAINT-PAU, art. cit., et *Droit à réparation. Conditions de la responsabilité contractuelle. Fait générateur. Inexécution imputable au débiteur*, préc., R. SAVATIER, *op. cit.*, n° 575, et G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. cit.*, n° 457. *Contra*, n'admettant la distinction que dans le seul ordre contractuel, v. Ph. LE TOURNEAU *et alii*, *op. cit.*, n° 3210, Ph. MALINVAUD et D. FENOUILLET, *op. cit.*, n° 596, et F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n° 577.

et le droit positif¹⁰⁹⁴, quelle que soit l'interprétation (dualité ou unicité de fondement de la responsabilité civile) que l'on en retienne. Elle a en cela une valeur pédagogique et suggestive indéniable¹⁰⁹⁵. Toutefois, la distinction est à la fois insuffisante et excessive. Insuffisante, elle l'est car, même en utilisant le terme large de "charge juridique", la distinction ne peut appréhender l'anormalité que sous l'angle du fait de l'homme. Si le fonctionnement, l'état ou la position d'une chose peuvent être normaux ou anormaux, celle-ci ne saurait en effet être destinataire d'une quelconque charge juridique. Les termes de la distinction sont donc trop précis. Mais elle est également excessive dans la mesure où on a voulu lui faire jouer un rôle trop important. On l'a déjà vu pour les tenants de la dualité de fondements de la responsabilité civile¹⁰⁹⁶. Il en est de même de leurs adversaires. Contrairement aux prétentions des tenants de la théorie unitariste, DEMOGUE le premier, il ne semble pas en effet y avoir plus de différence entre ces deux types d'obligations sur le plan probatoire qu'il n'y en a sur le plan substantiel. Quant à l'objet de la preuve, il doit forcément correspondre à l'objet de l'allégation, à savoir, en l'occurrence, les conditions de la responsabilité civile, dont l'inexécution. Que l'objet de l'obligation varie ne change rien à cette règle générale : il faut prouver l'anormalité objective¹⁰⁹⁷. Quant à la charge de la preuve, une distinction ne serait défendable que dans la mesure où la distinction faute/inexécution le serait aussi. Tel n'étant pas le cas et la doctrine s'accordant à considérer que l'inexécution doit toujours être prouvée par la même personne, quelle que soit la nature de l'obligation, la distinction de DEMOGUE n'y joue donc aucun rôle¹⁰⁹⁸. Il n'y a donc pas de double mode d'établissement de l'anormalité selon la nature de l'obligation qui serait fondé sur une différence de règles de preuve.

172. Possibilité du dépassement de la réponse classique : la distinction de la normalité prédéterminée et de la normalité indéterminée. En réalité, la distinction de DEMOGUE apparaît surtout descriptive d'une réalité de fait, raison pour laquelle elle semble si bien s'y accorder. Elle n'emporte aucune conséquence juridique, que ce soit en termes de règle de fond – il faut toujours une inexécution, c'est-à-dire une anormalité objective – ou de règle de preuve – il suffit de prouver l'inexécution, charge qui incombe toujours au créancier. Elle traduit simplement qu'en fait, la normalité est tantôt déterminée par le contrat ou par une règle de droit, tantôt indéterminée, bien que déterminable par le juge *via* un standard. Dans les deux cas, la logique est la même puisqu'il faut toujours, quel que soit le degré de précision de

¹⁰⁹⁴ V. G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. cit.*, n° 526.

¹⁰⁹⁵ En ce sens, v. not. J. CARBONNIER, *op. et loc. cit.*, S. CHASSAGNARD, *op. cit.*, n° 915, M.-L. IZORCHE, *art. cit.*, C. OPHELE, *art. cit.*, et G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. cit.*, n° 528.

¹⁰⁹⁶ *Supra* n° 162.

¹⁰⁹⁷ En ce sens, v. H. MAZEAUD, *art. cit. Contra* J.-Ch. SAINT-PAU, *Droit à réparation. Conditions de la responsabilité contractuelle. Fait générateur. Obligations*, préc., n° 102 et 105, et G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. cit.*, n° 530.

¹⁰⁹⁸ V. à cet égard, Ph. BRUN, *Les présomptions dans le droit de la responsabilité civile*, préc., pp. 223 et s., J. FROSSARD, *op. cit.*, n° 88 et s., et 185, J.-Ch. SAINT-PAU, *art. cit.*, n° 102, et G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. et loc. cit.* Ces trois derniers proposent une distinction fondée sur l'étendue de l'inexécution.

la norme de comportement, réaliser la même opération : un jugement de valeur, indiquant le normal, et un jugement de réalité, révélant l'anormal¹⁰⁹⁹. La différence est simplement que, selon la plus ou moins grande détermination du contenu de la règle contractuelle ou extracontractuelle, ce processus sera réalisé en une ou plusieurs étapes et par un ou plusieurs acteurs. Cela entraînera, certes, une différence en termes de preuve mais qui n'aura rien de juridique et sera toute matérielle. Il deviendra, logiquement mais tout simplement, plus délicat de révéler et de prouver l'anormalité lorsque celle-ci ne répondra pas à une norme déterminée à l'avance¹¹⁰⁰.

*La distinction des obligations de moyens et de résultat, trop chargée historiquement et conceptuellement, semble donc devoir être abandonnée au profit d'une nouvelle distinction plus modeste qui s'en inspire : celle de la normalité prédéterminée et de la normalité indéterminée*¹¹⁰¹. Elle apporte une réponse idoine à la question de la détermination de l'anormalité. Dans le premier cas, l'anormalité peut être simplement constatée (§2), quand il est nécessaire de l'apprécier dans le second (§1). Que l'anormalité objective soit établie par appréciation ou par constatation, les exigences du concept de responsabilité juridique sont pratiquement nulles à cet égard commandant dès lors, pour assurer l'efficacité de l'institution, que les deux soient exploitées aussi bien en droit pénal qu'en droit civil de la responsabilité.

¹⁰⁹⁹ Sur la distinction du jugement de valeur et du jugement de réalité, v. spéc. E. DURKHEIM, « Jugements de valeur et jugements de réalité », 1924, *Sociologie et philosophie*, Quadrige/P.U.F., 1^{ère} éd., 1996, pp. 117 et s., et V. MALABAT, *op. cit.*, n° 4. Comp. M. PUECH, *op. cit.*, n° 65 et s.

¹¹⁰⁰ En ce sens, v. J. BELLISSENT, *op. cit.*, n° 639, R. DEMOGUE, *op. et loc. cit.*, et C. OPHELE, art. *cit.* Comp. A.-Ch. DANA, *op. cit.*, n° 304, et H. MAZEAUD, art. *cit.*, et A. TUNC, art. *cit.*

¹¹⁰¹ L'opposition, qui existe en doctrine, n'est faite, sauf exception, que de manière accessoire. V. ainsi Ch. BLAEVOET, « La place du normal et de l'anormal dans le droit », art. *cit.*, S. CHASSAGNARD, *op. cit.*, n° 924 et s., Ph. CONTE, art. *cit.*, n° 9 et s., et 36 et s., A.-Ch. DANA, *op. cit.*, n° 273 et s., N. DEJEAN DE LA BÂTIE, *op. cit.*, n° 17 et s., J. DELIYANNIS, *op. cit.*, n° 11 et s., J. DEPREZ, « Faute pénale et faute civile », *Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal. Etudes de droit criminel* dir. G. STEFANI, Dalloz, 1956, pp. 157 et s., E. GARÇON, *Code pénal annoté*, t. 1, préc., art. 1, n° 106, Ch. LAPOYADE-DESCHAMPS, L. BLOCH et S. MORACCHINI-ZEIDENBERG, *op. cit.*, pp. 175 et s., Ph. LE TOURNEAU *et alii*, *op. cit.*, n° 6716, P. MAISTRE DU CHAMBON, « L'appréciation de la faute du décideur. L'analyse au regard du comportement », préc., H. MAZEAUD, « La faute dans la garde », préc., H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, *op. cit.*, n° 640, J. ORTOLAN, *op. cit.*, n° 230, Ph. PIERRE, « La place de la responsabilité objective. Notion et rôle de la faute en droit français », *RLDC*, 2010, n° 3802, M. PUECH, *op. cit.*, n° 6 et s., A. RABUT, *op. cit.*, n° 49, G. RIPERT, *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, préc., n° 168, p. 306, G. RIPERT et J. BOULANGER, *op. cit.*, n° 899, C. RUET, « Commentaire de la loi n° 96-393 du 13 mai 1996 relative à la responsabilité pénale pour des fautes d'imprudence ou de négligence », *Rev. sc. crim.*, 1998, pp. 23 et s., V. SAINT-GERAND, *op. cit.*, n° 326 et s., R. SALEILLES, « De la responsabilité précontractuelle », *RTD Civ.*, 1907, pp. 697 et s., spéc. p. 740, Ph. SALVAGE, « L'imprudence en droit pénal », *JCP*, 1996, I, 3984, et N. STONESTREET, *op. cit.*, n° 258 et 265. Comp. l'article 1352, alinéa 2, de l'avant-projet Catala, préc., le projet d'article 1386-3 de la proposition sénatoriale n° 657 de loi portant réforme de la responsabilité civile et l'article 5 du projet de réforme de la responsabilité civile de l'Académie des sciences morales et politiques, publié *in Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, préc. Reste que la distinction doit être nuancée car, en présence d'une normalité indéterminée, il sera toujours possible, voire nécessaire, de se référer à une norme précisant le normal et l'anormal. Le premier mode d'établissement de l'anormal trouve en fait son utilité en ce qu'il permet d'aller au-delà des terrains balisés par le second. V. *infra* n° 210.

§1. L'appréciation de l'anormalité objective

173. Anormalité appréciée et processus d'établissement de l'anormal. A la question de savoir comment déterminer un fait anormal, la doctrine répond majoritairement qu'il faut se livrer à une appréciation du comportement. L'appréciation, évaluation, évoque directement le jugement de valeur. Ce mode d'établissement de l'anormal laisse aussi à penser qu'il permettrait de le révéler *ex nihilo*. Ces impressions, à l'analyse, ne paraissent pas exactes.

Depuis PLANIOL, on admet l'idée selon laquelle un comportement n'est pas illicite parce qu'il est fautif mais fautif parce qu'illicite. En d'autres termes, toute sanction d'un fait suppose qu'il y ait eu violation d'une norme juridique imposant un mode normal de comportement. Il semble falloir élargir l'assertion : *toute anormalité suppose la normativité d'une normalité préalable*¹¹⁰². Cela est également valable en matière d'anormalité appréciée. La différence consiste néanmoins dans le fait que le normal n'y est pas précisé par le législateur. Celui-ci, incorporant un standard à la règle juridique, délègue aux juges le pouvoir d'interpréter sa volonté et sa conception du régulier en mettant en œuvre la règle de droit. Cette solution témoigne de la volonté de conserver une marge de manœuvre au magistrat pour assurer une meilleure adaptation de la règle de droit aux cas d'espèce¹¹⁰³. Il en résulte que c'est le juge qui, face à un cas d'espèce, va procéder à l'établissement complet de l'anormal. A la suite de l'analyse des faits, il déterminera la manière normale de se comporter en pareilles circonstances. C'est en cela qu'il opérera jugement de valeur. Le normal étant alors déterminé, il suffira, partant, d'un jugement de réalité pour déterminer si le comportement de l'homme ou de la chose apprécié y est conforme ou non. Les deux jugements ont ainsi une particularité : réalisés par la même personne, ils le sont instantanément et simultanément, ce qui tend à les fondre en un seul¹¹⁰⁴. Ainsi, si l'on peut théoriquement les distinguer, il reste que, pratiquement, ils se forment dans le même temps. La détermination de la normalité à partir des faits permet de déduire l'anormalité éventuelle du comportement en cause.

¹¹⁰² La grande majorité de la doctrine adhère à ce principe logique. v. ainsi J. CARBONNIER, *op. cit.*, n° 1072 et 1136, A.-Ch. DANA, *op. cit.*, n° 271, J. DELIYANNIS, *op. cit.*, M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, pp. 88 et s., J. FROSSARD, *op. cit.*, n° 121 et s., Ph. LE TOURNEAU *et alii*, *op. cit.*, n° 6705, H. MAZEAUD, « Essai de classification des obligations », préc., H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, *op. cit.*, n° 392 et s., J. ORTOLAN, *op. cit.*, n° 225 et s., X. PIN, *art. cit.*, A. PIROVANO, *op. cit.*, n° 83 et s., M. PUECH, *op. cit.*, n° 1 et s., A. RABUT, *op. cit.*, n° 15 et s., et 80 et s., G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, préc., n° 112, p. 199, G. RIPERT et J. BOULANGER, *op. cit.*, n° 899, et s., R. SAVATIER, *op. cit.*, n° 4 et s., A. SERIAUX, *op. cit.*, n° 127, G. VINEY, *op. cit.*, n° 168, et G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. cit.*, n° 442 et s. Quelques-uns y demeurent insensibles et prônent la primauté de l'anormal sur la normalité (v. S. CHASSAGNARD, *op. cit.*, n° 17) ou, mieux, l'indifférence de l'existence d'une norme préalable. En ce sens, v. J. BELLISSENT, *op. cit.*, et J. FLOUR, et J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *op. cit.*, n° 98, qui parlent d'obligation « *affirmée qu'après coup, et pour les besoins de la cause* ».

¹¹⁰³ A cet égard, v. A.-A. AL-SANHOURY, *art. cit.*, S. CHASSAGNARD, *op. cit.*, n° 270, N. DEJEAN DE LA BÂTIE, *op. cit.*, n° 1, et V. FORTIER, *art. cit.*

¹¹⁰⁴ On notera toutefois que la normalité dégagée ne tient sa normativité, son impérativité, que de la règle de droit qui contient le standard, et donc du législateur. Il y a « *disjonction entre la formulation de l'impératif juridique et la détermination de sa teneur* », entre le signifiant et le signifié, entre l'élaboration et l'application de la norme. Sur cette question, v. S. CHASSAGNARD, *op. cit.*, n° 294.

174. Anormalité appréciée, relativité et identité. L'appréciation semble être un lieu privilégié de divergence du droit pénal et de la responsabilité civile. D'une part, le principe même de ce mode d'établissement de l'anormalité, de par la place qu'il confère au juge, semble étranger au premier, attaché au principe de la légalité criminelle¹¹⁰⁵. D'autre part, l'élaboration de la normalité y est judiciaire et liée à des litiges particuliers, l'appréciation paraît relative par essence, liées aux espèces. Dès lors, des choix techniques et politiques différents pourraient être mis en œuvre qui permettrait de distinguer le fait causal pénal de son homologue civil. On pourrait opter pour l'appréciation *in abstracto* ou pour l'appréciation *in concreto*, par exemple, ou requérir un écart de conduite plus ou moins important selon la discipline juridique en question. Néanmoins, le concept de responsabilité juridique paraît donner quelques directions vers lesquelles tendent à s'orienter conjointement droits civil et pénal de la responsabilité. Ainsi, elle fait de l'appréciation abstraite une nécessité en cas d'anormalité indéterminée (A). Cette exigence paraissant être la seule imposée, elle est donc également suffisante (B).

A- La nécessité de l'appréciation *in abstracto* en cas d'anormalité indéterminée

175. Appréciation *in abstracto* et appréciation *in concreto* en droit civil et en droit pénal français. La détermination de l'anormalité d'un acte suppose une comparaison par rapport à un comportement considéré comme normal et, même privé du support d'une norme la précisant, la normalité, envers de l'anormalité, doit donc toujours trouver un port d'attache. Or, à défaut d'un texte précisant ce qui doit être fait dans telle ou telle circonstance, il va de soi qu'un tel référent sera incertain, la liberté conférée au juge impliquant nécessairement une part de subjectivité. L'anormalité appréciée supposant une recherche empirique du normal, la question se pose légitimement de savoir dans quelle mesure le juge peut puiser dans les faits de la cause les éléments propres à fournir le modèle de comparaison, et notamment si la normalité doit être celle du comportement pris en tant que tel ou de celui d'une personne particulière. Doit-on considérer que l'individu de tempérament distrait agit anormalement s'il oublie, au volant, d'adapter sa conduite aux circonstances ? Une personne nerveuse est-elle en faute si elle réagit violemment à une provocation ? Celui qui a grandi dans un milieu criminel ou qui a été privé d'affection peut-il se voir reprocher sa malhonnêteté ou son manque de compassion éventuels ? En somme, cela revient un peu à se demander si le normal doit être déterminé par rapport à l'usuel ou par rapport à l'idéal. Cette interrogation renvoie à la distinction de l'appréciation *in abstracto* et de l'appréciation *in concreto*¹¹⁰⁶, souvent utilisée en doctrine pour défendre l'idée de dualité des fautes civile et pénale.

¹¹⁰⁵ Sur ce point précis, v. *infra* n° 190.

¹¹⁰⁶ V. principalement N. DEJEAN DE LA BÂTIE, *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit civil français*, préc., et V. MALABAT, *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit pénal*, préc.

La théorie juridique offre ainsi une dualité de modes d'appréciation possibles du comportement en termes de normalité et d'anormalité. Cependant, là où le droit pénal et la responsabilité civile, incessamment invités qu'ils y sont, auraient pu trouver un domaine de distinction (1), ils demeurent unis par le choix d'un mode d'appréciation identique qui semble imposer par le concept même de responsabilité juridique : l'appréciation *in abstracto* (2).

1. Dualité des modes d'appréciation possibles

176. Distinction classique. Si l'opposition est classique, les termes n'en sont pas toujours bien cernés, ce qui est compréhensible vue l'ambiguïté de la notion d'appréciation *in concreto*, et la relativité de celle d'appréciation *in abstracto*. Mais si la dichotomie peut être nuancée¹¹⁰⁷, elle demeure suffisamment ferme et juste pour que l'on s'attarde sur chacun de ces modes d'appréciation de l'anormalité objective.

177. Ambiguïté et dangerosité de l'appréciation *in concreto*. L'appréciation *in concreto* est celle qui s'imprègne le plus de la réalité soumise au juge. Il s'agit de prendre en compte non seulement toutes les circonstances dans lesquelles le comportement a été adopté mais encore les spécificités de la personne qui en est l'auteur. Cela dit, des précisions sont nécessaires et l'on peut, en fait, discerner deux acceptions de la notion.

Une première définition voit la particularité de l'appréciation *in concreto* dans la prise en compte par le juge des circonstances internes, personnelles, à l'individu dont la conduite est évaluée. Toutes les infériorités, physiques ou mentales, naturelles ou culturelles, de la personne seraient prises en compte¹¹⁰⁸. La seconde quant à elle se réfère à l'habitude, au comportement usuel de cette dernière¹¹⁰⁹. Si la première est la plus répandue, sans doute parce qu'elle appelle plus de discussions tant en pure spéculation qu'en contemplation du droit positif, la seconde semble plus pertinente. D'une part, en effet, l'accord n'est pas unanime en doctrine quant aux éléments qui font passer de l'appréciation abstraite à l'appréciation

¹¹⁰⁷ V. ainsi, *ibid.*, n° 410 et s. Adde H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, *op. cit.*, n° 424, F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n° 729, et G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. cit.*, n° 462.

¹¹⁰⁸ En ce sens, v. not. Ch. AUBRY et Ch. RAU par N. DEJEAN DE LA BÂTIE, *op. cit.*, n° 22, A. COLIN et H. CAPITANT par L. JULLIOT DE LA MORANDIERE, *op. cit.*, n° 1100, Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *La responsabilité civile délictuelle*, préc., n° 56, N. DEJEAN DE LA BÂTIE, *op. cit.*, M. FAURE-ABBAD, *op. cit.*, n° 197, Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *op. cit.*, n° 53, V. MALABAT, *op. cit.*, spéc. n° 6, H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, *op. cit.*, n° 354, note 2, et 417bis, R. MERLE, *op. cit.*, p. 246 et s., R. MERLE et A. VITU, *op. cit.*, n° 609, A. PIROVANO, *op. cit.*, n° 127 et s., N. RIAS, *op. cit.*, n° 277, J.-H. ROBERT, *op. cit.*, p. 332, B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *op. cit.*, n° 295 et s., F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n° 727, G. VIDAL et J. MAGNOL, *op. cit.*, n° 136, et G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. et loc. cit.*

¹¹⁰⁹ V. en ce sens, A. BENABENT, *op. cit.*, n° 544, S. CHASSAGNARD, *op. cit.*, n° 936, A. COLIN et H. CAPITANT par L. JULLIOT DE LA MORANDIERE, *op. et loc. cit.*, Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *op. et loc. cit.*, J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *op. cit.*, n° 113, V. MALABAT, *op. cit.*, spéc. n° 368, H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, *op. cit.*, n° 418, G. RIPERT et J. BOULANGER, *op. cit.*, n° 798, F. ROUSSEAU, « L'unité des fautes civile et pénale », préc., B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *op. et loc. cit.*, et G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. et loc. cit.*

concrète : sont-ce tous les éléments internes ou seulement certains d'entre eux ?¹¹¹⁰ D'autre part, il peut, quoi qu'il en soit, paraître curieux de prendre en compte des éléments subjectifs, internes, pour porter un jugement sur une donnée objective, externe. Enfin, le trouble est d'autant plus grand que les questions posées par les premiers peuvent très bien être résolues à l'occasion de l'étude d'autres éléments générateurs de la responsabilité, à savoir l'anormalité subjective et l'imputabilité¹¹¹¹.

Il importe peu d'approfondir déjà la question car, que l'on retienne l'une ou l'autre de ces définitions, l'appréciation *in concreto* présentera les mêmes avantages et inconvénients. Ainsi est-il évident que retenir un tel mode d'appréciation est assez conforme à l'idée d'une justice consistant à sanctionner chacun selon ses œuvres. La pensée thomiste ne renierait pas non plus l'idée selon laquelle l'habitude peut relativiser le caractère blâmable d'un comportement *a priori* mauvais¹¹¹². Enfin, on ne peut nier que, s'approchant au plus près du sujet jugé, l'appréciation concrète est l'expression d'un droit éminemment humain. Pour autant, il ne faut pas oublier que le droit reste une science normative à finalité sociale qui entend régir les relations entre sujets de droit en assurant l'équilibre entre les objectifs antagonistes de liberté et de sécurité. Or, on a suffisamment souligné combien, d'un point de vue social, l'appréciation *in concreto* pouvait être dangereuse, voire injuste. Injuste, puisqu'elle conduit à se montrer d'autant plus sévère que la personne est d'un tempérament diligent ou adopte habituellement un comportement prudent. Dangereux, car en pardonnant au maladroit la plupart de ses erreurs, tout en n'excusant jamais l'exceptionnel écart de conduite du sage, elle amène le système juridique à laisser sans réponse bon nombre de lésions et de menaces, voire peut inciter à l'imprudence généralisée¹¹¹³. Si l'on ajoute à cela les difficultés¹¹¹⁴ – on souligne souvent les difficultés de l'investigation psychologique mais la preuve d'habitudes peut être tout aussi délicate –, on comprend qu'on ait tenté d'en trouver un autre, à savoir l'appréciation *in abstracto*.

¹¹¹⁰ Sur ce point, v. G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. cit.*, n° 465. Comp. N. DEJEAN DE LA BÂTIE, *op. cit.*, n° 31 et s., et H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, *op. cit.*, n° 431 et s.

¹¹¹¹ V. N. DEJEAN DE LA BÂTIE, *op. cit.*, n° 24. Rapp. V. MALABAT, *op. cit.*, n° 368, note 830. V. *infra* n° 381 et s.

¹¹¹² V. M. VILLEY, « La responsabilité chez Saint-Thomas », *La responsabilité pénale*, Dalloz, 1961, pp. 117 et s. Adde C. CLAVERIE-ROUSSET, *L'habitude en droit pénal*, thèse Bordeaux, 2011, spéc. n° 4.

¹¹¹³ V. not. Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *op. et loc. cit.*, A.-Ch. DANA, *op. cit.*, n° 324, J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *op. et loc. cit.*, V. MALABAT, *op. et loc. cit.*, H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, *op. cit.*, n° 421, A. PIROVANO, *op. cit.*, n° 145, B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *op. cit.*, n° 298, et G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. et loc. cit. Contra*, v. N. DEJEAN DE LA BÂTIE, *op. cit.*, n° 160.

¹¹¹⁴ V. Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *op. et loc. cit.*, A.-Ch. DANA, *op. cit.*, n° 321, P. ESMEIN, « La faute et sa place dans la responsabilité civile », préc., A. PIROVANO, *op. cit.*, n° 149, A. RABUT, *op. cit.*, n° 113 et s., F. ROUSSSEAU, art. *cit.*, et B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *op. et loc. cit. Contra* N. DEJEAN DE LA BÂTIE, *op. cit.*, n° 159. A ces arguments classiques, l'analyse économique du droit ajoute que l'appréciation *in concreto* serait plus coûteuse en raison des frais suscités par l'individualisation de la norme (frais d'expertise, etc.). Sur ce point, v. G. MAITRE, *op. cit.*, n° 161.

178. Rigidité ou relativité de l'appréciation *in abstracto*. L'appréciation abstraite consiste à évaluer le comportement d'une personne ou d'une chose en le comparant à celui d'un modèle abstrait de référence qui lui est étranger¹¹¹⁵. Ce modèle sera établi judiciairement à partir de diverses sources juridiques, telles que les usages ou la coutume, ou extra-juridiques, comme la morale, les règles de l'art, les normes techniques ou, tout simplement, le sens commun, tous éléments insufflés par le corps social, par le donné, et qui sont considérés comme acquis ou susceptibles de l'être par la majorité des citoyens¹¹¹⁶. On y fait référence par diverses notions standards, dont la plus connue est l'« *icône* » du bon père de famille¹¹¹⁷.

Ce mode d'appréciation de l'anormalité objective comporte beaucoup d'avantages. Outre qu'elle présente ceux inverses aux inconvénients de l'appréciation *in concreto* (conformité à la fonction sociale du droit, absence d'inconvénients probatoires quant à la détermination du normal, moindre coût du point de vue de l'analyse économique du droit), elle garantit à la fois l'égalité et la sécurité¹¹¹⁸. L'exigence d'égalité est une constante juridique. La règle doit être universelle et il ne peut y avoir autant de normes juridiques qu'il y a d'individus¹¹¹⁹. Il en va de la cohérence et de l'unité du droit¹¹²⁰. De cette aptitude de l'appréciation *in abstracto* à dégager une normalité commune découle ensuite une sécurité juridique tant pour l'auteur éventuel, qui connaît ainsi plus facilement les limites de sa liberté d'agir, que pour la potentielle victime, qui peut quant à elle savoir dans quelle mesure sont effectivement protégés ses intérêts. Cela permet l'émergence de la "confiance légitime" chère à LEVY¹¹²¹. Il ne faut toutefois pas oublier, avec PORTALIS, que « *l'homme n'est pas fait pour le droit, mais le droit pour l'homme* ». Il ne saurait par suite construire un ordre idéal, trop abstrait, qui n'aurait aucune chance de trouver application dans la cité des Hommes. Il doit être réaliste et

¹¹¹⁵ V. not. Ch. AUBRY et Ch. RAU par N. DEJEAN DE LA BÂTIE, *op. cit.*, n° 22, J. CARBONNIER, *op. cit.*, n° 1072, A. COLIN et H. CAPITANT par L. JULLIOT DE LA MORANDIERE, *op. et loc. cit.*, Ph. CONTE, *art. cit.*, n° 38 et s., Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *op. cit.*, n° 53, et G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. cit.*, n° 462 et s.

¹¹¹⁶ Sur les sources de la normalité appréciée *in abstracto*, v. not. S. CHASSAGNARD, *op. cit.*, n° 101 et s., et 923 et s., N. DEJEAN DE LA BÂTIE, *op. cit.*, n° 180 et 207 et s., J. DELIYANNIS, *op. cit.*, n° 11 et s., M. PUECH, *op. cit.*, n° 16 et s., A. RABUT, *op. cit.*, n° 82 et s., et G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. cit.*, n° 461. Rapp. P. ORIANNE, *art. cit.*

¹¹¹⁷ S. CHASSAGNARD, *op. cit.*, n° 958. Sur cette notion, adde S. DARMAISIN, « A la recherche du bon père de famille », *Mél. Ph. Le Tourneau*, préc., pp. 297 et s.

¹¹¹⁸ V. not. Ph. CONTE, *art. et loc. cit.* MM. Starck, Roland et Boyer ont également avancé que ce mode d'appréciation correspondait au postulat du libre arbitre (*op. cit.*, n° 296. Adde G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. cit.*, n° 463). Cependant, cet élément, outre qu'il suppose que l'on admette l'imputabilité comme condition de la responsabilité civile (sur ce point, v. *infra* n° 381 et s.), plaiderait plutôt en faveur de l'appréciation *in concreto* puisqu'il implique que l'on considère une donnée propre à l'agent, à savoir sa faculté de discernement. En ce sens, v. N. DEJEAN DE LA BÂTIE, *op. cit.*, n° 161.

¹¹¹⁹ V. S. CHASSAGNARD, *op. cit.*, n° 938, E. FORTIS, *op. cit.*, n° 432, et A. PIROVANO, *op. cit.*, n° 142 et s. *Contra* v. N. DEJEAN DE LA BÂTIE, *op. cit.*, n° 158.

¹¹²⁰ V. A. BENABENT, *op. et loc. cit.*

¹¹²¹ In « Responsabilité et contrat », *Rev. crit.*, 1899, p. 485, cité in H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, *op. cit.*, n° 394. Adde S. CHASSAGNARD, *op. cit.*, n° 939, M. FAURE-ABBAD, *op. cit.*, n° 198 et s., A. PIROVANO, *op. cit.*, n° 135 et 145 et s., et G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. et loc. cit.* Comp. N. DEJEAN DE LA BÂTIE, *op. cit.*, n° 163 et s.

réalisable. On pourrait par conséquent reprocher à l'appréciation *in abstracto* d'être trop rigide, et en cela, trop inhumaine.

Pourtant, cette critique méconnaît le sens véritable de la notion qui, de doctrine unanime, n'a jamais été poussée à un tel extrême, lequel « *friserait le ridicule* »¹¹²². L'abstraction n'est pas le détachement et la normalité étant dégagée à l'occasion d'un cas d'espèce, l'appréciation abstraite s'en ressent naturellement¹¹²³. Le modèle de référence est remis dans le contexte, la situation de faits fournit des données qui l'affineront, le préciseront et le rapprocheront en cela de la personne dont on se demande si la conduite a été conforme à l'attitude qui devait être normalement adoptée en pareilles circonstances. On prend en considération les données impersonnelles de l'espèce, telles le moment, l'époque, le lieu ou les conditions météorologiques¹¹²⁴. Le droit positif admet jusqu'à la prise en compte d'éléments relevant de l'ordre interne, notamment les supériorités personnelles de l'auteur, comme la qualité de professionnel, voire celle des différents spécialistes d'une même profession¹¹²⁵. Cela ne va pas contre la nature de l'appréciation *in abstracto* bien qu'elle se rapproche ainsi de son homologue concret¹¹²⁶. Techniquement, il suffit d'extirper la spécificité de l'agent, par abstraction, et qu'elle soit susceptible, par généralisation, de donner lieu à une solution équivalente applicable à tout cas identique. Fonctionnellement, ce processus assure l'égalité des justiciables. De surcroît, prendre en compte les aptitudes supérieures d'une personne est tout à fait conforme à l'exigence de sécurité matérielle – la mise en œuvre de ces facultés est de nature à éviter les lésions et les risques – et juridique – dès lors que la généralité de la norme en assure la prévisibilité.

Ce mode d'appréciation *in abstracto* circonstanciée, selon lequel est anormal le comportement que le type abstrait de référence placé dans les mêmes circonstances n'aurait pas adopté¹¹²⁷, paraît donc tout à fait équilibré en ce qu'il concilie les exigences antinomiques

¹¹²² A. PIROVANO, *op. cit.*, n° 129.

¹¹²³ En ce sens, v. S. CHASSAGNARD, *op. cit.*, n° 941, et N. DEJEAN DE LA BÂTIE, *op. cit.*, n° 1 et s.

¹¹²⁴ V. not. A. COLIN et H. CAPITANT par L. JULLIOT DE LA MORANDIERE, *op. et loc. cit.*, A.-Ch. DANA, *op. cit.*, n° 333, Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *op. et loc. cit.*, A. RABUT, *op. cit.*, n° 86 et s., et G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. cit.*, n° 464 et s. Cette contextualisation de l'appréciation dépendrait de l'essence même de la technique du standard qui est ici mise en œuvre. V. D. NERON, art. *cit.*

¹¹²⁵ V. not. A. BENABENT, *op. et loc. cit.*, S. CHASSAGNARD, *op. cit.*, n° 965, A.-Ch. DANA, *op. et loc. cit.*, N. DEJEAN DE LA BÂTIE, *op. cit.*, n° 44 et s., et n° 191 et s., V. MALABAT, *op. cit.*, n° 370, H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, *op. cit.*, n° 417bis, 440, 486 et 705 et s., A. RABUT, *op. cit.*, n° 89, et G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. cit.*, n° 471.

¹¹²⁶ Quoique l'on puisse admettre avec DEJEAN DE LA BÂTIE que « *l'homme raisonnable met à profit, lorsque l'occasion s'en présente, les aptitudes et les connaissances particulières qu'il possède* » (*op. cit.*, n° 46).

¹¹²⁷ La majorité de la doctrine retient cette conception. V. ainsi, A. BENABENT, *op. et loc. cit.*, Ph. BRUN, *Responsabilité extracontractuelle*, préc., n° 303, S. CHASSAGNARD, *op. et loc. cit.*, Ph. CONTE, art. *cit.*, n° 38 et s., Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *op. et loc. cit.*, E. DREYER, *op. cit.*, n° 808 et s., M. FAURE-ABBAD, *op. et loc. cit.*, J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *op. et loc. cit.*, E. FORTIS, *op. cit.*, n° 429, V. MALABAT, *op. cit.*, n° 369, Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *op. et loc. cit.*, Ph. MALINVAUD et D. FENOUILLET, *op. cit.*, n° 575, H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, *op. cit.*, n° 417bis, A. RABUT, *op. cit.*, n° 91, M.-L. RASSAT, *op. cit.*, n° 292, J.-H. ROBERT, *op. et loc. cit.*, P. ROSSI, *Traité de droit pénal*, t. 2, préc., p. 54, F. ROUSSEAU, art. *cit.*, R. SAVATIER, *op. cit.*, n° 234, A. SERIAUX, *op. cit.*, n° 71, B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *op. cit.*, n° 268 et s., N. STONESTREET, *op. cit.*, n° 258, et F. TERRE, PH. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n° 728.

du droit, généralité et sécurité, adaptabilité et humanité. Il n'est dès lors pas étonnant de voir qu'il fait l'unanimité en droit positif de la responsabilité.

2. Identité du mode d'appréciation choisie

179. Vérification et appréciation. Alors que certains auteurs ont cru voir dans le mode d'appréciation le critère de distinction idéal des fautes pénale et civile – réservant l'appréciation *in abstracto* à celle-ci et l'appréciation *in concreto* à celle-là¹¹²⁸, alors que le législateur lui-même a voulu qu'il en soit ainsi, la valeur éminemment supérieure du mode abstrait d'évaluation des comportements a conduit à ce que le droit positif s'acharne à les contredire. Un tel choix semble au moins légitime, au mieux imposé. On le verra en étudiant le mode d'appréciation choisi (a), puis en l'appréciant lui-même (b).

a- Le mode d'appréciation choisi

180. Appréciation civile et appréciation pénale de l'anormalité. Mode d'évaluation du comportement théoriquement le plus adapté au droit, c'est l'appréciation abstraite qui est mise en œuvre tant en droit de la responsabilité civile (α) qu'en droit pénal (β).

α - L'appréciation de l'anormalité objective en droit civil de la responsabilité

181. Appréciation du fait anormal de l'homme et responsabilité extracontractuelle. La doctrine est unanime sur la question du mode d'appréciation de la faute au sens de l'article 1382 du Code civil. Il s'agit de l'appréciation *in abstracto* circonscrite. On apprécie le comportement de l'auteur par rapport à ce qu'aurait fait le bon père de famille dans les mêmes circonstances. La jurisprudence est clairement en ce sens¹¹²⁹. Concernant les responsabilités du fait d'autrui, on a déjà expliqué que la question de l'anormalité devait être détachée du responsable pour ne plus concerner que le fait de l'autrui dont on est garant ou bien celui de la chose dont cet autrui a la garde¹¹³⁰. L'ensemble des règles valables pour le régime de

¹¹²⁸ V. les références citées *infra* n° 185 .

¹¹²⁹ La solution est si bien acquise qu'il est inutile de faire plus que de renvoyer aux références jurisprudentielles citées en doctrine. v. Ch. AUBRY et Ch. RAU par N. DEJEAN DE LA BÂTIE, *op. cit.*, n° 22 et s., A. BENABENT, *op. et loc. cit.*, Ph. BRUN, *op. cit.*, n° 303 et s., S. CHASSAGNARD, *op. cit.*, n° 957 et s., A. COLIN et H. CAPITANT par L. JULIOT DE LA MORANDIÈRE, *op. cit.*, n° 1100, Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *op. cit.*, n° 47 et s., N. DEJEAN DE LA BÂTIE, *op. cit.*, n° 18 et s., M. FABRE-MAGNAN, *op. et loc. cit.*, J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *op. cit.*, n° 98-1, 101, et 113 et s., Ph. LE TOURNEAU *et alii*, *op. cit.*, n° 6707, Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *op. et loc. cit.*, H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, *op. cit.*, n° 423 et s., A. PIROVANO, *op. cit.*, n° 127 et s., N. RIAS, *op. cit.*, n° 278, G. RIPERT et J. BOULANGER, *op. et cit.*, R. SAVATIER, *op. cit.*, n° 35 et., J.-Ch. SCHMIDT, *Faute civile et faute pénale*, thèse Paris, 1928, pp. 118 et s., A. SERIAUX, *op. cit.*, n° 127, B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *op. cit.*, n° 295, F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n° 729, A. TUNC, *La responsabilité civile*, préc., n° 140, et G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. cit.*, n° 463.

¹¹³⁰ V. *supra* n° 163.

responsabilité du fait personnel devant s'appliquer à l'autrui, son fait, en plus d'être anormal, est donc également apprécié selon le mode de l'appréciation *in abstracto* circonstanciée¹¹³¹.

182. Appréciation du fait anormal de l'homme et responsabilité contractuelle. En matière contractuelle, la situation est tout aussi claire, voire plus simple dès lors que certains textes font directement référence au bon père de famille, soit à l'appréciation *in abstracto*¹¹³². La jurisprudence¹¹³³ et la doctrine¹¹³⁴ ne disent pas autre chose. Lorsque le débiteur n'est pas tenu d'accomplir un acte ou de fournir un résultat particulier, qu'il n'est obligé que de faire son possible en vue de réaliser l'objectif économique des parties, il ne s'agit pas de se demander s'il a fourni les efforts qu'il pouvait apporter compte tenu de ses capacités personnelles ou de ce qu'il a l'habitude de fournir mais bien plutôt de savoir s'il a fait ce que l'on pouvait légitimement attendre de tout débiteur. Ce n'est que dans les cas spécialement prévus par la loi¹¹³⁵ ou par les parties¹¹³⁶ que l'appréciation *in concreto* est applicable. Cela est compréhensible dans la mesure où l'appréciation abstraite de l'anormalité trouve des justifications supplémentaires en matière contractuelle. En effet, le contrat étant fondé sur la volonté, on peut estimer que les parties se supposent normalement douées et aptes à exécuter ce à quoi elles s'obligent et que nul ne consent normalement à ce que son contractant fasse moins d'efforts que ce que l'on peut s'estimer légitimement en droit d'attendre¹¹³⁷.

183. Appréciation du fait anormal de la chose. L'exigence d'anormalité du fait de la chose, traduite par la notion de rôle actif de la chose¹¹³⁸, peut donner lieu à appréciation. C'est

¹¹³¹ Pour la doctrine, v. not. Ch. AUBRY et Ch. RAU par N. DEJEAN DE LA BÂTIE, *op. cit.*, n° 98 et 103, A. BENABENT, *op. cit.*, n° 581, Ph. BRUN, *op. cit.*, n° 281 et 407 et s., J. CARBONNIER, *op. cit.*, n° 1153 et 1159, Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *op. cit.*, n° 73 et s., 85 et 96, M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, pp. 307 et s., J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *op. cit.*, n° 201, 213 et 226, L. JOSSERAND, *op. cit.*, n° 512bis, Ph. LE TOURNEAU *et alii*, *op. cit.*, n° 7311, 7361, 7432, 7477, et 7521, Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *op. cit.*, n° 151 et 161, Ph. MALINVAUD et D. FENOUILLET, *op. cit.*, n° 594, H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, *op. cit.*, n° 764 et 916 et s., G. RIPERT et J. BOULANGER, *op. cit.*, n° 1099 et 1115, R. SAVATIER, *op. cit.*, n° 248 et 285, B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *op. cit.*, n° 926 et s., et 988 et s., F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n° 832 et s., et G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. cit.*, p. 1009.

¹¹³² V. not. C. civ., art. 1137 (obligation de veiller à la conservation d'une chose), 1728 (bail), 1766 (bail à ferme), 1806 (bail à cheptel), et 1880 (prêt).

¹¹³³ V. par exemple, Civ. 1, 19 oct. 2004 : *Bull. civ.*, n° 230, Civ. 1, 25 janv. 2005 : *Bull. civ.*, n° 46, et Civ. 1, 16 janv. 2007 : *Resp. civ. et assur.*, 2007, comm. n° 121.

¹¹³⁴ V. ainsi, J. CARBONNIER, *op. cit.*, n° 1072, S. CHASSAGNARD, *op. cit.*, n° 918, N. DEJEAN DE LA BÂTIE, *op. cit.*, n° 63 et s., M. FAURE-ABBAD, *op. cit.*, n° 197 et s., Ph. LE TOURNEAU *et alii*, *op. cit.*, n° 3216 et 3518 et s., M. G. MARTON, art. *cit.*, H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, *op. cit.*, n° 422 et 677, A. SERIAUX, *op. cit.*, n° 71, F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n° 579, et A. TUNC, « La distinction des obligations de résultat et des obligations de diligence », préc.

¹¹³⁵ V. not. C. civ., art. 1927 et 1928 (dépôt gratuit).

¹¹³⁶ S'« il est peu banal de choisir pour contractant quelqu'un que l'on sait particulièrement inapte ou malhabile » (N. DEJEAN DE LA BÂTIE, *op. cit.*, n° 64), on peut néanmoins penser à certains contrats *intuitu personae*, comme la commande d'un tableau à un artiste unique en son genre mais habituellement peu pressé d'honorer ses engagements.

¹¹³⁷ En ce sens, v. not. N. DEJEAN DE LA BÂTIE, *op. cit.*, n° 64 et 166.

¹¹³⁸ V. *supra* n° 163.

même un cas assez fréquent. Ainsi en est-il en matière de responsabilité générale du fait des choses régie par l'article 1384, alinéa 1^{er} du Code civil, d'abord, pour les choses en mouvement qui ne sont pas entrées en contact avec le siège de la lésion et pour les choses inertes. En l'absence de précision préalable sur ce qui est à tenir pour normal, il y devra nécessairement y avoir lieu à appréciation. On peut en dire autant, ensuite, de la responsabilité du fait d'un animal de l'article 1385 du Code civil, souvent mis en parallèle avec le régime général¹¹³⁹. De même enfin, parmi les régimes spéciaux postérieurs à 1804, la responsabilité du fait des produits défectueux pose l'exigence d'une anormalité à travers la nécessité d'un défaut du produit, défini comme le fait pour un produit de ne pas offrir « *la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre* »¹¹⁴⁰, ce qui emporte indéniablement la nécessité d'une appréciation.

L'anormalité étant requise du fait de la chose et devant parfois être appréciée, reste à savoir comment cette appréciation va être opérée. Il faut avouer que la jurisprudence et la doctrine n'apportent pas de réponse sur ce point. L'article 1386-4 précité semble choisir l'appréciation *in abstracto* et en étendre la solution paraît rationnel. Apprécier *in concreto* l'anormalité du fait de la chose impliquerait en effet de comparer le fonctionnement, l'état ou la position d'espèce de la chose avec son fonctionnement, son état ou sa position habituels. Il en résulterait qu'un animal agressif n'aurait pas un comportement anormal en attaquant un enfant et qu'un produit vicié dès l'origine ne pourrait jamais donner lieu à indemnisation en raison de son non-fonctionnement. De telles solutions seraient inacceptables. Une appréciation abstraite, en revanche, consisterait à comparer le fait de la chose à la position, à l'état ou au fonctionnement correspondant à la destination naturelle ou prévisible d'une chose identique utilisée dans des circonstances similaires. Si ce n'est pas explicite, il semble bien que ce soit l'attitude adoptée par la jurisprudence¹¹⁴¹.

184. Appréciation du trouble anormal du voisinage. Si l'on accepte de concevoir que l'anormalité requise en matière de troubles anormaux du voisinage concerne le trouble pris en tant que fait causal des préjudices d'agrément et économique qu'appréhende la théorie du même nom, alors il faut convenir que la question de l'appréciation de cette anormalité revient à s'interroger sur celle de ce fait causal et non sur celle du résultat légal qui en résulte.

A ce titre, la doctrine est ambiguë, oscillant entre appréciation *in abstracto* et appréciation *in concreto*. En réalité, seule cette dernière est mentionnée par les auteurs en raison du fait que la jurisprudence tient compte des prédispositions de la victime¹¹⁴². Toutefois, il ressort

¹¹³⁹ Outre les références citées *supra* n° 163 note 1018, v. H. LALOU, art. *cit.*, H. MAZEAUD, « La faute dans la garde », préc., et M. PUECH, *op. cit.*, n° 155 et s.

¹¹⁴⁰ C. civ., art. 1386-4.

¹¹⁴¹ Dans le même sens, comp. Ch. QUEZEL-AMBRUNAZ, *op. cit.*, n° 592 et s.

¹¹⁴² V. not. G. COURTIEU, art. *cit.*, n° 37 et s., mais l'auteur semble confondre appréciation *in concreto* et appréciation *in abstracto* circonstancielle, et V. GAILLOT-MERCIER, art. *cit.*, n° 53. V. cep., très clairement en sens contraire, Ph. BRUN, *op. cit.*, n° 510.

également de la jurisprudence et de la doctrine que l'appréciation est en réalité mixte¹¹⁴³. D'un côté, on requiert que le trouble soit objectivement anormal, compte tenu des circonstances de temps et de lieu¹¹⁴⁴. On dit classiquement qu'est anormal l'inconvénient que n'a pas à subir la victime placée au même endroit et au même moment. Et de mentionner le fait que l'homme des villes est tenu de supporter davantage les bruits de circulation que l'homme des champs qui, en revanche, devrait être plus tolérant avec les cris de la basse-cour. On pourrait tout aussi bien dire qu'est anormal le comportement qui consiste à imposer à la victime ce que, compte tenu de l'époque et de la région, elle n'a pas à souffrir. Il est anormal de faire des va-et-vient nocturnes en voiture sous les fenêtres du paysan, et anormal d'élever des canards dans un appartement citadin. Il s'agit là d'une appréciation *in abstracto* circonstancielle rien que de très banale. D'un autre côté, toutefois, il est vrai que les particularités de la victime ne sont pas ignorées par les juges¹¹⁴⁵ mais dans une certaine mesure seulement, dès lors qu'une hypersensibilité pourra exclure la génération de la responsabilité pour trouble anormal du voisinage¹¹⁴⁶.

Cette hybridité de l'appréciation de l'anormalité du trouble peut néanmoins s'expliquer si l'on veut bien se souvenir de l'ambiguïté du terme et de ce que la notion de trouble semble cristalliser une fusion du fait causal et du résultat légal¹¹⁴⁷. Il serait possible pourtant de redistribuer à chacune de ces dernières notions un aspect précis de la réponse apportée à la question. Au trouble-fait causal anormal, il est possible de rattacher très classiquement la nécessaire prise en compte des circonstances spatio-temporelles, conformément aux exigences de l'appréciation *in abstracto* circonstancielle de droit commun. Au trouble-résultat légal, on peut lier la prise en compte des spécificités de la victime, *in concreto*¹¹⁴⁸. Cette seconde opération permettrait de s'assurer de la réalité du dommage subi par la victime tandis que la première consisterait à justifier qu'il ne lui soit pas imposé, en droit, de le supporter définitivement. C'est ainsi que la sensibilité spéciale de la victime peut servir à établir la réalité de ses maux mais sans préjuger de l'anormalité du trouble de voisinage qui en est à l'origine. Cette sensibilité devra être supportée si elle découle d'un acte conforme aux pratiques habituelles du lieu et de l'endroit où il est commis¹¹⁴⁹. A défaut, le fait générateur de

¹¹⁴³ Comp. V. WESTER-OUISSE, art. *cit.*

¹¹⁴⁴ V. par exemple, Civ. 3, 3 nov. 1977 : *D.*, 1978, note F. CABALLERO, p. 434, Reims, 21 déc. 1982 : *JurisData* n° 1982-043712, Limoges, 19 oct. 1989 : *JurisData* n° 1989-046180, Aix-en-Provence, 15 oct. 1996 : *JurisData* n° 1996-046364, Toulouse, 4 nov. 1996 : *JurisData* n° 1996-045827, cités in G. COURTIEU, art. *cit.*, n° 36, et Civ. 2, 17 févr. 2005, préc. *Adde Ibid.*, Ph. BRUN, *op. cit.*, n° 506, et V. GAILLOT-MERCIER, art. *cit.*, n° 50 et s.

¹¹⁴⁵ V. not. Paris, 27 mars 1997 (« *L'anormalité des troubles de voisinage s'apprécie en fonction des circonstances de temps et de lieu, tout en tenant compte de la perception ou de la tolérance des personnes qui s'en plaignent* ») : *JurisData* n° 1997-020969, cité in G. COURTIEU, art. *cit.*

¹¹⁴⁶ En ce sens, v. Orléans, 18 déc. 1967 : *Gaz. Pal.*, 1968, 1, p. 262, note Ch. BLAEVOET.

¹¹⁴⁷ V. *supra* n° 166.

¹¹⁴⁸ Selon les enseignements de M. Dejean de la Bâtie, *in op. cit.*, pp. 263 et s.

¹¹⁴⁹ La jurisprudence estime en effet que l'anormalité du trouble ne doit pas s'apprécier « *en fonction de la seule réceptivité des victimes* » (Paris, 22 avr. 1997 : *JurisData* n° 1997-020965, cité in G. COURTIEU, art. *cit.*). *Adde* Rennes, 3 déc. 1987, inédit cité in V. GAILLOT-MERCIER, art. *cit.*, n° 53 et 54.

la responsabilité pour troubles anormaux du voisinage sera constitué, et ce, conformément aux canons du droit de la responsabilité civile : fait anormal *in abstracto* ayant causé un préjudice à autrui.

Par conséquent, il est possible de conclure au recours systématique à l'appréciation *in abstracto* en matière de responsabilité civile pour évaluer l'anormalité objective. Sur ce point, le droit pénal semble la rejoindre.

β- L'appréciation de l'anormalité objective en droit pénal de la responsabilité

185. Défense de l'appréciation *in concreto*. Rare, l'appréciation existe néanmoins en droit pénal. Le code y fait référence à travers les notions d'imprudence, de négligence ou de maladresse, notamment en ses articles 121-3 alinéa 3, 221-6, 222-19, R. 622-1 et R. 653-1. Mais celle-ci est-elle menée de manière abstraite ou bien concrète ?

Une doctrine constante affirme que la faute pénale devrait être appréciée de manière concrète. Les arguments sont divers : fonction et nature de la sanction pénale, densité psychologique et subjective de l'infraction, individualisation de la répression ou indifférence à la société de l'impunité des personnes concrètement incapables de respecter les normes pénales¹¹⁵⁰. Le législateur lui-même a cru pouvoir instituer ce mode d'appréciation. Une loi n° 96-393 du 13 mai 1996 relative à la responsabilité pénale pour des faits d'imprudence ou de négligence a ainsi été adoptée sous la pression d'élus se sentant menacés par un risque pénal qu'ils jugeaient – comme toute personne encourant une telle sanction – excessif¹¹⁵¹. Elle entendait alléger la répression en imposant aux magistrats de recourir à un mode concret d'appréciation du comportement des seuls élus au départ, puis, face aux risques de censure de la loi pour cause de violation du principe d'égalité, de tout un chacun. Le texte précisait qu'il y aurait « *délit, lorsque la loi le prévoit, en cas d'imprudence, de négligence ou de manquement à une obligation de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou les règlements sauf si l'auteur des faits a accompli les diligences normales compte tenu, le cas échéant, de la nature de ses missions ou de ses fonctions, de ses compétences ainsi que du pouvoir et des moyens dont il disposait* »¹¹⁵². Certains auteurs, convaincus par les termes de la loi ou, peut-

¹¹⁵⁰ V. en ce sens, Ch. LIEVREMONT, « Retour sur un évènement législatif majeur de l'année 2000 : la loi n° 2000-647 du 10 juillet 2000, une nouvelle approche de la culpabilité dans les délits non intentionnels », *RRJ*, 2001-4, pp. 1909 et s., R. MERLE, *op. cit.*, p. 246 et s., R. MERLE et A. VITU, *op. cit.*, n° 605 et s., A. PIROVANO, *op. cit.*, n° 130 et s., et n° 198, J. VERHAEGEN, *art. cit.*, et G. VIDAL et J. MAGNOL, *op. cit.*, n° 136, note 3.

¹¹⁵¹ Hormis le fait qu'apparaisse incongrue « *l'attitude d'élus cherchant à s'autoriser à accomplir les missions qu'ils sollicitent des électeurs sans accepter de supporter les conséquences normales des fautes qu'ils sont susceptibles d'y commettre* » (M.-L. RASSAT, « Du Code pénal en général et de l'article 121-3 en particulier (après la loi n° 96-393 du 13 mai 1996) », *Dr. pénal*, juill. 1996, chron. n° 28), l'ampleur réelle de la menace a été depuis largement relativisée puisque que l'on a pu relever deux condamnations entre 1994 et 1999 (v. M.-E. CARTIER, « Introduction », *Rev. sc. crim.*, 2001, *La nouvelle définition des délits non intentionnels par la loi du 10 juillet 2000*, pp. 725 et s.), et une vingtaine de condamnations entre 1995 et 2000 (v. P. MAISTRE DU CHAMBON, « L'appréciation de la faute du décideur. L'analyse au regard du comportement », *préc.*).

¹¹⁵² C. pén., art. 121-3, al. 2 (version de la loi du 13 mai 1996).

être, par respect pour son esprit, soutiennent que l'appréciation de la faute pénale se fait *in concreto*¹¹⁵³. Quelques juridictions du fond ont suivi¹¹⁵⁴. Il ne semble pourtant pas qu'une telle interprétation de la loi doive être adoptée.

186. Résistance de l'appréciation *in abstracto*. En effet, les espoirs du législateur ont naturellement été déçus dès lors qu'ils se fondaient sur une méconnaissance du sens véritable de la notion d'appréciation *in abstracto* dont on sait qu'elle n'est pas absolue mais circonstanciée¹¹⁵⁵. Notamment, la prise en compte de la profession, et plus généralement du type d'activité de l'auteur, est admise. La loi de 1996 n'a donc eu qu'une portée symbolique, dans le double sens où elle se voulait un signe de collègues à collègues¹¹⁵⁶ et où elle illustre la médiocrité qui peut parfois affecter le travail législatif. En effet, non seulement le texte affirmait que l'on commet une faute sauf lorsque l'on n'en commet pas¹¹⁵⁷ mais il consacrait, de surcroît, une jurisprudence qu'il s'agissait pourtant de condamner¹¹⁵⁸... Il n'est donc pas étonnant de voir la jurisprudence continuer, comme elle l'avait toujours fait, à apprécier *in abstracto* le comportement des prévenus¹¹⁵⁹ et la doctrine à enseigner justement cet état du droit¹¹⁶⁰. On voit donc que l'appréciation de l'anormalité du fait causal se fait toujours abstraitement. Il faut désormais porter un jugement de valeur sur le droit positif.

¹¹⁵³ V. M. BENILLOUCHE, « La subjectivation de l'élément moral de l'infraction : plaider pour une nouvelle théorie de la culpabilité », *Rev. sc. crim.*, 2005, pp. 529 et s., G. CLEMENT et B. CLEMENT, « Faute civile et faute pénale d'imprudence », *RPDP*, 2003, pp. 309 et s., F. DESPORTES et F. LE GUNHEC, *Droit pénal général*, préc., n° 490 et s., A. D'HAUTEVILLE, « Brèves remarques sur le nouveau principe de la dualité des fautes civile et pénale d'imprudence », *Mél. R. Ottenhof*, préc., pp. 145 et s., Y. MAYAUD, *Violences involontaires et responsabilité pénale*, Dalloz, coll. Référence, 2003, n° 51.55, *Droit pénal général*, préc., n° 244 et s., « De l'article 121-3 du code pénal à la théorie de la culpabilité en matière criminelle et délictuelle », *D.*, 1997, chron., pp. 37 et s., et « Recours à la normalité », *Rev. sc. crim.*, 1997, pp. 832 et s., H. PY-LEBRUN, *op. cit.*, n° 141 et s., 273, et 278, V. SAINT-GERAND, *op. cit.*, n° 321, 347, et 616 et s., J.-F. SEUVIC, chron. législ., *Rev. sc. crim.*, 1996, pp. 885 et s., et C. TOURNIER, « L'élément moral des infractions non intentionnelles », *RRJ*, 2005-2, pp. 811 et s.

¹¹⁵⁴ V. not. TGI Lyon, 26 sept. 1996 : *Rev. sc. crim.*, 1997, p. 833, chron. Y. MAYAUD, et Toulouse, 29 janv. 1998 : *D.*, 1999, p. 56, note J. BENOIT.

¹¹⁵⁵ V. Ph. CONTE, « Le lampiste et la mort », *Dr. Pénal*, 2001, chron. n° 2, pp. 10 et s., et P. MAISTRE DU CHAMBON, art. cit., et « La responsabilité civile sous les fourches caudines du juge pénal », *Resp. civ. et assur.*, hors-série juin 2001, *La responsabilité civile à l'aube du XXI^{ème} siècle*, n° 5, pp. 25 et s.

¹¹⁵⁶ V. F. DESPORTES et F. LE GUNHEC, *op. cit.*, n° 490-2.

¹¹⁵⁷ V. not. P. MAISTRE DU CHAMBON, « L'appréciation de la faute du décideur. L'analyse au regard du comportement », préc., M.-L. RASSAT, art. cit., et C. RUET, art. cit. *Adde*, moins critique, Y. MAYAUD, *Violences involontaires et responsabilité pénale*, préc., n° 51.63 et 51.12 et s.

¹¹⁵⁸ En ce sens, v. S. CHASSAGNARD, *op. cit.*, n° 946 et s., G. GIUDICELLI-DELAGE, art. cit. Ch. LIEVREMONT, art. cit., P. MAISTRE DU CHAMBON, art. cit., X. PIN, art. cit., N. RIAS, *op. cit.*, n° 279 et s., C. RUET, art. cit., et M. TAPIA, « Décadence et fin éventuelle du principe d'identité des fautes pénale et civile », *Gaz. Pal.*, 7-8 Mars 2003, doct., pp. 686 et s. *Adde* Y. MAYAUD, *op. cit.*, n° 51.56, et V. SAINT-GERAND, *op. cit.*, n° 627, estimant que la jurisprudence pratiquée avant la loi de 1996 a été reconduite tout en la qualifiant d'appréciation *in concreto*.

¹¹⁵⁹ V. not. Crim., 2 avr. 1997, préc. Comp. cependant, Reims, 8 juill. 2008 : *JCP*, 2009, IV, 1558, qui semble utiliser les deux modes d'appréciation.

¹¹⁶⁰ V. not. A.-Ch. DANA, *op. cit.*, n° 328 et s., N. DEJEAN DE LA BÂTIE, *op. cit.*, n° 148 et s., E. DREYER, *op. et loc. cit.*, E. FORTIS, *op. cit.*, n° 430 et s., et 604, P. JOURDAIN, *op. cit.*, n° 514, V. MALABAT, *op. cit.*, n° 368 et s., H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, *op. cit.*, n° 354, note 2, J. ORTOLAN, *op. cit.*, n° 230, M.-L. RASSAT, *op. et loc. cit.*, J.-H. ROBERT, *op. et loc. cit.*, F. ROUSSEAU, art. cit., J.-Ch. SCHMIDT, *op. cit.*, p. 118 et s., N. STONESTREET, *op. cit.*, n° 258, et N. VALTICOS, *L'autorité de la chose jugée au criminel sur le*

b- L'appréciation du mode choisi

187. Conformité générale et spéciale. L'appréciation *in abstracto*, on l'a vu, présente l'avantage primordial de servir la fonction sociale du droit. Partant, elle paraît imposée par le concept même de responsabilité juridique (α). Par ailleurs, ce mode d'appréciation de l'anormalité objective ne paraît pas heurter les fonctions et principes respectifs du droit pénal et de la responsabilité civile (β).

α - Conformité de l'appréciation *in abstracto* au concept de responsabilité juridique

188. Destination sociale de la responsabilité juridique. Il est vrai que la responsabilité, en tant que notion attachée au domaine de la morale, pourrait tendre à se rapprocher de son sujet afin que le jugement qu'elle entraîne soit le plus juste possible. Par conséquent, le mode d'appréciation à retenir en vertu du concept de responsabilité semble devoir être l'appréciation *in concreto*.

Raisonnement ainsi serait pourtant confondre responsabilité morale et responsabilité juridique. Le droit est une science sociale, il n'est ni la morale ni l'éthique. Il ne s'agit donc pas, en matière de responsabilité juridique, d'être en faute par rapport à soi-même – que ce soit au regard de ce que l'on est ou de ce que l'on fait habituellement – mais bien par rapport à la société¹¹⁶¹. On a vu à l'inverse que l'appréciation abstraite de l'anormalité objective était adaptée à la fonction sociale du droit. Par là même, elle est impliquée par la destination sociale de la responsabilité juridique. Source d'égalité et de sécurité, l'appréciation *in abstracto* paraît consubstantielle à l'établissement du licite et de l'illicite et, par conséquent, au concept même de responsabilité juridique. Elle est, en outre, conforme aux exigences de chacune de ses applications particulières en droit privé.

β - Conformité de l'appréciation *in abstracto* aux droits civil et pénal de la responsabilité

189. Adéquation absolue de l'appréciation *in abstracto* au droit civil de la responsabilité. Si l'on s'intéresse à la responsabilité civile d'un point de vue technique, l'usage de standards par le droit positif traduit une liberté conférée au juge. Celui-ci ne connaît donc aucun obstacle dans le choix de sa méthode d'appréciation. La question ne peut donc être abordée que du point de vue de la fonction du droit de la responsabilité civile. Or, force est de constater que, du point de vue de l'indemnisation comme de l'anticipation des atteintes, les moindres efforts à fournir en termes probatoires et la moins grande indulgence, sur le plan substantiel, découlant de l'appréciation *in abstracto* conduisent à une protection

civil, Sirey, 1953, n° 403. *Contra* M. BENILLOUCHE, art. cit., Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, préc., n° 385, qui paraissent estimer que la loi du 10 juillet 2000 a mis en place une appréciation *in concreto* de la faute pénale, et H. PY-LEBRUN, *op. et loc. cit.*

¹¹⁶¹ A cet égard, v. not. N. DEJEAN DE LA BÂTIE, *op. cit.*, n° 157.

efficace de la victime qui pourra corrélativement se fier à ses attentes légitimes et ne pas s'inquiéter de croiser des maladroits ou des incapables¹¹⁶². Ce mode d'appréciation peut en outre avoir pour effet incident de pousser l'auteur à se hisser au niveau normal ou à s'abstenir d'agir¹¹⁶³.

190. Adéquation relative de l'appréciation *in abstracto* au droit pénal de la responsabilité. Si l'appréciation *in abstracto* est donc tout à fait adaptée au droit civil de la responsabilité, il n'est pas certain qu'il puisse en être dit autant du droit pénal.

Quant à ses fonctions, l'appréciation *in abstracto* semble parfaite. Du point de vue de la fonction expressive du droit pénal et de la protection des valeurs fondamentales de la société, il est évident que l'appréciation abstraite l'assure tout à fait efficacement en se montrant plus rigoureux dans l'évaluation des comportements qui y porte atteinte ou qui les menacent. Par ailleurs, il faut garder à l'esprit que le subjectivisme de la responsabilité pénale n'enlève rien au fait que cette discipline a fortement partie liée à l'ordre public qui peut être mis à mal à la simple lésion ou risque affectant un intérêt pénalement protégé¹¹⁶⁴. Quant aux fonctions punitive et préventive du droit pénal, si elles requièrent évidemment une certaine prise en compte des particularités subjectives de l'agent, il n'en découle pas que celles-ci doivent être appréhendées au stade de l'examen de l'anormalité objective. En réalité, le système de responsabilité pénale comporte d'autres instruments techniques qui traduisent cette exigence éthique et politique : l'anormalité subjective d'une part, et l'imputabilité d'autre part¹¹⁶⁵.

En réalité, les difficultés en la matière ne sont liées ni à la fonction du droit pénal ni au mode d'appréciation abstrait en particulier. Il semble plutôt que ce soit l'appréciation même, comme mode d'établissement de l'anormalité objective, qui soit difficile à concilier avec les exigences techniques du droit criminel¹¹⁶⁶. C'est en effet le principe de légalité qui paraît être mis à mal par ce mode d'établissement de l'anormalité qu'est l'appréciation, qu'elle soit concrète ou abstraite. D'un côté, le principe de légalité, dont on rappellera la valeur constitutionnelle et conventionnelle¹¹⁶⁷, pose deux exigences, l'une formelle, l'autre matérielle¹¹⁶⁸. La légalité formelle, en premier lieu, est relative à la source de la norme pénale qui, aux termes de l'article de l'article 111-2 du Code pénal, relève de la compétence du législateur et du pouvoir exécutif. La légalité matérielle, en second lieu, tend à prendre le pas sur la première et a trait à la qualité de la norme pénale dont le contenu doit être accessible et

¹¹⁶² V. ainsi Ph. CONTE, *Responsabilité du fait personnel*, préc., n° 17.

¹¹⁶³ V. N. DEJEAN DE LA BÂTIE, *op. cit.*, n° 157 et s.

¹¹⁶⁴ Sur ce point, v. N. STONESTREET, *op. cit.*

¹¹⁶⁵ En ce sens, v. not. V. MALABAT, *op. cit.*, n° 368, note 830, qui avoue se satisfaire de « la condition d'imputabilité morale », et J. ORTOLAN, *op. et loc. cit.*, qui estimait que la concrétisation ne devait intervenir qu'au stade de l'individualisation de la sanction.

¹¹⁶⁶ Comp. G. RIPERT, *Le déclin du droit*, préc., n° 56, p. 171.

¹¹⁶⁷ DDHC, art. 8, et CESDH, art. 7.

¹¹⁶⁸ Sur ces deux exigences prévues à l'article 111-3 du Code pénal, v. not. C. CLAVERIE-ROUSSET, « La légalité criminelle », *Dr. pénal*, 2011, Etude n° 16, E. FORTIS, *op. cit.*, n° 1 et s., et Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, préc., n° 11 et s.

prévisible, ce à quoi on peut lier le principe de non rétroactivité *in pejus* de la loi pénale¹¹⁶⁹. Par ailleurs, on rappellera que le corollaire de ces principes fondamentaux du droit criminel est celui de l'interprétation stricte de la loi pénale¹¹⁷⁰. De l'autre côté, l'appréciation concède au contraire un rôle fondamental au juge. Les opinions sur ce point sont plus ou moins radicales et le droit positif ne permettra jamais de trancher le débat, trop éloigné des préoccupations des parlementaires. Pour certains, la normalité est un ordre normatif métajuridique qui se confronte à l'ordre juridique et le pousse à changer. Ce changement serait opéré par le juge qui donnerait juridicité au normal au gré des espèces qui lui sont présentées¹¹⁷¹. Le standard serait notamment l'instrument par lequel le juge mettrait en œuvre son pouvoir normatif, son pouvoir créateur du droit¹¹⁷². Une conception plus modérée tend à considérer que le juge ne fait qu'appliquer une norme préexistante à son jugement dans le cadre de sa mission d'application du droit et qu'il révélerait par le biais de l'interprétation¹¹⁷³. Dans tous les cas, la compatibilité du standard avec la loi pénale peut prêter à discussion en raison non seulement du pouvoir créateur qui pourrait être reconnu au juge, *a priori* contraire à la légalité formelle, mais aussi en raison de l'indétermination du contenu de la norme, qui semble s'opposer à la légalité matérielle.

Cette question a déjà été discutée en doctrine. Selon certains, les infractions comportant un standard, à commencer par les infractions d'imprudence portant atteinte à l'intégrité corporelle n'ont pas d'élément légal, c'est-à-dire qu'elles ne respectent pas le principe de légalité¹¹⁷⁴. Leur texte d'incrimination ne comporterait que des « *propositions d'allure définitionnelle* »¹¹⁷⁵. D'autres ont un discours plus nuancé, estimant que précision n'est pas rigidité laquelle empêcherait la « *permanence de la loi pénale* » et « *désarmerait la répression* »¹¹⁷⁶. Le principe de légalité ne serait pas violé dès lors qu'il s'agirait surtout d'interprétation et de qualification et que c'est le législateur lui-même qui permettrait au juge d'interpréter le standard par référence à l'ensemble des données classiquement reconnues comme en permettant la mise en œuvre. Quant à la prévisibilité de la loi pénale, on peut considérer que la loi procède d'une manière aujourd'hui tout à fait classique, à savoir par incrimination par renvoi. L'objet du renvoi est l'ensemble de ces données qui, censées être objectives, doivent être considérées comme étant à la portée de tout un chacun. Le Conseil

¹¹⁶⁹ C. pén., art. 112-1.

¹¹⁷⁰ C. pén., art. 111-4.

¹¹⁷¹ V. S. CHASSAGNARD, *op. cit.*, spéc. n° 134 et s.

¹¹⁷² En ce sens, v. S. CHASSAGNARD, *op. et cit.*, n° 155 et s., n° 281 et s., n° 290 et s., J. DELIYANNIS, *op. cit.*, n° 89, V. FORTIER, *art. cit.*, et D. NERON, *art. cit.*

¹¹⁷³ V. ainsi, P. ORIANNE, *art. cit.*, qui juge incompatible l'idée de pouvoir normatif du juge avec la fonction d'individualisation de la norme générale au cas d'espèce du standard, et G. RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, préc., n° 160, pp. 384 et s.

¹¹⁷⁴ V. E. FORTIS, *op. cit.* Rapp. G. GIUDICELLI-DELAGE, *art. cit.*, et V. SAINT-GERAND, *op. cit.*, n° 327.

¹¹⁷⁵ E. FORTIS, *op. cit.*, n° 378.

¹¹⁷⁶ V. MALABAT, *op. cit.*, n° 10.

constitutionnel a déjà eu l'occasion de valider ce type d'incriminations¹¹⁷⁷ et la Cour de cassation a très clairement admis la référence à des normes extrapénales aux fins d'interprétation¹¹⁷⁸. Il semble donc bien qu'en retenant une certaine conception, on puisse considérer l'appréciation comme conforme à la légalité formelle et matérielle. On peut tout de même se sentir un peu mal à l'aise face à cette accommodation qui reste, malgré tout, très proche de la violation du principe de légalité car s'il est excessif de parler d'arbitraire judiciaire¹¹⁷⁹, l'appréciation *in abstracto* conserve une part de subjectivité importante et les auteurs ne sont pas rares à estimer que l'appréciation substitue l'intuition à la raison¹¹⁸⁰ et à identifier le bon père de famille au juge lui-même¹¹⁸¹...

Quoi qu'il en soit, tant que l'appréciation sera pratiquée en droit pénal, restera tout de même la garantie apportée par le mode d'appréciation imposée par le concept de responsabilité juridique : l'appréciation *in abstracto*. Le type de mode d'appréciation semble d'ailleurs être la seule exigence découlant de l'unité conceptuelle de la responsabilité en droit privé.

B- La suffisance de l'appréciation *in abstracto* en cas d'anormalité indéterminée

191. Universalisme de l'appréhension juridique de l'anormalité objective. Si la normalité est une et indivisible, l'anormalité est susceptible de plus et de moins¹¹⁸². Ainsi, « la désignation de l'agent responsable peut être subordonnée à la constatation qu'il a commis une transgression grave de la norme de civilité »¹¹⁸³. Pourtant, malgré les nombreuses propositions faites en doctrine dans le but de distinguer la faute civile et la faute pénale, le droit positif reste hostile à toute opposition fondée sur la gravité de l'anormalité objective. Une fois le comportement jugé anormal, cela suffit à pouvoir fonder la génération d'une responsabilité. Universaliste, le droit de la responsabilité appréhende chacune des manifestations de l'anormalité objective, et ce, quelle que soit son importance. Même s'il existe des exceptions, le principe reste donc bien celui de l'indifférence de la gravité de l'anormalité objective. A raison. Après avoir constaté la réalité de cette indifférence (1), on

¹¹⁷⁷ Cons. const., 10 nov. 1982 : *Dr. soc.*, 1983, chron. L. HAMON, p. 162. *Adde* *Crim.*, 11 janv. 2011, QPC : *Dr. Pénal*, 2011, comm. n° 66, note J.-H. ROBERT.

¹¹⁷⁸ *Crim.*, 5 oct. 1967 : *Bull. crim.*, n° 242, et *Crim.*, 17 janv. 1996 : *Bull. crim.*, n° 30.

¹¹⁷⁹ V. not. A.-A. AL-SANHOURY, art. *cit.*, S. CHASSAGNARD, *op. cit.*, n° 305 et s., et P. ORIANNE, art. *cit.* *Contra* P. ESMEIN, « La faute et sa place dans la responsabilité civile », préc., et D. NERON, art. *cit.* Cela n'implique pas que le droit pénal en soit totalement à l'abri. V. Ph. CONTE, « L'arbitraire judiciaire : chronique d'humeur », *JCP*, 1988, I, 3343.

¹¹⁸⁰ V. not. A.-A. AL-SANHOURY, art. *cit.*, S. CHASSAGNARD, *op. cit.*, n° 158 et 924, H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, *op. cit.*, n° 440, et M. PUECH, *op. cit.*, n° 22.

¹¹⁸¹ V. ainsi Ph. CONTE, *Responsabilité du fait personnel*, préc., n° 11, Ph. LE TOURNEAU *et alii*, *op. cit.*, n° 3518, Ch. LIEVREMONT, art. *cit.*, M. G. MARTON, art. *cit.*, et H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, *op. et loc. cit.* Rapp. Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *op. cit.*, n° 53

¹¹⁸² V. J. ORTOLAN, *op. cit.*, n° 228 et 245.

¹¹⁸³ M. PUECH, *op. cit.*, n° 80.

s'attachera à en démontrer la légitimité, notamment au regard de l'institution générale de la responsabilité juridique (2).

1. La réalité de l'indifférence de la gravité de l'anormalité objective

192. Doctrine et droit positif. Malgré le nombre des propositions doctrinales (a), le droit positif reste intangible : la gravité de l'anormalité objective appréciée est en général sans portée sur le principe de la responsabilité (b).

a- La multiplicité des propositions doctrinales

193. Irrecevabilité du critère purement fonctionnel. D'aucuns ont pu arguer de la différence de la fonction, de l'esprit ou des conséquences du droit pénal et de la responsabilité civile pour défendre l'idée que la faute pénale serait plus grave que la faute civile¹¹⁸⁴. Il est indéniable que ces données sont différentes d'une matière à l'autre et que ces oppositions se traduisent techniquement par des distinctions entre les régimes de responsabilités pénale et civile. Pour autant, la proposition reste très insuffisante¹¹⁸⁵.

En premier lieu, il n'est pas certain que l'anormalité objective doive être l'instrument technique à solliciter pour faire jaillir ces distinctions de fonction et d'esprit. C'est lui donner trop d'importance et occulter les autres éléments générateurs de la responsabilité juridique, notamment la culpabilité¹¹⁸⁶. En second lieu, les auteurs sont beaucoup trop imprécis pour que leur proposition puisse être mise en œuvre. Sous prétexte que le droit pénal serait punitif et subjectif et le droit de la responsabilité civile indemnitaire et objectif, il faudrait que le premier ne s'attache qu'à sanctionner les fautes "suffisamment" graves pour mériter répression là où le second pourrait toujours intervenir. Certes, mais encore ? Une telle conception ne peut qu'inviter à considérer la faute comme une notion fonctionnelle : la faute pénale serait ainsi le comportement qui devrait être puni et la faute civile celui qui justifierait que l'on accorde réparation à la victime... Autant oublier tout espoir de définir ces notions pourtant essentielles au droit de la responsabilité et remplacer abusivement le droit par l'opportunité. Ce serait, en outre, confondre notions fonctionnelles et notions floues. Les

¹¹⁸⁴ En ce sens, v. A. D'HAUTEVILLE, art. *cit.*, H. DONNEDIEU DE VABRES, *Traité élémentaire de droit criminel et de législation pénale comparée*, préc., n° 126, Ch. LIEVREMONT, art. *cit.*, Y. MAYAUD, *op. cit.*, n° 236 et s., *Violences involontaires et responsabilité pénale*, préc., n° 51.175, et « Retour sur la culpabilité non intentionnelle en droit pénal... (à propos de la loi n° 2000-647 du 10 juillet 2000) », préc., et R. MERLE, *op. cit.*, p. 246, J. PRADEL, *Droit pénal général* préc., n° 526 et s., M.-L. RASSAT, *op. cit.*, n° 296 et s., Ph. SALVAGE, « La loi n° 2000-647 du 10 juillet 2000. Retour vers l'imprudence pénale », préc., J.-Ch. SCHMIDT, *op. cit.*, p. 123 et 185 et s., et G. VIDAL et J. MAGNOL, *op. cit.*, n° 136, note 3. Rappr. N. ANDRIOT-LEBOEUF, « Du principe d'autorité de la chose jugée au pénal sur le civil : bilan et perspectives », *RRJ*, 2000-3, pp.1206 et s., E. FORTIS, *op. cit.*, n° 420, et G. GIUDICELLI-DELAGE, art. *cit.* *Contra* V. P. ESMEIN, art. *cit.*

¹¹⁸⁵ V. A. PIROVANO, *op. cit.*, n° 114 et s., et 133.

¹¹⁸⁶ V. *infra* n° 381 et s.

premières paraissent pourtant n'être qu'une sous-catégorie, avec le standard, des secondes¹¹⁸⁷. Les deux ne doivent pas être confondues. L'anormalité objective appréciée est une notion toujours relative et souvent floue mais elle peut être définie : c'est le comportement que ne doit pas avoir une personne ou une chose dans certaines circonstances. La fonction de la notion est étrangère à sa définition. Il ne suffit pas de dire qu'il faut que deux choses soient différentes, ni même de dire pourquoi, pour qu'elles le soient vraiment. Encore faut-il dire en quoi consiste la différence ou au moins comment la déterminer. L'existence et l'importance de l'anormalité exigent de reposer sur un critère technique, ce que ne fournissent pas ces auteurs.

Il faut donc rejeter ce "critère" pour entrer dans la jungle des outils techniques de distinction de l'anormalité objective selon sa gravité.

194. Variété et complexité des critères techniques. Plusieurs dichotomies subtiles, s'entremêlant les unes aux autres, président à la détermination des critères techniques de distinction de l'anormalité en fonction de la gravité du fait de l'homme ou de la chose¹¹⁸⁸. On peut procéder soit par « *gradation du type de comparaison* », soit par « *gradation de la distance entre l'attitude de l'auteur du dommage et l'attitude qu'aurait eue le type de comparaison* »¹¹⁸⁹.

Le premier cas, rarement envisagé, consisterait à vérifier si un comportement déjà anormal au regard de celui qu'aurait adopté un homme prudent et diligent, n'est pas en outre contraire à celui de l'homme peu prudent et diligent, si le professionnel, par exemple, n'a pas fait montre de l'inaptitude d'un profane. Rationnel, ce critère paraît néanmoins très intellectuel et difficile à mettre en œuvre puisqu'outre la normalité de principe, il faudra en découvrir une autre, faisant en quelque sorte office de norme de qualification.

La seconde option consiste à mesurer l'écart qui existe entre ce qui aurait dû être et ce qui a été. Elle est également délicate à appliquer dans la mesure où la norme sera quoi qu'il en soit précisée judiciairement à l'occasion du cas d'espèce. Toutefois, il ne sera pas nécessaire ici d'en découvrir plusieurs. Le critère permettant la mesure de l'anormalité pourra découler, dans ce cas de figure, soit d'une approche quantitative, soit d'une approche qualitative. Tout d'abord, la gravité de l'anormalité objective peut donc être révélée par une pluralité d'erreurs de conduite dont l'ensemble constituerait la marque d'une attitude particulièrement nuisible à la société¹¹⁹⁰. Ensuite, d'un point de vue qualitatif, c'est à l'idée de prévisibilité que l'on peut se référer¹¹⁹¹. Susceptible d'une sous-distinction, la prévisibilité peut, en premier lieu, être appréhendée objectivement. La gravité objective peut alors tenir, d'une part, à la gravité des

¹¹⁸⁷ Comp. S. CHASSAGNARD, *op. cit.*, n° 217 et s.

¹¹⁸⁸ V. ainsi J. FRANCILLON, *op. cit.*, p. 111 et s.

¹¹⁸⁹ H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, *op. cit.*, n° 426.

¹¹⁹⁰ Comp. Ph. LE TOURNEAU *et alii*, *op. cit.*, n° 6708.

¹¹⁹¹ V. ainsi S. CHASSAGNARD, *op. cit.*, n° 984 et s., N. DEJEAN DE LA BÂTIE, *op. cit.*, n° 128 et s., et M. PUECH, *op. cit.*, n° 78.

conséquences potentielles de l'acte, et d'autre part, à la probabilité d'occurrence du dommage. Cette acception de la prévisibilité, prise comme le pouvoir causal abstrait de l'acte anormal – lequel s'aggrave avec l'augmentation effective de ses conséquences possibles ou de la probabilité véritable qu'il a de léser ou menacer un intérêt juridique, tend à mêler la question de l'anormalité avec la théorie de la causalité adéquate. La seconde interprétation de la notion, en second lieu, consiste en une objectivation de la notion subjective de prévision par le prisme de l'appréciation *in abstracto*¹¹⁹². Est anormal le fait de se comporter comme ne l'aurait pas fait le bon père de famille mais l'est davantage encore celui d'avoir une attitude dont ce dernier aurait estimé, à tort ou à raison, qu'elle provoquerait des conséquences graves ou qu'il aurait de fortes chances d'entraîner des lésions ou un risque de lésions. Il s'agit alors davantage de pouvoir causal apparent, de risque putatif¹¹⁹³. Il y aurait, par exemple, anormalité objective grave car risque putatif à laisser par mégarde une bouteille d'eau de javel à la portée d'enfants, alors même que, la bouteille étant totalement vide, il n'y aurait aucun risque effectif.

Susceptibles d'être utilisés exclusivement, de manière combinée ou de constituer simplement un faisceau d'indices au profit du juge, les critères techniques relatifs à la gravité objective de l'anormalité sont, on l'aura compris, nombreux. Pourtant, ni le droit pénal ni le droit civil ne les utilisent positivement pour discriminer les comportements anormaux¹¹⁹⁴.

b- L'indifférence du droit positif

195. Principe positif de l'indifférence de la gravité objective de l'anormalité appréciée. Si le droit positif n'ignore pas les fautes qualifiées¹¹⁹⁵, et notamment celles dont la gravité tient à un critère objectif, il demeure qu'en principe, dès lors que l'appréciation *in abstracto* d'un comportement permet d'en révéler la non-conformité à celui qu'aurait adopté le bon père de famille placé dans les mêmes circonstances, la responsabilité de son auteur pourra être engagée. Deux arguments permettent d'arriver à cette conclusion.

196. Universalisme des textes. Un juriste a écrit que le premier miroir de l'esprit de la loi réside dans sa lettre. Sur ce point, il n'y a nulle différence entre la référence de l'article 1383 du Code civil à la « *négligence* » ou à l'« *imprudence* » et celle de l'article 121-3 du Code pénal aux mêmes « *imprudence* » et « *négligence* » ou de l'article 221-6 du même code

¹¹⁹² Rapp. M. PUECH, *op. et loc. cit.*

¹¹⁹³ Sur la distinction du risque abstrait et du risque absent mais putatif, v. *supra* n° 108 et s.

¹¹⁹⁴ Au contraire, la prévisibilité du dommage est parfois présentée comme une condition, non pas de la gravité de l'anormalité mais de son existence même. V. ainsi, H. DONNEDIEU DE VABRES, *op. cit.*, n° 284, R. MERLE et A. VITU, *op. cit.*, n° 602 et s., M.-L. RASSAT, *op. cit.*, n° 291, R. SAVATIER, *op. cit.*, n° 163 et s., et 236, et G. VIDAL et J. MAGNOL, *op. cit.*, n° 129 et 136, et *infra* n° 393 et s. On notera que ces auteurs sont des tenants d'une conception subjective de la faute, pénalistes ou civilistes classiques.

¹¹⁹⁵ Sur lesquelles, v. *infra* n° 410 et s.

à la « *maladresse* » et à l'« *inattention* »¹¹⁹⁶. « *Les expressions de la loi sont si générales et si compréhensives qu'il n'est pas de faute que le juge n'y puisse faire entrer* »¹¹⁹⁷.

Cela vaut naturellement pour la responsabilité civile qui s'étend à la *culpa levis*, et même à la *culpa levissima*¹¹⁹⁸. La prévisibilité du dommage ou du préjudice n'est pas en principe nécessaire à son intervention.

L'universalisme est aussi de mise en droit pénal. La doctrine a souvent eu l'occasion de l'affirmer, souvent pour le regretter, avant la loi du 10 juillet 2000¹¹⁹⁹. Cette dernière a inséré un article 4-1 au Code de procédure pénale autorisant le juge civil à retenir une faute civile malgré la prononciation par son homologue pénal d'une relaxe pour absence de faute pénale. Partant, certains ont cru devoir en déduire que la faute très légère – que le mythe doctrinal des "poussières de faute" raconte avoir détourné le juge criminel de sa mission répressive vers les enfers civils de l'indemnisation – avait quitté le système pénal de responsabilité¹²⁰⁰. Il est vrai que l'article 121-3, alinéa 4, exige une faute qualifiée : délibérée ou caractérisée. Mais cela est loin d'être général. Il ne concerne que les hypothèses dans lesquelles le dommage a été causé indirectement par une personne physique¹²⁰¹. Hors ce domaine, c'est-à-dire lorsque le dommage a été causé par une personne morale ou directement par une personne physique, la faute la plus simple demeure suffisante et la seule question qui se pose est alors celle de la

¹¹⁹⁶ En ce sens, v. J. DEPRez, art. cit., P. JOURDAIN, « Faute civile et faute pénale », *Resp. civ. et assur.*, juin 2003, *La responsabilité pour faute*, n° 20, pp. 74 et s., H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, *op. cit.*, n° 641, R. MERLE, *op. cit.*, p. 246, A. PIROVANO, *op. cit.*, n° 3 et 110, J. PRADEL, *op. cit.*, n° 526, N. RIAS, *op. cit.*, n° 219, F. ROUSSEAU, art. cit., N. VALTIVOS, *op. cit.*, n° 399, et G. VIDAL et J. MAGNOL, *op. et loc. cit.* Rapp. J.-Ch. SCHMIDT, *op. cit.*, p. 108. *Contra* M.-L. RASSAT, *op. et loc. cit.*

¹¹⁹⁷ E. GARÇON, *op. cit.*, art. 319 et 320, n° 15.

¹¹⁹⁸ A cet égard, v. not. J. CARBONNIER, *op. cit.*, n° 1142, H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, *op. cit.*, n° 641 et 689, G. RIPERT et J. BOULANGER, *op. cit.*, n° 953, et G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. cit.*, n° 596 et s. De même, en matière de responsabilité générale du fait des choses, il est acquis depuis l'arrêt *Jand'heur* que la dangerosité de la chose importe peu. V. *supra* n° 163.

¹¹⁹⁹ V. not. A. CHAVANNE et M.-C. FAYARD, art. cit., A.-Ch. DANA, *op. cit.*, n° 308 et s., J. DEPRez, art. cit., E. FORTIS, *op. cit.*, n° 409 et 428, E. GARÇON, *op. et loc. cit.*, H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, *op. cit.*, n° 641, R. MERLE, *op. cit.*, p. 247, A. PIROVANO, *op. cit.*, n° 3 et 122, et J.-Ch. SCHMIDT, *op. cit.*, p. 96. *Contra* H. DONNEDIEU DE VABRES, *op. cit.*, n° 126 et 287, et G. VIDAL et J. MAGNOL, *op. cit.*, n° 136. M. Merle, *in op. cit.*, p. 246, avait, par ailleurs, cru pouvoir affirmer que si le texte n'imposait pas la distinction entre fautes légère et très légère, il ne l'empêchait pas non plus. S'y oppose pourtant l'adage *ubi lex non distinguit*.

¹²⁰⁰ A cet titre, v. notamment M.-E. CARTIER, art. cit., Ph. CONTE, « Le lampiste et la mort », préc., Ch. DESNOYER, « L'article 4-1 du code de procédure pénale, la loi du 10 juillet 2000 et les ambitions du législateur : l'esprit contrarié par la lettre », *D.*, 2002, chron., 979, A. D'HAUTEVILLE, art. cit., E. FORTIS, « Les conséquences de la loi du 10 juillet 2000 en droit pénal », *Rev. sc. crim.*, 2001, *La nouvelle définition des délits non intentionnels par la loi du 10 juillet 2000*, pp. 737 et s., P. JOURDAIN, art. cit., et « Les conséquences de la loi du 10 juillet 2000 en droit civil », *Rev. sc. crim.*, 2001, *La nouvelle définition des délits non intentionnels par la loi du 10 juillet 2000*, pp. 748 et s., Y. MAYAUD, *op. cit.*, n° 51.04 et s., et 51. 161 et s., *Droit pénal général*, préc., n° 237, et « Retour sur la culpabilité non intentionnelle en droit pénal... (à propos de la loi n° 2000-647 du 10 juillet 2000) » et « De l'article 121-3 du code pénal à la théorie de la culpabilité en matière criminelle et délictuelle », art. précités, H. PY-LEBRUN, *op. cit.*, n° 394 et s., M. TAPIA, art. cit., et G. VINEY, art. cit.

¹²⁰¹ Sur cette inégalité de la répression de l'imprudance, v. D. DECHENAUD, *L'égalité en matière pénale*, L.G.D.J., Bibliothèque des sciences criminelles, t. 45, 2008, n° 519 et s., et F. ROUSSEAU, art. cit., et « Observations sur la répression inégalitaire de l'imprudance », préc. *Adde* M.-E. CARTIER, art. cit.

causalité¹²⁰². Toute conclusion contraire n'est qu'interprétation et une telle lecture du droit positif ne se fonde sur aucun indice légal ou jurisprudentiel qui permettrait de distinguer les notions civile et pénale de faute, notamment sur le plan ici étudié de l'anormalité objective¹²⁰³. On comprend donc que la doctrine ne conclue pas unanimement à la dépenalisation de la faute la plus légère¹²⁰⁴.

197. Mal-fondé de l'interprétation téléologique. La lettre de la loi ne fournissant aux tenants de la dualité des fautes aucun argument, on a cru pouvoir invoquer son esprit¹²⁰⁵. On sait qu'affirmer cela sans indiquer le moyen technique d'expression de cette différence d'esprit est critiquable comme inutile et faux. Inutile, le "critère" l'est car, imprécis, il n'en est pas vraiment un. Par ailleurs, une telle conception paraît dangereuse en raison du pouvoir qu'elle confère au juge. Déjà seul apte à révéler le seuil de l'anormalité, il faudrait encore se soumettre à son intuition pour fixer le seuil de la gravité suffisante à permettre le passage de l'anormalité objective du droit civil au droit pénal¹²⁰⁶. De plus, l'argument est affirmé sans être démontré. Or, il n'est pas certain que l'esprit de la loi milite en faveur de la distinction en fonction d'un tel critère qui pourrait donc bien être faux. S'il était en effet possible de le prétendre sous l'empire de l'ancien code, tel n'est plus le cas aujourd'hui dès lors que, nonobstant le problème notoirement connu de l'identité des fautes pénale et civile, un nouveau code est entré en vigueur et l'article 121-3 et a été par deux fois remanié... sans que le législateur n'ait estimé nécessaire de relever le seuil d'intervention de la loi pénale en excluant clairement la *culpa levis* ou même la *culpa levissima* du champ répressif.

Il faudra donc bien se faire à l'idée que l'imprudence est aujourd'hui un problème social si important – principalement en raison des accidents de la circulation et du travail mais aussi désormais des catastrophes sources de dommages de masse – que le législateur se refuse à en dépenaliser totalement sa manifestation minimale¹²⁰⁷. Plus généralement, une telle distinction n'est pas non plus dans l'air du temps. A une époque où le principe de précaution est appelé à

¹²⁰² V. not. J. PRADEL, « De la véritable portée de la loi du 10 juillet 2000 sur la définition des délits non intentionnels », D., 2000, point de vue, pp. V et s.

¹²⁰³ Le concédant, v. not. P. JOURDAIN, art. précités, et M. TAPIA, art. cit.

¹²⁰⁴ Contre la dualité positive des fautes pénale et civile, v. Ch. LIEVREMENT, art. cit., J. PRADEL, *op. et loc. cit.* (v. cependant *ibid.*, n° 522), et M.-L. RASSAT, *op. cit.*, n° 297, F. ROUSSEAU, « L'unité des fautes civile et pénale », préc. *Adde* G. GIUDICELLI-DELAGE, art. cit., J.-H. ROBERT, *op. cit.*, p. 331, et N. STONESTREET, *op. cit.*, n° 243 et s. V. surtout *infra* n° 381 et s.

¹²⁰⁵ V. ainsi, A. PIROVANO, *op. cit.*, n° 4, N. RIAS, *op. cit.*, n° 220 et s., J.-Ch. SCHMIDT, *op. cit.*, p. 185, et G. VIDAL et J. MAGNOL, *op. cit.*, n° 136, note 3.

¹²⁰⁶ Favorable à cela, v. A. PIROVANO, *op. cit.*, n° 110. *Contra* G. GIUDICELLI-DELAGE, art. cit., selon qui cela heurterait le principe de légalité. Rappr. En droit civil, Ph. LE TOURNEAU *et alii*, *op. cit.*, n°43 et s.

¹²⁰⁷ V. en ce sens, A. BOTTON, *Contribution à l'étude de l'autorité de la chose jugée au pénal sur le civil*, préc., n° 408, A. D'HAUTEVILLE, art. cit., Ch. LIEVREMENT, art. cit., et Ph. SALVAGE, « L'imprudence en droit pénal », *JCP*, 1996, I, 3984, et « La loi n° 2000-647 du 10 juillet 2000. Retour vers l'imprudence pénale », *JCP*, 2000, I, 291. *Adde* Y. MAYAUD, *Violences involontaires et responsabilité pénale*, préc., n° 01.02, et F. ROUSSEAU, art. cit. On notera que la prochaine réforme de la délinquance d'imprudence ne propose pas non plus de dépenalisation. V. *Dr. pénal*, 2012, Alertes n° 14.

renouveler le standard du bon père de famille au gré de la notion de faute de précaution¹²⁰⁸, poser la prévisibilité comme condition de l'intervention du droit de la responsabilité paraît totalement à contre-courant.

Cependant, l'opportunité d'une proposition ne doit pas se juger au regard de sa seule conformité ou non-conformité au "doctrinalement correct" et la question de la légitimité de l'indifférence du droit positif à la gravité de l'anormalité objective doit nécessairement être posée.

2. La légitimité de l'indifférence de la gravité de l'anormalité objective

198. Pluralité de fondements. Plusieurs raisons militent en faveur du maintien du droit positif. Certaines sont générales (a), d'autres propres au droit pénal et au droit civil de la responsabilité (b).

a- La légitimité générale de l'indifférence

199. Indifférence de la gravité de l'anormalité objective au concept de responsabilité juridique. Il est certain que l'institution générale de la responsabilité juridique requiert que le fait générateur de responsabilité consiste en une dégradation anormale d'une situation juridique. Il en résulte que l'unité conceptuelle de la responsabilité juridique suppose un fait causal objectivement anormal. Cette condition, on l'a vu, remplit une fonction bien spécifique. En plus de répondre à la logique de justice commutative que met en œuvre la responsabilité et de prendre en compte la réalité sociale comme lieu d'inévitables heurts entre individus, elle permet de trier parmi les causes ayant contribué à la création d'une lésion ou d'une menace pour les intérêts ou les idéaux jugés dignes de reconnaissance par le droit. Elle permet de choisir qui subira la charge juridique de la responsabilité en fonction de la

¹²⁰⁸ Il s'agirait du fait, malgré l'incertitude scientifique, de ne pas adopter une démarche positive ou négative de précaution apte à permettre l'évitement d'un risque hypothétique mais plausible de dommages graves et irréversibles. Sur ce point, v. F. ARHAB, « Les nouveaux territoires de la faute », préc., M. BOUTONNET, *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile*, préc., n° 17 et s., 888, et 924 et s., S. CHASSAGNARD, *op. cit.*, n° 938, J.-P. DESIDERI, « La précaution en droit privé », préc., A. GUEGAN, « L'apport du principe de précaution en droit de la responsabilité civile », préc., D. JACOTOT, « Le principe de précaution et le renforcement de l'action en responsabilité pour faute », préc., P. JOURDAIN, « Principe de précaution et responsabilité civile », préc., B. MATHIEU, « L'avenir du principe de précaution », préc., G. J. MARTIN, « Précaution et évolution du droit », préc., D. MAZEAUD, « Responsabilité civile et principe de précaution », préc., Ch. RADE, « Le principe de précaution, une nouvelle éthique de responsabilité ? », préc., C. SINTEZ, *La sanction préventive en droit de la responsabilité civile*, préc. n° 75 et s., D. TAPINOS, *Prévention, précaution et responsabilité civile : risque avéré, risque suspecté et transformation du paradigme de la responsabilité civile*, préc., n° 319 et s., et G. VINEY, « Le point de vue du juriste », préc., et « Principes de précaution et responsabilité civile des personnes privées », *D.*, 2007, pp. 1542 et s. Le Conseil constitutionnel vient d'ailleurs de formaliser une « obligation de vigilance à l'égard des atteintes à l'environnement qui pourraient résulter de son activité » : Cons. const., 8 avr. 2011, n° 2011-116 QPC. Sur cette décision, v. M. BARY, « L'obligation de vigilance à l'égard des atteintes à l'environnement », *RLDC*, 2011, n° 4340.

conformité respective des causes en concours aux directives juridiques¹²⁰⁹. De ce fait, la moindre défaillance de l'un ou de plusieurs des protagonistes par rapport au comportement irréprochable de l'un ou de plusieurs autres doit suffire à choisir. Tout comme l'illicéité suffit seule, sans besoin d'y ajouter la culpabilité, à ce qu'il puisse y avoir responsabilité, la moindre illicéité, le plus petit écart de conduite, doit pouvoir y suffire. *Le concept de responsabilité juridique n'impose donc pas une certaine gravité de l'anormalité objective. Par là même, il serait possible de dire qu'il commande à l'inverse, pour son efficacité, de tenir ce critère pour indifférent autant qu'il est possible de le faire*, notamment au regard des fonctions propres de chacune de ses applications pratiques¹²¹⁰. Une telle conclusion semble d'ailleurs confortée par l'étude des applications particulières de la responsabilité en droit privé.

b- La légitimité spéciale de l'indifférence

200. Partage de l'universalisme. S'il est vrai que l'universalisme se conjuguerait parfaitement à la fonction victimaire du droit civil de la responsabilité, là où certaines exigences techniques et fonctionnelles du droit pénal semblent n'accorder qu'une vocation sélective à ce dernier, la question mérite un examen plus approfondi et les apparences doivent être dissipées. Car si la vocation universelle de la responsabilité civile doit être affirmée (α), celle restrictive du droit pénal peut être relativisée (β).

α - L'affirmation de la vocation universelle du droit civil de la responsabilité

201. Adéquation de l'universalisme à la fonction victimaire de la responsabilité civile. Alors que techniquement rien ne s'oppose à l'appréhension universelle des comportements anormaux par le droit civil de la responsabilité, il a été proposé de ne pas engager la responsabilité civile de l'auteur d'une anormalité objective quelconque. TUNC a notamment proposé de distinguer la faute de l'erreur¹²¹¹. Hormis la difficulté, voire l'impossibilité, de distinguer nettement les deux notions, cette proposition semble découler d'une conception par trop normalisatrice de la responsabilité civile. Si l'on s'en tient en revanche à sa seule fonction de protection des victimes, qui en reste la principale si ce n'est la seule, il est juste que l'on ne pose pas en principe d'exigence quant à la gravité de l'anormalité. L'indemnisation optimale de la victime va en effet de pair avec une appréhension non sélective des fautes par le droit de la responsabilité civile. Plus il sera facile d'engager la responsabilité de l'auteur d'un comportement défectueux ou de celui qui a la

¹²⁰⁹ V. *supra* n° 152.

¹²¹⁰ On verra en effet *infra* n° 381 et s. que les droits positifs civil et pénal exigent plus que l'anormalité objective et dans quelle mesure cet ajout aux réquisits du seul concept de responsabilité juridique est justifiée par les fonctions propres à ses disciplines.

¹²¹¹ Not. *in op. cit.*, spéc. n° 140 et s. *Adde* Ch. LAPOYADE-DESCHAMPS, L. BLOCH et S. MORACCHINI-ZEIDENBERG, *op. cit.*, p. 179, Ph. LE TOURNEAU, *art. cit.*, et Ph. LE TOURNEAU *et alii*, *op. cit.*, n° 41 et 6708. *Contra* Ph. CONTE, *Responsabilité du fait personnel*, préc., n° 10.

garde d'une telle personne ou d'une chose qui aura eu un rôle actif dans la production du résultat légal, plus la responsabilité civile remplira efficacement sa mission¹²¹².

Le droit pénal au contraire évoque l'idée de sélectivité des faits incriminés. Cela doit-il se traduire pour autant par l'exigence d'une certaine gravité de l'anormalité objective pénale ? Rien n'est moins sûr.

β- La relativisation de la vocation sélective du droit pénal de la responsabilité

202. Obstacles apparents à la vocation universelle du droit pénal. Nombreux sont les auteurs qui ont proposé que la gravité de l'écart de conduite devienne, *de lege ferenda*, une condition à sa répression pénale¹²¹³. Et pour cause, il semble y avoir certains obstacles fonctionnels et techniques à la répression de l'anormalité objective simple ou très légère.

Du point de vue des fonctions du droit pénal, on peut penser que les comportements imprudents les moins graves ne traduisent pas une antisocialité suffisante pour légitimer une mesure de sanction si grave et infamante¹²¹⁴. De même, on peut penser que les plus légères incartades, dont chacun est à la merci, sont inaccessibles à la menace d'une peine et donc à la fonction préventive du droit criminel. Concernant les exigences techniques, le principe de nécessité des incriminations semblent imposer une certaine sélection des comportements à réprimer¹²¹⁵. Cela pourrait se traduire par une exigence tenant à la gravité de l'anormalité objective selon un des critères techniques envisagés *supra*. Enfin, l'appréciation posant des problèmes de conformité au principe de légalité, une exigence de gravité, si elle était suffisamment précise, permettrait aux incriminations pénales faisant usage de standards de s'en montrer plus respectueux.

203. Apparence des obstacles à la vocation universelle du droit pénal. Ces limites n'ont cependant rien d'indépassables et le droit pénal est tout à fait capable et fondé à prendre en compte l'ensemble des hypothèses d'anormalité objective, sans égard pour leur gravité.

Quant aux fonctions, l'importance des conséquences sociales de l'imprudence pour les sujets de droit, mais aussi pour l'ordre public, rend utile la répression de toute anormalité. Il en est de même de la protection des valeurs supra-personnelles que le droit de la responsabilité civile est inapte techniquement et infondé fonctionnellement à assurer¹²¹⁶. Pour ce qui est de la fonction dissuasive du droit pénal, elle n'empêche pas que l'on prenne en compte tout comportement anormal mais exige plutôt une certaine consistance de l'état

¹²¹² Pour plus de développements sur la question, v. *infra* n° 339 et s.

¹²¹³ V. not. A. CHAVANNE, « Les effets du procès pénal sur le procès civil engagé devant le tribunal civil », *Rev. sc. crim.*, 1954, pp. 254 et s., Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, préc., n° 236 et s., et Ph. SALVAGE, « L'imprudence en droit pénal », préc. Rapp. L. BAVCON, art. *cit.*, R. GARRAUD, *op. cit.*, n° 295, et F. ROUSSEAU, art. *cit.*

¹²¹⁴ V. not. Y. MAYAUD, *op. et loc. cit.*, et G. VIDAL et J. MAGNOL, *op. cit.*, n° 131.

¹²¹⁵ Sur ce principe, v. *supra* spéc. n° 39 et s.

¹²¹⁶ V. *infra* n° 165 et s.

d'esprit de l'agent. Elle pose donc davantage une condition tenant à l'anormalité subjective¹²¹⁷. En outre, la fonction expressive du droit pénal milite pour une répression d'autant plus générale que la valeur lésée est importante. Or, lorsqu'on analyse les incriminations impliquant une appréciation de l'anormalité objective, on se rend compte qu'il s'agit le plus souvent de protéger la vie et l'intégrité de la personne humaine. Cet argument conduit alors sur le terrain de la technique juridique.

A ce titre, il est indéniable que le principe de nécessité oblige à une certaine retenue dans la répression qui ne peut concerner que des atteintes intolérables aux valeurs fondamentales de la société. Enfin, le principe légaliste impose une certaine précision qui serait mieux satisfaite par l'introduction d'un critère tenant à la gravité objective du fait causal constitutif de l'infraction. Cependant, cette sélection et la précision qu'elle implique n'ont pas forcément à avoir pour objet le comportement, et tel ne semble pas avoir été le choix du législateur. Vus les intérêts protégés par les incriminations nécessitant un tel mode d'établissement de l'anormalité objective, on peut se demander si la sélection n'a pas déjà été opérée au stade du choix des biens juridico-pénaux, et ce, au détriment de la manière dont ils peuvent être lésés¹²¹⁸. Seule la contravention de l'article R. 653-1 du Code pénal relatif aux atteintes involontaires à la vie ou à l'intégrité d'un animal domestique ou apprivoisé pourrait sembler excessive et mériterait d'être dépénalisée¹²¹⁹. Mais dans tous les cas, le principe de légalité formelle paraît suffisamment respecté par la précision du résultat légal.

En tout état de cause, il est possible de se demander si l'anormalité objective n'est pas, dans les domaines où la répression est la plus nécessaire, plus souvent constatée qu'appréciée. D'un point de vue pratique au moins, cela aurait l'intérêt de réduire la portée des critiques que peut susciter l'appréciation de l'anormalité en droit pénal. Il est donc nécessaire de quitter ce mode d'établissement de l'anormalité objective pour étudier son concurrent et complément, l'anormalité objective constatée.

§2. La constatation de l'anormalité objective

204. De l'anormalité dans la constatation. Si le droit a besoin de s'adapter aux évolutions sociales et si le standard est l'instrument qui lui offre la souplesse propre à ce que cette nécessité soit satisfaite, il faut également admettre que lorsqu'il est question de limiter la liberté d'un individu, il est bon que des exigences de sécurité et de prévisibilité soient aussi

¹²¹⁷ V. *infra* n° 381 et s.

¹²¹⁸ En ce sens, v. F. DESPORTES et F. LE GUNHEC, *op. cit.*, n° 485, et E. FORTIS, *op. cit.*, n° 21. Rapp. A.-Ch. DANA, *op. cit.*, n° 271, A. PIROVANO, *op. cit.*, n° 121, et V. SAINT-GERAND, *op. cit.*, n° 397.

¹²¹⁹ D'autant plus, on le verra *infra* n° 375 et s., que l'enfant à naître se voit, contre toute logique, refuser ce privilège par la Cour de cassation.

prises en compte. Le système juridique français le comprend, qui prive parfois le juge de la possibilité de se livrer à l'appréciation du fait de l'homme ou de la chose¹²²⁰.

Est-ce à dire pourtant qu'il n'y a plus exigence d'anormalité ? Certains semblent le penser puisqu'ils associent obligation de résultat ou déterminée et responsabilité objective¹²²¹. En réalité, une telle conception vient du fait que ces auteurs refusent de considérer que la faute, pourtant définie comme le manquement à une obligation préalable, et l'inexécution, qui s'analyse exactement de la même manière, sont synonymes. Cela tient encore au fait que la norme de comportement est toujours envisagée du point de vue du responsable faute d'une distinction bien comprise entre la constitution et l'imputation du fait générateur. Il semble en effet que la question de l'anormalité ressortisse à la première étape de la génération de la responsabilité et non à la seconde. Il est inutile d'inventer une obligation de résultat de garde de la chose ou de la personne d'autrui si l'on exige en outre un fait anormal de cette chose ou de cette personne. De même, l'indifférence de l'anormalité du comportement d'un tel gardien n'enlève rien au fait que celle-ci soit par contre exigée du fait de l'objet de la garde. La constatation n'est pas exclusive de l'anormalité, celle-ci n'implique tout simplement pas une appréciation judiciaire de la normalité. Cette exigence est générale et, une fois que sa place au sein de la structure des systèmes de responsabilité juridique a été déterminée, il faut convenir que la seule différence qui existe tient à la manière de la révéler.

Cette dernière n'est d'ailleurs pas si grande qu'on pourrait le croire. En matière d'anormalité constatée comme d'anormalité appréciée, il y a toujours un jugement de valeur suivi d'un jugement de réalité. Mais lorsque, dans le premier cas et contrairement au second, le cas d'espèce se présente au juge, le jugement de valeur – détermination de la normalité – a déjà été opéré, soit par le législateur, soit par les parties au contrat, soit par la voie textuelle, soit par la voie rationnelle¹²²². Il ne reste plus dès lors au magistrat qu'à opérer jugement de réalité – révélation de l'anormalité, c'est-à-dire à tirer les conséquences de la confrontation du comportement de la personne ou de la chose à la norme de comportement préalablement déterminée. Son travail en sera facilité et gagnera en légitimité. La situation des sujets de droit sera plus sereine car beaucoup plus certaine.

¹²²⁰ Sur la privation de ce pouvoir d'appréciation, v. A. BENABENT, *op. cit.*, n° 546, H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, *op. cit.*, n° 640, D. NERON, *art. cit.*, M. PUECH, *op. cit.*, n° 6 et s., spéc. n° 15, note 29 : « *La loi réglementaire a une rigueur mathématique qui ne laisse place à aucune discussion (...) on pourrait presque se passer des juristes pour l'appliquer* », A. RABUT, *op. cit.*, n° 49, C. RUET, *art. cit.* Rapp. Ph. BRUN, *op. cit.*, n° 302, Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *La responsabilité civile délictuelle*, préc., n° 55, N. DEJEAN DE LA BÂTIE, *op. cit.*, n° 17, et N. STONESTREET, *op. cit.*, n° 265. *Contra* Ph. CONTE, *art. cit.*, n° 45 et s., E. FORTIS, *op. cit.*, n° 404 et s., V. MALABAT, *op. cit.*, n° 363 et s., et A. PIROVANO, *op. cit.*, n° 169 et s.

¹²²¹ V. *supra* n° 162.

¹²²² V. not. V. MALABAT, *op. cit.*, n° 363 (l'auteur évoque cette conception sans y souscrire), et C. RUET, *art. cit.*

A priori, on pourrait croire que ce mode d'établissement de l'anormalité est le propre du droit pénal du fait du principe de légalité qui impose des conditions strictes tenant à la source et à la qualité des incriminations¹²²³. Cependant, cette première impression doit être dépassée dans la mesure où, d'une part, l'anormalité constatée prime, en quelque sorte, l'anormalité appréciée, et où, d'autre part, la constatation de l'anormalité ne tient pas qu'au texte mais aussi à la raison. Ainsi, elle peut tenir soit à la précision textuelle de la normalité (A), soit à la gravité de l'anormalité subjective (B).

A- La constatation tirée de la précision formelle de la normalité

205. Critère formel de la constatation. Le premier moyen de s'assurer de l'anormalité d'un comportement est de vérifier sa conformité à la normalité exprimée dans une norme juridique précise en ce qu'elle prescrit ou proscrie d'adopter une attitude ou d'atteindre un résultat déterminés. Il ne s'agit pas de dresser ici une liste exhaustive de l'ensemble des comportements précisément imposés ou prohibés mais seulement de démontrer que ce mode d'établissement de l'anormalité transcende la distinction entre droit pénal et droit de la responsabilité civile, ainsi que les deux ordres, contractuel et extracontractuel de cette dernière. La source d'une telle norme prédéterminée de comportement peut schématiquement être recherchée tant dans la loi (1), prise au sens matériel du terme, que dans le contrat (2).

1. La précision de la normalité par la loi

206. Précision législative et précision prétorienne. Le normal peut être précisé par le législateur lui-même lors de l'édiction de la loi. Il peut aussi l'être par la jurisprudence qui peut fournir, par des précédents, des indications suffisamment fiables pour que les juges puissent se passer de toujours avoir à apprécier les comportements au cas par cas. On étudiera donc successivement la normalité précisée par la loi édictée (a) et celle qui l'est par la loi interprétée (b).

a- La précision de la normalité par la loi édictée

207. Précision directe et précision indirecte. La normalité peut être découverte dans la règle de droit directement appliquée (α). Elle peut également l'être *via* une autre norme, la précision de la normalité objective par la loi édictée étant alors indirecte (β).

¹²²³ Sur les notions de légalité formelle et de légalité matérielle, v. *supra* n° 190.

α- La précision directe de la normalité par la loi édictée

208. Exclusivité pénale. Cette hypothèse n'est connue que du droit pénal et tient à la fois au principe de légalité matérielle et à celui de l'interprétation stricte. Parce que la sanction pénale est particulièrement infamante et attentatoire aux droits et à la liberté des sujets de droit, les actes pénalement appréhendés doivent être énumérés de manière exhaustive et délimités de façon précise, et il est interdit au juge de faire déborder la répression en dehors du moule de l'incrimination. Celle-ci doit donc comprendre une définition détaillée de l'acte incriminé, comportement jugé suffisamment anormal par le législateur pour faire l'objet d'une peine. Ce sont ces exigences, outre les conséquences tenant à l'application spatio-temporelle de la loi pénale, qui donnent leur importance aux différentes classifications élaborées par la doctrine criminaliste sur le fondement de la matérialité de l'infraction¹²²⁴. Le comportement infractionnel, soit ici l'anormalité objective constatée par le biais du recours à une norme légale en précisant directement la substance, peut ainsi prendre plusieurs formes.

En fonction d'un critère temporel, on oppose les hypothèses de l'infraction instantanée, pour laquelle on exige un acte¹²²⁵, et de l'infraction continue, qui requiert une véritable activité¹²²⁶. On prend aussi en compte la forme ou la structure du comportement pour préciser l'anormalité objective. Quantitativement, on peut distinguer ainsi le cas où le comportement résultera d'un acte ou d'une activité unique, l'infraction simple¹²²⁷, de celui de l'infraction composite qui impose de caractériser une pluralité de faits. Cette forme de comportement fait l'objet d'une sous-distinction selon que cette pluralité doit, pour qu'il y ait anormalité, se manifester par des actes ou des activités de même nature – infraction d'habitude¹²²⁸ – ou bien des actes et/ou des activités différentes les un(e)s des autres – infraction complexe¹²²⁹. Qualitativement, les pénalistes établissent en outre une dichotomie entre la commission, lorsque la normalité aurait été de s'abstenir¹²³⁰, et l'omission, quand le législateur a considéré

¹²²⁴ Outre les ouvrages généraux, dont les belles pages de Y. MAYAUD, *op. cit.*, n° 162 et s. (sa terminologie sera reprise ici), v. A.-Ch. DANA, *op. cit.*, n° 21 et s., et A. TSARPALAS, *Le moment et la durée des infractions pénales*, préc.

¹²²⁵ V. not. le meurtre (C. pén., art., 221-1).

¹²²⁶ V. par exemple, l'embuscade (C. pén., art. 222-15-2). On notera que c'est la capacité à durer, et non la durée elle-même, qui est nécessaire. V. P. BOUZAT et J. PINATEL, *op. cit.*, n° 185, et G. VIDAL et J. MAGNOL, *op. cit.*, n° 77. Rapp. Y. MAYAUD, *op. cit.*, n° 180 et s.

¹²²⁷ V. ainsi, le viol (C. pén., art. 222-23).

¹²²⁸ En ce sens, v. l'article 433-21 du Code pénal qui interdit aux ministres du culte de procéder, « de manière habituelle, aux cérémonies religieuses de mariage sans que lui ait été justifié l'acte de mariage préalablement reçu par les officiers de l'état civil ». Sur ce type d'infractions, v. spéc. C. CLAVERIE-ROUSSET, *op. cit.*, *passim*.

¹²²⁹ V. l'escroquerie (C. pén., art. 313-1). Selon M. Dreyer, ce type d'infraction n'existerait pas. v. *op. cit.*, n° 631 et s.

¹²³⁰ V. ainsi, la provocation d'un mineur à l'usage illicite de stupéfiants (C. pén., art. 227-18). Pour des exemples d'infractions de commission, v. A.-Ch. DANA, *op. cit.*, n° 418 et s.

que les sujets doivent agir de telle ou telle manière dans telle ou telle situation¹²³¹. Le législateur n'a pas à préciser chacun de ces aspects du comportement incriminé mais lorsqu'il s'en donne la peine, le juge ne saurait outrepasser ses prévisions. C'est ainsi qu'il ne saurait subordonner la condamnation pour vol¹²³² d'une personne à la soustraction de plusieurs choses appartenant à autrui ou qu'il ne saurait à l'inverse punir pour proxénétisme assimilé celui qui n'a toléré qu'une fois l'exercice de cette activité dans un établissement qu'il détient, exploite, dirige, fait fonctionner, finance ou contribue à financer¹²³³. C'est cette nécessaire rigueur qui a motivé la solution retenue par la jurisprudence, dans la fameuse affaire de *La séquestrée de Poitiers*¹²³⁴, au sujet de la question de l'infraction de commission par omission¹²³⁵.

Dans ces hypothèses, il suffit de se référer au texte pour déterminer le comportement anormal. C'est la forme la plus simple d'établissement de l'anormalité objective, dans la mesure où c'est celui qui facilite le plus le travail des magistrats et qui est le plus accessible aux justiciables. Source de sécurité optimale, il est heureux qu'on le retrouve par principe en droit pénal. Pourtant, le processus, sans jamais changer de nature et équivaloir à l'anormalité appréciée, peut parfois se compliquer en cas de précision indirecte de la normalité par la loi édictée.

β- La précision indirecte de la normalité par la loi édictée

209. Précision par renvoi. La précision indirecte de la normalité par la loi édictée peut prendre plusieurs formes.

La première ne pose aucune difficulté d'appréhension et, tout comme l'hypothèse précédente dont elle est finalement assez proche, elle est l'apanage du droit pénal. Il s'agit de l'incrimination par renvoi qui consiste pour un texte d'incrimination à renvoyer, pour la définition de l'anormalité objective, à un autre texte précisant ce qui est normal ou anormal. Le législateur en fait un usage de plus en plus fréquent et si l'on en trouve le plus souvent hors du Code pénal¹²³⁶, celui-ci n'est pas épargné. C'est ce qu'illustre, par exemple, la référence,

¹²³¹ Par exemple, v. le refus d'informer les autorités judiciaires ou administratives de la commission d'un crime que l'on peut prévenir, dont on peut limiter les effets ou dont les auteurs sont susceptibles de recommencer (C. pén., art. 434-1). Pour des exemples d'infractions d'omission, v. A.-Ch. DANA, *op. cit.*, n° 396 et s.

¹²³² C. pén., art. 311-1 et s.

¹²³³ C. pén., art. 225-10, al. 3.

¹²³⁴ Poitiers, 20 nov. 1901 : *D.*, 1902, 2, 81, note LE POITEVIN.

¹²³⁵ Sur cette question, v. not. B. BOULOC, *op. cit.*, n° 227, P. BOUZAT et J. PINATEL, *op. cit.*, n° 113, Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général, op. cit.*, n° 311, A.-Ch. DANA, *op. cit.*, n° 65 et s., F. DESPORTES et F. LE GUNEHÉC, *op. cit.*, n° 436, P. BOUZAT et J. PINATEL, *op. cit.*, n° 113, E. DREYER, *op. cit.*, n° 625 et s., Y. MAYAUD, *op. cit.*, n° 165 et s., et 201 et s., R. MERLE et A. VITU, *op. cit.*, n° 483 et s., X. PIN, *op. cit.*, n° 151, J. PRADEL, *op. cit.*, n° 364, M.-L. RASSAT, *op. cit.*, n° 262, et G. VIDAL et J. MAGNOL, *op. cit.*, n° 79-4.

¹²³⁶ V. par exemple l'article L. 1146-1 du Code du travail qui dispose que « *le fait de méconnaître les dispositions relatives à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, prévues par les articles L. 1142-1 et L. 1142-2, est puni d'un emprisonnement d'un an et d'une amende de 3 750 Euros* » ; l'article L. 311-34 qui sanctionne « *le prêteur qui omet de respecter les formalités prescrites aux articles L. 311-8 à L. 311-13 et de*

aux côtés de la « *maladresse* » et de l'« *imprudence* », à l'« *inobservation des règlements* » dont la particularité a fait tant écrire¹²³⁷. Très critiqué en raison de ses accommodements avec la légalité tant formelle – on peut y voir une délégation de la compétence criminelle et délictuelle du Parlement au pouvoir réglementaire – que matérielle – il rendrait moins accessible la norme aux sujets de droit, ce mode d'incrimination n'est certainement pas plus contraire à ces exigences que l'anormalité appréciée.

210. Primauté de l'anormalité constatée sur l'anormalité appréciée. Un autre mode indirect de précision de la normalité par la loi édictée existe et, par parallélisme avec l'anormalité appréciée, le constat qui va être dressé intéresse le droit pénal aussi bien que la responsabilité civile.

Le fait qu'une règle de droit intègre un standard n'empêche pas ou, plutôt, ne dispense pas le juge de se référer à celles qui s'expriment en termes suffisamment précis pour le priver de son pouvoir d'appréciation. La doctrine est quasiment unanime sur ce point¹²³⁸. On pourrait fort bien justifier cela en disant que le *bonus pater familias* respecte les prescriptions légales¹²³⁹ mais, à vrai dire, il n'est pas nécessaire de faire usage de cette image¹²⁴⁰. Simplement, lorsque la normalité est précisée, il n'y a plus besoin de standard, il n'est plus nécessaire de se fier à l'appréciation du juge. Le législateur a estimé que, dans telle ou telle circonstance, il était toujours normal de faire ou de ne pas faire ce qu'il imposait de faire ou de ne pas faire. Le juge ne doit rien avoir à y redire. « *Lorsqu'il s'agit, donc, pour le juge, d'apprécier si un acte est ou non illicite, la première chose qu'il a à faire est de se référer au droit écrit* »¹²⁴¹. Bref, il y a primauté de l'anormalité constatée sur l'anormalité appréciée.

Par conséquent, tous les standards doivent être entendus comme comprenant, implicitement mais nécessairement, un renvoi au bloc entier des normes prédéterminant le

prévoir un formulaire détachable dans l'offre de crédit, en application de l'article L. 311-15 » relatif au contrat de crédit ; ou encore l'article L. 216-7 du Code de l'environnement qui incrimine le fait de « *d'exploiter un ouvrage ne respectant pas les dispositions du 2° du I de l'article L. 214-17, nécessaire pour assurer la circulation des poissons migrateurs* », « *de ne pas respecter les dispositions relatives au débit minimal prévues par l'article L. 214-18* », et « *de ne pas respecter les prescriptions définies par l'acte déclaratif d'utilité publique prévu par l'article L. 214-9* ».

¹²³⁷ V. ainsi A.-Ch. DANA, *op. cit.*, n° 304, E. FORTIS, *op. cit.*, n° 397 et s., V. MALABAT, *op. cit.*, n° 360 et s., et A. PIROVANO, *op. cit.*, n° 150 et s.

¹²³⁸ V. not. Ch. AUBRY et Ch. RAU par N. DEJEAN DE LA BÂTIE, *op. cit.*, n° 22 et 28, A. BENABENT, *op. et loc. cit.*, Ph. BRUN, *op. et loc. cit.*, A. COLIN et H. CAPITANT par L. JULLIOT DE LA MORANDIERE, *op. cit.*, n° 1094 et s., J. CARBONNIER, *op. cit.*, n° 1147, Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *La responsabilité civile délictuelle*, préc., *loc. cit.*, J. DELIYANNIS, *op. cit.*, n° 63 et s., et n° 163, J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *op. cit.*, n° 98, Ph. LE TOURNEAU *et alii*, *op. cit.*, n° 6717, Ph. MALINVAUD et D. FENOUILLET, *op. et loc. cit.*, H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, *op. cit.*, n° 416 et 640, G. RIPERT et J. BOULANGER, *op. cit.*, n° 899, R. SAVATIER, *op. cit.*, n° 7 et s., A. SERIAUX, *op. cit.*, n° 127, B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *op. cit.*, n° 269, F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n° 718, et G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. cit.*, n° 447 et s.

¹²³⁹ V. Ph. CONTE, *Responsabilité du fait personnel*, préc., n° 46, A.-Ch. DANA, *op. cit.*, n° 314, et H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, *op. cit.*, n° 416. *Contra* V. MALABAT, *op. cit.*, n° 362, et A. RABUT, *op. cit.*, n° 103.

¹²⁴⁰ En ce sens, v. Ph. BRUN, *op. et loc. cit.*

¹²⁴¹ J. DELIYANNIS, *op. cit.*, n° 63.

normal et l'anormal, si ce n'est ce bloc lui-même. On notera que ce bloc comprend notamment l'ensemble des incriminations comprenant une précision directe ou par renvoi de la normalité, dans lequel cas, outre le mode de détermination de l'anormalité, droit pénal et responsabilité civile partagent nécessairement la même définition de l'objectivement anormal¹²⁴². Il résulte de cette primauté que dire qu'il est refusé au responsable de prouver l'absence de faute est un « *jeu de mots* »¹²⁴³, un « *abus de langage* »¹²⁴⁴, car ce qui est interdit, ce n'est en fait que la preuve de l'absence de toute faute autre que celle correspondant à la non-conformité du comportement à la normalité légalement précisée. Quant aux magistrats, libres à eux de dépasser ce seuil minimal et général de l'anormalité, de restreindre davantage les libertés individuelles dont ils ont la charge d'assurer le respect et de préciser davantage ce qu'il est permis de faire et de ne pas faire. C'est en ce sens que les classifications dégagées par les pénalistes au sujet de l'anormalité objective perdent ici de l'importance. Non seulement elles n'entraîneront plus les mêmes conséquences en termes de droit criminel substantiel ou processuel, mais, de surcroît, l'interprétation stricte ne viendra plus brider l'extension de l'empire de l'anormalité. La seule chose interdite au juge sera de considérer qu'il y a normalité dans un fait légalement considéré comme anormal¹²⁴⁵. Esclave en-deçà des prévisions de la loi, affranchi au-delà : voilà le statut du magistrat¹²⁴⁶.

Est-ce à dire toutefois qu'il n'est que la bouche qui répète les paroles de la loi comme l'écrivait MONTESQUIEU ? Tel n'est certainement pas le cas puisqu'en plus d'être les perroquets du législateur, les juridictions sont aussi bègues. La répétition des solutions jurisprudentielles peut amener en effet à une stabilité suffisante du droit pour que l'on puisse parler de normalité précisée par la loi interprétée.

b- La précision de la normalité par la loi interprétée

211. Précision par interprétation et responsabilité extracontractuelle. On sait que certains estiment que l'appréciation est l'occasion saisie par le juge pour créer du droit. Si

¹²⁴² Celui-ci est aussi composé des différentes législations professionnelles, sociale, sanitaire ou encore du Code de la route. Pour quelques exemples, v. Ph. LE TOURNEAU *et alii*, *op. cit.*, n° 6718 et s., M. PUECH, *op. cit.*, n° 9 et s., A. RABUT, *op. cit.*, n° 70 et s., et R. SAVATIER, *op. cit.*, n° 9 et s.

¹²⁴³ F. CHABAS, *op. cit.*, n° 66.

¹²⁴⁴ A. RABUT, *op. cit.*, n° 66.

¹²⁴⁵ C'est la raison pour laquelle il semble erroné de prétendre que l'anormalité constatée progresserait au détriment de l'anormalité appréciée (v. not. en ce sens, H. MAZEAUD, « Essai de classification des obligations », art. *cit.*). En effet, tout comme la découverte de nouveaux corps célestes n'empêche pas l'univers de croître indéfiniment, l'inflation législative ne prive pas le juge du pouvoir que lui confère un standard d'étendre encore le champ de l'anormalité. Les perspectives ouvertes par le standard de précaution en témoignent.

¹²⁴⁶ Il s'agit bien d'un pouvoir et non d'un devoir comme en témoigne le refus qu'a manifesté un temps la jurisprudence d'étendre les abstentions anormales au-delà des cas où il existait des obligations précises d'agir. Sur ce point, v. not. N. P. APPLETON, « L'abstention fautive en matière délictuelle, civile et pénale. Essai critique de législation », *RTD Civ.*, 1912, pp. 593 et s., Ch. AUBRY et Ch. RAU par DEJEAN DE LA BÂTIE, *op. cit.*, n° 33 et s., Ph. BRUN, *op. cit.*, n° 306 et s., J. DELIYANNIS, *op. cit.*, n° 161 et s., Ph. LE TOURNEAU *et alii*, *op. cit.*, n° 7206 et s., Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *op. cit.*, n° 61, et Ph. MALINVAUD et D. FENOUILLET, *op. cit.*, n° 586 et s.

l'idée d'un juge créateur de droit peut ne pas emporter la conviction, il est beaucoup plus difficile en revanche de ne pas se rendre à cette évidence : à mesure que le juge applique le standard aux circonstances, il identifie les hypothèses d'anormalité et des précédents sont créés qui accèdent à un degré de stabilité, de fixité et de prévisibilité tel qu'il devient possible de parler de "normes judiciaires"¹²⁴⁷. Comme en lévitation, dépourvue de toute attache textuelle, elles contiennent une normalité bien tangible et connue de tous les citoyens concernés. Tant qu'elle sera maintenue par la Cour de cassation, elle s'imposera aux juges du fond et, nonobstant la prohibition des arrêts de règlements, cette "norme" prendra place au sein du bloc de l'anormalité constatée qui s'impose implicitement au magistrat appréciant un comportement. Par cette « cristallisation » de la normalité, ce dernier procède à une « autolimitation (de son) pouvoir »¹²⁴⁸.

Il est possible d'en citer quelques exemples en matière extracontractuelle¹²⁴⁹. Si l'on pense au fait de l'homme, d'une part, on peut par exemple y lier la tendance jurisprudentielle à simplifier la mise en œuvre de la responsabilité en cas d'atteinte à un droit subjectif¹²⁵⁰. Ainsi, lorsque la Cour de cassation juge que « la seule constatation de l'atteinte à la vie privée ouvre droit à réparation »¹²⁵¹, plusieurs interprétations sont possibles : soit tout comportement, normal ou anormal, lésant le droit au respect de la vie privée peut engager la responsabilité de son auteur¹²⁵² ; soit tout fait portant atteinte à ce droit de la personnalité est forcément anormal, ce en quoi il obligera celui qui doit en répondre à en réparer les conséquences¹²⁵³. Le caractère exorbitant de la première conception conduit assez naturellement à lui préférer la seconde. D'autre part, ce phénomène se manifeste aussi en matière de fait des choses puisqu'il paraît possible de reconnaître une précision judiciaire de l'anormalité de ce dernier

¹²⁴⁷ V. S. CHASSAGNARD, *op. cit.*, n° 327 et s., J. DELIYANNIS, *op. cit.*, n° 87 et s., et B. FAGES, *op. cit.*, n° 520 et s. Adde J. DABIN, *op. cit.*, n° 31 et 250, Ph. JESTAZ, *Le droit*, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 6^e éd., 2010, pp. 20 et s., 64 et s., et 114, qui désigne d'ailleurs le droit jurisprudentiel comme le mode originel de création de la règle, G. RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, n° 159, pp. 382 et s., et P. ROUBIER, *Théorie générale du droit*, préc., n° 12, p. 113, et *Droits subjectifs et situations juridiques*, préc., n° 1.

¹²⁴⁸ S. CHASSAGNARD, *op. et loc. cit.*

¹²⁴⁹ Comme il a déjà été dit *supra* n° 163, il convient de ne pas y ranger les prétendues obligations de garde que la jurisprudence aurait dégagées. Ce serait confondre constitution et imputation du fait générateur de responsabilité et méconnaître le fait que l'anormalité n'est requise qu'au cours de la première.

¹²⁵⁰ Sur ce point, v. not. J. DELIYANNIS, *op. cit.*, n° 67, et G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. cit.*, n° 449 et s. Adde P. ROUBIER, *op. cit.*, pp. 106 et s.

¹²⁵¹ V. not. Civ. 1, 5 nov. 1996 : *JCP*, 1997, I, 4025, obs. G. VINEY, et II, 22805, note J. RAVANAS, Civ. 3, 25 févr. 2004, préc., et Civ. 2, 18 mars 2004 : *Bull. civ.*, n° 137.

¹²⁵² Pour une extension de cette thèse à de nombreux intérêts juridiquement protégés, v. Ch. QUEZEL-AMBRUNAZ, « La responsabilité civile et les droits du titre I du livre I du Code civil », préc.

¹²⁵³ Il est possible d'y voir une présomption d'anormalité mais cette interprétation doit être rejetée dès lors que, la preuve contraire n'étant pas admise, la règle de preuve se change alors en règle de fond. Certains estiment que la présomption pourrait être renversée par la démonstration que l'atteinte réalisée est légitimée par la nécessité de faire prévaloir un intérêt concurrent, tel que la liberté d'expression par exemple, au droit de la personnalité lésé (v. en ce sens, J.-Ch. SAINT-PAU, *Jouissance des droits civils. Droit au respect de la vie privée. Régime. Atteinte légitime à la vie privée*, *J.-Cl. Civ. Code*, art. 9, fasc. 15, 2011 n° 44 et s., et *Jouissance des droits civils. Droit au respect de la vie privée. Régime. Action*, préc.). Il semble cependant qu'un tel processus relève davantage du mécanisme de la justification que de celui de la constitution du fait générateur de responsabilité. Sur la justification, v. *infra* n° 571 et s.

dans la jurisprudence qui retient systématiquement la responsabilité du gardien en cas de contact entre le siège de l'atteinte et une chose en mouvement¹²⁵⁴. Dans un premier temps, en effet, elle ne faisait que présumer qu'en un tel cas, la chose avait eu un comportement anormal¹²⁵⁵. Aujourd'hui cependant, la preuve du rôle passif de la chose en mouvement qui a heurté la victime est refusée¹²⁵⁶. Il n'est plus possible d'y voir une présomption comme le fait la majorité de la doctrine¹²⁵⁷. Il n'y a aucune raison de croire pour autant que cela est dû à l'abandon de l'exigence d'anormalité objective dans ce cas particulier, cette condition restant requise dans les autres hypothèses¹²⁵⁸. Il faut donc conclure que l'on est simplement passé d'une règle de preuve à une règle de fond. En droit positif, le fait pour une chose qui bouge de toucher une personne est tout simplement considéré comme anormal.

212. Précision par interprétation et responsabilité contractuelle. C'est néanmoins en matière de responsabilité contractuelle que ce phénomène de précision judiciaire de la normalité est le plus notoire. Elle prend forme dans le processus de "forçage du contrat" démasqué par JOSSERAND¹²⁵⁹. Sur le fondement des articles 1134, alinéa 3, et 1135 du Code civil, la jurisprudence ajoute depuis longtemps aux prévisions des parties, notamment en intégrant au champ contractuel des obligations¹²⁶⁰ qui prédéterminent l'attitude ou l'objectif que doit adopter ou atteindre le débiteur à peine de commettre une inexécution qui engagera sa responsabilité. Ces obligations de résultat sont principalement de deux types : l'obligation de sécurité¹²⁶¹ et l'obligation d'information¹²⁶². Si leur violation entraîne certainement responsabilité contractuelle, leur source paraît jaillir hors du contrat qui n'est atteint qu'*a posteriori*. Il s'agit de normes judiciaires, fixées par des précisions prétorienne, constantes et répétées, « des suites que l'équité (et) l'usage » « donnent à l'obligation d'après sa nature ».

¹²⁵⁴ V. not. Req., 11 juin 1945 : *D.*, 1946, p. 6, Civ. 2, 12 nov. 1958, préc., 16 mars 1983 : *Gaz. Pal.*, 1983, 2, pan., obs. F. CHABAS, p. 275, Civ. 2, 2 avr. 1997 : *Resp. civ. assur.*, comm. n° 255, obs. F. LEDUC, et Civ. 2, n° 10 juin 2004 : *Resp. civ. et assur.*, 2004, comm. n° 253. *Adde* Ch. AUBRY et Ch. RAU par N. DEJEAN DE LA BÂTIE, *op. cit.*, n° 126, Ph. BRUN, *op. cit.*, n° 388 et s., Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *op. cit.*, n° 112, J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *op. cit.*, n° 250, B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *op. cit.*, n° 487, F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n° 776, et G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. cit.*, n° 666.

¹²⁵⁵ Civ., 19 févr. 1941, *Dame Cadé* : *D.*, 1941, note J. FLOUR, p. 85, et Civ., 23 janv. 1945 : *D.*, 1945, note R. SAVATIER, p. 317.

¹²⁵⁶ V. Civ. 2, 29 mai 1996 : *Bull. civ.*, n° 117.

¹²⁵⁷ Cette présentation classique se retrouve exposée en détails in Ph. BRUN, *Les présomptions dans le droit de la responsabilité civile*, préc., pp. 158 et s., et spéc. pp. 172 et s..

¹²⁵⁸ V. cependant, B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *op. cit.*, n° 464 et s.

¹²⁵⁹ In « Le contrat dirigé », *D.*, 1933, pp. 89 et s.

¹²⁶⁰ Certains préfèrent les distinguer en parlant de devoirs contractuels. V. not. M. FAURE-ABBAD, *op. cit.*, n° 117 et s., et V. MALABAT, « De la distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat », préc.

¹²⁶¹ V. Civ., 21 nov. 1911, *D.*, 1913, 1, concl. SARRUT, p. 249, Civ. 1, 21 oct. 1997 : *D.*, 1998, jur., note Ph. BRUN, p. 271, Civ. 1, 26 sept. 2006 : *Bull. civ.*, n° 418 ; et *Resp. civ. et assur.*, 2006, comm. n° 378, et Civ. 1, 18 févr. 2009 : *JurisData*, n° 2009-047089. Sur cette obligation, v. outre les ouvrages généraux, J. BELLISSENT, *op. cit.*, spéc. n° 309 et s., 507 et s., et 692 et s.

¹²⁶² V. Civ. 1, 25 févr. 1997, *Hédreul* : *Bull. civ.*, n° 75.

Pour autant, ce cas de figure reste l'exception en matière de responsabilité contractuelle dès lors que, lorsque la norme y est précisée, c'est plus souvent du fait de la volonté des parties que de celui des précédents jurisprudentiels.

2. La précision de la normalité par le contrat

213. Liberté contractuelle. En vertu du principe de liberté contractuelle, les parties sont libres, sous réserve de ne pas déroger aux impératifs de l'ordre public et des bonnes mœurs, de s'obliger de façon plus ou moins intense¹²⁶³. Les obligations de résultat existent en jurisprudence et il est légitime de penser que ce que les juges peuvent imposer aux parties, celles-ci sont aptes à s'y contraindre elle-même. La stipulation contractuelle peut donc préciser très clairement la normalité. Il peut s'agir d'un résultat, comme le laisse entendre la terminologie classique : livrer telle chose, tel jour, à telle heure, ne pas faire concurrence dans un rayon de tant de kilomètres et pour une période de tant d'années, etc. Mais, et c'est une des limites de la terminologie susvisée, la précision peut encore concerner un comportement à accomplir : soigner en utilisant telle méthode, transporter une personne dans tel véhicule, etc. Tout écart de conduite par rapport à de telles prévisions constitue une inexécution, anormalité objective, apte à fonder la responsabilité du débiteur en vertu de l'article 1147 du Code civil.

Qu'on la trouve dans le contrat ou dans la loi, que l'on s'y réfère directement ou bien indirectement, qu'elle soit édictée ou alors interprétée, et que son interprétation donne lieu à responsabilité contractuelle ou même extracontractuelle, la norme est donc le premier outil de constatation du normal et de l'anormal. Toutefois, elle n'en est pas le seul, la gravité de l'anormalité subjective se révélant en effet être un indicateur idéal de l'anormalité objective.

B- La constatation déduite de la gravité de l'anormalité subjective

214. Critère rationnel de l'anormalité. L'état d'esprit de l'agent est parfois si intensément tendu vers la lésion ou la menace qu'il semble rationnel de conclure à l'anormalité du comportement qui en est l'expression. Pour autant, il ne faut pas déduire de l'importance accordée à l'anormalité subjective (1), l'indifférence de la normalité ou de l'anormalité du comportement de la personne¹²⁶⁴. Celle-ci reste en effet une exigence indépassable (2).

1. L'importance de l'anormalité subjective

215. Le comportement intentionnel. La doctrine admet de manière quasiment unanime et naturelle que celui qui désire le résultat qu'il cause a un comportement anormal qui ne

¹²⁶³ Sur la liberté contractuelle, v. S. CHRETIEN, *La notion de liberté contractuelle*, thèse Bordeaux, 2008.

¹²⁶⁴ Il est évident que ce critère de constatation de l'anormalité ne concerne pas le fait de la chose.

nécessite pas d'appréciation judiciaire. Cependant, quelques-uns, mais c'est sans doute l'opinion de la plupart des auteurs, nuancent le propos en précisant que tel n'est le cas qu'en présence d'une intention de nuire¹²⁶⁵. Il faut s'entendre sur la notion. Si par "nuire" on entend "causer le dommage ou le préjudice", alors elle n'est guère différente de la notion d'intention elle-même. En revanche, s'il s'agit de la volonté de faire le mal pour le mal, les deux concepts peuvent être distingués¹²⁶⁶. Une telle conception paraît néanmoins critiquable pour la simple raison qu'une telle hypothèse semble être un pur cas d'école. Toute lésion intentionnellement causée a forcément une cause, efficiente ou finale, qui peut expliquer le comportement de l'agent. Le sadisme n'en est qu'une (rare) illustration. Il ne paraît donc pas légitime de subordonner la déduction de l'anormalité objective à partir de l'anormalité subjective à l'existence d'un état d'esprit aussi précis : l'intention exclusivement méchante.

On a cependant fait remarquer que « *certaines attitudes intentionnellement dommageables n'en sont pas moins licites* »¹²⁶⁷. Et de citer la pratique d'une activité sportive ou de la chirurgie ou la liste des différents faits justificatifs¹²⁶⁸. Il est indéniable que dans ces hypothèses aucune responsabilité n'est encourue par l'auteur du dommage, du préjudice ou du risque. Néanmoins, il est différentes manières de l'interpréter¹²⁶⁹, et celle qui est fondée sur l'idée que le comportement, passé au filtre de l'appréciation *in abstracto*, serait finalement normal, ne paraît pas la plus convaincante ni la plus utile. Cette irresponsabilité semble s'expliquer bien mieux par la théorie de la justification qui n'exclut pas, voire mieux nécessite, un fait générateur de responsabilité préalable – ce qui inclut un fait anormalement objectif – auquel s'appliquer pour être mise en œuvre.

Il paraît bien que tout comportement intentionnellement lésionnaire ou susceptible de l'être soit objectivement anormal. Il ne faut donc pas s'étonner de lire, dans le Code pénal, des textes d'incrimination tel que l'article 221-1, lequel semble se satisfaire d'un acte objectivement causal mais anormal de par leur seul élément moral : « *le fait de donner volontairement la mort* ». Il incrimine bien un comportement objectivement anormal mais dont l'appréciation n'est plus nécessaire, en raison de l'intensité de l'anormalité subjective¹²⁷⁰. La conclusion peut-elle être étendue au degré inférieur de l'échelle de l'anormalité ?

¹²⁶⁵ V. Ch. AUBRY et Ch. RAU par N. DEJEAN DE LA BÂTIE, *op. cit.*, n° 22, J. CARBONNIER, *op. cit.*, n° 1142 et 1147, A. COLIN et H. CAPITANT par L. JULLIOT DE LA MORANDIERE, *op. cit.*, n° 1100, G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, préc., n° 94, p. 165, G. RIPERT et J. BOULANGER, *op. cit.*, n° 900, R. SAVATIER, *op. cit.*, n° 34, et G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. cit.*, n° 475. *Contra* J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *op. cit.*, n° 114. Il faut préciser toutefois que les auteurs estiment simplement que l'anormalité subjective ne se suffit pas à elle seule, ce qui est indéniable. Elle ne fait que révéler l'anormalité objective et vaut dispense d'appréciation du comportement.

¹²⁶⁶ V. not. N. DEJEAN DE LA BÂTIE, *op. cit.*, n° 58, et R. SAVATIER, *op. et loc. cit.*, qui parle d'acte de méchanceté. Pour plus de développements sur ces questions, v. *infra* n° 424 et s.

¹²⁶⁷ N. DEJEAN DE LA BÂTIE, *op. et loc. cit.*

¹²⁶⁸ V. Ch. AUBRY et Ch. RAU par N. DEJEAN DE LA BÂTIE, *op. et loc. cit.*, J. CARBONNIER, *op. cit.*, n° 1142, N. DEJEAN DE LA BÂTIE, *op. cit.*, n° 58 et s., et F. CHABAS, *op. cit.*, n° 44.

¹²⁶⁹ V. *infra* n° 571 et s.

¹²⁷⁰ *Contra* v. V. MALABAT, *op. cit.*, n° 382.

216. Le comportement consciemment imprudent. En-deçà de l'intention, il y a l'état d'esprit de celui qui a conscience de créer un risque et qui, soit y est indifférent, soit est convaincu que l'évènement aléatoire défavorable ne se réalisera pas. Peut-on, comme pour l'intention, poser un principe d'anormalité objective du comportement qui manifeste une telle anormalité subjective ? La doctrine ne dit pratiquement rien sur ce point¹²⁷¹. Quant au droit positif, il est délicat à interpréter puisque les hypothèses d'irresponsabilité de celui qui a conscience de mettre ou de risquer de mettre autrui en danger peuvent être expliquées tant par la normalité du comportement que par la justification d'un comportement anormal. C'est cette seconde thèse, comme pour le cas précédent et pour les mêmes raisons, qui paraît devoir prévaloir. Par conséquent, la conclusion devra être la même : *anormalité objective du comportement suscité par l'anormalité subjective prenant la forme d'une imprudence consciente*. Pour autant, on pourrait ne voir là qu'un postulat inspiré par une certaine interprétation du droit positif. Il serait, en outre, possible de prétendre que l'anormalité n'aurait qu'à être tantôt objective, tantôt subjective, la seconde n'emportant pas nécessairement la première. La recherche doit donc être approfondie par l'étude de la permanence de l'anormalité objective.

2. La permanence de l'anormalité objective

217. Importance probatoire de l'anormalité objective. *L'équation faute simple = anormalité objective/faute qualifiée = anormalité subjective est erronée. L'anormalité objective du comportement n'est pas indifférente aux graves anormalités subjectives.*

Elle joue d'abord un rôle fondamental sur le terrain probatoire. Les faits fourniront une base objective dont les magistrats pourront tirer des indices leur permettant d'établir l'anormalité subjective¹²⁷². Ils analyseront les endroits visés par les coups, les objets éventuellement utilisés pour causer l'atteinte, se fonderont sur ce qui est plausible car basé sur l'expérience ou le sens communs. Or, le raisonnement, fondé sur les probabilités, n'est pas très éloigné d'une appréciation des faits¹²⁷³. Il ne s'agit, toutefois, que d'un processus probatoire qui ne concerne pas la génération de la responsabilité mais sa réalisation. Est-ce à dire qu'au fond cependant l'anormalité objective est indifférente ? Rien n'est moins sûr.

¹²⁷¹ V. cependant, G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. et loc. cit.*

¹²⁷² Cela est très souvent relevé en doctrine, v. ainsi, Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, préc., n° 387, E. DREYER, *op. cit.*, n° 828, Y. MAYAUD, *op. cit.*, n° 228, R. MERLE, *op. cit.*, p. 232, R. MERLE et A. VITU, *op. cit.*, n° 580, P.-A. PAGEAUD, « La notion d'intention en droit pénal », *JCP*, 1950, I, 876, X. PIN, art. *cit* n° 298, J.-H. ROBERT, *op. cit.*, pp. 328 et s., et V. SAINT-GERAND, *op. cit.*, n° 611 et s., et 667. La Cour de cassation a déjà explicitement autorisé ce procédé : *Crim.*, 5 févr. 1957 : *Bull. crim.*, n° 110.

¹²⁷³ V. V. MALABAT, *op. cit.*, n° 374 et s., qui préconise de recourir à un modèle de référence abstrait mais moins doué que l'individu, pour diminuer le risque d'erreur, et N. STONESTREET, *op. cit.*, n° 270 et s., qui pointe le risque de confusion avec l'imprudence, risque qui pourrait être diminué en suivant les conseils du premier auteur ou en s'assurant de la nature délibérée de l'acte, à défaut de celui du résultat, comme elle le suggère la dernière.

218. Permanence substantielle de l'anormalité objective. Il est assez simple, en réalité, de s'apercevoir de l'anormalité objective nécessaire des comportements animés par le désir ou la conscience de leurs conséquences. En effet, il est objectivement anormal de ne pas prendre de précautions pour éviter de causer un dommage ou un préjudice ou de créer un risque. Il doit en être de même *a fortiori* de celui qui ne fait rien pour éviter ou qui cherche à provoquer un tel résultat. Le déploiement d'efforts créant un risque ou causant un dommage est un acte objectivement anormal qui ne nécessite pas la moindre appréciation.

Conclusion du chapitre

219. L'anormalité objective, condition essentielle du concept de responsabilité juridique. Le problème de la responsabilité juridique suppose d'apporter une réponse à cette question : pourquoi choisir celui qui souffre plutôt que celui qui fait souffrir ? Pour cela, il faut trouver un innocent et un coupable. Et c'est la notion d'anormalité qui remplit précisément cette fonction, qui répond à cette question. De cela, il résulte que les exigences du concept de responsabilité juridique seront ici très réduites.

Ainsi, d'une part, il est certain que le fait causal doit être anormal. Toutefois, l'unité conceptuelle de la responsabilité juridique se satisfait de la moindre anormalité, celle-ci étant suffisante pour faire un choix entre les différentes causes d'un dommage ou de la création d'un risque. *La convergence imposée au droit pénal et à la responsabilité civile aura donc pour objet la seule anormalité objective, celle, externe, du comportement, qui renvoie à la notion d'illicéité. En revanche, l'anormalité subjective, celle, interne, de la volonté, synonyme de culpabilité, reste indifférente et étrangère au concept de responsabilité juridique.* D'autres raisons, propres aux fonctions respectives des responsabilités de droit privé, présideront à son exigence éventuelle¹²⁷⁴. D'autre part, *le concept de responsabilité juridique n'impose quasiment rien d'autre que cette irrégularité de l'attitude ou de l'état de la personne ou de la chose au regard du droit. La manière dont l'anormalité objective sera établie n'est par conséquent pas imposée.* Tous les modes d'établissement de l'anormalité peuvent théoriquement être exploités par les droits pénal et civil de la responsabilité, et ils le sont effectivement. Il peut s'agir, en premier lieu, d'une simple *constatation*, lorsqu'en présence d'une *norme prédéterminée par le législateur, les parties à un contrat, des précédents judiciaires ou même par la raison*, le juge de l'espèce n'a qu'à opérer un jugement de réalité pour mesurer la conformité du fait qui lui est soumis aux exigences juridiques. Et il peut être aussi question, en second lieu, d'une *appréciation* en cas de *normalité indéterminée*. Dans cette hypothèse les magistrats devront, dans le même temps, se livrer à un jugement de valeur, pour déterminer le normal, et à un jugement de réalité, qui révélera l'anormal. Dans ce cas cependant, *la nature juridique et la destination sociale de la responsabilité juridique imposera le recours à l'appréciation in abstracto au détriment de l'appréciation concrète du fait de l'homme ou du fait de la chose qui sera soumis au juge.* Mais c'est l'unique exigence de plus qu'impose le concept. Nulle condition tenant à la gravité de l'anormalité objective ne sera ainsi requise en sus. Au contraire, *l'efficacité optimale de la responsabilité juridique et de ses applications en droit pénal et en droit civil suppose que ceux-ci appréhendent, autant que leur technique et leur fonction le permettent, la totalité des fautes susceptibles d'être commises.*

¹²⁷⁴ V. *infra* n° 381 et s.

Pour autant, un fait anormal, pour blâmable qu'il soit en tant que tel, n'est d'aucun intérêt juridique s'il demeure isolé, tout comme le résultat légal. Ce n'est en effet que si l'on peut relier l'un à l'autre qu'un fait juridique générateur de responsabilité pourra être parfaitement constitué et produire des effets de droit. Plus précisément, ces deux éléments générateurs consubstantiels au concept de responsabilité juridique devront être rattachés l'un à l'autre par un lien de causalité, dernière exigence imposée par ce même concept général. Il convient donc maintenant d'étudier l'influence de celui-ci sur celle-là.

Chapitre second

L'influence du concept de responsabilité juridique sur la causalité

220. Dualité d'exigences. Un comportement anormal d'un côté, la lésion ou la menace d'un bien juridique de l'autre, tout laisse à penser que l'ensemble des ingrédients sont réunis pour qu'une responsabilité juridique soit engagée. Pourtant, on pourrait douter que cela suffise vraiment. Le meurtre est-il consommé lorsque la personne sur laquelle on tire est atteinte d'une crise d'anévrisme mortelle juste avant que la balle ne l'atteigne ? Le séropositif ayant été contaminé par le VIH après avoir reçu des transfusions sanguines douteuses peut-il obtenir une indemnisation de la part de l'établissement de santé alors que, dans le même temps, il avait des relations sexuelles non protégées avec des partenaires multiples ? La chute d'un vieil arbre mort sur une maison peut-elle être rattachée au fait du vélo qui vient de le percuter pour fonder une responsabilité du fait des choses ou faut-il l'exclure en raison du caractère inéluctable, voire imminent de ladite chute ? Il pourrait bien n'y avoir que concomitance ou coïncidence entre ces événements. Le concept général de responsabilité juridique peut-il s'en satisfaire ? Il ne semble pas.

Ce concept commande au contraire que deux exigences soient réunies. Parce qu'il s'agit de responsabilité, fait anormal et résultat légal doivent être rattachés par un véritable lien de causalité. C'est une condition juste et utile qui se traduit par l'exigence d'une *causalité certaine*. Et, parce qu'il est question de responsabilité juridique, la causalité requise ne peut que s'en ressentir pour prendre la forme d'une causalité juridique. C'est dire que le concept de responsabilité juridique impose également l'exigence d'une *certaine causalité*. C'est ce qui sera démontré par l'examen successif des réquisits de ce concept en la matière : la nécessité de la causalité d'une part (Section 1) ; la juridicité de la causalité d'autre part (Section 2).

Section 1. La nécessité de la causalité

221. Certitude causale. Affirmer que la causalité est un élément essentiel de la responsabilité juridique, c'est dire qu'un lien causal doit exister de manière certaine entre le fait anormal et le résultat légal. Mais ce n'est dire que cela, rien de plus. L'efficience du fait anormal, sa passivité ou son dynamisme, sa proximité spatio-temporelle avec le résultat légal ne semblent pas devoir être pris en compte. Le concept de responsabilité juridique ne paraît pas commander qu'on ajoute au lien causal quelque caractère que ce soit. *Pour qu'il y ait responsabilité, il faut simplement qu'il y ait causalité, peu importe les caractéristiques du lien causal*¹²⁷⁵. Ainsi, à l'exigence d'une causalité certaine (§1) répond sa suffisance (§2).

¹²⁷⁵ Il importe de préciser dès ici que la juridicité de la causalité n'est pas un caractère de la seconde. La causalité ne doit pas être certaine, puis juridique, cette deuxième condition prenant alors la forme d'une condition

§1. L'exigence d'une causalité certaine

222. Evidence apparente de l'exigence. L'exigence de causalité en matière de responsabilité semble être une évidence tirée du concept même de responsabilité¹²⁷⁶, auquel elle paraît liée depuis toujours¹²⁷⁷ et de manière universelle¹²⁷⁸. Si l'on a beaucoup écrit sur la consistance et les manifestations du rapport causal, son principe même, en revanche, ne semble à première vue ne nécessiter aucune démonstration véritable et ne souffrir aucune discussion. La plupart des auteurs se contentent ainsi d'affirmer, au détour d'une phrase, qu'il s'agit d'une question de justice¹²⁷⁹ ou de bon sens¹²⁸⁰.

Pourtant, la causalité n'est pas une forteresse inattaquée. D'un côté, les complexités de la question ont conduit à proposer des concepts concurrents qu'ils proposent de substituer à cette condition classique de la responsabilité. D'un autre, en droit pénal, il est rare que l'on ne cantonne pas cet élément à certains types de comportements, comme si la causalité n'était qu'une condition ponctuelle et non d'une exigence liée au concept même de responsabilité juridique. Il ne paraît pas, dès lors, totalement inutile de se livrer à une démonstration des

supplémentaire adjointe à l'exigence d'un lien causal concret. En réalité, il faut comprendre que la juridicité traduit la nature même du lien causal requis en fait de responsabilité juridique. Elle la définit intrinsèquement.

¹²⁷⁶ Clairement en ce sens, v. A. BENABENT, *Droit civil. Les obligations*, préc., n° 555, Ph. BRUN, *Responsabilité extracontractuelle*, préc., n° 227, Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Responsabilité civile délictuelle*, préc., n° 147, P. ESMEIN, « Trois problèmes de responsabilité civile », *RTD Civ.*, 1934, pp. 317 et s., F. G'SELL-MACREZ, *Recherches sur la notion de causalité*, préc., n° 302 et 306, Ph. LE TOURNEAU *et alii*, *Droit de la responsabilité et des contrats*, préc., n° 1704, G. MARTY, « La relation de cause à effet comme condition de la responsabilité civile (Etude comparative des conceptions allemande, anglaise et française) », *RTD Civ.*, 1939, pp. 685 et s., Y. MAYAUD, « Quelle certitude pour le lien de causalité dans la théorie de la responsabilité pénale ? », *Mél. A. Decocq*, Litec, 2004, pp. 475 et s., H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, t. 2, préc., n° 1424, qui y voient « le critère le plus profond de la responsabilité », Ch. QUEZEL-AMBRUNAZ, *Essai sur la causalité en droit de la responsabilité civile*, préc., n° 2 et s., G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, préc., n° 115, J.-Ch. SAINT-PAU, « Les causalités dans la théorie de l'infraction », *Mél. J.-H. ROBERT*, préc., pp. 679 et s., O. SABARD, *La cause étrangère dans les droits privé et public de la responsabilité extracontractuelle*, L.G.D.J./Fondation Varenne, coll. des Thèses, vol. 20, 2008, n° 325, et B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Obligations. 1. Responsabilité délictuelle*, préc., n° 762. *Adde* F.-P. BENOIT, « Essai sur les conditions de la responsabilité en droit public et en droit privé (problèmes de causalité et d'imputabilité) », *JCP*, 1957, I, 1351.

¹²⁷⁷ Même dans les droits primitifs, la notion de causalité est connue bien qu'appréhendée d'une manière différente de la conception actuelle. A la pensée mystique de l'époque répondait, bien logiquement, une compréhension magique de la causalité. Sur cette question, v. P.-A. BON, *La causalité en droit pénal*, préc., n° 42 et s. Sur l'aspect historique du sujet, *adde* F. G'SELL-MACREZ, *op. cit.*, n° 310 et s.

¹²⁷⁸ V. en ce sens, Ph. LE TOURNEAU *et alii*, *op. et loc. cit.* *Adde* G. MARTY, *art. cit.*, et H. SLIM, « Le lien de causalité : approche comparative », *RLDC*, 2007, supplément au n°40, *Les distorsions du lien de causalité en droit de la responsabilité*, n° 2638.

¹²⁷⁹ V. not. Ph. BRUN, *op. cit.*, n° 1, E. DREYER, *Droit pénal général*, préc., n° 698, L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, t. 2, préc., n° 449, et M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations. 2- Responsabilité civile et quasi-contrats*, préc., p. 167.

¹²⁸⁰ V. par exemple, J. CARBONNIER, *Droit civil. Les biens, les obligations*, préc., n° 1073 et 1129, Ph. CONTE, *art. cit.*, n° 125, J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil. Les obligations. 2. Le fait juridique*, préc., p. 190, Ph. LE TOURNEAU *et alii*, *op. et loc. cit.*, Ph. MALINVAUD et D. FENOUILLET, *Droit des obligations*, préc., n° 701, H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, *op. cit.*, n° 1417 et 1420, et B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *op. cit.*, n° 1055.

fondements (A) et de la réalité (B) de l'exigence de causalité certaine comme élément essentiel du concept de responsabilité juridique.

A- Les fondements de l'exigence

223. Pluralité de fondements. Plusieurs raisons militent pour la défense de la causalité. D'une part, elle présente en effet des qualités qui, en elles-mêmes, lui confèrent une valeur et, d'autre part, aucun concept ne parvient à la concurrencer. un rôle indispensable au sein du système de responsabilité. Les qualités intrinsèques de l'exigence de causalité (1) s'ajoutent donc à sa qualité supérieure pour la revêtir d'une assise particulièrement solide (2).

1. Les qualités intrinsèques de l'exigence de causalité

224. Pluralité de qualités intrinsèques. Les avantages de la causalité sont de deux sortes. Tout d'abord, elle joue un rôle indispensable au sein du système de responsabilité. Ensuite, elle correspond, comme l'affirme une doctrine quasiment unanime, à une exigence de justice. Les qualités de l'exigence de causalité sont donc de deux ordres : elles reposent sur son utilité (a) et sa légitimité (b).

a - L'utilité de l'exigence de causalité

225. Fonction explicative de la causalité. Les fonctions de la causalité sont multiples. Tout d'abord, la causalité donne du sens aux choses en les tirant du hasard, de la confusion, du chaos¹²⁸¹. Comme l'affirme un auteur, la causalité a une *fonction explicative*, elle témoigne d'un enchaînement de faits¹²⁸². En droit de la responsabilité, il s'agit d'expliquer le bouleversement de l'ordre des choses et d'apporter une partie de la réponse à la question de savoir si la société doit y réagir ou l'accepter. Il est question de découvrir la source de la dégradation passive – lésion ou menace d'un intérêt juridiquement protégé – et d'identifier, par là même, la dégradation active – le fait ayant initié le déséquilibre. On cherche, avec la causalité, à rattacher deux événements juridiquement pertinents : le résultat légal¹²⁸³ et le fait anormal¹²⁸⁴. Elle garantit que leur existence isolée n'est pas pure coïncidence ou simple

¹²⁸¹ V. F. G'SELL-MACREZ, *op. cit.*, n° 1.

¹²⁸² *Ibid.*, n° 7 et s.

¹²⁸³ Le terme final du lien de causalité, en droit de la responsabilité, ne peut logiquement consister que dans le résultat légal qui est le seul techniquement relevant en la matière. En ce sens, v. not. X. PIN, *Droit pénal général*, préc., n° 157, spéc. note 1. Rapp. P.-A. BON, *op. cit.*, n° 60, et V. MALABAT, *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit pénal*, préc., n° 20 et s. Par conséquent, il ne paraît pas fondé de toujours raisonner en contemplation d'un résultat consistant en un préjudice. Pour plus de développements sur la question, v. *infra* n° 249 et s.

¹²⁸⁴ Sur le fait anormal pris en tant que tel, v. *supra* n° 149 et s. Sur l'influence de l'exigence d'un fait anormal sur l'acception juridique de causalité, v. *infra* n° 299 et s.

concomitance¹²⁸⁵, elle pousse à dépasser les apparences. Entre celui qui tire sur une personne décédant d'une crise d'anévrisme avant que la balle ne la touche et celui dont la lame traverse son adversaire, c'est la causalité qui fait la différence et qui permet de considérer le second individu, et lui seul, comme étant coupable de meurtre consommé. « *La causalité est une relation dans les deux sens du terme : elle relate, et elle relie* »¹²⁸⁶.

226. Fonction constitutive de la causalité. En rattachant résultat légal et fait anormal ensuite, la causalité *participe avec eux de la constitution du fait générateur de responsabilité*, lui permettant dès lors de produire des effets en droit civil et en droit pénal. Un civiliste, justement, a d'ailleurs proposé de fonder sur la causalité la cause même de l'obligation de réparation¹²⁸⁷, ce qui permettrait notamment de justifier que l'on remplace, pour orchestrer le partage de la dette de réparation entre co-responsables, la répartition par parts viriles ou le critère jurisprudentiel de la gravité de la faute par celui du rôle causal du fait de chacun¹²⁸⁸. Ainsi, en droit civil de la responsabilité, la causalité fonderait non seulement le principe mais aussi l'étendue de l'obligation de réparation.

227. Fonction attributive et place de la causalité dans la structure de la responsabilité – nuances. Enfin, la causalité est présentée comme *l'instrument qui permet la désignation du ou des responsables*¹²⁸⁹. L'assertion semble exacte dans la mesure où en reliant le résultat légal à un ou plusieurs faits anormaux, on qualifie en principe, dans le même temps, leur auteur de responsable. Elle doit toutefois être nuancée et précisée.

En premier lieu, si la causalité paraît nécessaire à la désignation d'un responsable, elle n'y est pas cependant suffisante. Dans tous les cas d'une part, déterminer un antécédent causal ne suffira jamais dès lors que cet antécédent doit être juridiquement relevant, ce qui passe par

¹²⁸⁵ Distinguant coïncidence ou concomitance et causalité, v. not. J. CARBONNIER, *op. cit.*, n° 1129, M. FABRE-MAGNAN, *op. et loc. cit.*, J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *op. et loc. cit.*, et R. SAVATIER, *Traité de la responsabilité en droit français civil, administratif, professionnel, procédural*, t. 2, préc., n° 459

¹²⁸⁶ F. G'SELL-MACREZ, *op. cit.*, n° 8. Adde P.-A. BON, *op. cit.*, n° 60 et s., et G. VINEY ET P. JOURDAIN, *Traité de droit civil. Les conditions de la responsabilité*, préc., n° 333-2.

¹²⁸⁷ Ch. QUEZEL-AMBRUNAZ, *op. cit.*, n° 6, et 356 et s.

¹²⁸⁸ Sur cette question, qui ne sera pas approfondie ici pour la raison qu'elle ne concerne pas les conditions mais les effets de la responsabilité, v. not., outre les ouvrages généraux, P. ESMEIN, *art. cit.*, Y. LAMBERT-FAIVRE, « De la poursuite à la contribution : quelques arcanes de la causalité », *D.*, 1992, chron., pp. 311 et s., Ch. QUEZEL-AMBRUNAZ, *op. cit.*, n° 321 et s., et n° 615 et s., et B. STARCK, « La pluralité de causes de dommage et la responsabilité civile (La vie brève d'une fausse équation : causalité partielle = responsabilité partielle) », *JCP*, 1970, I, 2339. La proposition de M. Quézel-Ambrunaz de mesurer le rôle des causes en fonction de l'importance de la défektivité, soit à partir de la gravité de l'anormalité objective, semble toutefois n'être qu'une généralisation du critère de la gravité de la faute par la prise en compte de toute anormalité, y compris celle du fait de la chose (*ibid.* n° 335). On peut douter qu'il s'agisse là d'un critère véritablement causaliste. La prise en compte du pouvoir causal des défektivités en concours s'en rapprocherait davantage.

¹²⁸⁹ V. not. P.-A. BON, *op. cit.*, n° 53 et s., et « Quelques réflexions sur la causalité en droit pénal », *RPDP*, 2006, pp. 291 et s., F. G'SELL-MACREZ, *op. cit.*, n° 7, 9, et 302 et s., et Ch. QUEZEL-AMBRUNAZ, *op. cit.*, n° 560 et s.

une exigence d'anormalité du fait causal¹²⁹⁰. D'autre part, cette fonction de désignation des responsables est surtout vraie en matière de responsabilité comportementale ou, autrement dit, de responsabilité du fait personnel. Dans ce type de régime, est responsable celui qui a accompli un fait générateur de responsabilité, soit celui-là même qui a anormalement dégradé une situation juridique. En revanche, pour ce qui est des responsabilités fonctionnelles, fondées non sur l'attitude du responsable mais sur l'autorité qu'il exerce, de par sa fonction, au sein de la société¹²⁹¹, la causalité ne joue aucun rôle. Une fois le fait générateur de responsabilité constitué, toute considération fondée sur la causalité est exclue. Il ne s'agit plus de savoir si les parents de l'enfant qui a bousculé son camarade ou si l'employeur du vendeur énervé qui a insulté un client sont ou non à l'origine des atteintes à l'intégrité physique ou à l'honneur qui en auront résulté. La seule question est alors de savoir si le fait causal entre dans leur sphère d'autorité, ce qui, techniquement, se fera sur le seul constat de la présence ou de l'absence d'un critère d'imputation attributive: l'autorité parentale pour les premiers, le lien de préposition pour le second. *La causalité cède donc le pas à l'autorité en fait de responsabilité fonctionnelle*¹²⁹².

228. Fonction attributive et place de la causalité dans la structure de la responsabilité – précisions. Cela éclaire, en second lieu, sur la place de la causalité au sein de la structure de la responsabilité. Certains auteurs distinguent deux liens de causalité. Celui, constitutif d'une part, qui est une partie du fait générateur de responsabilité et qui relierait le fait anormal au résultat et celui, attributif d'autre part, qui serait hors du fait générateur de responsabilité et qui ne ferait que le rattacher au responsable¹²⁹³. A une causalité de constitution s'opposerait une causalité d'imputation, laquelle ne serait que participative ou fonctionnelle selon le modèle, comportemental ou fonctionnel, de responsabilité. Par exemple, à la causalité unissant un coup de poing à une fracture du nez, qui permettrait de constituer à la fois un délit de violences ayant entraîné une ITT et un délit civil, il faudrait ajouter un second lien causal pour désigner le responsable : l'effet de la provocation d'un tiers à adopter ce comportement ou la non-influence du comportement de son enfant ou de son

¹²⁹⁰ V. *infra* n° 299 et s.

¹²⁹¹ Pour de plus amples développements sur la question, v. *infra* n° 479 et s.

¹²⁹² En ce sens, v. Ch. QUEZEL-AMBRUNAZ, *op. cit.*, n° 596 et s. Rappr. F. G'SELL-MACREZ, *op. cit.*, n° 378, P. JOURDAIN, « Du critère de la responsabilité », *Mél. G. Viney*, préc., pp. 554 et s., et s., G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. et loc. cit.* Contra v. L. BLOCH, *L'exonération en droit de la responsabilité civile*, thèse Bordeaux, 2003, n° 36, et 69 et s., 92 et s., et 243 et s., qui distingue la causalité *stricto sensu*, rattachant le fait au dommage, et la « *supracausalité* », lien d'imputabilité qui unit le fait anormal dommageable au défendeur, et O. SABARD, *op. cit.*, n° 74, 318 et s., et 444 et s., qui oppose causalité primaire, entre le fait anormal et le dommage, et causalité seconde, entre le fait et le responsable, y compris dans les régimes de responsabilité objective. Il semble que le dernier auteur ait conscience de la non-conformité du droit positif à sa conception (*ibid.*, n° 420 et s.).

¹²⁹³ V. not. H. et L. MAZEAUD, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, t. 2, 4^e éd., n° 1433, cité in H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, *op. cit.*, n° 419, note 1, et F. ROUSSEAU, *L'imputation dans la responsabilité pénale*, préc., n° 179, et 208 et s. Adde L. BLOCH, *op. et loc. cit.*, O. SABARD, *op. et loc. cit.*, et J.-Ch. SAINT-PAU, art. *cit.*. Sur et contre cette conception, v. aussi Ch. QUEZEL-AMBRUNAZ, *op. cit.*, n° 598.

salarié, par exemple. Pourtant, à bien y regarder, il s'agit soit d'un lien causal constitutif classique, soit d'un lien d'imputation totalement distinct de la notion de causalité.

En cas de responsabilité comportementale, tout d'abord, on peut très bien considérer qu'il n'y a qu'un lien de causalité, purement constitutif, mais qui participe de la perfection d'un autre fait générateur : le fait de complicité accompli par autre individu. A vrai dire, l'idée d'une causalité participative distincte de la causalité constitutive repose sur le postulat que l'infraction serait le seul fait générateur de responsabilité pénale¹²⁹⁴ – ce qui a déjà été contesté dans la mesure où la seule différence entre complicité et infraction semble ne tenir qu'à la présence du texte d'incrimination de la première dans la partie générale du Code pénal¹²⁹⁵ – et sur une supposée originalité de la causalité en matière de complicité. On aura l'occasion de remettre en cause plus précisément cette dernière opinion¹²⁹⁶. A ce stade de la démonstration, il est suffisant de dire que la causalité est toujours constitutive et lie toujours un fait anormal – acte de complicité ou comportement spécialement incriminé – et un résultat légal – fait principal punissable¹²⁹⁷ ou lésion ou risque spécialement incriminé¹²⁹⁸.

En matière de responsabilité fonctionnelle, ensuite, toute idée de causalité autre que la causalité constitutive classique est exclue. Un autre lien est effectivement exigé, fondé sur l'autorité du responsable. Mais, on vient de le voir, ce lien est d'une nature autre qu'un lien causal. Il ne relate rien, il n'a pas pour fonction de lier deux événements entre eux. C'est une pure question d'imputation, la désignation toute juridique d'une personne par le droit objectif aux seules fins de lui faire supporter certains effets de droit, ici la réparation du préjudice subi par la victime du fait de la personne ou de la chose dont elle doit répondre. L'autorité ne fait que fonder la responsabilité du fait d'autrui ou du fait des choses. Sans elle, le fait générateur de responsabilité aurait pu exister. En revanche, sans fait causal, il est censé ne pas pouvoir y avoir de résultat légal. La causalité, on en revient au point de départ, ne permet pas à seulement de fonder l'obligation du responsable. Elle tend aussi à découvrir et expliquer ce qui s'est passé et qui est insupportable pour la société.

Explicative, constitutive, critère premier de désignation des responsables, la causalité joue donc un rôle fondamental en matière de responsabilité. Et il ne semble pas que les techniques supposées lui faire concurrence présentent les mêmes avantages.

¹²⁹⁴ V. F. ROUSSEAU, *op. cit.*, n° 215.

¹²⁹⁵ V. *supra* n° 24 et 96 et s.

¹²⁹⁶ *Infra* n° 256.

¹²⁹⁷ Sur cette notion, v. *supra* n° 96 note 575.

¹²⁹⁸ D'un point de vue plus général d'ailleurs, il semblerait que la question de l'imputation attributive ne soit pas d'une réelle utilité technique dans les régimes de responsabilité du fait personnel (en ce sens, v. aussi F. LEDUC, « Causalité civile et imputation », *RLDC*, 2007, supplément au n° 40, préc., n° 2631). Puisqu'il s'agit d'attribuer à une personne le fait juridique qu'il a commis, il suffit en fait de vérifier que le fait anormal à l'origine du résultat légal – ce qui ressortit à la phase de constitution – est bien celui de la personne dont on entend établir la responsabilité, ce qui renvoie à une opération toute matérielle d'identification du responsable. La notion garde cependant une valeur en tant qu'outil descriptif et n'en reste pas moins susceptible d'être appréhendée par le droit. V. *infra* n° 479 et s. Comp. J.-Ch. SAINT-PAU, *art. cit.*

b - La légitimité de l'exigence de causalité

229. Justice, causalité et responsabilité. La responsabilité est une manifestation de la justice commutative¹²⁹⁹. Elle tend à rétablir l'équilibre rompu par un fait venant anormalement troubler l'ordre des choses. Or, la causalité participe justement de cette exigence de justice en s'assurant que la réaction sociale soit à la mesure du bouleversement dû au fait attribué au responsable. Celui-ci ne doit pas être un total inconnu au regard du dommage ou du risque contre lequel entend agir le système juridique. *La causalité permet dès lors de distinguer responsable et bouc émissaire*¹³⁰⁰.

230. Justice, causalité et principe de la responsabilité. Par conséquent, la causalité doit, d'abord, subordonner le principe même de la responsabilité.

Cela est particulièrement vrai, d'une part, pour les régimes de responsabilité comportementale, régis par le principe de responsabilité du fait personnel. En effet, puisque la responsabilité comportementale consiste à rendre responsable en raison de la commission du fait générateur de responsabilité lui-même, la désignation du responsable ne peut reposer que sur la causalité et sur l'identification de l'auteur. Il apparaît juste de rendre responsable une personne des préjudices ou du risque qu'il a personnellement créé ou contribué à créer. Cela vaut en matière civile d'une part, sur le fondement des articles 1382, 1383 et 1147 du Code civil. Cela est *a fortiori* valable en matière pénale où le principe de responsabilité du fait personnel¹³⁰¹ a été affirmé pendant longtemps par la chambre criminelle de la Cour de cassation¹³⁰². Aujourd'hui, il est expressément mentionné à l'article 121-1 du Code pénal et consacré par le Conseil constitutionnel au visa des articles 8 et 9 de la DDHC¹³⁰³.

D'autre part, l'exigence de causalité est également légitime en ce qu'elle confère une certaine justice aux responsabilités fonctionnelles, à savoir les responsabilités du fait des choses et du fait d'autrui. La raison en est que si la responsabilité de son propre fait suppose

¹²⁹⁹ Sur les liens entre justice commutative, responsabilité et causalité, v. not. Ph. BRUN, *op. et loc. cit.*, et Ch. QUEZEL-AMBRUNAZ, *op. cit.*, n° 358. Au contraire, la réparation sans causalité serait le signe de la justice distributive. V. S. BANAKAS, « Causalité juridique et imputation », *RLDC*, 2007, supplément au n° 40, préc., n° 2641. Comp. sur les liens entre causalité et justice rétributive, P.-A. BON, *op. cit.*, n° 93.

¹³⁰⁰ Sur le concept de bouc émissaire, v. J. JULIEN, *La responsabilité civile du fait d'autrui. Ruptures et continuités*, préc., n° 3. En droit civil, la causalité pourrait aussi permettre de distinguer responsable et débiteur d'une obligation légale d'indemnisation automatique. En ce sens, v. Ph. BRUN, *op. cit.*, n° 227, F. G'SELL-MACREZ, *op. cit.*, n° 306, et B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *op. cit.*, n° 762. Rapp. L. BLOCH, *op. cit.*, n° 37, et O. SABARD, *op. cit.*, n° 310 et s., qui estiment toutefois que c'est la causalité liant le responsable, quel qu'il soit, au fait anormal qui permet une telle distinction. *Contra* V. Ch. QUEZEL-AMBRUNAZ, *op. cit.*, n° 530, considérant que c'est la notion de sphère d'autorité qui remplit cet office. *Adde* F. LEDUC, *art. cit.*, qui se réfère à la notion d'imputation personnelle.

¹³⁰¹ Sur ce principe, v. not. Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, préc., n° 399 et s., E. DREYER, *op. cit.*, n° 933 et s., et N. RIAS, *Aspects actuels des liens entre les responsabilités civile et pénale*, préc., n° 138 et s. Pour un rapprochement entre ledit principe et l'exigence de causalité, v. aussi P.-A. BON, *art. cit.*, et E. DREYER, « La causalité directe de l'infraction », *Dr. pénal*, 2007, Etude n° 9.

¹³⁰² V. not. Crim., 30 déc. 1892 : *S.*, 1894, 1, note E. VILLEY, p. 201, Crim., 28 févr. 1956 : *JCP*, 1956, II, 9304, note R. DE LESTANG, et Crim., 3 févr. 1972 : *Bull. crim.*, n° 144.

¹³⁰³ Cons. const., 16 juin 1999 : *D.*, 1999, jur., note Y. MAYAUD, p. 589.

l'existence d'un lien causal entre ce fait et la dégradation d'une situation juridique, cette condition doit, à plus forte raison, exister si la responsabilité repose sur un fait non personnel. On ne saurait, en bonne justice, rendre plus facile l'engagement de la responsabilité d'un individu pour un fait qu'il n'a pas personnellement commis. L'employeur ne saurait ainsi être rendu responsable du fait de son vendeur si un client a fait une mauvaise affaire en raison de sa seule imbécilité ou crédulité, de même que le gardien du vélo qui percute un palmier ne devrait pas être condamné à indemniser le propriétaire de la maison sur laquelle il s'est écroulé dès lors que cette chute était rendue inévitable et imminente par l'état de pourriture intrinsèque de l'arbre exotique.

231. Justice, causalité et effets de la responsabilité. Si la question concerne davantage les effets de la responsabilité que ses conditions, on peut brièvement dire que la légitimité de la causalité tient aussi à ce que, pour être ressentie comme juste, la charge juridique imposée au responsable ne devrait porter que sur le résultat qu'il a effectivement contribué à causer.

Tout ce résultat bien sûr, de telle sorte que le droit à réparation de la victime ou le pouvoir de punir de la société doit dépendre en tout ou partie de la lésion ou de la menace qui leur est effectivement causée. En matière civile, cela est une réalité qui repose sur le principe de réparation intégrale¹³⁰⁴. En droit pénal, la peine dépend, au moins partiellement, de la gravité du résultat¹³⁰⁵ comme en témoigne la gradation de sanctions des violences mortelles¹³⁰⁶, des violences ayant entraîné une mutilation ou une infirmité permanente¹³⁰⁷, et de celles suivies d'ITT¹³⁰⁸ ou non suivies d'ITT¹³⁰⁹.

En revanche, la responsabilité ne devrait aussi porter que sur ce résultat, ce qui conduirait à ce que l'obligation ou le devoir de répondre du fait générateur de responsabilité dépendent de la part de résultat effectivement causé par le fait anormal. Cela fait l'objet de propositions classiques et récurrentes en droit civil¹³¹⁰. En matière pénale, cela n'est pas aussi couramment envisagé mais l'idée pourrait également trouver à s'appliquer aux infractions de résultat. On pourrait en effet envisager qu'en cas de violences collectives, le juge soit tenu d'attribuer au comportement de chacun des coauteurs la qualification et, partant, la sanction encourue adéquates en se fondant sur le résultat qu'ils ont effectivement causé à titre personnel. Par exemple, à l'occasion d'une rixe, un tel qui n'aura que gifler la victime devra être considérée comme auteur d'une contravention de violences, un tel autre qui lui aura coupé un doigt verra

¹³⁰⁴ Sur ce principe, v. not. Ph. BRUN, *op. cit.*, n° 588 et s., Ph. LE TOURNEAU *et alii*, *op. cit.*, n° 2523 et s., et G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil. Les effets de la responsabilité*, préc., n° 57 et s.

¹³⁰⁵ Sur cette question, v. M.-A. RAYMOND, *Les infractions de résultat*, thèse Bordeaux, 2010, n° 144 et s.

¹³⁰⁶ C. pén., art. 222-7 : quinze ans de réclusion criminelle.

¹³⁰⁷ C. pén., art. 222-9 : dix ans d'emprisonnement et 150 000 euros d'amende.

¹³⁰⁸ C. pén., art. 222-11 (violences ayant entraîné une ITT supérieure à huit jours) : trois ans d'emprisonnement et 45 000 euros d'amende, et C. pén., art. R. 625- 1 (violences ayant entraîné une ITT égale ou inférieure à huit jours) : amende contraventionnelle de la 5^e classe.

¹³⁰⁹ C. pén., art. R. 624-1 : amende contraventionnelle de la 4^e classe.

¹³¹⁰ V. *supra* n° 226 note 1287.

son comportement qualifié de violences délictuelles ayant entraîné une mutilation, alors qu'un dernier qui aura fait trébucher la victime, celle-ci s'en brisant le coup, pourra se voir condamner pour violences mortelles. Ces solutions, qui seraient conformes aux principes de responsabilité du fait personnel et de personnalité des peines¹³¹¹, ne sont toutefois pas retenues en droit positif, et ce, que l'on envisage le droit civil ou le droit pénal de la responsabilité. En effet, on a déjà rappelé qu'en droit de la responsabilité civile, c'est en fonction de la gravité des fautes ou, en l'absence de faute, par parts viriles que la charge de la réparation est répartie entre co-responsables¹³¹². Quant au droit criminel, où le résultat final est rattaché tel quel à l'ensemble des participants sans regard pour la réalité de leur rôle causal sur le fondement des théories de la complicité corespective et de la scène unique de violences, en cas d'infraction intentionnelle, ou sur celui d'une faute commune, en cas d'infraction non intentionnelle¹³¹³. Ces décisions sont généralement justifiées par l'idée que la quantification causale serait impossible en principe¹³¹⁴ ou, au moins, très complexe en pratique. Dans le dernier cas, il s'agirait de contourner une difficulté insurmontable de preuve du rôle causal de chacun des intervenants¹³¹⁵.

Reste que par son utilité et sa légitimité, l'exigence de causalité apparaît solidement fondée. Elle l'est d'autant plus que, de par ses avantages intrinsèques, elle présente une qualité supérieure à toutes les techniques qui ont été proposées pour la concurrencer.

2. La qualité supérieure de l'exigence de causalité

232. Concurrence. Face aux difficultés éprouvées en doctrine à se mettre d'accord sur une conception commune de la causalité et à faire triompher l'une des théories de la causalité en droit positif et vus les délicats problèmes de preuve que soulève la question, certains auteurs en sont venus à proposer des techniques destinées à remplacer la causalité. Celles-ci

¹³¹¹ Sur ce principe, v. not. Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *op. cit.*, n° 371 et s., et 432 et s., E. DREYER, *op. et loc. cit.*, et N. RIAS, *op. cit.*, n° 127 et s.

¹³¹² V. *supra* n° 226.

¹³¹³ V. M.-A. RAYMOND, *op. cit.*, n° 268 et s. V. également *infra* n° 317 et s.

¹³¹⁴ V. Ch. QUEZEL-AMBRUNAZ, *op. cit.*, n° 325, qui conteste l'argument (*ibid.*, n° 325 et s.), à juste titre dès lors que l'on voit mal en quoi il serait plus difficile de comparer le rôle causal de plusieurs faits anormaux que de comparer leur anormalité respective.

¹³¹⁵ V. not. M.-A. RAYMOND, *op. cit.*, n° 168. Au même endroit, l'auteur justifie également la solution par l'idée selon laquelle le résultat final n'a pu être obtenu que par la conjonction des différents faits causals. Si une telle situation est envisageable, il semble ne s'agir que d'une considération de fait insusceptible de fonder une solution générale. Plus loin (*ibid.*, n° 269), Mlle Raymond fonde une telle solution sur une conception particulière de la coaction prise comme une technique d'imputation d'une infraction unique à une pluralité de participants ne réunissant sur leur tête respective ni la totalité des éléments constitutifs de l'infraction en question ni l'ensemble de ceux de la complicité. Sur cette conception, v. également E. BARON, *La coaction en droit pénal*, thèse Bordeaux, 2012, et F. ROUSSEAU, *op. cit.*, n° 237 et s., et J.-Ch. SAINT-PAU, art. *cit.* Illégale, cette théorie semble donc critiquable comme inapte à justifier les solutions jurisprudentielles. Elle l'est d'autant plus qu'elle ne paraît pas utile non plus, puisqu'elle n'est pas nécessaire à expliquer une jurisprudence qui se comprend très bien en raisonnant sur le seul terrain probatoire. V. *infra* n° 320. Mais cela ne préjuge pas de ses apports potentiels à d'autres points de vue, comme il sera vu *infra* n° 569.

ne semblent cependant pas à même de remplir efficacement les fonctions techniques remplies par cette dernière.

Mais ce n'est qu'après la présentation de ces techniques concurrentes (a) que l'on pourra se livrer valablement à leur appréciation (b).

a- Présentation des techniques concurrentes de la causalité

233. Pluralité des propositions. Plusieurs propositions ont été formulées. Certaines ne méritent pas vraiment d'approfondissement. Ainsi en est-il de la proposition consistant à fonder la responsabilité sur l'équité, tant il est vrai que l'identification des parties ne peut, logiquement, que précéder l'examen de leur situation économique, et non l'inverse¹³¹⁶. De même, la notion de risque qui aboutirait à se satisfaire du pouvoir causal du fait anormal reste finalement une conception de la causalité¹³¹⁷ et paraît en fait fort proche de la théorie de la causalité adéquate, la seule différence touchant à l'indifférence à la réalité du lien causal concret¹³¹⁸. En revanche, d'autres propositions méritent que l'on s'y attarde.

234. Relativité aquilienne. Tel est le cas, en premier lieu, de la théorie de la relativité aquilienne¹³¹⁹. Théorie allemande de la fin des années 1930, la relativité aquilienne tend à limiter la responsabilité en se fondant sur le but de la norme violée, et ce, de deux façons distinctes. Alors que son acception matérielle limite la responsabilité à la lésion ou à la menace des seuls intérêts protégés par le texte¹³²⁰, la relativité aquilienne personnelle conduit à ne protéger que certaines personnes juridiquement désignées. Une fois délimité le champ de protection couvert par la norme, il suffirait, pour engager la responsabilité d'un individu, de constater un fait de violation de celle-là par celui-ci et l'existence de victimes aquilienne ayant subi des préjudices aquiliens. Si la doctrine ne lui reconnaît en majorité qu'une valeur théorique, certains affirment que cette théorie bénéficie d'un certain accueil en jurisprudence, laquelle l'utiliserait pour combler les lacunes laissées par l'incapacité des théories causalistes proposées à limiter adéquatement le territoire de la responsabilité¹³²¹.

¹³¹⁶ V. G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. cit.*, n° 336.

¹³¹⁷ L'usage qui est fait de la perte de chance aux fins de contourner les difficultés qui peuvent exister à prouver le lien causal entre une faute et un dommage final ne s'éloigne pas tout à fait non plus de l'idée de causalité. Pour cette raison, il paraît peu judicieux de la considérer comme une technique concurrente de la causalité et de l'étudier en détail. Sur cette question, v. références citées *supra* n° 116, note 696.

¹³¹⁸ V. G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. et loc. cit.*

¹³¹⁹ Sur cette théorie, v. not. J. LIMPENS, « La théorie de la "relativité aquilienne" en droit comparé », *Mél. R. Savatier*, Dalloz, 1965, pp. 559 et s., D.-M. PHILIPPE, « La théorie de la relativité aquilienne », *Mél. R. O. Dalcq*, Larcier, 1994, pp. 467 et s., Ch. QUEZEL-AMBRUNAZ, *op. cit.*, n° 164 et s., H. SLIM, *art. cit.*, et G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. et loc. cit.*

¹³²⁰ Pour une proposition assez proche de cet aspect de la relativité aquilienne, v. M. LACAZE, « La réprobation objective en droit pénal. Apports de la notion à la théorie de l'infraction et perspectives civilistes », *Travaux de l'ISCS*, n° 1, Cujas, 2011, pp. 257 et s.

¹³²¹ Sur ce point, v. Ch. QUEZEL-AMBRUNAZ, *op. cit.*, n° 178 et s., H. SLIM, *art. cit.*, et G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. et loc. cit.*, et les références citées par ces auteurs.

235. Analyse économique du droit. L'analyse économique du droit, en second lieu, connaît un succès grandissant malgré sa non-réception en droit positif français. Dès lors, son approche de la causalité apparaît intéressante à étudier. Cela l'est d'autant plus que les tenants de cette analyse ont justement proposé, eux aussi, de se passer de cette condition¹³²². Selon eux, la victime étant également une des causes du dommage, l'exigence de causalité ne permettrait pas de choisir un responsable. Partant, il est question de lui substituer le critère de l'efficacité économique de la responsabilité civile qui consiste à chercher le responsable dans la personne « *qui était en mesure de prévenir le dommage au moindre coût* »¹³²³.

Malgré leur succès, effectif mais relatif ou bien seulement potentiel, ces techniques concurrentes de la causalité apparaissent très insuffisantes à remplir les fonctions techniques qui lui sont habituellement attribuées.

b- Appréciation des techniques concurrentes de la causalité

236. Utilité effective des techniques de remplacement. Ces techniques ne sont pas dépourvues de tout avantage.

La théorie de la relativité aquilienne permet effectivement une limitation du champ des responsables à l'instar de certaines théories sélectives de la causalité. Par ailleurs, elle peut servir utilement à la désignation d'un responsable. En effet, si la violation d'une norme visant à protéger, par exemple, la sécurité des salariés est constatée de manière concomitante à une atteinte portée à l'intégrité physique d'ouvriers, il peut être efficace de conclure à la responsabilité de celui qui a enfreint ladite norme. De même, l'analyse économique du droit fournit un critère fiable pour identifier le responsable en désignant celui qui peut prévenir le préjudice au moindre coût.

237. Utilité déceptive et illégitimité des techniques de remplacement. Toutefois, l'utilité de ces techniques se limitent à cela, ce qui est bien peu.

Quant à la première, elle est de nature à se satisfaire de coïncidences. Elle ne lie pas les faits entre eux et ne leur donne pas sens. Elle ne permet pas non plus l'appréhension d'une éventuelle cause étrangère entre le fait anormal et le résultat légal¹³²⁴. Tout au plus pourrait-elle servir à fonder une présomption de causalité tant il est vrai qu'on peut trouver vraisemblable que celui qui viole une règle tendant à assurer la sécurité de salariés soit à l'origine des blessures subies, postérieurement à ladite violation, par des ouvriers. Elle peut

¹³²² Sur la question, v. F. G'SELL-MACREZ, *op. cit.*, n° 605 et s., et G. MAITRE, *La responsabilité civile à l'épreuve de l'analyse économique du droit*, préc., n° 191.

¹³²³ G. MAITRE, *op. et loc. cit.*

¹³²⁴ V. Ch. QUEZEL-AMBRUNAZ, *op. cit.*, n° 176.

tout au plus compléter la causalité mais non s'y substituer¹³²⁵. En tout état de cause, cette théorie ne saurait s'épanouir que dans un systèmes de délits spéciaux, ce qui exclut son application au droit français de la responsabilité civile¹³²⁶, et peut être difficile d'application dès lors que la détermination des intérêts protégés par une norme n'est pas toujours aisé à opérer¹³²⁷.

Concernant le critère de l'efficacité économique de la responsabilité, il ne fait que désigner un responsable. Il ne remplit donc que la fonction attributive partiellement joué par la causalité. Il ne s'agit, en dernière analyse, que d'un simple critère d'imputation qui n'est d'aucune aide concernant la question de la constitution du fait générateur de responsabilité. Il ne permet ainsi ni de relater ni de relier les évènements. Il ne faut donc pas s'étonner que des spécialistes plus récents de l'analyse économique du droit en soient convenus et aient accordé une place tout à fait classique à la causalité comme technique de relation du fait anormal et du résultat légal, tout en ne tenant plus l'aptitude à prévenir le dommage au moindre coût que pour le critère d'imputation qu'il est¹³²⁸. C'était d'ailleurs le seul moyen d'identifier le *cheapest cost avoider*.

Les techniques supposées faire concurrence à la causalité sont donc totalement inaptes à remplir les fonctions assurées par cette dernière. En outre, se contenter de désigner un responsable sans s'assurer que le résultat a bien été causé par un fait dont il doit répondre serait procéder à un choix arbitraire. Il paraît, par conséquent, impossible de se passer d'elle. Le droit positif, d'ailleurs, ne contredit pas ce propos.

B- La réalité de l'exigence

238. Conformité du droit positif aux exigences du concept de responsabilité juridique. Malgré les difficultés qu'elle pose et les critiques qu'elle suscite en retour, la causalité, en raison de son utilité et de sa légitimité, est une exigence omniprésente du droit positif de la responsabilité. Si l'affirmation est plus classique en droit civil de la responsabilité qu'en droit pénal (1), elle semble s'imposer avec tout autant de vigueur en la matière, le droit criminel en faisant une condition générale des faits générateurs de responsabilité pénale (2).

1. Une exigence classique en droit civil de la responsabilité

239. Généralité de l'exigence. Que le fait anormal soit un fait de l'homme (a) ou un fait de la chose (b), il doit être à l'origine du résultat légal pour que soit constitué le fait générateur

¹³²⁵ V. J. LIMPENS, art. *cit.*, H. SLIM, art. *cit.*, et G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. et loc. cit.* Comp. M. LACAZE, art. *cit.*

¹³²⁶ V. Ch. QUEZEL-AMBRUNAZ, *op. cit.*, n° 172. Rapp. M. LACAZE, art. *cit.*, et J. LIMPENS, art. *cit.*

¹³²⁷ V. G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. et loc. cit.*

¹³²⁸ V. G. MAITRE, *op. cit.*, n° 192 et s.

de responsabilité. Il semble même que ce soit une des seules solutions certaines que l'on puisse tirer de l'examen de la jurisprudence¹³²⁹.

a- Causalité et fait de l'homme

240. Causalité et responsabilité extracontractuelle. L'exigence se vérifie en matière de responsabilité extracontractuelle autant qu'en matière de responsabilité contractuelle. Concernant la première, d'une part, on peut en vérifier l'importance à plusieurs égards.

En premier lieu, le droit positif est sans nuance en matière de responsabilité du fait personnel. Les articles 1382 et 1383 du Code civil, tout d'abord, sont très clairs : « *Tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage oblige (...) à la réparer* » ; « *Chacun est responsable du dommage qu'il a causé* ». La causalité est exigée, elle doit donc être certaine. Ensuite, la Cour de cassation a rappelé qu'« *il ne suffit pas à la partie lésée d'établir la faute du défendeur et le préjudice : il lui faut encore prouver l'existence du lien direct de cause à effet entre cette faute et le préjudice* »¹³³⁰. Depuis lors, cet impératif fait l'objet de rappels constants¹³³¹. La question relève d'ailleurs du contrôle de la haute juridiction¹³³². Quant à la doctrine, enfin, elle ne peut que constater cet état du droit¹³³³. Sans même se référer aux textes d'ailleurs, elle reconnaît le caractère indispensable de cette condition de la responsabilité civile¹³³⁴. Il faut d'ailleurs noter que l'exigence vaut qu'il soit question de quasi-délit ou de délit civils. Certains, pourtant, ont cependant pu laisser penser que la causalité perdrait en importance lorsque la faute commise est intentionnelle¹³³⁵. Il est certain que « *la faute montre du doigt le responsable* »¹³³⁶ et que plus la faute sera grave, plus son auteur aura l'apparence de la source évidente du résultat. Néanmoins, il peut très bien ne s'agir justement

¹³²⁹ V. Ch. QUEZEL-AMBRUNAZ, *op. cit.*, n° 137.

¹³³⁰ Civ., 14 mars 1892 : *D.*, 1892, 1, p. 523.

¹³³¹ V. par exemple, Civ. 2, 27 oct. 1975 : *Gaz. Pal.*, 1976, 1, note A. PLANCQUEEL, p. 169, Civ. 2, 15 nov. 1989 : *Bull. civ.*, n° 206, et Civ. 3, 4 juill. 2001 : *Bull. civ.*, n° 90.

¹³³² Sur ce point, v. not. Ph. BRUN, *op. cit.*, n° 245, F. G'SELL-MACREZ, *op. cit.*, n° 507 et s., Ph. LE TOURNEAU *et alii*, n° 1709, G. MARTY, *art. cit.*, Ch. QUEZEL-AMBRUNAZ, *op. cit.*, n° 136, F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, préc., n° 859.

¹³³³ V. Ch. AUBRY et Ch. RAU par N. DEJEAN DE LA BÂTIE, *Droit civil français*, t. VI-2, préc., n° 389, G'SELL-MACREZ, *op. cit.*, n° 2 et s., H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, *op. cit.*, n° 1418 et s., F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. et loc. cit.*, et G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil. Les conditions de la responsabilité*, préc., n° 350 et s.

¹³³⁴ V. not. J. CARBONNIER, *op. et loc. cit.*, A. COLIN et H. CAPITANT par L. JULLIOT DE LA MORANDIERE, *Traité de droit civil*, t. 2, préc., n° 1123, J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *op. cit.*, n° 164, F. G'SELL-MACREZ, *op. cit.*, L. JOSSERAND, *op. cit.*, n° 449, Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit civil. Les obligations*, préc., n° 91, Ch. QUEZEL-AMBRUNAZ, *op. cit.*, N. RIAS, *op. cit.*, n° 343, R. SAVATIER, *op. cit.*, n° 456, et B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *op. cit.*, n° 1089.

¹³³⁵ V. par exemple, P. ESMEIN, « Le nez de Cléopâtre ou les affres de la causalité », *D.*, 1964, chron., pp. 205 et s., qui estime qu'en cas de faute intentionnelle, « *on n'hésitera pas à condamner le responsable à réparer tous les dommages qu'il a voulu causer, quelques compliqués que fussent les moyens employés pour les causer* ». Sur la question, v. spéc. M. BUSSANI, « Intention et causalité dans le droit comparé de la responsabilité civile (la fable très peu convenue de la malice qui accroche) », *Mél. X. Blanc-Jouvan*, Société de législation comparée, DL, 2005, pp. 459 et s.

¹³³⁶ Ph. MALINVAUD et D. FENOUILLET, *op. cit.*, n° 702.

que d'une apparence trompeuse. Ainsi en serait-il si quelqu'un croyait empoisonner sa belle-mère en ignorant que le thé administré avait été expurgé de toute substance mortifère par l'intervention d'un tiers, et ce, alors même que la malheureuse mourrait au même moment pour une raison ou une autre, sans rapport avec la boisson chaude. Le texte toutefois ne distingue pas et la doctrine majoritaire ne relève aucune particularité touchant à la nature intentionnelle ou non de la faute, d'aucuns estimant même que la force causale de la faute intentionnelle absorbe la causalité des fautes non intentionnelles qui peuvent en résulter ou qui entrent en concours avec elle¹³³⁷. C'est ainsi reconnaître que même le délit civil comprend un lien de causalité.

L'exigence est similaire, en second lieu, en matière de responsabilité du fait d'autrui, que ce fait soit ou non intentionnel. L'alinéa 1^{er} de l'article 1384 se réfère au dommage « *qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre* » et les alinéas suivants le rappellent au sujet de la responsabilité patronale¹³³⁸, de celle des artisans¹³³⁹ et de celle des parents¹³⁴⁰. Concernant cette dernière, il faut noter qu'en droit positif, depuis l'arrêt *Levert* et en vertu d'une jurisprudence déjà critiquée¹³⁴¹, la causalité demeure la seule exigence touchant au fait de l'enfant. De même, les hypothèses de responsabilité du fait d'autrui tirées par la jurisprudence de l'article 1384, alinéa 1^{er} posent eux aussi la condition du caractère causal du fait d'autrui. D'abord, le texte qui leur sert de fondement exige, comme on l'a déjà dit, cette condition de façon très nette. Ensuite, la jurisprudence a pris le soin de confirmer l'exigence tant pour les cas de responsabilités fondées sur une mission permanente de contrôle de la vie d'autrui¹³⁴² que pour ceux reposant sur une mission temporaire d'organisation de l'activité d'autrui¹³⁴³. Il est intéressant de relever que, comme le rappelle fort à propos la doctrine¹³⁴⁴, il résulte clairement des textes et de la jurisprudence qu'en matière de responsabilité du fait d'autrui, le lien de causalité doit être caractérisé entre le fait de la personne dont on répond et le résultat légal, et non entre le responsable et ce résultat. Le seul lien qui intéresse le

¹³³⁷ V. not., Ph. LE TOURNEAU *et alii*, *op. cit.*, n° 1707, et G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. cit.*, n° 357. Rappr. B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *op. cit.*, n° 1084.

¹³³⁸ C. civ., art. 1384, al. 5 : « *dommage causé par leurs domestiques et préposés* ». *Adde* Toulouse, 19 févr. 2002 : *JurisData*, n° 178207, et Civ. 2, 24 oct. 2002 : *Bull. civ.*, n° 238.

¹³³⁹ C. civ., art. 1384, al. 6 : « *dommage causé par leurs (...) apprentis* ».

¹³⁴⁰ C. civ., art. 1384, al. 4 : « *dommage causé par leurs enfants* ».

¹³⁴¹ V. *supra* n° 161.

¹³⁴² Et ce depuis l'arrêt *Blieck* rendu par l'assemblée plénière de la Cour de cassation le 29 mars 1991 : *Bull. civ.*, n° 1 ; *D.*, 1991, note Ch. LARROUMET, p. 324, et chron. G. VINEY, p. 157 ; *Gaz. Pal.*, 1992, 2, note F. CHABAS, p. 513 ; *JCP*, 1991, II, 21673, concl. D. H. DONTEVILLE, note J. GHESTIN ; et *RTD Civ.*, 1991, obs. J. HAUSER, p. 312, et obs. P. JOURDAIN, p. 541.

¹³⁴³ V. not. Civ. 2, 12 déc. 2002 : *Bull. civ.*, n° 289 ; *D.*, 2003, somm., obs. F. LAGARDE, p. 2541 ; *JCP*, 2003, I, 154, obs. G. VINEY ; *Resp. civ. et assur.*, 2003, chron. n° 3, H. GROUDEL ; et *RTD Civ.*, 2003, obs. P. JOURDAIN, p. 305, Ass. plén., 29 juin 2007 : *Bull. civ.*, n° 7 ; *D.*, 2007, act. jur., obs. GALLMEISTER, p. 1957, et pan., obs. Ph. BRUN, p. 2903 ; *JCP*, 2007, II, 10150, note MARMAYOU ; *RLDC*, 2007, n° 2690, note M. MEKKI ; et *RTD Civ.*, 2007, obs. P. JOURDAIN, p. 782.

¹³⁴⁴ V. par exemple, Ph. BRUN, *op. cit.*, n° 227, F. G'SELL-MACREZ, *op. cit.*, n° 378, et Ch. QUEZEL-AMBRUNAZ, *op. cit.*, n° 592 et s. Rappr. G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. cit.*, n° 333-2.

répondant est un lien d'imputation qui ne le rattache pas au préjudice mais au fait générateur de responsabilité civile en son ensemble.

241. Causalité et responsabilité contractuelle. D'autre part, force est de constater que la causalité est une condition indispensable du prononcé de dommages et intérêts contractuels. L'article 1147 du Code civil exclut ainsi toute responsabilité contractuelle si l'inexécution résulte d'une « *cause étrangère* », ce que rappelle, en se référant à la force majeure et au cas fortuit, l'article 1148¹³⁴⁵. Enfin, l'article 1151 n'autorise la réparation que de « *ce qui est une suite immédiate et directe de l'inexécution de la convention* ». Ce texte a d'ailleurs un temps été le refuge d'une doctrine cherchant un fondement textuel à l'exigence d'une causalité certaine et directe¹³⁴⁶. C'est la raison pour laquelle la majorité des auteurs rappelle que cette condition s'applique effectivement dans cet ordre de la responsabilité civile¹³⁴⁷. Quant à la jurisprudence, elle prend également soin d'en rappeler la nécessité¹³⁴⁸.

En la matière, on peut toutefois signaler une particularité. La violation d'une obligation contractuelle peut entraîner deux types de dommages. Certains sont éventuels et variables : ainsi de la perte de l'utilité économique attendue du contrat comme, par exemple, l'impossibilité de faire usage de l'argent qui devait provenir d'un loyer non payé ou l'impossibilité de prendre un train en raison du retard d'un taxi. A l'égard de ce type de résultat, la question de la causalité se pose dans les mêmes termes qu'en matière de responsabilité extracontractuelle. Il faudra s'assurer, à titre d'illustration, que le train n'aurait pas, pour une autre raison, été raté malgré la ponctualité du taxi en question. Par ailleurs, la violation d'un contrat provoque un type de préjudice invariable et dont l'avènement est inévitable : la lésion du droit personnel du créancier¹³⁴⁹. En effet, celle-ci est impliquée par la violation de l'engagement, les deux se regroupant au sein de la notion générale d'inexécution contractuelle. Le droit de créance étant le droit d'obtenir l'exécution de l'obligation née du contrat, toute inexécution du débiteur entraîne *ipso facto* une violation du droit patrimonial du créancier, celle-ci constituant l'atteinte effective à un intérêt protégé. Cela vaut qu'on ait affaire à une norme contractuelle indéterminée – le créancier ayant droit à tous les efforts du débiteur, celui qui ne les met pas en œuvre porte atteinte au droit de son créancier – ou prédéterminée – le créancier ayant droit à l'obtention d'une prestation précise, la non-fourniture de cette dernière constitue pour lui un dommage¹³⁵⁰. Dans ce cas, le lien causal entre la violation de l'obligation et l'atteinte au droit de créance paraît impliqué par la

¹³⁴⁵ Sur les rapports de la cause étrangère et de la causalité, v. *infra* n° 321 et s.

¹³⁴⁶ V. not. Ph. LE TOURNEAU *et alii*, *op. cit.*, n° 1720, G. MARTY, *art. cit.*, et B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *op. cit.*, n° 1063. *Adde* F. G'SELL-MACREZ, *op. cit.*, n° 340.

¹³⁴⁷ V. not. Ph. BRUN, *op. cit.*, n° 120, L. JOSSERAND, *op. cit.*, n° 610, et H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, *op. cit.*, n° 1418.

¹³⁴⁸ V. par exemple, Civ. 1, 11 févr. 1992 : *Bull. civ.*, n° 46, Civ. 1, 25 nov. 1997 : *Bull. civ.*, n° 329, Civ. 1, 27 mai 2003 : *Bull. civ.*, n° 129, et Crim., 3 mars 1993 : *Resp. civ. et assur.*, 1993, comm. n° 237.

¹³⁴⁹ Sur ce point, v. aussi *supra* n° 44 et s.

¹³⁵⁰ Sur cette distinction, v. *supra* n° 169 et s.

concomitance des événements. Il est plus justement présumé dès lors que la preuve de l'intervention d'une cause étrangère à l'origine du processus causal permettra de contester cette apparence qui justifie, *a priori*, l'attribution de la qualification de cause à la violation de l'obligation contractuelle.

Il apparaît donc que, d'une manière générale, toute responsabilité civile fondée sur le fait de l'homme suppose un lien de causalité entre celui-ci et le résultat légal qui en résulterait. Il en est de même lorsque le fait anormal est celui d'une chose.

b- Causalité et fait de la chose

242. Causalité et régimes de responsabilité du fait des choses prévus par le Code civil. La causalité subordonne l'engagement d'une responsabilité du fait des choses que les régimes trouvent leur place dans ou hors du Code civil.

En premier lieu, la causalité est donc indispensable aux régimes de responsabilité du fait des choses prévus par le Code civil. D'une part, elle apparaît très clairement dans les régimes spéciaux de responsabilité du fait des choses. L'article 1385, tout d'abord, mentionne précisément le « *dommage que l'animal a causé* ». Ensuite, l'article 1386 rend responsable le propriétaire d'un bâtiment « *du dommage causé par sa ruine, lorsqu'elle est arrivée par une suite du défaut d'entretien ou par le vice de construction* ». Il est ici intéressant de souligner que son application suppose donc la démonstration d'un lien causal particulièrement long allant du défaut d'entretien ou du vice de construction au résultat légal en passant par la ruine de l'immeuble. Enfin, les textes relatifs à la responsabilité du fait des produits défectueux se réfère à la causalité à plusieurs reprises¹³⁵¹. L'article 1386-1 vise le « *dommage causé par un défaut* » du produit, à l'instar de l'article 1386-8. Des termes comparables figurent aux articles 1386-11, 2°, 1386-12, 1386-13, et 1386-15, alinéa 2. L'exigence est particulièrement explicite à l'article 1386-9 qui fait peser la charge de la preuve du « *lien de causalité* » sur le demandeur à l'action. Les choses sont donc très claires.

Il en est de même, d'autre part, au sujet de la responsabilité générale du fait des choses inanimées. La condition, qui figure à l'article 1384, alinéa 1^{er} du Code civil¹³⁵², est déduite par la plupart des auteurs de ce que la jurisprudence subordonne la responsabilité du gardien au rôle actif de la chose¹³⁵³. Si certaines expressions jurisprudentielles remplaçant cette notion par celle d'« *instrument* »¹³⁵⁴ ou de « *cause génératrice du dommage* »¹³⁵⁵ peuvent expliquer et fonder une telle interprétation, il a déjà été vu qu'elle pouvait ne pas emporter une totale conviction. En effet, à travers la notion de rôle actif de la chose, c'est surtout à l'anormalité du

¹³⁵¹ Sur cette question, v. aussi F. G'SELL-MACREZ, *op. cit.*, n° 377.

¹³⁵² « *On est responsable (...) du dommage (...) causé par le fait (...) des choses que l'on a sous sa garde* ».

¹³⁵³ En ce sens, v. références citées *supra* n° 163 notes 1023 et 1025.

¹³⁵⁴ V. not. Civ. 2, 28 oct. 1960 : *Bull. civ.*, n° 291.

¹³⁵⁵ V. par exemple, Civ., 21 janv. 1941, préc., Civ., 23 janv. 1945 : *D.*, 1945, jur., note R. SAVATIER, p. 317.

fait de la chose que paraissent s'intéresser les juges¹³⁵⁶, et non principalement à l'existence d'un lien de causalité¹³⁵⁷. Dès lors, la nécessité d'un lien causal, pris en tant que tel, semble reposer davantage sur la simple exigence d'une participation matérielle de la chose au résultat légal¹³⁵⁸. Le contact, direct ou indirect, entre la chose et le siège du dommage ou un rôle quelconque dans sa réalisation paraît suffire à considérer la causalité comme certaine. Une telle conception de la causalité permet d'ailleurs d'admettre que la notion trouve aussi une place tout à fait classique dans le régime institué par la loi du 5 juillet 1985.

243. Causalité et Loi n° 85-677 du 5 juillet 1985. Le régime mis en place par la loi du 5 juillet 1985 connaît également l'exigence de causalité. A deux égards d'ailleurs.

Tout d'abord, l'article 1^{er} de la loi en accorde le bénéfice aux « *victimes d'un accident de la circulation* ». Doctrine¹³⁵⁹ et jurisprudence¹³⁶⁰ en ont logiquement conclu qu'un lien de causalité devait exister entre le dommage subi par la victime et l'accident de la circulation, lequel fait donc office de fait causal. L'analyse paraît, d'ailleurs, confirmée par la loi puisque son article 3, alinéa 1 exclut toute réparation en cas de faute inexcusable de la victime « *cause exclusive de l'accident* ».

Ensuite, son article 1^{er} impose également l'établissement d'un lien d'implication entre l'accident et le ou les véhicules terrestres à moteur contre le(s) gardien(s) ou propriétaire(s) du(des)quel(s) agit le demandeur à l'action. Cette notion, qualifiée d'« *énigme majeure de la réforme* »¹³⁶¹, a fait beaucoup écrire, la doctrine s'efforçant de la distinguer de celle de causalité¹³⁶². La jurisprudence, quant à elle, estime qu'un véhicule est impliqué dans l'accident à compter du moment où il a joué un rôle quelconque dans sa réalisation concrète¹³⁶³. C'est-à-dire que la question que se posent les magistrats est la suivante : en l'absence de l'intervention dudit véhicule, l'accident aurait-il eu ou non une configuration identique ? Or, celle-ci

¹³⁵⁶ V. *supra* n° 163 et références citées note 1026.

¹³⁵⁷ Non principalement, parce que ne s'agissant pour l'instant que de fonder la *nécessité* de la causalité sur la participation matérielle de la chose à la réalisation du résultat, on n'entend pas remettre en cause la *juridicité* de ce lien qui, elle, est liée à la notion de rôle actif de la chose. V. *infra* n° 302.

¹³⁵⁸ Sur cette participation matérielle, v. entre autres, P. ESMEIN, art. *cit.*, F. G'SELL-MACREZ, *op. cit.*, n° 366, H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, *op. cit.*, n° 1444-2, et B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *op. cit.*, n° 478 et s.

¹³⁵⁹ V. not. Ph. BRUN, *op. cit.*, n° 689 et s., Ph. CONTE, « Le rôle de la causalité dans la loi du 5 juillet 1985 », *Mél. H. Groutel*, préc., pp. 79 et s., et P. JOURDAIN, « Implication et causalité dans la loi du 5 juillet 1985 », *JCP*, I, 3794.

¹³⁶⁰ V. par exemple, Civ. 2, 16 oct. 1991 : *JCP*, 1992, II, 21934, note Ph. CONTE, et Lyon, 24 sept. 2004 : *Resp. civ. et assur.*, 2005, comm. n° 19, obs. Ch. RADE.

¹³⁶¹ B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *op. cit.*, n° 754.

¹³⁶² En ce sens, v. not. Ph. CONTE, art. *cit.*, et « Le législateur, le juge, la faute et l'implication (La fable édifiante de l'autonomie de la loi du 5 juillet 1985) », *JCP*, 1990, I, 3471, P. JOURDAIN, art. *cit.*, Ph. LE TOURNEAU *et alii*, *op. cit.*, n° 8102, B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *op. cit.*, n° 757 (v. cependant, *ibid.*, n° 773 et s.), et G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. cit.*, n° 993. Rapp. F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n° 946.

¹³⁶³ V. en ce sens, Civ. 2, 28 févr. 1990 : *Bull. civ.*, n° 42. Concrètement, un véhicule terrestre à moteur est impliqué s'il est entré en contact avec le siège du dommage ou un autre véhicule impliqué (v. not. Civ. 2, 25 janv. 1995 : *Bull. civ.*, n° 27) ou, à défaut, s'il a eu un rôle perturbateur (v. par exemple, Civ. 2, 8 juill. 2004 : *Bull. civ.*, n° 345).

pouvant être modifiée après qu'une victime a été lésée – une voiture percute un piéton, s'arrête, puis est heurtée par un scooter, rien n'empêche de considérer qu'un véhicule puisse avoir concouru à la réalisation concrète d'un accident de la circulation tout en n'étant pour rien dans le préjudice subi par la victime¹³⁶⁴. On peut dès lors estimer, avec certains auteurs¹³⁶⁵, qu'il s'agit d'un lien de causalité tout à fait classique et qu'en réalité, si cela a pu être contesté, c'est que la question de la fonction de l'implication a été mal posée¹³⁶⁶. Conceptuellement, l'implication est un lien de causalité. Fonctionnellement, elle ne sert toutefois pas à la constitution du fait générateur de la responsabilité, contrairement au lien causal devant exister entre le dommage et l'accident. Il s'agit simplement d'un critère qui concourt, avec ceux de la garde ou de la propriété du véhicule, à l'imputation attributive de ce fait générateur à un responsable¹³⁶⁷. Distinguer causalité et implication n'a donc pour intérêt que celui qui consiste à éviter de confondre ses deux étapes par une assimilation des termes devant unir chacune des relations causales. Cet intérêt est particulièrement utile, tant il est vrai que la jurisprudence a pu, un temps, se fourvoyer en requérant un lien causal entre le véhicule et le dommage¹³⁶⁸. Lien de causalité, l'implication n'est pas pour autant celui qui unit l'accident et le préjudice.

En définitive, il apparaît que la responsabilité civile, qu'elle soit fondée sur le fait d'une chose ou celui d'un homme, exige toujours un lien de causalité certain entre ceux-ci et le résultat légal afin que soit constitué le fait générateur de responsabilité contractuelle ou extracontractuelle. Bien que cela soit moins évident, parce que moins étudié, il en est de même en droit pénal de la responsabilité.

2. Une exigence générale en droit pénal de la responsabilité

244. Généralité de l'exigence. Si personne ne remet en question le fait que la causalité puisse avoir un rôle à jouer en matière criminelle, la question a peu de succès chez la doctrine pénaliste qui cantonne son importance à certains faits générateurs de responsabilité pénale

¹³⁶⁴ Dans le même sens, v. Ph. BRUN, *op. cit.*, n° 680, et Ph. CONTE, art. *cit.*

¹³⁶⁵ V. Ch. QUEZEL-AMBRUNAZ, *op. cit.*, n° 571, selon qui, dans ce régime spécial de responsabilité, la causalité a été « segmentée ». Cette présentation peut ne pas emporter la conviction dans la mesure où elle semble signifier qu'il existerait bien un lien de causalité unique entre la circulation du véhicule et le dommage *via* l'accident causé par la première et causal du second, la seule particularité tenant à l'appréciation particulière du segment unissant le fait de circulation et l'accident. Pourtant, la possibilité qu'un véhicule soit impliqué dans un accident malgré la postériorité de son intervention à la réalisation des préjudices conduit plutôt à penser qu'il y a une pluralité de liens causals différents relatant des séries d'événements distincts, quoique tous liés, soit comme cause, soit comme effet, à l'accident pris dans sa configuration complète et définitive, c'est-à-dire en son dernier état matériel. *Adde* R. RAFFY, « Implication et causalité », *D.*, 1994, chron., pp. 158 et s.

¹³⁶⁶ En ce sens, v. Ph. BRUN, *op. et loc. cit.*

¹³⁶⁷ Mlle VINEY et M. JOURDAIN y voient, quant à eux, un simple critère de détermination du champ d'application de la loi. *In op. cit.*, n° 333-2.

¹³⁶⁸ V. not. Civ. 2, 24 oct. 1990 : *Bull. civ.*, n° 211. A la suite des critiques de la doctrine (v. not. Ph. CONTE, art. *cit.*), la Cour de cassation est revenue à la distinction des deux exigences. V. par exemple, Civ. 2, 6 janv. 2000 : *Bull. civ.*, n° 1 ; et *RTD Civ.*, 2000, obs. P. JOURDAIN, p. 348.

précis¹³⁶⁹. Une telle présentation paraît toutefois aller contre les exigences du concept même de responsabilité juridique. Toutefois, à examiner attentivement le droit positif, il est possible, avec certains auteurs¹³⁷⁰, de considérer au contraire l'exigence de causalité comme une condition générale et commune à toutes les infractions (a) et à la complicité (b).

a- Causalité et infraction

245. Indifférence de l'exigence de causalité au mode de commission de l'infraction.

L'impératif d'un lien causal entre le fait anormal et le résultat légal spécialement incriminés se retrouve, à l'instar de ces deux dernières notions, dans toute infraction (α), qu'elle soit consommée ou même tentée (β).

α - Causalité et infraction consommée

246. Indifférence de l'exigence de causalité aux éléments constitutifs de l'infraction.

Toute infraction, en tant que fait générateur de responsabilité, suppose un fait anormal et un résultat légal consistant en la dégradation, par atteinte ou risque, d'une situation juridique. Ces deux exigences ne pouvant exister utilement isolées l'une de l'autre, il en résulte, logiquement, que toute infraction doit aussi être composée d'un lien de causalité les unissant. Tel est bien le cas en droit positif, lequel tient la nature de l'élément moral de l'infraction, aussi bien que celle de son élément matériel, pour indifférentes à une condition de causalité qui est toujours posée.

247. Indifférence de l'exigence de causalité à l'élément moral de l'infraction. On

peut le vérifier, en premier lieu, au sujet de l'élément moral, en démontrant que la causalité est requise aussi bien pour la constitution d'une infraction non intentionnelle que pour celle d'une infraction intentionnelle.

¹³⁶⁹ V. not. P. BOUZAT et J. PINATEL, *Traité de droit pénal et de criminologie*, t. 1, préc., n° 179, F. CHABAS, *Responsabilité civile et responsabilité pénale*, préc., n° 28, Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, préc., n° 343 et s., pour lesquels l'importance du lien de causalité varie aussi selon la conception objective ou subjective de l'infraction retenue par un système juridique donnée (*ibid.*, n° 41, 46 et 72), H. DONNEDIEU DE VABRES, *Traité élémentaire de droit criminel et de législation pénale comparée*, préc., n° 131, E. DREYER, *op. cit.*, n° 706 et s., et art. *cit.*, F. G'SELL-MACREZ, *op. cit.*, n° 322, J.-Y. MARECHAL, *Essai sur la notion de résultat dans la théorie de l'infraction pénale*, préc., n° 330, R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, t. 1, n° 56, pour qui l'exigence n'est qu'exceptionnelle, X. PIN, *op. cit.*, n° 157, J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., n° 400, M.-A. RAYMOND, *op. cit.*, n° 68, et N. RIAS, *op. cit.*, n° 343, quoique l'auteur nuance cependant son propos en considérant qu'un lien causal entre l'acte et le résultat légal – qu'il faut précisément prendre en compte comme terme final juridiquement pertinent – est la « *condition systématique de la répression* » (*ibid.*, note 2). Adde G. MARTY, art. *cit.*

¹³⁷⁰ Not. P.-A. BON, *op. cit.*, et art. *cit.*, Y. MAYAUD, art. *cit.*, et J.-Ch. SAINT-PAU, art. *cit.* Rapp. V. MALABAT, *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit pénal*, préc., première partie, qui ne semble pas trier parmi les infractions lors de l'étude de la nature causale de l'acte infractionnel.

Concernant ce premier type de comportement, d'une part, l'exigence n'a jamais été remise en question par la doctrine selon laquelle, en fait d'infractions non intentionnelles, le lien de causalité revêt une importance d'autant plus grande qu'il est le seul à rattacher le résultat au responsable¹³⁷¹. Un rapide coup d'œil à quelques infractions conforte l'analyse. L'article 221-6 du Code pénal vise clairement « *le fait de causer (...) la mort d'autrui* »¹³⁷². La jurisprudence est attentive à ce que cette condition soit bien respectée¹³⁷³. De même, l'article 322-5 du code incrimine « *la destruction, la dégradation ou la détérioration involontaire d'un bien appartenant à autrui par l'effet d'une explosion ou d'un incendie provoqués par manquement à une obligation de sécurité ou de prudence imposée par la loi ou le règlement* »¹³⁷⁴. On peut encore citer la contravention d'entrave à la libre circulation sur la voie publique qui requiert que le comportement (« *le fait d'embarrasser la voie publique en y déposant ou y laissant sans nécessité des matériaux ou objets quelconques* ») soit effectivement à l'origine d'une atteinte la valeur protégée par le texte, à savoir la liberté d'aller et venir (« *qui entravent ou diminuent la liberté ou la sûreté de passage* »).

L'exigence est tout aussi réelle, d'autre part, concernant les infractions intentionnelles. Comme en droit civil, quelques auteurs ont pu affirmer que celles-ci pouvaient tenir la causalité pour indifférente en raison du lien subjectif existant entre la tension de volonté et le résultat légal de l'infraction¹³⁷⁵. En réalité, cette position tient mieux à l'évidence qu'à l'indifférence de la condition¹³⁷⁶. Cela peut s'expliquer par deux raisons. Pour une raison de droit tout d'abord, le comportement incriminé pouvant impliquer le résultat légal et, partant, la condition d'un lien causal entre les deux¹³⁷⁷. Il en va ainsi des notions de soustraction ou de pénétration, par exemple. Pour une raison de fait ensuite, puisqu'il y a effectivement de fortes chances qu'en présence d'un risque ou d'une lésion, ce soit celui qui a antérieurement mis en œuvre des efforts pour que ces résultats se produisent qui en soit à l'origine. Si l'on constate la mort d'un homme par balle, on peut très vraisemblablement supposer que c'est celui qui a tiré juste avant avec la volonté de tuer qui en est la cause. On pourrait s'en tenir là. Néanmoins, une telle situation n'exclut pas que la mort de la victime soit en vérité le fait d'un autre tireur, assez bien dissimulé pour qu'on attribue le résultat de son comportement à celui que les

¹³⁷¹ V. not. P. BOUZAT et J. PINATEL, *op. et loc. cit.*, et H. DONNEDIEU DE VABRES, *op. et loc. cit.*,

¹³⁷² Sur cette question, v. not. E. GARÇON, *Code pénal annoté*, préc., art. 319 et 320, n° 6, et 32 et s., R. LEGEAIS, « Les infractions d'homicide ou de blessures par imprudence et la conception jurisprudentielle de la causalité », *Mél. A. Vitu*, Cujas, 1989, pp. 333 et s., et Y. MAYAUD, *Violences involontaires et responsabilité pénale*, préc., n° 61 et s.

¹³⁷³ V. par exemple, Crim., 11 déc. 1957 : *Bull. crim.*, n° 829 ; *JCP*, 1958, II, 10423, Crim., 22 mars 2005 : *Dr. pénal*, 2005, comm. n° 103, obs. M. VERON, et Crim., 4 mars 2008 : *Bull. crim.*, n° 55 ; *D.*, 2008, act. jur., p. 991, et 2009, pan., obs. GARE, p. 128 ; *Dr. pénal*, 2008, comm. n° 82, obs. M. VERON ; et *Rev. sc. crim.*, 2008, obs. Y. MAYAUD, p. 901.

¹³⁷⁴ V. not. Ph. CONTE, *Droit pénal spécial*, préc., n° 654 et 661, E. DREYER, *Droit pénal spécial*, préc., n° 814 et 840, et E. GARÇON et R. OLLARD, *Destructions, dégradations et détériorations dangereuses pour la personnes*, *J.-Class. Pén.*, art. 322-5 à 322-11-1, 2011.

¹³⁷⁵ V. not. R. MERLE et A. VITU, *op. cit.*, n° 564.

¹³⁷⁶ En ce sens, v. Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *op. cit.*, n° 347.

¹³⁷⁷ C'est le cas lorsqu'il s'agit d'une infraction simple. V. J.-Ch. SAINT-PAU, *art. cit.*

apparences désignaient le mieux. La causalité donc est exigée en matière intentionnelle. Elle est juste souvent tenue pour acquise sans examen approfondi. L'étude des textes corrobore cette conclusion. Par exemple, le viol est défini comme un acte de pénétration sexuelle commis sur autrui par violence, contrainte, menace ou surprise¹³⁷⁸. En d'autres termes, il suppose un acte de pénétration sexuelle commis à l'encontre d'une personne non consentante. De cela, il paraît résulter assez clairement qu'est requis un lien entre l'acte et l'atteinte à la valeur protégée, à savoir la liberté sexuelle¹³⁷⁹. Peu importe que ce lien existe automatiquement dès lors que l'on peut constater effectivement une telle pénétration et un tel défaut de consentement. Il existe bel et bien. On peut également citer l'escroquerie¹³⁸⁰ qui requiert pour sa constitution que le comportement (« *le fait* (par divers moyens spécialement incriminés), *de tromper une personne* ») soit la cause du résultat (« *de la déterminer ainsi (...)* à remettre des fonds, des valeurs ou un bien quelconque, à fournir un service ou à consentir à un acte opérant obligation ou décharge »)¹³⁸¹. La jurisprudence prend soin de caractériser ce lien causal en vérifiant que l'acte a bien été déterminant de la remise¹³⁸². Enfin, on illustrera le propos avec l'infraction de corruption active par proposition. L'article 433-1 du Code pénal incrimine en effet le fait « *de proposer, sans droit, à tout moment, directement ou indirectement, des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques à une personne dépositaire de l'autorité, chargée d'une mission de service public ou investie d'un mandat électif public* » afin d'obtenir un avantage de la part du bénéficiaire de l'offre. Or, l'exigence d'une demande de faveur assortie d'avantages réciproques paraît bien révéler la nécessité d'un lien causal entre cet acte et le résultat légal de l'infraction, lequel peut être considéré comme un risque pour la probité publique¹³⁸³, tant il est vrai que celui qui émet une proposition, qui plus est alléchante, est toujours la cause de la possibilité qu'elle soit acceptée. On voit donc que l'élément moral de l'infraction n'affecte en rien l'exigence d'un lien de causalité certain.

248. Indifférence de l'exigence de causalité à l'élément matériel de l'infraction – Infractions de commission et infractions d'omission. Il en est de même, en second lieu, de l'élément matériel de ce type de fait générateur de responsabilité pénale.

¹³⁷⁸ C. pén., art. 222-23.

¹³⁷⁹ En ce sens, v. not. Ph. CONTE, *op. cit.*, n° 232 et s., et V. MALABAT, *op. cit.*, n° 74 et s. Comp. E. DREYER, *op. cit.*, n° 312 et s., et V. MALABAT, *Droit pénal spécial*, préc., n° 302 et s.

¹³⁸⁰ C. pén., art. 313-1.

¹³⁸¹ Sur la question, v. not. Ph. CONTE, *op. cit.*, n° 564 et s., et spéc. n° 565, E. DREYER, *op. cit.*, n° 940 et s., et V. MALABAT, *op. cit.*, n° 772 et s., et *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit pénal*, préc., n° 261 et s.

¹³⁸² V. not. T. corr. Grasse, 1^{er} sept. 1948 : *JCP*, 1949, II, 4753, note PIERRARD, et *Crim.*, 3 déc. 1999 : *Gaz. Pal.*, 1999, 1, chron., p. 61.

¹³⁸³ Sur ce point, v. *supra* n° 90.

D'une part, et sans approfondir une question qui fera plus loin l'objet d'une attention particulière¹³⁸⁴, la condition de causalité se retrouve que l'infraction soit de commission ou bien d'omission. Cela n'est pas remis en cause pour la première sorte d'infraction. Ainsi le meurtre requiert-il un acte ayant entraîné la mort d'autrui¹³⁸⁵. L'exigence causale résulte celle d'un acte effectivement homicide¹³⁸⁶. En revanche, d'aucuns doutent qu'il en soit de même pour les infractions d'omission¹³⁸⁷. Le droit positif n'est pourtant pas en ce sens. L'atteinte involontaire à l'intégrité physique d'autrui¹³⁸⁸ ou les destructions, dégradations, détériorations de biens¹³⁸⁹, par exemple, exigent un lien causal entre l'acte et le résultat. Or, le comportement incriminé peut être aussi bien actif que passif¹³⁹⁰. De même, la non-opposition à l'accomplissement d'un délit contre l'intégrité corporelle ou d'un crime¹³⁹¹ requiert un lien causal entre l'abstention et le risque de réalisation de ces infractions. Celui qui n'intervient pas alors qu'il le pouvait, non seulement ne diminue pas les probabilités de la réalisation de fait défavorable encore aléatoire¹³⁹² mais facilite ainsi, en outre, l'avènement de l'événement malheureux que constitue le crime ou le délit et donc l'atteinte ou le risque qui constitue leur résultat légal propre. Ces exemples témoignent de ce que la distinction entre infractions de commission et infractions d'omission n'est d'aucune influence sur l'exigence causale. Le dernier d'entre eux révèle encore qu'il en est de même de celle qui oppose infractions matérielles et infractions formelles.

249. Indifférence de l'exigence de causalité à l'élément matériel de l'infraction – Infractions matérielles et infractions formelles. Cette dernière, d'autre part, serait en effet un des critères de délimitation du champ d'application du réquisit de causalité en droit pénal de la responsabilité.

Selon certains auteurs en effet, seules les infractions matérielles, en ce que leur constitution est subordonnée à la réalisation d'un résultat juridique, lésion effective d'un intérêt juridiquement protégé, nécessiteraient un lien causal certain entre le fait anormal et le résultat incriminés¹³⁹³. Il est indéniable que les infractions matérielles supposent une telle condition. A titre d'illustration, il suffit de citer des infractions de résultat telles que les violences¹³⁹⁴, les

¹³⁸⁴ V. *infra* n° 307 et s.

¹³⁸⁵ C. pén., art. 221-1 : « *Le fait de donner (...) la mort à autrui* ».

¹³⁸⁶ En ce sens, v. J.-Ch. SAINT-PAU, art. *cit.*

¹³⁸⁷ V. not. X. PIN, *op. et loc. cit.*, et J. PRADEL, *op. et loc. cit.*

¹³⁸⁸ C. pén., art. 222-19.

¹³⁸⁹ C. pén., art. 322-1 et s.

¹³⁹⁰ A cet égard, v. Ph. CONTE, *op. cit.*, n° 67 et 171, et 654 et 661, et J.-Ch. SAINT-PAU, art. *cit.* Rapp. P.-A. BON, *op. cit.*, n° 151. *Contra* E. DREYER, *op. cit.*, n° 840

¹³⁹¹ C. pén., art. 223-6, al. 1. Sur cette infraction, v. not. Ph. CONTE, *op. cit.*, n° 132 et s., E. DREYER, *op. cit.*, n° 213 et s., et V. MALABAT, *Droit pénal spécial*, préc. n° 460 et s.

¹³⁹² Comp. J.-Ch. SAINT-PAU, art. *cit.*

¹³⁹³ V. not. Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *op. cit.*, n° 345, E. DREYER, *Droit pénal général*, préc., n° 700 et s., F. G'SELL-MACREZ, *op. et loc. cit.*, ces deux auteurs limitant toutefois leur propos aux infractions-obstacles, et J. PRADEL, *op. et loc. cit.* Rapp. F. CHABAS, *op. et loc. cit.*

¹³⁹⁴ C. pén., art. 222-7 et s.

atteintes non intentionnelles à l'intégrité physique d'autrui¹³⁹⁵ et les destructions, dégradations et détériorations de biens, pour mesurer l'importance du rôle de la causalité en ce domaine¹³⁹⁶. En revanche, on peut douter que la causalité soit absente des éléments constitutifs des infractions formelles.

Certains conviennent que la causalité y est présente mais sous réserve d'en retenir une conception particulière. En présence d'une infraction formelle, la causalité requise ne serait plus une causalité concrète, réelle, effective, mais une causalité abstraite, virtuelle, prospective. Il ne s'agirait plus de s'interroger sur l'existence d'un lien de causalité entre l'acte et le résultat mais bien sur l'aptitude du comportement incriminé à produire ledit résultat¹³⁹⁷. Bien que plus conforme au concept de responsabilité juridique que la thèse de l'indifférence de la causalité, celle de la différence de causalité repose toutefois sur le même postulat : l'identification du terme final du lien causal au résultat redouté ou au résultat juridique¹³⁹⁸. La question est d'importance dès lors que la causalité est une notion relative, qui se définit par rapport aux notions référentielles constituant ces termes. Or, c'est précisément sur l'identification du terme final du lien causal que les analyses précédentes paraissent contestables.

En effet, raisonner de la sorte, c'est retenir comme dernier terme du lien causal un résultat éventuellement superflu d'un point de vue juridique car le seul résultat qui apparaît comme relevant en droit de la responsabilité est le résultat légal. C'est donc lui qui doit être pris en compte au titre de terme final du rapport de causalité¹³⁹⁹. En outre, il est apparu non seulement que ce résultat peut consister soit en un résultat juridique, lésion d'un intérêt juridiquement protégé, soit en un résultat matériel, risque pour un intérêt juridiquement protégé¹⁴⁰⁰, mais encore que chaque infraction – comme tout fait générateur de responsabilité – suppose, en raison du concept même de responsabilité juridique, la présence d'un tel résultat¹⁴⁰¹. Il en est ainsi des infractions formelles dont le résultat légal consiste en un résultat

¹³⁹⁵ L'exigence est souvent rappelée. V. par exemple, Crim., 4 mars 2008 : *Dr. pénal*, 2008, comm. n° 80, note M. VERON, 14 mai 2008 : *JCP*, 2008, II, 10189, note P. MISTRETTA, Crim., 18 nov. 2008 : *AJ pénal*, 2008, 9, p. 35 ; *Bull. crim.*, n° 232 ; et *Dr. pénal*, 2009, comm. n° 18, note M. VERON, et TGI Toulouse, 19 nov. 2009 : *D.*, 2010, note L. OLLIVIER, p. 813.

¹³⁹⁶ Sur ce point, v. tout particulièrement M.-A. RAYMOND, *op. cit.*, n° 68 et s. *Adde* J.-Ch. SAINT-PAU, art. *cit.*

¹³⁹⁷ En ce sens, v. P.-A. BON, *op. cit.*, préc., n° 84 et s., 166 et s., et 333 et s., et art. *cit.*, E. DREYER, *op. cit.*, n° 701, Y. MAYAUD, art. *cit.*, et J.-Ch. SAINT-PAU, art. *cit.* Cette conception de la causalité peut être rapprochée de celle retenue par les civilistes qui s'intéressent à la responsabilité civile préventive. V. not. M. BOUTONNET, *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile*, préc., n° 1122 et s., qui propose d'introduire, sur le fondement du principe de précaution, la notion de « *risque de causalité* » qui serait une causalité prospective mettant en œuvre la méthode suggérée par la théorie de la causalité adéquate. Résolument contre une telle proposition, v. Ch. QUEZEL-AMBRUNAZ, *op. cit.*, n° 414 et s. La question se pose par conséquent dans les mêmes termes en droit civil et en droit pénal de la responsabilité. Elle peut, par conséquent, recevoir les mêmes solutions.

¹³⁹⁸ V. par exemple, Y. MAYAUD, art. *cit.*, et J.-Ch. SAINT-PAU, art. *cit.*

¹³⁹⁹ V. ainsi X. PIN, *op. cit.*, n° 157, note 1. Rapp. N. RIAS, *op. et loc. cit.*

¹⁴⁰⁰ V. *supra* n° 71 et s.

¹⁴⁰¹ V. *supra* n° 27 et s.

matériel, à savoir la mise en danger d'un bien juridique¹⁴⁰². C'est donc par rapport à un tel risque que doit s'analyser la question de l'exigence de causalité lorsque l'on raisonne au sujet d'une d'infraction formelle¹⁴⁰³. La question qui se pose n'est donc pas de savoir si l'acte incriminé a effectivement causé, ou bien aurait pu potentiellement causer, le résultat juridique ou le résultat redouté, mais bien s'il a effectivement produit le résultat légal de l'infraction, c'est-à-dire s'il a effectivement créé un risque, augmenté les possibilités d'avènement de l'événement défavorable que tend à prévenir l'incrimination. Il est vrai que, souvent, l'établissement du lien causal découlera de celui du résultat ou de la nature particulière de l'acte. Ainsi, en matière d'empoisonnement¹⁴⁰⁴, l'administration d'une substance mortifère à une personne et son intoxication postérieure dispense pratiquement de démontrer le lien causal qui existe entre les deux¹⁴⁰⁵. L'argument n'est toutefois pas décisif, qui, tout d'abord, n'est pas propre aux infractions formelles. On a vu qu'il en était en effet de même pour les infractions matérielles simples. Ensuite, cette analyse semble être la simple traduction d'une réalité qui est que le pouvoir causal d'un acte permet de présumer à la fois le risque et la causalité entre l'acte et ce risque¹⁴⁰⁶. Il en résulte que s'il est possible, lorsqu'il est question d'infraction formelle, d'isoler sur le fond les trois composantes de l'élément matériel, il apparaît en revanche que, sur le terrain de la preuve, la démonstration de la dangerosité de l'acte emportera presque à chaque fois la preuve de l'ensemble de ces conditions. Enfin, l'argument ne tient pas parce qu'il n'est pas systématique. Par exemple, l'exposition d'autrui à un risque de l'article 223-1 requiert explicitement un lien de causalité entre le risque immédiat de mort ou de blessures graves et la violation de l'obligation particulière de prudence ou de sécurité¹⁴⁰⁷. Or, en présence de l'exigence d'un risque concret¹⁴⁰⁸, la seule preuve du pouvoir causal de l'acte – qui pourrait ici être déduit de l'acte de violation de l'obligation – sera insuffisante à démontrer la constitution de l'infraction.

Il n'est ainsi pas possible de faire varier l'importance de l'exigence de causalité en fonction des éléments moral et matériel de l'infraction. Ces démonstrations qui témoignent de l'étendue de cette condition imposée par le concept de responsabilité juridique fournissent par ailleurs des éléments permettant de soutenir que la causalité est une condition générale de la responsabilité pénale. En effet, elles fournissent les bases d'une analyse de la causalité comme élément constitutif de la tentative.

¹⁴⁰² V. *supra* n° 89.

¹⁴⁰³ Rappr. V. MALABAT, *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit pénal*, préc., n° 105, et X. PIN, *op. et loc. cit.*

¹⁴⁰⁴ C. pén., art. 221-5.

¹⁴⁰⁵ Il en sera de même de l'ensemble des infractions citées *supra* n° 111 et dont le résultat légal est constitué par un risque abstrait déduit de la dangerosité du comportement incriminé. Dans ces hypothèses, l'acte, le résultat et donc le lien qui les unit semblent, en pratique, mêlés les uns aux autres.

¹⁴⁰⁶ V. *infra* n° 274.

¹⁴⁰⁷ Sur cette question, v. not. V. MALABAT, *op. cit.*, n° 119 et s., et J.-Ch. SAINT-PAU, art. *cit.*

¹⁴⁰⁸ V. *supra* n° 109 et s.

250. Obstacles apparents et difficulté réelle. La question de l'exigence de causalité en matière de tentative suppose de lever préalablement certains obstacles non pertinents. D'une part, le caractère intentionnel de l'institution ne permet en aucun cas de se passer de cette condition tant il est vrai qu'en principe, l'intention ne joue pas le même rôle que la causalité et ne peut donc pas s'y substituer et qu'en droit positif, cette conception de l'intention palliatif du lien causal ne se vérifie pas. D'autre part, il en est de même de l'indifférence du résultat juridique à la constitution de la tentative. Cela ne la prive pas d'un résultat légal, lequel consiste en un risque de consommation de l'infraction envisagée par l'auteur¹⁴⁰⁹. Or, on vient de le voir, le résultat légal est le seul terme final pertinent du lien de causalité en matière de responsabilité juridique. Sa qualification de juridique ou matérielle importe donc peu.

En vérité, la véritable difficulté posée par la tentative réside dans la définition de son élément matériel, à savoir le commencement d'exécution.

251. Pluralité des définitions doctrinales. En l'absence de définition légale¹⁴¹⁰, c'est à la doctrine qu'est revenue la charge de préciser cette notion¹⁴¹¹.

Des thèses subjectivistes ont été soutenues d'une part, mettant l'accent sur l'intention délictueuse de l'agent. Ainsi, certains estiment par exemple qu'il y a commencement d'exécution dès lors qu'un acte univoque révèle la décision du délinquant de « *couper les ponts derrière lui* »¹⁴¹². Une telle approche est, premièrement, curieuse en ce qu'elle tend à définir l'élément matériel de la tentative par une référence quasiment exclusive à sa composante morale¹⁴¹³, et, deuxièmement, dangereuse en raison de la difficulté qu'il y aura à déterminer de façon fiable le moment à compter duquel l'agent aura fait le choix irrévocable de commettre l'infraction.

D'autre part, certains auteurs ont recherché des critères plus objectifs, consistant, par exemple, à requérir au titre du commencement d'exécution un acte faisant partie des éléments constitutifs ou des circonstances aggravantes de l'infraction projetée. Une telle proposition, malgré la fiabilité du critère qu'elle offre, est ordinairement et à juste titre considérée comme inefficace du point de vue de la politique criminelle. Parmi les objectivistes, on peut par ailleurs classer GARRAUD qui a défini le commencement d'exécution comme un « *rapport direct et immédiat avec l'infraction que l'agent a en vue* », un acte qui tend « *directement et*

¹⁴⁰⁹ V. *supra* n° 91 et s.

¹⁴¹⁰ Malgré les difficultés soulevées par la question, les rédacteurs du code de 1994 ne sont pas donné la peine de définir le commencement d'exécution, ni pour consacrer la jurisprudence antérieure ni pour la condamner...

¹⁴¹¹ Sur les différentes conceptions du commencement d'exécution, v. outre les ouvrages généraux, J. DEVEZE, « Le commencement d'exécution de l'infraction en jurisprudence », préc., V. MALABAT, *op. cit.*, n° 139 et s., et A. PROTHAIS, *Tentative et attentat*, préc., n° 50 et s.

¹⁴¹² G. VIDAL et J. MAGNOL, *Cours de droit criminel et de science pénitentiaire*, préc., n° 97.

¹⁴¹³ Dans le même sens, v. M.-L. RASSAT, *Droit pénal général*, préc., n° 271.

immédiatement à (la) perpétration de l'infraction »¹⁴¹⁴. Nonobstant les déformations que certains auteurs ont infligé à la pensée de l'éminent auteur¹⁴¹⁵, la conception qu'il retient du commencement d'exécution est très nettement causaliste. Elle paraît être celle qui est la plus conforme aux termes de l'expression "commencement d'exécution". En effet, le "commencement", tout d'abord, évoque l'idée d'une proximité temporelle entre l'acte et la mise en œuvre de l'infraction projetée, d'où l'exigence d'une tension immédiate de l'acte de la tentative vers la consommation de l'infraction. Ensuite, la notion d'"exécution" renvoie à une proximité causale de l'acte avec la consommation, d'où l'exigence d'un caractère direct¹⁴¹⁶. Dès lors, on ne doit pas s'étonner que ce soit cette définition qu'a retenue la chambre criminelle de la Cour de cassation.

252. Choix jurisprudentiel de la conception causaliste. La jurisprudence reprend en effet mot pour mot cette définition "garraldienne" du commencement d'exécution. Ainsi la chambre criminelle estime-t-elle que « *le commencement d'exécution est constitué au sens de l'article 2 du Code pénal par tous les actes qui tendent directement et immédiatement à la consommation du délit* »¹⁴¹⁷. L'approche est encore plus nettement causaliste lorsqu'elle juge que « *le commencement d'exécution n'est caractérisé que par des actes devant avoir pour conséquence directe et immédiate de consommer le crime* »¹⁴¹⁸. Les formules peuvent certes varier, la Cour de cassation y ajoutant parfois des exigences subjectives tenant à la volonté de consommer l'infraction projetée¹⁴¹⁹. Toutefois, si l'on veut bien rester sur le terrain de l'élément matériel de l'infraction tentée et rejeter cette référence à la culpabilité de l'auteur vers l'élément moral de la tentative¹⁴²⁰, il appert encore que tout ce qu'il reste est l'exigence d'un lien de causalité entre l'acte et le risque de consommation de l'infraction.

¹⁴¹⁴ R. GARRAUD, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, préc., n° 232.

¹⁴¹⁵ V. not. P. BOUZAT et J. PINATEL, *op. cit.*, n° 206, et H. DONNEDIEU DE VABRES, *op. cit.*, n° 227. Rapp. E. GARÇON, *op. cit.*, art. 3, n° 49, qui définit le commencement d'exécution, à l'instar de GARRAUD, comme « *les actes qui, par une conséquence directe et immédiate, doivent (...) consommer dans le délit* », en y ajoutant que cette conséquence n'a à exister que dans la pensée du délinquant. Cette référence à l'élément moral de l'infraction tentée n'est cependant pas toujours faite par l'auteur. V. *ibid.*, n° 50 et 51.

¹⁴¹⁶ V. Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *op. cit.*, n° 332.

¹⁴¹⁷ Crim., 3 mai 1974 : *Bull. crim.*, n° 157 ; et *D.*, 1973, somm., p. 20, et Crim., 5 juin 1984 : *Bull. crim.*, n° 212.

¹⁴¹⁸ Crim., 25 oct. 1962 (2 arrêts) : *Bull. crim.*, n° 292 et 293 ; *D.*, 1963, note P. BOUZAT, p. 221 ; et *JCP*, 1963, II, 12985, note R. VOUIIN, et Crim., 18 août 1973 : *Bull. crim.*, n° 339 ; et *Gaz. Pal.*, 1973, 2, p. 861. *Adde* Crim., 15 mai 1979 : *Bull. crim.*, n° 175 ; *D.*, 1979, IR, obs. M. PUECH, p. 525, et 1980, note M.-J. CAMBASSEDES, p. 409 ; *Gaz. Pal.*, 1980, 1, note P.L.G., p. 88 ; et *Rev. sc. crim.*, 1980, obs. J. LARGUIER, p. 969.

¹⁴¹⁹ « *Caractérisent le commencement d'exécution les actes qui tendent directement au crime ou au délit avec l'intention de le commettre* ». V. not. Crim., 5 juill. 1951 : *Bull. crim.*, n° 198 ; et *Rev. sc. crim.*, 1952, obs. A. LEGAL, p. 439, Crim., 8 nov. 1972 : *Bull. crim.*, n° 331 ; *Gaz. Pal.*, 1973, 1, p. 290 ; et *Rev. sc. crim.*, 1974, obs. J. LARGUIER, p. 577, et Crim., 11 juin 1975 : *Bull. crim.*, n° 150.

¹⁴²⁰ En ce sens, v. M.-L. RASSAT, *op. cit.*, n° 273.

Si la doctrine n'est pas unanime sur l'interprétation de la jurisprudence criminelle, elle paraît toutefois majoritaire à se référer désormais au critère causaliste¹⁴²¹. De plus, beaucoup des oppositions semblent reposer sur une compréhension imparfaite de cette conception. Hormis l'argument – déjà combattu – tiré de la référence jurisprudentielle à l'intention, certains auteurs estiment que la condition d'un lien de causalité en matière de tentative est en quelque sorte contre-nature, faute de nécessité d'obtenir un résultat juridique ou redouté ou de consommer l'infraction¹⁴²². Pourtant, telle n'est pas le sens d'une conception bien comprise de la causalité dans le commencement d'exécution. Pour bien la saisir, il faut en effet garder en tête la particularité du résultat légal de la tentative, seul à être juridiquement pertinent et, partant, à devoir être pris en compte lors de l'étude du lien causal dans l'infraction tentée. Le résultat légal de la tentative n'est ni celui de l'infraction consommée ni la consommation même de l'infraction projetée¹⁴²³. La constitution d'une tentative de vol n'est pas plus soumise à l'atteinte portée à la propriété d'autrui qu'à la soustraction de la chose d'autrui ou qu'à la réunion des conditions de l'article 311-1 du Code pénal. Pour que l'infraction tentée soit constituée, il faut un commencement d'exécution, soit, tout simplement, un acte qui tende directement et immédiatement à la consommation de l'infraction sans y parvenir, un fait qui crée un aléa quant à son propre avènement. En matière de vol, l'acte doit entraîner un risque de constitution du vol, soit de soustraction portant atteinte à la propriété de la victime. Par exemple, l'acte consistant à se tenir en embuscade, armé et prêt à se dissimuler sous une cagoule, devant une banque est considéré en jurisprudence comme constitutif du commencement d'exécution d'un vol¹⁴²⁴. On aperçoit bien, dans ce cas, un fait (l'embuscade), un risque de consommation du vol et, entre les deux, un rapport de cause à effet, le second résultant du premier. Le seul lien de causalité à envisager est donc celui qui existe entre l'acte de l'auteur et le risque de consommation de l'infraction projetée¹⁴²⁵. Mais, comme en matière

¹⁴²¹ V. not. P.-A. BON, *op. cit.*, n° 162 et s., et 306 et s., et art. *cit.*, F. CHABAS, *op. et loc. cit.*, Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *op. cit.*, n° 332 et s., V. MALABAT, *op. cit.*, n° 145 et s., J.-Y. MARECHAL, *op. cit.*, n° 312 et s., Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, préc., n° 255 et s., et art. *cit.*, R. MERLE et A. VITU, *op. cit.*, n° 499, J. PRADEL, *op. cit.*, n° 383, et J.-Ch. SAINT-PAU, art. *cit.* Rapp. X. PIN, *op. cit.*, n° 167, qui parle d'un acte donnant à l'agent « le pouvoir d'aller jusqu'au bout ». La conception causaliste du commencement d'exécution serait d'ailleurs ancienne et antérieure à GARRAUD : v. J. DEVEZE, art. *cit.*

¹⁴²² V. J.-Y. MARECHAL, *op. cit.*, n° 448. La critique de l'auteur est à la fois compréhensible et paradoxale. Elle est compréhensible, d'abord, puisqu'elle repose sur une conception mal comprise de la causalité dans la tentative, car bâtie sur un résultat légal qui n'est pas le sien propre mais celui de l'infraction projetée. Elle est néanmoins paradoxale, ensuite, dès lors qu'elle va contre la conception qu'il retient lui-même du commencement d'exécution, l'auteur estimant qu'il se caractérise par un lien causal entre les actes et le résultat légal de l'infraction consommée. Rapp. et A. PROTHAIS, *op. cit.*, n° 57.

¹⁴²³ GARRAUD le précisait déjà *in op. et loc. cit.* : « il n'est pas nécessaire qu'il y ait un rapport de causalité, résultant de l'acte même, avec l'infraction que l'agent a en vue. Ce qui est nécessaire, mais suffisant, c'est que l'acte incriminé comme commencement d'exécution de tel crime tende directement et immédiatement à sa perpétration ».

¹⁴²⁴ Crim., 29 déc. 1970 : *JCP*, 1971, II, 16770, note P. BOUZAT ; et *Rev. sc. crim.*, 1972, obs. A. LEGAL, p. 99.

¹⁴²⁵ Dès lors, il ne s'agit pas d'exiger, à titre de règle de fond, une causalité potentielle entre l'acte et la consommation de l'infraction projetée mais bien une causalité certaine entre le premier et le risque de consommation de cette infraction, qui est seul le résultat légal de la tentative. *Contra* v. P.-A. BON, *op. cit.*, n° 168, et 306 et s., et art. *cit.*, Y. MAYAUD, art. *cit.*, et J.-Ch. SAINT-PAU, art. *cit.*

d'infraction formelle, il se trouve que les trois composantes de l'élément matériel – fait anormal, lien causal, résultat légal – seront, en pratique, imbriquées les unes dans les autres et constatables en un unique examen. Il n'y a toutefois là rien de propre à la tentative, ni même au fait générateur de responsabilité pénale à résultat matériel, puisque les infractions matérielles simples sont également concernées.

En outre, une telle conception conserve son utilité dès lors qu'elle explique et fonde l'extériorité de l'infraction impossible à la tentative et, par là même, son illégalité.

253. Conclusion sur l'infraction impossible. Dans l'hypothèse de l'infraction impossible¹⁴²⁶, la consommation est totalement hors de portée, il n'existe absolument aucun aléa quant au risque qu'elle soit réalisée ou quant à la chance qu'elle ne se produise pas. Il est certain qu'il n'y aura pas d'infraction consommée. Par là, elle se distingue très nettement de la tentative incriminée à l'article 121-5 du Code pénal qui repose sur un commencement d'exécution que la Cour de cassation définit comme un acte devant tendre immédiatement et directement à la consommation de l'infraction projetée, c'est-à-dire en conséquence duquel doit exister un risque de consommation de ladite infraction, risque qui constitue le résultat légal de l'infraction tentée¹⁴²⁷.

Contrairement à cette dernière, l'infraction impossible – à consommer comme à tenter – heurte de front le concept de responsabilité juridique, en raison de son absence de résultat légal¹⁴²⁸, certes, mais aussi du fait de sa non-satisfaction à l'exigence essentielle de causalité que véhicule ledit concept. En présence d'une impossibilité pour absence d'objet en premier lieu, l'intérêt protégé par la combinaison de l'article 121-5 et du texte d'incrimination de l'infraction spécialement projetée est inexistant en raison soit de sa disparition, soit de son absence du champ de nuisance spatial de l'agent. Ainsi du fait de tirer sur un cadavre ou dans une pièce vide. La répression d'un tel comportement s'oppose alors à deux critiques. Tout d'abord, une telle solution se caractérise par un défaut de condition préalable affectant toute sanction pénale d'illégalité. Ensuite, il y a impossibilité de constater un quelconque résultat légal, faute de bien juridico-pénal à protéger, mais aussi et par conséquent, impossibilité de constater un lien de causalité, puisque si le terme final ne peut exister, un tel lien ne saurait être tissé. Cette solution est donc doublement incompatible avec le concept général de responsabilité juridique. En second lieu, la solution est la même en cas d'impossibilité pour inefficacité du moyen employé¹⁴²⁹. En effet, si dans ce cas le bien juridique est bien présent et

¹⁴²⁶ Sur la question, v. déjà *supra* n° 53 et s.

¹⁴²⁷ V. *supra* n° 91 et s.

¹⁴²⁸ Sur ce point, v. tout particulièrement *supra* n° 27 et s.

¹⁴²⁹ V. à ce titre, P.-A. BON, *op. cit.*, n° 306 et s., et rapp. V. MALABAT, *op. cit.*, n° 153 et s. Selon le premier auteur (*op. cit.*, n° 330), on pourrait admettre qu'il y a tentative dès lors que le bon père de famille aurait considéré que l'acte accompli avait le pouvoir causal de provoquer abstraitement le résultat. Un tel procédé, s'il a l'avantage de fournir un critère justifiant habilement le traitement distinct de l'infraction impossible et des infractions surnaturelles, paraît toutefois dénaturer le lien de causalité en le subjectivisant. En effet, si le pouvoir causal peut être apprécié, tel n'est pas le cas du lien causal concret qui doit exister entre le fait anormal et le

donc susceptible *a priori* de faire l'objet d'une dégradation, le moyen utilisé pour y parvenir est privé de toute aptitude à en entraîner une, quelle que soit sa nature, risque ou lésion. Il en est ainsi du fait de tirer sur une personne avec des balles à blanc ou avec un pistolet factice ou non chargé. La répression de ce type d'acte est donc également critiquable. Avant toute chose, la solution est illégale car, si l'acte est dépourvu de toute efficacité à mettre en danger la valeur protégée par le droit pénal, c'est qu'il ne peut tendre ni directement ni immédiatement à la consommation de l'infraction projetée. Il n'y a donc pas le commencement d'exécution exigé à la fois par la loi et par la jurisprudence. Puis, une telle solution heurterait en outre, elle aussi, le concept de responsabilité juridique dès lors que, faute de pouvoir créer un risque, l'acte ne pourrait pas être lié avec un résultat légal, lequel ne pourrait même pas exister. Ne respectant ni l'impératif de causalité ni celui de résultat légal, l'infraction impossible ne saurait être maintenue dans le droit de la responsabilité, en général, et dans le droit pénal de la responsabilité, en particulier.

La démonstration en est ici achevée. Ce type de comportement est bien distinct de la tentative, d'une part, et doit échapper à la répression comme illégale et en opposition au concept même de responsabilité juridique, d'autre part. Cette anomalie exclue, il apparaît clairement que la causalité est une condition de tout type d'infraction. Mieux, elle s'impose comme un élément constitutif de tout fait générateur de responsabilité pénale, la complicité la requérant également.

b- Causalité et complicité

254. Causalité et conditions générales de la complicité. La complicité requiert pour sa constitution un lien de causalité¹⁴³⁰ entre l'acte anormal et son résultat légal, à savoir la constitution de l'infraction par consommation ou, si elle est incriminée, par tentative¹⁴³¹.

Cette exigence résulte clairement, en premier lieu, des conditions communes de la complicité. D'un point de vue général, il faut préciser que l'acte n'a pas à avoir « *été indispensable au succès de l'entreprise* »¹⁴³² et qu'il suffit qu'il ait pu mettre en branle le comportement de l'auteur ou faciliter sa démarche, et ce, par quelque moyen matériel ou moral que ce soit. En quelque sorte, il faut simplement avoir permis la réalisation de l'infraction, avoir joué un rôle causal, pas forcément dans son existence même mais au moins

résultat légal de l'infraction tentée qui, lui, doit être constatée. Sur cette distinction, v. V. MALABAT, *op. cit.*, n° 20.

¹⁴³⁰ En ce sens, v. not. P.-A. BON, *op. cit.*, n° 226 et s., Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *op. cit.*, n° 414 et s., Y. MAYAUD, *op. cit.*, n° 387, J. PRADEL, *op. cit.*, n° 434, et Ph. SALVAGE, « Le lien de causalité en matière de complicité », *Rev. sc. crim.*, 1981, pp. 25 et s. Rapp. F. G'SELL-MACREZ, *op. cit.*, n° 257 et s., et 582 et s.

¹⁴³¹ Sur ce point, v. *supra* n° 96 et s.

¹⁴³² Ph. CONTE et P. MAISTRE, *op. et cit.*, n° 414. Adde P.-A. BON, *op. cit.*, n° 271 et s.

dans la configuration concrète qui aura été finalement la sienne¹⁴³³. Cela découle de plusieurs règles. Tout d'abord, il est acquis qu'en principe, la complicité suppose un acte positif¹⁴³⁴. Cependant, on admet la complicité par abstention s'il est possible d'établir que l'omission a influencé l'auteur de l'infraction dans le sens de la commission de celle-ci par une forme d'encouragement moral utile, c'est-à-dire lorsque ce comportement a été causal¹⁴³⁵. Ainsi en est-il, par exemple, si l'acte passif avait été promis antérieurement à la constitution de l'infraction principale¹⁴³⁶ ou si le complice avait la possibilité d'empêcher sa réalisation en raison de sa fonction¹⁴³⁷. Ensuite, la jurisprudence requiert un acte antérieur à l'infraction¹⁴³⁸. Cette exigence rappelle évidemment la causalité dans la mesure où le propre d'une cause est de précéder son effet¹⁴³⁹. Le seul tempérament à cette règle ne remet pas en cause l'analyse dès lors que l'aide subséquente à l'auteur n'est constitutive de complicité qu'à la seule condition qu'elle résulte d'un accord antérieur à l'action¹⁴⁴⁰, accord qui aura donc joué un rôle causal d'encouragement moral de l'auteur¹⁴⁴¹. Enfin, seule la condition de causalité explique que la "tentative de complicité" reste impunie¹⁴⁴². C'est que, dans cette hypothèse, faute de fait principal punissable, la complicité est privée de son résultat légal et, par là même, du terme final de son lien causal. La causalité fait donc elle aussi nécessairement défaut.

255. Causalité et modalités spéciales de la complicité. Cette condition, en second lieu, ressort clairement de l'étude des modes spéciaux de complicité.

La complicité par provocation, d'une part, doit être directe. Une simple excitation vague à la délinquance ne saurait suffire¹⁴⁴³. Elle suppose, en outre, l'utilisation de certains procédés énumérés à l'article 121-7 du Code pénal : le don, la promesse, la menace, l'ordre et l'abus

¹⁴³³ Sur ce point, comp. P.-A. BON, *op. cit.*, n° 270 et s., spéc. n° 270 : « toutes les fois que l'infraction aurait pu se réaliser de manière identique sans l'intervention du complice, celle-ci doit être regardée comme la conséquence exclusive de l'activité de l'auteur principal ». On n'est pas loin alors de la causalité qui doit exister entre le véhicule terrestre à moteur et l'accident de la circulation dans la loi du 5 juillet 1985. V. *supra* n° 243.

¹⁴³⁴ V. par exemple, Crim., 22 juill. 1897 : *D.*, 1899, 1, p. 92, et Crim., 26 oct. 1912 : *S.*, 1914, 1, p. 225. Sur ce point, v. spéc. P.-A. BON, *op. cit.*, n° 256 et s., et D. REBUT, *L'omission en droit pénal. Pour une théorie de l'équivalence entre l'action et l'inaction*, thèse Lyon, 1993, n° 62 et s.

¹⁴³⁵ V. not. P.-A. BON, *op. cit.*, n° 259 et s., E. DREYER, *op. cit.*, n° 1021, et Ph. SALVAGE, art. *cit.* Sur la question, *adde* D. REBUT, *op. cit.*, n° 569 et s., spéc. n° 581, et A. TEANI, *La responsabilité pénale du fait d'autrui*, thèse Bordeaux, 2007, n° 166.

¹⁴³⁶ V. Crim., 27 oct. 1971 : *Bull. crim.*, n° 284 ; *D.*, 1971, somm., p. 227 ; et *Rev. sc. crim.*, 1972, obs. A. LEGAL, p. 375, et obs. A. VITU, p. 385.

¹⁴³⁷ V. not., T. corr. Aix-en-Provence, 14 janv. 1947 : *JCP*, 1947, II, 3645, note BERAUD ; et *Gaz. Pal.*, 1947, 1, p. 262, Crim., 28 mai 1980 : *D.*, 1981, IR, obs. ROUJOU DE BOUBEE, p. 137, et Crim., 31 janv. 2007 : *Bull. crim.*, n° 25 ; *D.*, 2007, pan., obs. C. MASCALA, p. 1624, et note B. BOULOC, p. 1842 ; et *Dr. pénal*, 2007, comm. n° 56, obs. M. VERON.

¹⁴³⁸ V. par exemple, Crim., 23 juill. 1927 : *S.*, 1929, 1, p. 73, et Crim., 4 déc. 1947 : *Bull. crim.*, n° 239.

¹⁴³⁹ Comp. P.-A. BON, *op. cit.*, n° 250 et s., Ph. SALVAGE, art. *cit.*, et G. VIDAL et J. MAGNOL, *op. cit.*, n° 422ter.

¹⁴⁴⁰ V. not. Crim., 21 juin 1978 : *Bull. crim.*, n° 207, et Crim., 1^{er} déc. 1998 : *Dr. pénal*, 1999, comm. n° 80, obs. M. VERON ; et *JCP*, 1999, I, 151, obs. M. VERON.

¹⁴⁴¹ En ce sens, v. aussi Ph. SALVAGE, art. *cit.*

¹⁴⁴² V. P.-A. BON, *op. cit.*, n° 229 et s., Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *op. et loc. cit.*, et J. PRADEL, *op. cit.*, n° 427.

¹⁴⁴³ E. GARÇON, *op. cit.*, art. 59 et 60, n° 237.

d'autorité ou de pouvoir. Elle doit être qualifiée. La majorité des auteurs en déduisent une exigence causale¹⁴⁴⁴. D'aucuns en concluent même que si la proposition est révoquée avant l'exécution de l'infraction, le complice ne devrait pas voir engager sa responsabilité pénale¹⁴⁴⁵. L'action de l'auteur principal apparaîtrait alors suffisamment libre pour que toute la causalité lui soit attribuée¹⁴⁴⁶. Le texte en fait d'ailleurs bien l'origine du fait principal punissable¹⁴⁴⁷. L'exigence est ici flagrante.

En matière de complicité par fourniture d'instruction, d'autre part, le texte paraît moins exigeant, qui vise uniquement le fait de donner « *des instructions pour la (l'infraction) commettre* ». Cela semble ne renvoyer qu'à une sorte de mobile, de destination attribuée par le complice à l'instruction, sans regard pour le lien objectif de causalité qui pourrait se tisser entre son comportement et celui de l'auteur. Toutefois, l'interprétation faite par la jurisprudence de ce texte milite en sens contraire. Ainsi exige-t-elle que les instructions données soient de nature à faciliter la commission de l'infraction¹⁴⁴⁸. Un simple conseil, en revanche, ne saurait fonder la responsabilité du complice¹⁴⁴⁹. De même, la doctrine est presque unanime à estimer que l'acte doit avoir été causal de l'infraction, en facilitant ou en rendant possible la perpétration du fait principal punissable, pour qu'il y ait complicité. Les informations fournies doivent avoir été utilisables, voire utilisées¹⁴⁵⁰.

Quant à la complicité par aide et assistance enfin, le texte est clair : il faut avoir facilité la préparation ou la consommation du crime ou du délit auquel on s'associe. Une « *contribution utile* » au fait principal punissable est requise¹⁴⁵¹. Là encore, la causalité apparaît comme une condition évidente de la complicité. Que l'on envisage donc le droit général de la complicité ou bien le droit spécial des modes de complicité, la causalité apparaît comme une exigence absolument générale.

¹⁴⁴⁴ V. not. P.-A. BON, *op. cit.*, n° 280 et s., A. CHAUVEAU et F. HELIE, *Théorie du Code pénal*, t. 1, 6^e éd. par E. VILLEY, Librairie générale de jurisprudence, 1887, n° 278, Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *op. et loc. cit.*, n° 417, E. DREYER, *op. cit.*, n° 1034 et s., E. GARÇON, *op. et loc. cit.*, n° 238, Ph. SALVAGE, *art. cit.*, et G. VIDAL et J. MAGNOL, *op. cit.*, n° 416. *Adde* A. TEANI, *op. cit.*, n° 178 et s.

¹⁴⁴⁵ V. A. CHAUVEAU et F. HELIE, *op. et loc. cit.* Rapp., plus généralement, Y. MAYAUD, *op. et loc. cit.*

¹⁴⁴⁶ *Comp. infra* n° 329.

¹⁴⁴⁷ « *Est également complice la personne qui par don, promesse, (...) aura provoqué à une infraction* », et non pas simplement une personne à commettre une infraction.

¹⁴⁴⁸ V. par exemple, *Crim.*, 31 janv. 1974 : *Bull. crim.*, n° 50 ; *JCP*, 1975, II, 17984, note A. MAYER-JACK ; et *Rev. sc. crim.*, 1975, obs. J. LARGUIER, p. 677.

¹⁴⁴⁹ V. ainsi *Crim.*, 24 déc. 1942 : *S.*, 1944, 2, p. 7.

¹⁴⁵⁰ V. not. P.-A. BON, *op. cit.*, n° 292 et s., B. BOULOC, *op. cit.*, n° 350, A. CHAUVEAU et F. HELIE, *op. cit.*, n° 279, Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *op. cit.*, n° 418, E. DREYER, *op. cit.*, n° 1030 et s., R. MERLE ET A. VITU, *op. cit.*, n° 550, X. PIN, *op. cit.*, n° 287, qui parle même de nécessité des informations à la réalisation de l'infraction, M.-L. RASSAT, *op. cit.*, n° 358, J.-H. ROBERT, *Droit pénal général*, préc., p. 346, et G. VIDAL et J. MAGNOL, *op. cit.*,

¹⁴⁵¹ J.-H. ROBERT, *op. cit.*, p. 344. *Adde* P.-A. BON, *op. cit.*, n° 270, et E. DREYER, *op. cit.*, n° 1031, qui estime que l'acte de complicité n'a pas à avoir été efficace (*ibid.*, n° 1002). Une telle nuance semble ne concerner toutefois que l'efficacité matérielle de l'acte. En effet, il semble qu'un encouragement moral soit, en revanche, non seulement suffisant mais encore nécessaire à la satisfaction de l'exigence causale en fait de complicité. En ce sens, *adde* P.-A. BON, *op. cit.*, n° 274 et s.

256. Banalité de la causalité dans la complicité. Une dernière question mérite d'être étudiée. Il s'agit de celle de la nature exacte du lien qui unit l'acte du complice et le fait principal punissable.

Selon ces auteurs en effet, en matière de complicité, le lien unissant l'acte du complice au fait principal punissable serait particulier¹⁴⁵². Du point de vue de sa nature d'une part, il ne s'agirait pas d'un lien de causalité objectif, que cette doctrine semble identifier à la causalité *stricto sensu*, mais il serait tout au plus l'expression d'une causalité subjective, morale. Du point de vue de sa fonction d'autre part, alors que la causalité véritable serait constitutive des infractions, cette sorte de causalité morale serait participative et au fondement de l'imputation de ces dernières aux complices. Cette distinction est fondée sur celle qui oppose la relation de participation à la relation de causalité¹⁴⁵³.

Une telle conception peut ne pas convaincre. En premier lieu, au regard de la nature du lien qui doit exister entre l'acte du complice et l'infraction, on peut admettre qu'il revêt une certaine particularité. Néanmoins, cette spécificité ne tient qu'au fait qu'elle est une manifestation de la causalité humaine¹⁴⁵⁴, qui repose sur un « *déterminisme parcellaire (...) permettant de combiner l'explication causale et la liberté humaine* »¹⁴⁵⁵, ce qui ne suffit pas en soi à la disqualifier et à en faire un lien véritablement original. En effet, la notion de causalité humaine, tout d'abord, est bien connue des spécialistes de la question causale qui l'oppose à la causalité des faits matériels¹⁴⁵⁶. Ensuite, elle n'est pas étrangère aux juristes eux-mêmes dans la mesure où cette forme de causalité serait, au contraire, pour eux un sujet de prédilection qu'ils partageraient avec les historiens¹⁴⁵⁷. Enfin et surtout, une telle forme de causalité n'a rien de « *propre à la participation* »¹⁴⁵⁸ puisqu'on la retrouve parmi les éléments constitutifs de certaines infractions. Ainsi des infractions de "faire faire"¹⁴⁵⁹ ou de certaines infractions de provocation (telle que la provocation au suicide de l'article 223-13 du Code pénal) qui peuvent se satisfaire d'un lien causal constitué par un simple encouragement moral de l'auteur matériel par l'auteur moral ou la victime. Dès lors, en second lieu, on voit mal pourquoi la causalité humaine serait constitutive – et donc une véritable causalité – dans ces derniers cas mais seulement participative – et à la limite de ne plus mériter son nom – lorsqu'il serait question de complicité. Par conséquent, on peut douter très légitimement de la valeur de la distinction fonctionnelle des causalités constitutive et participative. La distinction lien causal/liens participatif paraît en fait trop tranchée. L'un n'est pas exclusif de l'autre en ce sens

¹⁴⁵² V. not. F. ROUSSEAU, *op. cit.*, n° 180, et 208 et s., spéc. n° 208 : « *Si la causalité n'est pas absente de la complicité, elle a cependant peut-être changé de nature* », et « *Complice ou auteur indirect d'une infraction non intentionnelle ?* », *Dr. pénal*, 2007, Etude n° 11, et J.-Ch. SAINT-PAU, *art. cit.*

¹⁴⁵³ V. F. ROUSSEAU, *op. cit.*, n° 179, et *art. cit.*

¹⁴⁵⁴ Sur cette question, v. F. G'SELL-MACREZ, *op. cit.*, n° 49 et s., 68 et s., 257 et s., et 582 et s. Rapp. Ch. QUEZEL-AMBRUNAZ, *op. cit.*, n° 302

¹⁴⁵⁵ F. G'SELL-MACREZ, *op. cit.*, n° 79.

¹⁴⁵⁶ *Ibid.*, n° 49 et s.

¹⁴⁵⁷ *Ibid.*, n° 49 et s., et 68 et s.

¹⁴⁵⁸ F. ROUSSEAU, *op. et loc. cit.*

¹⁴⁵⁹ Sur lesquelles, v. *ibid.*, n° 301 et s., et *infra* n° 267.

que la participation n'exclut pas la causalité et que la causalité n'a pas à être considérée comme l'apanage de l'action. La véritable explication de cette conception semble surtout tenir à ce que ces tenants raisonnent comme si l'infraction était le seul fait générateur de responsabilité pénale. Pourtant, si l'on admet que la complicité est également un tel fait générateur de responsabilité, il est tout à fait possible de concevoir que le lien qui doit unir l'acte de complicité et la constitution du fait principal punissable est un rapport de causalité tout à fait banal dont la seule et unique fonction reste systématiquement constitutive.

A retenir cette conception, conforme au droit positif et au concept général de responsabilité juridique en même temps que très simple, il est donc possible d'affirmer que tout fait générateur de responsabilité pénale en particulier, comme tout fait générateur de responsabilité en général, implique pour sa constitution un lien de causalité certain. Le droit positif est donc tout à fait conforme à cette exigence du concept de responsabilité, lequel paraît d'ailleurs s'en satisfaire.

§2. La suffisance d'une causalité certaine

257. Indifférence des caractères du lien de causalité. L'exigence d'une causalité certaine n'est jamais vraiment remise en cause par les juristes. En revanche, cette condition est souvent considérée comme n'étant qu'une première étape dans la qualification d'une cause en matière de responsabilité. La certitude serait une exigence nécessaire mais pas suffisante¹⁴⁶⁰. Il faudrait, en outre, lui ajouter certains caractères : l'exclusivité, l'immédiateté ou le caractère direct ou abstrait du lien causal¹⁴⁶¹. Il est pourtant permis de douter de cette opinion. Au contraire, l'exigence d'une causalité certaine paraît suffire. Totalement justifiée au regard des impératifs de la responsabilité juridique (A), cette conception paraît aussi se vérifier globalement en droit positif (B).

A- Les justifications de la suffisance d'une causalité certaine

258. Pluralité de fondements. Deux séries d'arguments permettent de défendre la thèse du caractère suffisant d'une causalité certaine. Elle découle du concept général de responsabilité juridique d'une part (1), et s'accorde avec ses applications techniques en droit privé d'autre part (2).

¹⁴⁶⁰ V. par exemple, P.-A. BON, *op. cit.*, n° 521, et 620 et s., M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, p. 172, et F. G'SELL-MACREZ, *op. cit.*, n° 301. Sur cette habitude doctrinale couramment consacrée par les droits positifs étrangers, v. Ch. QUEZEL-AMBRUNAZ, *op. cit.*, n° 202 et s., et 224, et H. SLIM, *art. cit.*

¹⁴⁶¹ Le caractère direct ou abstrait du lien de causalité renvoie au pouvoir causal de l'acte, tel qu'apprécié *ex ante* et *in abstracto*. Sur la question, v. plus précisément *infra* n° 269 et s.

1. La justification générale de la suffisance

259. Conformité de la certitude à l'utilité de l'exigence causale. On l'a vu, la causalité en droit de la responsabilité répond à une exigence d'utilité et de justice. La question qui se pose donc est de savoir si la seule certitude du lien causal permet de satisfaire ces objectifs. Du point de vue de l'utilité de l'exigence d'une part, la causalité a pour fonction d'expliquer le cours des choses, de relier entre eux l'acte anormal et le résultat légal pour constituer le fait générateur de responsabilité, ainsi que de permettre la désignation du responsable ou, tout au moins, d'y contribuer. Or, la seule exigence de certitude suffit à y parvenir.

Si l'on est certain, d'abord, qu'un fait est à l'origine d'un autre, on peut suffisamment expliquer l'avènement du second par la réalisation du premier. La proximité temporelle, l'exclusivité causale ou le pouvoir causal de ce dernier n'apporte alors rien de plus en terme d'explication. Le simple établissement d'un rapport de nécessité entre deux événements est satisfaisant¹⁴⁶². Ainsi, si un individu fait porter, par le biais d'un tiers totalement inconscient de ce qui se passe, une tartine de beurre de cacahuète à une personne allergique à l'arachide, et ce, dans le but de la tuer, il est tout à fait possible d'expliquer le décès de la victime par le fait du premier individu. La précision de ce que, sans l'intervention du tiers, cause la plus proche du dommage, la mort aurait été empêchée n'est pas indispensable pour rattacher le premier acte au résultat. De même, l'absence de pouvoir objectivement homicide du beurre de cacahuète n'exclut pas la compréhension du déroulement des choses.

Par ailleurs, la certitude suffit ensuite à relier deux événements puisqu'elle consiste précisément... à démontrer qu'ils sont liés. Partant, elle suffit à unir le fait anormal au résultat légal et à permettre la constitution du fait générateur. Dans l'exemple utilisé, on peut rattacher l'activité homicide (appliquer le beurre de cacahuète sur une tranche de pain et la faire porter par un tiers à la victime pour la lui faire manger) et le résultat juridique (la mort de la victime). Dès lors, on peut qualifier les faits de meurtre. La certitude suffit, sauf précision contraire, à ce qu'un fait générateur de responsabilité puisse être constitué.

Enfin, la certitude permet à elle seule de désigner l'auteur. Elle autorise même à en désigner plusieurs, peu important le pouvoir causal de leurs actes ou de leur proximité avec le résultat légal. A supposer le tiers de notre exemple au courant de l'allergie de la victime, on aurait ainsi pu retenir deux responsabilités pénales : celle du meurtrier, le tiers en question, et celle de son complice, qui lui a fourni les moyens de commettre son infraction. Elle contribue également, par là même, à la désignation d'un responsable du fait d'autrui. Dans l'hypothèse où la tartine aurait été faite par l'employé d'un restaurant agissant sur le lieu et aux heures de travail, son identification comme auteur, par le biais de la seule certitude du lien de causalité unissant son comportement à la mort de la victime, client de l'établissement, aurait permis de désigner son employeur comme commettant civilement responsable du fait de son préposé.

¹⁴⁶² En ce sens, v. F. G'SELL-MACREZ, *op. et loc. cit.*

Quelle que soit la fonction attribuée à la causalité en droit de la responsabilité, la seule exigence de certitude est donc suffisante.

260. Conformité de la certitude à la légitimité de l'exigence causale. D'autre part, la certitude peut à elle seule satisfaire à l'exigence de légitimité de la causalité. En rattachant un fait anormal à un résultat légal, la certitude causale permet, comme on vient de le voir, de désigner un responsable en ayant la certitude qu'il est bien l'auteur de ce fait ou une personne qui a autorité sur l'homme ou sur la chose à l'origine du dommage. Par là, elle fait suffisamment le départ entre responsables et boucs émissaires et conserve au droit de la responsabilité son caractère d'institution relevant de la justice commutative¹⁴⁶³. La condition de certitude est d'autant plus suffisante que s'en contenter n'empêcherait pas, si la jurisprudence voulait bien aller en ce sens, de n'attribuer au responsable que la part du résultat précisément causée par la chose ou l'auteur. En effet, la seule chose à déterminer pour y parvenir est l'étendue du risque ou de la lésion que le fait anormal de la personne ou de la chose a précisément et certainement entraîné. Toute considération tenant à la proximité de ce fait avec le résultat, à son exclusivité ou non dans la réalisation du résultat légal ou à son pouvoir causal apparaît totalement superflue.

En somme, la certitude causale répond donc aux exigences d'utilité et de légitimité attribuées à la condition de causalité telle qu'imposée par le concept même de responsabilité juridique. Elle apparaît donc comme suffisante. Cette conclusion est d'ailleurs confirmée par une étude des droits privés de la responsabilité.

2. Les justifications spéciales de la suffisance

261. Conformité de l'indifférence des caractères du lien causal aux applications techniques de la responsabilité juridique. Si le concept général de responsabilité n'impose pas plus qu'une causalité certaine, il pourrait en être différemment de ses applications en droit privé en raison de leurs exigences techniques et fonctionnelles particulières. A bien y regarder pourtant, il semble qu'il n'en soit pas le cas et que la suffisance de la certitude causale soit autant conforme au droit civil de la responsabilité (a) qu'à son homologue répressif (b).

a- Conformité de la suffisance de la certitude causale au droit civil de la responsabilité

262. Conformité technique et fonctionnelle au droit de la responsabilité civile. Le droit de la responsabilité civile ne semble pas exiger, par principe, plus qu'un lien de causalité certain.

¹⁴⁶³ A ce titre, on voit mal en quoi se borner à requérir une causalité certaine irait à l'encontre du principe de responsabilité du fait personnel. Une telle solution n'autorise pas en effet à désigner comme responsable une autre personne que l'auteur. Elle permet simplement de rendre responsable tous les auteurs. V. pourtant E. DREYER, *op. cit.*, n° 706 et s., et art. *cit.*

Techniquement d'abord, les textes se contentent d'exiger que le fait soit la cause du dommage subi par la victime, sans requérir une quelconque immédiateté, exclusivité ou un quelconque caractère direct du lien causal. Seul l'article 1151 du Code civil dispose que les dommages et intérêts contractuels « *ne doivent comprendre (...) que ce qui est une suite immédiate et directe de l'inexécution de la convention* ». Ce texte est considéré par la doctrine comme applicable à la responsabilité extracontractuelle¹⁴⁶⁴. Reste qu'elle juge également que cette précision n'apporte rien de plus à l'exigence d'un lien causal certain qu'il ne ferait justement qu'exprimer¹⁴⁶⁵. On peut donc douter qu'il puisse servir à fonder des exigences causales supplémentaires à la certitude.

La fonction de la responsabilité civile n'impose pas non plus davantage que la certitude causale¹⁴⁶⁶. Au contraire, requérir plus irait contre la fonction victimaire de cette application de la responsabilité juridique. Ne retenir que les causes directes ou, pire, que la seule cause exclusive ou la plus proche du préjudice réduit nécessairement le nombre de responsables potentiels et, par là même, les chances d'indemnisation de la victime. Cela est vrai en général mais aussi, *a fortiori*, dans le cas particulier où le seul responsable serait inconnu ou insolvable.

Par principe, il n'existe donc aucune raison d'exiger autre chose qu'un lien de causalité certain pour constituer le fait générateur de responsabilité civile. Il en est de même en droit pénal de la responsabilité.

b- Conformité de la suffisance de la certitude causale au droit pénal de la responsabilité

263. Conformité technique au droit pénal. D'un point de vue technique, la certitude causale paraît conforme aux principes du droit pénal. Cela est vrai que l'on s'intéresse au principe de légalité ou au principe de nécessité.

Concernant en premier lieu le principe de légalité, la question est discutée. Selon un auteur, se contenter d'un lien causal certain irait contre ce principe fondamental du droit criminel. En effet, ne pas choisir parmi l'ensemble des causes nécessaires aboutirait à une répression trop souple et donc arbitraire¹⁴⁶⁷. Il faudrait donc imposer, en matière pénale, le caractère direct du lien de causalité¹⁴⁶⁸. On peut ne pas en être convaincu. En effet, hormis les cas où le texte se fait particulièrement exigeant en termes de causalité, on ne voit pas en quoi le principe de légalité, *de lege lata*, autoriserait à ajouter aux exigences causales réduits d'un texte d'incrimination sans aboutir à une interprétation, non pas stricte mais restrictive de la loi

¹⁴⁶⁴ V. *supra* n° 241.

¹⁴⁶⁵ Sur cette question, v. F. G'SELL-MACREZ, *op. cit.*, n° 316 et s.

¹⁴⁶⁶ En ce sens, v. not. Ph. LE TOURNEAU *et alii*, *op. cit.*, n° 1715 et s.

¹⁴⁶⁷ Sur ce point, v. M. -A. RAYMOND, *op. cit.*, n° 74.

¹⁴⁶⁸ V. E. DREYER, *op. et loc. cit.*, art. *cit.*, et « Causalité civile et causalité pénale », *RLDC*, 2007, supplément au n°40, préc., n° 2633.

pénale¹⁴⁶⁹. *De lege ferenda*, rien ne paraît non plus imposer que la causalité pénale soit forcément directe. La condition de certitude est fiable, à la différence de la notion de causalité directe qui peut prêter à de multiples interprétations¹⁴⁷⁰. De ce point de vue, on peut même dire que l'aspect matériel du principe de légalité est bien mieux respectée si l'on s'en tient à la certitude du lien de causalité au lieu d'y ajouter un caractère flou. Le justiciable, dès lors qu'il sait avoir contribué au résultat incriminé est sûr de s'exposer à la répression. La solution est prévisible. Elle l'est beaucoup moins s'il doit se demander s'il est cause directe ou indirecte de ce résultat¹⁴⁷¹. Le principe de légalité ne souffre pas du caractère suffisant de la certitude causale en définitive. Il y gagnerait plutôt au contraire.

Il en est de même, en second lieu, du principe de nécessité. Ce dernier commande de ne sanctionner pénalement que les comportements les plus graves. Or, on voit mal en quoi se contenter d'un lien causal certain s'opposerait à ce principe. D'une part en effet, un acte peut être suffisamment grave pour mériter une peine qu'il soit ou non la cause exclusive d'un résultat légal. Pareillement, un acte indirectement causal ou une *causa remota* peut très bien être plus nuisible que celui qui aura la nature d'une cause directe ou proche de l'atteinte ou du risque causé à un bien juridico-pénal. D'autre part, admettre une causalité seulement certaine n'autorise pas une répression illimitée et inconditionnée des comportements dégradant les valeurs essentielles de la société. La sélection, on l'a déjà dit¹⁴⁷², peut fort bien s'opérer différemment, par la délimitation du bien juridique pénalement protégé ou par la précision du fait ou de l'état d'esprit incriminé par exemple. Techniquement, le droit pénal ne s'oppose donc pas au caractère suffisant de la certitude causale.

264. Conformité fonctionnelle au droit pénal. Il en est de même de sa fonction, à savoir la protection de la société car, comme en matière civile, une exigence causale limitée à une condition de certitude est particulièrement « rentable » en termes de répression¹⁴⁷³.

Si l'on s'en tient à l'aspect objectif de protection sociale¹⁴⁷⁴, d'une part, force est de constater qu'imposer plus que la certitude nuirait à la fonction du droit pénal. En effet, si l'on veut anticiper efficacement les lésions aux biens juridico-pénaux et neutraliser les individus qui peuvent y porter atteinte, il faut pouvoir appréhender tous ceux qui sont à l'origine de leur

¹⁴⁶⁹ Sur ce point, v. N. RIAS, *op. cit.*, n° 352. V. cependant, *contra* E. DREYER, *op. et loc. cit.*, et art. précités, et M.-A. RAYMOND, *op. cit.*, n° 73.

¹⁴⁷⁰ M. Dreyer se réfère à la théorie de la causalité adéquate. V. *op. et loc. cit.*, et « La causalité directe de l'infraction », préc.

¹⁴⁷¹ Comp. Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *op. cit.*, n° 386. M. Dreyer ne passe d'ailleurs pas cette difficulté sous silence, *in art. cit.*

¹⁴⁷² V. *supra* n° 66 et 202 et s.

¹⁴⁷³ Y. MAYAUD, *Violences involontaires et responsabilité pénale*, préc., n° 62.19. Adde F. CHABAS, *op. cit.*, n° 37, et Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *op. cit.*, n° 46. Il est donc excessif, en présence d'une conception large de la causalité pénale, de conclure à une « contamination avec le droit civil, pour favoriser l'indemnisation des victimes » (E. DREYER, *op. cit.*, n° 717).

¹⁴⁷⁴ V. *infra* n° 340.

dégradation¹⁴⁷⁵. C'est aussi exprimer de la meilleure manière son attachement à une valeur que de se donner les moyens de réprimer tous ceux qui, de près ou de loin, y portent atteinte ou la menacent.

Du point de vue de la protection subjective de la société¹⁴⁷⁶, d'autre part, plusieurs remarques peuvent être faites. Tout d'abord, on voit mal en quoi la définition de la causalité, question objective, pourrait être influencée par cet aspect subjectif de la fonction du droit criminel. Ensuite, il est possible d'affirmer que s'en tenir à un lien causal certain est un moyen d'assurer la punition de toutes les fautes pénales qui ont pris part à la production du résultat légal¹⁴⁷⁷. La répression est de la sorte efficacement assurée. Enfin, se satisfaire du caractère certain de la causalité n'exclut pas la nécessité de s'adresser à la conscience spéciale du délinquant et à celle générale des justiciables dans la mesure où cette faible exigence causale n'exclut rien des conditions plus ou moins strictes qui peuvent être posées quant à la culpabilité ou l'imputabilité du responsable pénal. Autrement dit, retenir la responsabilité de l'auteur indirect de violences ou du complice d'une infraction ne met pas à mal les objectifs de prévention, de resocialisation, de rétribution, de pénitence ou d'éducation du droit pénal, dès lors que la répression restera subordonnée à une faute intentionnelle et à l'imputabilité de ces personnes.

Ni la technique ni la fonction du droit pénal¹⁴⁷⁸ ou civil de la responsabilité ne semble donc imposer, par principe, que l'on dépasse l'impératif d'une causalité certaine. Au contraire, les fonctions respectives de ces deux applications techniques de la responsabilité juridique semblent même commander toutes deux que l'on s'en tienne là¹⁴⁷⁹. Par conséquent, le caractère suffisant de la causalité certaine semble parfaitement justifié. Le droit positif, ainsi qu'on va le vérifier, diverge rarement de cette conclusion.

B- La vérification de la suffisance d'une causalité certaine

265. Conformité du droit positif. Que l'on s'intéresse au droit pénal¹⁴⁸⁰ ou civil de la responsabilité, le droit positif témoigne d'une tendance générale à se satisfaire par principe de

¹⁴⁷⁵ Sur les rapports de la causalité et de la fonction préventive du droit pénal, *adde* M.LACAZE, art. *cit.*

¹⁴⁷⁶ V. *infra* n° 340.

¹⁴⁷⁷ Sur ce point, v. Y. MAYAUD, *op. cit.*, n° 62.22, et N. RIAS, *op. cit.*, n° 352.

¹⁴⁷⁸ Comp. P.-A. BON, *op. cit.*, n° 620, et R. MERLE et A. VITU, *op. cit.*, n° 565.

¹⁴⁷⁹ Il sera donc inutile d'envisager la question de la causalité dans la seconde partie de cette recherche qui a pour ambition de démontrer que les fonctions respectives du droit pénal et du droit de la responsabilité civile imposent, dans le respect du concept de responsabilité juridique, des *divergences* quant aux conditions subordonnant leur mise en œuvre. De même, il découle de cela que lorsqu'en droit positif, il est exigé davantage qu'une causalité certaine entre le fait anormal et le résultat légal, cet impératif ne peut pas être fondé sur le concept de responsabilité juridique ou sur la fonction des responsabilités du droit privé. S'il s'impose, c'est qu'il est commandé par la nature des choses, ainsi qu'il en est, par exemple, du caractère immédiat de la causalité entre un fait anormal et un résultat matériel (v. *infra* n° 274). S'il n'est pas logiquement requis, c'est une exigence purement technique dont il est tout à fait loisible au législateur ou au juge de se défaire.

¹⁴⁸⁰ Cela se manifeste d'ailleurs par l'affirmation, classique en doctrine, selon laquelle le droit pénal retiendrait plutôt la théorie de l'équivalence des conditions. V. not. en ce sens, F. CHABAS, *op. cit.*, n° 38, F. G'SELL-

la seule certitude. On se moque que l'acte de l'agent ait produit le résultat seul ou non, de la même manière qu'importe peu la proximité spatio-temporelle de l'une et de l'autre. Cela se traduit par une indifférence de principe d'une causalité exclusive et immédiate d'une part (1). De même en est-il du pouvoir, de l'intensité causale de l'acte, soit du caractère direct ou abstrait de la causalité d'autre part (2).

1. L'indifférence de principe d'une causalité exclusive et immédiate

266. Indifférence absolue de la causalité exclusive. En premier lieu, la causalité exclusive est totalement indifférente. On se moque de savoir si le fait anormal à l'origine du résultat légal a été seul ou accompagné pour que puisse être engagée la responsabilité de son auteur ou de la personne qui doit en répondre. Un tel principe apparaît justifié pour deux raisons spéciales : en fait d'une part, l'exclusivité causale serait impossible à envisager, chacun s'entendant pour souligner que l'une des difficultés posées par le problème de la causalité est que tout événement doit forcément son existence à un ensemble complexe d'antécédents¹⁴⁸¹ ; en droit d'autre part, la pluralité de causes est possibles dans le sens où il est envisageable que plusieurs faits anormaux contribuent ensemble à créer une atteinte ou un risque pour un bien juridiquement protégé. De plus, la causalité exclusive empêcherait la répression de nombreuses fautes et diminuerait le nombre de responsables et, donc, les chances d'indemnisation des victimes.

Il n'y a donc rien d'étonnant à ce que le droit positif soit en ce sens. En droit civil, pour commencer, la règle est claire et affirmée par la jurisprudence¹⁴⁸². C'est ce qui explique, notamment, qu'il puisse y avoir contribution à la dette entre coauteurs. En droit pénal après, la Cour de cassation statue pareillement¹⁴⁸³. La matière connaît d'ailleurs elle aussi la coaction et c'est également l'indifférence de la causalité exclusive qui participe à fonder la répression des complices¹⁴⁸⁴. De même, en droit civil comme en droit pénal de la responsabilité, la participation de la victime à la production du résultat légal est indifférente¹⁴⁸⁵. La doctrine le

MACREZ, *op. cit.*, n° 152, M. LACAZE, art. *cit.*, R. MERLE et A. VITU, *op. cit.*, n° 57, et M-A. RAYMOND, *op. et loc. cit.* Adde sur cette question, P.-A. BON, *op. cit.*, n° 699, X. PIN, *op. cit.*, n° 163 et s., J. PRADEL, *op. cit.*, n° 402, N. RIAS, *op. cit.*, n° 345 et s., et Ch. QUEZEL-AMBRUNAZ, *op. cit.*, n° 119.

¹⁴⁸¹ En ce sens, v. R. SAVATIER, *op. cit.*, n° 469. De fait, cela est incontestable. Toutefois, en soi, l'argument ne suffit pas à exclure la possibilité que le droit ne qualifie de cause qu'un événement unique qu'il considérerait avoir causé à lui seul le résultat légal. D'ailleurs, on verra que si un fait n'a pas à avoir été la cause exclusive de ce résultat pour engager la responsabilité d'un individu, il peut en revanche être admis qu'un comportement juridiquement considérée comme cause exclusive absorbera toute la causalité et que son auteur supportera donc toutes les conséquences qui découleront. Sur ce point, v. *infra* n° 331 et s.

¹⁴⁸² En ce sens, v. not. Crim., 13 nov. 1975 : *Gaz. Pal.*, 1976, 1, p. 178.

¹⁴⁸³ V. par exemple, Crim., 30 mai 1972 : *Bull. crim.*, n° 179, Crim., 18 oct. 1995 : *Bull. crim.*, n° 314, Crim., 22 févr. 2011 : *AJ pénal*, 2011, obs. G. ROUSSEL, p. 307 ; et *Dr. pénal*, 2011, comm. n° 73, note M. VERON.

¹⁴⁸⁴ Comp. P.-A. BON, *op. cit.*, n° 243.

¹⁴⁸⁵ V. en ce sens, Crim., 2 nov. 1967 : *Bull. crim.*, n° 277, et Civ. 2, 11 févr. 1976 : *D.*, 1976, note Ch. LARROUMET, p. 609. Dans la mesure, toutefois, où il ne s'agit que d'une participation, excluant que la victime ne puisse être considérée comme la seule cause juridique du résultat en cause. Sur ce point, v. not. E. DREYER, *op. cit.*, n° 729, et Y. MAYAUD, *op. cit.*, n° 61.53.

constate et y est favorable¹⁴⁸⁶. On peut d'ailleurs noter que rares sont les théories de la causalité, même sélectives¹⁴⁸⁷, à ne retenir qu'une et unique cause¹⁴⁸⁸.

267. Indifférence de principe d'une causalité immédiate. La causalité immédiate, en second lieu, semble être relativement indifférente.

Il est vrai, tout d'abord, que le principe paraît bien être celui de l'indifférence. Il est inutile de constater l'absence d'intervention d'un tiers entre ce fait et le résultat légal¹⁴⁸⁹. Par ailleurs, il n'est pas requis que les faits anormaux se caractérisent par une proximité spatiale ou temporelle particulière avec la dégradation de la situation juridique. La règle est classique en droit de la responsabilité civile¹⁴⁹⁰. Il est vrai que l'article 1151 du Code civil fait référence à la « suite *immédiate* et directe de l'inexécution » mais on a déjà vu que les auteurs ont tendance à ne voir dans la formule que l'exigence même de la causalité¹⁴⁹¹. La jurisprudence est en ce sens qui admet de remonter assez loin dans l'enchaînement causal¹⁴⁹².

La règle est identique en droit pénal comme le rappelle souvent la doctrine et comme peuvent l'attester divers exemples. Si l'on s'intéresse à l'infraction d'une part, on se rend compte que le lien causal exigé en la matière est souvent très lâche¹⁴⁹³. Premièrement, le droit criminel connaît des infractions de "faire faire" qui consiste à assimiler, à titre d'élément matériel, le fait de réaliser un acte déterminé soi-même à celui de d'y faire procéder par un autre¹⁴⁹⁴. On peut citer à ce titre l'article 223-8 du Code pénal, qui incrimine « le fait de pratiquer ou de faire pratiquer sur une personne une recherche biomédicale » non consentie, ou l'article L. 121-21 du Code de la consommation, qui assimile pénalement le fait de pratiquer ou de faire pratiquer un démarchage non financier. Deuxièmement, en l'absence d'infraction de "faire faire", la jurisprudence en crée elle-même des équivalents lorsque le tiers

¹⁴⁸⁶ V. not. P.-A. BON, *op. cit.*, n° 529 et s., qui souligne d'ailleurs que la pluralité de causes, loin d'exclure la responsabilité pénale, permet au contraire parfois d'en aggraver les conséquences, 469 et s., et 596, E. DREYER, *op. et loc. cit.*, et art. précités, R. LEGEAIS, art. *cit.*, V. MALABAT, *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit pénal*, préc., n° 37, Y. MAYAUD, *op. cit.*, n° 61.10, et 61.41, et art. *cit.*, R. MERLE et A. VITU, *op. cit.*, n° 570, et s., J. PRADEL, *op. et loc. cit.*, M.-A. RAYMOND, *op. cit.*, n° 74, N. RIAS, *op. cit.*, n° 346, et J.-CH. SAINT-PAU, art. *cit.* Rapp. Ch. QUEZEL-AMBRUNAZ, *op. cit.*, spéc. n° 321 et s., G. RIPERT et J. BOULANGER, *op. cit.*, n° 1020, R. SAVATIER, *op. cit.*, n° 469, et G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. cit.*, n° 355.

¹⁴⁸⁷ Sur les théories classiques de la causalité, v. *infra* n° 280 et s.

¹⁴⁸⁸ On ne voit guère que les théories fondées sur un critère chronologique, à savoir celles de la *causa proxima* et de la *causa remota*, tant il est vrai qu'il ne peut y avoir qu'un premier et qu'un dernier événement.

¹⁴⁸⁹ De telles exigences conduiraient d'ailleurs à requérir une causalité exclusive ce qui, on vient de le voir, n'est pas le cas.

¹⁴⁹⁰ Sur ce point, v. not. G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. cit.*, n° 355 et s. Rapp. Ph. BRUN, *op. cit.*, n° 237.

¹⁴⁹¹ V. *supra* n° 241.

¹⁴⁹² V. par exemple, Paris, 7 juill. 1989 : *Gaz. Pal.*, 1989, 2, concl. G. PICHOT, p. 752, Civ. 1, 2 juill. 2002 : *Bull. civ.*, n° 182 ; *D.*, 2002, IR, p. 2517, et Civ. 2, 27 mars 2003 : *Bull. civ.*, n° 76 ; et *JCP*, 2004, I, 101, obs. G. VINEY.

¹⁴⁹³ Sur l'indifférence du caractère immédiat de la causalité, v. not. P. BOUZAT et J. PINATEL, *op. cit.*, n° 179, E. DREYER, *op. cit.*, n° 730 et s., et « La causalité directe de l'infraction », art. *cit.*, V. MALABAT, *op. et loc. cit.*, Y. MAYAUD, *op. cit.*, n° 62.45, R. MERLE et A. VITU, *op. cit.*, n° 571, et J. PRADEL, *op. et loc. cit.* Rapp. Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *op. cit.*, n° 72

¹⁴⁹⁴ Sur cette question, v. spéc. F. ROUSSEAU, *op. cit.*, n° 301 et s.

lui apparaît comme n'ayant joué que le rôle d'un simple instrument inconscient manipulé par un auteur, lequel est qualifié alors de moral¹⁴⁹⁵. Ainsi en est-il, notamment, en matière d'empoisonnement¹⁴⁹⁶, de faux¹⁴⁹⁷ ou de dénonciation calomnieuse¹⁴⁹⁸. De telles solutions prennent, sans aucun doute, certaines libertés contestables avec le principe de légalité¹⁴⁹⁹. Toutefois, les critiques dont elles font l'objet peuvent parfois être nuancées¹⁵⁰⁰. Par exemple, il arrive que la solution soit justifiée par le fait que l'infraction en cause est, en dernière analyse, une infraction de "faire faire"¹⁵⁰¹ ou parce qu'elle s'autorise du terme désignant l'acte incriminé¹⁵⁰². Troisièmement, depuis la loi du 10 juillet 2000, les personnes physiques auteurs indirects ayant commis une faute qualifiée et les personnes morales n'ont pas à être la cause immédiate du dommage résultant de leur comportement¹⁵⁰³. Il en est de même enfin en matière de violences¹⁵⁰⁴.

D'autre part, les exigences du droit pénal en matière de complicité sont également assez libérales. La jurisprudence admet en effet depuis longtemps la complicité de complicité¹⁵⁰⁵, ou complicité indirecte, c'est-à-dire qu'elle admet la responsabilité du complice qui n'apporte son aide à l'auteur de l'infraction que par l'intermédiaire d'un tiers¹⁵⁰⁶. Une telle solution paraît totalement justifiée dès lors que peuvent être caractérisés tant l'intention du complice, le fait principal punissable que l'effet de l'acte du complice sur ce dernier. Elle révèle simplement que la causalité requise aux fins de constitution de la complicité peut être aussi bien médiate qu'immédiate.

¹⁴⁹⁵ V. *ibid.*, n° 346 et s.

¹⁴⁹⁶ V. not. Crim., 2 juill. 1886 : *S.*, 1887, 1, p. 489, et 5 févr. 1958 : *Bull. crim.*, n° 126.

¹⁴⁹⁷ V. en ce sens, Crim., 25 avr. 1979 : *Bull. crim.*, n° 148.

¹⁴⁹⁸ V. par exemple, Crim., 24 oct. 1972 : *Gaz. Pal.*, 1973, 1, p. 218, et Crim., 6 mars 1989 : *Bull. crim.*, n° 133.

¹⁴⁹⁹ En ce sens, v. not. E. DREYER, *op. cit.*, n° 713 et s., qui considère en outre que cette jurisprudence, en réifiant le tiers de bonne foi, pose un « problème éthique certain » (*ibid.*, n° 714), et F. ROUSSEAU, *op. cit.*, n° 348.

¹⁵⁰⁰ Sur ces nuances, v. F. ROUSSEAU, *op. cit.*, n° 349.

¹⁵⁰¹ Ainsi en est-il en matière de faux, l'article 441-1 du Code pénal réprimant aussi bien le fait de fabriquer un faux que celui d'en faire fabriquer un. V. Crim., 8 juin 1912 : *Bull. crim.*, n° 307, et Crim., 30 nov. 1971 : *Gaz. Pal.*, 1972, 1, p. 374.

¹⁵⁰² L'un des actes constitutifs de l'empoisonnement étant l'emploi de la substance, on pourrait ainsi considérer qu'il y a emploi à faire administrer le poison à la victime *via* un tiers inconscient. La proposition est de M. Rousseau, *op. et loc. cit.*

¹⁵⁰³ V. par exemple, Crim., 27 janv. 1944 : *Gaz. Pal.*, 1944, 1, p. 182, et Crim., 23 sept. 1998 : *Rev. sc. crim.*, 1999, obs. Y. MAYAUD, p. 321. Adde P.-A. BON, *op. cit.*, n° 596, E. GARÇON, *op. cit.*, art. 319 et 320, n° 34, et M.-A. RAYMOND, *op. cit.*, n° 74 et s.

¹⁵⁰⁴ V. par exemple, Crim., 28 avr. 1981 : *Bull. crim.*, n° 129, et Crim., 27 févr. 1992 : *Bull. crim.*, n° 92. Sur ce point, v. not. P.-A. BON, *op. cit.*, n° 579, M.-A. RAYMOND, *op. cit.*, n° 74, et N. RIAS, *op. et loc. cit.*

¹⁵⁰⁵ V. par exemple, Crim., 23 mai 1844 : *Bull. crim.*, n° 179, Crim., 10 oct. 1988 : *JCP*, 1990, II, 21416, note DENIDOFF, et Crim., 30 mai 1989 : *Bull. crim.*, n° 222 ; et *Rev. sc. crim.*, 1990, obs. A. VITU, p. 325.

¹⁵⁰⁶ Sur la question, v. not. P.-A. BON, *op. cit.*, n° 546 et s., et art. *cit.*, B. BOULOC, *op. cit.*, n° 354, Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *op. cit.*, n° 414, E. DREYER, *op. cit.*, n° 1056, Y. MAYAUD, *op. cit.*, n° 386, R. MERLE et A. VITU, *op. cit.*, n° 552, J. PRADEL, *op. cit.*, n° 438, et G. VIDAL et J. MAGNOL, *op. cit.*, n° 419.

268. Prise en compte exceptionnelle de la causalité immédiate. Cependant, on peut ensuite discerner quelques exceptions au principe de l'indifférence de la causalité immédiate. Elles relèvent du droit criminel et sont de deux ordres.

En fait d'une part, il semble que les faits générateurs de responsabilité pénale dont le résultat est de nature matérielle et qui, partant, consiste idéalement en la création d'un risque¹⁵⁰⁷, implique une causalité immédiate. En effet, l'on ne peut certes nier que, dans ces hypothèses – qui sont celles des infractions formelles et tentées, il y a bien un acte, d'un côté, qui modifie le monde physique par l'augmentation de l'aléa quant à l'avènement d'un événement défavorable, d'un autre côté. Néanmoins, force est aussi de constater que l'un et l'autre sont souvent, sinon systématiquement, concomitants¹⁵⁰⁸. Par exemple, l'établissement d'un commencement d'exécution par la caractérisation d'un acte tendant directement et immédiatement à la consommation de l'infraction envisagée, comme le fait de mettre en joue une personne avec un fusil chargé, démontre en même temps le résultat légal de la tentative, c'est-à-dire le risque de consommation de l'infraction, dès lors que, désignée par le canon de l'arme à feu, la victime voit *ipso facto* croître ses risques de mourir. De même, le fait de ne pas attacher sa ceinture de sécurité crée automatiquement un risque de se voir projeter hors du véhicule en cas d'accident : l'acte et le résultat sont donc quasiment simultanés. Dès lors, il est tout à fait possible de considérer que le lien causal qui les unit est nécessairement immédiat. Il ne s'agit, toutefois, pas d'une exigence de droit mais d'une évidence de fait qui, étant toujours présente, n'a pas à proprement parler à être satisfaite.

En droit d'autre part, le législateur ou le juge exigent parfois expressément un lien causal immédiat entre l'acte et le résultat légal. La précision n'est pas toujours utile. Ainsi, en matière de tentative par exemple, il est requis « *des actes devant avoir pour conséquence directe et immédiate de consommer le crime* »¹⁵⁰⁹. Comme on vient de le voir, la précision n'est pas utile concernant le lien causal devant unir l'acte et le résultat légal de l'infraction tentée même, l'immédiateté étant systématique en fait. Par ailleurs, concernant le lien causal qui pourrait unir ce même acte au résultat légal de l'infraction consommée correspondante, il est juridiquement indifférent. Non seulement parce que ne s'agissant pas du résultat légal de la tentative, il n'est pas de bonne méthode de raisonner par rapport à celui-ci, mais aussi parce que ce lien de causalité n'est par définition pas exigé en matière d'infraction tentée, tout au moins pas dans le sens d'un lien véritable de causalité concrète. La condition d'un acte devant immédiatement tendre vers la consommation ne peut donc renseigner que sur l'acte de la tentative pris isolément – qui doit se caractériser par un pouvoir causal important¹⁵¹⁰ – et sur son résultat légal, lequel doit non seulement être un risque de consommer l'infraction mais aussi un risque de la consommer bientôt. L'exigence d'immédiateté ne paraît donc avoir

¹⁵⁰⁷ V. *supra* n° 74 et 88 et s.

¹⁵⁰⁸ La seule exception est celle où la situation juridique serait insusceptible d'être dégradée en raison de son absence ou de sa disparition, soit un cas d'impossibilité d'objet.

¹⁵⁰⁹ V. arrêts cités *supra* n° 252 notes 1420 et 1421.

¹⁵¹⁰ Ce qui renvoie à une autre question qui est celle de la causalité abstraite, sur laquelle v. *infra* n° 269 et s.

aucune influence sur le lien de causalité constituant l'infraction tentée. La précision paraît également inutile concernant le délit d'exposition d'autrui à un risque de l'article 223-1 du Code pénal. Le législateur a en effet requis que la violation de l'obligation de prudence ou de sécurité, l'acte, expose directement autrui à un risque « *immédiat* » de mort ou de blessures graves. On pourrait penser qu'il pose ainsi une exigence d'un lien de causalité immédiat entre le fait anormal et le résultat légal incriminés¹⁵¹¹. Néanmoins, il est possible d'en penser exactement la même chose que de l'exigence d'immédiateté dans le commencement d'exécution. Premièrement, la violation d'une obligation de prudence ou de sécurité crée forcément un risque pour l'intégrité corporelle, à supposer qu'un autrui se situe bien dans le champ spatio-temporel de nuisance de l'auteur¹⁵¹². Le lien de causalité unissant l'acte et le résultat est nécessairement immédiat lorsqu'il existe. Deuxièmement, il apparaît très clairement que, là où l'on exige un rapport de causalité directe entre l'acte et le risque, l'impératif d'immédiateté ne concerne que la relation entre ce risque et son objet. Comme en matière de tentative donc, ce qui est demandé par le texte, c'est d'établir que l'événement défavorable dont la probabilité de réalisation a été augmentée par la violation de l'obligation, à savoir la mort ou les blessures graves, aurait pu être imminente. Or, c'est s'intéresser alors à une causalité qui n'est, s'agissant d'une infraction formelle, pas plus exigé que juridiquement pertinente. Celle qui est requise pour la constitution du délit est forcément immédiate et l'exigence légale ne s'y rapporte pas.

Le réquisit d'une causalité immédiate pourrait cependant avoir parfois une véritable utilité. Tel serait le cas selon certains auteurs pour qui la loi du 10 juillet 2000 aurait consacré la théorie de la *causa proxima* ou posé une exigence de proximité temporelle au travers de la notion d'auteur direct figurant à l'article 121-3, alinéa 4 du Code pénal¹⁵¹³. La causalité directe se distingue en effet de la causalité indirecte par l'absence de situation intermédiaire dommageable entre la faute et le dommage. Toute intervention d'un tiers entre la faute du responsable et le résultat aurait pour conséquence, non pas d'exclure sa responsabilité, la causalité n'ayant pas à être exclusive, mais d'en faire un auteur indirect dont la responsabilité sera plus difficile à engager, subordonnée qu'elle sera dès lors à la démonstration d'une faute qualifiée. La jurisprudence est difficile à interpréter mais ne paraît pas vraiment retenir cette approche de la notion. Elle ne requiert pas un contact entre l'auteur direct et le siège du

¹⁵¹¹ V. not. E. DREYER, *op. cit.*, n° 734, et Y. MAYAUD, *op. cit.*, n° 12.50.

¹⁵¹² V. *supra* n° 109.

¹⁵¹³ En ce sens, v. not. P.-A. BON, *op. cit.*, n° 752, Ph. CONTE, *op. cit.*, n° 70, et « Le lampiste et la mort », préc., Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *op. cit.*, n° 386, M. LACAZE, art. *cit.*, X. PIN, *op. cit.*, n° 164, F. ROUSSEAU, *op. cit.*, n° 331 et s., et J.-Ch. SAINT-PAU, chron. sous Crim., 5 oct. 2004, Crim., 21 sept. 2004, et Crim., 19 oct. 2004, *RPDP*, 2005, pp. 235 et s., et « De la causalité dans l'homicide non intentionnel (art. 121-3, 221-6, 222-19 et s.) », chron. sous Crim., 24 mars 2009 et Crim., 10 févr. 2009, *RPDP*, 2009, pp. 847 et s. Rapp. F. G'SELL-MACREZ, *op. cit.*, n° 320, et Y. MAYAUD, *op. cit.*, n° 62.45. L'auteur ne soutient pas cependant cette conception de la causalité directe. V. *infra* n° 276, note 1562.

dommage¹⁵¹⁴, n'exclut pas la qualification de causalité directe malgré l'intervention fautive de la victime¹⁵¹⁵ et tend à la définir par le biais de l'expression de « *paramètre déterminant* »¹⁵¹⁶. Il n'y a donc rien d'étonnant à ce que nombreux soient les auteurs qui ne se rallient pas à l'interprétation présentée et qui estiment que la causalité directe renvoie plutôt à une exigence de pouvoir causal, soit de causalité abstraite¹⁵¹⁷.

2. L'indifférence de principe d'une causalité abstraite

269. Causalité concrète et causalité abstraite. On peut distinguer deux types de causalité¹⁵¹⁸ : la *causalité concrète*, d'une part, qui désigne le lien effectif qui rattache l'un à l'autre deux événements ; et la *causalité abstraite*, d'autre part, qui se rapporte au caractère direct de la causalité, soit au pouvoir causal de l'acte tel qu'appréhendé en lui-même, *ex ante*. Cette dernière forme de causalité fait l'objet d'une appréciation, d'un jugement de valeur. Il faut, cependant, préciser que celui-ci n'est pas de nature morale mais consiste plutôt en un calcul de probabilités¹⁵¹⁹.

Logiquement, la causalité concrète devrait suffire à fonder une responsabilité dans la mesure où elle satisfait l'exigence d'un lien causal certain, là où la causalité abstraite requiert davantage en posant une condition supplémentaire tenant à l'aptitude du fait anormal à produire le résultat légal auquel il est question de le lier. Tel est bien le cas en droit positif, en principe (a). Mais celui-ci souffre néanmoins diverses exceptions dont il est nécessaire de rendre compte (b).

a- Le principe de l'indifférence du pouvoir causal

270. Indifférence de principe en droit civil de la responsabilité. Dire que le principe est celui de l'indifférence du pouvoir causal signifie qu'en l'absence de précision, implicite ou explicite, une causalité concrète doit suffire à fonder une responsabilité juridique. Un lien causal certain, quoique très lâche, est en principe satisfaisant.

¹⁵¹⁴ V. not. Crim., 5 sept. 2000 : *Bull. crim.*, n° 262 ; *Dr. pénal*, 2000, comm. n° 135, note M. VERON ; et *JCP*, 2000, II, 10507, note J.-Y. CHEVALLIER, et Crim., 13 nov. 2002 : *D.*, 2004, note Ph. CONTE, p. 1336 ; et *Rev. sc. crim.*, 2003, obs. Y. MAYAUD, p. 331.

¹⁵¹⁵ V. Crim., 16 sept. 2008 : *Bull. crim.*, n° 186 ; et *Rev. sc. crim.*, 2009, obs. A. CERF-HOLLENDER, p. 390.

¹⁵¹⁶ V. not. Crim., 25 sept. 2001 : *Bull. crim.*, n° 188 ; et *Rev. sc. crim.*, obs. Y. MAYAUD, p. 100, Crim., 29 oct. 2002 : *Bull. crim.*, n° 196 ; et *Rev. sc. crim.*, 2003, obs. Y. MAYAUD, p. 330, et Crim., 5 avr. 2005 : *Dr. pénal*, 2005, comm. n° 103, obs. M. VERON.

¹⁵¹⁷ V. not. E. DREYER, *op. cit.*, n° 733.

¹⁵¹⁸ Sur cette distinction, v. V. MALABAT, *op. cit.*, n° 20 et s. Adde P.-A. BON, *op. cit.*, n° 358 et s.

¹⁵¹⁹ Mme Malabat distingue encore plus précisément l'appréciation *in abstracto* du pouvoir causal, consistant à se demander si l'acte pouvait causer le résultat pénal sur un modèle de référence, et son appréciation *in concreto*, revenant à s'interroger sur l'aptitude du comportement incriminé à causer ce résultat sur la victime réelle de l'infraction (*ibid.*, n° 21). On peut se poser la question de savoir si le dernier procédé, plutôt que d'intéresser la question du pouvoir causal, n'est pas un simple moyen de s'assurer de la réalité de la production du résultat. On se rapprocherait alors peut-être de la pensée de M. Maréchal selon qui l'appréciation du lien causal est opérée *in abstracto* ou *in concreto* en fonction de la nature abstraite ou concrète de l'atteinte. V. *op. cit.*, n° 354.

Tel est le cas, en premier lieu, en droit civil de la responsabilité. La doctrine est hésitante. Une partie des auteurs a tendance à estimer que la théorie de la causalité adéquate, qui pose cette condition d'une causalité abstraite, à vocation à s'appliquer aux hypothèses de responsabilités objectives aux fins d'en limiter l'étendue¹⁵²⁰. Cela est contesté par certains¹⁵²¹, et ce, semble-t-il, à juste titre. Le droit positif ne paraît en effet pas du tout en ce sens. La loi, d'une part, ne requiert rien de tel. Il est vrai que l'article 1151 du Code civil vise la « *suite immédiate et directe de l'inexécution* » mais il a déjà été répété plusieurs fois que cette formule n'est interprétée que comme le rappel de l'exigence même de causalité¹⁵²². La jurisprudence, d'autre part, n'exige pas non plus que le fait générateur de responsabilité civile ait un pouvoir causal particulier. Cela est le cas de la faute mais aussi de la violation d'une obligation contractuelle. Il est vrai que cette dernière, parce qu'elle implique une atteinte au droit de créance, avec laquelle elle est englobée au sein de la notion d'inexécution¹⁵²³, a nécessairement le pouvoir de causer ce dommage contractuel. En revanche, on ne requiert pas que ce comportement anormal ait eu la capacité intrinsèque de causer tous les préjudices qui seront appelés à être indemnisés. Pour preuve, le dommage imprévisible causé au débiteur sera parfois réparable¹⁵²⁴, et celui causé aux tiers le sera aussi, et ce, sur le seul fondement de la violation de l'engagement contractuel¹⁵²⁵. La Cour de cassation n'impose pas non plus de caractériser une causalité abstraite entre le fait anormal de la chose et le résultat légal. D'une part, la notion de rôle actif traduit, on l'a vu¹⁵²⁶, une exigence d'anormalité objective de ce fait et non une référence à son pouvoir causal. D'autre part, la jurisprudence a clairement et depuis longtemps exclu de subordonner la responsabilité du gardien à la dangerosité de la chose¹⁵²⁷. Le principe est donc bien, en matière de responsabilité civile, celui de l'indifférence du pouvoir causal du fait anormal.

271. Indifférence de principe en droit pénal de la responsabilité. Il en est de même, en second lieu, en droit pénal de la responsabilité. Le principe est avant tout bien affirmé en

¹⁵²⁰ V. not. J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *op. cit.*, n° 158 et s., et Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *op. cit.*, n° 92 et s. Rapp. F. CHABAS, *op. cit.*, n° 37 et s., Ph. LE TOURNEAU *et alii*, *op. cit.*, n° 1717, J. PRADEL, *op. cit.*, n° 402, et F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n° 860. Sur ce point, *adde* Ch. QUEZEL-AMBRUNAZ, *op. cit.*, n° 122 et s.

¹⁵²¹ V. not. Ph. BRUN, *op. cit.*, n° 233, Ch. QUEZEL-AMBRUNAZ, *op. cit.*, n° 130, N. RIAS, *op. cit.*, n° 363 et s., et G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. cit.*, n° 339 et s. Il est vrai que cette opposition de principe apparaît très contestable. Hormis la non-conformité de la présentation au droit positif, la causalité adéquate n'est pas nécessaire pour limiter l'étendue des régimes de responsabilité objective dès lors que, comme la responsabilité du fait personnel requiert une faute, ils supposent un fait anormal pour leur mise en œuvre. V. *supra* n° 161 et s.

¹⁵²² V. *supra* n° 241.

¹⁵²³ V. *supra* n° 44 et s.

¹⁵²⁴ C. civ., art. 1150.

¹⁵²⁵ V. not. Ass. plén., 6 oct. 2006 : *D.*, 2006, note G. VINEY, p. 2825 ; *JCP*, 2006, I, 115, obs. Ph. STOFFEL-MUNCK, et II, 10181, avis A. GARIAZZO et note M. BILLIAU ; *Resp. civ. et assur.*, 2006, Etude n° 17, L. BLOCH ; et *RTD Civ.*, 2007, p. 123, chron. P. JOURDAIN. Sur ce point, v. *infra* n° 303.

¹⁵²⁶ V. *supra* n° 163.

¹⁵²⁷ Ch. réunies, 13 févr. 1930, *Jand'heur* : *GAJC*, 11^e éd., n° 193.

doctrine¹⁵²⁸. A regarder la loi et la jurisprudence ensuite, il apparaît que le pouvoir causal n'est pas en principe requis.

On le constate, d'une part, pour les infractions. Ainsi en matière de violences, mortelles ou non, intentionnelles ou non, il n'est pas exigé que les coups portés aient eu la capacité initiale de provoquer le résultat concrètement survenu. Il suffit qu'on puisse rattacher les premiers au second. Les textes utilisent en effet l'expression « *ayant entraîné* »¹⁵²⁹ et non pas des formules telles que les violences "de nature à" ou "susceptible de". Il en est de même en cas de violences non corporelles¹⁵³⁰, l'exigence prétorienne d'un acte « *de nature à provoquer une sérieuse émotion* »¹⁵³¹ à la victime semblant davantage servir de règle de preuve du résultat légal que de condition de fond relative au lien causal. La causalité concrète suffit donc¹⁵³². Le même raisonnement peut être tenu pour le meurtre¹⁵³³, défini comme « *le fait de donner volontairement la mort à autrui* » par l'article 221-1¹⁵³⁴, pour les agressions sexuelles des articles 222-22 et s., les procédés énumérés au premier de ces textes servant exclusivement à poser que le consentement de la victime doit faire défaut et à fournir un moyen probatoire de s'en assurer¹⁵³⁵, pour la filouterie, l'article 313-5 ne se référant absolument pas au « *pouvoir trompeur des agissements incriminés* »¹⁵³⁶ ou encore pour les destructions, dégradations et détériorations non dangereuses pour les personnes¹⁵³⁷.

D'autre part, on peut affirmer la même chose au sujet de la complicité puisque, comme on l'a vu, une simple influence morale sur l'auteur, permettant de conclure à ce que l'acte du complice aura déterminé, encouragé ou conforté l'action du premier, suffit à retenir la responsabilité du second. En général, c'est donc une causalité très lâche qui est requise en matière de complicité¹⁵³⁸.

Pour autant, si le principe reste celui de la causalité concrète, la logique ou la technique juridique impose parfois de vérifier le pouvoir causal du fait anormal.

¹⁵²⁸ V. not. P.-A. BON, *op. cit.*, n° 532 et s., P. BOUZAT et J. PINATEL, *op. cit.*, n° 179, E. GARÇON, *op. cit.*, art. 319 et 320, n° 34, R. LEGEAIS, *art. cit.*, V. MALABAT, *op. cit.*, n° 37 et s., Y. MAYAUD, *op. cit.*, n° 62.12 et s., R. MERLE et A. VITU, *op. cit.*, n° 570 et s., et J. PRADEL, *op. et loc. cit. Contra* E. DREYER, *op. cit.*, n° 706 et s., et art. précités.

¹⁵²⁹ V. not. C. pén., art. 222-7, 222-9, 222-11, 222-19, et 222-20.

¹⁵³⁰ V. en ce sens, V. MALABAT, *op. cit.*, n° 55 et s.

¹⁵³¹ Crim., 19 févr. 1892 : *D.*, 1892, 1, p. 550, et Crim., 2 sept. 2005 : *Bull. crim.*, n° 212.

¹⁵³² V. en ce sens, P.-A. BON, *op. cit.*, n° 569 et s., et 597 et s., V. MALABAT, *op. cit.*, n° 32 et s., et M.-A. RAYMOND, *op. cit.*, n° 72 et s. *Contra* v. J.-Ch. SAINT-PAU, *art. cit.*

¹⁵³³ A cet égard, v. V. MALABAT, *op. cit.*, n° 52 et s.

¹⁵³⁴ Sur ce point, v. Crim., 13 mai 1965 : *Bull. crim.*, n° 139.

¹⁵³⁵ Dans le même sens, v. V. MALABAT, *op. cit.*, n° 74 et s.

¹⁵³⁶ *Ibid.*, n° 258.

¹⁵³⁷ C. pén., art. 322-1 et R. 635-1.

¹⁵³⁸ V. not. en ce sens, P.-A. BON, *op. cit.*, n° 242, Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *op. cit.*, n° 414, M. LACAZE, *art. cit.*, selon qui cela irait même jusqu'à la négation illégale de l'exigence de causalité, et Ph. SALVAGE, *art. cit.* Rapp. E. DREYER, *op. cit.*, n° 1020.

b- La prise en compte exceptionnelle du pouvoir causal

272. Précisions. Avant toute chose, il est nécessaire de préciser que, contrairement à ce que commanderaient certaines conceptions de la causalité adéquate¹⁵³⁹, la causalité abstraite n'a jamais vocation à remplacer purement et simplement la causalité concrète¹⁵⁴⁰. Le pouvoir causal du fait anormal ne saurait en aucun cas compenser l'exigence d'un lien causal certain entre lui et le résultat légal du fait générateur de responsabilité. Il ne peut être requis *en place* du lien de causalité concret. Il ne peut l'être qu'*en plus*, à titre de condition supplémentaire.

Tel est parfois le cas en droit positif. Encore faut-il toutefois tempérer l'exception car, si la causalité abstraite ou directe joue fréquemment un rôle probatoire (α), elle ne remplit une fonction véritablement constitutive qu'à titre ponctuel (β).

α - Le rôle probatoire naturel du pouvoir causal

273. Importance de fait du pouvoir causal. Si, en droit, le pouvoir causal de l'acte anormal n'a pas un rôle en principe fondamental, il peut toujours, en fait, remplir une fonction probatoire non négligeable.

D'un point de vue général, il paraît tout à fait logique de penser qu'un fait qui, par sa nature, peut abstraitement entraîner un résultat donné, est concrètement à l'origine de ce résultat lorsque celui-ci s'est effectivement produit après l'accomplissement dudit fait. Au cas d'un accident survenu sur un lieu de travail, le constat d'une violation de la réglementation relative à l'hygiène et à la sécurité du travail peut légitimement laisser imaginer que celle-ci est à l'origine de celui-là. Il ne s'agit que d'une présomption du fait de l'homme rien que de très banale¹⁵⁴¹. De faits connus, l'aptitude causale du comportement à provoquer tel ou tel résultat et la réalisation effective de ce résultat postérieurement au comportement en question, on déduit un fait inconnu : le lien causal concret qui, sur le fond, doit les unir pour constituer le fait générateur de responsabilité. La doctrine se fait parfois l'écho de ce procédé¹⁵⁴², certains allant même jusqu'à dire que la causalité adéquate n'a d'utilité qu'à titre de règle de preuve¹⁵⁴³. En droit pénal plus spécifiquement, plusieurs infractions, lorsqu'elles paraissent

¹⁵³⁹ On peut y ajouter les auteurs qui estiment que lorsque le fait générateur de responsabilité est composé d'un résultat matériel, une simple causalité potentielle suffit. Pour l'exposition et la contestation de cette conception, v. *supra* n° 249.

¹⁵⁴⁰ En ce sens, v. V. MALABAT, *op. cit.*, n° 26. Rapp. Ph. BRUN, *op. cit.*, n° 234, et J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *op. cit.*, n° 159.

¹⁵⁴¹ Rapp. A. BENABENT, *La chance et le droit*, préc., n° 231, et CH. QUEZEL-AMBRUNAZ, *op. cit.*, n° 128. Plus généralement, sur la question de la preuve de la causalité, v. *infra* n° 310 et s.

¹⁵⁴² V. not. M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, p. 170, J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *op. cit.*, n° 164, F. G'SELL-MACREZ, *op. cit.*, n° 189, et V. MALABAT, *op. cit.*, not. n° 24. Rapp. P.-A. BON, *op. cit.*, n° 285, et 432 et s., et Ch. QUEZEL-AMBRUNAZ, *op. cit.*, n° 286.

¹⁵⁴³ G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. cit.*, n° 345 et s. Opposé à ce système, v. Ch. QUEZEL-AMBRUNAZ, *op. et loc. cit.*

requérir un pouvoir causal, ne semblent en réalité le faire qu'à des fins strictement probatoires. Ainsi en est-il par exemple des violences non corporelles¹⁵⁴⁴ ou des agressions sexuelles¹⁵⁴⁵.

β- Le rôle constitutif ponctuel du pouvoir causal

274. La présence logique d'une causalité abstraite. De manière plus ponctuelle, la causalité abstraite peut également venir jouer un rôle vraiment constitutif, en influençant le fond du droit. Deux situations peuvent cependant être bien distinguées.

Dans certains cas, en premier lieu, la causalité abstraite apparaît en réalité moins comme une exigence juridique que comme une évidence logique. De fait, elle existera nécessairement, de sorte qu'en droit, il est inutile d'en faire une condition supplémentaire à la certitude causale. Globalement, la causalité est forcément abstraite lorsque le lien de causalité est impliqué par l'instantanéité et la simplicité du fait générateur de responsabilité. D'une part, cette situation intéresse toujours celle où le fait générateur de responsabilité est constitué par un résultat matériel. En la matière, on a déjà expliqué que l'acte, qui consiste en la création d'un risque, et le résultat, le risque créé, sont logiquement concomitants. Il en résulte qu'en plus d'être fatalement immédiate, la causalité sera également toujours abstraite. Un acte qui crée un risque a en effet, par définition, le pouvoir d'augmenter, ne serait-ce que ridiculement, la probabilité que ne se produise l'événement défavorable qui fait l'objet de ce risque. Il a donc le pouvoir abstrait de causer son résultat légal¹⁵⁴⁶. Plusieurs exemples peuvent être cités pour illustrer le propos. En cas d'association de malfaiteurs, la réunion de plusieurs personnes « *en vue de la préparation, caractérisée par un ou plusieurs faits matériels, d'un ou de plusieurs crimes ou d'un ou plusieurs délits* »¹⁵⁴⁷ crée inévitablement un risque quelconque que des infractions de cette nature soient commises. Un tel acte a le pouvoir abstrait de provoquer une augmentation des possibilités que de tels comportements soient adoptés plus facilement ou à plus brève échéance qu'avant sa commission. C'est dire que ce fait anormal a le pouvoir causal de produire le résultat matériel de l'infraction. De la même façon, en matière d'infraction tentée, le commencement d'exécution suppose un acte créant un risque de consommation et un résultat consistant en ce risque de consommation¹⁵⁴⁸. Obligatoirement, il faut convenir qu'il existe un lien causal entre les deux et que le commencement d'exécution se

¹⁵⁴⁴ V. V. MALABAT, *op. cit.*, n° 28 et 56.

¹⁵⁴⁵ V. *ibid.*, n° 74 et s.

¹⁵⁴⁶ Le seul cas où il ne pourrait pas y avoir résultat légal serait celui où, le bien juridique faisant défaut, l'acte, quel que soit son pouvoir causal, n'aurait jamais pu y porter atteinte ou lui faire courir un danger. Ce n'est alors pas à titre principal que la causalité est affectée mais seulement accessoirement, en raison de l'absence d'objet, qui exclut toute possibilité d'établir un lien causal, faute de pouvoir rattacher le fait anormal au terme final de ce lien : le résultat légal. *A fortiori*, en cas d'impossibilité d'objet, le pouvoir causal, qui tient à la nature même de l'acte, n'est pas affectée. Une proposition, par exemple, a toujours l'aptitude de provoquer le risque d'une acceptation. Elle ne produit toutefois effectivement ce risque que si elle est adressée à une personne susceptible de l'accepter.

¹⁵⁴⁷ C. pén., art. 450-1.

¹⁵⁴⁸ V. *supra* n° 91 et s.

caractérise par son pouvoir abstrait de causer un tel risque. A titre d'illustration, celui qui adresse à sa compagnie d'assurance une déclaration de sinistre mensongère crée immédiatement le risque d'une remise, soit un aléa quant à l'avènement de la consommation de l'escroquerie. Dès lors, une telle déclaration a forcément une aptitude intrinsèque à entraîner le résultat légal de la tentative d'escroquerie¹⁵⁴⁹. La jurisprudence exige pourtant précisément « *des actes devant avoir pour conséquence directe et immédiate de consommer le crime* »¹⁵⁵⁰. Cette précision d'un caractère abstrait de la causalité, si elle vise le lien causal unissant le commencement d'exécution au résultat légal de la tentative même, est toutefois inutile, la logique imposant à elle seule ce caractère. Si elle concerne le lien censé rattacher cet acte et la consommation de l'infraction projetée, la précision manque ensuite de pertinence en ce que ce lien n'a pas du tout à être tissé, et ce, pour la simple et bonne raison que cette consommation n'est pas requise pour la constitution de la tentative. L'adjectif peut tout au plus avoir une utilité au regard de la définition du fait anormal requis, à savoir le commencement d'exécution, et du résultat légal exigé. Il ne suffira pas d'un acte causant un risque quelconque de consommation mais il faudra que ce comportement crée un risque important de consommation, que la probabilité que l'infraction projetée se réalise ait augmenté manière notable.

D'autre part, relèvent parfois de ce cas de figure certaines infractions qui requièrent un résultat juridique. On peut en trouver de multiples exemples. En droit pénal, tout d'abord, l'acte du vol, par exemple, consiste en une soustraction qui est un acte qui relève des droits du maître de la chose. Son résultat consiste en l'atteinte au droit de propriété d'autrui, laquelle peut être caractérisée dès lors qu'une autre personne que le propriétaire de la chose se comporte, au mépris de la volonté de ce dernier, comme le maître de la chose. Tout acte de soustraction, au sens où l'entend le droit, implique donc l'atteinte à la propriété d'autrui et, avec elle, le lien causal qui les unit. Par là même, une telle soustraction a donc nécessairement le pouvoir causal de produire le résultat légal requis par l'article 311-1 du Code pénal¹⁵⁵¹. Il en est de même en droit civil de la responsabilité, ensuite, dans les hypothèses où fait anormal et résultat légal sont inséparables l'un de l'autre. Ainsi en est-il notamment en matière de responsabilité contractuelle où, comme on l'a déjà répété¹⁵⁵², la violation d'une obligation contractuelle provoque automatiquement une lésion du droit de créance de la victime. Par conséquent, un tel comportement a nécessairement la capacité intrinsèque de produire ce type de résultat. De même, en matière de responsabilité extracontractuelle, l'atteinte à un droit de la personnalité est une notion comprenant à la fois l'acte et le résultat¹⁵⁵³, et par conséquent le

¹⁵⁴⁹ V. par exemple, Crim., 6 avr. 1994 : *Bull. crim.*, n° 135 ; *Dr. pénal*, 1994, note M. VERON, p. 158 ; et *Rev. sc. crim.*, 1994, obs. B. BOULOC, p. 760, et Crim., 8 sept. 2004 : *Dr. pénal*, 2005, obs. M. VERON, p. 13.

¹⁵⁵⁰ V. arrêts cités *supra* n° 252 notes 1417 et 1418.

¹⁵⁵¹ Sur cette question, v. J.-Ch. SAINT-PAU, art. *cit.*

¹⁵⁵² V. *supra* n° 44 et s.

¹⁵⁵³ V. *supra* n° 211.

lien causal qui les unit. Cette systématique conduit à considérer que l'acte, la violation du droit subjectif d'autrui, a forcément le pouvoir abstrait de causer une lésion à ce droit.

275. L'exigence juridique d'une causalité abstraite – exigence indirecte. En second lieu, le pouvoir causal du fait anormal peut être un véritable impératif juridique venant s'ajouter, par la volonté du législateur ou du juge, à la certitude causale. L'exigence peut alors prendre deux formes dont la première, d'une part, est indirecte. Tel est le cas lorsque le caractère abstrait du lien causal requis ne peut se découvrir que par examen de l'acte lui-même, lorsqu'il se déduit des exigences relatives au fait anormal. On peut trouver des manifestations de l'exigence indirecte d'une causalité abstraite aussi bien en droit civil qu'en droit pénal de la responsabilité.

Tout d'abord, en matière civile, une causalité abstraite semble être impliquée lorsque le fait générateur de responsabilité est constitué par une faute inexcusable. Comme on le verra plus en détail ultérieurement, cette faute civile qualifiée peut se définir comme une faute volontaire objectivement dangereuse pour autrui dont le critère principal d'identification est la prévisibilité¹⁵⁵⁴. La définition même de la faute inclut dès lors un pouvoir causal particulièrement fort et précis en ce sens qu'il faut un danger pour les personnes. Cela ne peut qu'influer sur l'exigence de causalité qui ne pourra pas être seulement certaine mais devra encore être abstraite. Il faudra ajouter au lien causal effectif l'aptitude intrinsèque du comportement à produire un dommage corporel.

Il n'est donc pas étonnant qu'il en soit de même, ensuite, en droit criminel, et ce, notamment au sujet de la faute caractérisée de l'article 121-3, alinéa 4 du Code pénal. Pour qu'elle constitue une infraction, il faut que les fautes pénales qualifiées aient indirectement causé le résultat légal, c'est-à-dire qu'elles aient « *créé ou contribué à créer la situation qui a permis la réalisation du dommage* » ou conduit à ne pas prendre « *les mesures permettant de l'éviter* ». D'aucuns déduisent de l'opposition entre auteur indirect et auteur direct que la loi du 10 juillet 2000 a maintenu, sur la question de la causalité, le droit antérieur au profit du premier¹⁵⁵⁵. La causalité indirecte serait toujours soumise à la théorie de l'équivalence des conditions, la seule certitude causale suffirait. On peut cependant en douter très fortement. Concernant la faute caractérisée premièrement, on démontrera plus tard que cette faute est absolument équivalente aux fautes inexcusables du droit civil, sur un plan aussi bien notionnel que fonctionnel : il s'agit d'une faute ayant le pouvoir objectif de causer une atteinte à l'intégrité physique ou à la vie d'autrui, comme le fait de rouler à grande vitesse et en téléphonant aux abords d'une école. Par conséquent, les mêmes conclusions peuvent être tirées que pour ses homologues civils : la causalité abstraite est requise¹⁵⁵⁶. La seule chose

¹⁵⁵⁴ V. *infra* n° 421 et s.

¹⁵⁵⁵ V. not. P.-A. BON, *op. cit.*, n° 606, G. GIUDICELLI-DELAGE, « L'analyse au regard du lien de causalité (Article 121-3 al 4 code pénal) », *RPDP*, 2004, pp. 49 et s., Y. MAYAUD, *op. cit.*, n° 62.12 et s., et *Droit pénal général*, préc., n° 239 et s., J. PRADEL, *op. et loc. cit.*, et M.-A. RAYMOND, *op. cit.*, n° 75.

¹⁵⁵⁶ Rapp. P.-A. BON, *op. cit.*, n° 735 et s., et Ph. CONTE, *art. cit.*, note 17.

indifférente, c'est le caractère immédiat de la causalité, pas le pouvoir causal. Il semble qu'il en soit de même, deuxièmement, pour la faute délibérée¹⁵⁵⁷. Du point de vue de l'anormalité objective, ce fait relève de l'anormalité constatée¹⁵⁵⁸. Elle suppose la violation d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité. Si le fait anormal peut très bien se situer, d'un point de vue spatio-temporel, assez loin du résultat incriminé, la causalité immédiate étant indifférente, il ne semble pas qu'il en soit de même en revanche de la causalité abstraite. En effet, un comportement se caractérisant par la violation d'une obligation ayant spécialement pour fonction de protéger un intérêt juridique ou d'imposer des précautions permettant d'éviter une atteinte à un tel intérêt a forcément le pouvoir intrinsèque d'entraîner une telle atteinte. L'employeur qui viole la réglementation relative à l'hygiène et à la sécurité du travail crée forcément un risque objectif que ses employés se trouvent victime d'un accident du travail. Le fait, pour un automobiliste, de franchir un feu rouge contient forcément tout le potentiel causal propre à entraîner l'accident de la route qui en aura résulté. Le chirurgien qui n'agit pas suivant les règles de l'art et qui ne respectent pas les normes d'hygiène qui lui sont imposées adopte une attitude qui, intrinsèquement, est propre à donner lieu à une infection nosocomiale. Dès lors, il est possible d'affirmer qu'en matière de causalité, les auteurs indirects ne sont pas exactement soumis au régime antérieur à la loi du 10 juillet 2000. Certes, la causalité peut toujours être immédiate. Néanmoins, elle ne peut plus n'être que concrète. La définition même des fautes requises aux fins de constitution de l'infraction conduit à requérir une causalité abstraite¹⁵⁵⁹. L'exigence indirecte d'une causalité abstraite se retrouve encore, par ailleurs, si l'on passe du droit pénal général¹⁵⁶⁰ au droit pénal spécial. Il est inutile de trop approfondir la question et de multiplier les exemples. Il suffit de dire que certaines infractions, de par la définition de l'acte incriminé, requièrent forcément une causalité abstraite en sus de lien causal concret qui suffit en principe. Citons par exemple, l'administration de substances nuisibles de l'article 222-15 du Code pénal, du délaissement d'une personne hors d'état de se protéger de l'article 223-3 ou de l'escroquerie qui, outre le lien causal devant exister entre les actes et la remise, suppose que ceux-ci soient intrinsèquement aptes à tromper la victime et à nuire à sa confiance légitime¹⁵⁶¹.

¹⁵⁵⁷ Sur laquelle, v. *infra* n° 414 et s.

¹⁵⁵⁸ V. *supra* n° 204 et s.

¹⁵⁵⁹ En définitive, la causalité concrète n'est plus suffisante que lorsque l'infraction est attribuée à une personne morale. Seules elles souffrent donc encore du régime répressif antérieur à la réforme de 2000. Comp. P.-A. BON, *op. cit.*, n° 595 et s.

¹⁵⁶⁰ Pour le droit pénal général, on pourrait ajouter toutefois l'exemple de la complicité par provocation. L'article 121-7, alinéa 2 du Code pénal ne se satisfait pas en effet de n'importe quelle provocation. Alors qu'une provocation quelconque pourrait très bien entraîner effectivement la commission de l'infraction par l'auteur, le texte requiert que celle-ci soit accompagnée de certaines procédés, « *don, promesse, menace, ordre, abus d'autorité ou de pouvoir* », lui conférant un pouvoir causal indéniable. Causalité abstraite et causalité concrète sont donc nécessaires à la constitution de ce mode de complicité. Sur la question, v. P.-A. BON, *op. cit.*, n° 280 et s., R. MERLE et A. VITU, *op. cit.*, n° 1017, J.-H. ROBERT, *op. cit.*, p. 345, et G. VIDAL et J. MAGNOL, *op. cit.*, n° 416.

¹⁵⁶¹ Sur ces exemples, v. V. MALABAT, *op. cit.*, n° 60 et s., 124 et s., et 261 et s.,

276. L'exigence juridique d'une causalité abstraite – exigence directe. D'autre part, la condition tenant au pouvoir causal de l'acte peut être directement posée. Ce n'est cependant le cas qu'en droit criminel, en raison de la précision dans l'incrimination qu'impose le principe de légalité criminelle au législateur. On peut illustrer le propos par deux exemples.

On peut se situer sur le terrain du droit pénal général pour commencer, avec la question de l'auteur direct. Peu importe la gravité de sa faute – il n'aura donc pas à commettre une faute qualifiée se caractérisant, en vertu de leur définition même, par leur pouvoir causal, celui-ci engage sa responsabilité à condition qu'il ait directement causé le résultat légal. Pour beaucoup d'auteurs, il s'agit d'une application de la causalité adéquate¹⁵⁶². Peu importe que l'on se réfère à cette théorie ou non, la jurisprudence semble adhérer à l'exigence d'une causalité abstraite dès lors qu'elle qualifie de cause directe le fait qui a été le paramètre déterminant du dommage¹⁵⁶³. La simple certitude causale ne suffira pas ici. L'exigence d'un pouvoir causal, d'une causalité abstraite, s'y ajoute¹⁵⁶⁴. Cette exigence est alors directe, qui ne fait pas que simplement découler de la définition du fait anormal.

Puis, on peut s'intéresser au droit pénal spécial et spécialement au délit de risque causé à autrui. L'article 223-1 incrimine expressément « *le fait d'exposer directement autrui à un risque* ». La référence à une causalité abstraite est donc ici opérée sans détour par le législateur, sans se cacher derrière une définition particulièrement précise du fait anormal. On pourrait croire la prévision inutile. En effet, il s'agit d'une infraction formelle, dont la constitution suppose la réalisation d'un résultat matériel. Or, dans ce type d'hypothèse, on a vu qu'en principe la causalité était forcément abstraite, l'acte incriminé produisant forcément, sauf impossibilité d'objet, le résultat légal, à savoir la création du risque. Concernant cette infraction, la violation d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité est forcément de nature à créer un risque pour autrui. Par conséquent, on pourrait penser que la précision textuelle du caractère direct de l'exposition d'autrui à un risque qui en découle est redondante. Cependant, il est possible de lui trouver une utilité dans la mesure où le résultat légal de ce délit ne prend pas la forme d'un risque quelconque : il faut un risque concret pour une victime effective¹⁵⁶⁵. Requérir l'exposition directe d'autrui à un risque immédiat ajoute donc au seul risque abstrait résultant de la violation de la norme. Ce fait doit avoir non seulement le

¹⁵⁶² V. not. E. DREYER, *op. cit.*, n° 706, G. GIUDICELLI-DELAGE, *art. cit.*, Y. MAYAUD, *op. cit.*, n° 248, et *Violences involontaires et responsabilité pénale*, préc., n° 62.45, et M.-A. RAYMOND, *op. cit.*, n° 76. Rapp. P.-A. BON, *op. cit.*, n° 478, X. PIN, *op. et loc. cit.*, et J. PRADEL, *op. et loc. cit.*

¹⁵⁶³ V. références citées *supra* n° 268 notes 1517 et s.

¹⁵⁶⁴ On voit alors que les distinctions opérées, depuis la loi du 10 juillet 2000, entre auteur direct et indirect, d'une part, et entre les questions de la faute et du lien de causalité, d'autre part, ne sont peut-être finalement que de peu d'importance. Toute personne physique devra ainsi, pour engager sa responsabilité, avoir causé concrètement le résultat par un acte ayant le pouvoir causal de le provoquer. Dès lors, les questions de faute et de causalité, en cas de causalité abstraite, se rapprochent tellement que la méthodologie consistant à envisager, d'abord, la nature directe ou indirecte du lien de causalité, puis, en fonction de cette nature, celle simple ou qualifiée de la faute, paraît en fin de compte assez artificielle. Il n'est donc pas étonnant que la jurisprudence en la matière soit difficilement lisible... Sur ce point, comp. not. Ph. SALVAGE, « La loi n° 2000-647 du 10 juillet 2000. Retour vers l'imprudance pénale », préc.

¹⁵⁶⁵ V. *supra* n° 109.

pouvoir causal de créer un risque, ce qui est le propre de toute infraction formelle, mais doit en outre être accompli dans des circonstances telles qu'un tiers soit effectivement et concrètement mis en danger. C'est donc un pouvoir causal particulièrement important qui est posé comme condition du délit de risque causé à autrui¹⁵⁶⁶.

On le voit donc, le pouvoir causal peut jouer un rôle dans la constitution du fait générateur de responsabilité. En l'absence de précision textuelle, le principe reste toutefois celui de l'indifférence du pouvoir causal et, partant, du caractère suffisant d'un lien causal certain.

277. Bilan. *Pour qu'il y ait responsabilité, il faut donc qu'il y ait causalité. C'est une exigence fondée sur des considérations de justice et d'utilité. Et pour qu'il y ait causalité, il faut simplement s'assurer de l'existence d'un lien causal certain. C'est dire que la certitude causale est, certes, nécessaire à la responsabilité mais qu'elle est aussi suffisante. Elle suffit en effet à satisfaire les exigences d'utilité et de légitimité que l'on attend de cette condition de la responsabilité. Par conséquent, le concept général de responsabilité juridique se satisfait, et ses applications techniques en droit privé avec lui, d'une certitude causale. Il est inutile, sauf exception, de rechercher une causalité exclusive, médiate ou abstraite.*

Le droit positif est très globalement en accord avec cette présentation idéale. La causalité, d'une part, est toujours requise. Quel que soit le fait générateur de responsabilité civile ou pénale, la causalité doit systématiquement être certaine. D'autre part, il est rare qu'il soit exigé davantage. Sauf exception imposée par la logique, dans lequel cas il n'y a pas à proprement parler exigence juridique, ou par un choix relevant de la politique juridique mais nullement imposé par le concept de responsabilité ou la fonction des responsabilités de droit privé, la causalité doit être certaine et ne doit être que certaine. Exceptionnellement, le pouvoir causal de l'acte peut être requis, la causalité abstraite venant s'ajouter à la causalité concrète.

Toutefois, il ne faut pas s'arrêter là car, si nul caractère n'est ajouté au lien causal certain, il reste qu'il s'agit tout de même d'une causalité appréhendée suivant un angle tout particulier : celui du droit. Par conséquent, la causalité nécessaire n'est pas n'importe quelle causalité. Il est en effet question de causalité juridique.

¹⁵⁶⁶ En ce sens, v. également P.-A. BON, *op. cit.*, n° 353 et s.

Section 2. La juridicité de la causalité

278. Causalité juridique. *Qui dit responsabilité dit causalité, qui dit responsabilité juridique dit causalité juridique.* Le raisonnement semble logique et s'imposer avec la force de l'évidence. L'idée de causalité juridique, en vogue aujourd'hui¹⁵⁶⁷, ne l'a cependant pas toujours été¹⁵⁶⁸. Les théories classiques de la causalité sont en effet davantage des théories ajuridiques adaptées par les juristes à leur matière que des théories de la causalité juridique. Pourtant, loin de n'être qu'un slogan, la formule qui a ouvert ce paragraphe peut se revendiquer de nombreux arguments. C'est le concept même de responsabilité juridique qui requiert, en effet, une acception proprement juridique de la causalité faisant de la juridicité, non pas un simple caractère du lien causal mais une composante relevant de sa nature même. Ainsi, retenir une telle causalité semble donc légitime. Par ailleurs, une telle conception de la notion est aussi fort utile. Il n'est que d'étudier les fondements (§1) et les apports d'une telle exigence (§2) pour en être pleinement convaincu.

§1. Les fondements de l'exigence d'une causalité juridique

279. Pluralité de fondements. Deux raisons fondent l'exigence d'une causalité juridique en matière de responsabilité juridique. Intrinsèquement d'une part, l'élaboration d'une théorie juridique de la causalité paraît tout à fait fondée. Extrinsèquement d'autre part, cela se révèle d'autant plus opportun que l'on est forcé de constater l'échec des théories ajuridiques de la causalité. Pour bien mesurer la solidité des fondements de l'exigence de causalité juridique, il

¹⁵⁶⁷ L'expression "causalité juridique" est souvent utilisée lorsqu'est étudiée la question de la présomption du lien de causalité. V. *infra* n° 310 et s. Mais la notion ne se réduit évidemment pas au problème de la preuve qui n'est qu'un des aspects qu'une théorie juridique de la causalité est appelée à régir. Se référant à la causalité juridique, v., outre les références supplémentaires citées le long de cette section, Ch. AUBRY et Ch. RAU par N. DEJEAN DE LA BÂTIE, *op. cit.*, n° 388, et 391 et s., L. BLOCH, *op. cit.*, Ph. BRUN, *op. cit.*, n° 228, 233 et 238, et « Causalité juridique et causalité scientifique », *RLDC*, 2007, supplément au n° 40, préc., n° 2630, Ph. CONTE, *Responsabilité du fait personnel*, préc., n° 130 et s., J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *op. cit.*, p. 191, note 1, F. G'SELL-MACREZ, *op. cit.*, spéc. n° 51, 153, 301 et s., et 501 et s., Ch. QUEZEL-AMBRUNAZ, *op. cit.*, *passim.*, Ch. RADE, « Causalité juridique et causalité scientifique : de la distinction à la dialectique », *D.*, 2012, chron., pp. 112 et s., O. SABARD, *op. cit.*, *passim.*, J.-Ch. SAINT-PAU, art. *cit.*, P. SARGOS, « La causalité en matière de responsabilité ou le "droit Schtroumpf" », *D.*, 2008, pp. 1935 et s., B. STARCK, H. ROLLAND et L. BOYER, *op. cit.*, n° 1057, F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n° 858, et G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. cit.*, n° 333, et 346-1. Rappr. Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *La responsabilité civile délictuelle*, préc., n° 149. Les pénalistes commencent aussi à employer la notion : v. not. P.-A. BON, *op. cit.*, n° 620 et s., et M. LACAZE, art. *cit.* Tous ces auteurs, bien qu'utilisant la notion de causalité juridique ne font toutefois pas tous référence à ce qu'elle recouvre vraiment, c'est-à-dire à une théorie purement juridique de la causalité. Beaucoup n'expriment que la nécessité d'opérer un tri parmi les causes matérielles, scientifiques ou physiques, sans pour autant promouvoir une manière juridique de sélectionner les causes. Pour une relativisation de cette opposition entre causalité juridique et causalité scientifique ou matérielle, v. d'ailleurs G. CANSELIER, « De l'explication causale en droit de la responsabilité civile délictuelle », *RTD Civ.*, 2010, pp. 41 et s.

¹⁵⁶⁸ V. cependant, R. GARRAUD, *op. cit.*, n° 297, et G. MARTY, art. *cit.*

convient donc de dresser le constat de cet échec (A) pour en déduire combien une théorie de la causalité juridique est importante (B).

A- L'échec des théories ajuridiques de la causalité

280. Universalité de la question causale. La question de la causalité est universelle. La recherche des causes des événements est un objet d'étude qui se trouve au croisement de nombreuses disciplines. Physiciens, historiens, criminologues, philosophes, théologiens viennent ainsi chacun apporter leur conception de ce problème si difficile à résoudre¹⁵⁶⁹. Il n'est donc pas étonnant que les juristes aient puisé à ces sources et que les grandes théories classiques de la causalité ne soient en réalité que des théories finalement ajuridiques¹⁵⁷⁰. C'est là leur premier défaut. Il est par conséquent davantage surprenant de constater que les manuels de droit de la responsabilité en fassent toujours état. Ces théories flétries ne bénéficient sans doute encore que d'un succès d'estime¹⁵⁷¹. Il ne saurait en être autrement dès lors que l'étude de ces dernières révèle leur échec à deux égards. En elles-mêmes premièrement, elles apparaissent insuffisantes à apporter une solution aux problèmes que pose, en droit, la question causale (1). Deuxièmement, et cela découle sans doute de ce qui précède, elles n'ont pas connu de succès en droit positif, la jurisprudence ne consacrant aucune d'entre elles (2).

1. L'insuffisance intrinsèque des théories ajuridiques de la causalité

281. Théories sélectives et non sélectives de la causalité. Si certains classifient les théories ajuridiques de la causalité en fonction de leur origine scientifique ou philosophique¹⁵⁷², on peut aussi les distinguer selon qu'elles postulent ou non la nécessité d'une sélection des antécédents des événements ayant contribué à la réalisation du résultat légal. On démontrera donc successivement l'insuffisance de la théorie non sélective de l'équivalence des conditions (a), puis celle des théories sélectives de la causalité (b).

a- L'insuffisance de la théorie non sélective de l'équivalence des conditions

282. Présentation de la théorie de l'équivalence des conditions. La théorie de l'équivalence des conditions est tirée des travaux de J. S. MILL. Elle est la première des

¹⁵⁶⁹ Sur ce point, v. CH. QUEZEL-AMBRUNAZ, *op. cit.*, n° 12, et G. MARTY, *art. cit.*

¹⁵⁷⁰ Outre les ouvrages généraux, v. not. sur les théories classiques de la causalité P.-A. BON, *op. cit.*, n° 623 et s., Ph. BRUN, *art. cit.*, F. G'SELL-MACREZ, *op. cit.*, n° 80 et s., 137 et s., Ch. QUEZEL-AMBRUNAZ, *op. cit.*, n° 14 et s., et G. MARTY, *art. cit.*

¹⁵⁷¹ *Comp. Ph. BRUN, art. cit.*

¹⁵⁷² V. par exemple, Ch. QUEZEL-AMBRUNAZ, *op. cit.*, n° 14 et s.

théories classiques de la causalité¹⁵⁷³. Elle propose de découvrir les causes d'un événement en mettant en œuvre un raisonnement contrefactuel consistant à se demander si, en l'absence d'un des antécédents du résultat, celui-ci se serait produit¹⁵⁷⁴. Si l'un d'entre eux ôté, ce dernier se serait réalisé malgré tout, l'antécédent n'est pas une cause. Dans le cas contraire, il apparaît comme une condition *sine qua non* de l'effet et peut donc recevoir cette qualité.

Cette théorie est la plus simple, puisqu'elle ne subordonne la qualification de cause qu'au seul critère de la nécessité. En fin de compte, elle n'exige qu'un lien de causalité certain. En cela, elle n'apporte rien de plus à l'exigence même de causalité et constitue le préalable à toute théorie de la causalité¹⁵⁷⁵.

283. Contestation de la théorie de l'équivalence des conditions. La théorie a fait l'objet de nombreuses critiques¹⁵⁷⁶.

Elle serait dangereuse, d'une part. L'absence de sélection qui fait son identité, en plus d'aboutir à une confusion de la causalité matérielle et de la causalité juridique¹⁵⁷⁷, conduit à la possibilité d'engager la « *responsabilité de l'univers* »¹⁵⁷⁸. La doctrine souligne ainsi le risque d'insécurité juridique découlant d'une théorie susceptible de rendre responsable toute personne dont le comportement aura pu, de près ou de loin, entraîner le résultat. Ainsi, en l'absence de toute sélection, la victime même pourrait être tenue de supporter son dommage, de même que ses parents ou ceux de l'auteur. En effet, en leur absence, la première et le dernier ne seraient pas nés et n'aurait pas eu, pour elle, à souffrir, et, pour lui, à faire souffrir. Par conséquent, le comportement de leurs parents apparaît comme une condition *sine qua non* du dommage... Trop de responsables pourraient donc être désignés¹⁵⁷⁹.

D'autre part, la théorie serait inutile. Le procédé qu'elle utilise, le raisonnement contrefactuel, s'avère en effet inapte à résoudre certaines difficultés telles que les hypothèses dites de surdétermination causale¹⁵⁸⁰. Il s'agit de cas où plusieurs événements se révèlent également suffisants à provoquer le résultat auquel on tente de les rattacher, si bien qu'en

¹⁵⁷³ V. principalement, F. G'SELL-MACREZ, *op. cit.*, n° 140 et s., et Ch. QUEZEL-AMBRUNAZ, *op. cit.*, n° 19 et s.

¹⁵⁷⁴ Sur le raisonnement contrefactuel, v. F. G'SELL-MACREZ, *op. cit.*, n° 160 et s., et Ch. QUEZEL-AMBRUNAZ, *op. cit.*, n° 21, et 27 et s.

¹⁵⁷⁵ En ce sens, v. not. P.-A. BON, *op. cit.*, n° 89, et 620, Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *op. cit.*, n° 151, F. G'SELL-AMBRUNAZ, *op. cit.*, n° 301, et 628, R. MERLE et A. VITU, *op. cit.*, n° 566, et Ch. QUEZEL-AMBRUNAZ, *op. cit.*, n° 21, et 28.

¹⁵⁷⁶ Pour une critique généralisée et méthodique de cette théorie, v. surtout Ch. QUEZEL-AMBRUNAZ, *op. cit.*, n° 29 et s., et 46 et s.

¹⁵⁷⁷ V. not. P.-A. BON, *op. cit.*, n° 615 et s., Ph. BRUN, *op. cit.*, n° 233, et Ch. QUEZEL-AMBRUNAZ, *op. cit.*, n° 28.

¹⁵⁷⁸ Ch. QUEZEL-AMBRUNAZ, *op. cit.*, n° 30. Ou, dans une variante religieuse plus récente, celle « *d'Adam et Eve* » (J.-S. BORGHETTI, « De la causalité », *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, préc., pp. 143 et s.).

¹⁵⁷⁹ V. not. Ph. BRUN, *op. cit.*, n° 232, F. G'SELL-MACREZ, *op. cit.*, n° 144, Ph. LE TOURNEAU *et alii*, *op. cit.*, n° 1715, Ch. QUEZEL-AMBRUNAZ, *op. cit.*, n° 30 et s., et B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *op. cit.*, n° 1079. Rapp. G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. cit.*, n° 344.

¹⁵⁸⁰ Sur ce point, v. not. F. G'SELL-MACREZ, *op. cit.*, n° 172 et s., et Ch. QUEZEL-AMBRUNAZ, *op. cit.*, n° 33 et s.

l'absence de l'un aussi bien que de l'autre il se serait inévitablement réalisé. On cite souvent à ce titre l'exemple de la maison menacée par deux incendies différents. Qu'on supprime en pensée l'un ou l'autre, elle sera détruite quoi qu'il en soit. Comment alors les qualifier de condition *sine qua non* et donc de cause ? Qui ne voit pas cependant que l'un d'entre eux, sinon les deux, aura bien, de fait, causé le dommage. Et pourtant, aucun responsable ne semble pouvoir alors être désigné.

Sauf à être modifiée dans une mesure telle qu'elle finit par en perdre son identité¹⁵⁸¹, la théorie de l'équivalence des conditions, soit qu'elle aille trop loin, soit qu'elle n'aille nulle part, ne paraît pas, intrinsèquement, apte à satisfaire les exigences du droit de la responsabilité. Cela ne préjuge pas de la qualité supérieure des théories sélectives de la causalité.

b- L'insuffisance des théories sélectives de la causalité

284. Exposé critique des théories sélectives de la causalité fondées sur un critère chronologique. Les théories sélectives de la causalité sont de deux types mais de même qualité. Qu'elles soient fondées sur un critère chronologique ou sur l'efficiencia de l'antécédent, elles restent en effet insuffisantes à répondre aux besoins de la responsabilité juridique.

Les théories sélectives de la causalité fondées sur un critère chronologique en premier lieu, consiste en les théories opposées de la *causa remota* et de la *causa proxima*¹⁵⁸². Là où la première propose de tenir pour seule cause l'événement qui a initié le processus causal, la seconde soutient que c'est le dernier événement survenu avant le résultat qu'il faut qualifier ainsi. Celle-ci connaît une variante dans la théorie anglaise de la *last clear chance* qui ne considère comme véritable cause que le fait de celui qui a eu, le dernier, la possibilité d'éviter la production du dommage¹⁵⁸³.

Ces théories sont souvent critiquées comme frustes et ridiculement simplistes¹⁵⁸⁴. D'une part, leur défaut principal est d'imposer arbitrairement de retenir une seule cause et donc un seul responsable¹⁵⁸⁵, tant il est vrai qu'il ne peut y avoir qu'un premier antécédent, qu'un dernier antécédent et qu'une *last clear chance*. En plus d'être arbitraire, ces théories sont,

¹⁵⁸¹ V. not. les développements de Mme G'Sell-Macrez sur la théorie de l'équivalence des conditions (*in op. cit.*, n° 153 et s.), laquelle, à force de subir des corrections, ne ressemble plus vraiment à sa formulation originale et finit par se rapprocher très fortement, voire par s'identifier à la théorie de l'empreinte continue du mal. Sur celle-ci, v. *infra* n° 294 et s.

¹⁵⁸² Sur ces théories, v. spéc. F. G'SELL-MACREZ, *op. cit.*, n° 197 et s., et Ch. QUEZEL-AMBRUNAZ, *op. cit.*, n° 53 et s.,

¹⁵⁸³ V. Ch. QUEZEL-AMBRUNAZ, *op. cit.*, n° 55, et 61.

¹⁵⁸⁴ V. not. Ph. BRUN, *art. cit.*, Ph. CONTE, *art. cit.*, n° 127, Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *op. cit.*, n° 150, et *Droit pénal général*, préc., n° 386, R. MERLE et A. VITU, *op. cit.*, n° 567, et G. RIPERT et J. BOULANGER, *op. cit.*, n° 1018. Rapp. G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. cit.*, n° 340.

¹⁵⁸⁵ La mécanique de ce "système" est parfaitement résumée par M. Brun *in art. cit.* : « soit un ensemble de facteurs ayant concouru à un dommage, je les évince tous, j'en retiens un ; le dernier en date... Bienvenue à la grande loterie de la causalité ! ».

d'autre part, inapplicables dans les hypothèses de causes simultanées¹⁵⁸⁶. Par conséquent, il est compréhensible que ce type de théories sélectives de la causalité ne séduisent absolument pas la doctrine.

285. Exposé critique des théories sélectives de la causalité fondées sur l'efficience de l'antécédent. Il en va différemment, en second lieu, des autres théories sélectives de la causalité qui, variées, tendent pourtant toutes à qualifier un événement de cause en prenant en compte son aptitude intrinsèque à produire le résultat auquel on essaie de les relier, soit leur pouvoir causal¹⁵⁸⁷. Elles sont nombreuses et toutes critiquables. Aussi on se bornera à envisager la plus représentative et la plus connue d'entre elles, à savoir la théorie de la causalité adéquate.

Les termes de cette théorie ont beaucoup évolué depuis sa formulation initiale par VON KRIES au XIX^e siècle. Aujourd'hui, la théorie de la causalité adéquate qualifie de cause les événements qui, parmi les conditions *sine qua non* du résultat, avaient le pouvoir causal de l'entraîner, c'est-à-dire ceux qui pouvaient le produire selon le "cours normal des choses"¹⁵⁸⁸. La méthode appliquée pour identifier ces événements est le fameux pronostic objectif rétrospectif de RÜMELIN. C'est une analyse *ex post* de la possibilité de l'avènement du résultat au moment où l'acte qu'on entend lui rattacher a déjà été réalisé¹⁵⁸⁹.

Malgré un certain succès doctrinal en France et une consécration non négligeable dans quelques systèmes juridiques étrangers¹⁵⁹⁰, la théorie de la causalité adéquate reste très critiquée. D'une part, on lui reproche son imprécision¹⁵⁹¹. Elle emploie des concepts flous, tels que les idées d'adéquation ou de "cours normal des choses", lequel conduirait à une confusion de la question de la causalité avec celle de la faute. Elle use également de concepts illogiques, à l'instar de l'oxymorique "pronostic rétrospectif". Ce procédé repose par ailleurs sur une généralisation des termes du lien causal qui l'éloigne par trop de la réalité des faits. D'autre part, on condamne ses résultats comme arbitraires¹⁵⁹², ce qui découlent notamment de l'imprécision de sa formulation.

En définitive, il apparaît donc qu'aucune des théories classiques de la causalité ne permet de résoudre efficacement les problèmes du droit de la responsabilité. Par conséquent, il semble logique qu'aucune d'elles n'ait été consacrée en droit positif.

¹⁵⁸⁶ V. Ch. QUEZEL-AMBRUNAZ, *op. cit.*, n° 59

¹⁵⁸⁷ Sur l'ensemble de ces théories, v. not. P.-A. BON, *op. cit.*, n° 625 et s., et 637 et s., et Ch. QUEZEL-AMBRUNAZ, *op. cit.*, n° 62 et s.

¹⁵⁸⁸ V. not. P.-A. BON, *op. cit.*, n° 625 et s., F. G'SELL-MACREZ, *op. cit.*, n° 80 et s., et Ch. QUEZEL-AMBRUNAZ, *op. cit.*, n° 88 et s.

¹⁵⁸⁹ Sur le pronostic objectif rétrospectif, v. not. F. G'SELL-MACREZ, *op. cit.*, n° 89 et s., et Ch. QUEZEL-AMBRUNAZ, *op. cit.*, n° 87, 90, et 93 et s.

¹⁵⁹⁰ V. not. F. G'SELL-MACREZ, *op. cit.*, n° 97, et G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. cit.*, n° 340-1.

¹⁵⁹¹ V. ainsi Ph. BRUN, *art. cit.*, et Ch. QUEZEL-AMBRUNAZ, *op. cit.*, n° 95 et s.

¹⁵⁹² V. not. P.-A. BON, *op. cit.*, n° 638, Ph. BRUN, *op. cit.*, n° 235, et *art. cit.*, Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *La responsabilité civile délictuelle*, préc., n° 154, F. G'SELL-MACREZ, *op. cit.*, n° 1126 et s., Ph. LE TOURNEAU *et alii*, *op. cit.*, n° 1716, et B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *op. cit.*, n° 1082.

2. L'insuccès des théories ajuridiques de la causalité en droit positif

286. L'absence de consécration législative des théories ajuridiques de la causalité. Il apparaît tout d'abord que le législateur n'a consacré aucune théorie de la causalité. D'une part, les théories classiques de la causalité n'ont fait leur entrée en France que bien après la rédaction du Code civil de 1804¹⁵⁹³. D'autre part, la lecture des textes révèle que l'exigence de causalité est toujours faite de la manière la plus simple possible, souvent par l'utilisation neutre du verbe "causer". On pourrait encore invoquer la référence de l'article 1151 aux idées d'immédiateté et de caractère direct mais on sait que la doctrine n'y voit qu'un rappel de la condition pure et simple de la causalité¹⁵⁹⁴. Pour ce qui est du droit pénal, les textes sont rarement plus explicites et lorsque le lien causal est qualifié, aucune théorie classique de la causalité n'est précisément et assurément visée.

La consécration positive de l'une des théories ajuridiques de la causalité ne pourrait donc venir, ensuite, que de la jurisprudence. Force est de constater toutefois que tel n'est pas le cas¹⁵⁹⁵.

287. L'inapplication de la théorie de l'équivalence des conditions par la jurisprudence. En premier lieu, elle ne consacre pas la théorie de l'équivalence des conditions. Certes, elle s'y réfère assez souvent¹⁵⁹⁶. Cependant, elle adopte aussi des solutions qui sont incompatibles avec elle : elle opère des choix parmi les conditions *sine qua non* du résultat légal. Les exemples sont classiques¹⁵⁹⁷ et seuls deux d'entre eux seront utilisés pour illustrer le propos. Un employeur embauche un étranger sans respecter la législation applicable en la matière. Ce dernier est victime d'un accident du travail. Il y a en l'espèce une faute, la violation de la réglementation relative aux travailleurs étrangers, un dommage, et la première est une cause du second au sens de la théorie de l'équivalence des conditions : si l'employeur ne l'avait pas embauché, le travailleur n'aurait pas été victime de l'accident. La Cour de cassation refuse pourtant de retenir la responsabilité de l'auteur¹⁵⁹⁸. De même, l'automobiliste qui circule sans permis de conduire, en respectant par ailleurs parfaitement le Code de la route, mais qui participe tout de même à la production d'un accident de la circulation à l'origine de divers préjudices. A l'évidence, conduire sans être titulaire du permis idoine est une faute. Il y a bien un dommage et si le conducteur n'avait pas indûment pris le

¹⁵⁹³D'ailleurs, pour Mme G'Sell-Macrez, « *il ne fait (...) aucun doute que les rédacteurs du Code civil se réfèrent à la notion ordinaire de cause* » (*op. cit.*, n° 277. *Adde ibid.*, n° 278 et s.).

¹⁵⁹⁴ Sur ces questions, v. *supra* n° 241.

¹⁵⁹⁵ Sur ce point, v. aussi Ch. QUEZEL-AMBRUNAZ, *op. cit.*, n° 110 et s.

¹⁵⁹⁶ V. not. Soc., 31 oct. 2002 : *Bull. civ.*, n° 336 ; *Resp. civ. et assur.*, 2003, comm. n° 100, note H. GROUDEL, Civ. 2, 27 mars 2003 : *JCP*, 2004, I, 101, Ass. plén., 24 juin 2005 : *Bull. civ.*, n° 7 ; et *D.*, 2005, note Y. SAINT-JOURS, p. 2375.

¹⁵⁹⁷ V. par exemple, Tr. Hazebrouk, 1^{er} déc. 1936 : *Gaz. Pal.*, 1937, 1, p. 322, Civ. 2, 22 mai 1964 : *D.*, 1965, note P. AZARD, p. 705, Nîmes, 28 mai 1966 : *JCP*, 1967, II, 15311, obs. P. CHAUVEAU, Civ. 2, 20 déc. 1972 : *JCP*, 1973, II, 17541, obs. N. DEJEAN DE LA BÂTIE, et Civ. 2, 14 nov. 1979 : *Bull. civ.*, n° 263.

¹⁵⁹⁸ V. not. Soc., 7 mai 1943 : *D.*, 1943, jur., p. 51.

volant, l'accident qui en est à l'origine n'aurait pas eu lieu ou n'aurait pas été le même. Le faute de l'agent apparaît dès lors comme une condition *sine qua non* du résultat et, partant, comme une cause au sens de la théorie envisagée¹⁵⁹⁹. Là encore pourtant, la responsabilité de l'auteur n'est pas retenue par la jurisprudence¹⁶⁰⁰. C'est donc qu'elle ne retient pas véritablement la théorie de l'équivalence des conditions.

Cela remet-il en cause le principe du caractère suffisant de la certitude causale ? On pourrait le penser, tant il est vrai que la théorie envisagée ici tend à s'y confondre. Tel ne paraît néanmoins pas être le cas. En effet, il faut rappeler que la causalité ne doit pas être certaine, puis juridique, cette deuxième condition prenant alors la forme d'un caractère supplémentaire ajoutée à l'exigence d'un lien causal concret. En réalité, *la juridicité de la causalité n'en est pas un caractère mais renvoie bien à la nature même du lien causal requis en matière de responsabilité juridique*. Dès lors, c'est une causalité juridique certaine qu'il faut caractériser. *La certitude causale suffit mais c'est de la certitude d'une causalité juridique dont il est question*. La juridicité de la causalité ne vient donc pas ajouter à l'exigence de certitude mais seulement en préciser la nature¹⁶⁰¹.

De même, il est important de préciser que cette sélection ne signifie pas que la Cour de cassation a adhéré à une des théories sélectives de la causalité.

288. L'inapplication des théories sélectives de la causalité par la jurisprudence. Il apparaît en effet qu'en second lieu, aucune des théories classiques qui opèrent un choix parmi les conditions *sine qua non* du résultat légal n'a véritablement été retenue par la jurisprudence.

Cela est évident, d'une part, pour celles qui se fondent sur un critère chronologique. Tout d'abord, il n'est pas besoin de plus d'une phrase pour témoigner du rejet de la théorie de la *causa remota* avec laquelle s'opposent tous les arrêts faisant produire effet à la faute de la victime. Quant à la *causa proxima*, mais aussi à la théorie anglaise de la *last clear chance*, ensuite, on a vu en détail que la causalité requise en matière de responsabilité n'était pas une causalité immédiate¹⁶⁰². Par ailleurs, la causalité n'a pas à être exclusive¹⁶⁰³. Aucune de ses théories n'est donc compatible avec cette solution du droit positif.

Il en est de même, d'autre part, des théories sélectives fondées sur l'efficiencia du fait anormal. D'un point de vue général pour commencer, il a été précédemment démontré que le principe en matière de causalité était celui de l'indifférence de la causalité abstraite. Lorsqu'est prise en compte l'aptitude du comportement à entraîner le résultat, cela est soit imposé, de fait,

¹⁵⁹⁹ Comp. R. SAVATIER, *op. cit.*, n° 465.

¹⁶⁰⁰ V. not. Crim., 25 nov. 1916 : S., 1917, 1, p. 97, et Civ., 20 oct. 1931 : S., 1932, 1, p. 83. Rapp. Civ. 2, 22 mai 1964, et Civ. 2, 14 nov. 1979, précités

¹⁶⁰¹ On verra, plus précisément, *infra* n° 297 et s. que ce n'est pas la teneur même du lien causal qui semble affectée par l'exigence de juridicité de la causalité, ce en quoi elle n'ajoute pas à la certitude un caractère supplémentaire.

¹⁶⁰² V. *supra* n° 267 et s.

¹⁶⁰³ V. *supra* n° 266.

par la logique, soit la conséquence juridique d'un choix politique étranger tant au concept de responsabilité juridique qu'aux fonctions de ses applications techniques en droits civil et pénal¹⁶⁰⁴. Dès lors, il serait surprenant qu'on puisse admettre que, mise à la porte du droit positif par l'exigence de nécessité du lien causal, la causalité abstraite fasse son retour par la fenêtre au gré de l'impératif de juridicité causale. Mais la chose peut se vérifier, pour poursuivre, d'un point de vue plus particulier. Premièrement, les théories de l'efficacité prédominante sont incompatibles avec les solutions du droit positif qui, on l'a vu¹⁶⁰⁵, n'exigent pas que la causalité soit exclusive¹⁶⁰⁶, et qui, on le verra¹⁶⁰⁷, admettent que le fait anormal causal soit une faute d'omission ou le fait d'une chose inerte¹⁶⁰⁸. Secondement, il en est de même de la théorie de la causalité adéquate. Il est vrai que certaines décisions ont pu s'y référer¹⁶⁰⁹ et que, selon certains auteurs, la jurisprudence aurait consacré ladite théorie¹⁶¹⁰. C'est parfois elle qu'ils croient d'ailleurs voir à l'œuvre dans les arrêts relatifs à la conduite sans permis ou à l'accident de travail de l'étranger irrégulièrement employé¹⁶¹¹. Pourtant, on peut en douter. S'il est vrai que ne pas respecter la réglementation sur le travail des étrangers n'entraîne pas normalement un accident du travail, on peut difficilement prétendre que le fait de conduire sans avoir passé l'épreuve du permis de conduire n'est pas un comportement qui est intrinsèquement de nature à produire un accident de la circulation.

Il semble donc qu'aucune des théories classiques de la causalité, certainement en raison du fait d'une origine extrajuridique qui les rend intrinsèquement impropres à répondre aux problèmes du droit de la responsabilité¹⁶¹², ne soit donc consacrée en droit positif. D'où la nécessité d'une théorie vraiment juridique de la causalité.

B- La nécessité d'une théorie juridique de la causalité

289. Double implication. Le concept de responsabilité juridique appelle logiquement une causalité tout aussi juridique. Mais défendre la nécessité d'une théorie juridique de la causalité, c'est en vérité promouvoir deux idées. Tout d'abord, c'est affirmer la nécessité d'une

¹⁶⁰⁴ Sur ces questions, v. *supra* n° 264 et 269 et s.

¹⁶⁰⁵ *Supra* n° 266.

¹⁶⁰⁶ Ce qui exclut la consécration de la théorie de l'efficacité quantitativement prédominante de BIRKMAYER, sur laquelle v. Ch. QUEZEL-AMBRUNAZ, *op. cit.*, n° 74 et s.

¹⁶⁰⁷ *Infra* n° 307 et s.

¹⁶⁰⁸ Ce qui s'oppose aux théories de l'efficacité qualitativement prédominante de HORN et de MAYER, sur lesquelles v. Ch. QUEZEL-AMBRUNAZ, *op. cit.*, n° 65 et s.

¹⁶⁰⁹ V. par exemple, Versailles, 30 mars 1989 : *JCP*, 1990, II, 21505, obs. A. DORSNER-DOLIVET, et Civ. 1, 24 janv. 2006 : *JCP*, I, 166, chron. Ph. STOFFEL-MUNCK ; et *RTD Civ.*, 2006, chron. P. JOURDAIN, p. 323.

¹⁶¹⁰ V. not. F. CHABAS, *op. cit.*, n° 38, E. DREYER, *op. cit.*, n° 736, et F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n° 860. Sur la question, v. Ch. QUEZEL-AMBRUNAZ, *op. cit.*, n° 117. Le projet de réforme du droit de la responsabilité civile de l'Académie des sciences morales et politiques en propose par ailleurs la consécration en son article 10, alinéa 1. V. *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, préc., p. 143.

¹⁶¹¹ V. not. P.-A. BON, *op. cit.*, n° 685 et s., J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *op. cit.*, n° 167, et N. RIAS, *op. cit.*, n° 365.

¹⁶¹² V. Ch. QUEZEL-AMBRUNAZ, *op. cit.*, not. n° 4, 109, 196 et s., et 354. *Adde* M. LACAZE, art. *cit.*

théorie de la causalité en droit, par principe, et donc rejeter tout « *scepticisme causal* »¹⁶¹³ (1). Ensuite, c'est promouvoir une théorie de la causalité formulée par le droit, soit une véritable théorie de la causalité juridique, seule forme de causalité à même de satisfaire les exigences du concept de responsabilité juridique (2).

1. La nécessité d'une théorie de la causalité en droit

290. La tentation du scepticisme causal. Face à l'échec des théories classiques de la causalité, beaucoup d'auteurs¹⁶¹⁴, refusant d'ajouter au capharnaüm des thèses existant déjà sur la question, préfèrent constater l'impossibilité de théoriser la question. Ils se bornent alors à signaler le pragmatisme des juges et l'empirisme des décisions appliquées en la matière¹⁶¹⁵. Pire, certains défendent même l'abandon du règlement du problème de la causalité au sentiment des magistrats¹⁶¹⁶. Une autre manière de découragement consiste à invoquer le sens commun à l'instar de la théorie de la causalité ordinaire d'HART et HONORE¹⁶¹⁷, alors même que des études ont pu démontrer qu'un tel sens commun n'existait évidemment pas¹⁶¹⁸. Céder à cette tentation, eu égard à la complexité de ce problème et à l'insuccès des principales théories en droit positif, est compréhensible. Mais comprendre n'est pas justifier et, en dernière analyse, le scepticisme causal paraît illégitime.

291. La contestation du scepticisme causal. Il l'est pour plusieurs raisons. D'une part, la question de la causalité est une question de droit, soumise au contrôle de la Cour de cassation¹⁶¹⁹. Ainsi, il n'est pas possible de la ramener à un simple problème de constatation d'une succession d'événements susceptible d'être laissée à l'appréciation souveraine et sentimentale des juges du fond. Elle doit répondre à des critères juridiques fiables permettant aux juges du droit d'exercer leur contrôle. D'autre part, on voit mal pourquoi les difficultés de définition et d'application de la causalité autoriserait à abandonner la question à l'empirisme prétorien. C'est une vraie défaite de la pensée juridique, étrangère qui plus est à notre tradition juridique. A titre de comparaison, les difficultés à connaître la faute n'ont jamais empêché la doctrine d'en tenter des définitions, quitte à s'arrêter au standard juridique du bon père de

¹⁶¹³ F. G'SELL-MACREZ, *op. cit.*, n° 213 et s. *Adde* not. sur la question, Ph. BRUN, *art. cit.*, G. CANSÉLIER, *art. cit.*, H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, *op. cit.*, n° 1422, Ch. QUEZEL-AMBRUNAZ, *op. cit.*, n° 139 et s., et G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. cit.*, n° 334

¹⁶¹⁴ Au sein de la doctrine, il s'agit du « *bataillon, de loin le plus nombreux* » selon M. Brun, *in art. cit.*

¹⁶¹⁵ V. not. A. BENABENT, *Droit civil. Les obligations*, préc., n° 556 et s., M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, pp. 174 et s., J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *op. cit.*, n° 162 et s., Ph. LE TOURNEAU *et alii*, *op. cit.*, n° 1717, et Ph. MALINVAUD et D. FENOUILLET, *op. cit.*, n° 702. Rapp. B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *op. cit.*, n° 1085

¹⁶¹⁶ V. P. ESMEIN, « Le nez de Cléopâtre ou les affres de la causalité », préc. Sur ce point, *adde* Ch. QUEZEL-AMBRUNAZ, *op. cit.*, n° 140 et s.

¹⁶¹⁷ Sur laquelle, v. F. G'SELL-MACREZ, *op. cit.*, n° 193 et s. Sur la causalité ordinaire, v. aussi Ch. QUEZEL-AMBRUNAZ, *op. cit.*, n° 148 et s.

¹⁶¹⁸ V. Ch. QUEZEL-AMBRUNAZ, *op. cit.*, n° 158 et s.

¹⁶¹⁹ V. références citées *supra* n° 240 note 1332.

famille. Logiquement, le scepticisme causal est de plus en plus critiqué comme « *un moyen commode d'éluider la difficulté, mais qui n'apporte pas les précisions désirables* »¹⁶²⁰ et comme un manquement grave de la doctrine à sa mission¹⁶²¹.

Une théorie de la causalité en droit s'impose par conséquent. Mais pour qu'elle soit conforme au concept de responsabilité juridique, c'est d'une théorie de la causalité selon le droit qui apparaît nécessaire.

2. La nécessité d'une théorie de la causalité par le droit

292. Théorie générale ou théories spéciales de la causalité juridique ? Défendre l'idée d'une causalité proprement juridique suppose certainement de poser les bases d'une théorie générale de la causalité selon le droit, au sens d'une acception de la causalité valable pour l'ensemble de la matière juridique (a). Cela implique également de résoudre la question de l'opportunité de théories spéciales de la causalité selon les branches du droit (b).

a- La nécessité d'une théorie générale de la causalité juridique

293. Définition et délimitation de la causalité juridique. Poser les jalons d'une théorie générale de la causalité juridique commande, en premier lieu, de dire ce que n'est pas la causalité juridique. Et ce qu'elle n'est pas, c'est une causalité matérielle ou scientifique. « *La causalité du juriste ne peut pas être celle du physicien ou du philosophe* »¹⁶²². Les auteurs qui y sont favorables insistent très nettement sur ce point¹⁶²³. Notamment, ils précisent que la causalité juridique relève du jugement de valeur là où la causalité matérielle n'est qu'un jugement de réalité¹⁶²⁴. Mais cela reste un peu court et demeure la question de savoir ce que l'on doit mettre à la place.

En second lieu, il faut donc aussi dire ce qu'est la causalité juridique. Et ce qu'elle est, c'est une construction juridique. A ce titre, elle doit donc, d'une part, servir le droit. La causalité juridique doit ainsi être définie relativement à ses fonctions en général et à celles du droit de la responsabilité en particulier¹⁶²⁵, ainsi qu'aux exigences de la justice, qui impose de toujours trancher là où, en fait, on ne sait pas toujours s'il y a causalité ou non. Elle doit aussi l'être par rapport au contexte juridique dans lequel la question causale s'insère, et ce, en ayant notamment égard aux concepts avec lesquels on sera amené à l'articuler, comme l'anormalité

¹⁶²⁰ H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, *op. et loc. cit.*

¹⁶²¹ G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. cit.*, n° 335. *Adde* Ch. QUEZEL-AMBRUNAZ, *op. cit.*, *passim*.

¹⁶²² Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *op. cit.*, n° 149. Rapp. Ph. BRUN, *op. cit.*, n° 238, Ph. CONTE, *art. cit.*, n° 130, et G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. cit.*, n° 333.

¹⁶²³ V. les références citées *supra* n° 278 note 1567.

¹⁶²⁴ V. not. Ch. AUBRY et Ch. RAU par N. DEJEAN DE LA BÂTIE, *op. cit.*, n° 388, Ph. BRUN, *art. cit.*, Ch. QUEZEL-AMBRUNAZ, *op. cit.*, n° 199, J.-Ch. SAINT-PAU, *art. cit.*, B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *op. cit.*, n° 1057, et F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n° 858. Rapp. Ph. BRUN, *op. cit.*, n° 228.

¹⁶²⁵ V. not. Ph. BRUN, *art. cit.*, et J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *op. cit.*, p. 191, note 1.

ou la notion de résultat légal¹⁶²⁶. En tant que construction juridique, la causalité du même nom est, d'autre part, à base de donné¹⁶²⁷, ce dont il découle qu'elle doit respecter la réalité. Cela l'autorise, tout d'abord, à restreindre la causalité matérielle¹⁶²⁸. Une telle restriction passera d'ailleurs par une précision des éléments à prendre en compte pour l'établissement du lien causal, ainsi que du rôle de ces éléments dans la constitution ou la négation de ce lien, plutôt que par une vraie sélection de second plan qui interviendrait en complément de l'application de la théorie de l'équivalence des conditions. Malgré son substrat donné, la causalité juridique, comme construction, doit ensuite permettre de trancher toute question causale, nonobstant l'incertitude philosophique ou scientifique de la situation¹⁶²⁹. Cependant, parce qu'elle est à base de donné, la causalité juridique doit enfin connaître des limites. Elle ne saurait ainsi aller frontalement contre les faits¹⁶³⁰. La certitude de causalité ou d'absence de lien causal doivent exclure la disqualification ou la qualification juridique de causalité. Il est acquis que scientifiquement, la chute d'une plume sur un pied ne peut pas entraîner de fracture. Jamais le droit ne devrait, sous prétexte de causalité juridique, retenir une solution contraire et qualifier un tel fait de cause de la blessure¹⁶³¹. Inversement, en fait, une lame qui tranche une gorge provoque la mort de la victime. Il est inenvisageable que la causalité juridique puisse servir à dénier ce rapport de cause à effet. D'un point de vue pratique, c'est une condition d'accessibilité du droit et de légitimité de la justice rendue¹⁶³². Théoriquement, par ailleurs, il ne s'agirait alors plus de causalité juridique mais de causalité fictive¹⁶³³ dégénérant en réalité en imputation au sens kelsennien du terme¹⁶³⁴ : l'effet résulterait non de la cause mais d'un choix arbitraire du législateur ou du juge. En somme, *la causalité juridique est autonome de la causalité matérielle*¹⁶³⁵. *Elle ne doit pas en être indépendante.*

¹⁶²⁶ V. not. Ph. BRUN, art. *cit.*, et Ch. QUEZEL-AMBRUNAZ, *op. cit.*, spéc. n° 263 et s.

¹⁶²⁷ Comp. F. G'SELL-MACREZ, *op. cit.*, n° 517 et s., F. LEDUC, art. *cit.* : « *le lien de causalité stricto sensu a forcément une assise matérielle* », et Ch. RADE, art. *cit.*

¹⁶²⁸ La plupart des auteurs réduisent d'ailleurs la fonction de la juridicité de la causalité à cela. Sur ce point, v. Ch. QUEZEL-AMBRUNAZ, *op. cit.*, n° 204, et 227 et s.

¹⁶²⁹ V. not. Ph. BRUN, art. *cit.*, F. G'SELL-MACREZ, *op. cit.*, n° 501, et Ch. RADE, art. *cit.*

¹⁶³⁰ En ce sens, v. aussi Ph. CONTE, art. *cit.*, n° 132 et 143, G. CANSELIER, art. *cit.*, F. G'SELL-MACREZ, *op. cit.*, n° 532 et s., et Ch. RADE, art. *cit.* *Contra* v. Ph. BRUN, art. *cit.*, Ch. QUEZEL-AMBRUNAZ, *op. cit.*, n° 229 et s., et J.-Ch. SAINT-PAU, art. *cit.*

¹⁶³¹ De même, si un enfant est atteint *in utero* d'un handicap avant toute intervention médicale, le droit ne devrait pas considérer l'une quelconque des fautes du médecin comme la cause du préjudice subi par cet enfant du fait de son handicap. En cela, la solution mise en œuvre par l'article 1^{er}, I, alinéa 3 de la Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé paraît tout à fait respectueuse des limites à assigner à la causalité juridique.

¹⁶³² V. G. CANSELIER, art. *cit.*, et F. G'SELL-MACREZ, *op. cit.*, n° 540 et s.

¹⁶³³ V. F. G'SELL-MACREZ, *op. cit.*, n° 532 et s. Comp. P.-A. BON, *op. cit.*, n° 401 et s.

¹⁶³⁴ Kelsen distingue ainsi les sciences de la nature, obéissant à un principe de causalité, relevant du *sein* et extérieur à la volonté humaine, et les sciences normatives, régies par le principe d'imputation, lequel ressortit au *sollen*, pure acte de volonté. La causalité juridique se situerait entre les deux. Sur ces questions, v. F. G'SELL-MACREZ, *op. cit.*, n° 532 et s., F. LEDUC, art. *cit.*, et Ch. QUEZEL-AMBRUNAZ, *op. cit.*, n° 228. Comp. P.-A. BON, *op. cit.*, n° 401 et s. La distinction est importante à de nombreux égards. V. *infra* n° 306.

¹⁶³⁵ Dans le même sens, v. F. G'SELL-MACREZ, *op. cit.*, n° 525 et s.

294. Théorie de l'empreinte continue du mal. Concrètement, la thèse qui apparaît comme la plus satisfaisante en termes de causalité juridique est celle de l'empreinte continue du mal¹⁶³⁶. Sans entrer immédiatement dans les détails et même s'il est possible de l'amender sur certains points, cette thèse présente l'avantage d'être purement juridique¹⁶³⁷. A la fois inspirée de la jurisprudence et appelée à la présenter de manière cohérente et à l'orienter¹⁶³⁸, elle a de plus en plus de défenseurs, conscients¹⁶³⁹ ou inconscients¹⁶⁴⁰, et ce, malgré « *sa dénomination qui évoque plus un opéra de Verdi qu'une règle de droit* »¹⁶⁴¹. Elle semble dès lors *a priori* parfaitement compatible avec le concept de responsabilité juridique. Fondée sur le critère de l'explication¹⁶⁴², elle est aussi parfaitement insérée dans le système de la responsabilité juridique. On peut, dans un premier temps, résumer ainsi son contenu : est la cause d'un résultat l'événement intervenu dans sa production et dont la défectuosité est à même de l'expliquer d'une « *manière satisfaisante pour l'esprit* »¹⁶⁴³, « *peu (important) que (le cheminement du mal) soit court ou long, normal ou exceptionnel* »¹⁶⁴⁴ dès lors qu'il est continu. La théorie est néanmoins beaucoup plus riche que cela et offre des solutions à quasiment tous les problèmes soulevés par la question de la causalité. On en déclina les apports ultérieurement¹⁶⁴⁵. Mais avant, il convient de démontrer qu'il n'est pas utile d'aller plus loin en élaborant des théories spéciales de la causalité qui seraient fonction des diverses disciplines juridiques.

b- L'inutilité de théories spéciales de la causalité selon les branches du droit

295. Présentation de la thèse de « la variabilité du lien de causalité selon la nature de la responsabilité »¹⁶⁴⁶. Pour ce qui nous concerne, à savoir le droit de la responsabilité, il

¹⁶³⁶ Cette théorie a été élaborée par M. Dejean de la Bâtie in Ch. AUBRY et Ch. RAU par N. DEJEAN DE LA BÂTIE, *op. cit.*, n° 388 et s.

¹⁶³⁷ Il s'agirait même de « *la seule théorie véritablement juridique de la causalité* » (Ch. QUEZEL-AMBRUNAZ, *op. cit.*, n° 295).

¹⁶³⁸ En ce sens, v. Ch. QUEZEL-AMBRUNAZ, *op. cit.*, n° 137. Pour la jurisprudence qui l'inspire et paraît la mettre en œuvre, v. Ph. BRUN, *art. cit.*, et les décisions citées *supra* n° 287 notes 1600 et s.

¹⁶³⁹ V. not. Ph. BRUN, *op. cit.*, n° 237 et s., et *art. cit.*, Ph. CONTE, *art. cit.*, n° 132, Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBRON, *op. cit.*, n° 155, Ph. LE TOURNEAU *et alii*, *op. cit.*, n° 1776 et s., Ch. QUEZEL-AMBRUNAZ, *op. cit.*, n° 227 et s., et 295 et s., et G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. cit.*, n° 346-1, et 358 et s. Les pénalistes commencent à s'y intéresser, sans y souscrire pour autant. V. not. P.-A. BON, *op. cit.*, n° 669 et s., et J.-Ch. SAINT-PAU, *art. cit.*

¹⁶⁴⁰ V. ainsi F. G'SELL-MACREZ, *op. cit.*, n° 153 et s., les correctifs apportés à la théorie de l'équivalence des conditions finissant par aboutir à celle de l'empreinte continue du mal. L'idée semble avoir déjà été en germe dans la pensée de certains auteurs avant qu'elle ne soit véritablement formulée et systématisée par M. Dejean de la Bâtie. V. not. P. ESMEIN, « Trois problèmes de responsabilité civile », *préc.*

¹⁶⁴¹ Ph. BRUN, *art. cit.*

¹⁶⁴² Sur ce critère, v. Ch. QUEZEL-AMBRUNAZ, *op. cit.*, n° 300 et s. Pour une autre utilisation de la notion d'explication comme critère de la causalité juridique, v. G. CANSÉLIER, *art. cit.*

¹⁶⁴³ Ch. QUEZEL-AMBRUNAZ, *op. cit.*, n° 302.

¹⁶⁴⁴ Ch. AUBRY et Ch. RAU par N. DEJEAN DE LA BÂTIE, *op. cit.*, n° 393.

¹⁶⁴⁵ V. *infra* n° 297 et s.

¹⁶⁴⁶ Ch. QUEZEL-AMBRUNAZ, *op. cit.*, n° 246.

convient de se demander si la causalité juridique, en raison de cette nature particulière, peut ou doit être conçue différemment selon que l'on envisage le droit civil ou le droit pénal.

Un auteur en a défendu l'idée¹⁶⁴⁷. Puisque la causalité en droit adopte une nature spécifique, il pourrait sembler logique en effet que cette nature change également en fonction de la discipline juridique qui met en œuvre la notion. Il ne devrait donc pas y avoir une mais des causalités juridiques, et notamment une causalité civile et une causalité pénale. En plus des différences de fonction entre le droit civil et le droit pénal de la responsabilité, d'autres arguments sont mis en avant pour justifier une telle distinction. Elle découlerait, d'une part, de la dissemblance des extrémités du lien causal¹⁶⁴⁸. Ainsi, le droit pénal n'aurait pas le même résultat que le droit de la responsabilité civile – résultat de l'infraction et non dommage – et il s'agirait, dans le premier cas, de relier non une défectuosité à une indemnisation comme en droit civil mais une culpabilité à une sanction. D'autre part, le droit civil ne connaîtrait pas la distinction de l'auteur direct et de l'auteur indirect introduite par la loi du 10 juillet 2000¹⁶⁴⁹. Cela suffirait à justifier qu'il y ait deux conceptions de la causalité juridique.

296. Contestation de la thèse de « la variabilité du lien de causalité selon la nature de la responsabilité ». Il est cependant possible de douter fortement de la pertinence d'une telle proposition¹⁶⁵⁰.

En premier lieu, elle apparaît en elle-même peu convaincante. Il n'a été formulé, d'une part, qu'une théorie strictement juridique de la causalité, celle de l'empreinte continue du mal, de telle sorte que l'on voit mal par quoi la remplacer en droit pénal, et pourquoi elle devrait s'appliquer au droit de la responsabilité civile plutôt qu'à cette autre application de la responsabilité juridique. D'autre part, les notions de défectuosité et d'explication sont suffisamment générales pour s'appliquer à tout système de responsabilité. D'un point de vue fonctionnel de troisième part, la proposition est également contestable. Tout d'abord, si l'on veut bien considérer que droit pénal et droit de la responsabilité civile ne sont que des applications spéciales d'une même institution, la responsabilité juridique, alors on voit mal pourquoi l'on poserait en principe la spécialité des causalités juridiques. La thèse de la variabilité du lien de causalité selon la nature de la responsabilité n'est d'ailleurs pas très éloignée de la proposition contestable, et contestée, de ceux qui soutiennent qu'il faudrait appliquer une théorie de la causalité différente selon la nature objective ou subjective du régime de responsabilité civile envisagée¹⁶⁵¹. Ensuite, on a déjà vu que les fonctions respectives des responsabilités de droit privé se satisfont d'un lien causal également lâche. La

¹⁶⁴⁷ *Ibid.*, n° 234, et 247 et s., et E. DREYER, « Causalité civile et causalité pénale », préc.

¹⁶⁴⁸ Ch. QUEZEL-AMBRUNAZ, *op. cit.*, n° 248 et s., et 254 et s.

¹⁶⁴⁹ *Ibid.*, n° 250. Rapp. E. DREYER, art. *cit.*

¹⁶⁵⁰ En ce sens, v. not. F.-P. BENOIT, « Essai sur les conditions de la responsabilité en droit public et en droit privé (problèmes de causalité et d'imputabilité) », préc., et Ph. BRUN, *op. cit.*, n° 233.

¹⁶⁵¹ Sur cette conception, v. Ph. BRUN, *op. et loc. cit.*, et Ph. CONTE, art. *cit.*, n° 140.

causalité, en droit pénal comme en droit civil, remplit enfin les mêmes fonctions de relation et de désignation du responsable¹⁶⁵².

Les arguments employés au soutien spécial de la distinction de la causalité civile et de la causalité pénale manquent, en second lieu, de pertinence. Concernant pour commencer la question de la différence des termes du rapport de causalité, l'argument est condamnable. D'une part, il l'est intrinsèquement car une telle différence entre les extrémités d'un lien n'implique pas que celui-ci doive forcément changer de nature. Fonder une différence de causalité juridique sur le seul contenu d'un des termes, par exemple le résultat, pourrait d'ailleurs conduire à des solutions qui laissent perplexes : devrait-on ainsi retenir une acception particulière de la causalité juridique selon que le dommage est corporel ou matériel ? Même si l'on met de côté, pour l'instant¹⁶⁵³, le caractère discuté de certains des événements identifiés par l'auteur comme termes du lien causal, c'est l'allégation même de leur différence qui peut être discutée d'autre part. En effet, il n'y a ni véritablement ni systématiquement dissemblance de ces éléments. Ainsi, le résultat légal peut, en droit pénal comme en droit civil, avoir le même contenu. Il peut prendre la forme d'un résultat juridique, atteinte effective à un intérêt juridique, et, de plus en plus souvent, il peut aussi s'agir d'un résultat matériel, simple menace pour un tel intérêt¹⁶⁵⁴. Le terme final peut donc être le même. Ainsi encore, le droit pénal ne requiert pas toujours une faute intentionnelle et s'il suppose systématiquement une culpabilité à l'origine de l'anormalité objective, tel est aussi toujours le cas, *de lege lata*, du droit de la responsabilité civile¹⁶⁵⁵. Quoi qu'il en soit, lorsque la culpabilité s'ajoute à l'illicéité, cela ne fait qu'ajouter un segment au lien de causalité, c'est-à-dire que celui-ci se trouve seulement étiré en amont du comportement matériel. Or, rien n'oblige à appréhender différemment le lien causal qui unit les termes de ce segment supplémentaire. Il s'agit toujours d'expliquer un événement par une anormalité antérieure, celle de la volonté en l'occurrence. Quant à la distinction de l'auteur direct et de l'auteur indirect pour continuer, il s'agit d'une question très particulière, et ce, au sein même du droit criminel. D'un point de vue matériel, elle n'intéresse que les infractions non intentionnelles et, en leur sein, que les seules infractions matérielles. D'un point de vue personnel, seules sont concernées les personnes physiques. Le principe, en droit pénal comme en droit civil de la responsabilité, reste celui de l'indifférence du pouvoir causal, sauf spécification du législateur ou du juge indépendante du concept de responsabilité juridique et des fonctions spécifiques de ses applications en droit privé¹⁶⁵⁶. On peut donc difficilement tirer prétexte de ce cas particulier pour justifier, généralement, une conception propre de la causalité pénale.

¹⁶⁵² Sur ces questions, v. *supra* n° 258 et s.

¹⁶⁵³ V. *infra* n° 304 et s.

¹⁶⁵⁴ Sur ce point, v. *supra* n° 71 et s.

¹⁶⁵⁵ V. *infra* n° 381 et s.

¹⁶⁵⁶ V. *supra* n° 269 et s.

En fin de compte, il apparaît qu'*une théorie générale, mais seulement générale, de la causalité juridique est absolument nécessaire pour satisfaire les exigences du concept de responsabilité juridique*. L'impératif de juridicité causale semble donc tout à fait légitime. Il le paraîtra davantage encore lorsque la question aura été approfondie par la démonstration de l'utilité d'une telle conception de la causalité. C'est la question des apports de la causalité juridique.

§2. Les apports de la causalité juridique

297. Pluralité des apports. Les apports de la causalité juridique, telle que définie par la théorie de l'empreinte continue du mal, éventuellement amendée à la marge, sont très riches. Tout d'abord, ils témoignent de la spécificité de cette forme de causalité, autonome de son appréhension scientifique ou philosophique sans en être pour autant totalement indépendante. Ensuite, ses enseignements permettent de mieux comprendre certaines solutions du droit positif, de les théoriser, de les expliquer et de les justifier. Enfin, la causalité juridique permet d'en proposer de nouvelles.

L'étude de ces apports fera d'ailleurs apparaître que l'exigence de juridicité causale n'affecte pas véritablement le lien lui-même, le cours causal, qui reste régi par la seule condition de certitude. Ce sont d'autres éléments de la théorie de la causalité qui sont affectés. A bien y regarder en effet, il est possible d'organiser rationnellement les apports de la causalité juridique en distinguant selon qu'ils concernent la question de la délimitation du lien causal (A) ou celle de son établissement (B).

A- Les apports de la causalité juridique à la délimitation du lien causal

298. Juridicité des termes du lien de causalité. L'exigence de juridicité causale, si elle donne un tour particulier à la question de la causalité, n'affecte pas véritablement le lien même de causalité. C'en sont tout d'abord les termes qui sont touchés, en ce qu'ils doivent être juridiquement pertinents. Surtout, une conception juridique de la causalité permet, d'une part, de préciser que le processus causal doit trouver son origine dans une anomalie (1) mais aussi, d'autre part, de trancher en faveur de l'aptitude causale de l'abstention (2), ces deux solutions étant globalement conformes au droit positif.

1. La détermination de l'anomalie comme origine du processus causal

299. Anomalie causale. Le concept de responsabilité juridique requiert anomalie et causalité. Mais, pour pédagogique et méthodique qu'elle soit, la distinction ne doit pas cacher la réalité. *Il ne suffit pas que le résultat légal soit causé par un fait anormal, il n'est pas assez*

d'un fait anormal et causal. Il faut plus précisément que la dégradation de la situation juridique provienne d'une anormalité causale, c'est-à-dire que le fait soit causal en ce qu'il est anormal. Cette idée¹⁶⁵⁷ que met en œuvre la jurisprudence doit cependant être précisée davantage. Car si l'anormalité causale apparaît évidemment nécessaire (a), il paraît opportun de la tenir aussi pour suffisante (b).

a- La nécessité d'une anormalité causale

300. Le fait anormal comme origine du processus causal. Pour qu'il y ait anormalité causale, deux conditions doivent être remplies.

En premier lieu, *la juridicité causale exige que le terme initial du processus causal soit juridiquement relevant. Il doit s'agir d'un fait anormal*¹⁶⁵⁸. Cela est évident et assez largement reconnu pour la faute. On précise d'ailleurs qu'une bonne manière de pallier les excès de la théorie de l'équivalence des conditions serait précisément cette exigence de faute¹⁶⁵⁹. C'est pour cette raison que beaucoup préconisent de retenir cette théorie en cas de responsabilité subjective mais d'appliquer la théorie de la causalité adéquate en matière de responsabilité objective¹⁶⁶⁰. Une telle conclusion est toutefois insatisfaisante. Elle l'est dans ses tenants, d'une part, dès lors que cette dernière forme de responsabilité n'est pas épargnée par l'exigence d'anormalité. Quel que soit le régime, objectif ou subjectif, de responsabilité, quel que soit l'ordre, pénal, contractuel ou extracontractuel, de responsabilité, il y a toujours une faute ou un fait anormal de la chose à l'origine du résultat légal¹⁶⁶¹. Elle l'est dans ses aboutissants, d'autre part, car on ne saurait se satisfaire, en guise de juridicité causale, de la théorie de l'équivalence des conditions limitée par l'exigence d'un fait anormal. Le droit positif n'est pas en ce sens. Il faut plus qu'un fait anormal causal.

301. L'anormalité du fait comme origine du processus causal : explication. Il est donc nécessaire de préciser, en second lieu, que *le processus causal doit trouver sa source non simplement dans le fait anormal mais dans l'anormalité même de ce fait.* C'est là l'apport décisif de la théorie de l'empreinte continue du mal. Ces défenseurs le précisent très nettement¹⁶⁶². C'est la défectuosité même de l'acte qui doit fournir l'explication des

¹⁶⁵⁷ Formulée par M. Dejean de la Bâtie, *in op. et loc. cit.*

¹⁶⁵⁸ V. not. Ch. AUBRY et Ch. RAU par N. DEJEAN DE LA BÂTIE, *op. cit.*, n° 393, Ph. BRUN, *op. cit.*, n° 237, Ph. CONTE, art. *cit.*, n° 132, F. G'SELL-MACREZ, *op. cit.*, n° 157, Ph. LE TOURNEAU *et alii*, *op. cit.*, n° 1781, CH. QUEZEL-AMBRUNAZ, *op. cit.*, n° 298, et G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. cit.*, n° 346-1, et 353. Rapp. X. PIN, *op. cit.*, n° 158.

¹⁶⁵⁹ V. not. J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *op. cit.*, n° 160, et 164, et Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *op. cit.*, n° 92.

¹⁶⁶⁰ V. *supra* n° 270.

¹⁶⁶¹ V. *supra* n° 149 et s.

¹⁶⁶² V. ainsi, Ch. AUBRY et Ch. RAU par N. DEJEAN DE LA BÂTIE, *op. cit.*, n° 391 et s., Ph. BRUN, *op. cit.*, n° 238, Ph. CONTE, art. *et loc. cit.*, F. G'SELL-MACREZ, *op. et loc. cit.*, Ch. QUEZEL-AMBRUNAZ, *op. cit.*, n° 240 et s., et 295 et s., et G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. cit.*, n° 346-1, et 358.

événements qui le suivent. Le raisonnement contrefactuel doit donc être adaptée en conséquence pour dépasser la théorie de l'équivalence des conditions. *Il ne s'agira plus de se demander ce qui se serait passé en l'absence du fait anormal mais de s'interroger sur ce qu'aurait été le déroulement des événements si ledit fait avait été accompli conformément au droit.* On n'ôte plus radicalement un fait du scénario contrefactuel. On remplace simplement le fait anormal par le fait normal opposé¹⁶⁶³. Des précisions doivent être apportées, des illustrations peuvent l'être également.

D'une part, il faut préciser que l'anormalité causale est avant tout l'anormalité objective, l'illicéité. Question objective sinon matérielle, la causalité traduit un enchaînement de faits : l'anormalité de l'acte doit conduire au résultat légal. Deux précisions peuvent être formulées. Tout d'abord, il convient de ne pas aller plus loin sur le plan de l'anormalité objective. Ainsi ne paraît-il pas opportun de distinguer, comme un auteur¹⁶⁶⁴, un lien causal entre le fait défectueux et le résultat et un autre entre la défectuosité du fait et le fait défectueux ou causal. Il semble qu'il y ait là une complication inutile de la causalité juridique. Pour l'auteur, les deux notions devraient être différenciées en ce sens que la défectuosité peut exister indépendamment, et notamment avant, le fait défectueux. Celle-là devrait être à l'origine de celui-ci¹⁶⁶⁵. Par exemple, il propose d'envisager un escabeau dont une des marches est branlante. Il y aurait là, pour lui, défectuosité sans fait défectueux. Ce dernier ne se réaliserait, en raison de la première, que si la marche de l'escabeau devait se briser sous le poids d'une personne qui s'y appuierait. C'est, pour l'auteur, le défaut de l'escabeau – fragilité de la marche – qui explique le fait défectueux – rupture de la marche – lequel explique lui-même le dommage qui aura résulté de la chute de la victime. C'est, semble-t-il, aller beaucoup trop loin. Il est aussi simple que de dire que le dommage doit trouver sa source dans l'anormalité du fait de la chose et que celle-ci consiste tout simplement dans l'état anormal de cette dernière. Le préjudice trouve son explication dans la fragilité anormale de la marche. C'est d'ailleurs ce que se contente de faire la jurisprudence qui considère que le fait anormal de la chose peut consister aussi bien en un comportement, en une position ou en un état anormal de la chose¹⁶⁶⁶. Le rapport défectuosité/fait défectueux ne paraît donc pas nécessaire à la compréhension de la causalité juridique, bien au contraire¹⁶⁶⁷. Ensuite, il convient de préciser qu'on ne doit pas toujours se cantonner à l'anormalité objective. Lorsqu'il est question d'une faute au sens plein du terme, à savoir d'un fait requérant pour sa constitution à la fois culpabilité et illicéité¹⁶⁶⁸, la seconde trouve son origine dans la première. C'est un usage anormal, soit parce que malveillant, soit parce qu'insuffisant, de la volonté qui explique

¹⁶⁶³ V. not. Ph. BRUN, *op. et loc. cit.*, F. G'SELL-MACREZ, *op. cit.*, n° 153 et s., et 160 et s., et Ch. QUEZEL-AMBRUNAZ, *op. cit.*, n° 303.

¹⁶⁶⁴ Ch. QUEZEL-AMBRUNAZ, *op. cit.*, n° 240 et s.

¹⁶⁶⁵ *Ibid.*, n° 241.

¹⁶⁶⁶ V. références citées *supra* n° 163.

¹⁶⁶⁷ Par ailleurs, M. Quézel-Ambrunaz reconnaît lui-même que « le lien de causalité gagne (...) à être envisagé d'un point de vue global plutôt que segmentaire » (*in op. cit.*, n° 238).

¹⁶⁶⁸ V. *infra* n° 453.

l'anormalité du comportement, laquelle est à l'origine du résultat légal¹⁶⁶⁹. C'est parce qu'il y a une intention de tuer ou une inattention que le doigt appuie sur la gâchette de l'arme dirigée vers la victime, et parce que ce doigt exerce une telle pression que la balle est tirée et traverse le cœur de cette victime. Il n'y a rien là de très particulier. La nature du cours causal n'est pas modifiée, le lien est juste allongé et le terme initial simplement repoussé en amont.

302. L'anormalité du fait comme origine du processus causal : applications de *lege lata*. La question peut également faire l'objet, d'autre part, de quelques illustrations. *De lege lata*, tout d'abord, l'anormalité causale est parfois expressément requise par la loi.

Ainsi, en matière civile, plusieurs exemples peuvent être cités. Dans le cadre de la responsabilité du fait des produits défectueux, ce n'est pas seulement le produit défectueux en question qui doit être à l'origine du dommage mais bien le défaut même dudit produit¹⁶⁷⁰. C'est également cette idée d'anormalité causale qui explique le mieux les arrêts relatifs au conducteur sans permis ou à l'étranger irrégulièrement employé. Certes, la conduite sans permis ou l'embauche irrégulière sont des conditions *sine qua non* du dommage qui suit. Mais l'anormalité de ces faits n'est pas en mesure d'expliquer ce résultat. L'absence de permis, dès lors que la personne conduit dans le respect du Code de la route, n'est pas à l'origine de l'accident de la circulation subséquent dès lors que, titulaire du permis, le conducteur s'y serait tout de même trouver impliqué en roulant de la même manière. De même, embaucher un étranger dans ou sans le respect de la loi n'est d'aucune influence sur l'avènement ultérieur d'un accident du travail. En l'absence de causalité juridique, la responsabilité du conducteur, comme celle de l'employeur, ne saurait être retenue. C'est exactement ce que décide la jurisprudence¹⁶⁷¹. D'autres solutions prétoriennes peuvent trouver une explication dans l'exigence d'anormalité causale. La notion de rôle actif de la chose semble ainsi lui correspondre tout à fait. Elle traduit en effet à la fois, en matière de responsabilité générale du fait des choses, les réquisits de causalité et d'anormalité, certes, mais, aussi et surtout, la condition que le fait de la chose doit être causal en ce qu'il est anormal. C'est l'anormalité de la position, de l'état ou du fonctionnement de la chose qui doit expliquer le préjudice subséquent¹⁶⁷².

De la même manière, en droit pénal, certaines solutions adoptées en matière de complicité peuvent être expliquées par la théorie de l'empreinte continue du mal. La jurisprudence opère une distinction : si l'infraction commise n'est pas identique à celle à laquelle le complice avait entendu apporter son aide, celui-ci ne sera pas responsable¹⁶⁷³. En revanche, dès lors que le fait principal punissable est bien le même que celui auquel s'était associé le complice, sa responsabilité sera retenue alors même que l'infraction aurait été accomplie avec

¹⁶⁶⁹ Sur la question, v. *supra* n° 157 et *infra* n° 381 et s.

¹⁶⁷⁰ C. civ., art. 1386-1, 1386-8, 1386-9, et 1386-13.

¹⁶⁷¹ V. décisions citées *supra* n° 287 notes 1600 et s.

¹⁶⁷² *Adde* dans le même sens Ph. CONTE, art. *cit.*, n° 140, et F. G'SELL-MACREZ, *op. cit.*, n° 367, note 1305.

¹⁶⁷³ V. Crim., 13 janv. 1955 : *D.*, 1955, note A. CHAVANNE, p. 291.

circonstances aggravantes¹⁶⁷⁴. Cela s'explique, en partie¹⁶⁷⁵, par l'idée d'anormalité causale. On peut, en effet, dans cette dernière hypothèse expliquer l'infraction principale par l'influence exercée par le complice. Par contre, dès lors que l'infraction commise est sans rapport avec celle à laquelle celui-ci aura provoqué ou aidé, alors l'acte du complice ne permet en aucune manière de comprendre celui de l'auteur principal.

303. L'anormalité du fait comme origine du processus causal : applications de *lege ferenda*. Mais loin de s'en tenir au droit positif, la théorie de l'empreinte continue du mal ouvre ensuite des perspectives *de lege ferenda*. La question de l'identité des fautes contractuelle et délictuelle, identité consacrée le 6 octobre 2006 par l'assemblée plénière de la Cour de cassation, a donné lieu à de nombreux écrits¹⁶⁷⁶. En effet, les juges avaient estimé que « *le tiers à un contrat peut invoquer, sur le fondement de la responsabilité délictuelle, un manquement contractuel dès lors que ce manquement lui a causé un dommage* ».

D'aucuns ont estimé qu'il y avait là un dépassement de la simple opposabilité du contrat aux parties par les tiers contraire au principe de l'effet relatif des conventions, lequel, par une sorte d'analogie, devrait conduire à reconnaître une relativité à la faute contractuelle¹⁶⁷⁷. A la lecture de l'arrêt, cette idée de relativité est indéniablement battue en brèche. C'est bien le manquement contractuel même que peut invoquer le tiers, et non « *une faute délictuelle envisagée en elle-même, indépendamment de tout point de vue contractuel* » comme dans la jurisprudence antérieure¹⁶⁷⁸. On peut ne pas s'en émouvoir. L'idée de relativité de la faute contractuelle ne s'impose pas, en effet, avec la force de l'évidence¹⁶⁷⁹. Elle rappelle la théorie de la relativité aquilienne, étrangère à la tradition juridique française¹⁶⁸⁰, et n'est pas une condition du respect de l'effet relatif des conventions. Permettre aux tiers d'invoquer une faute contractuelle ne revient pas exactement à leur faire bénéficier de la force obligatoire du contrat. Ce n'est pas les autoriser à en demander l'exécution à leur profit. Par ailleurs, cette arrêt n'est pas sans poser de limites¹⁶⁸¹. Et celles-ci semblent se manifester, très précisément,

¹⁶⁷⁴ V. ainsi, Crim., 7 sept. 2005 : *Bull. crim.*, n° 219.

¹⁶⁷⁵ Une autre explication tient à la nature de l'élément moral de la complicité. V. *infra* n° 431 et 435.

¹⁶⁷⁶ V. sur la question, *Contrat sans frontières*, RDC, 2007, Débats, pp. 537 et s.

¹⁶⁷⁷ V. not. M. FAURE-ABBAD, *Le fait générateur de la responsabilité contractuelle. Contribution à la théorie de l'inexécution du contrat*, préc., n° 211 et s., Ph. JACQUES, « Einstein à la Cour de cassation : la relativité de la théorie », RDC, 2007, *Contrat sans frontières*, préc., pp. 569 et s., P. JOURDAIN, obs. sous Ass. plén., 6 oct. 2006, *RTD Civ.*, 2007, p. 123, F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n° 495. Rapp. not. Ph. BRUN, « Feu la relativité de la faute contractuelle », *RLDC*, 2007, n° 2346.

¹⁶⁷⁸ V. not. Civ., 7 nov. 1962 : *Bull. civ.*, n° 465 ; et *JCP*, 1963, II, 12987, note P. ESMEIN, et Com., 16 déc. 1997 : *JCP*, 1998, I, 144, obs. G. VINEY.

¹⁶⁷⁹ V. ainsi C. GRIMALDI, « Toute faute contractuelle est une faute délictuelle, mais encore faut-il s'entendre sur le préjudice réparable ? », RDC, 2007, *Contrat sans frontières*, préc., pp. 562 et s., G. VINEY, « La responsabilité du débiteur à l'égard du tiers auquel il a causé un dommage en manquant à son obligation contractuelle », *D.*, 2006, jur., pp. 2825 et s., et G. WICKER, « La sanction délictuelle du manquement contractuel ou l'intégration de l'ordre contractuel à l'ordre juridique général », RDC, 2007, *Contrat sans frontières*, préc., pp. 593 et s.

¹⁶⁸⁰ Dans le même sens, v. C. GRIMALDI, art. *cit.*

¹⁶⁸¹ Au demeurant, il semble que cette jurisprudence connaisse quelques faiblesses. Si la troisième chambre civile de la Cour de cassation a pu lui manifester sa fidélité (Civ. 3, 2 nov. 2011 : *Resp. civ. et assur.*, 2012,

par l'exigence de causalité¹⁶⁸². L'arrêt précise bien que la violation de l'obligation contractuelle peut être invoquée par un tiers « *dès lors que ce manquement lui a causé un dommage* ». Pour limiter les conséquences de cette jurisprudence, la théorie de l'empreinte continue du mal paraît particulièrement appropriée. En effet, à se limiter à celle de l'équivalence des conditions, la responsabilité délictuelle du débiteur à l'égard des tiers pourrait être quasiment systématique. Supposons une clause de non-concurrence interdisant au débiteur, un fleuriste par exemple, de s'établir dans un rayon de 10 kilomètres autour du local commercial du créancier, son ancien employeur qui exerce la même activité. Le premier s'établit à 9,5 kilomètres mais, malgré la distance, la renommée que lui vaut son talent entraîne une perte importante de clientèle au préjudice non seulement de son contractant concurrent mais aussi de ses partenaires économiques, fournisseurs de matières premières, qu'il ne peut plus payer, ou clients fidèles, qu'il ne peut plus livrer. Si l'on n'exige qu'une condition *sine qua non*, il est évident que sans la violation de l'obligation de non-concurrence, ces préjudices ne seraient pas produits et qu'il faut retenir la responsabilité, contractuelle et délictuelle, du débiteur. L'identité des fautes contractuelle et délictuelle aura alors des conséquences non négligeables. Mais si l'on applique la théorie de l'empreinte continue du mal, si l'on se réfère à une conception véritablement juridique de la causalité, une solution différente pourrait être retenue. La question qui devra se poser ne sera pas seulement de savoir si le fait anormal a causé le dommage mais si l'anormalité même du fait peut l'expliquer de manière satisfaisante pour l'esprit. En l'espèce, il s'agit donc de se demander si c'est la violation même de l'obligation de non-concurrence qui est à la source de la perte de clientèle et des préjudices qui en ont résulté. Pour y répondre, il suffit d'imaginer que le débiteur se soit établi un kilomètre plus loin. Le motif de déplacement de la clientèle tenant à son talent et non à sa localisation géographique, on peut conclure que le manquement contractuel est dépourvu de valeur explicative quant à la survenance des dommages. Le débiteur ne devrait donc pas voir engagée sa responsabilité délictuelle à l'égard des tiers, tant il apparaît que la violation de l'obligation de non-concurrence n'explique pas, d'une « *manière satisfaisante pour l'esprit* »¹⁶⁸³, les préjudices éventuellement subis par les tiers¹⁶⁸⁴.

On le voit donc, la théorie de l'empreinte continue du mal, en ce qu'elle impose comme terme initial du processus causal l'anormalité même du fait, et non simplement un fait anormal, est d'un intérêt fondamental pour expliquer rationnellement et orienter utilement les

comm. n° 58), la première chambre civile pourrait bien vouloir s'en désolidariser (Civ. 1, 15 déc. 2011 : *D.*, 2012, note D. MAZEAUD, p. 659).

¹⁶⁸² Raisonant dans le même sens mais en utilisant les notions de dommages direct et médiate et en faisant de la causalité une condition de l'illicéité du manquement contractuel à l'égard des tiers, v. G. WICKER, art. *cit.* Comp. Ph. JACQUES, art. *cit.*, et G. VINEY, art. *cit.*

¹⁶⁸³ Ch. QUEZEL-AMBRUNAZ, *op. cit.*, n° 302.

¹⁶⁸⁴ En revanche, la responsabilité contractuelle du débiteur sera maintenue, au moins pour ce qui est du dommage consistant en l'atteinte portée au droit de créance du cocontractant, dommage trouvant forcément son explication dans la violation contractuelle.

solutions du droit positif. L'étude des apports de la causalité juridique doit donc être menée plus avant pour démontrer que nécessaire, l'anormalité causale se révèle également suffisante.

b- La suffisance d'une anormalité causale

304. Double incidence. Affirmer qu'une anormalité causale suffit signifie deux choses. C'est dire que non seulement l'anormalité des maillons de la chaîne causale peut être tenue pour indifférente mais aussi qu'une anormalité du terme final du lien causal n'est pas nécessaire.

305. L'indifférence de l'anormalité des faits intermédiaires. Concernant les faits intermédiaires du lien de causalité en premier lieu, la théorie initiale de l'empreinte continue du mal, telle qu'elle a été formulée par son inventeur, supposait « *un enchaînement de défauts qui s'engendrent l'une l'autre sans hiatus* »¹⁶⁸⁵. L'auteur n'admettait donc pas que celui-ci puisse être ponctué d'événements normaux ou anodins. C'était peut-être aller un peu loin et il a été depuis proposé de tenir pour indifférents la nature défectueuse ou non de ces faits intermédiaires¹⁶⁸⁶. La solution paraît équilibrée et justifiée. En effet, les seuls événements indispensables du rapport de causalité sont ses termes. Un événement intermédiaire n'a d'intérêt que s'il vient rompre ce lien, dans lequel cas il prend la place du fait qui, en apparence, était à l'origine du processus causal. Alors, il devient non plus un fait intermédiaire mais le véritable terme initial du lien de causalité¹⁶⁸⁷. Dès lors, seuls ces termes sont juridiquement utiles et seuls eux ont donc à être constitués par des événements juridiquement pertinents, fait anormal ou résultat légal. Le fait intermédiaire n'ayant d'intérêt que s'il prend la place et la nature du fait anormal à l'origine du processus causal, ce n'est que dans cette situation qu'il sera utile de requérir de lui qu'il revête un caractère d'anormalité. Mais eu égard à sa nouvelle nature de terme initial, on n'aura alors fait que revenir à une anormalité causale absolument banale. Pour être une cause juridique, il suffit donc que le fait initial explique le résultat légal par sa défectuosité, ce qui n'exclut pas que des événements normaux puissent intervenir dans le cours de l'enchaînement causal. Il ne s'agira simplement pas alors de causes juridiques.

306. L'indifférence de l'anormalité du terme final du lien causal. Concernant le terme final du lien causal en second lieu, il est évident qu'il doit s'agir d'un événement juridiquement relevant. Précisément, c'est au résultat légal du fait générateur de responsabilité que doit être relié le fait anormal, c'est lui, qu'il soit de nature juridique ou matérielle, que doit expliquer l'anormalité à l'origine du processus causal. Mais, selon un auteur, cela ne serait pas

¹⁶⁸⁵ Ch. AUBRY et Ch. RAU par N. DEJEAN DE LA BÂTIE, *op. cit.*, n° 393.

¹⁶⁸⁶ Ch. QUEZEL-AMBRUNAZ, *op. cit.*, n° 299.

¹⁶⁸⁷ C'est que, dans une situation de causalité linéaire, il ne peut y avoir qu'une cause juridique. V. Ch. QUEZEL-AMBRUNAZ, *op. cit.*, n° 295 et s., et spéc. n° 305 et s.

suffisant¹⁶⁸⁸. Il faudrait en outre que ce terme final, qu'il n'identifie pas seulement au dommage ou au préjudice mais qu'il étend à l'indemnisation *via* l'action en justice, se caractérise également par sa défectuosité. Une telle conclusion paraît cependant discutable.

D'une part, le principe même de l'exigence d'anormalité à l'égard du terme final du lien causal peut ne pas convaincre. Il est en effet peu utile. A quoi sert-il en effet de préciser que le préjudice est un fait anormal en ce qu'il est une lésion injuste¹⁶⁸⁹ ? Il peut suffire en effet de dire qu'il faut un résultat légal, lequel consiste en la dégradation, par lésion ou menace, d'une situation juridique. La précision d'anormalité n'apporte rien de plus, dès lors qu'elle n'a pas vocation à poser l'exigence d'une condition supplémentaire, comme ce qui est censé être le cas en matière de troubles anormaux du voisinage où l'on requerrait un dommage anormal¹⁶⁹⁰.

Mais, d'autre part, la proposition est surtout contestable en ce que la qualification de terme final du lien de causalité appliquée à certains événements apparaît tout à fait singulière. En effet, l'auteur qualifie de terme du lien causal l'indemnisation, pour la raison que la condition *sine qua non* de la réparation serait le fait générateur de responsabilité¹⁶⁹¹. Il ajoute que cette dernière est également un fait anormal car il s'agirait d'un mal infligé au responsable¹⁶⁹². Cette présentation paraît excessive. Tout d'abord, la définition de l'indemnisation comme un événement anormal est surprenante, surtout en droit de la responsabilité civile où il s'agit juste d'opérer un retour au *statu quo ante* et donc à remettre débiteur et créancier dans la situation qui était la leur avant l'avènement du fait générateur de responsabilité. En vertu du principe de réparation intégrale, le débiteur est censé ne pas subir d'appauvrissement et, partant, ne pas subir de mal¹⁶⁹³. Ensuite, l'identification même de l'indemnisation comme terme final du lien causal est curieuse. S'il est évident qu'il ne peut y avoir réparation sans fait générateur de responsabilité, que la première apparaît comme l'effet du dernier, on peut douter que la relation qui les unit relève de la causalité, même juridique. Une telle conclusion semble reposer sur une double confusion. Une confusion terminologique, entre la cause juridique, soit la cause efficiente telle qu'appréhendée suivant le propre angle de vue du droit, et la cause de l'obligation de réparation, prise au sens de la théorie générale des obligations. Une telle assimilation conduirait, par analogie, à prétendre qu'il existe un lien de causalité juridique entre un contrat et les obligations contractuelles. Une confusion conceptuelle aussi, entre les concepts kelsenniens de causalité et d'imputation. Le fait générateur de responsabilité doit entraîner une indemnisation, et ce, par la volonté pure du législateur ou du juge. Il ne la

¹⁶⁸⁸ Ch. QUEZEL-AMBRUNAZ, *op. cit.*, n° 242 et s., et 298.

¹⁶⁸⁹ *Ibid.*, n° 298.

¹⁶⁹⁰ Ce qui ne semble d'ailleurs pas être vraiment le cas, comme démontré *supra* n° 164 et s.

¹⁶⁹¹ Ch. QUEZEL-AMBRUNAZ, *op. cit.*, n° 242.

¹⁶⁹² *Ibid.*, n° 298.

¹⁶⁹³ Par conséquent, la conception de la peine comme un mal infligé peut en revanche convaincre. En effet, il ne s'agit pas en la matière de rétablir de manière tout à fait équivalente, et conformément à une justice purement commutative, la situation antérieure au comportement pénalement incriminé. Il s'agit, certes, de protéger de manière proportionnée les valeurs sociales qui font d'une société une Civilisation donnée mais cela n'implique pas pour autant qu'on puisse considérer la sanction pénale comme liée à l'infraction ou à la complicité par un lien de causalité juridique. V. *infra* n° 306 note 1695.

provoque pas "naturellement" et indépendamment de cette volonté, comme ce serait le cas si fait générateur et réparation étaient unis par un lien de causalité, y compris un lien causal conçu de manière proprement juridique. A tout moment, le droit objectif pourrait supprimer partiellement ou totalement cet effet du fait générateur de responsabilité. S'il s'agissait de causalité juridique, il ne le pourrait pas, sauf à priver de cohérence et de sécurité le système juridique. La causalité juridique se situe entre la causalité matérielle et l'imputation. Il faut prendre garde à ne la confondre ni avec l'une ni avec l'autre¹⁶⁹⁴. L'indemnisation ne peut donc pas être considérée comme le terme final du lien de causalité juridique¹⁶⁹⁵.

Non seulement le résultat légal apparaît donc comme le seul véritable terme final du lien de causalité juridique, mais, en outre, préciser qu'il est un fait défectueux n'apporte rien d'autre qu'une harmonie au sein du champ lexical de la théorie de l'empreinte continue du mal. En définitive, l'anormalité causale apparaît donc bien comme à la fois nécessaire et suffisante. C'est le premier apport de la causalité juridique à la délimitation du lien causal. Le second en découle : il s'agit de l'admission de l'abstention causale.

2. L'admission corrélatrice de l'abstention causale

307. Présentation du problème de la causalité négative¹⁶⁹⁶. Hors du droit, la question de la nature causale de l'abstention, ou problème de la causalité négative, ne reçoit pas toujours les mêmes réponses. Pour certains, causalité et omission sont inconciliables : *ex nihilo nihil fit*¹⁶⁹⁷. Seules de "fausses" abstentions pourraient se voir reconnaître un rôle causal. L'abstention dans l'action d'une part, dans lequel cas le résultat légal serait produit par un acte positif préalable à la faute d'omission¹⁶⁹⁸, et l'abstention dans la fonction d'autre part,

¹⁶⁹⁴ L'auteur se défend d'une telle confusion aux motifs que la distinction kelsennienne de la causalité et de l'imputation repose sur une conception purement matérielle de la causalité (*op. cit.*, n° 243). Si un tel argument justifie que l'on distingue la causalité juridique de la causalité prise au sens kelsennien du terme, il n'autorise pas à confondre cette première forme de causalité avec l'imputation proprement dite. Or, l'auteur ne précise pas en quoi il distingue ces deux notions.

¹⁶⁹⁵ De même, en droit pénal, on ne peut convenir avec l'auteur (*op. cit.*, n° 249) que le terme final du lien de causalité soit la sanction pénale, et ce, pour les mêmes raisons. A ce titre, on peut penser que l'auteur pousse également trop loin son système en faisant de l'action en responsabilité une étape intermédiaire du cheminement causal au motif que le fait générateur de responsabilité serait la cause de cette action (*op. cit.*, n° 244). Il y a là aussi une confusion terminologique, entre les notions de causalité juridique et de cause de l'action, et juridique, entre le droit substantiel et le droit processuel. En effet, le fait générateur n'est pas une condition de l'action en responsabilité, relative à sa recevabilité, mais une condition de l'existence de la responsabilité, ayant trait au bien-fondé du recours. Eu égard au droit d'agir, le fait générateur a simplement à être allégué de telle sorte que l'intérêt à agir puisse apparaître aux yeux du juge, peu important que cette alléguation se révèle finalement exacte ou erronée. Il ne peut donc y avoir aucun lien de causalité entre le fait générateur et l'action dès lors que le premier n'a même pas à exister véritablement.

¹⁶⁹⁶ L'expression est de M. Saint-Pau, *in art. cit.* Il faut prendre garde à ne pas la confondre avec la question de la négation de la causalité, qui renvoie aux "causes d'exonération" de la responsabilité. V. *infra* n° 321 et s.

¹⁶⁹⁷ En ce sens, v. not. Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *op. cit.*, n° 43, 72, et 346, E. GARÇON, *op. cit.*, art. 295, n° 18, X. PIN, *op. cit.*, n° 157, et J. PRADEL, *op. cit.*, n° 399.

¹⁶⁹⁸ V. not. Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *op. cit.*, n° 346, J. PRADEL, *op. et loc. cit.*, et M. ROLLAND, « Le délit d'omission », *Rev. sc. crim.*, 1965, pp. 583 et s.

hypothèse dans laquelle ce serait « *l'activité professionnelle qui est causale* »¹⁶⁹⁹. Selon d'autres, même en s'en tenant à une causalité purement matérielle, on pourrait admettre la causalité négative¹⁷⁰⁰. Qui peut et ne s'oppose, cause. En fait, la causalité négative pose donc un problème d'incertitude scientifique ou philosophique.

308. Résolution du problème de la causalité négative. L'utilité de retenir une conception juridique de la causalité est justement d'apporter une réponse à ce type de situations en dépassant une telle incertitude. Or, pour que la responsabilité juridique, mais aussi ses applications en droit privé, remplissent au mieux leur fonction, il paraît de bonne politique de dépasser cette incertitude au profit de l'aptitude causale de l'abstention. Une telle solution ne serait pas de pure opportunité néanmoins. En effet, elle s'accorde totalement avec les principes qui gouvernent la causalité juridique en vertu de la théorie de l'empreinte continue du mal. Même en adaptant un peu le raisonnement à raison de la nature négative du fait causal envisagé, il s'agit toujours de se demander si la défectuosité du fait peut expliquer la survenance du résultat légal. On va se poser la question de savoir si, au lieu de s'abstenir illicitement, l'agent avait agi de manière normale, c'est-à-dire avait respecté son obligation de faire, le résultat légal aurait pu être évité. Il s'agit toujours de remplacer, dans le scénario contrefactuel, le fait illicite survenu par le comportement licite attendu, peu important que le premier ait été accompli par commission ou omission¹⁷⁰¹.

Le droit positif ne dément pas cette conclusion et admet très largement la causalité négative. La seule limite à son acceptation est que l'abstention prise en compte doit avoir été anormale, comme cela est imposé par le concept même de responsabilité juridique à tous faits causals¹⁷⁰². En droit de la responsabilité civile, il est admis que la faute, d'omission ou de commission, puisse être la cause d'un préjudice. L'inexécution peut évidemment être constituée par la violation dommageable d'une obligation contractuelle de faire ou de ne pas faire. En matière de responsabilité du fait des choses, la Cour de cassation considère que peut avoir un rôle actif la chose inerte aussi bien que celle en mouvement¹⁷⁰³. Tout cela est très ordinaire. Il en est de même en droit pénal, et ce, que l'on envisage des infractions, qu'elles soient protéiformes¹⁷⁰⁴ ou exclusivement d'omission¹⁷⁰⁵, ou bien la complicité¹⁷⁰⁶. L'important

¹⁶⁹⁹ *Ibid.* Adde not. J.-H. ROBERT, *op. cit.*, p. 347, M. ROLLAND, « Le délit d'omission », art. *cit.*, On ne voit néanmoins pas en quoi la simple qualité de professionnel ajouterait une aptitude causale à un comportement qui, en son absence, serait impropre à entraîner un quelconque résultat. Cette qualité particulière semble, certes, pouvoir expliquer qu'une abstention puisse être qualifiée d'anormale mais pas qu'elle devienne tout à coup causale. Sur ce point, v. D. REBUT, *op. cit.*, n° 111 et s., et A. TEANI, *op. cit.*, préc., n° 163 et s., et 192 et s.

¹⁷⁰⁰ V. not. P.-A. BON, *op. cit.*, n° 126 et s., et F. G'SELL-MACREZ, *op. cit.*, n° 360. Rapp. R. MERLE et A. VITU, *op. cit.*, n° 485, et M. ROLLAND, art. *cit.*

¹⁷⁰¹ V. not. Ch. QUEZEL-AMBRUNAZ, *op. cit.*, n° 208, et J.-Ch. SAINT-PAU, art. *cit.* Rapp. E. DREYER, *op. cit.*, n° 626. Adde S. PARICARD, « Du vide dans le droit. Réflexions sur la faute négative dans la responsabilité civile », *RRJ*, 2011-1, pp. 153 et s.

¹⁷⁰² V. *supra* n° 149 et s.

¹⁷⁰³ V. *supra* n° 163 et 211.

¹⁷⁰⁴ A l'instar des atteintes non intentionnelles à l'intégrité physique d'autrui des articles 222-19 et s. du Code pénal. Sur la question, v. D. REBUT, *op. cit.*, n° 280 et s. Rapp. M. ROLLAND, art. *cit.*

est ici de noter que ce qui fonde une telle tendance du droit de la responsabilité est la nature juridique de la causalité¹⁷⁰⁷, laquelle est requise par l'exigence de juridicité causale posée par le concept de responsabilité juridique.

La causalité juridique est donc d'un apport considérable pour ce qui est de délimiter précisément le lien causal. Elle précise ce que doivent être les termes du lien de causalité, des événements juridiquement pertinents, et ce qu'ils peuvent être, un fait anormal actif aussi bien que passif. Mais l'intérêt de la causalité juridique ne s'arrête pas ici. Elle permet également de résoudre les difficultés posées par la question de l'établissement du lien causal.

B- Les apports de la causalité juridique à l'établissement du lien causal

309. Influence du droit processuel. L'établissement du lien de causalité unissant le fait anormal au résultat légal subit l'influence du droit processuel et se fait en deux temps.

Tout d'abord, on attend du demandeur qu'il démontre l'existence de ce lien de causalité. Se pose donc un problème de preuve, la causalité, en tant que relation logico-intellectuelle entre deux événements, étant difficile, sinon impossible à établir directement¹⁷⁰⁸. A ce stade, la notion de causalité juridique vient parfois au secours de la victime afin d'alléger sa charge probatoire : elle affecte les règles probatoires du droit de la responsabilité (1).

Ensuite, le défendeur que les preuves semblent désigner comme responsable bénéficie de moyens de défense au fond propres à lui permettre de contester les apparences. Il s'agit principalement de la force majeure. Or, la théorie de l'empreinte continue du mal fournit non seulement une explication et une justification du droit positif mais aussi des perspectives de droit positif. Elle affecte donc également les règles de fond du droit de la responsabilité (2).

1. Les apports quant à la preuve du lien de causalité

310. *Probatio diabolica*¹⁷⁰⁹. Si le problème théorique le plus ardu que pose la question de la causalité est celle de sa définition, en pratique, c'est celui de sa preuve qui est le plus délicat à résoudre¹⁷¹⁰. S'assurer de la réalité de l'enchaînement causal, identifier les origines

¹⁷⁰⁵ Comme l'omission de porter secours de l'article 223-6 du Code pénal.

¹⁷⁰⁶ V. *supra* n°254 et s. Adde A. DECOCQ, « Inaction, abstention et complicité par aide et assistance », *JCP*, 1983, I, 3124.

¹⁷⁰⁷ En ce sens, v. not. J.-Ch. SAINT-PAU, art. *cit.* Si l'auteur se réfère implicitement à la théorie de l'empreinte continue du mal, il estime, en dernière analyse, qu'il s'agit d'une application de celle de l'équivalence des conditions, à l'instar de P.-A. BON, *in op. cit.*, n° 150 et s.

¹⁷⁰⁸ Comp. P.-A. BON, *op. cit.*, n° 432, Y. LAMBERT-FAIVRE, art. *cit.*, Ph. PIERRE, citant R. SAVATIER, « Les présomptions relatives à la causalité », *RLDC*, 2007, supplément au n° 40, préc., n° 2634, et Ch. QUEZEL-AMBRUNAZ, *op. cit.*, n° 288.

¹⁷⁰⁹ V. Ph. LE TOURNEAU *et alii*, *op. cit.*, n° 1710, et Ch. QUEZEL-AMBRUNAZ, *op. cit.*, n° 284.

¹⁷¹⁰ V. not. Ph. BRUN, *Les présomptions dans le droit de la responsabilité civile*, préc., pp. 88 et s., Ph. MALINVAUD et D. FENOUILLET, *op. cit.*, n° 701, Ch. QUEZEL-AMBRUNAZ, *op. cit.*, n° 284, et 288. On précisera que, malgré l'adage *idem est non esse et non probari*, la question de la preuve ne concerne pas véritablement la génération de la responsabilité mais sa réalisation. C'est-à-dire qu'elle ne ressortit pas à ce qui

d'un événement est une gageure en soi et la difficulté croît à mesure que progressent la technique et les sciences¹⁷¹¹. Face à cela, la juridicité causale peut apporter des solutions, et ce, à un double titre.

D'un point de vue général, elle permet de fonder l'usage de plus en plus fréquent de présomptions de causalité de plus en plus audacieuses (a). D'un point de vue plus spécifique, elle peut également fournir une réponse raisonnable au problème particulier dit du résultat causé par le membre indéterminé d'un groupe déterminé (b).

a- La justification générale de l'usage de présomptions de causalité

311. Double généralité. La généralité de la justification de l'usage de présomptions de causalité peut s'envisager de deux manières et pose ainsi deux questions différentes. D'une part, l'usage de la présomption peut être admis de manière générale dans le sens où la causalité juridique peut autoriser le dépassement d'une incertitude touchant soit une loi générale, soit un lien spécial de causalité : c'est la question du domaine matériel des présomptions de causalité (α). D'autre part, cette forme de causalité peut autoriser l'utilisation générale de cette technique juridique en en légitimant l'utilisation en droit de la responsabilité civile comme en droit criminel : c'est le problème du domaine juridique des présomptions de causalité (β).

α - La généralité du domaine matériel des présomptions de causalité

312. Preuve de la causalité, causalité générale et causalité spéciale. En principe, comme de droit commun, *actori incumbit probatio*. C'est à la victime d'établir l'existence du lien de causalité qu'elle allègue¹⁷¹². Cependant, tout le monde en convient : rapporter une telle preuve est compliqué, voire illusoire¹⁷¹³. C'est pourquoi les juges ont une politique libérale en la matière et qu'ils admettent largement ce mode preuve que constituent les présomptions. Elles permettent de dépasser des situations de doute particulièrement délicates, et ce, de manière tout à fait efficace.

touche à ses conditions d'existence mais à ce qui relève de ses mécanismes de mise en œuvre. On déborde donc légèrement le cadre fixé à cette étude. La question ne sera donc pas appréhendée globalement mais seulement en ce qu'elle témoigne des apports de la causalité juridique.

¹⁷¹¹ V. déjà G. RIPERT, *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, préc., n° 169.

¹⁷¹² V. not. Ph. BRUN, *Responsabilité extracontractuelle*, préc., n° 246, et art. cit., J. FLOUR, J.-L. AUBERT, et E. SAVAUX, *op. cit.*, n° 164, Ch. QUEZEL-AMBRUNAZ, *op. cit.*, n° 285, et G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. cit.*, n° 362.

¹⁷¹³ V. not. Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *op. cit.*, n° 95, et Ch. RADE, « Les présomptions d'imputabilité en droit de la responsabilité civile », *Mél. Ph. Le Tourneau*, préc., pp. 885 et s.

A ce titre, il faut préciser que ces situations peuvent être de deux sortes, correspondant à la distinction de la relation causale générale et de la relation causale spéciale¹⁷¹⁴. Alors que la première traduit une loi scientifique abstraite du type "allumer un briquet dans une salle remplie de gaz provoque une explosion" ou "lâcher une pierre du haut d'une tour entraîne la chute de l'objet", la seconde est relative au lien de causalité concret supposé exister entre deux événements qui se sont effectivement produits: c'est le coup de poing de Mohamed Ali qui a achevé George Foreman ; c'est le coup de mâchoire du crocodile qui a causé la perte de la main du capitaine Crochet. L'utilisation de présomptions pour dépasser l'incertitude de ces situations est différemment appréciée selon qu'elle affecte la causalité générale ou la causalité spéciale.

Au-delà de ces différences, il s'agit pourtant, dans tous les cas, de trancher la question causale, et cela, malgré le doute qui existe quant à la causalité matérielle. C'est ce que permet une conception juridique de la causalité.

313. Présomptions de causalité et causalité spéciale incertaine. Concernant, en premier lieu, les hypothèses où l'incertitude concerne la relation de causalité spéciale, les juges ont une politique assez libérale.

Ils admettent, d'une part, tout ce qui peut fonder une présomption du fait de l'homme de l'article 1353 du Code civil¹⁷¹⁵. La doctrine le justifie en disant qu'en tant que fait, la causalité peut être prouvée par tous moyens. On peut même aller plus loin : en tant qu'abstraction, la causalité ne peut être prouvée que par ce moyen. A ce titre, plusieurs éléments sont couramment pris en compte par les juges : la proximité spatio-temporelle ou concomitance¹⁷¹⁶, le pouvoir causal du fait anormal au regard du résultat causé¹⁷¹⁷ ou la preuve par exclusion, qui consiste à retenir le lien causal entre ce fait et ce résultat si aucune

¹⁷¹⁴ Sur cette distinction, v. not. J.-S. BORGHETTI, « Vaccinations contre l'hépatite B et sclérose en plaques : incertitudes scientifiques et divergences de jurisprudence », *JCP*, 2011, 79, Ph. BRUN, art. *cit.*, et « Raffinements ou faux-fuyants ? Pour sortir de l'ambiguïté dans le contentieux du vaccin contre le virus de l'hépatite B (à propos d'un arrêt de la Cour de cassation du 25 novembre 2010) », *D.*, 2011, chron., pp. 316 et s., Ph. BRUN et Ch. QUEZEL-AMBRUNAZ, « Vaccination contre l'hépatite B et sclérose en plaques : ombres et lumières sur une jurisprudence instable », *RLDC*, 2008, n° 3102, G. CANSELIER, art. *cit.*, et M. LACAZE, art. *cit.* Rapp. L. GRYNBAUM, « Le lien de causalité en matière de santé : un élément de la vérité judiciaire », *D.*, 2008, pp. 1928 et s. Rapp. Ch. RADE, « Causalité juridique et causalité scientifique », *préc.*, qui oppose causalité et « *causabilité* ».

¹⁷¹⁵ V. not. sur ce point M. BOUTONNET, *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile*, *préc.*, n° 1166 et s., Ph. BRUN, *op. cit.*, n° 437 et s., et art. *cit.*, L. GRYNBAUM, art. *cit.*, Y. LAMBERT-FAIVRE, art. *cit.*, Ph. LE TOURNEAU *et alii*, *op. cit.*, n° 1710, Ph. PIERRE, art. *cit.*, Ch. QUEZEL-AMBRUNAZ, *op. cit.*, n° 286 et s., Ch. RADE, « Les présomptions d'imputabilité en droit de la responsabilité civile », *préc.*, et D. TAPINOS, *Prévention, précaution et responsabilité. Risque avéré, risque suspecté et transformation du paradigme de la responsabilité civile*, *préc.*, n° 134 et s.

¹⁷¹⁶ V. spéc. Ph. PIERRE, art. *cit.*, Ch. RADE, art. *cit.*, et G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. cit.*, n° 382. Rapp. F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n° 861. V. par exemple, Civ. 2, 10 juin 2004, n° 03-12.366, cité par Ph. PIERRE, *in art. cit.*

¹⁷¹⁷ V. *supra* n° 273.

autre cause possible de celui-ci ne paraît avoir existé¹⁷¹⁸. La combinaison de tout ou partie de ces éléments formeront un faisceau d'indices qui pourra forger la conviction des magistrats s'ils sont graves, précis et concordants.

Mais, d'autre part, la jurisprudence et le législateur vont plus loin et s'autorisent de plus en plus souvent à poser des présomptions de droit, quasi-légales ou légales¹⁷¹⁹. En réalité, on passe insensiblement de la présomption du fait de l'homme à la présomption légale, en passant par la présomption jurisprudentielle de causalité. C'est ce qui s'est passé pour l'indemnisation des victimes du SIDA et pour celle de l'hépatite C. S'il était acquis, du point de vue de la causalité générale, qu'une transfusion sanguine défectueuse pouvait entraîner une contamination du patient par le VIH ou par l'hépatite C, il était difficile, du point de vue de la causalité spéciale, de lier avec certitude la contamination d'une victime précise à la transfusion subie par elle. En raison de cette difficulté à prouver la causalité matérielle, la jurisprudence avait donc posé une présomption quasi-légale en admettant la preuve de la causalité au profit des victimes qui démontraient la postériorité et la proximité de la contamination par rapport à la transfusion et l'absence d'autres sources de contamination. Le centre de transfusion sanguine ne pouvait renverser cette présomption qu'en prouvant l'absence de défectuosité du produit sanguin fourni¹⁷²⁰. Depuis lors, cette présomption jurisprudentielle est devenue légale. Concernant les victimes du VIH, le procédé a même été renforcée par la loi du 31 décembre 1991, celles-ci n'ayant plus à rapporter la preuve de l'absence d'autres causes. Quant aux victimes de l'hépatite C, c'est la loi du 4 mars 2002 qui a légalisé la présomption jurisprudentielle de causalité en son article 102.

314. Présomptions de causalité et causalité générale incertaine. La causalité juridique peut, en second lieu, permettre de dépasser l'incertitude affectant la causalité générale elle-même. Elle y est même nécessaire.

¹⁷¹⁸ Ce procédé a vu le jour à l'occasion de l'affaire dite du "bang supersonique", au sujet de laquelle les juges avaient admis le rôle causal d'un appareil de l'armée de l'air dans l'effondrement d'un mur sur le fondement de la postériorité immédiate du dommage aux bangs perçus et du fait « *qu'il n'y avait eu ni secousse sismique, ni tempête, ni ouragan* » (Civ. 2, 13 oct. 1971 : *RTD Civ.*, 1972, obs. G. DURRY, p. 601). C'est le même type de raisonnement qui était tenu, par exemple, dans le contentieux de l'indemnisation des victimes du SIDA avant la loi du 31 décembre 1991 puisque l'admission du lien de causalité était subordonnée à l'absence d'autres modes de contamination possibles que la transfusion sanguine. V. not. Civ. 2, 20 juill. 1993 : *Bull. civ.*, n° 273. Comp. en droit pénal, Crim., 1^{er} avr. 2008 : *Bull. crim.*, n° 88 ; et *Rev. sc. crim.*, 2009, note C. AMBROISE-CASTEROT, p. 109. Sur la question, v. not. M. BOUTONNET, *op. cit.*, n° 1169, Ph. BRUN, *Les présomptions dans le droit de la responsabilité civile*, préc., p. 89, M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, pp. 175 et s., J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *op. et loc. cit.*, Ph. LE TOURNEAU *et alii*, *op. et loc. cit.*, Ph. PIERRE, art. *cit.*, Ch. QUEZEL-AMBRUNAZ, *op. cit.*, n° 286, Ch. RADE, art. *cit.*, B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *op. cit.*, n° 1094, D. TAPINOS, *op. cit.*, 137, et G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. et loc. cit.*

¹⁷¹⁹ V. not. M. BOUTONNET, *op. cit.*, n° 1176 et s., Ph. BRUN, *Responsabilité extracontractuelle*, préc., n° 248, et art. *cit.*, M. FABRE-MAGNAN, *op. et loc. cit.*, Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *op. et loc. cit.*, Ph. PIERRE, art. *cit.*, Ch. RADE, art. *cit.*, P. SARGOS, art. *cit.*, D. TAPINOS, *op. et loc. cit.*, et G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. cit.*, n° 365 et s.

¹⁷²⁰ De telle sorte que la présomption de causalité emporte également ici présomption d'anormalité objective. V. not. Ph. PIERRE, art. *cit.*, et Ch. RADE, art. *cit.*. Cela est tout à fait cohérent avec la définition de la causalité juridique retenue jusqu'ici, qui se caractérise par l'anormalité de son terme initial.

En effet, la question de l'admissibilité de présomptions de causalité en la matière est beaucoup plus discutée. Si le doute sur l'existence de la causalité générale ne doit pas empêcher la reconnaissance de la causalité spéciale¹⁷²¹, celle-ci étant la seule à prendre en compte en droit, certains estiment cependant que la preuve de la seconde ne devrait pas être admise de la même manière selon qu'il y a incertitude ou non sur la première¹⁷²². Selon ces auteurs en effet, aucun indice tiré de l'aptitude causale d'un fait à provoquer un résultat ne saurait être utilisé pour démontrer la réalité d'un lien de causalité spéciale si la loi causale générale unissant ces deux événements n'est pas elle-même certaine. Par exemple, il serait impossible de conclure qu'un individu a été rendu malade par la prise de tel ou tel médicament – causalité spéciale – s'il n'est pas scientifiquement établi que le médicament en question est susceptible provoquer une pathologie de même nature que celle dont a été affectée la victime – causalité générale. Pour cette doctrine, seule une présomption de droit pourrait pallier l'incertitude de la causalité générale¹⁷²³. Par ailleurs, seul ce type de présomption semble permettre d'assurer une certaine sécurité juridique au profit des victimes qui, à défaut, serait contrainte de se soumettre à l'appréciation souveraine des éléments de preuve par les juges du fond¹⁷²⁴. Un dépassement aussi audacieux de l'incertitude touchant la causalité matérielle peut se justifier de plusieurs manières. D'un point de vue politique d'une part, on fait valoir que les victimes n'ont pas à payer « *les carences de la politique de soutien public à la recherche* » ou l'insuffisance de l'investissement des laboratoires pharmaceutiques concernant les études relatives à la sécurité de leurs produits¹⁷²⁵. Or, l'inaptitude à la preuve des premières est, dans ces domaines, évidente. En outre, il s'agit aussi d'éviter, dans l'esprit du principe de précaution, des dommages graves et irréversibles aux motifs que la causalité unissant le fait au résultat serait douteuse en raison de l'incertitude même du risque soupçonné¹⁷²⁶. La proposition ne paraît pas excessive dans la mesure où les promoteurs de cette forme de présomption juridique de causalité propose de subordonner sa mise en œuvre à la satisfaction d'un critère de plausibilité de la loi causale générale, dont l'existence devrait être défendue par des études scientifiques de qualité quoique minoritaires¹⁷²⁷. D'un point de vue technique d'autre part, la juridicité de la causalité apparaît comme le fondement parfait pour passer outre l'incertitude dans le sens de l'existence de la causalité et la présomption comme le moyen

¹⁷²¹ V. M. LACAZE, art. cit.

¹⁷²² V. G. CANSELIER, art. cit. Rapp. Ph. BRUN, « Causalité juridique et causalité scientifique », préc.

¹⁷²³ V. J.-S. BORGHETTI, art. cit., et G. CANSELIER, art. cit. Pour une position absolument inverse, v. Ph. BRUN, « Raffinements ou faux-fuyants ? Pour sortir de l'ambiguïté dans le contentieux du vaccin contre le virus de l'hépatite B », préc., et Ph. BRUN et Ch. QUEZEL-AMBRUNAZ, art. cit. Adde S. GAUDEMET, « Aléa et responsabilité civile », préc.

¹⁷²⁴ Comme c'est le cas pour le contentieux des victimes du vaccin contre l'hépatite B. Comp. M. BOUTONNET, *op. cit.*, n° 1183.

¹⁷²⁵ Ch. RADE, art. cit., et « Causalité juridique et causalité scientifique », préc. Rapp. Ch. QUEZEL-AMBRUNAZ, *op. cit.*, n° 290.

¹⁷²⁶ V. not. sur cette question, Ph. BRUN, « Causalité juridique et causalité scientifique », préc., Ph. PIERRE, art. cit., et Ch. QUEZEL-AMBRUNAZ, *op. cit.*

¹⁷²⁷ V. M. BOUTONNET, *op. cit.*, n° 1162 et s. Rapp. Ph. BRUN, art. cit.

technique approprié de mise en œuvre de la causalité juridique aux fins de dépassement de ce doute¹⁷²⁸.

De lege lata, la jurisprudence recourt déjà aux présomptions au profit des victimes du vaccin anti-hépatite B. A la suite de l'administration de celui-ci, certaines victimes parmi les nombreuses personnes vaccinées ont été atteintes de sclérose en plaques. Néanmoins, aucune loi causale générale n'avait été établie avec certitude entre le vaccin et cette affection. Pourtant, après un refus initial¹⁷²⁹, la Cour de cassation a fini par admettre que l'on puisse reconnaître une relation causale spéciale entre ces deux événements sur la base d'une simple présomption du fait de l'homme¹⁷³⁰. *De lege ferenda*, une part de la doctrine milite en faveur de sa généralisation aux hypothèses que le principe de précaution a vocation à régir. Dès lors qu'il y aurait un risque de dommage grave et irréversible, on devrait présumer la causalité nonobstant l'incertitude affectant la causalité générale, sous réserve toutefois que le critère de plausibilité évoqué soit satisfait¹⁷³¹. Cela permettrait de favoriser les victimes potentielles de préjudices écologiques ou relevant de la santé publique. A la seule condition que les critères de compatibilité du droit de la responsabilité civile avec le principe de précaution soient respectés, c'est-à-dire que le risque incertain soit encouru par au moins une personne juridique¹⁷³², la proposition paraît tout à fait acceptable comme pouvant être fondée sur la juridicité de la causalité requise en droit de la responsabilité¹⁷³³. La Cour de cassation refuse toutefois de dépasser pour l'instant le stade de la présomption du fait de l'homme, comme en

¹⁷²⁸ En ce sens, v. not. G. CANSELIER, art. *cit.*, et Ch. QUEZEL-AMBRUNAZ, *op. cit.*, n° 291.

¹⁷²⁹ V. Civ. 1, 23 sept. 2003 : *Bull.*, n° 188 ; *D.*, 2004, jur., note Y.-M. SERINET et R. MILAWSKI, p. 898, et somm., obs. D. MAZEAUD, p. 1344 ; *JCP*, 2004, I, 101, n° 8, chron. G. VINEY ; et *RTD Civ.*, 2004, note P. JOURDAIN, p. 101.

¹⁷³⁰ C'est surtout à partir d'une série de 5 arrêts du 22 mai 2008 que la première chambre civile de la Cour de cassation a assoupli sa position en admettant ce mode de preuve sans regard pour la nature obligatoire ou non de la vaccination (*D.*, 2008, act. jur., obs. I. GALLMEISTER, p. 1544. *Adde* Ph. BRUN et Ch. QUEZEL-AMBRUNAZ, art. *cit.*, L. GRYNBAUM, art. *cit.*, et P. SARGOS, art. *cit.*). Depuis, s'agissant d'une simple présomption du fait de l'homme, la reconnaissance de l'existence du lien de causalité a été laissée à l'appréciation souveraine des juges du fond. V. ainsi, pour une condamnation, Civ. 1, 9 juill. 2009 : *Gaz. Pal.*, 12-13 août 2009, jur., avis A. LEGOUX, p. 9 et s. ; et *Resp. civ. et assur.*, 2009, Etude n° 13, Ch. RADE, et pour des déboutés, Civ. 1, 24 sept. 2009 : *D.*, 2009, act. jur., p. 2426 ; et *Resp. civ. et assur.*, 2009, comm. n° 328, note Ch. RADE, Civ. 1, 25 nov. 2010 : *D.*, 2010 p. 2909, et 2011, chron., p. 316, Ph. BRUN, préc. ; *JCP*, 2011, 79, chron. J.-S. BORGHETTI ; et *Resp. civ. et assur.*, 2011, comm. n° 24, note Ch. RADE, et Paris, 17 déc. 2010 : *Resp. civ. et assur.*, 2011, comm. n° 410, note Ch. RADE). La Cour de cassation entend malgré tout que les juges du fond se donnent vraiment la peine de vérifier que la présomption puisse être mise en œuvre : Civ. 1, 26 sept. 2012 (*D.*, 2012, obs. I. GALLMEISTER, p. 2304 ; *JCP*, 2012, 1061, obs. P. MISTRETTA ; et *Resp. civ. et assur.*, 2012, comm. n° 350, note S. HOCQUET-BERG). Afin d'éviter une telle casuistique dommageable aux victimes et à la prévisibilité du droit, il serait bon qu'une présomption de droit soit mise en place par la jurisprudence ou par le législateur. En ce sens, v. J.-S. BORGHETTI, art. *cit.*, et Ch. RADE, notes sous Civ. 1, 24 sept. 2009 et 25 nov. 2010, précitées.

¹⁷³¹ V. not. M. BOUTONNET, *op. cit.*, n° 1162 et s., et « Les présomptions : un remède inefficace au refus d'influence des principes environnementaux sur la preuve de la causalité », note sous Civ. 3, 18 mai 2011, *D.*, 2011, pp. 2089 et s. Sur cette question, *adde* Ph. BRUN, art. *cit.*, Ph. PIERRE, art. *cit.*, et Ch. QUEZEL-AMBRUNAZ, *op. cit.*, n° 290.

¹⁷³² V. *infra* n° 363 et s.

¹⁷³³ A ce titre, il semble d'ailleurs que ce soit la nature juridique de la causalité requise en droit de la responsabilité qui pourrait rendre effectif le principe de précaution et non pas celui-ci qui ferait évoluer celle-là.

témoigne l'arrêt rendu le 18 mai 2011 par la troisième chambre civile de la Cour de cassation¹⁷³⁴.

La causalité juridique offre en tous cas un fondement satisfaisant au recours général aux présomptions, et ce, que le doute porte sur la causalité générale ou bien la causalité spéciale. Reste à déterminer dans quelle branche du droit de la responsabilité il sera possible de les mettre en œuvre.

β- La généralité du domaine juridique des présomptions de causalité

315. Présomptions de causalité et droit civil de la responsabilité. Si la nature même de la causalité invite à penser que le recours aux présomptions est inévitable en la matière, la question de savoir s'il est possible d'en faire usage en droit civil comme en droit pénal de la responsabilité peut toutefois être posée. Et pour cause, il semble qu'en droit positif, ce ne soit qu'en fait de responsabilité civile que de telles modes de preuve soient employées.

En premier lieu, il apparaît totalement justifiée qu'il en soit ainsi en ce domaine, et ce, pour plusieurs raisons. Outre la conformité du recours de présomptions à la nature juridique de la causalité entendue au sens du concept même de responsabilité juridique, le recours à de tels procédés probatoires peut se justifier de plusieurs manières. D'un point de vue substantiel tout d'abord, la présomption de causalité est conforme à la fonction victimaire du droit de la responsabilité civile. En effet, il s'agit, en cas d'incertitude scientifique, de faire que le doute profite à la victime qui pourra, ainsi, bénéficier plus facilement d'une indemnisation¹⁷³⁵. D'un point de vue processuel ensuite, la solution pourrait tout simplement s'expliquer par la situation probatoire de la victime¹⁷³⁶. Sans regard pour cette qualité substantielle, il s'agirait juste de prendre acte de l'inadéquation du principe *actori incumbit probatio* au profit du demandeur inapte, dans telle ou telle situation procédurale particulière, à remplir la charge probatoire requise de droit commun¹⁷³⁷. Par ailleurs, le recours à des présomptions et l'abandon de l'appréciation de la valeur des preuves au sentiment du juge reste quelque chose de très classique. Sous cet angle, la question ne serait toutefois plus alors totalement dépendante du droit de la responsabilité mais plus véritablement soumise au droit processuel.

¹⁷³⁴ Sur lequel, v. not. *D.*, 2011, p. 1483, note M. BOUTONNET, préc., p. 2089, et p. 2679, et *D.*, 2012, chron. Ph. BRUN et O. GOUT, p. 49 ; et *Resp. civ. et assur.*, 2011, comm. n° 279. *Adde* M. BARY, « Le principe de précaution et la responsabilité civile : à propos de champs électromagnétiques », préc., et B. PARANCE, « Le principe de précaution sous la férule des règles de la responsabilité civile », préc.

¹⁷³⁵ V. not. Ch. RADE, « Les présomptions d'imputabilité en droit de la responsabilité civile », préc. *Adde* M. BOUTONNET, *op. cit.*, n° 1183.

¹⁷³⁶ V. not. Ph. PIERRE, art. *cit.*, et Ch. QUEZEL-AMBRUNAZ, *op. cit.*, n° 287 et s. Comp. Ph. MALINVAUD et D. FENOUILLET, *op. et loc. cit.* : « dans la réalité judiciaire, chacun prouve ce qu'il peut ».

¹⁷³⁷ Sur la notion d'aptitude à la preuve, v. not. A. BERGEAUD, *Le droit à la preuve*, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, t. 525, 2010, n° 23 et 345. *Adde* pour une approche critique, Ph. BRUN, *Les présomptions dans le droit de la responsabilité civile*, préc., pp. 380 et s., et en matière de responsabilité contractuelle, J.-Ch. SAINT-PAU, *Droit à réparation. Conditions de la responsabilité contractuelle. Fait générateur. Obligations*, *J.-Cl. Resp. civ. et assur.*, art. 1146 à 1155, fasc.171-10, 2003, n° 103.

Quoi qu'il en soit, le recours à des présomptions de causalité en droit civil de la responsabilité est peu contestable et peu contesté.

316. Présomptions de causalité et droit pénal de la responsabilité. En second lieu, on peut toutefois se demander s'il est légitime que la question ne soit envisagée qu'en matière civile. Les admettre en droit pénal est de prime abord moins évident, il est vrai. Mais il faut pousser plus loin l'analyse.

D'un point de vue substantiel pour commencer, la solution peut poser quelques problèmes. Techniquement d'une part, certains principes pourraient s'y opposer, à l'instar de celui de la présomption d'innocence¹⁷³⁸. On pourrait en effet penser que retenir la responsabilité pénale d'un individu sur le fondement d'une présomption de fait ou de droit que son comportement a été à l'origine du résultat incriminé serait contraire à ce principe. Cela suppose cependant d'en retenir une conception probatoire¹⁷³⁹. Tel est le cas de la doctrine classique et majoritaire qui y voit, sinon une véritable présomption ayant pour fonction de déduire l'innocence de la personne poursuivie à partir de la certitude d'autres faits connus¹⁷⁴⁰, un mode d'attribution de la charge de la preuve¹⁷⁴¹. Il s'agirait de préciser qu'il incombe au ministère public d'apporter la preuve de la culpabilité du prévenu ou de l'accusé. Une telle conception peut cependant ne pas emporter la conviction et une doctrine plus récente commence à présenter la présomption d'innocence comme un principe de nature substantielle¹⁷⁴². La présomption ne consisterait pas, en effet, en un renversement de la charge de la preuve mais en un mode de preuve facilité par la loi et suivant simplement l'allègement préalable de la charge de l'allégation par réduction de son objet. En outre, l'attribution de la charge de la preuve de la culpabilité au parquet résulterait suffisamment de la règle classique du droit processuel générale *actori incumbit probatio*¹⁷⁴³. On peut ajouter par ailleurs que le principe de présomption d'innocence n'aurait pas précédé mais suivi cette règle, laquelle expliquerait notamment le recours à la question préparatoire sous la forme de la torture sous l'ancien droit français¹⁷⁴⁴. Passant du plan chronologique à celui de la logique juridique, les tenants de la conception substantielle

¹⁷³⁸ V., par exemple, à propos d'un problème particulier dont on traitera plus en détail *infra* n° 317 et s., Ph. SALVAGE, « Les infractions commises au sein d'un groupe informel : l'établissement de la responsabilité et la méthode du droit », *Dr. pénal*, 2005, Etude n° 8.

¹⁷³⁹ Sur la nature juridique de la présomption d'innocence, v. not. Y. CAPDEPON, *Essai d'une théorie générale des droits de la défense*, thèse Bordeaux, 2011, n° 278 et s., et H. HENRION, *La nature juridique de la présomption d'innocence. Comparaison franco-allemande*, Monéditeur, 2006.

¹⁷⁴⁰ Puisqu'il s'agit précisément de s'assurer qu'une personne à l'encontre de laquelle il existe des éléments tendant à démontrer sa culpabilité soit malgré tout considérée comme innocente avant toute décision de justice définitive en sens contraire. V. Y. CAPDEPON, *op. cit.*, n° 279, et S. DETRAZ, « La prétendue présomption d'innocence », *Dr. pénal*, 2004, chron. n° 3.

¹⁷⁴¹ V. not. B. BOULOC, *Procédure pénale*, Dalloz, coll. Précis, 23^e éd., 2012, n° 121 et s., Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Procédure pénale*, Armand Colin, 4^e éd., 2002, n° 39, S. DETRAZ, *art. cit.*, et S. GUINCHARD et J. BUISSON, *Procédure pénale*, LexisNexis/Litec, coll. Manuels, 7^e éd., 2011, n° 508.

¹⁷⁴² V. not. Y. CAPDEPON, *op. cit.*, n° 278 et s., F. DESPORTES et L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale*, Economica, coll. Cours magistral, 16^e éd., 2009, n° 231, et H. HENRION, *op. cit.*, n° 313 et s.

¹⁷⁴³ Y. CAPDEPON, *op. cit.*, n° 280.

¹⁷⁴⁴ *Ibid.*, et les références citées.

de la présomption d'innocence finissent par y voir la conséquence plutôt que le fondement des règles relatives à la charge de la preuve. Il s'agirait plus véritablement de protéger les personnes poursuivies contre les mesures de recherche de la preuve, d'un « *principe substantiel qui s'attache au justiciable en tant que personne humaine qui ne peut, en cette qualité, être traité comme un objet utile à la manifestation de la vérité* »¹⁷⁴⁵. Logique, une telle présentation peut, au surplus, se revendiquer du droit positif, l'article 9 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 disposant que « *tout homme étant présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable, s'il est jugé indispensable de l'arrêter, toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s'assurer de sa personne doit être sévèrement réprimée par la loi* ». Nulle référence à la preuve ici. Il n'est question que de protéger la personne même de l'individu poursuivi¹⁷⁴⁶. Une présomption de causalité ne saurait donc en aucun cas remettre en cause ce principe fondamental du droit criminel. Au regard de la fonction du droit pénal de la responsabilité d'autre part, rien ne s'oppose vraiment à l'utilisation de tels procédés probatoires. Certes, il ne s'agit pas ici de faciliter l'indemnisation de victimes. Toutefois, faciliter la preuve de la causalité et autoriser, par le biais de présomptions, le dépassement de l'incertitude de la causalité scientifique, favorise la protection des valeurs pénalement protégées en assurant la sanction de fautes pouvant être commises par les grands industriels dans la prévention des risques sanitaires. Par ailleurs, n'exemptant pas de la démonstration d'une faute au sens plein du terme, les objectifs de prévention subjective poursuivis par le droit criminel ne sont pas perdus de vue.

On peut, pour poursuivre, se placer sur un terrain purement processuel. A ce titre, il est vrai que le principe de la liberté de la preuve autorise le juge pénal, comme tout autre juge amené à statuer sur des faits juridiques, à forger son intime conviction sur la base de présomptions¹⁷⁴⁷. On pourrait toutefois soutenir l'idée que les moyens offerts par la procédure pénale au service de la recherche de la vérité priverait les présomptions de causalité du fondement tiré de l'inaptitude probatoire du demandeur. Une telle vision des choses souffre cependant deux critiques. D'une part, elle n'est pas toujours juste. En effet, s'il est évident que les modes de preuve mis en œuvre par la police judiciaire ou le juge d'instruction sont particulièrement efficaces et pourraient permettre de résoudre les difficultés posées parfois par l'incertitude de la causalité spéciale, il n'est pas certain que ce soit toujours le cas. Surtout, jamais une perquisition ou des écoutes téléphoniques ne permettront de résoudre le doute quant à l'existence d'une loi générale de causalité. D'autre part, un tel argument ne saurait avoir de conséquences en droit substantiel. Que le droit pénal de la preuve soit plus efficace que son homologue civil n'est d'aucune portée en droit substantiel de la responsabilité. Pour

¹⁷⁴⁵ *Ibid.*, n° 281. Adde H. HENRION, *op. cit.*, n° 126 et s., et 313 et s.

¹⁷⁴⁶ S'il fallait rattacher le principe, d'un point de vue général, au droit processuel, et, d'un point de vue spécial, au droit de la preuve, les auteurs consentent à y voir respectivement une manifestation du droit de ne pas contribuer à sa propre accusation et comme une limite à la recherche de la preuve. V. not. Y. CAPDEPON, *op. cit.*, n° 281 et s., et F. DESPORTES et L. LAZERGES-COUSQUER, *op. cit.*, n° 232.

¹⁷⁴⁷ V. P.-A. BON, *op. cit.*, n° 436.

preuve, la victime qui porte son action civile devant le juge pénal bénéficiera d'une situation probatoire quasiment aussi favorable que celle du ministère public de telle sorte que les présomptions devraient être refusées à l'un comme à l'autre.

Par conséquent, on ne voit aucune raison de réserver le recours aux présomptions de causalité, qu'elles soient de fait ou de droit, qu'elles visent à dépasser un doute touchant à la causalité spéciale ou à la causalité générale, au droit civil de la responsabilité. Le domaine, matériel aussi bien que juridique, de cet instrument fourni par la causalité juridique est donc absolument général. D'un point de vue plus spécifique, il permet également de résoudre le problème du résultat causé par le membre indéterminé d'un groupe déterminé.

b- La résolution du problème spécial du résultat causé par le membre indéterminé d'un groupe déterminé

317. Données du problème. Les exemples sont connus : l'accident de chasse¹⁷⁴⁸, les jeux d'enfants qui dégénèrent¹⁷⁴⁹, la rixe¹⁷⁵⁰, etc. Ils se renouvellent cependant au gré du contentieux fourni par la responsabilité médicale¹⁷⁵¹, qu'il s'agisse de celui des victimes du Distilbène¹⁷⁵² ou de celles d'infections nosocomiales¹⁷⁵³. La difficulté est toujours la même. Une ou plusieurs personnes sont lésées dans leurs intérêts par un fait dont il est certain que l'anormalité est à l'origine de ce résultat : un tir maladroit, une allumette abandonnée dans un poulailler, un coup de couteau, la mise sur le marché d'un médicament à l'innocuité incertaine, un respect douteux des règles d'hygiène par une clinique ou un hôpital. Seulement, il est impossible, en raison de la pluralité des auteurs potentiels de cet acte, de déterminer lequel d'entre eux¹⁷⁵⁴ ou lequel de leur acte respectif est celui qui est la source exacte de la lésion ou

¹⁷⁴⁸ V. not. Civ. 2, 18 mai 1955 : *D.*, 1955, p. 520 ; et *JCP*, 1955, II, 8793, note P. ESMEIN, Civ. 2, 5 févr. 1960 : *D.*, 1960, note H. ABERKANE, p. 365, et Civ. 2, 11 févr. 1966 : *D.*, 1966, note R. SCHMELCK, p. 228.

¹⁷⁴⁹ V. par exemple, Civ. 2, 14 juin 1984 : *Gaz. Pal.*, 1984, 2, pan., obs. F. CHABAS, p. 299.

¹⁷⁵⁰ V. not. Crim., 13 juin 1972 : *Rev. sc. crim.*, 1973, obs. J. LARGUIER, p. 879.

¹⁷⁵¹ Sur ce point, v. not. M. LACAZE, art. *cit.*, Ph. MALINVAUD et D. FENOUILLET, *op. cit.*, n° 705, Ch. QUEZEL-AMBRUNAZ, « La fiction de la causalité alternative. Fondement et perspectives de la jurisprudence "Distilbène" », *D.*, 2010, pp. 1162, Ch. RADE, art. *cit.*, F. ROUSSEAU, « De quelques réflexions sur la responsabilité collective. Aspects de droit civil et de droit pénal », *D.*, 2011, chron., pp. 1983 et s. Le renouvellement est d'autant plus important à signaler que certaines occurrences classiques du problème pourraient trouver une solution dans le développement des régimes de responsabilité du fait d'autrui dégagés de l'article 1384, alinéa 1^{er} du Code civil.

¹⁷⁵² V. not. Civ. 1, 24 sept. 2009 (2 arrêts) : *D.*, 2009, note I. GALLMEISTER, p. 2342 ; *Gaz. Pal.*, 10-11 mars 2010, chron. M. MEKKI, p. 18 ; *JCP*, 2009, 304, obs. P. MISTRETTA, et 381, note S. HOCQUET-BERG ; et *Resp. civ. et assur.*, 2009, Etude n° 15, Ch. RADE, et comm. n° 327, et Civ. 1, 28 juin 2010 : *Gaz. Pal.*, 10-11 mars 2010, chron. M. MEKKI, p. 18.

¹⁷⁵³ V. par exemple, Civ. 1, 17 juin 2010 : *D.*, 2010, chron. N. AURY et C. CRETON, p. 2098 ; et *JCP*, 2010, 870, note O. GOUT.

¹⁷⁵⁴ Dans lequel cas il s'agit moins d'une question de causalité que d'identification de l'auteur. V. not. H. ABERKANE, « Du dommage causé par une personne indéterminée dans un groupe déterminé de personnes », *RTD Civ.*, 1958, pp. 516 et s., E. FORTIS, « A la recherche de l'auteur de l'infraction », *Mél. J.-H. Robert*, préc., pp. 275 et s., M. LACAZE, art. *cit.*, et G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. cit.*, n° 379 et s. Il est donc question d'imputation attributive, ce qui conserve une certaine utilité à cette notion en matière de responsabilité comportementale.

du risque créé, ce qui nuit à la victime. Quel chasseur, quel enfant, quel bagarreur, quel laboratoire, quel établissement de santé, a causé le résultat légal ? C'est le problème classique du résultat causé par le membre indéterminé d'un groupe déterminé.

Face à une telle situation, les magistrats se trouvent en quelque sorte entre Charybde et Scylla¹⁷⁵⁵. Soit, d'une part, ils s'en tiennent au droit commun et font profiter le doute sur la causalité aux membres du groupe. Mais cela revient à sacrifier les intérêts d'une victime, dont il est pourtant certain que la situation juridique a été anormalement dégradée par l'un d'entre eux, mais aussi l'efficacité de la répression et de la prévention pénales en assurant l'impunité d'un coupable dont l'existence est certaine, avec ceci de paradoxal que cela revient à accorder une prime à la criminalité de groupe et à la délinquance anonyme. Soit, d'autre part, les juges préfèrent poursuivre ses objectifs politiquement légitimes en condamnant, dans le doute, chacun des membres du groupe mais en violation du droit de la preuve, voire du droit de la responsabilité puisque, parmi l'ensemble des responsables proclamés, il y aura nécessairement une majorité d'innocents. Si quelques juridictions ont pu opter pour la première solution, une telle attitude est assez rare¹⁷⁵⁶. Le plus souvent en effet, les magistrats ont fait montre d'une riche imagination pour essayer de fonder techniquement la solution qui leur paraissait la plus juste et la plus utile.

318. Présentation des solutions classiques. Plusieurs moyens ont été mis en place par la jurisprudence pour contourner la difficulté. La doctrine a également proposé des systèmes pour résoudre le problème.

Concernant la première, elle a eu recours à divers procédés qui peuvent être distingués. En cas de fait de l'homme d'une part, deux techniques ont été employées. A l'égard des fautes non intentionnelles d'abord, les juges pénaux comme civils ont utilisé la notion de faute commune, collective ou conjuguée, afin de découvrir, en amont du fait causal, un fait anormal auquel pouvait être rattaché l'ensemble des membres du groupe : une faute dans l'organisation de la chasse, une excitation mutuelle à agir dangereusement, etc¹⁷⁵⁷. Si la faute est intentionnelle

¹⁷⁵⁵ Sur la question, v. not. H. ABERKANE, art. *cit.*, Ch. AUBRY et Ch. RAU par N. DEJEAN DE LA BÂTIE, *op. cit.*, n° 390, Ph. BRUN, *op. cit.*, pp. 90 et s., et *Responsabilité extracontractuelle*, préc. n° 260, J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *op. cit.*, n° 165, R. LEGEAIS, art. *cit.*, Ph. LE TOURNEAU *et alii*, *op. cit.*, n° 1722 et s., I. E. POSTACIOGLU, « Faits simultanés et le problème de la responsabilité collective », *RTD Civ.*, 1954, pp. 438 et s., Ch. QUEZEL-AMBRUNAZ, art. *cit.*, F. ROUSSEAU, art. *cit.*, Ph. SALVAGE, art. *cit.*, B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *op. cit.*, n° 1100, F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n° 862, et G. VINEY, *Le déclin de la responsabilité individuelle*, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, t. 53, 1965, n° 436 et s.

¹⁷⁵⁶ V. not. pour le droit civil, Civ. 2, 4 janv. 1957 : *D.*, 1957, p. 264, et pour le droit pénal, Crim., 22 mars 1966 : *JCP*, 1967, II, 14970, note A. RIEG ; et *Rev. sc. crim.*, 1968, obs. A. LEGAL, p. 67.

¹⁷⁵⁷ Sur ce point, v. H. ABERKANE, art. *cit.*, Ch. AUBRY et Ch. RAU par N. DEJEAN DE LA BÂTIE, *op. et loc. cit.*, P.-A. BON, *op. cit.*, n° 405 et s., Ph. BRUN, *op. cit.*, n° 261, et *Les présomptions dans le droit de la responsabilité civile*, préc., p. 91, A. COLIN et H. CAPITANT par L. JULLIOT DE LA MORANDIERE, *op. cit.*, n° 1128, E. DREYER, *op. cit.*, n° 729, J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *op. et loc. cit.*, M. LACAZE, art. *cit.*, J. LARGUIER, « Homicide et blessures commis en groupe : crime impossible, et présomption de participation ou de causalité », *Rev. sc. crim.*, 1973, pp. 879 et s., R. LEGEAIS, art. *cit.*, Ph. LE TOURNEAU *et alii*, *op. cit.*, n° 1724, Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *op. et loc. cit.*,

ensuite, la chambre criminelle de la Cour de cassation a mis en œuvre la théorie de la complicité corespective et de la scène unique de violences, en vertu de laquelle elle considère toutes les personnes appartenant au groupe comme à la fois complices et auteurs de l'infraction intentionnelle telle que finalement qualifiée eu égard à son résultat concret et, le cas échéant, à ses circonstances aggravantes¹⁷⁵⁸. Pour un coup fatal porté dans une bagarre, tous ceux qui s'y seront mêlés se verront déclarer coupables du crime de violences mortelles, y compris celui qui n'aura donné qu'une gifle à la victime¹⁷⁵⁹. En cas de fait de la chose ensuite, c'est à l'idée de garde commune qu'a eu recours la Cour de cassation¹⁷⁶⁰. Mais sous cette notion se retrouve en réalité deux cas de figure¹⁷⁶¹. Tantôt il s'agit de considérer que plusieurs personnes partageaient la garde d'une même chose¹⁷⁶², tantôt il est question d'unifier une pluralité de choses pour parvenir, dans un second temps, au même résultat. Cette deuxième technique va plus loin et est connue sous le nom de la "gerbe unique de plomb"¹⁷⁶³. Ainsi, si chaque chasseur garde seul son fusil et ce qui en sort, en cas de tirs simultanés, c'est l'ensemble des membres du groupe de chasseurs qui devient maître de l'essaim métallique.

A côté de la jurisprudence, certains auteurs ont tenté de résoudre le problème posé par l'indétermination du membre du groupe à l'origine du dommage. Certains se sont bornés à améliorer ou préciser les techniques jurisprudentielles. Ils en sont restés à l'idée de garde commune¹⁷⁶⁴ ou de faute commune, précisant par exemple que la faute consistait dans l'anéantissement des moyens de preuve de la causalité¹⁷⁶⁵. D'autres ont été plus loin et sont allés, à des degrés divers, chercher vers l'idée de responsabilité collective. C'est ainsi qu'assez tôt, un auteur a suggéré de considérer le groupe informel comme une personne morale de fait pour justifier que chacun de ses membres puissent être rendus responsables, indépendamment

X. PIN, *op. cit.*, n° 159, I. E. POSTACIOGLU, art. *cit.*, Ch. QUEZEL-AMBRUNAZ, art. *cit.*, F. ROUSSEAU, art. *cit.*, Ph. SALVAGE, art. *cit.*, J.-Ch. SAINT-PAU, *L'anonymat et le droit*, préc., n° 89, B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *op. cit.*, n° 1101, F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. et loc. cit.*, et G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. cit.*, n° 377. V. not. Civ. 2, 18 mai 1955, préc., Crim., 14 déc. 1967 : *Bull. crim.*, n° 326, Crim., 27 janv. 1971 : *Bull. crim.*, n° 28, Crim., 20 nov. 1973 : *Bull. crim.*, n° 425, et Civ. 2, 14 juin 1984, préc.

¹⁷⁵⁸ Sur la question, v. P.-A. BON, *op. cit.*, n° 396 et s., E. DREYER, *op. cit.*, n° 727, M. LACAZE, art. *cit.*, J. LARGUIER, art. *cit.*, X. PIN, *op. cit.*, n° 160, J.-Ch. SAINT-PAU, « Les causalités dans la théorie de l'infraction », préc., et F. ROUSSEAU, art. *cit.*

¹⁷⁵⁹ La Cour de cassation a notamment appliqué cette solution dans l'hypothèse où deux individus avaient successivement tiré et atteint mortellement la même victime : Crim., 5 oct. 1972, *Bull. crim.*, n° 269. S'il n'y a pas ici – malgré la mort de la victime sous l'impact de la première balle – infraction impossible (v. *supra* n° 54), le recours à la théorie de la scène unique des violences était ici inutile pour retenir la responsabilité des deux individus, l'un étant auteur d'un meurtre consommé, l'autre d'une tentative de meurtre.

¹⁷⁶⁰ V. à cet égard, H. ABERKANE, art. *cit.*, Ch. AUBRY et Ch. RAU par N. DEJEAN DE LA BÂTIE, *op. et loc. cit.*, Ph. BRUN, *op. cit.*, p. 92, J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *op. et loc. cit.*, Ph. LE TOURNEAU *et alii*, *op. cit.*, n° 1729 et s., D. MAYER, « La "garde" en commun », *RTD Civ.*, 1975, pp. 197 et s., Ch. RADE, art. *cit.*, F. ROUSSEAU, art. *cit.*, J.-Ch. SAINT-PAU, *op. et loc. cit.*, B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *op. cit.*, n° 1102, et G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. cit.*, n° 378.

¹⁷⁶¹ V. spéc. H. ABERKANE, art. *cit.*, et D. MAYER, art. *cit.*

¹⁷⁶² V. par exemple, Civ., 3 janv. 1963 : *S.*, 1963, note A. PLANCQUEEL, p. 161, et Civ. 2, 7 juill. 1967 : *Bull. civ.*, n° 252.

¹⁷⁶³ V. not. Civ. 2, 5 févr. 1960, préc., et 11 févr. 1966, préc.

¹⁷⁶⁴ D. MAYER, art. *cit.*

¹⁷⁶⁵ I. E. POSTACIOGLU, art. *cit.*

de leur rôle effectif dans la réalisation du résultat¹⁷⁶⁶. Plus récemment, il a été proposé d'admettre très franchement une certaine dose de responsabilité collective en droit positif. Cela passerait en droit pénal par la consécration de la coaction comme un mode de participation à sa propre infraction permettant de punir des personnes qui n'ont pas commis chacune, mais seulement ensemble, la totalité des éléments constitutifs de l'infraction¹⁷⁶⁷. Cette notion pourrait s'appliquer en droit civil de la responsabilité, certes, mais l'auteur va plus loin en proposant aussi de fonder une responsabilité objective sur l'idée de communauté d'intérêts économiques dans les hypothèses où il n'y aurait pas la moindre collusion entre les responsables potentiels du préjudice¹⁷⁶⁸.

319. Appréciation des solutions classiques. Riches et intéressantes, ces solutions n'en paraissent pas moins discutables à la fois en elles-mêmes et en ce qu'elles ne correspondent pas véritablement à la jurisprudence.

En soi, certaines de ces propositions ne sont pas de nature à emporter la conviction et reposent pour une large partie sur un artifice¹⁷⁶⁹. Concernant la faute commune pour commencer, il est certes possible parfois d'en isoler une, à l'instar d'une mauvaise organisation d'une partie de chasse. Toutefois, cela ne suffit pas. Non seulement la notion manque-t-elle de précision quant aux conditions dans lesquelles une telle faute pourrait être reconnue mais encore est-il parfois difficile de la rattacher au dommage par un lien de causalité juridique¹⁷⁷⁰. Surtout, les faits qualifiés de faute commune par la jurisprudence n'en révèlent pas toujours une¹⁷⁷¹ et l'idée ne semble pas pouvoir répondre aux défis lancés par le contentieux de la santé publique. Comment, en effet, imaginer une faute commune des différents laboratoires ayant mis sur le Distilbène sur le marché ? Il y a bien des fautes concomitantes ou concurrentes dont l'une a causé l'affection de telle ou telle victime mais il n'y a pas de faute commune à l'ensemble de ces responsables potentiels. L'artifice va encore plus loin lorsque la faute est trouvée (imaginée ?) dans la dissipation des moyens de preuve de la victime, dès lors que, postérieure au dommage, celle-ci ne peut en être à l'origine¹⁷⁷². Ensuite, concernant la garde commune, l'idée va trop loin. Lorsqu'il n'y a qu'une chose d'une part, le problème n'est pas de déterminer le fait à l'origine du dommage mais de déterminer le gardien de la chose dont il est

¹⁷⁶⁶ H. ABERKANE, art. cit.

¹⁷⁶⁷ F. ROUSSEAU, art. cit. Adde E. BARON, *La coaction en droit pénal*, préc., M.-A. RAYMOND, *op. cit.*, n° 269, et J.-Ch. SAINT-PAU, art. cit., et, déjà, G. VINEY, *op. cit.*, n° 455.

¹⁷⁶⁸ F. ROUSSEAU, art. cit.

¹⁷⁶⁹ Critiquant ces procédés d'un point de vue général, v. not. H. ABERKANE, art. cit., Ph. BRUN, *Responsabilité extracontractuelle*, préc., n° 261, Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *La responsabilité civile délictuelle*, préc., n° 160, J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *op. et loc. cit.*, Ph. LE TOURNEAU *et alii*, *op. cit.*, n° 1723, I. E. POSTACIOGLU, art. cit., Ch. QUEZEL-AMBRUNAZ, art. cit., et G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. cit.*, n° 379.

¹⁷⁷⁰ V. not. H. ABERKANE, art. cit., et I. E. POSTACIOGLU, art. cit.

¹⁷⁷¹ V. par exemple, Limoges, 4 juin 1997 : *Rev. sc. crim.*, 1998, note Y. MAYAUD, p. 549, où deux revendeurs de drogue chez qui se fournissait la victime d'une overdose avaient été retenus responsables du délit d'homicide par imprudence, nonobstant l'impossibilité de déterminer celui chez lequel avait été acquise la dose mortelle...

¹⁷⁷² V. aussi H. ABERKANE, art. cit.

certain qu'elle a entraîné le préjudice. La seule question à se poser est donc de savoir s'il peut ou non y avoir plusieurs gardiens d'une même chose¹⁷⁷³. Il n'y a rien de choquant à cela. Toutefois, ce n'est plus alors un problème de causalité entre le fait de la chose et le résultat légal, un problème de constitution du fait générateur de responsabilité, mais une question de détermination du responsable, une question d'imputation attributive du fait générateur de responsabilité¹⁷⁷⁴. Lorsqu'il y a plusieurs choses d'autre part, il est totalement artificiel de prétendre qu'il n'y en a qu'une¹⁷⁷⁵. Chaque chasseur garde son arme propre et les plombs qui en sortent, chaque enfant est le gardien du caillou qu'il jette. Enfin, les théories prônant une forme de responsabilité collective prêtent également le flanc à la critique. Quant à l'idée de personnalité morale de fait, on signalera qu'elle ne peut pas s'appliquer à toutes les hypothèses de résultat causé par le membre indéterminé d'un groupe déterminé¹⁷⁷⁶, ce qui la rend partiellement inefficace, et qu'elle est particulièrement artificielle, la responsabilité d'une personne morale véritable pouvant être, elle-même, discutée¹⁷⁷⁷. Quant à la proposition consistant à voir dans la jurisprudence relative à la scène unique de violences et à la complicité corespective une forme de participation particulière à une infraction collective, elle s'appuie, en connaissance de cause¹⁷⁷⁸, sur un concept de coaction inconnu du Code pénal. Si c'était vraiment là le fondement de la jurisprudence criminelle, celle-ci serait alors contraire au principe de légalité criminelle et condamnable à ce titre¹⁷⁷⁹.

Mais le plus grand tort de ces propositions est de ne pas s'accorder avec les solutions adoptées par la jurisprudence. En effet, la Cour de cassation ne retient pas la responsabilité de l'ensemble des membres du groupe dès lors que les faits deviennent un peu plus clairs. S'il apparaît certain que l'un d'entre eux n'a pas pu causer le résultat, alors sa responsabilité est exclue¹⁷⁸⁰. A l'inverse, si l'auteur du fait ayant effectivement dégradé la situation juridique a été identifié, alors seule sa responsabilité sera engagée. Celle des autres sera exclue¹⁷⁸¹. De même, des actions récursoires entre membres du groupe sont admises¹⁷⁸². Ces solutions paraissent incompatibles avec les techniques employées. En quoi le fait de ne pas avoir causé le dommage par sa propre faute fait-il disparaître la faute commune antérieure ? Pourquoi le

¹⁷⁷³ V. dans le même sens, H. ABERKANE, art. *cit.*

¹⁷⁷⁴ Sur laquelle v. *infra* n° 485 et s.

¹⁷⁷⁵ En ce sens, v. aussi H. ABERKANE, art. *cit.*

¹⁷⁷⁶ V. en effet les propositions faites par M. Aberkane, *in art. cit.*

¹⁷⁷⁷ V. en ce sens, Ph. LE TOURNEAU *et alii*, *op. cit.*, n° 1724. Sur la responsabilité des personnes morales, v. *infra* n° 504 et s., 533, 540, 559, 564, et 568 et s.

¹⁷⁷⁸ V. F. ROUSSEAU, art. *cit.* La précision n'est malheureusement pas toujours apportée. V. not. J.-Ch. SAINT-PAU, art. *cit.*

¹⁷⁷⁹ Dans le même sens, v. P.-A. BON, *op. cit.*, n° 397. D'aucuns ajoutent qu'une telle conception serait contraire au principe de responsabilité du fait personnel. V. M. LACAZE, art. *cit.*, et Ph. SALVAGE, art. *cit.* A supposer qu'elle soit légalement consacrée, la coaction paraîtrait pourtant conforme à ce principe dès lors qu'elle subordonne toujours la répression à une participation quelconque à l'infraction collective. V. not. en ce sens, E. DREYER, *op. et loc. cit.*

¹⁷⁸⁰ V. par exemple Civ. 2, 19 mai 1976 : *Bull. civ.*, n° 165 et 166 ; *D.*, 1976, note D. MAYER, p. 629 ; *JCP*, 1978, II, 18773, note N. DEJEAN DE LA BÂTIE ; et *RTD Civ.*, 1977, p. 129, obs. G. DURRY.

¹⁷⁸¹ V. not. Civ. 2, 10 janv. 1973 : *Bull. civ.*, n° 15.

¹⁷⁸² V. ainsi Civ. 2, 17 juin 2010, n° 09-10.786, et n° 09-65.190, cité par M. LACAZE, *in art. cit.*

plomb tiré dans la direction inverse à celle de la victime ou ne correspondant pas au type de celui qui l'a atteinte ne ferait-il partie de la gerbe unique ? S'il y a personne morale de fait, comment admettre qu'un de ses membres puissent ne pas être tenu responsable des agissements du groupe en raison de l'innocuité de son comportement individuel ?

320. Thèse de la présomption de causalité. Ces solutions classiques, qu'elles soient jurisprudentielles ou bien doctrinales, ne fournissent ni une explication convaincante du droit positif ni un moyen très approprié de résoudre le problème du résultat causé par le membre indéterminé d'un groupe déterminé. En réalité, en se situant sur le fond, elles vont trop loin, ce qui est nuisible, comme source de déformation des concepts du droit de la responsabilité, et inutile au regard des difficultés réduites posées par le problème, à savoir une question de preuve de la causalité¹⁷⁸³.

Certains auteurs ont donc pris le parti de replacer la question sur son propre terrain, celui de la preuve, et ont proposé une interprétation du droit positif, en même temps qu'une solution au problème, assez simple : la présomption de causalité¹⁷⁸⁴. La jurisprudence ne ferait que consentir à la victime « *un avantage probatoire* »¹⁷⁸⁵. De faits connus – le résultat découle d'un acte accompli par l'une des personnes figurant au sein du groupe d'une part, et telle, telle et telle personne faisaient partie de ce groupe d'autre part, les juges détermineraient un fait inconnu : c'est ce fait qu'a accompli tel membre du groupe qui a produit le résultat légal. Ils en poseraient ensuite, sur la base de ce raisonnement, autant qu'il y a de membres du groupe, les cumulant au profit du demandeur à l'action. C'est la seule thèse qui s'accorde avec les solutions jurisprudentielles admettant la preuve individuelle de l'absence de causalité. Par ailleurs, c'est clairement sur le terrain de la preuve que se situent les arrêts relatifs aux infections nosocomiales ou au Distilbène. Dans la première hypothèse, la Cour de cassation juge, au visa de l'article 1315 du Code civil, relatif à la preuve de l'obligation, que « *lorsque la preuve d'une infection nosocomiale est apportée mais que celle-ci est susceptible d'avoir été contractée dans plusieurs établissements de santé, il appartient à chacun de ceux dont la responsabilité est recherchée d'établir qu'il n'est pas à l'origine de cette infection* »¹⁷⁸⁶. En d'autres termes, la victime doit seulement établir la nature de son dommage et le fait qu'elle ait fréquenté tel et tel établissement de santé pour que ceux-ci soient présumés avoir causé l'infection nosocomiale. De même, pour ce qui est du contentieux du Distilbène, il est décidé, en vertu du même texte, qu'« *en cas d'exposition de la victime à la molécule litigieuse, c'est à chacun des laboratoires qui a mis sur le marché un produit qui la contient qu'il incombe de*

¹⁷⁸³ En ce sens, v. H. ABERKANE, art. cit., qui fait ensuite la même erreur...

¹⁷⁸⁴ V. not. Ch. AUBRY et Ch. RAU par N. DEJEAN DE LA BÂTIE, *op. et loc. cit.*, Ph. BRUN, *op. et loc. cit.*, et *Les présomptions dans le droit de la responsabilité civile*, thèse Grenoble, 1993, pp. 93 et s., Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *op. et loc. cit.*, O. GOUT, « Les avancées de la causalité juridique », *JCP*, 2010, 870, Ph. LE TOURNEAU *et alii*, *op. cit.*, n° 1732, Ph. PIERRE, art. cit., et G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. cit.*, n° 380.

¹⁷⁸⁵ Ph. BRUN, *op. et loc. cit.*

¹⁷⁸⁶ Civ. 1, 17 juin 2010, préc.

prouver que celui-ci n'est pas à l'origine du dommage »¹⁷⁸⁷. Là encore, les demandeurs n'ont qu'à prouver, d'une part, avoir subi un dommage qui, au regard de leur exposition démontrée au Distilbène, peut avoir été causé par l'un quelconque des produits contenant cette molécule, et, d'autre part, que les laboratoires contre lesquels ils agissent ont mis sur le marché de tels produits. Cela fait, ils jouiront d'une présomption de causalité à leur encontre. Cette conception semble d'ailleurs avoir été reprise par l'article 1348 de l'avant-projet Catala¹⁷⁸⁸.

Cette thèse est parfois critiquée aux motifs qu'il serait irrationnel de présumer que tous les membres du groupe ont causé le résultat, alors qu'il est certain que tel n'est pas le cas¹⁷⁸⁹. On y voit alors une pure fiction. Un auteur propose d'ailleurs clairement d'interpréter cette jurisprudence, non comme une causalité présumée mais comme une causalité fictive justifiée par la juridicité causale¹⁷⁹⁰. La thèse de la présomption de causalité semble pourtant conserver ses mérites. D'une part, il ne s'agit pas de poser une présomption générale et globale selon laquelle tous les membres du groupe auraient provoqué le résultat légal mais de supposer que chacun, pris à part, peut en être à l'origine et, à ce titre, être présumé l'être effectivement. Il n'y a qu'une juxtaposition de présomptions spéciales et individuelles. D'autre part, l'idée de causalité fictive n'apporte rien de plus que celle de causalité présumée. Elle va trop loin, dans le sens où il peut être curieux de concevoir une « *fiction réfragable* »¹⁷⁹¹.

La causalité juridique est donc d'un soutien précieux pour le demandeur amené à rapporter la preuve souvent délicate du lien de causalité soit, d'un point de vue général, en autorisant le recours général à des présomptions efficaces de causalité, soit, d'un point de vue spécial, en apportant, par ce procédé, une solution au problème particulier du résultat causé par le membre indéterminé d'un groupe déterminé de personnes. Mais le défendeur n'est pas en reste, qui se voit offrir des moyens de défense propres à lui permettre de contester l'existence de cette causalité entre son fait ou celui dont il doit répondre et le résultat légal.

2. Les apports quant à la contestation du lien de causalité

321. Précisions. Telle que formulée par son inventeur, la théorie de l'empreinte continue du mal ne se bornait pas à démontrer que la cause juridique est l'anormalité qui explique le

¹⁷⁸⁷ Civ. 1, 28 janv. 2010, préc.

¹⁷⁸⁸ « *Lorsqu'un dommage est causé par un membre indéterminé d'un groupe, tous les membres identifiés en répondent solidairement sauf pour chacun d'eux à démontrer qu'il ne peut en être l'auteur* » (*op. cit.*). Ch. QUEZEL-AMBRUNAZ, *op. cit.*, n° 778, semble y voir plutôt une consécration de sa proposition d'une causalité fictive. Rappr. l'article 12 du projet de réforme de l'Académie des sciences morales et politiques qui précise toutefois que le groupe doit avoir agi de concert (*Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, préc.). Les auteurs du projet ne paraissent pas y voir une présomption. V. J.-S. BORGHETTI, *art. cit.*

¹⁷⁸⁹ V. not. Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *op. et loc. cit.* Rappr. Ph. SALVAGE, *art. cit.*

¹⁷⁹⁰ V. Ch. QUEZEL-AMBRUNAZ, *op. cit.*, n° 779, et *art. cit.* Rappr. F. ROUSSEAU, *art. cit.*

¹⁷⁹¹ O. GOUT, *art. cit.* Selon M. Quézel-Ambrunaz, *in art. cit.*, cela s'explique toutefois par l'adage *factio non operatur ultra casum* suivant lequel la fiction ne peut jouer au-delà de sa raison d'être. Sur la distinction des présomptions et des fictions juridiques, v. F. GENY, *Science et technique en droit privé positif*, t. 3, préc., n° 228 et s.

résultat légal. L'auteur avait déjà abordé la question de la rupture du lien de causalité juridique par le biais de la notion de "hiatus"¹⁷⁹². Aujourd'hui, la théorie a été systématisée et affinée¹⁷⁹³ et on peut appréhender globalement la question de la contestation du lien causal, laquelle renvoie à des notions bien connues telles qu'en droit civil, la force majeure ou la cause étrangère, et, en droit pénal, celle de contrainte.

Avant d'en commencer l'étude, quelques précisions terminologiques doivent être apportées. C'est la notion de cause étrangère qui sera ici employée¹⁷⁹⁴. Il est vrai qu'à l'inverse de la force majeure, la cause étrangère ne permet pas toujours une contestation véritable du lien de causalité. Dans certaines hypothèses de faute de la victime ou d'un tiers ayant contribué à la réalisation du dommage, il peut n'y avoir en effet qu'exonération partielle de responsabilité¹⁷⁹⁵. Il est ainsi des causes étrangères totalement et d'autres partiellement exonératoires et seules les premières intéressent la question abordée, d'autant plus que l'exonération partielle n'est connue que du droit civil¹⁷⁹⁶. Dans le même ordre d'idée, alors que la notion de force majeure est employée aussi bien par les civilistes que par les pénalistes¹⁷⁹⁷, ces derniers tous ignorent celle de cause étrangère¹⁷⁹⁸. Toutefois, même à s'en tenir à la cause étrangère totalement exonératoire, le choix de cette terminologie paraît préférable dans la mesure où cette notion est plus large que celle de force majeure. Elle est plus large que la

¹⁷⁹² In Ch. AUBRY et Ch. RAU par N. DEJEAN DE LA BÂTIE, *op. cit.*, n° 363.

¹⁷⁹³ C'est principalement, sinon exclusivement, M. Quézel-Ambrunaz qui est à l'origine de cette entreprise d'enrichissement et de perfectionnement de la théorie de l'empreinte continue du mal en particulier et de la causalité juridique en général, *in op. cit.*, spéc., à propos de la contestation de la causalité, n° 305 et s.

¹⁷⁹⁴ Sur cette notion en général, v. O. SABARD, *op. cit.* M. L. Bloch propose de distinguer les notions de cause étrangère, qui sera une catégorie englobante, de celle de causalité étrangère qui en ferait partie à côté de celle d'exonération (*op. cit.*, n° 66 et s.).

¹⁷⁹⁵ V. not. Ph. BRUN, *op. cit.*, n° 250 et s., Ph. LE TOURNEAU *et alii*, *op. cit.*, n° 1859 et s., et 1869 et s., et G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. cit.*, n° 405 et s.

¹⁷⁹⁶ En droit pénal, la question ne se pose pas. S'il peut y avoir coaction ou complicité, ce qui implique que plusieurs personnes contribuent à la production du résultat légal, cela est en sans incidence sur les conséquences de la responsabilité. Contrairement au droit civil qui, en vertu du principe de réparation intégrale s'oppose à ce que la victime ne reçoive plus que ce qu'elle a perdu, la peine ne se présente pas, quant à elle, sous la forme d'un gâteau à partager. La personnalité des peines, en plus que d'interdire qu'un individu soit sanctionné pour le fait d'un autre, signifie aussi que chacun reçoit sa propre sanction pour sa propre faute et qu'il n'est pas question de diviser une peine globale entre chacun des participants.

¹⁷⁹⁷ Assimilant contrainte pénale à force majeure civile, v. par exemple, P.-H. ANTONMATTEI, « Ouragan sur la force majeure », *JCP*, 1996, I, 3907, B. BOULOC, *Droit pénal général*, préc., n° 459, P. BOUZAT et J. PINATEL, *op. cit.*, n° 262 et s., M.-E. CARTIER, « Contrainte et nécessité », *Annales de l'Université des sciences sociales de Toulouse*, t. XXX, pp. 28 et s., Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, préc., n° 364, A. CHAUVEAU et F. HELIE, *op. cit.*, n° 376, H. DONNEDIEU DE VABRES, *op. cit.*, n° 363, J.-P. DOUCET, « Les effets de la contrainte et de la force majeure en droit pénal », *Gaz. Pal.*, 1972, 1, doctr., pp. 328 et s., E. DREYER, *op. cit.*, n° 702, E. GARÇON, *op. cit.*, art. 64, n° 58, et 62, R. GARRAUD, *op. cit.*, n° 295, et 341, F. G'SELL-MACREZ, *op. cit.*, n° 415, P. JOURDAIN, *Recherche sur l'imputabilité en matière de responsabilités civile et pénale*, préc., n° 527 et s., C. MARGAINE, *La capacité pénale*, préc., n° 157, Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, préc., n° 452, F. ROUSSEAU, *op. cit.*, n° 59 et s., et G. VIDAL et J. MAGNOL, *op. cit.*, n° 177. Rapp. R. MERLE et A. VITU, *op. cit.*, n° 618, et J. PRADEL, *op. cit.*, n° 483. *Contra* C. BENAYOUN, « De l'autorité de la chose jugée au pénal en matière de cause étrangère », *D.*, 1999, chron., pp. 476 et s. Rapp. M.-L. RASSAT, *op. cit.*, n° 390. Il faut ajouter, pour le droit civil, que la notion de cause étrangère n'est employée par le législateur qu'à l'article 1147 du Code civil, soit relativement à la responsabilité contractuelle, comme le note M. Brun *in op. cit.*, n° 267

¹⁷⁹⁸ Ce sont d'ailleurs les seuls, droit privé et droit public pratiquant la notion. V. O. SABARD, *op. cit.*

force majeure *stricto sensu* d'une part, laquelle ne renvoie qu'aux faits de la nature, alors que la cause étrangère peut prendre la forme du fait d'un tiers ou de la victime¹⁷⁹⁹. Elle l'est davantage que la force majeure *lato sensu* d'autre part, en ce que celle-ci se démarque par certains caractères, alors qu'il est des causes étrangères, même totalement exonératoires, qui ne les requièrent pas. C'est la raison pour laquelle l'expression générique utilisée sera celle de cause étrangère totalement exonératoire¹⁸⁰⁰.

L'envisager comme un moyen fourni par la juridicité causale pour contester la réalité du lien causal suppose deux étapes: démontrer qu'il s'agit bien là de son effet, d'abord (a); s'intéresser aux conditions auxquelles est subordonné l'effet en question, ensuite (b). La cause étrangère étant une manifestation de la causalité juridique, il ne sera pas étonnant de constater que l'un comme l'autre des aspects de la question sont placés sous le sceau de la variabilité¹⁸⁰¹.

a- L'effet variable de la cause étrangère totalement exonératoire

322. Dualité de problèmes. La question de l'effet de la cause étrangère est particulièrement discutée¹⁸⁰², et ce, à deux points de vue. Tout d'abord, c'est la nature même de cet effet qui donne lieu à polémique. A cet égard, il est possible de démontrer que, sur un plan technique, c'est bien la réalité du lien de causalité censé unir fait anormal et résultat légal que vient remettre en question la cause étrangère : la nature de son effet est donc unitaire (α). Ensuite, ce sont l'effectivité et les modalités de cet effet négateur de causalité qui sont questionnées : quelle forme peut-il prendre concrètement ? S'agit-il encore de responsabilité si cet effet est parfois dénié par le droit positif ? Sur ce problème de la manifestation de l'effet de la cause étrangère, on verra que les réponses apportées par le droit positif sont variables mais tout à fait compatibles avec la juridicité causale imposée par le concept de responsabilité juridique (β).

¹⁷⁹⁹ Sur ce point et sur la typologie des causes étrangères, v. not. P.-A. ANTONMATTEI, *Contribution à l'étude de la force majeure*, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, t. 220, 1992, n° 131 et s., Ph. BRUN, *op. cit.*, n° 267, Ph. LE TOURNEAU *et alii*, *op. cit.*, n° 1825 et s., Ch. QUEZEL-AMBRUNAZ, *op. cit.*, n° 310 et s., O. SABARD, *op. cit.*, première partie, spéc. n° 39 et s., et G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. cit.*, n° 387 et s.

¹⁸⁰⁰ Le terme "exonératoire" sera utilisé par respect des conventions de langage. Toutefois, sa pertinence est discutable dans la mesure où, plutôt que d'exonération, il semble que l'effet de la cause étrangère consiste davantage à établir le défaut d'une des conditions de la responsabilité civile ou pénale. D'un point de vue processuel, il s'agira toujours de mettre en œuvre un moyen de défense au fond. En convenant, v. L. BLOCH, *op. cit.*, n° 125 et s. Utilisant la même expression, v. O. SABARD, *op. cit.*, première partie, titre I. *Adde* sur la notion d'exonération, L. BLOCH, *op. cit.*

¹⁸⁰¹ Constat qui a également été celui de M. Antonmattéi *in op. cit.*

¹⁸⁰² Sur ces controverses, v. not. P.-A. ANTONMATTEI, *op. cit.*, n° 195 et s., Ph. CONTE, *art. cit.*, n° 145 et s., N. DEJEAN DE LA BÂTIE, *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit civil français*, préc., n° 88, et F. G'SELL-MACREZ, *op. cit.*, n° 412.

α- La nature unitaire de l'effet de la cause étrangère totalement exonératoire

323. Présentation des thèses niant l'effet de la cause étrangère sur la causalité.

Concernant la nature de l'effet de la cause étrangère, il est certain qu'elle exclut la responsabilité de celui qui peut s'en prévaloir. Mais toute la question demeure de savoir par quel "vecteur" technique cet effet sera produit. Pour y répondre, plusieurs propositions sont émises en droit civil comme en droit pénal de la responsabilité.

Selon certains auteurs, ce ne serait pas le lien de causalité qui serait remis en cause et dont le défaut justifierait l'absence de responsabilité du demandeur. Pour les civilistes, la force majeure témoignerait en réalité d'une absence de faute¹⁸⁰³. Pour les pénalistes, la contrainte serait une cause de non-imputabilité excluant la libre volonté de l'agent à l'origine du résultat¹⁸⁰⁴. Il s'agit de considérer que si le comportement a bien été à la source du résultat légal ou s'il a bien correspondu à celui décrit par le texte d'incrimination, il a été en réalité soit objectivement normal – le bon père de famille n'aurait ni privé ni résisté à l'événement qui l'a poussé à adopter l'attitude qui a été la sienne, soit commis indépendant d'un choix coupable et libre de l'agent – qui n'a pas pu s'empêcher d'aller contre le droit. L'ensemble de ces théories paraît largement tributaire du subjectivisme du XIX^e siècle et de la prééminence qu'a connue durant longtemps la question de la faute en matière de responsabilité juridique. Il s'agit assez généralement de contester la réalité de cette dernière, que ce soit en niant l'illicéité de l'acte, la culpabilité de l'état d'esprit ou l'imputabilité de l'agent alors conçue comme une condition de la faute¹⁸⁰⁵. Une telle conception paraît cependant inapte à expliquer le rôle et la place de la cause étrangère dans le droit de la responsabilité, ce qui encourage à la remettre en cause.

¹⁸⁰³ V. not. P.-A. ANTONMATTEI, *op. cit.*, n° 203 et s., Ch. AUBRY et Ch. RAU par N. DEJEAN DE LA BÂTIE, *op. cit.*, n° 293, note 39, A. COLIN et H. CAPITANT par L. JULLIOT DE LA MORANDIERE, *op. cit.*, n° 1116 et 1124, Ph. CONTE, art. *cit.*, n° 49 et s., et 150 et s., J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *op. cit.*, n° 168, P. JOURDAIN, « Du critère de la responsabilité civile », *préc.*, F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n° 730, A. TUNC, « Force majeure et absence de faute en matière contractuelle », *RTD Civ.*, 1945, pp. 235 et s., et P. WIGNY, « Responsabilité contractuelle et force majeure », *RTD Civ.*, 1935, pp. 19 et s. Rappr. en matière pénale, C. MARGAINE, *op. cit.*, n° 156 et s. Certains auteurs limitent l'effet négateur de faute de la cause étrangère à certains faits générateurs de responsabilité ou à certaines situations. V. ainsi A. BENABENT, *op. cit.*, n° 562, F. G'SELL-MACREZ, *op. cit.*, n° 415, F. LEDUC, art. *cit.*, qui en limitent la portée aux hypothèses où l'événement est antérieur au comportement du demandeur, et R. SAVATIER, *op. cit.*, n° 182 et s., et A. TUNC, « Force majeure et absence de faute en matière délictuelle », *préc.*, qui n'en parle ainsi qu'au sujet de la responsabilité pour faute

¹⁸⁰⁴ V. not. C. BENAYOUN, art. *cit.*, B. BOULOC, *op. cit.*, n° 457 et s., P. BOUZAT et J. PINATEL, *op. cit.*, n° 261, Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *op. cit.*, n° 364 et s., A. CHAUVEAU et F. HELIE, *op. cit.*, n° 372, H. DONNEDIEU DE VABRES, *op. cit.*, n° 362, J.-P. DOUCET, art. *cit.*, E. DREYER, *op. cit.*, n° 763, E. GARÇON, *op. cit.*, art. 64, n° 63, R. GARRAUD, *op. cit.*, n° 295 et s., P. JOURDAIN, *op. cit.*, n° 583 et s., Y. MAYAUD, *op. cit.*, n° 451 et s., R. MERLE et A. VITU, *op. cit.*, n° 618, X. PIN, *op. cit.*, n° 255, J. PRADEL, *op. et loc. cit.*, J.-H. ROBERT, *op. cit.*, pp. 305 et s., et G. VIDAL et J. MAGNOL, *op. cit.*, n° 176.

¹⁸⁰⁵ Certains auteurs retiennent une conception minoritaire, plus originale, de l'effet de la cause étrangère mais qui se rapproche plus ou moins de cette idée d'absence de faute. Pour les opposants à la responsabilité contractuelle, par exemple, la cause étrangère n'exonérerait pas de la violation d'une norme mais irait jusqu'à exclure que l'on envisage qu'il y ait pu avoir une norme à violer, en application de l'adage "à l'impossible nul n'est tenu". Le débiteur ne se serait tout simplement pas engagé à surmonter une cause étrangère. V. not. M. FAURE-ABBAD, *Le fait générateur de la responsabilité contractuelle. Contribution à la théorie de l'inexécution du contrat*, *préc.*, n° 310 et s. Par ailleurs, selon une doctrine d'inspiration allemande, la contrainte

324. Contestation des thèses niant l'effet de la cause étrangère sur la causalité. Si l'on s'intéresse, en premier lieu, à la thèse pénaliste de l'absence d'imputabilité, plusieurs arguments permettent d'en contester la pertinence. D'une part, en soi, cette proposition s'appuie généralement sur une acception classique de la notion d'imputabilité prise comme préalable à la culpabilité¹⁸⁰⁶, acception qui peut être contestée et qui l'est aujourd'hui de plus en plus souvent¹⁸⁰⁷. D'autre part, le point de vue des pénalistes paraît incompatible avec la reconnaissance d'un rôle à la cause étrangère en droit civil de la responsabilité qui, on le verra, est supposé ne plus être subordonnée à l'imputabilité du responsable¹⁸⁰⁸. Trois possibilités se présentent. Soit, tout d'abord, l'effet de la cause étrangère est toujours celui d'une cause de non-imputabilité et alors le fait qu'elle soit appliquée en matière civile témoigne de ce que celle-ci n'a pas tout à fait renié l'exigence d'imputabilité. On peut alors se demander pourquoi la liberté serait nécessaire à l'engagement de la responsabilité civile et pas le discernement... Cette hypothèse est donc plus que douteuse. Soit, ensuite, l'effet de la cause étrangère est celui d'une cause de non-imputabilité mais seulement en droit pénal de la responsabilité. Mais la question se pose nécessairement de savoir pourquoi il y aurait, et comment il pourrait y avoir, au sein de l'institution générale de la responsabilité juridique, plusieurs qualifications et régimes juridiques applicables à un même fait matériel, et ce, pour parvenir au même résultat : l'établissement de la non-responsabilité du défendeur. Cela n'est ni cohérent ni utile. Soit, enfin, l'effet de la cause étrangère n'est pas la négation de l'imputabilité de l'agent. Cette dernière alternative semble la moins contestable.

En second lieu, la thèse civiliste de l'absence de faute peut aussi être remise en cause¹⁸⁰⁹. D'une part, on pourrait lui opposer son inadéquation avec le domaine effectif de la cause étrangère. En effet, si l'effet de la cause étrangère est d'exclure la faute, comment expliquer son application dans tout régime de responsabilité ? Par ailleurs, cette thèse se fonde surtout sur les caractères d'imprévisibilité et d'irrésistibilité pour affirmer qu'il n'y a pas faute à n'avoir pas pu prévoir l'imprévisible et à n'avoir pas pu résister à l'irrésistible. Cependant, il sera démontré plus loin que ces caractères ne sont pas toujours exigés pour que la cause étrangère produise son effet¹⁸¹⁰. Mais ces critiques sont insuffisantes. Effectivement, et bien que cela ne soit pas dit par la doctrine civiliste, il suffit de dire que la force majeure exclut non pas seulement la faute mais, plus généralement, toute anormalité objective, pour expliquer le rôle général qu'elle joue en matière de responsabilité pénale comme civile, et comportementale comme fonctionnelle. Il est cependant des raisons plus solides de douter de la valeur de la

pénale ne serait pas une cause de non-imputabilité mais un obstacle à la qualification de l'infraction en raison du caractère objectivement irréprochable – juste – du comportement accompli. V. M. LACAZE, art. *cit.*

¹⁸⁰⁶ Estimant cependant que la contrainte pénale n'empêche pas la constitution de l'infraction, v. M.-L. RASSAT, *op. cit.*, n° 388.

¹⁸⁰⁷ V. *infra* n° 387 et s.

¹⁸⁰⁸ V. *infra* n° 381 et s.

¹⁸⁰⁹ Pour une contestation de cette thèse mais sur le fondement d'arguments différents, v. O. SABARD, *op. cit.*, n° 72.

¹⁸¹⁰ V. *infra* n° 331 et s.

thèse civiliste étudiée. En effet, d'autre part, c'est l'idée même d'absence de faute en cas de force majeure qu'il est possible de contester. Certes, il est possible qu'un tel événement exclue toute faute. Mais cela apparaît comme une simple question de fait, totalement secondaire, et purement éventuel¹⁸¹¹. Car, ce qu'empêche de qualifier un événement imprévisible et irrésistible, ce n'est pas toute faute mais, bien plus simplement, les seules fautes de prévision et de résistance audit événement¹⁸¹². Cela laisse par conséquent la possibilité d'envisager d'autres fautes qui auraient une toute autre consistance et qui existeraient concurremment à la force majeure. En cas de normalité prédéterminée¹⁸¹³ tout d'abord, il sera rare que le comportement illicite se caractérise par une imprévision ou par la non-résistance à un événement quelconque. Celui qui franchit la ligne continue ou le feu rouge, celui qui arrive en retard en violation d'une obligation de ponctualité de résultat, a une attitude différente de celle qui était prescrite par la norme : il a donc un comportement objectivement anormal. La cause étrangère ne saurait rendre son acte conforme à ce qui était attendu de lui. Dans l'hypothèse où la normalité est indéterminée ensuite, il sera plus fréquent que les magistrats jugent que l'agent s'est comporté comme l'aurait fait le bon père de famille l'aurait lui-même fait, excluant ainsi toute faute de sa part. Mais cela n'est pas automatique. Il semble qu'il faille ici distinguer selon le moment où intervient l'événement de force majeure¹⁸¹⁴. Si l'événement est antérieur à l'entrée en scène de l'auteur apparent, alors il imprimera sa force au corps de ce dernier que l'on pourrait répugner à estimer en faute. Celui qui blesse une personne en lui tombant dessus parce qu'il a été poussé par un tiers ou qui est brutalement propulsé par un vent violent contre une baie vitrée qui s'en trouve brisée peut être considéré comme n'ayant pas eu un comportement anormal au regard des circonstances. On pourrait toutefois discuter de la question de savoir si tomber ou s'envoler sont des attitudes normales ou non... Si, en revanche, l'événement est postérieur à une faute de l'agent, on voit mal en quoi il pourrait, *a posteriori*, la disqualifier. Une fait anormal l'est en soi. Qu'il soit suivi ou non d'un événement imprévisible et irrésistible, il le reste. Prenons l'exemple d'un conducteur de tramway obligé de mettre tout en œuvre pour arriver au plus vite de tel arrêt à tel autre. A bout de nerfs en raison de ses conditions de travail qu'il estime intolérables, il s'arrête brusquement, refusant d'aller plus loin. Il y a là une faute par inexécution du contrat de transport, à n'en pas douter. Simultanément, un événement imprévisible et irrésistible se produit : une coupure générale d'électricité dans toute l'agglomération empêchant tout tramway s'y trouvant d'avancer davantage. Cela ne saurait remettre en cause la faute du conducteur. S'il y a irresponsabilité, il faudra donc en trouver l'explication ailleurs. Faute pour les conceptions étudiées à pouvoir en

¹⁸¹¹ Comp. Ph. BRUN, *op. cit.*, n° 275, et F. ROUSSEAU, *op. cit.*, n° 70 et s.

¹⁸¹² Rapp. dans le même sens, Ch. CONSTANT-LAPALUS, « Variation autour de l'imprévisibilité de la cause étrangère », *Petites affiches*, 26 févr. 2002, pp. 15 et s., et J.-Ch. SAINT-PAU, *Droit à réparation. Exonération de la responsabilité contractuelle. Inexécution imputable à une cause étrangère*, *J.-Cl. Resp. civ. et assur.*, art. 1146 à 1155, fasc.171-30, 2004, n° 42.

¹⁸¹³ Sur la distinction de la normalité prédéterminée et de la normalité indéterminée, v. *supra* n°169 et s.

¹⁸¹⁴ Pour une telle distinction, v. A. BENABENT, *op. et loc. cit.*, F. G'SELL-MACREZ, *op. et loc. cit.*, et F. ROUSSEAU, *op. cit.*, n° 69 et s.

fournir une satisfaisante, c'est du côté de la négation du lien de causalité qu'il paraît donc falloir chercher.

325. Présentation de la thèse admettant l'effet de la cause étrangère sur la causalité.

On peut, en effet, rallier la thèse de la négation du lien causal, selon laquelle c'est celui-ci qui serait affectée par la présence d'une cause étrangère et par l'exclusion de cette condition que se manifesterait techniquement son effet "exonératoire". Si la cause étrangère peut exclure la responsabilité de celui qui passe au feu rouge ou qui ne respecte pas son obligation de résultat, ce n'est pas parce qu'elle rend le comportement normal mais parce que le terme initial du processus causal, la véritable cause juridique, se trouve ailleurs que dans le comportement anormal. Si l'employeur du conducteur de tramway n'est pas condamné au paiement de dommages et intérêts, ce ne sera pas parce que le bon père de famille aurait rempli son obligation de moyen mais seulement parce qu'en raison de la panne de courant, événement de force majeure, les dommages qui ont éventuellement été subis par les usagers se seraient malgré tout produits.

Cette thèse a l'avantage de ne pas encourir les reproches dont peuvent faire l'objet celles qui viennent d'être rejetées. D'une part, elle s'accommode sans difficulté de la généralité du domaine de la cause étrangère puisque, de manière similaire, la causalité est une condition générale du droit de la responsabilité. On peut donc en contester l'existence quel que soit l'ordre ou le régime de responsabilité juridique envisagé et apporter une qualification et une réaction juridiques identiques au même événement, que l'on se trouve en droit civil ou en droit pénal de la responsabilité¹⁸¹⁵. D'autre part, une telle conception peut se défendre sans recourir aux caractères d'imprévisibilité et d'irrésistibilité de la force majeure¹⁸¹⁶, fournissant dès lors une explication valable pour toutes les occurrences de causes étrangères totalement exonératoires.

Cette conception a de nombreux défenseurs, civilistes¹⁸¹⁷ mais aussi pénalistes¹⁸¹⁸, et elle n'est pas loin de convaincre les tenants de la thèse de l'absence de faute soit qu'ils estiment ces

¹⁸¹⁵ Rapp. M. SOUSSE, « La notion de "force majeure non-exonératoire" », *RRJ*, 1995-1, pp. 125 et s.

¹⁸¹⁶ Ces caractères pouvant néanmoins servir à prouver la force causale de l'événement qualifiable de cause étrangère totalement exonératoire. V. *infra* n° 331 et s.

¹⁸¹⁷ V. not. Ph. BRUN, *op. cit.*, n° 242, et 266 et s., Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *La responsabilité délictuelle*, préc., n° 163, M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, p. 178, C. GRARE-DIDIER, « Des causes d'exclusion ou d'exonération de la responsabilité », *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, préc., pp. 185 et s., L. JOSSERAND, *op. cit.*, n° 449, F. LEDUC, « La cause exclusive », *Resp. civ. et assur.*, 1999, chron., n° 17, Ph. LE TOURNEAU *et alii*, *op. cit.*, n° 1796, et 1803, Ph. MALINVAUD et D. FENOUILLET, *op. cit.*, n° 707, H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, *op. cit.*, n° 1429 et s., 1540 et s., et 1610 et s., J. MOULY, « Force majeure : éloge de la sobriété », *RTD Civ.*, 2004, pp. 471 et s., Ch. QUEZEL-AMBRUNAZ, *op. cit.*, n° 311 et s., O. SABARD, *op. cit.*, spéc. n° 7 où l'auteur fait remarquer qu'« accompagnée de l'adjectif "étrangère", la cause s'entend nécessairement de la cause efficiente, c'est-à-dire du phénomène qui en produit un autre », soit renvoie à la causalité, 125 et s., et 328 et s., J.-Ch. SAINT-PAU, art. *et loc. cit.*, M. SOUSSE, art. *cit.*, et G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. cit.*, n° 383 et s. Rapp. Ch. CONSTANT-LAPALUS, art. *cit. Contra v.* not. L. BLOCH, *op. cit.*, n° 67 et s., et 246 et s., et A. DUMERY, « Absence de causalité et force majeure », *RRJ*, 2009-2, pp. 629 et s., mais l'auteur réduit son propos à la cause étrangère qualifiée force majeure et sa critique semble pouvoir s'expliquer par le fait qu'il ne distingue pas entre la preuve de l'absence de rapport causal

deux théories complémentaires¹⁸¹⁹, soit qu'il ne parviennent à défendre cette dernière qu'en définissant la faute en y incluant la notion de causalité¹⁸²⁰. Les promoteurs de la thèse de l'effet négateur de causalité de la cause étrangère usent de plusieurs expressions pour expliquer l'effet de la cause étrangère : elle entraînerait rupture¹⁸²¹, absorption¹⁸²² ou, plus largement, négation¹⁸²³ du processus causal. Cela manque encore de précision mais aborder cet aspect de la question conduit à s'interroger sur l'aspect variable de l'effet de la cause étrangère totalement exonératoire : ses manifestations.

β- Les manifestations variables de l'effet de la cause étrangère totalement exonératoire

326. Les manifestations effectives de l'effet de la cause étrangère. Lorsque la cause étrangère fait effet, elle agit sur le lien de causalité. Un auteur a pris soin de préciser la manière dont s'opère cette action en distinguant selon qu'il est question de causalité linéaire ou de causalité collatérale¹⁸²⁴.

Il y a causalité linéaire, tout d'abord, lorsque le résultat légal est provoqué par une série d'événements qui s'entraînent les uns les autres jusqu'à la production du terme final. Il s'agit d'une véritable chaîne de causalité¹⁸²⁵. Dans ce cas, la cause étrangère accapare nécessairement le statut de terme initial du rapport de causalité juridique. Soit il s'agit de la première cause matérielle, dans lequel cas on estime que tous les faits postérieurs qui en découlent, bien qu'inclus matériellement dans le processus causal, ne sont pas des causes juridiques en raison de la nature de l'événement qualifiable de cause étrangère totalement exonératoire. Ainsi le déplacement d'une voiture au-delà de la ligne continue à l'abord d'un virage privant le conducteur de toute visibilité, quoiqu'anormale, ne sera pas érigée en cause juridique du risque d'exposition d'autrui à un risque de mort s'il est en réalité provoqué par une violente et subite rafale de vent. Soit il ne s'agit pas du premier antécédent matériel, dans lequel cas il y a rupture du lien causal qui aurait pu être éventuellement établi entre celui-ci et le résultat. De ce fait, la cause étrangère devient le terme initial d'un processus de causalité

entre le fait anormal et le résultat légal et celle de l'existence d'un tel lien entre le cas de force majeure et ce résultat.

¹⁸¹⁸ V. not. F. ROUSSEAU, *op. cit.*, n° 69 et s.

¹⁸¹⁹ V. ainsi P.-A. ANTONMATTEI, *op. et loc. cit.*, A. BENABENT, *op. et loc. cit.*, F. G'SELL-MACREZ, *op. cit.*, n° 397 et s., P. JOURDAIN, *art. cit.*, et A. TUNC, *art. cit.* Adde Ch. AUBRY et Ch. RAU par N. DEJEAN DE LA BÂTIE, *op. cit.*, n° 392 et s., A. COLIN et H. CAPITANT par L. JULLIOT DE LA MORANDIERE, *op. cit.*, n° 1116, Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, préc., n° 350, J.-P. DOUCET, *art. cit.*, E. DREYER, *op. cit.*, n° 702, R. GARRAUD, *op. cit.*, n° 295, et 297.

¹⁸²⁰ V. par exemple, P. WIGNY, *art. cit.*

¹⁸²¹ V. not. Ch. AUBRY et Ch. RAU par N. DEJEAN DE LA BÂTIE, *op. et loc. cit.*, E. DREYER, *op. et loc. cit.*, et R. GARRAUD, *op. cit.*, n° 295.

¹⁸²² V. ainsi, F. LEDUC, *art. cit.*, P. JOURDAIN, *art. cit.*, J. MOULY, *art. cit.*, et G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. cit.*, n° 403. Rapp. R. GARRAUD, *op. et loc. cit.*, et F. G'SELL-MACREZ, *op. cit.*, n° 420 et s.

¹⁸²³ V. not. Ph. BRUN, *op. cit.*, n° 266 et s., et A. TUNC, *art. cit.* Rapp. M. SOUSSE, *art. cit.*

¹⁸²⁴ Ch. QUEZEL-AMBRUNAZ, *op. cit.*, n° 293 et s., et 305 et s.

¹⁸²⁵ *Ibid.*, n° 294.

juridique nouveau dont il est considéré être seul à l'origine¹⁸²⁶. Par exemple, si un individu handicapé à raison de la faute d'un médecin décide ensuite de se suicider, le préjudice subi par ses proches sera considéré comme n'étant pas rattaché par un lien de causalité à la faute médicale. L'événement érigé en cause juridique sera ici une cause étrangère à cette dernière, à savoir le fait d'un tiers : le choix de se donner la mort¹⁸²⁷.

Il y a causalité collatérale, ensuite, en présence d'antécédents « *qui n'entretiennent pas entre eux de rapport de cause à effet, mais qui, réunis, produisent, une conséquence* »¹⁸²⁸. Dans ce cas, il existe plusieurs chaînes de causalité dont chacune peut contenir *a priori* une ou plusieurs causes juridiques. Il ne s'agit plus alors de rompre un lien causal, mais, éventuellement, de décider qu'une de ces causes juridiques potentielles se verra seule attribuer cette qualité à la suite d'une « *balance des interventions causales* »¹⁸²⁹. Il est plutôt question dans cette hypothèse de hiérarchisation des causes juridiques, puis de sélection, au sein de l'ensemble, de celle qui apparaît la plus satisfaisante pour l'esprit¹⁸³⁰, et ce, à l'aune du critère de l'explication dont on rappelle qu'il reste celui de la causalité juridique¹⁸³¹. La précision est d'importance car seule une acception juridique de la causalité permet de fonder un tel mécanisme qui consiste à porter un double jugement de valeur : sur les causes matérielles d'une part, pour savoir quelles sont celles qui peuvent être retenues comme causes juridiques ; et sur celles-ci d'autre part, afin de n'en retenir que la plus significative aux yeux du droit. Pour illustrer le propos, on peut reprendre l'exemple de l'arbre pourri dont l'écroulement sur une maison est imminente. Si un cycliste le percute et qu'une chute détruisant ladite maison s'ensuit, ce n'est pas forcément le gardien du vélo qui sera tenu responsable malgré le rôle actif de sa chose. L'état antérieur de l'arbre pourrait fort bien être tenu pour la cause juridique unique du dommage et permettre d'exclure la responsabilité du gardien en tant que cause étrangère totalement exonératoire.

¹⁸²⁶ Par respect pour la pensée de l'auteur, il importe de signaler que, selon M. Quézel-Ambrunaz, un fait de la nature ne peut jamais rompre un lien de causalité mais seulement initier un processus causal ou être pris en compte comme cause juridique collatérale. L'auteur explique sa position par l'idée qui est la sienne et selon laquelle le critère du hiatus interruptif du lien causal serait la libre volonté, qui, évidemment, est étrangère au fait naturel. V. *op. cit.*, n° 306 et s., spéc. 311 et s. Pourtant, il semble que ce postulat puisse être discuté en ce que la liberté n'apparaît tout simplement que comme une des formes que peut prendre l'irrésistibilité et l'imprévisibilité. V. *infra* n° 329.

¹⁸²⁷ Rapp. par exemple, Com., 4 déc. 2001 : *Bull. civ.*, n° 194. Cette hypothèse semble aussi correspondre aux solutions jurisprudentielles refusant la réparation du préjudice subi par les enfants qu'un individu a eu après être devenu handicapé (v. not. Civ. 2, 24 févr. 2005 : *Bull. civ.*, n° 53 ; *Resp. civ. et assur.*, 2005, comm. n° 145, obs. S. HOCQUET-BERG ; et *RTD Civ.*, 2005, p. 404, obs. P. JOURDAIN, Civ. 2, 5 oct. 2006 : *Bull. civ.*, n° 257) ou à celles qui refusent de considérer la faute du propriétaire de la voiture qui oublie les clés sur le contact comme cause juridique du dommage subi par la victime d'un accident de la circulation provoqué par le voleur du véhicule (v. not. Civ. 2, 21 janv. 1959 : *Gaz. Pal.*, 1959, 1, p. 194, Civ. 2, 20 févr. 1963 : *Gaz. Pal.*, 1963, 2, p. 51, et Civ. 2, 5 avr. 1965 : *D.*, 1965, jur., p. 737, note P. AZARD).

¹⁸²⁸ Ch. QUEZEL-AMBRUNAZ, *op. cit.*, n° 294. *Adde ibid.*, n° 321 et s.

¹⁸²⁹ *Ibid.*, n° 321.

¹⁸³⁰ V. not. Ch. QUEZEL-AMBRUNAZ, *op. cit.*, n° 321 et s., qui propose d'ailleurs une méthode de comparaison du rôle des causes juridiques *ibid.*, n° 334 et s., et F. ROUSSEAU, *op. cit.*, n° 72. On se rapproche ici de l'idée d'absorption causale évoquée par certains auteurs.

¹⁸³¹ V. *supra* n° 294. *Adde* Ch. QUEZEL-AMBRUNAZ, *op. cit.*, n° 339.

La cause étrangère peut donc soit initier le processus causal, *ab initio* ou après rupture d'un enchaînement causal antérieur, soit être érigé en seule cause juridique pertinente parmi d'autres. C'est de cette manière que s'explique techniquement son effet négateur de la causalité et, *in fine*, son mal nommé effet "exonératoire" de responsabilité.

327. L'absence de manifestation de l'effet de la cause étrangère. Mais la cause étrangère semble ne pas toujours produire son effet négateur du lien de causalité. Il est ainsi des régimes spéciaux de responsabilité pour exclure l'effet "exonératoire" de certaines causes étrangères. L'exemple le plus évident en est la loi du 5 juillet 1985 dont l'article 2 dispose que « *les victimes, y compris les conducteurs, ne peuvent se voir opposer la force majeure ou le fait d'un tiers par le conducteur ou le gardien d'un véhicule* »¹⁸³². Se pose alors la question de savoir s'il est bien encore question de responsabilité.

Selon certains, tel ne serait plus le cas et on passerait alors à un régime d'indemnisation étranger au droit de la responsabilité¹⁸³³. On peut comprendre cette analyse. Si la responsabilité suppose la causalité et s'il n'est pas possible d'échapper à une condamnation en ramenant la preuve de l'existence d'une cause étrangère totalement exonératoire, c'est que la causalité n'est pas vraiment une condition du bien-fondé de ladite condamnation. Partant, celle-ci n'est pas véritablement prononcée sur le fondement de la responsabilité du succombant. Pourtant, nombreux sont ceux qui ne le pensent pas¹⁸³⁴. L'admission de la contestation du lien de causalité par la cause étrangère n'est en effet qu'une manifestation de la juridicité causale, de telle sorte que toute solution inverse ne vaut pas négation de l'exigence de causalité juridique mais seulement aménagement de celle-ci par le droit. Le système juridique, en retenant une conception qui lui est propre de la causalité, s'octroie la faculté de reprendre d'une main ce qu'il avait pu accorder de l'autre. Il n'admet l'effet négateur de la cause étrangère que là où il sera estimé juste et utile de le faire. En revanche, la juridicité causale ne saurait justifier, sauf à remettre en question l'exigence même de causalité, l'interdiction de prouver directement l'absence de causalité du fait dont doit répondre le défendeur.

La cause étrangère a donc pour effet de nier le lien de causalité juridique semblant lier le fait anormal et le résultat légal. Sa manière de le faire est variée et il est même envisageable qu'exceptionnellement, cet effet soit répudié par le droit. La juridicité de la causalité emporte variabilité des effets de la cause étrangère. Il en est de même de ses conditions.

¹⁸³² Une réserve est tout de même faite pour la faute inexcusable de la victime cause exclusive de l'accident. V. *infra* n° 421 et s.

¹⁸³³ V. ainsi, O. SABARD, *op. cit.*, n° 48, 51 et s., et 407, et M. SOUSSE, *art. cit.*

¹⁸³⁴ V. not. P. JOURDAIN, *art. cit.*, et Ch. QUEZEL-AMBRUNAZ, *op. cit.*, n° 572 et s.

b- Les conditions variables de la cause étrangère totalement exonératoire

328. Force majeure et cause exclusive *stricto sensu*. Si le débat existe quant aux caractères requis au titre de la force majeure, si la jurisprudence n'est pas toujours d'une limpidité absolue sur la question¹⁸³⁵, il semble qu'il soit tout de même possible de les systématiser. Ce n'est pas sur ce point que se manifeste vraiment la variabilité des conditions de la cause étrangère totalement exonératoire (α). C'est plutôt le principe même de la nécessité de ces conditions qui paraît soumis à la variation puisque la cause étrangère semble pouvoir produire son effet négateur de causalité sans satisfaire aux exigences de la force majeure. C'est poser alors la question de la cause exclusive (β).

α - La nature unitaire des conditions exigées au titre de la force majeure

329. De l'extériorité à la non-imputabilité. Le caractère d'extériorité traduit l'exigence que l'événement invoqué au titre de la force majeure soit étranger aux faits dont le responsable est tenu de répondre. Il est particulièrement discuté en doctrine. Certains doutent de sa pertinence et de sa réalité¹⁸³⁶. Leurs arguments sont multiples. Pour les civilistes, cette condition ne serait pas générale et n'aurait vocation à s'appliquer que dans les régimes de responsabilité objective à l'avènement desquels elle serait historiquement liée¹⁸³⁷. Par ailleurs, elle ferait simplement double emploi avec le principe selon lequel chacun doit répondre des événements anormaux qui se produisent dans sa sphère d'autorité¹⁸³⁸ : il reviendrait au même de poser une règle de responsabilité du fait des choses, obligeant le gardien à répondre du fait des choses placées sous son autorité, et d'interdire au gardien d'invoquer un tel fait pour s'exonérer motif pris de sa non-extériorité¹⁸³⁹. Enfin, la jurisprudence se passe parfois de cette exigence, notamment en qualifiant de force majeure la maladie du débiteur l'empêchant de

¹⁸³⁵ Sur le sujet, v. P.-A. ANTONMATTEI, art. cit., L. BLOCH, « Force majeure : le calme après l'ouragan ? », *Resp. civ. et assur.*, 2006, Etude n° 8, et Ch. CONSTANT-LAPALUS, art. cit.

¹⁸³⁶ V. not. P.-A. ANTONMATTEI, *op. cit.*, n° 35 et s., art. cit., L. BLOCH, *op. cit.*, n° 326 et s., B. BOULOC, *op. cit.*, n° 458, R. MERLE et A. VITU, *op. cit.*, n° 619, J. MOULY, art. cit., X. PIN, *op. cit.*, n° 257, et J.-H. ROBERT, *op. cit.*, p. 307.

¹⁸³⁷ V. ainsi, P.-A. ANTONMATTEI, *op. cit.*, n° 36 et s., et art. cit., A. BENABENT, *La chance et le droit*, préc., n° 81, C. BENAYOUN, art. cit., L. BLOCH, *op. cit.*, n° 326, et art. cit., P. JOURDAIN, *op. cit.*, n° 604, et 615 et s., et M. MEKKI, « La définition de la force majeure ou la magie du clair-obscur », *RLDC*, 2006, n° 2129. Adde Y. LE MAGUERESSE, « De l'harmonisation escomptée des critères de la force majeure en matière de responsabilité civile contractuelle et délictuelle », *Petites affiches*, 6 juillet 2006, pp. 14 et s.

¹⁸³⁸ V. plus précisément, *infra* n° 579 et s.

¹⁸³⁹ V. not. P.-A. ANTONMATTEI, art. cit., Ph. BRUN, *Les présomptions dans le droit de la responsabilité civile*, préc., pp.444 et s., et *op. cit.*, n° 278, F. ROUSSEAU, *op. cit.*, n° 66. Adde Ch. AUBRY et Ch. RAU par N. DEJEAN DE LA BÂTIE, *op. cit.*, n° 458, Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *La responsabilité délictuelle*, préc., n° 161 et s., N. DEJEAN DE LA BÂTIE, *op. cit.*, n° 93, et G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. cit.*, n° 391-2. Rapp. L. BLOCH, *op. cit.*, n° 328 et s.

remplir son obligation¹⁸⁴⁰. Les pénalistes, de leur côté, mettent en avant le fait qu'il existe des cas de contrainte interne aussi bien que de contrainte externe¹⁸⁴¹.

Ces arguments, toutefois, ne sont pas incontestables. Tout d'abord, il ne semble pas que la condition soit propre aux régimes de responsabilité objective. La seule particularité est qu'alors, l'exigence se voit mieux. Mais c'est une question de fait. A envisager la typologie des causes étrangères, il semble au contraire que l'extériorité s'y retrouve systématiquement. Le fait de la victime, celui d'un tiers, sont forcément étrangers à celui de l'auteur. Il semble qu'il en soit également aussi du fait de la nature, qui prend la forme d'intempéries diverses ou d'interventions animales variées. Or, cela ne change pas que la responsabilité soit comportementale ou fonctionnelle. Ensuite, l'argument selon lequel l'extériorité puisse faire double-emploi avec la responsabilité du fait d'autrui ou du fait des choses ne convainc pas. D'une part, cela présuppose de réduire le domaine de la condition aux responsabilités objectives, ce qui vient d'être remis en cause. D'autre part, on voit mal en quoi formuler une règle de droit de manière différente permet d'en nier la réalité. De troisième part, il n'est pas certain, justement, qu'il ne s'agisse que d'une reformulation. En érigeant le fait de la chose ou d'autrui dans la sphère de ceux dont doit répondre le gardien ou le garant, le droit ne crée pas l'exigence d'extériorité. Il permet simplement d'en préciser l'objet : l'événement de force majeure devra être étranger au fait de la chose ou de la personne dont le défendeur est appelé à répondre. Ceci est une conséquence de cela, mais ce sont deux choses distinctes. En outre, l'effet de la cause étrangère est ainsi précisé, confirmé. Elle est un obstacle à la constitution du fait générateur, non à son imputation. Pour continuer, la jurisprudence relative à la maladie du débiteur, si elle existe indéniablement, ne paraît pas condamner définitivement la condition d'extériorité. Sans approfondir trop une question qui sera étudiée plus loin¹⁸⁴², on peut dire, non seulement qu'elle apparaît contestable en soi, comme traduisant une distinction infondée entre les maladies suivant leur origine physique ou mentale, mais qu'en outre, elle peut trouver une autre explication, plus convenable au regard de l'effet de la cause étrangère. Car il apparaît, en effet, délicat de déduire de la maladie du débiteur que celui-ci n'est pas à l'origine causale du dommage. Hors cette hypothèse, la jurisprudence semble, quoi qu'il en soit, généralement attachée à ce caractère de la force majeure¹⁸⁴³. Enfin, concernant la contrainte pénale interne, la critique de l'extériorité ne semble pas non plus décisive. En effet, on peut discuter l'habitude qu'a pris la doctrine pénaliste de traiter ensemble toutes les formes de contrainte. Certes, le Code pénal en son article 122-2 les aborde de manière globale.

¹⁸⁴⁰ V. par exemple, Civ. 1, 10 févr. 1998 : *D.*, 1998, jur., note D. MAZEAUD, p. 539 ; et *JCP*, 1998, II, 10124, note G. PAISANT, et Ass. plén., 14 avr. 2006 : *BICC*, 1^{er} juill. 2006, rapport PETIT, et concl. DE GOUTTES ; *Bull. civ.*, n° 6 ; *D.*, 2006, jur., note P. JOURDAIN, p. 1577, et pan., obs. Ph. BRUN, p. 1933 ; *JCP*, 2006, II, 10087, note P. GROSSER ; et *RLDC*, 2006, n° 2129, note M. MEKKI.

¹⁸⁴¹ V. not. P. JOURDAIN, *op. cit.*, n° 606 et s., et F. ROUSSEAU, *op. cit.*, n° 65

¹⁸⁴² V. *infra* n° 406 et s.

¹⁸⁴³ V. par exemple, Civ. 1, 13 nov. 2008 : *Bull. civ.*, n° 263 ; *JCP*, 2009, I, 138, obs. N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, Civ. 1, 14 oct. 2010 : *RLDC*, 2010, n° 4038, et Soc., 16 mai 2012 : *D.*, 2012, note O. FARDOUX, p. 1864.

Toutefois, il n'en précise pas l'effet technique particulier, se contentant de parler d'irresponsabilité. Par conséquent, il n'est pas impossible de considérer que chacun des cas de contrainte parvient à ce résultat final en empruntant un chemin qui lui est propre. D'ailleurs, on a déjà vu combien la non-imputabilité ne traduisait pas exactement l'effet de la cause étrangère. En réalité, il semble que seule la contrainte physique externe corresponde à la force majeure et, plus généralement, à la cause étrangère totalement exonératoire. Les autres types de contrainte ne paraissent pas agir sur la causalité. Ainsi de la contrainte physique interne, qui se rapproche de l'hypothèse de la maladie du débiteur et doit donc trouver la même explication technique. Il en est de même de la contrainte morale interne, qui n'est admise que si elle atteint le stade de la maladie mentale ou d'un état voisin de la démence, et qui pourrait donc être fondue avec ces autres causes d'irresponsabilité pénale¹⁸⁴⁴. En définitive, il apparaît que seule la contrainte morale externe soit en mesure de constituer une cause de non-imputabilité véritable et autonome¹⁸⁴⁵.

L'extériorité paraît finalement comme une exigence indispensable de la force majeure. Elle apparaît même comme celle qui témoigne le mieux de sa nature et de sa fonction au sein du droit de la responsabilité¹⁸⁴⁶. Par ailleurs, la notion même de cause *étrangère* semble impliquer l'extériorité, et cela, de manière générale¹⁸⁴⁷. Pour qu'il y ait cause étrangère totalement exonératoire, il faut donc que le résultat puisse être lié causalement à un événement ne consistant pas dans le fait anormal de l'homme ou de la chose, que cet événement soit un fait de la victime, celui d'un tiers ou celui de la nature. Mais cela ne suffit pas. Outre cette extériorité "matérielle" ou "physique", il faut s'assurer que l'extériorité soit effectivement causale. C'est pourquoi l'on insiste sur le fait que la cause étrangère ne soit pas imputable à l'agent, comme le précise d'ailleurs l'article 1147 du Code civil¹⁸⁴⁸. Nombreux

¹⁸⁴⁴ V. not. E. DREYER, *op. cit.*, n° 756, et Y. MAYAUD, *op. cit.*, n° 456. *Adde infra* n° 385 et s.

¹⁸⁴⁵ V. *infra* n° 537.

¹⁸⁴⁶ Très clairement en ce sens, v. not. N. DEJEAN DE LA BÂTIE, *op. et loc. cit.*, J.-P. DOUCET, art. *cit.*, I. GUYOT, « Le caractère extérieur de la force majeure », *RRJ*, 2002-1, pp. 213 et s., Ph. LE TOURNEAU *et alii*, *op. cit.*, 1816, Y. LE MAGUERESSE, art. *cit.*, H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, *op. cit.*, n° 1564 et s., et 1594, et G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. cit.*, n° 384 et s. *Adde* Ch. AUBRY et Ch. RAU par N. DEJEAN DE LA BÂTIE, *op. et loc. cit.*, P. BOUZAT et J. PINATEL, *op. cit.*, n° 264, Ph. BRUN, *Responsabilité extracontractuelle*, préc., n° 266 et s., A. CHAUVEAU et F. HELIE, *op. cit.*, n° 376, A. COLIN et H. CAPITANT par L. JULLIOT DE LA MORANDIERE, *op. cit.*, n° 851, Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *op. et loc. cit.*, A. DUMERY, art. *cit.*, J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *op. cit.*, n° 270, E. GARÇON, *op. cit.*, art. 64, n° 63, R. GARRAUD, *op. cit.*, n° 353, C. GRARE-DIDIER, art. *cit.*, F. G'SELL-MACREZ, *op. cit.*, n° 407, L. JOSSERAND, *op. cit.*, n° 451, Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *op. cit.*, n° 956, Ph. MALINVAUD et D. FENOUILLET, *op. cit.*, n° 708 et s., D. NOGUERO, « La maladie du débiteur cas de force majeure », *D.*, 2006, chron., pp. 1566 et s., J. PRADEL, *op. cit.*, n° 483 et s., et G. RIPERT et J. BOULANGER, *op. cit.*, n° 724. Rapp. E. DREYER, *op. cit.*, n° 703, O. SABARD, *op. cit.*, qui en reconnaît la réalité (*ibid.*, n° 89 et s.), tout en souhaitant l'abandon (*ibid.*, n° 345), ce qui découle de sa conception selon laquelle la force majeure viendrait nier un lien causal particulier, la causalité seconde, qui rattacherait le responsable, quel qu'il soit, au fait anormal, et A. TUNC, art. *cit.*

¹⁸⁴⁷ V. Ph. BRUN, *op. et loc. cit.*

¹⁸⁴⁸ La jurisprudence le rappelle également en excluant toute "exonération" en cas de faute antérieure ayant provoqué la situation de contrainte. V. not. Crim., 13 sept. 2000 : *Dr. pénal*, 2001, comm. n° 21.

sont ceux qui rattachent cette notion de non-imputabilité au caractère d'imprévisibilité¹⁸⁴⁹ mais tel ne semble pas devoir être le cas. En effet, il est possible d'être à l'origine d'un événement non prévisible. Comme il a été vu, le pouvoir causal du fait anormal est en effet indifférent¹⁸⁵⁰ et, comme il sera démontré, la prévisibilité n'est pas une condition de la faute¹⁸⁵¹. C'est l'extériorité que cet impératif semble venir préciser et compléter en posant qu'un fait anormal de l'homme ou de la chose ne doit pas avoir provoqué le fait de la victime, du tiers ou de la nature paraissant lui être extérieur¹⁸⁵². Il est vrai, toutefois, que cette exigence d'un événement causalement extérieur au fait anormal constitue un lien entre l'extériorité et l'irrésistibilité.

330. De l'irrésistibilité et de l'imprévisibilité. S'il y a bien un caractère de la force majeure qui ne fait pas débat en doctrine¹⁸⁵³ et sur lequel la jurisprudence n'a jamais entendu revenir¹⁸⁵⁴, c'est bien celui d'irrésistibilité que d'aucuns tiennent d'ailleurs pour le critère fondamental de la notion¹⁸⁵⁵. Tout au plus les juges changent-ils d'expressions pour y faire référence, évoquant parfois l'insurmontabilité¹⁸⁵⁶, l'inévitabilité¹⁸⁵⁷ ou l'impossibilité de se conformer à la loi¹⁸⁵⁸. Mais, derrière les mots, l'idée demeure toujours la même. Un auteur a

¹⁸⁴⁹ V. ainsi, P.-A. ANTONMATTEI, *op. cit.*, n° 50 et s., Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, préc., n° 366, E. DREYER, *op. cit.*, n° 759, Y. MAYAUD, *op. cit.*, n° 454, R. MERLE et A. VITU, *op. cit.*, n° 621, X. PIN, *op. cit.*, n° 259, J. PRADEL, *op. cit.*, n° 490, M.-L. RASSAT, *op. cit.*, n° 390, J.-H. ROBERT, *op. cit.*, p. 310, et F. ROUSSEAU, *op. cit.*, n° 63 et s.

¹⁸⁵⁰ V. *supra* n° 269 et s.

¹⁸⁵¹ V. *infra* n° 393 et s.

¹⁸⁵² En ce sens, v. A. COLIN et H. CAPITANT, *op. cit.*, n° 851, et 1124, H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, *op. cit.*, n° 1565, J.-L. PIOTRAUT, « L'impossibilité d'exécuter un contrat », *Petites affiches*, 20 mai 1994, pp. 10 et s., et J.-Ch. SAINT-PAU, *art. cit.*, n° 23 et s. Rapp. L. JOSSERAND, *op. cit.*, n° 451, et P. JOURDAIN, *op. cit.*, n° 588.

¹⁸⁵³ V. not. P.-A. ANTONMATTEI, *op. cit.*, n° 70, et 77 et s., et *art. cit.*, C. BENAYOUN, *art. cit.*, L. BLOCH, *art. cit.*, B. BOULOC, *op. cit.*, n° 459, P. BOUZAT et J. PINATEL, *op. cit.*, n° 264 et s., A. COLIN et H. CAPITANT, *op. cit.*, n° 853, et 1124, Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *op. cit.*, n° 364, et *La responsabilité délictuelle*, préc., n° 163, H. DONNEDIEU DE VABRES, *op. cit.*, n° 365, J.-P. DOUCET, *art. cit.*, E. DREYER, *op. cit.*, n° 703, et 757, J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *op. et loc. cit.*, E. GARÇON, *op. et loc. cit.*, F. G'SELL-MACREZ, *op. cit.*, n° 406, P. JOURDAIN, *op. cit.*, n° 530 et s., Y. LE MAGUERESSE, *art. cit.*, Ph. LE TOURNEAU *et alii*, *op. cit.*, n° 1807, Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *op. cit.*, n° 195, et 954, Ph. MALINVAUD et D. FENOUILLET, *op. cit.*, n° 708 et s., Y. MAYAUD, *op. cit.*, n° 455, H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, *op. cit.*, n° 1564, 1568 et s., et 1596, R. MERLE et A. VITU, *op. cit.*, n° 618 et s., J. MOULY, *art. cit.*, X. PIN, *op. cit.*, n° 258, J.-L. PIOTRAUT, *art. cit.*, J. PRADEL, *op. cit.*, n° 483 et 489, Ch. QUEZEL-AMBRUNAZ, *op. cit.*, n° 312, M.-L. RASSAT, *op. et loc. cit.*, G. RIPERT et J. BOULANGER, *op. cit.*, n° 725, J.-H. ROBERT, *op. cit.*, p. 308, O. SABARD, *op. cit.*, n° 100 et s., M. SOUSSE, *art. cit.*, A. TUNC, *art. précités*, et P. WIGNY, *art. cit.*

¹⁸⁵⁴ V. récemment Civ. 1, 23 juin 2011 : *Resp. civ. et assur.*, 2011, comm. n° 314, note H. GROUDEL ; et *RLDC*, 2011, n° 4345, obs. J.-Ph. B., et Soc., 16 mai 2012, préc. Le législateur semble également attaché à l'exigence. V. l'article 1386 de la proposition sénatoriale n° 657 de loi portant réforme de la responsabilité civile.

¹⁸⁵⁵ V. not. P.-A. ANTONMATTEI, *op. et loc. cit.*, et *art. cit.*, L. BLOCH, *op. cit.*, n° 333 et s., A. DUMERY, *art. cit.*, Ph. LE TOURNEAU *et alii*, *op. et loc. cit.*, Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *op. et loc. cit.*, J. MOULY, *art. cit.*, O. SABARD, *op. cit.*, n° 142 et s., et P. WIGNY, *art. cit.*

¹⁸⁵⁶ V. not. Com., 29 mai 2001 : *Bull. civ.*, n° 109, et Crim., 28 oct. 2009 : *Resp. civ. et assur.*, 2010, comm. n° 4, note M. BRUSORIO-AILLAUD.

¹⁸⁵⁷ V. par exemple, Civ. 1, 21 oct. 1997 : *Bull. civ.*, n° 288.

¹⁸⁵⁸ V. en ce sens, Soc., 12 févr. 2003 (3 arrêts) : *Bull. civ.*, n° 50, et Crim. 28 oct. 2009, préc. Certains auteurs usent également de l'expression. V. ainsi, P. BOUZAT et J. PINATEL, *op. et loc. cit.*, Ph. CONTE et P.

tenté d'en préciser le contenu en distinguant l'impossibilité de remplir son obligation, l'irrésistibilité *stricto sensu* de l'événement et l'inévitabilité de l'événement et de ses conséquences¹⁸⁵⁹. Si l'effort est louable, il n'est cependant pas certain qu'autant de subtilités soit nécessaire et pertinent au regard de l'inapplicabilité de la première exigence en matière extracontractuelle. De manière plus sobre, il suffit de dire qu'il est nécessaire que l'événement ait été, en lui-même et en ses conséquences, impossible à éviter et à surmonter¹⁸⁶⁰. C'est un moyen de s'assurer du rôle causal et de la propension de l'événement de force majeure à expliquer le résultat légal.

Quant à l'imprévisibilité, il est possible d'hésiter sur la place qui lui est reconnue *de lege lata* et qu'il faudrait lui consentir *de lege ferenda*. Si la Cour de cassation semble, depuis les fameux arrêts rendus le 14 avril 2006 par son assemblée plénière, la maintenir au sein des critères de définition de la force majeure, la portée de cette inclusion reste discutée. Il est vrai qu'elle a jugé qu'un événement imprévisible et irrésistible était un cas de force majeure¹⁸⁶¹ mais il n'est pas encore tout à fait certain que la première exigence soit indispensable à cette qualification. Un fait irrésistible mais prévisible pourrait peut-être fonder une exonération totale au titre de la force majeure¹⁸⁶². Certains arrêts antérieurs avaient pu statuer en ce sens¹⁸⁶³ et, si elle a pu rendre des arrêts semblant faire clairement de l'imprévisibilité et de l'irrésistibilité deux critères cumulatifs¹⁸⁶⁴, les arrêts de cassation pour non-respect de la condition d'imprévisibilité sont assez rares¹⁸⁶⁵.

MAISTRE, *Droit pénal général*, préc., loc. cit., H. DONNEDIEU DE VABRES, *op. et loc. cit.*, Ph. MALINVAUD et D. FENOUILLET, *op. et loc. cit.*

¹⁸⁵⁹ P.-A. ANTONMATTEI, *op. cit.*, n° 80 et s., et art. cit. Adde L. BLOCH, *op. cit.*, n° 334 et s. Pour une tentative approchante, v. également P. WIGNY, art. cit.

¹⁸⁶⁰ V. J. MOULY, art. cit.

¹⁸⁶¹ V. également en ce sens, Civ. 1, 23 juin 2011, préc.

¹⁸⁶² Sur l'interprétation de la portée de l'arrêt quant à l'exigence d'imprévisibilité, comp. par exemple L. BLOCH, art. cit., et M. MEKKI, art. cit.

¹⁸⁶³ V. par exemple, Civ. 1, 7 mars 1966 : *Gaz. Pal.*, 1966, p. 409 ; *JCP*, II, 14878, note J. MAZEAUD ; et *RTD Civ.*, 1966, obs. G. DURRY, p. 823, Civ. 1, 9 mars 1994 : *Bull. civ.*, n° 91 ; *JCP*, 1994, I, 3773, obs. G. VINEY ; et *RTD Civ.*, 1994, obs. P. JOURDAIN, p. 871, et Com., 28 avr. 1998 : *D.*, 1999, somm., obs. B. MERCADAL, p. 319, et, jur., note B. M. et F. L., p. 469.

¹⁸⁶⁴ Ces arrêts concernent principalement la responsabilité de la SNCF, avec laquelle il semble que la jurisprudence se montre particulièrement sévère, comme pour appeler le législateur à étendre aux voyageurs ferroviaires les faveurs de la loi du 5 juillet 1985. V. par exemple, Ch. mixte, 28 nov. 2008 : *Bull. ch. mixte*, n° 3 ; *D.*, 2008, act. jur., obs. I. GALLMEISTER, p. 3079, 2009, jur., note G. VINEY, p. 461, et 2010, pan., obs. Ph. BRUN et O. GOUT, p. 49, et obs. B. FAUVARQUE-COSSON, p. 235 ; *Gaz. Pal.*, 16-17 janvier 2010, avis M. DOMINGO, p. 13, note P. OUDOT, p. 21 ; *JCP*, 2009, I, 123, obs. Ph. STOFFEL-MUNCK, et II, 10011, note P. GROSSER ; *Resp. civ. et assur.*, 2009, comm. n° 4, note S. HOCQUET-BERG ; et *RTD Civ.*, 2009, obs. P. JOURDAIN, p. 129, et Civ. 2, 10 nov. 2009 : *Gaz. Pal.*, 10-11 mars 2010, note M. MEKKI, p. 20 ; et *Resp. civ. et assur.*, 2010, comm. n° 5, note H. GROUDEL.

¹⁸⁶⁵ V. récemment, Soc., 16 mai 2012, préc.

En doctrine, la question est sujette à polémique. Si certains la tiennent pour nécessaire¹⁸⁶⁶, d'autres la relativisent en n'y voyant qu'un indice de l'irrésistibilité¹⁸⁶⁷. Cette dernière analyse est séduisante si l'on garde à l'esprit l'effet produit par la cause étrangère¹⁸⁶⁸. Il est certain qu'un événement imprévisible est impossible à anticiper dans son principe même et que ses conséquences seront délicates à éviter. Par ailleurs, l'imprévisibilité de la cause étrangère peut aussi amener les juges à pencher en faveur de son extériorité. En revanche, un événement prévisible n'exclut pas nécessairement son extériorité à la chose ou à l'auteur dont il faut répondre du fait. Surtout, il se peut que le fait de la victime, du tiers ou de la nature soit tout à fait prévisible, voire effectivement prévue, sans pour autant qu'il soit possible de faire quoi que ce soit pour en empêcher la survenance et pour en éviter les conséquences. L'exemple est connu de l'ouragan dont on peut pronostiquer plusieurs jours à l'avance la survenance, sans pourtant pouvoir en contrôler ni l'itinéraire ni la puissance. Du point de vue de l'effet négateur de causalité de la cause étrangère, l'imprévisibilité ne se justifie pas en soi. Elle n'est utile que comme élément permettant d'établir l'irrésistibilité, voire l'extériorité. Pas plus. Il serait donc opportun et légitime que la jurisprudence s'engage franchement dans cette voie¹⁸⁶⁹.

Ceci dit, il semble intéressant, avant de poursuivre, de s'arrêter sur une question particulière. Selon un auteur, le critère de la négation de la causalité résiderait, au moins dans une situation de causalité linéaire, dans la volonté libre. Pour lui, la responsabilité est en effet subordonnée à l'initiation du processus causal par un acte libre¹⁸⁷⁰ et un lien de causalité ne saurait donc être rompu que par un acte similaire¹⁸⁷¹. Une telle conception peut ne pas emporter la conviction. En premier lieu, elle revient à introduire une considération subjective, voire morale, qui a été expulsée hors du droit civil de la responsabilité au cours du XX^e

¹⁸⁶⁶ V. not. Ch. AUBRY et Ch. RAU par N. DEJEAN DE LA BÂTIE, *op. cit.*, n° 459, P. BOUZAT et J. PINATEL, *op. cit.*, n° 265, A. COLIN et H. CAPITANT, *op. cit.*, n° 852, et 1124, Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *La responsabilité délictuelle*, préc., n°163, H. DONNEDIEU DE VABRES, *op. et loc. cit.*, J.-P. DOUCET, art. *cit.*, E. DREYER, *op. cit.*, n° 703, et 758, R. GARRAUD, *op. cit.*, n° 296, Ph. MALINVAUD et D. FENOUILLET, *op. cit.*, n° 708 et s., Y. MAYAUD, *op. cit.*, n° 454, H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, *op. cit.*, n° 1564, 1574 et s., et 1597, R. MERLE et A. VITU, *op. cit.*, n° 621, X. PIN, *op. cit.*, n° 259, J.-L. PIOTRAUT, art. *cit.*, J. PRADEL, *op. et loc. cit.*, Ch. QUEZEL-AMBRUNAZ, *op. cit.*, n° 343, G. RIPERT et J. BOULANGER, *op. cit.*, n° 725, F. ROUSSEAU, *op. cit.*, n° 63, O. SABARD, *op. cit.*, n° 94 et s., qui est toutefois favorable à ce qu'on réduise son rôle à celui d'un indice de l'imprévisibilité (*op. cit.*, n° 142 et s.), M. SOUSSE, art. *cit.*, et P. WIGNY, art. *cit.*

¹⁸⁶⁷ V. en ce sens, P.-A. ANTONMATTEI, *op. cit.*, n° 74, et art. *cit.*, L. BLOCH, *op. cit.*, n° 332, Ch. CONSTANT-LAPALUS, art. *cit.*, A. DUMERY, art. *cit.*, J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *op. et loc. cit.*, F. G'SELL-MACREZ, *op. cit.*, n° 408, Y. LE MAGUERESSE, art. *cit.*, Ph. LE TOURNEAU *et alii*, *op. cit.*, n° 1808, et 1813, M. MEKKI, art. *cit.*, J. MOULY, art. *cit.*, et G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. cit.*, n° 396. Certains pénalistes y sont même opposés au motif que l'exigence n'est pas posée par la loi. V. ainsi, Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, préc., *loc. cit.*, et J.-H. ROBERT, *op. cit.*, p. 310.

¹⁸⁶⁸ En revanche, il est compréhensible qu'il soit difficile de tenir l'imprévisibilité pour secondaire lorsque l'on adhère à la thèse selon laquelle la cause étrangère révélerait une absence de faute.

¹⁸⁶⁹ Ou que le législateur s'en charge, ainsi que le lui suggèrent l'article 1349, alinéa 3, de l'avant-projet Catala, préc., et l'article 46, alinéa 2 du projet de réforme de l'Académie des sciences morales et politiques. V. cependant *contra*, l'article 1386 de la proposition sénatoriale n° 657 de loi portant réforme de la responsabilité civile.

¹⁸⁷⁰ Ch. QUEZEL-AMBRUNAZ, *op. cit.*, n° 270.

¹⁸⁷¹ *Ibid.*, n° 305 et s.

siècle¹⁸⁷². En deuxième lieu, elle est inapplicable dans de trop nombreuses hypothèses. Lorsque le cheminement causal trouve sa source dans un fait anormal de la chose, de quelle volonté libre peut-il être question ? De celle du gardien ? Mais dans un régime de responsabilité objective, celle-ci devrait être tenue pour totalement indifférente. La même question peut se poser lorsqu'il est question d'engager la responsabilité civile d'une personne atteinte d'un trouble mental au moment des faits et, de la même manière, le critère de la volonté libre apparaît ici inadapté. En troisième lieu, cette proposition va trop loin, qui conduit l'auteur à refuser toute hypothèse de coresponsabilité dans la causalité linéaire¹⁸⁷³. On admet pourtant, en droit pénal, qu'il puisse y avoir responsabilité simultanée d'un auteur et d'un complice. Il s'agit précisément d'un bel exemple de causalité linéaire. En effet, le complice influence toujours l'action principale, qui en faisant germer l'idée du mal dans l'esprit de l'auteur (provocation), qui en facilitant d'une manière ou d'une autre son entreprise (fourniture d'instruction ou aide et assistance)¹⁸⁷⁴. En dernier lieu, une telle restriction du critère de la négation de la causalité est tout sauf indispensable. La spontanéité d'un acte libre n'est en dernière analyse qu'une application spécifique des critères classiques de la force majeure. Qu'y a-t-il en effet de plus imprévisible, irrésistible et extérieure à un individu que le libre arbitre d'un autre ? Toutes les décisions relatives au suicide de la victime, aux enfants d'une victime handicapée ou au vol de voitures laissées imprudemment ouvertes s'expliquent, certes, mieux par l'idée de liberté que par celle de comparaison des fautes¹⁸⁷⁵. Elles se comprennent cependant tout aussi bien en faisant appel aux caractères communs de la force majeure, à savoir l'extériorité et l'irrésistibilité, lesquelles peuvent être utilement établies en s'appuyant sur l'imprévisibilité de l'événement.

Toutefois, la juridicité causale, et c'est là son ultime apport, permet parfois de se dispenser de la vérification de ces caractères pour que l'effet négateur de causalité soit produit par la cause étrangère. Les conditions de la force majeure ne sont pas toujours exigées. La cause étrangère peut aussi, en effet, prendre le visage de la cause exclusive.

β- La variabilité de l'exigence des conditions de la force majeure

331. La cause exclusive de lege lata. Il arrive que, malgré l'absence des caractères de la force majeure¹⁸⁷⁶, la jurisprudence fasse produire à la cause étrangère son effet totalement "exonératoire" au motif qu'elle constitue la cause exclusive du résultat¹⁸⁷⁷. La notion est

¹⁸⁷² V. *infra* n° 381 et s.

¹⁸⁷³ Ch. QUEZEL-AMBRUNAZ, *op. cit.*, n° 314.

¹⁸⁷⁴ Sur la causalité dans la complicité, v. *supra* n° 254 et s.

¹⁸⁷⁵ V. Ch. QUEZEL-AMBRUNAZ, *op. cit.*, n° 307.

¹⁸⁷⁶ L'extériorité mise à part évidemment, puisqu'elle exprime le fait que ce n'est pas le défendeur qui est à l'origine du résultat légal. En ce sens, v. F. G'SELL-MACREZ, *op. cit.*, n° 421. Rapp. Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *La responsabilité délictuelle*, préc., n° 163.

¹⁸⁷⁷ Sur la question, v. principalement F. G'SELL-MACREZ, *op. cit.*, n° 421 et s., F. LEDUC, *art. cit.*, et Ch. QUEZEL-AMBRUNAZ, *op. cit.*, n° 340 et s.

également employé par le législateur, comme en témoigne de la loi du 5 juillet 1985 qui dispose en son article 3 que « *les victimes, hormis les conducteurs de véhicules terrestres à moteur, sont indemnisées des dommages résultant des atteintes à leur personne qu'elles ont subies, sans que puisse leur être opposée leur propre faute à l'exception de leur faute inexcusable si elle a été la cause exclusive de l'accident* ». De telles décisions ont un domaine assez répandu. On en trouve des illustrations en matière de responsabilité contractuelle¹⁸⁷⁸ comme en matière extracontractuelle, dans lequel cas la cause exclusive est admise dans les régimes de responsabilité du fait personnel¹⁸⁷⁹ aussi bien que du fait des choses¹⁸⁸⁰. Son domaine n'est cependant pas général. Tout d'abord, la « *cause exclusive* stricto sensu »¹⁸⁸¹ n'est pas clairement appliquée en droit pénal de la responsabilité¹⁸⁸². Ensuite, en matière civile, une réelle autonomie ne lui est pas toujours accordée. C'est ainsi que, bien que la loi du 5 juillet 1985 y fasse référence, la jurisprudence refuse d'admettre l'exonération du propriétaire ou du gardien du véhicule, sauf pour eux à démontrer que la cause étrangère présentait les caractères de la force majeure¹⁸⁸³.

Au regard de l'état embryonnaire de la cause exclusive, se pose donc la question de savoir s'il est possible et opportun de la reconnaître plus généralement comme cause d'exonération totale.

332. La cause exclusive de lege ferenda. Une consécration de la cause exclusive *stricto sensu* paraît tout à fait envisageable. Elle est permise par la juridicité de la causalité telle qu'imposée par le concept de responsabilité juridique¹⁸⁸⁴. Admettre qu'une seule des causes matérielles, voire juridiques, du résultat légal soit prise en compte par le droit n'est pas nouveau puisque c'est précisément l'apport principal de la causalité juridique. C'est déjà ce qui est fait par le biais de la force majeure en cas de causalité collatérale. Les deux causes étrangères totalement exonératoires reposent d'ailleurs en définitive sur le même mécanisme. Elles excluent les autres causes matérielles et juridiques en raison de leur valeur explicative supérieure : ce sont des causes excluantes¹⁸⁸⁵. Partant, elles deviennent les causes juridiques uniques du résultat légal : elles sont les causes exclusives. La seule différence entre les deux

¹⁸⁷⁸ V. not. Com., 3 janv. 1979 : *D.*, 1979, IR, p. 252.

¹⁸⁷⁹ V. par exemple, Paris, 7 févr. 1964 : *JCP*, 1964, II, 13593, note P. ESMEIN, et Civ. 1, 5 nov. 1996 : *Bull. civ.*, n° 579.

¹⁸⁸⁰ V. not. Civ. 2, 13 oct. 1971 : *D.*, 1972, jur., p. 75, et Civ. 1, 6 oct. 1998 : *Bull. civ.*, n° 269 ; *Resp. civ. et assur.*, 1998, comm. n° 395 ; et *RTD Civ.*, 1999, p. 113, obs. P. JOURDAIN.

¹⁸⁸¹ CH. QUEZEL-AMBRUNAZ, *op. cit.*, n° 340.

¹⁸⁸² Comp. cependant Crim., 5 oct. 2004 : *Bull. crim.*, n° 230. Si M. DREYER utilise l'expression *in op. cit.*, n° 702, il ne traite pas de la cause exclusive *stricto sensu*, puisqu'il précise qu'elle ne produira effet que si elle satisfait aux conditions d'extériorité, d'imprévisibilité et d'irrésistibilité (*ibid.*, n° 703). Elle est en revanche la seule cause étrangère totalement exonératoire en droit public de la responsabilité. V. O. SABARD, *op. cit.*, n° 53 et s.

¹⁸⁸³ Sur ce point, v. F. LEDUC, art. *cit.*

¹⁸⁸⁴ En ce sens, v. *ibid.*, A. DUMERY, art. *cit.*, et Ch. QUEZEL-AMBRUNAZ, *op. cit.*, n° 341. Rapp. Ch. AUBRY et Ch. RAU par N. DEJEAN DE LA BÂTIE, *op. cit.*, n° 459, estimant que cette forme de cause étrangère totalement exonératoire peut être admise puisqu'elle satisfait au critère de l'explication causale.

¹⁸⁸⁵ V. Ch. QUEZEL-AMBRUNAZ, *op. cit.*, n° 340.

tient finalement à la manière dont est mis en œuvre ce mécanisme. Alors qu'il repose sur des critères qualitatifs lorsqu'il s'agit d'un événement de force majeure, l'exclusivité causale devant être admise dès lors que sont établis les caractères afférents à cette notion, il est à base purement quantitative pour la cause exclusive *stricto sensu*. Autrement dit, dans les premiers cas, les critères de la force majeure sont des indices valant preuve que tel événement a été la cause exclusive du résultat. En revanche, à défaut, il appartiendra aux magistrats de procéder à une balance des causes concurrentes et d'admettre ou non l'exclusivité causale de la cause étrangère¹⁸⁸⁶. Cela leur laisse évidemment une marge de manœuvre confortable et les possibilités d'instrumentalisation de la notion ne doivent pas être minorées. Il semble cependant que ce soit un risque qui lui soit inhérent et qu'il faut accepter ou refuser en bloc avec elle¹⁸⁸⁷. Cela dit, sa reconnaissance peut s'autoriser de la nature particulière de la causalité juridique et de sa proximité avec la force majeure. L'admettre, avec prudence, paraît par conséquent tout à fait envisageable.

¹⁸⁸⁶ En ce sens, v. Ch. AUBRY et Ch. RAU par N. DEJEAN DE LA BÂTIE, *op. et loc. cit.*, F. G'SELL-MACREZ, *op. et loc. cit.*, P. JOURDAIN, art. *cit.*, F. LEDUC, art. *cit.*, et Ch. QUEZEL-AMBRUNAZ, *op. cit.*, n° 343. Rapp. A. DUMERY, art. *cit.*, et O. SABARD, *op. cit.*, n° 126 et s.

¹⁸⁸⁷ V. O. SABARD, *op. cit.*, n° 62, qui est précisément opposée à cette technique pour cette raison. V. *ibid.*, n° 121.

Conclusion du chapitre

333. La causalité juridique, condition essentielle du concept de responsabilité juridique. Un résultat légal d'un côté, un fait anormal de l'autre, ne suffisent pas à faire naître la responsabilité juridique. A eux seuls, ils ne permettent pas de distinguer le véritable responsable du misérable bouc émissaire. Ces deux événements doivent être rattachés par un lien particulier : *la causalité est une composante essentielle du concept de responsabilité juridique*. Elle est irremplaçable au regard de ses fonctions de relation des autres conditions de la responsabilité et de participation à la désignation du responsable mais aussi du point de vue de la légitimité qu'elle véhicule au sein du système de responsabilité juridique. Il est donc un impératif de certitude causale. Pas moins. Pas plus. Cette exigence suffit amplement à ce que l'utilité et la légitimité de la causalité soient satisfaites. *Ni le concept de responsabilité juridique ni ses applications techniques en droit privé ne commandent dès lors que le lien causal revête des caractères particuliers, c'est-à-dire qu'il soit exclusif, immédiat ou direct ou abstrait*. Le droit positif est, dans sa globalité, conforme aux exigences du concept de responsabilité juridique. Non seulement la causalité est une condition générale des responsabilités civile et pénale mais, en outre, ce n'est qu'exceptionnellement que la certitude causale sera dépassée pour imposer parfois en plus de constater un pouvoir causal particulier du fait anormal.

Mais si une causalité certaine suffit à ce qu'il y ait responsabilité, celle-ci ne peut consister en un lien quelconque. S'agissant de responsabilité juridique, c'est d'une certaine causalité dont il s'agit. Ce rapport causal doit donc forcément s'en ressentir et s'exprimer sous la forme d'une causalité juridique. Rendue nécessaire par l'insuffisance des théories ajuridiques de la causalité et du scepticisme causal, rendue légitime par la nature et la fonction particulières de la responsabilité étudiée, une acception juridique de la causalité a été retenue sur les bases de la théorie de l'empreinte continue du mal¹⁸⁸⁸. Les nombreux apports, positifs et prospectifs, de la causalité juridique ont été développés, témoignant de sa spécificité et de son utilité. *La juridicité de la causalité permet de ne pas toujours tenir compte de la causalité matérielle. D'une part, elle autorise à ne pas aller aussi loin que le ferait cette dernière*. Par la précision des termes du lien causal d'abord, puisque ne sont considérées comme causes juridiques que les antécédents dont l'anormalité même explique le résultat légal. En admettant ensuite que soit contestée la réalité du lien causal au moyen de la cause étrangère totalement exonératoire. Sous les traits de la force majeure ou de la cause exclusive stricto sensu, celle-ci vient nier la causalité matérielle, voire juridique, d'autres événements en vertu de leur valeur explicative du résultat, lorsqu'elle est tenue pour supérieure par le droit. *D'autre part, la juridicité causale fournit le moyen de dépasser, non la causalité matérielle même mais les doutes*

¹⁸⁸⁸ Posée par DEJEAN DE LA BÂTIE *in op. et loc. cit.*, et améliorée depuis, et ce, principalement par M. Quézel-Ambrunaz, *in op. cit.* .

philosophiques ou scientifiques qui peuvent l'entourer. C'est ainsi qu'elle tranche en faveur de l'abstention causale et que la causalité juridique est établie, de plus en plus souvent, par d'efficaces présomptions.

C'est donc en définitive une causalité juridique certaine qui est imposée par le concept de responsabilité juridique.

Conclusion du titre second

334. Exigence d'un fait anormal et causal. Toute lésion, tout risque ne sauraient appeler une réponse juridique à peine de rendre insupportable la vie en société. *A fortiori* ne sauraient-ils entraîner une réaction du droit de la responsabilité. La dégradation de la situation juridique doit avoir été anormale. Le concept de responsabilité juridique traduit cette exigence en exerçant son influence à l'endroit du fait causal en posant deux conditions permettant l'une comme l'autre de déterminer s'il peut y avoir responsabilité et, dans l'affirmative, qui pourrait *a priori* être responsable. Il faut caractériser à la fois *une anormalité et un lien de causalité*.

L'anormalité d'abord, joue un rôle de filtre entre les intervenants apparents de la dégradation de la situation juridique. Répondant à une nécessité technique mais, aussi et surtout, à une exigence de justice, elle *est le moyen de départager ceux qui sont irréprochables de ceux qui ne l'ont pas été*. Sa fonction étant limitée à ce rôle de filtre, les exigences du concept de responsabilité juridique à son égard sont rares. Quant à son principe même d'une part, si l'anormalité est indispensable, il suffira toutefois d'une anormalité objective, c'est-à-dire qu'un comportement objectivement illicite sera satisfaisant. Quant au mode d'établissement de l'anormalité objective d'autre part, les exigences du concept de responsabilité juridique seront également très minces. En effet, si la nature juridique de la responsabilité conduit à imposer une appréciation *in abstracto* en cas de normalité indéterminée, rien de plus n'est exigé. Par conséquent, la gravité de l'anormalité objective est totalement indifférente et il est également possible d'établir l'anormalité par constatation si la normalité a été préalablement déterminée par la loi, la jurisprudence ou le contrat ou si elle peut se déduire de la gravité de la faute de l'agent. Réserve faite des errements jurisprudentiels relatifs à la responsabilité parentale, le droit positif est apparu parfaitement conforme au concept de responsabilité juridique.

La causalité ensuite, joue également ce rôle en distinguant responsables et boucs émissaires et en s'assurant que le droit de la responsabilité ne prenne pas les coïncidences pour des faits générateurs de responsabilité. Fondée comme nulle autre technique juridique aussi bien en utilité qu'en légitimité, la causalité s'impose comme une exigence générale dans le droit positif de la responsabilité. A son endroit, les impératifs du concept de responsabilité juridique sont également limités. Une causalité certaine suffit. Elle n'a pas à être exclusive, immédiate ou abstraite. Le droit positif s'en fait globalement l'écho. En revanche, cette causalité nécessaire n'est pas une causalité quelconque : en fait de responsabilité juridique, il est question de causalité juridique. Logique, cette exigence est de plus apparue nécessaire au vu de l'échec des théories classiques et ajuridiques de la causalité et de l'illégitimité scientifique du scepticisme causal. Elle est de plus rendue possible par les travaux doctrinaux ayant donné naissance à la théorie de l'empreinte continue du mal. Celle-ci a en effet fourni les bases propres à expliquer et fonder les particularités des solutions qu'apporte, aujourd'hui

déjà, et que pourrait apporter, demain encore, le droit positif aux problèmes posés par la délicate question de la causalité. Qu'il s'agisse de fonder l'abstention causale, les variations de la cause étrangère totalement exonératoire ou les progrès des présomptions de causalité, les apports de cette acception purement juridique de la causalité imposée par le concept même de responsabilité juridique se sont avérés étonnamment riches. Mais il semble que la précision décisive qu'elle apporte – et qui avait déjà été formulée par l'inventeur, au sens juridique comme au sens commun du terme, de cette théorie – tient en cette idée que *la cause juridique n'est pas seulement l'événement anormal qui est à l'origine du résultat légal mais bien une anormalité qui explique ce dernier de façon satisfaisante pour l'esprit.*

335. Exigence d'une anormalité causale. C'est qu'en définitive, *ce qu'impose le concept de responsabilité juridique, ce n'est pas simplement deux exigences distinctes d'anormalité et de causalité, un fait anormal causal mais deux exigences complémentaires se rejoignant au sein d'une notion complexe : celle d'anormalité causale, ou d'illicéité causale pour être plus précis.*

L'exigence d'anormalité vient finalement nourrir, préciser, affiner celle de causalité, en évitant que le juriste se fourvoie sur les chemins de la causalité matérielle pour ne pas perdre de vue la nature et la fonction spécifique du droit en général et du droit de la responsabilité en particulier. Non seulement le terme initial du processus causal doit-il être un fait anormal mais en plus faut-il qu'il consiste en l'anormalité même de ce fait. C'est là l'influence principale du concept de responsabilité juridique sur le fait causal. La distinction de l'anormalité et de la causalité doit donc être justifiée soit par un souci pédagogique, soit par prudence scientifique. Il s'agit en effet de bien isoler les problématiques qui, malgré cette complémentarité, restent propres à chacun des deux réquisits et de ne pas confondre, comme il arrive souvent, faute et causalité. Cela dit, leur complémentarité ne doit pas être perdue de vue pour une bonne compréhension du droit de la responsabilité. *C'est une anormalité causale qui est requise par le concept de responsabilité juridique.*

CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE

336. Fondement de la convergence du droit pénal du droit civil de la responsabilité. La tendance actuelle à la confusion du droit pénal et de la responsabilité civile est-elle justifiée ? En partie semble-t-il, car la convergence des deux disciplines paraît effectivement s'imposer dans une certaine mesure.

En posant pour postulat que *droit civil et droit pénal de la responsabilité ne sont que des applications techniques particulières d'une institution générale de responsabilité juridique*, il a paru possible de trouver un fondement à la convergence de ces deux disciplines. *L'institution de responsabilité juridique fournit en effet un concept unique commun auquel doivent correspondre toutes les manifestations positives de cette responsabilité.* Il est véritablement question ici de leur identité : toute institution ne satisfaisant pas aux exigences découlant du concept de responsabilité juridique ne doit pas pouvoir recevoir cette qualification. La responsabilité juridique est la charge juridique en vertu de laquelle une personne, le responsable, est tenue de subir une sanction en réaction à la dégradation anormale d'une situation juridique qui lui est imputée. *L'unité conceptuelle de la responsabilité juridique est à rechercher dans cette définition et se cristallise spécialement dans sa cause efficiente, soit dans le fait juridique générateur de toute responsabilité : la dégradation anormale d'une situation juridique.*

337. Portée idéale de la convergence du droit pénal et du droit civil de la responsabilité. Dans l'idéal, il résulte de ce qui précède que le concept général de responsabilité juridique implique une *unité conceptuelle de la responsabilité en droit privé*, et ce, à deux égards.

Concernant *le résultat légal* en premier lieu, l'influence du concept de responsabilité juridique se traduit de deux manières. La responsabilité juridique étant la réaction du système juridique à un bouleversement de l'ordre social, *le concept pose tout d'abord nécessairement l'exigence même d'un résultat légal.* L'essence rétrospective de toute responsabilité et la destination sociale de la responsabilité juridique conduisent à ce que ce *résultat légal* prenne une forme bien particulière : *il doit s'agir de la dégradation d'une situation juridique, c'est-à-dire de celle d'un intérêt ou d'une valeur puisés dans le donné et dont le droit, en raison de sa conformité ou de sa non-contrariété à l'ordre public et aux bonnes mœurs, fait un bien juridique.* La conséquence en est qu'un comportement inoffensif, en ce qu'il ne fait notamment que porter atteinte à l'ordre juridique et non à la société que ce dernier a pour fonction de protéger et régir, doit rester à la porte du droit de la responsabilité. Ensuite, concernant le résultat légal exigé, le concept de responsabilité juridique offre de larges potentialités. Le bien juridique, d'une part, peut *a priori* être aussi bien patrimonial qu'extrapatrimonial, individuel que collectif. La dégradation, d'autre part, peut adopter des

formes variables. Il peut non seulement s'agir d'une lésion, concrète ou abstraite, par perte subie ou gain manqué, mais également d'un simple risque. Celui-ci ne heurte en effet ni le concept de responsabilité juridique, puisqu'il s'accorde à sa nature rétrospective et à sa destination sociale, ni les applications spéciales de l'institution en droit privé, conforme qu'il se révèle être aux exigences techniques et fonctionnelles du droit pénal et civil de la responsabilité.

Quant au *fait causal* en second lieu, le concept de responsabilité juridique demande une *anormalité causale*. C'est une question d'opportunité sociale, toutes les souffrances ne pouvant recevoir une réponse du droit, à peine de rendre impossible la coexistence des hommes, mais aussi un impératif de justice. *L'anormalité comme la causalité permettent en effet de faire le départ entre ceux dont l'attitude a été irréprochable et les autres, donc entre les responsables et les boucs émissaires*. Leur fonction partagée est d'opérer un tri, par des moyens distincts, afin que cette réaction juridique au malheur et au désordre qu'est la responsabilité juridique conserve une certaine légitimité. C'est ce rôle précis qui détermine ce que requiert du concept général de responsabilité juridique en la matière. Concernant l'anormalité, d'une part, elle est une composante indépassable du concept de responsabilité juridique. Toutefois, celle qui est exigée est la plus légère qui soit : *une anormalité objective simple pouvant être soit constatée, soit appréciée, dans lequel cas la fonction sociale du droit amène néanmoins à retenir une appréciation in abstracto*. Concernant la causalité, d'autre part, le concept de responsabilité juridique pose deux conditions. Tout d'abord, s'agissant de responsabilité, il faut *une causalité certaine*. *La certitude causale est à la fois nécessaire et suffisante, dans le sens où nul caractère exclusif, immédiat ou direct n'apparaît comme imposé par le concept général de responsabilité juridique, ni d'ailleurs par les applications techniques de l'institution en droit privé*. Ensuite, s'agissant de responsabilité juridique, c'est *une certaine causalité* qui est requise, à savoir *une causalité juridique*. Les termes de ce lien sont précis – le résultat légal en fin de processus ; l'anormalité même du fait à sa source – et sa preuve peut être facilitée par d'efficaces et d'audacieuses présomptions, sa réalité juridique peut être contestée par la démonstration d'une cause étrangère totalement exonératoire.

C'est dans le respect de ces conditions, et seulement dans ce cas, qu'il devrait y avoir responsabilité juridique, et donc qu'une responsabilité de droit privé, civile ou pénale, devrait pouvoir être mise en œuvre.

338. Portée positive de la convergence du droit pénal et du droit civil de la responsabilité. Ces exigences sont globalement respectées par le droit positif, ce qui n'est pas étonnant au regard de la tendance à la confusion du droit pénal et de la responsabilité civile.

En général, *les droits civil et pénal de la responsabilité s'accordent parfaitement au concept fourni par l'institution générale de responsabilité juridique*. Si l'on s'intéresse, pour commencer, à la dégradation subie de la situation juridique, il apparaît ainsi que, lorsqu'elle est effectivement requise, son objet est nécessairement un bien juridiquement protégé. Pour ce

qui est, pour continuer, de la dégradation causée à la situation juridique, la conclusion est identique. D'une part en effet, l'exigence d'anormalité objective est quasiment générale. Elle peut être établie par constatation aussi bien que par appréciation et, dans cette hypothèse, c'est l'appréciation *in abstracto* qui est pratiquée en droit civil aussi bien qu'en droit pénal de la responsabilité. De même, la gravité objective de l'anormalité reste en principe totalement indifférente. D'autre part, la condition de causalité est quant à elle absolument générale. La certitude causale est à la fois nécessaire et, sauf exception, suffisante. Pareillement, les particularités de la causalité juridique semblent être de droit positif, qu'elles conduisent à nier une causalité matérielle certaine ou à dépasser les incertitudes subsistant quant à l'existence de cette dernière forme de causalité.

Mais la conformité du droit civil et du droit pénal de la responsabilité au concept de responsabilité juridique n'est pas absolue pour autant. Certaines de ses conditions, tout d'abord, ne sont pas satisfaites. C'est ainsi qu'il est des comportements inoffensifs sont pénalement sanctionnés et que la responsabilité parentale peut être engagée sans que l'enfant mineur n'ait eu le moindre comportement anormal. Les potentialités qu'elle offre, ensuite, ne sont pas toujours exploitées. Tandis que le droit pénal appréhende de manière efficace le risque, la responsabilité civile préventive n'en est qu'à ses premiers balbutiements. De même, les richesses de la juridicité causale ne sont pas encore poussées à bout. Il serait donc bon que ces imperfections soient corrigées : que la jurisprudence revienne sur la répression de l'infraction impossible et sur l'arrêt *Levert*, que le législateur dépénalise les infractions inoffensives, que la responsabilité civile préventive et la cause exclusive *stricto sensu* soient raisonnablement admises et que les présomptions de causalité connaissent une utilisation plus systématique lorsqu'elles apparaissent utiles. Il faut donc militer sur ces points *pour une plus grande convergence du droit pénal et du droit civil de la responsabilité et, partant, pour un meilleur respect du concept de responsabilité juridique*.

La confusion des deux disciplines est donc loin d'être totalement injustifiée et paraît même insuffisante. Ce n'est pas dire cependant qu'elle doit être généralisée, dès lors qu'une fois les exigences identitaires du concept de responsabilité juridique dépassées, droit pénal et responsabilité civile doivent au contraire diverger, et ce, au gré de leur fonction respective. Car, *au-delà de l'unité conceptuelle de la responsabilité en droit privé, doit en effet être assurée la distinction fonctionnelle des responsabilités de droit privé*.

SECONDE PARTIE

**LA DISTINCTION FONCTIONNELLE DES
RESPONSABILITES DE DROIT PRIVE**

339. Divergences du droit civil et du droit pénal de la responsabilité en raison du système de la responsabilité juridique. En plus de fournir un critère de convergence du droit pénal et du droit de la responsabilité civile autour de ce qui fait son unité conceptuelle, la responsabilité juridique, prise comme une institution générale, permet également, au-delà, d'expliquer et d'organiser rationnellement les divergences des deux disciplines.

*Remonter à la responsabilité juridique autorise en effet à concevoir les rapports du droit pénal et du droit de la responsabilité civile autrement que comme ceux de deux disciplines totalement indépendantes l'une de l'autre et que l'on pourrait faire évoluer librement, sans souci d'articulation et de cohérence. La responsabilité juridique peut autrement être considérée comme source d'un système général dont ces deux branches sont des applications techniques particulières et dont les relations doivent être organisées globalement et rationnellement afin de satisfaire au mieux des besoins sociaux différents*¹⁸⁸⁹.

340. Orientation fonctionnelle des responsabilités de droit privé. Là où le concept de responsabilité en droit privé a paru reposer sur la cause efficiente de la responsabilité juridique, son système pourrait donc se révéler tout entier fondé sur ses causes finales. La responsabilité juridique est en effet l'institution qui organise la réponse de la société à un bouleversement de l'ordre des choses lui paraissant insupportable. Or, cette réponse peut prendre plusieurs formes selon les différents besoins sociaux suscités par cette dysharmonie sociale. Les satisfaire relève de la politique, soit de l'art « *d'aménager les rapports sociaux conformément aux exigences du Bien commun* ». Et cette politique ne saurait se départir de l'exigence de logique, car ce sont des règles qu'elle entend poser¹⁸⁹⁰. Dès lors, voir la responsabilité juridique comme un système général permet d'organiser les rapports entre les différentes responsabilités de droit privé en considérant que chacune d'elles doit être orientée vers la satisfaction de besoins sociaux différents. C'est autrement dire qu'elles doivent être construites selon ces besoins, suivant un critère fonctionnel propre qui permettra d'expliquer et de commander rationnellement les divergences du droit civil et du droit pénal de la responsabilité¹⁸⁹¹.

Ainsi, la réponse à la modification anormale de l'ordre social peut être à ce point grave qu'elle entraînera le besoin pour la société de réaffirmer son attachement aux valeurs qui lui paraissent fondamentales. Il s'agira de protéger une certaine conception de la vie sociale, certaines valeurs lésées ou menacées, au moyen d'une sanction forte, grave, prompte à

¹⁸⁸⁹ Favorable au critère fonctionnel pour distinguer les différentes formes de responsabilité, v. M. LABORDE-LACOSTE, *De la responsabilité pénale dans ses rapports avec la responsabilité civile et la responsabilité morale*, préc., p. 164. Toutefois, l'auteur ayant une conception très objective de la fonction du droit pénal, qu'il estime limitée à la seule défense sociale (*ibid.*, pp. 165 et s., et 175 et s.), ce critère lui sert beaucoup plus à distinguer responsabilités juridique et morale que responsabilités civile et pénale. *Adde* N. RIAS, *Aspects actuels des liens entre les responsabilités civile et pénale*, préc., n°31, et deuxième partie.

¹⁸⁹⁰ A. TUNC, « Logique et politique dans l'élaboration du droit, spécialement en matière de responsabilité civile », *Mél. J. Dabin*, t. 1, préc., pp. 317 et s.

¹⁸⁹¹ Comp. P. FAUCONNET, *La responsabilité. Etude de sociologie*, préc., p. 282.

signifier leur importance : la peine. C'est le droit pénal, comme son nom l'indique, qui met en œuvre cette sanction et remplit cette fonction, laquelle, nonobstant l'évolution du but de la peine dans la pensée juridico-criminologique et en droit positif¹⁸⁹², est toujours la même : *la protection de la société, via celle des biens juridico-pénaux*¹⁸⁹³. Bien qu'il prenne deux formes, cet objectif reste en effet identique. Cette protection de la société peut être, d'une part, objective, lorsque la sanction pénale entend garantir les valeurs sociales essentielles par l'anticipation des atteintes qui peuvent leur être infligées, par la mise à l'écart du responsable, voire par son élimination. Mais elle peut être aussi subjective, d'autre part, dès lors que protéger efficacement la société suppose surtout de s'adresser à la conscience des Hommes et de les éduquer à ses valeurs. Elle passe alors par la prévention, soit générale, afin d'intimider tout un chacun et de rappeler à tous la valeur fondamentale de l'intérêt menacé ou lésé¹⁸⁹⁴, soit spéciale, dans le but de prévenir la récidive par la rétribution, la repentance, mais aussi la resocialisation et la rééducation du responsable.

Par ailleurs, le particulier dont l'intérêt a été anormalement lésé ou menacé doit pouvoir obtenir une rectification du déséquilibre patrimonial ou extrapatrimonial qui en résulte. Moins noble, ce besoin social paraît cependant plus impérieux. Il est en effet possible de penser que si la société dans son ensemble peut ne pas être totalement ébranlée par l'impunité d'un crime parmi des milliers, l'individu lésé ou qui risque de l'être, quant à lui, le restera bel et bien tant que le droit ne lui aura pas donné satisfaction. C'est le droit civil de la responsabilité qui est dédié à l'assouvissement de ce besoin social de protection des victimes et des intérêts particuliers des sujets de droit. En effet, sa fonction indemnitaire a été favorisée et renforcée depuis la fin du XIX^e siècle et pourrait être rejointe par une fonction d'anticipation des lésions que n'interdit pas, voire qu'encourage le concept même de responsabilité juridique¹⁸⁹⁵, de telle sorte qu'il est possible de parler plus généralement d'une *fonction "victimaire" de la responsabilité civile*¹⁸⁹⁶.

¹⁸⁹² Sur cette question, v., outre les ouvrages généraux de droit pénal général et d'histoire du droit pénal, R. MERLE, « L'évolution du droit pénal moderne » et « L'évolution du droit pénal français contemporain », *La plume et la parole*, Cujas, 1993, pp. 63 et s., et pp. 75 et s., J. PRADEL, *Histoire des doctrines pénales*, 2^e éd., 1991, P.U.F., coll. Que sais-je?, n° 2484, et E. ROTMAN, « L'évolution de la pensée juridique sur le but de la sanction pénale », *Mél. P. Ancel*, vol. 2, Pédone, 1975, pp. 163 et s.

¹⁸⁹³ V. en ce sens, M. LACAZE, *Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, préc., n° 462 et s., qui considère que l'interdit pénal comme la répression pénale sont fondées et dirigées vers la protection des biens juridico-pénaux. Rapp. M. LABORDE-LACOSTE, *op. et loc. cit.*, et O. KHAN, « Le principe de nécessité en droit pénal – thèse radicale », préc. Adde L. LEVY-BRUHL, *L'idée de responsabilité*, préc., pp. 59 et s. : « *La société, sans laquelle il n'est guère de vie humaine possible, est constamment menacé de dissolution par un grand nombre de nos penchants. Beaucoup nous poussent aveuglément à rechercher une satisfaction égoïste aux dépens d'autrui et au mépris de ses droits. Les instincts opposés, que l'on appelle aujourd'hui altruistes, ne suffiraient pas par eux-mêmes à contrebalancer les premiers (...). Il a donc fallu, pour que la société pût subsister, un frein puissant (...). Ce frein, c'est la sanction pénale des lois. Elle n'a pas d'autre raison d'être* ».

¹⁸⁹⁴ Sur la fonction expressive du droit pénal, v. not. M. LACAZE, *op. cit.*, n° 374 et s., et F. DESPORTES et F. LE GUNHEC, *Droit pénal général*, préc., n° 50 et s.

¹⁸⁹⁵ L. HUSSON, *Les transformations de la responsabilité. Etude sur la pensée juridique*, préc., pp. 319 et s.

¹⁸⁹⁶ V. *supra* n° 112 et s.

341. Exclusivité fonctionnelle des responsabilités de droit privé. Si la doctrine majoritaire admet cette distinction fonctionnelle historique du droit pénal et du droit de la responsabilité civile¹⁸⁹⁷, c'est pourtant souvent pour y ajouter des bémols. D'une part, la tendance est nettement au rapprochement nouveau de la fonction respective de chaque discipline¹⁸⁹⁸. D'autre part, la responsabilité civile aurait, certes, pour fonction principale l'indemnisation mais continuerait à remplir naturellement des fonctions secondaires, plus subjectives, telles que les fonctions normatives, correctives, punitives ou de cessation de l'illicite¹⁸⁹⁹. On pourrait rejoindre les auteurs qui le soutiennent et être satisfait d'une telle évolution du droit positif. L'amalgame de la réparation et de la punition au sein du droit civil comme du droit pénal de la responsabilité, qu'il soit acquis ou qu'il soit réclamé par la doctrine, est en effet indéniable¹⁹⁰⁰. Après tout, pourquoi ces deux disciplines ne pourraient-elles pas jouer chacune deux rôles similaires, contribuant toutes à l'assouvissement de l'ensemble des besoins sociaux produits par le fait générateur de responsabilité ? Une réponse négative peut être apportée à cette question, sur la base de deux arguments.

En premier lieu, la pluralité de fonctions de la responsabilité civile n'est pas incontestable. S'agissant de la cessation de l'illicite d'une part, il paraît réducteur d'y limiter l'objectif des sanctions déployées sur le fondement de cette application de la responsabilité juridique. En effet, la cessation de l'illicite paraît trop formaliste au regard de ce qui apparaît comme étant les exigences du concept de responsabilité juridique. La destination sociale de cette dernière implique un certain résultat qui doit prendre la forme d'une lésion ou d'un risque de lésion d'un élément puisé du donné. Le résultat légal ne peut pas être simplement une atteinte à l'ordre juridique. Il faut plus : la dégradation d'une situation de fait ou de droit reconnue ou garantie par cet ordre juridique¹⁹⁰¹. Il en résulte que la cessation de l'illicite, en droit civil de la responsabilité, doit nécessairement avoir, au-delà de la seule mise en conformité du fait à la règle de droit, un autre but : soit la réparation, soit la prévention de l'avènement ou du renouvellement d'un dommage¹⁹⁰². Concernant, d'autre part, les fonctions punitives, correctives ou normatives de la responsabilité civile, on peut douter qu'elles soient vraiment de droit positif. Il est certain qu'une condamnation au paiement de dommages et intérêts peut être ressentie comme une punition par le responsable et dissuader l'ensemble des sujets de droit de porter atteinte ou de mettre en danger les intérêts d'autrui. Mais tel n'est pas toujours le cas et le régime de la responsabilité civile – notamment l'indifférence du discernement et

¹⁸⁹⁷ V. par ex., Ph. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle*, préc., n° 49 et s., et G. VINEY, *Traité de droit civil. Introduction à la responsabilité civile*, préc., n° 68 et s.

¹⁸⁹⁸ V. *supra* n° 17.

¹⁸⁹⁹ Sur la cessation de l'illicite, v. spéc. C. BLOCH, *La cessation de l'illicite. Recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile*, préc.

¹⁹⁰⁰ V. spéc. S. CARVAL, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, préc., C. GRARE, *Recherches sur la cohérence de la responsabilité délictuelle*, préc., B. PAILLARD, *La fonction réparatrice de la répression pénale*, préc., et N. RIAS, *op. et loc. cit.*

¹⁹⁰¹ V. *supra* n° 18.

¹⁹⁰² V. *supra* n° 34 et s.

l'assurabilité de principe des faits générateurs – témoigne du fait que ni la punition ni la dissuasion ne forment l'objet de sa sanction. Si l'on peut donc parler d'un effet punitif ou dissuasif de la responsabilité civile, il est en revanche très douteux qu'on puisse y voir une fonction. Ainsi en est-il *de lege lata* et ainsi devrait-il encore en être *de lege ferenda*.

Car, en second lieu, attribuer exclusivement à chaque application technique de la responsabilité juridique une fonction propre permet de s'assurer qu'elle la remplira au mieux. La raison en est que si l'on voulait, par chacune d'elles, satisfaire plusieurs besoins sociaux en même temps, il y aurait une tension inévitable et insoluble au sein de leur régime juridique¹⁹⁰³. En effet, *la fonction civile de protection des particuliers et la fonction pénale de protection de la société supposent des sanctions différentes dont l'utilité et la légitimité dépendent de conditions particulières qui sont différentes les unes des autres, voire antinomiques*. Par exemple, l'efficacité de la première suppose une objectivation maximale du régime juridique¹⁹⁰⁴, là où la seconde se fonde sur des données subjectives telles que la culpabilité et l'imputabilité¹⁹⁰⁵. Faudra-t-il alors créer deux responsabilités pénales et deux responsabilités civiles, chaque discipline abritant en son sein à la fois un mécanisme indemnitaire et un autre répressif ? Faut-il, comme le propose un auteur¹⁹⁰⁶, scinder l'action en responsabilité civile en deux, l'une en réparation-compensation et l'autre en réparation-expiation ? On peut ne pas en être convaincu et douter de l'intérêt d'un tel système qui apparaît instituer, plutôt qu'une dualité de responsabilités civiles, une responsabilité civile classique accompagnée d'une sous-responsabilité pénale. La proposition ne va pas d'ailleurs sans poser certains problèmes techniques qui paraissent insolubles¹⁹⁰⁷.

*Une fois dépassée l'unité conceptuelle de la responsabilité en droit privé, le système de la responsabilité juridique, pour être cohérent et efficace, doit donc imposer une divergence de ses applications techniques en droit privé, divergence guidée par les fonctions propres de chacune*¹⁹⁰⁸. Concernant les conditions de la responsabilité¹⁹⁰⁹, cette influence se manifeste aux deux stades de la génération de la responsabilité. Selon la fonction propre à chacune des deux disciplines, les éléments constitutifs du fait générateur de responsabilité et les règles relatives à son imputation seront ainsi différentes. Suivant un ordre technique, sera donc

¹⁹⁰³ En ce sens, v. not. G. MAITRE, *La responsabilité civile à l'épreuve de l'analyse économique du droit*, préc., n° 36, qui estime que l'opposition entre les pôles indemnitaire et éducatif de la responsabilité civile « crée une tension au sein même de la responsabilité civile ». Adde Ph. BRUN, *op. cit.*, n° 5 : « L'histoire nous enseigne (...) que la responsabilité civile ne s'est pleinement épanouie que lorsque l'on a pu la distinguer d'institutions voisines », et G. VINEY, préface à la thèse de S. GRAYOT, *Essai sur le rôle des juges civils et administratifs dans la prévention des dommages*, préc.

¹⁹⁰⁴ V. *infra* n° 339 et s.

¹⁹⁰⁵ V. *infra* n° 381 et s.

¹⁹⁰⁶ C. GRARE, *op. cit.*, deuxième partie.

¹⁹⁰⁷ V. *infra* n° 341.

¹⁹⁰⁸ Pour une approche comparable en droit des biens et en droit des contrats, v. respectivement R. OLLARD, *La protection pénale du patrimoine*, préc., et E. PALVADEAU, *Le contrat en droit pénal*, préc.

¹⁹⁰⁹ Concernant ses effets, la distinction fonctionnelle des responsabilités de droit privé conduit notamment à la condamnation de la sanction-réparation et des dommages et intérêts punitifs.

mesurée l'influence des fonctions du droit civil et du droit pénal de la responsabilité sur la constitution du fait générateur de responsabilité tout d'abord, et sur son imputation ensuite.

TITRE I : L'influence de la fonction des responsabilités sur la constitution du fait générateur

TITRE II : L'influence de la fonction des responsabilités sur l'imputation du fait générateur

TITRE PREMIER

L'INFLUENCE DES FONCTIONS DES RESPONSABILITES SUR LA CONSTITUTION DU FAIT GENERATEUR

342. Adaptation de la cause efficiente de la responsabilité juridique aux spécificités fonctionnelles de la responsabilité juridique. La constitution du fait générateur, processus de perfection du fait juridique source de responsabilité, est l'étape première de la génération de toute responsabilité juridique. C'est le moment où sont réunis les éléments constitutifs de l'évènement qui est à l'origine de la mise en œuvre de cette dernière : la dégradation anormale d'une situation juridique. C'est aussi le stade de la génération de la responsabilité juridique à l'occasion duquel se manifeste, comme on l'a vu, l'unité conceptuelle de cette dernière, autrement dit son identité.

S'interroger sur l'influence de la fonction des responsabilités sur la constitution du fait générateur revient donc à se demander si les exigences relatives à la cause efficiente de la responsabilité se limitent à celles qui sont imposées par le concept de responsabilité juridique ou si d'autres viennent s'y ajouter tenant aux rôles propres de chacune de ses applications techniques. Suffit-il qu'une dégradation quelconque d'une situation juridique quelconque soit causée par le comportement ou faut-il un état objectivement anormal d'une personne ou d'une chose pour qu'un sujet de droit voie sa responsabilité civile et sa responsabilité pénale engagées ? Par exemple, le chasseur qui tue un animal sauvage protégé peut-il être condamné à réparer cette perte ? L'automobiliste qui perd le contrôle de son véhicule à la suite de l'éclatement imprévisible de son pneu et qui cause la mort d'un piéton peut-il être réprimé pénalement ? Ou alors, faut-il davantage ? La responsabilité civile doit-elle ainsi être subordonnée à la connaissance par le chasseur de la protection spéciale accordée à l'animal ? Et la personnalité juridique du piéton écrasé est-elle une condition exigée pour la constitution du délit d'homicide involontaire ? *La dégradation anormale d'une situation juridique est, certes, nécessaire en ce qu'elle fournit à toutes les applications de la responsabilité en droit privé leur identité. Elle n'est toutefois pas suffisante. Les fonctions propres du droit pénal et du droit civil de la responsabilité imposent des conditions supplémentaires qui vont influencer la structure du fait générateur de la responsabilité en le modelant par l'ajout d'éléments constitutifs spéciaux.* En d'autres termes, aux *éléments constitutifs conceptuels* du fait générateur de responsabilité, imposés par le concept même de responsabilité juridique, doivent être joints des *éléments constitutifs fonctionnels*, découlant des objectifs propres à chacune de ses applications en droit privé, et ce, afin d'assurer la cohérence et l'efficacité optimale du système global de responsabilité.

343. Double incidence de la fonction des responsabilités de droit privé sur les éléments constitutifs du fait générateur. Alors que le droit pénal tend à protéger la société par une sanction, la peine, ayant pour fonction la prévention objective et subjective des atteintes qui peuvent lui être portées, le droit de la responsabilité civile a pour objet la protection des intérêts patrimoniaux et extrapatrimoniaux des sujets de droit par l'attribution aux victimes d'une créance de réparation ou de prévention. Cette différence de fonction doit être préservée et être observée si l'on veut que le système général de la responsabilité juridique soit cohérent et efficace. Il en résulte que l'influence de la spécificité fonctionnelle des responsabilités de droit privé doit pouvoir se manifester, autant que nécessaire, quant au résultat légal aussi bien que quant au fait causal constitutifs du fait générateur de responsabilité.

On démontrera donc que là où le concept de responsabilité juridique commande une certaine convergence du droit pénal et du droit civil de la responsabilité quant à ce qui constitue leur cause efficiente, cette même institution, prise comme un système général, impose certaines divergences assurant la cohérence de ce système et l'efficacité de ses applications techniques. On verra ainsi que le résultat légal ne peut pas avoir le même objet selon que l'on voudra mettre en jeu la responsabilité pénale ou bien la responsabilité civile. De même, il sera vu que si l'anormalité objective doit pouvoir permettre, à elle seule, l'engagement de la seconde, elle est en revanche insuffisante pour qu'une infraction soit constituée¹⁹¹⁰. Il faut donc établir l'influence de la fonction des responsabilités de droit privé sur l'intérêt protégé d'abord (Chapitre 1), et sur l'anormalité exigée ensuite (Chapitre 2).

¹⁹¹⁰ On a vu en revanche *supra* n° 261 et s. que l'exigence de causalité n'était pas affectée par les fonctions propres des responsabilités de droit privé. La question ne sera donc pas abordée dans cette partie.

Chapitre premier

L'influence des fonctions des responsabilités sur l'intérêt protégé

344. Conformité relative du droit positif. Le droit pénal protège avant tout la société dans ce qui lui semble fondamental, c'est-à-dire qu'elle protège ce qui en représente les intérêts et les valeurs supérieures. Les biens juridico-pénaux sont donc choisis parmi les plus importants des biens juridiques. Par conséquent, si une protection efficace de ces derniers suppose de dépasser l'exigence technique de personnalité de l'intérêt dégradé, une sélection doit néanmoins s'opérer dans le choix des valeurs pénalement protégées. A l'inverse, le droit de la responsabilité civile est utilisé afin de mettre un terme à un déséquilibre survenu entre deux sujets de droit, au détriment de l'un et en raison d'un fait anormal imputable à l'autre. Pour que le *statu quo ante* soit rétabli aussi parfaitement que possible, une protection universelle des intérêts des particuliers s'avère donc ici nécessaire. En revanche, puisqu'il s'agit de ne protéger que les intérêts des sujets de droit et parce que la protection des valeurs sociales essentielles ressortit au droit pénal de la responsabilité, le bien juridique devra présenter un caractère de personnalité destiné à maintenir le droit civil dans son champ fonctionnel.

Le droit positif n'est pas tout à fait en accord avec cette présentation idéale fondée sur la distinction fonctionnelle des responsabilités de droit privé. En effet, si, de manière générale, l'universalisme du droit civil s'oppose effectivement au caractère sélectif du droit pénal, une confusion excessive et infondée semble se maintenir entre ces deux applications techniques de la responsabilité au sujet du caractère personnel de l'intérêt protégé. La distinction fonctionnelle des responsabilités de droit privé conduit donc à promouvoir la préservation de l'influence fonctionnelle sur le choix de l'intérêt protégé (Section 1) et la réaffirmation de cette influence sur le caractère personnel ou non de cet intérêt (Section 2). Il s'agira donc de démontrer successivement la pertinence de ces propositions.

Section 1. La préservation de l'influence fonctionnelle sur le choix de l'intérêt protégé

345. Conformité du droit positif. Le droit pénal s'attache à protéger les valeurs fondamentales de la société, il doit se faire rare car cette fonction est symboliquement importante. Il exprime ce qui, dans une société, apparaît comme fondamental, comme formant son ossature même. Tous les biens juridiques ne peuvent donc être appréhendés par le droit criminel, qui se doit d'être sélectif pour ne pas perdre en valeur et en sens. Au contraire, le droit de la responsabilité civile tendant à protéger au mieux les intérêts des personnes juridiques, aucune limitation autre que celle imposée par le concept même de responsabilité

juridique, à savoir la légitimité de l'intérêt lésé ou menacé, ne devrait empêcher son intervention.

Le droit positif est globalement en ce sens qui oppose la protection universelle des intérêts par le droit de la responsabilité civile (§1) à celle sélective de ces intérêts par le droit pénal (§2).

§1. La protection universelle des intérêts par le droit civil de la responsabilité

346. Réalité et légitimité de l'universalisme civil. Le droit positif révèle que dès lors qu'un intérêt ou une valeur puisés dans le donné est suffisamment légitime pour être appréhendé par le droit de la responsabilité en général, son application technique en droit civil n'y ajoute rien quant à sa nature même¹⁹¹¹. Tout bien juridique bénéficie de la protection du droit de la responsabilité civile. La démonstration de cette protection universelle (A) paraît tout à fait justifiée au regard, notamment, de l'orientation fonctionnelle de cette discipline (B).

A- Démonstration de la protection universelle des intérêts par le droit civil de la responsabilité

347. Typologie générale des intérêts : être et avoir. Cette démonstration, qui ne se prétend pas exhaustive, se doit de passer par la plupart des intérêts dont la lésion par un fait causal est susceptible de constituer un fait générateur de responsabilité. A cette fin, l'on se proposera de distinguer classiquement la protection du patrimoine (1) et celle de la personne (2), lesquelles sont toutes universelles en droit civil de la responsabilité.

1. La protection universelle du patrimoine

348. Patrimoine juridique et patrimoine économique. Concernant le patrimoine, le caractère universel de la protection civile se traduit par l'opposition patrimoine juridique-patrimoine économique ou droits patrimoniaux-fortune de la victime. C'est dire que pourra donner lieu à responsabilité civile toute lésion ou toute menace du patrimoine d'autrui, qu'elle ait pour objet ses droits réels, ses créances ou plus concrètement les éléments qui forment l'actif de son patrimoine et la valeur économique qu'ils représentent socialement.

349. Protection classique du patrimoine économique. Il est acquis que celui qui a anormalement causé l'appauvrissement d'autrui engage sa responsabilité civile. On a déjà pu dire que c'est à ce sujet que l'on pose la distinction classique de la perte subie, le *damnum*

¹⁹¹¹ *Contra v.* Ch. QUEZEL-AMBRUNAZ, « La responsabilité civile et les droits du titre I du livre I du Code civil », préc.

emergens, et du gain manqué, le *lucrum cessans*¹⁹¹². Inutile de s'attarder plus longtemps. Plus délicate est la question de savoir si le patrimoine juridique est protégé en tant que telle en droit de la responsabilité civile.

350. Protection autonome du patrimoine juridique. Le problème a déjà été évoqué pour ce qui est de la protection de la créance en premier lieu. La jurisprudence semblant parfois se passer d'un préjudice pour engager la responsabilité du débiteur indélicat, la question s'est posée de savoir si celui-ci était une véritable condition en fait de responsabilité contractuelle, voire si cette dernière existait réellement. Une certaine interprétation de la jurisprudence permet cependant de relativiser l'hétérodoxie de telles décisions de justice. Ce que les juges paraissent tenir pour indifférents, ce n'est pas la lésion en général mais simplement celle qui aurait pour objet la fortune du créancier. Si son appauvrissement est indifférent, l'atteinte à sa créance, d'ailleurs impliquée par la violation de son obligation par le débiteur, reste requise¹⁹¹³. Le patrimoine juridique, à travers le droit personnel, bénéficie donc d'une protection autonome en droit de la responsabilité civile.

Quant aux droit réels, en second lieu, la question est délicate car, en pratique, la destruction d'un bien concret, comme la violation d'un droit réel abstrait, aura presque toujours une équivalence économique pour le titulaire du droit violé¹⁹¹⁴. Ainsi, déchirer le dessin d'un enfant, dépourvu de valeur sur le marché de l'art, entraînera toujours la perte de la valeur de la feuille et de l'encre utilisées. Pour autant, il n'est pas impossible d'isoler la question, notamment en se demandant si le simple empiètement sur le terrain d'autrui – qui constitue une atteinte au droit réel du propriétaire foncier et donc un dommage – est de nature à engager la responsabilité civile de son auteur. La doctrine n'est pas unanime sur ce point. Selon certains, un tel comportement justifierait à lui seul des dommages et intérêts¹⁹¹⁵. Pour d'autres, il ne pourrait entraîner aucune réparation mais seulement des mesures de cessation de l'illicite¹⁹¹⁶. Ces derniers se fondent sur la jurisprudence qui, face à une telle situation, et lorsque lui sont demandées cumulativement la suppression de l'empiètement-acte et la réparation de l'empiètement-lésion, accorde toujours la première tout en refusant la seconde

¹⁹¹² Bien qu'elle puisse être appliquée plus généralement, indépendamment de la nature patrimoniale ou non de l'objet lésé. V. *supra* n° 72.

¹⁹¹³ Pour des références et plus de développements sur la question, v. *supra* n° 44 et s.

¹⁹¹⁴ A suivre une part de la doctrine, la simple détérioration ou destruction d'un bien constituerait un résultat suffisant à engager la responsabilité civile de son auteur. Il est toutefois délicat de savoir si les auteurs ne se prononcent pas ainsi guidés par le fait qu'une telle atteinte aura, le plus souvent, une résonance économique pour la victime. V. par exemple, J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil. Les obligations. 2. Le fait juridique*, préc., n° 133, B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Obligations. 1. Responsabilité délictuelle*, préc., n° 95, et G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil. Les conditions de la responsabilité*, préc., n° 251-1.

¹⁹¹⁵ En ce sens, v. T. AZZI, « Les relations entre la responsabilité civile délictuelle et les droits subjectifs », préc.

¹⁹¹⁶ V. ainsi, C. BLOCH, *La cessation de l'illicite*, préc., n° 345 et s., et M. RAYNAL, « L'empiètement matériel sur le terrain d'autrui en droit privé », *JCP*, 1974, I, 2800, qui estime qu'il s'agit du droit positif, sans l'approuver néanmoins car favorable à une réparation par équivalent en cas de bonne foi de l'auteur et d'inaction de la victime.

sur le fondement de l'absence de préjudice¹⁹¹⁷. Toutefois, on a vu que la cessation de l'illicite pouvait être rattachée à la responsabilité civile¹⁹¹⁸. Par ailleurs, celle-ci semble souvent ne tendre, en dernière analyse, qu'à la réparation ou à la prévention d'une atteinte. En matière d'empiétement, il est d'ailleurs possible de voir dans ces mesures de suppression de l'empiétement un mode de réparation par rétablissement¹⁹¹⁹. Car dans cette hypothèse, il y a précisément une atteinte au droit réel d'autrui, et donc un dommage¹⁹²⁰. La suppression de l'empiétement permet donc d'opérer un retour à la situation antérieure à la lésion, la faisant ainsi disparaître. Quant à savoir pourquoi la demande de dommages et intérêts est généralement rejetée, on peut penser que, s'agissant d'empiétements minimes, les juges estiment raisonnablement que le simple rétablissement suffit à réparer le préjudice de la victime. Ils subordonnent, par ailleurs, la réparation monétaire à la démonstration d'un appauvrissement véritable ou, plus généralement, à la preuve d'une lésion distincte de la seule atteinte au droit réel¹⁹²¹. Cela témoigne du fait que le patrimoine juridique, par le truchement des droits réels, connaît une protection autonome en droit positif de la responsabilité civile¹⁹²².

2. La protection universelle de la personne

351. Intérêts extrapatrimoniaux et bien-être de la personne. Envisagée du point de vue de la personne de la victime, l'intérêt peut consister dans ses intérêts extrapatrimoniaux (droits de la personnalité, libertés civiles et simples biens juridiques tels que la vie, le corps ou l'honneur¹⁹²³) ou dans ses sensations et sentiments. Il s'agira dans ce dernier cas de répondre

¹⁹¹⁷ A titre d'illustrations, v. Civ. 3, 1^{er} déc. 1971 : *Bull. civ.*, n° 594, et Civ. 3, 4 juin 1998, *JCP*, 1999, I, 120, chron. H. PERINET-MARQUET. Pour d'autres exemples, v. C. BLOCH, *op. et loc. cit.*

¹⁹¹⁸ V. *supra* n° 131 et s., et 135 et s.

¹⁹¹⁹ La réparation par rétablissement, qui assure le retour au *statu quo ante*, pourrait être opposée à la réparation par compensation, qui vise à fournir à la victime une simple satisfaction. La notion de rétablissement est utilisée par d'autres auteurs mais dans des sens différents. V. not., M.-E. ROUJOU DE BOUBÉE, *Essai sur la notion de réparation*, L.G.D.J., 1974, pp. 135 et s., et S. ROUXEL, *Recherches sur la distinction du dommage et du préjudice en droit civil français*, thèse Grenoble, 1994, pp. 175 et s.

¹⁹²⁰ La jurisprudence semble d'ailleurs le penser qui estime que la suppression d'un empiétement peut être obtenue « sans avoir à justifier d'un préjudice autre que l'atteinte à ce droit », Civ. 3, 28 nov. 2006, n° 05-19377, cité in N. PIERRE, « Propriété et responsabilité », préc.

¹⁹²¹ Par exemple, le retard pris dans la construction d'une maison, Civ. 3, 16 déc. 1998 : *Bull. civ.*, n° 252 ; et *JCP*, 1999, I, 120, n° 4, chron. H. PERINET-MARQUET.

¹⁹²² Les mêmes remarques et interprétations peuvent être faites en matière de servitudes. La démonstration est encore plus claire en matière de propriété intellectuelle, la jurisprudence affirmant parfois clairement que l'atteinte au droit est une lésion réparable. Sur ces sujets, v. C. BLOCH, *op. cit.*, n° 343 et s.

¹⁹²³ Certains diraient qu'il s'agit dans tous les cas de droits de la personnalité. Ainsi, si l'on affirme généralement que droits de la personnalité et libertés civiles doivent être distingués (v. not., P. KAYSER, « Les droits de la personnalité. Aspects théoriques et pratiques », *RTD civ.*, 1971, pp. 445 et s., et Th. REVET, « La propriété de la personnalité », *Gaz. Pal.*, 18-19 mai 2007, doctr., pp. 1503 et s.), cela reste parfois contesté (en ce sens, v. de manière très complète, S. CHRETIEN, *La notion de liberté contractuelle*, préc., n° 600 et s.). De la même manière, ce qui peut n'apparaître que comme de simples intérêts, l'intégrité corporelle ou l'honneur par exemple, est parfois intégré parmi les droits de la personnalité (v. P. JOURDAIN, « Les droits de la personnalité à la recherche d'un modèle : la responsabilité civile », *Gaz. Pal.*, 18-19 mai 2007, doctr., pp. 1506 et s., Th. REVET, art. *cit.*, et J.-Ch. SAINT-PAU, « La distinction des droits de la personnalité et de l'action en responsabilité civile », préc., et « L'article 9 du code civil : matrice des droits de la personnalité », préc. *Contra*, v. not. P. KAYSER, art. *cit.*). C'est en effet le problème principal de cette catégorie que celui de la stabilité de

à la douleur physique et morale, à la lésion des sentiments d'affection et, plus généralement, à la diminution du bien-être de la victime, c'est-à-dire au préjudice affectif¹⁹²⁴. On a vu combien l'agrément, à travers la multiplication des chefs de préjudices moraux, bénéficie d'une protection généreuse par le droit de la responsabilité civile. Mais une question se pose : faut-il forcément que la victime ait souffert ou qu'elle risque de souffrir pour qu'il y ait responsabilité civile ou alors ses intérêts extrapatrimoniaux, physiques ou moraux, sont-ils aussi protégés en tant que tels ?

352. Protection autonome des intérêts extrapatrimoniaux de la victime – vérifications spéciales. Concernant les intérêts moraux, on a déjà vu qu'une certaine interprétation de la jurisprudence relative aux droits de la personnalité permet de prendre parti pour la thèse de la protection autonome des intérêts extrapatrimoniaux de la victime. La Cour de cassation admet que des dommages et intérêts puissent être accordés au seul constat d'une atteinte à un de ces droits¹⁹²⁵. Pourtant, plutôt que d'y voir une présomption de préjudice moral ou que de conclure à l'émancipation de la théorie des droits subjectifs de l'institution de la responsabilité, on peut tout simplement considérer que la lésion effective ou potentielle d'un droit de la personnalité ou d'une liberté publique est un résultat juridique classique, tout à fait apte à fonder la mise en œuvre de la responsabilité civile¹⁹²⁶. Il y a donc bien une protection autonome, indépendante de toute souffrance concrète de la victime, de ses intérêts moraux.

La question est plus délicate pour ce qui est de savoir si l'intégrité physique de la personne est protégée pour elle-même. Il faut en effet déterminer si la seule atteinte à l'intégrité physique de la personne suffit à fonder la responsabilité civile de son auteur. Or, chaque blessure, chaque handicap, chaque mort, est en principe accompagné de douleur physique et morale, d'une dégradation du bien-être de la victime immédiate ou de victimes par ricochet. Si l'on s'intéresse à la doctrine, on peut douter du caractère suffisant de l'atteinte ou de la menace de l'intégrité physique d'autrui. Nombre d'auteurs n'envisagent que les conséquences d'une lésion corporelle¹⁹²⁷. Rares sont ceux qui affirment que l'atteinte à l'intégrité physique

ses frontières. Sur cette question, qu'il n'est évidemment pas question de traiter ici, v. not. P. KAYSER, art. *cit.* Plus généralement, sur la controverse relative à la question, v. J.-Ch. SAINT-PAU, *L'anonymat et le droit*, préc., n° 481 et s., et J.-Ch. SAINT-PAU *et alii*, *Traité des droits de la personnalité*, préc., et Sur les rapports du droit de la responsabilité civile et des droits de la personnalité, v. aussi *supra* n° 69 et 211.

¹⁹²⁴ Sur cette notion v. *supra* n° 430.

¹⁹²⁵ V. not. Civ. 1, 5 nov. 1996 : *JCP*, 1997, I, 4025, obs. G. VINEY, et II, 22805, note J. RAVANAS, Civ. 3, 25 févr. 2004, préc., et Civ. 2, 18 mars 2004 : *Bull. civ.*, n° 137.

¹⁹²⁶ Pour des références et pour plus de développements, v. *supra* n° 69.

¹⁹²⁷ V. not. Ch. AUBRY et Ch. RAU par N. DEJEAN DE LA BÂTIE, *Droit civil français*, préc., n° 12, Ph. BRUN, *op. cit.*, n° 215 et s., A. COLIN et H. CAPITANT par L. JULLIOT DE LA MORANDIERE, *Traité de droit civil*, t. 2, préc., n° 1074, Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *La responsabilité civile délictuelle*, préc., n° 28 et s., Ph. LE TOURNEAU *et alii*, *Droit de la responsabilité et des contrats*, préc., n° 1530 et s., et 1581 et s., et G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. cit.*, n° 252 et s., et 261 et s.

en tant que telle justifie à elle seule une indemnisation¹⁹²⁸. Quant à la jurisprudence, les solutions ne sont pas très sûres. Certains chefs de préjudice pourraient apporter une réponse à la question. En fait de préjudice esthétique tout d'abord, une simple lésion paraît pouvoir suffire dès lors qu'elle aurait une certaine nature (amputation d'un membre par exemple) ou serait située à un endroit malheureux (lacération du visage). Pour autant, ce préjudice est souvent considéré comme une conséquence de la lésion corporelle et ce que l'on répare serait alors moins la lésion en elle-même que la diminution du bien-être de la victime résultant de la conscience de son enlaidissement¹⁹²⁹. Si la jurisprudence paraît en avoir une conception moins subjective, il se pourrait fort bien qu'elle prenne tout de même en compte les implications pécuniaires et sociales de la lésion plutôt que l'atteinte à l'intégrité corporelle elle-même¹⁹³⁰. En revanche, le préjudice physiologique¹⁹³¹ semble n'être autre chose qu'une atteinte à l'intégrité physique de la personne. Confondu initialement avec les conséquences économiques de la lésion au sein de la notion d'incapacité, les lois du 27 décembre 1973 et du 5 juillet 1985 auraient obligé à l'en distinguer pour évaluer les indemnités et déterminer l'assiette du recours des tiers-payeurs¹⁹³². Pour autant, la distinction ne paraît pas encore claire pour la jurisprudence¹⁹³³. La distinction du préjudice physiologique d'avec le préjudice d'agrément semble au contraire plus ferme¹⁹³⁴. Alors que certains ont souhaité l'absorption du premier par le second¹⁹³⁵, signe qu'ils ne l'envisagent que par sa signification pour le bien-être de la personne et non en tant que lésion même, il a pu être jugé par exemple que « l'indemnité due par le responsable doit réparer non seulement l'atteinte à l'intégrité physique de la victime, mais aussi, le cas échéant, le préjudice résultant de la diminution des plaisirs de la vie, causée notamment par l'impossibilité ou la difficulté de se livrer à certaines activités normales d'agrément »¹⁹³⁶. La seule lésion corporelle semble donc pouvoir fonder la responsabilité civile de celui qui l'a causée. En effet, on la distingue bien ici du préjudice

¹⁹²⁸ En ce sens, très clairement, v. F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, préc., n° 708.

¹⁹²⁹ V. très clairement en ce sens, J. CARBONNIER, *Droit civil. Les biens, les obligations*, préc., n° 1123.

¹⁹³⁰ V. par exemple, T. Seine, 11 oct. 1937, *Princesse de Broglie*, cité in Ph. LE TOURNEAU *et alii*, *op. cit.*, n° 1584, note 6, affaire dans laquelle on prit en compte ce préjudice tout en prenant soin de préciser que la victime avait été empêchée de se décoller pendant deux ans. L'implication sociale de la lésion, et donc le préjudice affectif, semble avoir pris le pas sur la lésion elle-même. *Adde* G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. cit.*, n° 265.

¹⁹³¹ Aussi qualifié de fonctionnel ou de biologique par la doctrine, v. G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. cit.*, n° 262.

¹⁹³² *Ibid.*

¹⁹³³ V. not. Soc., 16 nov. 1983 : *Bull. civ.*, n° 559, qui souligne le fait que les troubles physiologiques ont affecté les conditions de travail de la victime. *Adde* Ph. LE TOURNEAU *et alii*, *op. cit.*, n° 1533, qui signale que la méthode d'indemnisation des incapacités de travail au point d'invalidité permanente partielle (IPP) favorise une telle confusion, et G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil. Les effets de la responsabilité*, préc., n° 119 et s.

¹⁹³⁴ V. not. Civ. 2, 19 mars 1997, *Roisse* : *Bull. civ.*, n° 79. Cette distinction est moins claire pour certains auteurs. V. not. Ph. LE TOURNEAU *et alii*, *op. cit.*, n° 1533, 1586 et 1590, qui semblent y voir une lésion appréciable *in abstracto* (« une jambe est une jambe », n° 1533) mais aussi une forme de préjudice moral pour la victime, une forme de souffrance qui lui serait personnelle (*ibid.*), distincte de la lésion elle-même (n° 1590).

¹⁹³⁵ V. not. L. CADIET, *Le préjudice d'agrément*, préc., n° 80 et s.

¹⁹³⁶ Paris, 2 déc. 1977 : *D.*, 1977, note Y. LAMBERT-FAIVRE, p. 285. *Adde* Crim., 27 nov. 1990 : *Bull. crim.*, n° 405.

d'agrément sans pour autant la confondre avec les implications économiques qui peuvent l'accompagner. Enfin, le droit positif pourrait, avec l'intégration de la nomenclature Dinthilac¹⁹³⁷, distinguer clairement les préjudices patrimoniaux, la diminution de la qualité de vie (préjudice affectif), et l'incapacité fonctionnelle ou les atteintes aux fonctions physiologiques (dommage corporel), bien que les deux derniers, du fait de leur nature extrapatrimoniale, soient fondus dans les catégories générales de déficits fonctionnels temporaire et permanent.

353. Protection autonome des intérêts extrapatrimoniaux de la victime – argument général. Exiger une diminution du bien-être de la victime impliquerait de faire de la représentation subjective de la lésion une condition nécessaire à l'existence du préjudice à la personne et donc à la protection des victimes. La conséquence en serait que si le préjudice patrimonial, lié qu'il est à la fortune et à son support juridique, le patrimoine, pourrait toucher toutes les personnes juridiques, le préjudice affectif, supposant la conscience¹⁹³⁸, serait le propre des êtres qui ressentent la lésion, à l'exclusion rationnelle des personnes morales et des personnes humaines inconscientes¹⁹³⁹. La jurisprudence admet pourtant la réparation de leurs préjudices extrapatrimoniaux.

Concernant ces dernières personnes, la question se posa notamment au sujet des personnes en état végétatif chronique. C'est la chambre criminelle de la Cour de cassation qui admit en premier lieu la réparation de leurs préjudices¹⁹⁴⁰. Ce n'est que plus tard qu'elle fut clairement rejointe par la deuxième chambre civile¹⁹⁴¹. Si la position du droit positif est aujourd'hui ferme et claire¹⁹⁴², la question n'a pas manqué de créer un vif débat doctrinal opposant subjectivistes et objectivistes¹⁹⁴³. Les premiers, hostiles à l'indemnisation, avançaient, d'une

¹⁹³⁷ Sur sa valeur en droit positif, v. M. ROBINEAU, « Le statut normatif de la nomenclature Dinthilac des préjudices », *JCP*, 2010, 612.

¹⁹³⁸ L'ambiguïté de la notion de conscience a été relevée par certains. Il est vrai qu'elle recouvre de nombreuses situations allant du trouble du discernement à la perte totale de connaissance. C'est pourquoi il convient de distinguer avec eux les différentes situations pour n'exclure des victimes possibles du préjudice à la personne que les personnes qui ne ressentent, physiquement et moralement, absolument rien. En ce sens, v. L. CADIET, *op. cit.*, n° 33, C. EDON-LAMBALLE, *Conscience et responsabilité civile*, préc., n° 615 et s., et spéc. n° 722 et s., Ph. LE TOURNEAU *et alii*, *op. cit.*, n° 1561, et X. PRADEL, *Le préjudice dans le droit civil de la responsabilité*, préc., n° 206.

¹⁹³⁹ V. L. CADIET, *op. cit.*, n° 343 et s. ; et C. EDON-LAMBALLE, *op. et loc. cit.*

¹⁹⁴⁰ V. not. Crim., 3 avr. 1978, *Ory : D.*, 1979, IR, obs. Ch. LARROUMET, p. 64, Crim., 11 oct. 1988, préc., et Crim., 14 mars 1991 : *JCP*, 1991, IV, p. 238.

¹⁹⁴¹ Civ. 2, 22 févr. 1995 : *D.*, 1995, somm., obs. D. MAZEAUD, p. 233 ; *JCP*, 1995, I, 3853, chron. G. VINEY ; *Resp. civ. et ass.*, hors-série déc. 1998, n° 49, note M.-A. PEANO, p. 69 ; et *RTD civ.*, 1995, obs. P. JOURDAIN, p. 629, et Civ. 2, 28 juin 1995 : *Resp. civ. et ass.*, hors-série déc. 1998, n° 50, note H. GROUDEL, p. 71.

¹⁹⁴² V. cependant plus récemment, Crim., 5 oct. 2010 (2 arrêts) : *Resp. civ. et assur.*, 2011, comm. n° 4 ; et *RTD Civ.*, 2011, chron. P. JOURDAIN, p. 353, qui autorise les juges du fond à refuser la réparation, au profit d'une personne dans le coma, de la douleur éprouvée en raison de la perte de son espérance de vie.

¹⁹⁴³ Sur lequel v. not. Ph. BRUN, *op. cit.*, n° 202 et s., S. GROMB, « De la conscience dans les rapports végétatifs et de l'indemnisation », *Gaz. Pal.*, 1991, doctr., pp. 326 et s., C. EDON-LAMBALLE, *op. cit.*, n° 686 et s., Ph. LE TOURNEAU *et alii*, *op. cit.*, n° 1558 et s., D. MAZEAUD, obs. *cit.*, X. PRADEL, *op. cit.*, n° 206 et s., G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil. Les conditions de la responsabilité*, préc., n° 265-1.

part, que la lésion devait exister, ce qui n'était pas le cas des préjudices moraux faute de conscience de la victime, et, d'autre part, plus généralement et plus radicalement, que la réparation ne remplissait pas sa fonction, la victime ne pouvant en tirer satisfaction, et ne profitait donc qu'à la famille de cette dernière¹⁹⁴⁴. Les objectivistes, au contraire, estimaient que réparer ce préjudice était une solution éthique écartant tout risque d'une réification de la personne et glorifiant sa dignité¹⁹⁴⁵, voire technique, les incertitudes scientifiques quant à la conscience ou l'inconscience de la personne devant profiter à la victime sous la forme d'une présomption de conscience¹⁹⁴⁶. Sans entrer dans les détails de ses argumentations, on se contentera de dire qu'il n'a jamais été question de priver la victime de toute indemnité – seuls les préjudices moraux de la victime initiale étant concernés par l'exclusion de la réparation – et que la proposition consistant à placer la question sur le terrain de la preuve est contestable. Hormis le fait qu'en matière de responsabilité civile, ce sont le plus souvent la faute et le lien de causalité qui sont présumés dans l'intérêt de la victime, celle-ci conservant à sa charge la preuve du résultat légal¹⁹⁴⁷, il n'y a aucune raison pour que le doute soit favorable à la victime plutôt qu'à l'auteur. Une telle conception semble d'ailleurs avoir été rejetée par un arrêt qui a accordé réparation à une personne en état végétatif chronique alors même qu'il était scientifiquement garanti qu'elle ne ressentait rien¹⁹⁴⁸. L'explication de cette indemnisation, si elle peut être justifiée, devra donc l'être autrement si elle désire convaincre.

¹⁹⁴⁴ V. L. CADIET, *op. cit.*, n° 30 et s. et 438 et s., et « Les métamorphoses du préjudice », *Les métamorphoses de la responsabilité*, P.U.F., 1998, pp. 63 et s. C. EDON-LAMBALLE, *op. cit.*, n° 617 et s., J.-L. EVADE, « La réparation du préjudice résultant de l'état végétatif du blessé », *Gaz. Pal.*, 1991, doct., pp. 339 et s., D. MAZEAUD, « Famille et responsabilité (Réflexions sur quelques aspects de "l'idéologie de la réparation") », *Mél. P. Catala*, Litec, 2001, pp. 569 et s., et Ph. LE TOURNEAU *et alii*, *op. cit.*, n° 1560 et s.

¹⁹⁴⁵ En ce sens, v. Ph. BRUN, *op. cit.*, n° 203, C. CHAMBONNAUD, « L'indemnisation des victimes inconscientes », *Gaz. Pal.*, 1991, doct., pp. 332 et s., S. GROMB, art. *cit.*, Ch. LAPOYADE-DESCHAMPS, L. BLOCH et S. MORACCHINI-ZEIDENBERG, *Droit des obligations*, préc., p. 167, G. VINEY, chron. sous Civ. 2, 22 févr. 1995, préc., et G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. et loc. cit.*, Cette considération n'a jamais été rejetée par les subjectivistes (v. L. CADIET, *op. cit.*, n° 32) et a même été reprise par eux et retournée contre leurs initiateurs (v. D. MAZEAUD, obs. sous Civ. 2, 22 févr. 1995, préc., et art. *cit.*). Un auteur a approfondi la question en lui donnant un tour plus technique. M. Berg (« Le dommage objectif », *Mél. G. Viney*, préc., pp. 63 et s.), considérant, comme nous, qu'il ne peut y avoir préjudice affectif, estime, contrairement à nous, que ce qui est réparé, c'est le dommage résultant de la lésion d'une valeur collective et objective « *telle la dignité humaine* ». Pour intéressante qu'elle soit, l'analyse peut être remise en question. En effet, l'atteinte à la dignité ne résulte pas de la lésion corporelle infligée, sans quoi toute victime d'une telle atteinte, consciente ou inconsciente, pourrait obtenir réparation d'un tel dommage. La dignité humaine paraît plutôt heurtée par la non-indemnisation de la victime, ce qui n'est pas le fait de l'auteur mais du droit objectif. Cette conception paraît en outre excessive puisqu'elle conduit à la violation contestable de l'exigence d'un préjudice personnel. Sur cette question, v. *infra* n° 363 et s.

¹⁹⁴⁶ V. not. P. JOURDAIN, obs. sous Civ. 2, 22 févr. 1995, préc., et X. PRADEL, *op. cit.*, n° 207.

¹⁹⁴⁷ V. tout particulièrement, C. EDON-LAMBALLE, *op. cit.*, n° 707 et s., qui démontre magistralement comment cet argument conduit à créer une présomption irréfragable – faute pour l'auteur de pouvoir prouver l'inconscience de la victime et donc l'absence de préjudice affectif – sur le fondement d'une incertitude, alors que la présomption doit normalement permettre la déduction d'un fait inconnu à partir d'un fait connu. *Adde* D. MAZEAUD, obs. sous Civ. 2, 22 févr. 1995, préc., et F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n° 698.

¹⁹⁴⁸ V. Civ. 2, 22 févr. 1995, préc. Cela confirme l'opinion rapportée à la note précédente.

Il en est de même de la réparation de ses « *fantasmes de fantômes* », selon le mot du doyen CARBONNIER¹⁹⁴⁹, que sont les préjudices moraux des personnes morales. Elle a été progressivement admise par les juges français¹⁹⁵⁰ et européens¹⁹⁵¹. On indemnise ainsi, en droit positif, la lésion subie par elle du fait de l'atteinte portée à leur droit au nom, à leur réputation ou à leur vie privée, etc.¹⁹⁵². La doctrine n'est pas toujours convaincue que ce soit vraiment un préjudice extrapatrimonial propre à la personne morale qui est alors réparé. Il s'agirait soit de pertes économiques, soit de la lésion d'intérêts collectifs égoïstes ou altruistes¹⁹⁵³. Pour autant, elle semble toutefois admettre qu'il est des hypothèses, comme en cas de violation de la vie privée, où l'on réparerait effectivement l'atteinte aux sentiments de la personne morale¹⁹⁵⁴. On critique alors la dérive anthropomorphique d'une conception par trop organiciste de ces personnes juridiques¹⁹⁵⁵.

Par-delà ces arguments, il semble qu'une autre explication puisse proposée, commune à ces solutions prétoriennes. Si le préjudice à la personne est bien le préjudice affectif, c'est-à-dire une diminution du bien-être de la victime, il est nécessaire, rationnellement, que celle-ci ressente un mal ou un désagrément quelconque pour que le préjudice existe. En présence d'une personne dépourvue de sensations ou d'émotions, qu'il s'agisse d'une personne physique ou d'une personne morale, il est donc inconcevable de parler de préjudice moral. Le Verbe a bien des pouvoirs, mais il ne peut changer la réalité. S'il n'y a pas de conscience, il n'y a pas de souffrance, et s'il n'y a pas de souffrance, il n'y a pas de préjudice affectif¹⁹⁵⁶. En revanche, il est certain que le refus de toute indemnisation peut choquer, et ce, indépendamment de toute idée de peine privée. Le retraité, le chômeur, le rentier, amputés et inconscients, doivent-ils être laissés sans autre réparation que celle assurant leur maintien en

¹⁹⁴⁹ *In op. cit.*, n° 112. Sur cette question, v. aussi G. LOISEAU, « Des droits humains pour personnes non humaines », *D.*, 2011, chron., pp. 2558 et s., Ph. STOFFEL-MUNCK, « Le préjudice moral des personnes morales », *Mél. Ph. Le Tourneau*, préc., pp. 959 et s., G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. cit.*, n° 260, V. WESTER-OUISSE, « Le préjudice moral des personnes morales », *JCP*, 2003, I, 145, et « La jurisprudence et les personnes morales. Du propre de l'homme aux droits de l'homme », *JCP*, 2009, I, 121, et G. WICKER, *Rép. civ. Dalloz, V° Personne morale*, 1998, n° 65 et s.

¹⁹⁵⁰ V. not. Crim., 5 juin 1996 (implicite) : *Bull. crim.*, n° 236, Crim., 27 nov. 1996 : *Bull. crim.*, n° 431, et Com., 15 mai 2012 : *D.*, 2012, obs. X. DELPECH, p. 1403 ; et *Resp. civ. et assur.*, 2012, comm. n° 191.

¹⁹⁵¹ V. not. CEDH, 6 avr. 2000, *Commingsoll SA c/ Portugal*, req. 00035382/97, et CEDH, 16 avr. 2002, *Stes Colas Est et a. c/ France*, req. 00037971/97.

¹⁹⁵² V. not. TGI Paris, 8 juill. 1970 : *D.*, 1972, note J.-C. FOURGOUX, p. 88, Com., 27 mai et 5 nov. 1986 : *D.*, 1987, note J.-J. BURST, p. 22, et Crim., 27 nov. 1996, préc. Pour plus d'exemples, G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. et loc. cit.*, et V. WESTER-OUISSE, art. précités., et référ. citées.

¹⁹⁵³ V. not. M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations. 2- Responsabilité civile et quasi-contrats*, préc., p. 128 et s., et V. WESTER-OUISSE, « Le préjudice moral des personnes morales », préc. Rapp. G. LOISEAU, art. cit.

¹⁹⁵⁴ *Ibid.* Adde L. CADIET, *op. cit.*, n° 348.

¹⁹⁵⁵ V. not. C. DREVEAU, « Réflexions sur le préjudice collectif », *RTD Civ.*, 2011, pp. 249 et s., J. HERON par Th. LE BARS, *Droit judiciaire privé*, préc., n° 78, et surtout G. LOISEAU, art. cit., et V. WESTER-OUISSE, art. cit., « Dérives anthropomorphiques de la personnalité morale : ascendances et influences », *JCP*, 2009, I, 137, et « Responsabilité pénale des personnes morales et dérives anthropomorphiques », *Rev. pénit.*, 2009, pp. 63 et s. Sur cette question, v. aussi *infra* spéc. n° 507 et s.

¹⁹⁵⁶ A ce titre, les récents arrêts de la chambre criminelle en date du 5 octobre 2010 (préc.) doivent être très vivement salués.

vie ? Doit-on admettre que le tétraplégique se fasse marcher sur les pieds sous prétexte qu'il n'en ressentira pas de douleur ? Nous ne le pensons pas. Mais une telle réponse n'implique pas qu'il faille bafouer la raison et la technique juridique. « *Rigorisme intellectuel* » et humanisme¹⁹⁵⁷ ne sont pas antinomiques. Il y a un moyen technique de les concilier : la protection autonome des intérêts extrapatrimoniaux de la victime. Car il y a bien ici une lésion, celle du corps pour les personnes physiques ou des intérêts moraux (droit à l'image, réputation, etc.) pour les personnes morales, intérêts qui sont des biens juridiques et qui méritent à ce titre la protection du droit de la responsabilité lorsqu'ils sont lésés ou menacés. C'est ainsi qu'il semble falloir interpréter la jurisprudence et c'est dans cette voie qu'elle doit s'engager pour rendre ses positions fermes et indiscutables. On ne répare pas la souffrance mais la lésion corporelle ou l'atteinte aux droits de la personnalité¹⁹⁵⁸. C'est d'ailleurs clairement en ce sens que semblent se prononcer les premiers arrêts relatifs à la personne humaine en état végétatif chronique ou atteinte de démence totale¹⁹⁵⁹. De même, c'est ce qui explique que l'on ne répare pas – mais cela pour combien de temps encore ? – le préjudice d'affection des personnes morales, lequel suppose, à la différence de l'atteinte à la vie privée – qui peut renvoyer, pour une personne morale, au secret de ses affaires, une aptitude à souffrir.

En fin de compte, il apparaît bien que le bien-être n'est pas le seul intérêt protégé par le droit de la responsabilité civile qui accorde son soutien aux victimes, quel que soit le bien juridique dégradé. Cet état du droit positif, conforme à l'orientation fonctionnelle du droit de la responsabilité civile, paraît en cela tout à fait justifié.

B- Justification de la protection universelle des intérêts par le droit civil de la responsabilité

354. Justification technique et fonctionnelle. La justification de la protection universelle des biens juridiques par le droit civil de la responsabilité est double.

Du strict point de vue technique d'une part, cette application de la responsabilité juridique se caractérise par l'universalité de la *clausula generalibus* de l'article 1382 qui ne permet pas, *de lege lata*, d'opérer de distinction entre les différents intérêts ou valeurs appréhendés par le

¹⁹⁵⁷ V. C. CHAMBONNAUD, art. cit.

¹⁹⁵⁸ Assez proches, v. L. CADIET, *op. cit.*, n° 33, Ph. LE TOURNEAU *et alii*, *op. cit.*, n° 1560, et D. MAZEAUD, obs. sous Civ. 2, 22 févr. 1995, préc. Moins clairs, rapp. H. GROUDEL, « La réparation du préjudice des grands handicapés », *Resp. civ. et ass.*, hors-série déc. 1998, pp. 63 et s., note n° 46 sous Crim. 11 oct. 1988, préc., M.-A. PEANO, note sous Civ. 2, 22 févr. 1995, préc., et J.-Ch. SAINT-PAU, *Jouissance des droits civils. Droit au respect de la vie privée. Régime. Action*, préc., n° 87 et s. *Contra* F. LEDUC, art. cit.

¹⁹⁵⁹ V. Crim., 3 avr. 1978, préc. : « *l'indemnisation d'un dommage n'est pas fonction de la représentation que s'en fait la victime, mais de sa constatation par les juges et de son évaluation objective* ». Plus clairement, la chambre criminelle a aussi pu casser un arrêt aux motifs que les juges du fond n'avaient pas tenu « *compte du préjudice physiologique (dont on a vu qu'il pouvait correspondre au dommage corporel) et économique* » (préjudice patrimonial dont il n'a jamais été question de laisser à la charge d'une quelconque personne physique ou morale) de la victime. V. Crim., 11 oct. 1988, préc.

droit. Il est vrai que, *de lege ferenda*, certains suggèrent d'abandonner cette appréhension universelle des intérêts juridiques par le droit civil de la responsabilité. C'est ainsi que le projet de réforme du droit de la responsabilité civile de l'Académie des sciences morales et politiques propose de créer des régimes de délits spéciaux applicables pour la réparation d'un nombre limité de préjudice. La responsabilité du fait des choses, par exemple, ne pourrait être mobilisée que pour l'indemnisation des atteintes à l'intégrité physique ou psychique, tout comme le régime de responsabilité du fait des installations classées ou des produits défectueux, que le projet admet de mettre aussi en œuvre en cas d'atteinte aux biens¹⁹⁶⁰. Le seul argument technique ne suffit donc pas.

C'est la raison pour laquelle, il faut invoquer, d'autre part, une raison fonctionnelle. Le droit civil de la responsabilité, en effet, ne paraît jouait pleinement son rôle de protection des victimes qu'en protégeant chacun de leurs intérêts. Au service des sujets de droit, il doit assurer au mieux le rééquilibrage de leurs intérêts en leur restituant l'avantage qu'elles auront anormalement perdu, ou, dans l'impossible, en leur en attribuant un autre à titre de compensation satisfaisante. Limiter son intervention à la protection de certains biens juridiques seulement, trier parmi les intérêts dont les lésions indemnisables ou à prévenir ne reposerait donc sur aucune raison valable¹⁹⁶¹. Au contraire, exiger une perte pécuniaire, c'est se montrer discriminant à l'égard des personnes non fortunées, et requérir une souffrance chez la victime revient à frapper de mépris les sujets de droits insensibles, et ce, alors même qu'il y aurait eu lésion effective de l'un de leurs intérêts. SAVATIER n'a-t-il pas écrit que « *le propre de la responsabilité est de rétablir, aussi exactement que possible, l'équilibre détruit par le dommage, en remettant la victime, aux dépens du responsable, dans la situation où elle aurait été sans l'acte reproché à celui-ci* »¹⁹⁶². Cela vaut quel que soit le bien juridique dégradé. Favorable, enfin, aux victimes et à la promotion des droits subjectifs, une telle solution est tout à fait dans le sens de l'évolution du droit civil depuis la fin du XIX^e siècle et conforme à la fonction victimaire de la responsabilité civile.

Au contraire, le droit pénal qui ne la connaît pas, et n'a pas à la connaître, peut se permettre de n'offrir qu'une protection sélective des biens juridiques.

¹⁹⁶⁰ V. articles 20, 23 et 35 du projet de réforme du droit de la responsabilité civile de l'Académie des sciences morales et politiques, publié *in Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, préc. Pour des propositions de même nature, *adde* la hiérarchisation – floue – des intérêts proposée à l'article 2:102 des Principes européens du droit de la responsabilité civile, consultables à l'adresse suivante : <http://civil.udg.edu/php/biblioteca/items/288/PETLFrench.doc>.

¹⁹⁶¹ D'aucuns affirment que ne réparer que l'appauvrissement et le désagrément permettrait de « *restreindre l'envolée des indemnisations* », Ch. LAPOYADE-DESCHAMPS, « Quelle(s) réparation(s) ? », préc. Rapp. Ph. BRUN, *op. cit.*, n° 215, et L. CADIET, *op. cit.*, not. n° XI, et art. *cit. Contra* v. M. FABRE-MAGNAN, « Le dommage existentiel », préc. L'idée est peu convaincante. Plus efficace serait l'application de la proposition de M. Cadiet (*op. cit.*) de fondre l'ensemble des préjudices moraux dans une notion et dans un chef unique de préjudice affectif, et celle de certains auteurs de retenir une conception moniste d'un droit unique et général de la personnalité, de préférence à la reconnaissance de droits multiples et spéciaux de la personnalité. En ce sens, v. L. MARINO, *Responsabilité civile, activité d'information et médias*, P.U.A.M./Economica, coll. Droit de l'audiovisuel, 1997, n° 320 et s., et J.-Ch. SAINT-PAU, *op. cit.*, n° 491 et s., et 538 et s., et « L'article 9 du code civil : matrice des droits de la personnalité », préc.

¹⁹⁶² *In op. cit.*, n° 601. V. avec les mêmes termes, en jurisprudence, Civ. 1, 30 mai 1995, *JCP*, 1995, IV, 1810.

§2. La protection sélective des intérêts par le droit pénal de la responsabilité

355. Au-delà de la légitimité de l'intérêt. La protection pénale des biens juridiques ne peut se contenter de l'exigence de légitimité de l'intérêt. Sa fonction de protection sociale et d'expression des valeurs de cette dernière impose au droit pénal de dépasser les exigences du concept de responsabilité juridique. La protection des intérêts et des valeurs doit se faire plus sélective. Le droit positif, on va le démontrer, est en ce sens (A), ce qui est totalement justifié et doit, par conséquent, être pleinement approuvé (B).

A- Démonstration de la protection sélective des intérêts par le droit pénal de la responsabilité

356. Précisions. Dire que la protection des biens juridiques par le droit pénal est sélective ne signifie pas pourtant qu'elle soit rare. De fait, nombreux sont les intérêts dont la lésion ou la menace sont incriminées. L'importance de l'opinion publique dans un système démocratique conduit naturellement le législateur, en tant qu'hommes politiques, à faire un usage souvent boulimique de la loi pénale. Reste que la dégradation de certains intérêts demeurent tout de même indifférente au droit criminel. Tel est ainsi le cas, par exemple, de l'appauvrissement (1) ou de la frustration de la victime (2).

1. L'indifférence de l'appauvrissement de la victime

357. Protection exclusive du patrimoine juridique – droits réels. Les infractions protégeant les biens sont nombreuses¹⁹⁶³. A travers elles, le droit positif protège les droits réels et personnels et témoigne de l'attachement de la société au patrimoine en tant que valeur fondamentale. Mais il ne protège que le seul patrimoine juridique, alors que la fortune de la victime, la valeur vénale des biens lésés, bref le patrimoine économique, sont totalement indifférents en droit pénal¹⁹⁶⁴.

Prenons l'exemple de l'abus de confiance. Si l'article 408 de l'ancien Code pénal ne visait ni le dommage ni le préjudice, tel n'est pas le cas de celui actuellement en vigueur qui requiert que le détournement soit accompli « *au préjudice d'autrui* ». Cependant, la jurisprudence se satisfait de longue date d'un simple préjudice éventuel¹⁹⁶⁵, soit d'un risque

¹⁹⁶³ Outre les ouvrages de droit pénal spécial et droit pénal des affaires, v. R. OLLARD, *La protection pénale du patrimoine*, préc., et, pour une approche critique moins classique, E. PALVADEAU, *Le contrat en droit pénal*, préc., spéc. n° 370 et s. *Adde supra* n° 68.

¹⁹⁶⁴ En ce sens, v. R. OLLARD, *op. cit.*

¹⁹⁶⁵ Crim., 18 mars 1936 : *Gaz. Pal.*, 1936, 1, p. 880. Sur cette évolution, v. not. E. PALVADEAU, *op. cit.*, n° 234 et s.

de préjudice, et la précision de l'article 313-1 du Code pénal ne l'a pas arrêtée¹⁹⁶⁶. Ainsi le fait, pour l'employé d'une laiterie, d'additionner de l'eau au lait afin d'en retirer la différence de prix a donné lieu à condamnation alors même que l'employeur avait reçu les sommes auxquelles il avait droit au titre des paies de lait. Le risque de perte de confiance de la clientèle et donc de revenus a suffi à fonder la répression¹⁹⁶⁷. La Cour de cassation se contente généralement du détournement, soit de l'interversion de possession. Elle va parfois plus loin en décidant que « *l'existence d'un préjudice souffert par la partie civile se trouve incluse dans la constatation du détournement d'une chose visée par l'article 408* », ce qui dispense les juges de le vérifier. Les deux positions sont différentes voire opposées : le préjudice n'est plus seulement éventuel, il existe bel et bien dès lors qu'il y a détournement. Plusieurs interprétations ont été données, raisonnant pour certaines sur le terrain probatoire et pour d'autres sur celui du fond du droit. On y a vu, en premier lieu, une présomption irréfragable, qui de préjudice économique, qui de préjudice moral. La nature des choses détournées pourrait ainsi impliquer, d'une part, l'atteinte à la fortune¹⁹⁶⁸. La qualification juridique de bien supposerait ainsi que l'objet à laquelle elle s'applique ait une certaine valeur pécuniaire. Néanmoins, on remarquera que le texte utilise le qualificatif « *quelconque* ». Or, cela n'a pas été entendu par la jurisprudence comme étant la clef qui lui aurait permis de sanctionner l'abus de confiance portant sur un bien immeuble¹⁹⁶⁹. Le terme ne semblant pas renvoyer à la nature du bien, on peut donc penser qu'il renvoie à sa valeur, si bien que le simple détournement, puisqu'il pourrait porter sur un bien sans utilité économique, n'impliquerait pas l'existence d'un préjudice économique. Un auteur ajoute par ailleurs que si tout bien « *doit être évaluable en argent*¹⁹⁷⁰, *cessibles entre vifs et transmissibles à cause de morts, ces différents attributs de la patrimonialité n'impliquent pas qu'un bien doive être pourvu de valeur économique* », le critère de qualification des biens étant en fait la commercialité. Ce serait alors la notion même de bien, sans regard pour sa qualification de quelconque, qui commanderait de tenir pour indifférente la valeur économique de ce dernier¹⁹⁷¹. Quant à la présomption de préjudice moral, d'autre part, elle suppose que l'on admette que « *la seule titularité du droit de propriété permettrait (...) de présumer un attachement affectif ou sentimental à la chose objet du droit* »¹⁹⁷² ou, plus simplement, que toute atteinte portée à un droit subjectif entraîne un sentiment de frustration propre à faire naître un tel préjudice¹⁹⁷³, ce

¹⁹⁶⁶ Crim., 3 déc. 2002 : *Bull. crim.*, n° 232.

¹⁹⁶⁷ Crim., 6 avr. 1882 : *Bull. crim.*, n° 92, cité in R. OLLARD, *op. cit.*, n° 600.

¹⁹⁶⁸ Ph. CONTE, *Droit pénal spécial*, préc., n° 555.

¹⁹⁶⁹ Ne peut constituer un abus de confiance « *l'utilisation abusive d'un bien immobilier ou de droits réels portant sur un immeuble* » (Crim., 14 janv. 2009 : *Dr. pénal*, mai 2009, note M. VERON, p. 29 ; *JCP*, 166, note G. BEAUSSONIE).

¹⁹⁷⁰ On signalera qu'un bien, s'il est évaluable en argent, peut fort bien l'être à hauteur de 0 euro.

¹⁹⁷¹ R. OLLARD, *op. cit.*, n° 609, et plus généralement, n° 314 et s.

¹⁹⁷² *Ibid.*, n° 611.

¹⁹⁷³ Cette interprétation, qui rappelle JHERING (*in La lutte pour le droit*, préc.), est avancée par G. VINEY et P. JOURDAIN, *in op. cit.*, n° 270. On compenserait le « *sentiment de frustration qu'engendrerait la conscience du mépris dans lequel l'auteur de l'infraction tient le droit qu'il a méconnu* ».

qui est bien évidemment excessif. puisque, déjà contestable en droit civil, cette raison l'est d'autant plus en droit pénal qu'il subordonnerait la répression de l'abus de confiance à sa connaissance par la victime¹⁹⁷⁴. C'est donc plus vraisemblablement sur le terrain substantiel, en second lieu, qu'il faut se placer. En réalité, le détournement, qui se caractérise par l'interversion de possession, implique bien un résultat mais non un appauvrissement économique. Celui-ci reste indifférent, seule compte la lésion du droit de propriété qui, nécessaire au regard de la *ratio legis* de l'infraction, est de fait comprise dans le détournement. Il en résulte que l'abus de confiance illustre que, pour ce qui est des atteintes abstraites aux biens¹⁹⁷⁵, le patrimoine juridique est en fait le seul intérêt juridique protégé¹⁹⁷⁶.

Qualifiées d'atteintes matérielles¹⁹⁷⁷ ou physiques¹⁹⁷⁸ aux biens par la doctrine, le type d'infractions que sont les destructions, dégradations et détériorations du bien d'autrui peuvent aussi l'être de concrètes en tant que, si elles réalisent une atteinte au droit de propriété, c'est *via* le corps de l'objet du droit. Les textes qui y sont relatifs visent, pour certains, le dommage mais l'idée même est comprise dans l'appellation de ces infractions tant elles reflètent l'image archétypale du dommage matériel. De plus, il suffit de dire que la destruction matérielle d'un bien est une prérogative relevant de l'*abusus* du propriétaire : détruire un bien, c'est donc se comporter comme le maître de la chose¹⁹⁷⁹. Mais le droit positif se satisfait-il de cette atteinte à la propriété ou faut-il en outre une atteinte ou un risque pour la fortune de la victime effective de l'infraction ? La jurisprudence tend à choisir la première option. Ainsi le simple fait de dégonfler un pneu a pu suffire à constituer l'infraction¹⁹⁸⁰. Le simple contact avec la chose d'autrui semblerait même satisfaire la chambre criminelle¹⁹⁸¹. Si l'atteinte physique est exigée, elle n'a pas à se traduire par une perte de valeur de la chose ou par l'obligation pour le propriétaire d'engager des dépenses de restauration ou de remplacement. Cela se traduit également quant au choix précis de la qualification. En effet, la gravité de la qualification – contraventionnelle ou délictuelle – et, par suite, le taux de la peine encourue ne sont pas fonction de l'importance de ce que représente l'atteinte à la chose pour la fortune d'autrui¹⁹⁸²

¹⁹⁷⁴ Le patrimoine des personnes déclarées absentes, par exemple, se trouverait dès lors immédiatement à la merci de rapaces de toutes sortes.

¹⁹⁷⁵ On peut parler d'atteinte abstraite aux biens en ce sens qu'elle touche le droit de propriété lui-même sans passer nécessairement par son objet. Ces conclusions valent en effet pour les autres infractions de même nature comme le vol, l'extorsion et le chantage, prévues par les articles 311-1, 312-1 et 312-10 du Code pénal.

¹⁹⁷⁶ En ce sens et sur les intérêts et justifications de cette conception, v. not. M.-L. LANTHIEZ, « Du préjudice dans quelques infractions contre les biens », *D.*, 2005, chron., pp. 464 et s., et R. OLLARD, *op. cit.*, n° 594 et s. *Adde* R. OLLARD et F. ROUSSEAU, *Droit pénal spécial*, préc., pp. 270 et s. Réserve quant à la nature patrimoniale de cette infraction, v. E. PALVADEAU, *op. cit.*, n° 262 et s.

¹⁹⁷⁷ V. not. R. OLLARD, *op. cit.*, n° 666 et s.

¹⁹⁷⁸ Ph. CONTE, *op. cit.*, n° 513.

¹⁹⁷⁹ Rapp. *Ibid.*, n° 652.

¹⁹⁸⁰ Crim., 13 mars 1954 : *D.*, 1954, jur., p. 457.

¹⁹⁸¹ Crim., 22 févr. 1983 : *Gaz. Pal.*, 1983, somm., pp. 322 et s., obs. J.-P. DOUCET. De manière plus contestable, le simple fait d'uriner à côté d'un bien serait suffisant, v. Crim., 14 oct. 2009 : *RPDP*, 2010, pp. 864 et s., obs. V. MALABAT.

¹⁹⁸² Cela doit être d'autant plus noté que tel n'a pas toujours été le cas. V. R. OLLARD, « La distinction du dommage et du préjudice en droit pénal », préc.

mais plutôt de l'importance de la lésion portée à la chose elle-même (on distingue ainsi entre dommage léger et non léger¹⁹⁸³) ou de la nature du bien lésé (on différencie ainsi le bien privé, le bien public, mais aussi le bien qu'on peut qualifier de "culturel"¹⁹⁸⁴). C'est la propriété qui est avant tout protégée au travers de ces infractions.

358. Protection exclusive du patrimoine juridique – droits personnels. Les droits de créance sont également protégés par le droit pénal tant dans leur formation que dans leur exécution¹⁹⁸⁵. Mais, dans ce dernier cas, la question se pose de savoir si le droit criminel exige plus que la simple violation des droits de la victime, à savoir l'appauvrissement de celle-ci.

De nombreuses infractions sont concernées parmi lesquelles figure, au premier titre, l'abus de confiance¹⁹⁸⁶ dont on a déjà dit qu'il pouvait protéger l'ensemble des droits patrimoniaux¹⁹⁸⁷. Cela dit, que l'abus de confiance protège les droits de créance exclusivement ou cumulativement avec les droits réels¹⁹⁸⁸, la question se résoudra de la même manière. On vient de voir que la perte pécuniaire n'est pas requise pour la constitution de ce délit, que le simple détournement suffit. Si l'on ajoute à cela que le détournement, en tant que violation d'une obligation contractuelle, constitue en lui-même et dans le même temps une lésion du droit de créance de la victime, alors on doit conclure que l'abus de confiance ne protège pas la fortune de la victime mais ses droits patrimoniaux.

On le voit donc, le droit pénal protège, en matière d'infractions contre les biens, la seule dimension juridique du patrimoine et ne se soucie guère en principe¹⁹⁸⁹ de la fortune de la victime, soit de son patrimoine économique. Sa protection se fait donc sélective, exactement comme en matière d'infractions contre les personnes.

¹⁹⁸³ V. C. pén., art. 322-1, al. 1, *in fine*. Sur cette question, v. R. OLLARD, *op. cit.*, n° 687 et s.

¹⁹⁸⁴ Comp. C. pén., art. 322-1 et 322-2, 1°, 3° et 4° C.

¹⁹⁸⁵ V. R. OLLARD, *op. cit.*, n° 38 et s., E. PALVADEAU, *op. cit.*, spéc. n° 331 et s., et R. OLLARD et F. ROUSSEAU, *op. cit.*, pp. 347 et s.

¹⁹⁸⁶ La plupart des autres incriminations tendant à protéger les créanciers semblent le faire moins en sanctionnant les inexécutions contractuelles qu'en réprimant l'atteinte portée au gage commun des créanciers. V. en ce sens la banqueroute (C. com., art. L. 654-2 et s.) ou de l'organisation frauduleuse de l'insolvabilité (C. pén., art. 314-7).

¹⁹⁸⁷ V. *supra* n° 68.

¹⁹⁸⁸ Sur cette controverse, v. not. J. LEAUTE, « Les frontières du droit des contrats et du droit de la propriété en droit pénal spécial », *Mél. L. Julliot de la Morandière*, préc., pp. 243 et s., R. OLLARD, *op. cit.*, n° 110 et s., et E. PALVADEAU, *op. cit.*, n° 331 et s., et 384. Adde Y. MULLER, « La protection pénale de la relation de confiance », préc., selon laquelle l'intérêt juridique protégé serait en réalité la confiance. Dans le même sens, v. E. PALVADEAU, *op. cit.*, n° 266 et s., et 388 et s. *Contra* R. OLLARD, « Du sens de l'évolution de l'abus de confiance », préc.

¹⁹⁸⁹ Certaines infractions semblent exiger un appauvrissement pour leur constitution. Mais l'appauvrissement n'est généralement pas celui de la victime de l'infraction car il s'agit alors de protéger un autre intérêt juridique. Ainsi de la banqueroute, qui peut se consommer par le détournement de l'actif ou par l'augmentation frauduleuse du passif d'un débiteur (C. com., art. L. 654-2, 2° et 3°) mais qui tend avant tout à protéger l'ordre public économique et les créanciers du faillis. Sur ces questions, v. R. OLLARD, *op. cit.*, n° 137 et s.

2. L'indifférence de la frustration de la victime

359. Protection exclusive de la vie et de l'intégrité corporelle de la personne – atteintes à l'intégrité physique. Les textes d'incrimination en matière d'infractions contre les personnes ne semblent se référer qu'à l'atteinte à la vie humaine ou au corps humain, sans jamais se soucier de la douleur de la victime. Mais certaines considérations pourraient toutefois faire passer ce jugement pour hâtif et doivent donc être envisagées pour écarter tout doute sur le caractère sélectif de la protection pénale des intérêts juridiques.

En premier lieu, les atteintes à l'intégrité corporelle, qu'elles soient ou non volontaires, sont ce que l'on appelle des infractions de résultat¹⁹⁹⁰, c'est-à-dire des infractions matérielles dont la constitution et la qualification sont fonction de l'existence et de la gravité du résultat obtenu. Si le résultat suffit à lui seul à la constitution de l'infraction, sa qualification est dépendante de la gravité de ce résultat¹⁹⁹¹. Or pour mesurer cette dernière, le texte fait référence à la notion d'interruption temporaire de travail (ITT)¹⁹⁹². Est-ce ici une manière de prendre en compte la souffrance subie par la personne¹⁹⁹³ ? Différente des notions civiles d'incapacités temporaire et permanente¹⁹⁹⁴, elle ne les évoque pas moins pour autant. C'est qu'en effet, deux acceptions de la notion sont possibles¹⁹⁹⁵. On peut envisager la notion de travail de manière restrictive, comme l'activité professionnelle de la victime. En ce sens, on pourrait penser que le droit pénal s'intéresse aux pertes de revenus ayant résulté pour la victime du comportement de l'auteur, c'est-à-dire au patrimoine économique de la victime. Une telle conception est à rejeter qui créerait une incohérence au sein de la législation pénale qui protégerait la fortune de la victime par une infraction contre les personnes alors qu'elle refuse de le faire par le biais d'infractions contre les biens. De plus, une telle interprétation de la notion d'ITT impliquerait une discrimination à l'endroit des personnes ne travaillant pas, ce qui est nécessairement étranger à l'esprit du droit pénal et à celui de la loi¹⁹⁹⁶. Dans une seconde conception, l'incapacité de travail s'entend de celle d'accomplir une activité personnelle quelconque. On s'approche alors de la notion de préjudice d'agrément qui évoque « *l'impossibilité ou la difficulté de se livrer à certaines activités normales d'agrément* »¹⁹⁹⁷,

¹⁹⁹⁰ Pour une première approche d'ensemble sur la notion et la régime de ce type d'infractions, v. M.-A. RAYMOND, *Les infractions de résultat*, préc.

¹⁹⁹¹ En ce sens, v. Y. MAYAUD, *Violences involontaires et responsabilité pénale*, préc., n° 41.63 et s., et R. OLLARD et F. ROUSSEAU, *op. cit.*, pp. 54.

¹⁹⁹² D'autres résultats, tels que la mutilation ou l'infirmité permanente, sont aussi visés (v. not. C. pén., art. 222-5) mais les termes employés sont clairs : c'est l'atteinte au corps humain seule qui est envisagée.

¹⁹⁹³ V. ainsi R. OLLARD, « La distinction entre le dommage et le préjudice en droit pénal », préc.

¹⁹⁹⁴ V. N. RIAS, *op. cit.*, n° 325 et s.

¹⁹⁹⁵ V. Y. MAYAUD, *op. cit.*, n° 42.15 et s.

¹⁹⁹⁶ V. N. RIAS, *op. cit.*, n° 327, et Y. MAYAUD, *op. cit.*, n° 42.17.

¹⁹⁹⁷ *Lexique des termes juridiques*, dir. S. GUINCHARD et G. MONTANIER, Dalloz, 13^e éd., 2001, V° *Préjudice d'agrément, in fine*. Depuis, l'ouvrage a pris acte des évolutions jurisprudentielles, pourtant encore incertaines, consacrant la nomenclature Dintilhac. V. ainsi la 20^e édition précitée, qui définit le préjudice d'agrément comme le « *préjudice lié à l'impossibilité pour la victime d'une atteinte à son intégrité physique de pratiquer régulièrement une activité spécifique, sportive ou de loisirs. A ne pas confondre avec le préjudice*

soit une atteinte au bien-être de la personne. Toutefois, plus que l'incapacité, c'est « *la diminution des plaisirs de la vie* »¹⁹⁹⁸ qui en résulte que l'on s'attache à réparer en droit civil. Le préjudice d'agrément c'est, avant tout, « *le préjudice subjectif de caractère personnel résultant des troubles ressentis dans les conditions d'existence* »¹⁹⁹⁹. Est-ce vraiment cela qui est pris en compte par le droit pénal ? Le ministère public devra-t-il rapporter la preuve que la victime a subi une diminution de son bien-être pour qu'il y ait condamnation ? Est-ce un élément constitutif dont le juge répressif devra vérifier la présence ? Il ne paraît pas. Il s'agit seulement de vérifier si l'individu a pu ou non exercer une activité quelconque, personnelle ou professionnelle²⁰⁰⁰, pendant une durée plus ou moins longue. Dans quel but ? Il semblerait que l'ITT ne soit que le critère qui sert de guide au juge dans la mesure, aux fins de choix de la qualification pénale, de la gravité de la lésion corporelle. En effet, la légèreté de la lésion peut se constater par l'absence de plaie ou de fracture. La mutilation ou l'infirmité peuvent aussi être observée. Mais comment mesurer les degrés de gravité entre ces deux extrêmes ? Par la durée de l'ITT, critère légal. Et c'est toujours une atteinte au corps humain que l'on va prendre en compte. C'est certes en fonction des faits de l'espèce que l'on va fixer la durée de l'ITT mais, ceci fait, on ne prendra en compte aucune donnée relative à la situation personnelle de la victime, et tout particulièrement ses sentiments ou ses sensations. Une ITT de moins de trois mois sera prise en compte de la même manière pour tous, sans référence à la douleur de la victime. L'intégrité corporelle semble donc être la seule valeur protégée par le droit pénal.

360. Protection exclusive de la vie et de l'intégrité corporelle de la personne – atteintes à l'intégrité psychique. En second lieu, si l'infraction de violences²⁰⁰¹ se consomme évidemment par l'atteinte au corps de la personne, la jurisprudence retient également la qualification, en l'absence de tout contact physique avec la victime, dès lors que l'auteur a accompli « *un acte de nature à impressionner vivement celle-ci et à lui causer un*

résidant dans la perte de qualité de vie privant des joies usuelles de l'existence, qui est un préjudice fonctionnel » (V° *Préjudice d'agrément*).

¹⁹⁹⁸ Paris, 2 déc. 1977 : *D.*, 1977, note Y. LAMBERT-FAIVRE, p. 285.

¹⁹⁹⁹ Ass. Plén., 19 déc. 2003 : *Bull. civ. ass. plén.*, n° 8. Il est vrai que la jurisprudence (v. not. Civ. 2, 28 mai 2009 : *Resp. civ. et ass.*, 2009, comm., n° 202. *Adde* P. SARGOS, « L'amélioration de l'indemnisation des victimes d'un accident de la circulation », *D.*, 2010, pp. 273 et s.) ont paru reprendre la nomenclature Dintilhac, conduisant à un retour à l'acceptation originaires du préjudice d'agrément, défini comme « *l'impossibilité pour la victime de pratiquer régulièrement une activité spécifique sportive ou de loisirs* ». Néanmoins, la diminution des plaisirs de la vie reste indemnisée au titre des déficits fonctionnels temporaire et permanent. Les mots changent mais le droit, pour l'aspect qui nous occupe, ne bouge pas. En ce sens, v. M. FABRE-MAGNAN, art. *cit.* De plus, la jurisprudence n'est pas encore fixée comme en témoignent deux arrêts de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation en date du 8 avril 2010 qui semblent opérer un retour vers la définition large du préjudice d'agrément. V. *D.*, 2010, note S. LAVRIC, p. 1086, Point de vue P. SARGOS, p. 1089, et chron. H. ADIDA-CANAC et S. GRIGNON DUMOULIN, p. 2102.

²⁰⁰⁰ L'ITT n'implique pas l'impossibilité d'accomplir toute activité : Crim., 6 févr. 2001 : *Bull. crim.*, n° 34.

²⁰⁰¹ Si la question se pose souvent en jurisprudence pour cette seule infraction, les auteurs l'envisagent aussi, à juste titre, pour les atteintes involontaires à l'intégrité physique d'autrui. V. not. Y. MAYAUD, *op. cit.* n° 41.60.

choc émotif »²⁰⁰² ou « *une sérieuse émotion* »²⁰⁰³. La violence peut donc être soit physique, soit psychologique, prenant alors la forme de voies de fait²⁰⁰⁴. La référence à l'émotion de la victime semble, en raison du fait que ce terme désigne des sentiments propres à une personne, signifier que l'incrimination pourrait protéger le seul bien-être de la victime. Il suffirait en effet de vérifier que la victime a effectivement ressenti une certaine crainte pour que l'infraction soit consommée. Mais telles ne semblent pas être les conclusions à tirer de cette jurisprudence.

La crainte, soit la dégradation du bien-être de la victime, semble bel et bien prise en compte au vu des termes employées par la chambre criminelle. Pour autant, est-elle suffisante ? Cela n'est pas certain. L'émotion ressentie peut avoir des conséquences physiques importantes, comme un état dépressif²⁰⁰⁵, mais ce n'est pas toujours le cas. Est-ce à dire qu'il n'y aura eu aucune lésion corporelle, aucune répercussion psychologique ou physiologique ? Tel ne paraît pas devoir être le cas puisque le droit pénal ne saurait prendre en compte toute émotion²⁰⁰⁶. On requiert ainsi en jurisprudence que l'émotion ait été sérieuse, vive ou choquante. C'est la condition pour que le simple sentiment de la victime soit considéré comme une véritable atteinte à son intégrité corporelle. En effet, on entend par là exiger au moins une lésion du corps de la personne, ne serait-ce que par un sursaut, une tension nerveuse, une contraction du cœur. Il a ainsi été jugé, par exemple, que la simple émotion que peut ressentir la victime d'un voyeur est insuffisante à caractériser le délit de violences²⁰⁰⁷. Ce n'est donc pas le sentiment en tant que tel qui permet la constitution de l'infraction mais un sentiment tel qu'il permet de présumer que la victime aura subi un dommage corporel. Si donc la frustration de la victime est prise en compte, elle n'est pas suffisante à la constitution de l'infraction. Encore faudra-t-il qu'il ait entraîné un dommage corporel²⁰⁰⁸.

En définitive, ce résultat est à la fois nécessaire et suffisant pour ce qui est des atteintes à l'intégrité corporelle de la personne.

361. Protection exclusive des intérêts moraux de la personne. Le droit criminel protège, on l'a déjà dit²⁰⁰⁹, divers intérêts extrapatrimoniaux ayant trait à l'intégrité morale de la victime. A la question de savoir si la répression est subordonnée à ce que la victime ait ressenti une diminution de son bien-être, la réponse est bien sûr systématiquement négative. Cela est notamment vrai pour le délit d'investigation audiovisuelle de l'intimité d'autrui de

²⁰⁰² V. not. Crim., 18 mars 2008 : *Rev. pénit.*, 2009, obs. Ph. CONTE, p. 165.

²⁰⁰³ Crim., 18 févr. 1976 : *Bull. crim.*, n° 63.

²⁰⁰⁴ Pour de nombreuses illustrations, v. E. DREYER, *Droit pénal spécial*, préc., n° 141.

²⁰⁰⁵ V. Crim., 4 mars 2003 : *Bull. crim.*, n° 58, et Crim., 19 juin 2007 : *Rev. pénit.*, 2007, obs. J.-Ch. SAINT-PAU, p. 902.

²⁰⁰⁶ Comp. Ph. CONTE, note sous Crim., 5 oct. 2010, *RPDP*, 2011, pp. 155 et s.

²⁰⁰⁷ V. Crim., 5 oct. 2010 : *Dr. pénal*, 2011, comm. n° 6, note M. VERON.

²⁰⁰⁸ Le délit de « *violences psychologiques* » incriminée à l'article 222-14-3 par la récente loi n° 2010-769 semblant exiger un résultat équivalent à celui requis par cette jurisprudence (v. Ph. CONTE, note *cit.*), ces conclusions sont également valables à leur sujet.

²⁰⁰⁹ *Supra* n° 69.

l'article 226-1 du Code pénal²⁰¹⁰. Le texte exige une « *atteinte à l'intimité de la vie privée d'autrui* », laquelle paraît présumée à partir de l'accomplissement des actes incriminés. Logiquement, la diminution du bien-être de la personne ne saurait être requise pour la constitution du fait générateur. Elle ne prend pas part à la substance du résultat légal de l'infraction²⁰¹¹. Les mêmes remarques peuvent être faites pour la diffamation et l'injure. Si elles doivent être adressées à une personne déterminée, ce qui est le signe qu'il faut une atteinte effective à l'honneur et à la considération d'autrui, le ressenti de la victime effective de l'infraction reste dépourvu d'intérêt pour le droit pénal. La lésion est appréciée *in abstracto* sans regard pour l'estime effective dont la victime est gratifiée par les tiers ou par elle-même²⁰¹². Ce n'est pas le bien-être de la victime qui est protégé ici. On terminera la démonstration par l'exemple de l'enlèvement et de la séquestration de l'article 224-1 du Code pénal. Ils impliquent, pour leur consommation, une privation effective de la liberté d'aller et venir de la victime. Il y a lésion d'un intérêt extrapatrimonial et donc dommage. Le droit pénal n'exige pas en revanche de vérifier que la personne ait effectivement souffert de cette privation de liberté, qu'elle ait entraîné une frustration de la victime. Le fait d'enfermer à clef une personne sera répréhensible alors même qu'endormie, la victime ne s'en sera pas rendue compte avant que la porte ne soit rouverte par l'auteur.

La protection accordée à la personne par le droit pénal est donc aussi sélective que celle dont il gratifie les biens. Et cet état du droit positif paraît tout à fait justifié.

B- Justification de la protection sélective des intérêts par le droit pénal de la responsabilité

362. Justification fonctionnelle. D'un point de vue technique, les textes d'incrimination sont suffisamment précis pour justifier cette protection sélective des intérêts par le droit pénal. Ils n'ont pas la généralité de l'article 1382 du Code civil. Par ailleurs, cet "élitisme" répressif paraît tout à fait conforme, techniquement, au principe constitutionnel de nécessité des incriminations qui impose d'opérer un tri pour ne sanctionner que les faits les plus graves. Cela conduit donc sur le terrain fonctionnel qui, en tout état de cause, est celui sur lequel doit se résoudre la question.

La gravité de cette sanction qu'est la peine imposée qu'elle ne soit mise en œuvre que pour des raisons particulièrement graves et à des conditions toutes particulières qui en garantissent la légitimité et l'utilité. Il en résulte que le droit pénal de la responsabilité doit être conçu

²⁰¹⁰ La dénomination de l'infraction est empruntée à M. Saint-Pau, *L'anonymat et le droit*, préc., n° 778. Adde, du même auteur, « Droit au respect de la vie privée et droit pénal », préc., et *Jouissance des droits civils. Droit au respect de la vie privée. Régime. Action*, préc., n° 157, et 163 et s.

²⁰¹¹ Elle pourrait toutefois jouer un rôle dans la répression de l'infraction, ce délit faisant partie de cette détestable catégorie d'infractions que sont les délits privés. V. C. pén., art. 226-6.

²⁰¹² V. Crim., 3 juill. 1975 : *Bull. crim.*, n° 174, et Crim., 28 janv. 1986 : *Bull. crim.*, n° 36.

comme l'*ultima ratio* du droit positif²⁰¹³. Tous les comportements ne peuvent être réprimés : il faut qu'ils soient socialement nuisibles. Mieux, il faut qu'ils le soient pour les valeurs essentielles de la société. C'est ce que fait le droit criminel en laissant de côté les intérêts purement individuels pour insister sur celles portées aux valeurs sociales abstraitement appréhendées. En exigeant un dommage à la personne, consistant en la lésion d'intérêts extrapatrimoniaux tels que la vie, le corps humain, l'honneur ou la personnalité, ou au patrimoine juridique, constitué par une atteinte aux droits patrimoniaux, le droit criminel met l'accent sur des valeurs fondamentales dont la violation ne peut demeurer impunie si l'on veut maintenir debout la société. En revanche, la souffrance et l'appauvrissement particuliers des victimes effectives lui restent indifférents dès lors que le droit criminel lie avant tout la Société et le délinquant²⁰¹⁴.

La protection sélective des biens juridiques par le droit pénal de la responsabilité apparaît donc tout à fait logique et légitime, tout comme l'est celle, universelle, du droit de la responsabilité civile. Du point de vue du choix de l'intérêt protégé, le droit positif semble donc conforme aux directions données par le critère fonctionnel de distinction des responsabilités de droit privé. *Au droit civil, la protection démocratique de l'ensemble des intérêts juridiques aux fins d'un rééquilibrage optimal de l'ordre des choses. Au droit pénal, la protection aristocratique des biens juridiques représentant les valeurs sociales et morales caractéristiques de la société qui en fait application.* On ne peut pas en dire autant sur la question de l'exigence du caractère personnel de l'intérêt protégé au sujet duquel le droit positif ne semble pas subir l'influence des fonctions respectives des responsabilités de droit privé.

Section 2. La réaffirmation de l'influence fonctionnelle sur le caractère personnel de l'intérêt protégé

363. Des caractères de l'intérêt protégé. En droit de la responsabilité civile, on attribue classiquement au dommage et au préjudice des caractères sans lesquels la victime ne pourrait obtenir réparation et, réciproquement, l'auteur de la lésion être tenu pour responsable²⁰¹⁵. La jurisprudence²⁰¹⁶ ainsi que la doctrine exigent les caractères certain²⁰¹⁷, direct²⁰¹⁸ et

²⁰¹³ Sur le principe d'*ultima ratio* du droit pénal, v., avec des approches différentes, E. DREYER, « La subsidiarité du droit pénal », préc., et M. LACAZE, *Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, préc., n° 345.

²⁰¹⁴ En ce sens, v. R. OLLARD, art. cit.

²⁰¹⁵ V. not. L. CADIET, art. cit., et P. JOURDAIN, « Le préjudice et la jurisprudence », préc.

²⁰¹⁶ V. not. Civ. 2, 16 avr. 1996 : *Bull. civ.*, n° 94.

²⁰¹⁷ V. not. Ch. AUBRY et Ch. RAU par N. DEJEAN DE LA BÂTIE, *op. cit.*, n° 19, Ph. BRUN, *op. cit.*, n° 179 et s., J. CARBONNIER, *op. cit.*, n° 112, A. COLIN et H. CAPITANT par L. JULLIOT DE LA MORANDIERE, *op. cit.*, pp. 133 et s., Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *op. cit.*, n° 42 et s., M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, n° 33, J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *op. cit.*, n° 137, Ch. LAPOYADE-DESCHAMPS, L. BLOCH et S. MORACCHINI-ZEIDENBERG, *op. cit.*, pp. 159 et s., Ph. LE TOURNEAU *et alii*, *op. cit.*, n° 1410 et s., Ph. MALINVAUD et D. FENOUILLET, *Droit des obligations*, préc., n° 568 et s., H. et L.

personnel²⁰¹⁹. D'aucuns en ajoutent, comme les caractères légitime ou licite de l'intérêt lésé²⁰²⁰ et sérieux²⁰²¹ de l'atteinte. Cette approche paraît néanmoins susceptible d'être discutée. En effet, d'une part, certains ne sont pas vraiment des caractères de l'intérêt. Ainsi en est-il du caractère certain qui concerne plutôt la dégradation de l'intérêt que l'intérêt dégradé et qui, en dernière analyse, ne renvoie à rien d'autre qu'à l'exigence même d'un résultat²⁰²². Il en est de même du caractère direct qui ne fait que répéter l'exigence d'un lien causal entre le fait causal et le résultat légal²⁰²³. D'autre part, le caractère sérieux est une exigence purement processuelle²⁰²⁴. Cette présentation classique, si elle est critiquable, peut cependant se comprendre aisément si l'on se souvient de l'ambivalence de la notion d'intérêt en droit de la responsabilité²⁰²⁵. On a pu le voir au sujet du caractère de légitimité que le concept de responsabilité juridique impose à toutes ses applications techniques de respecter. Cette exigence revêt un sens différent selon qu'on s'attache à son application en droit substantiel ou en droit processuel. Il en est de même du caractère personnel.

La confusion des aspects processuel et substantiel de la notion est ici systématique²⁰²⁶. Ils peuvent pourtant être plus clairement et utilement distingués que pour l'exigence d'un intérêt

MAZEAUD et A. TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, t. 1, préc., n° 216 et s., G. RIPERT et J. BOULANGER, *Traité de droit civil d'après le traité de Planiol*, t. 2, préc., n° 985, R. SAVATIER, *op. cit.*, n° 522 et s., B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *op. cit.*, n° 108 et s., et F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n° 700 et s. *Adde* X. PRADEL, *op. cit.*, n° 174 et s.

²⁰¹⁸ V. not. A. COLIN et H. CAPITANT par L. JULLIOT DE LA MORANDIERE, *op. cit.*, n° 1079, M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, pp. 139 et s., J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *op. cit.*, n° 136, L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, t. 2, préc., n° 440, Ch. LAPOYADE-DESCHAMPS, L. BLOCH et S. MORACCHINI-ZEIDENBERG, *op. cit.*, pp. 161 et s., Ph. LE TOURNEAU *et alii*, *op. cit.*, n° 1410, Ph. MALINVAUD et D. FENOUILLET, *op. cit.*, n° 567, R. SAVATIER, *Traité de la responsabilité en droit français*, t. 2, préc., n° 521, F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n° 703.

²⁰¹⁹ Ph. BRUN, *op. cit.*, n° 197 et s., J. CARBONNIER, *op. et loc. cit.*, Ch. LAPOYADE-DESCHAMPS, L. BLOCH et S. MORACCHINI-ZEIDENBERG, *op. et loc. cit.*, Ph. LE TOURNEAU *et alii*, *op. cit.*, n° 1450 et s., H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, *op. cit.*, n° 272 et s., et G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. cit.*, n° 288 et s.

²⁰²⁰ V. not. Ph. BRUN, *op. cit.*, n° 187 et s., J. CARBONNIER, *op. cit.*, n° 1121, A. COLIN et H. CAPITANT par L. JULLIOT DE LA MORANDIERE, *op. cit.*, n° 1077, Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *op. cit.*, n° 41, M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, pp. 143 et s., J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *op. et loc. cit.*, Ph. LE TOURNEAU *et alii*, *op. cit.*, n° 1391 et s., Ph. MALINVAUD et D. FENOUILLET, *op. cit.*, n° 570, B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *op. cit.*, n° 111 et s., F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n° 704 et s.

²⁰²¹ V. particulièrement, X. PRADEL, *op. cit.*, n° 155 et s. *Adde* Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *op. cit.*, n° 40, Ph. LE TOURNEAU *et alii*, *op. cit.*, n° 1413, G. RIPERT et J. BOULANGER, *op. cit.*, n° 984, et G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. cit.*, n° 292.

²⁰²² En ce sens, v. S. ROUXEL, *op. cit.*, p. 51, et très clairement G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. cit.*, n° 275 : « dire que le dommage doit être "certain" n'est pas affirmer un caractère particulier du préjudice, mais constater qu'il doit exister ». *Adde* J. VIDAL, « L'arrêt de la Chambre mixte du 27 février 1970, le droit à réparation de la concubine et le concept de dommage réparable », JCP, 1971, I, 2390, n° 15.

²⁰²³ V. not. en ce sens, Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *op. cit.*, n° 42, J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *op. et cit.*, Ph. LE TOURNEAU *et alii*, *op. cit.*, n° 1410, S. ROUXEL, *op. cit.*, p. 52, et G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. cit.*, n° 248. *Contra* v. L. CADIET, *art. cit.*, et P. JOURDAIN, *art. cit.*

²⁰²⁴ Application de l'antique adage *de minimis non curat praetor*, on peut voir dans cette exigence une notion fonctionnelle permettant de gérer le flux contentieux en vue d'une bonne administration de la justice.

²⁰²⁵ V. *supra* n° 60 et s.

²⁰²⁶ V. not. J. CARBONNIER, *op. cit.*, n° 1121, Ph. LE TOURNEAU *et alii*, *op. cit.*, n° 1470 et s., Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit civil. Les obligations*, préc., n° 241, S. ROUXEL, *op. cit.*, p. 63, R. SAVATIER, *op. cit.*, n° 562 et s., et G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. cit.*, n° 288 et s. *Adde* L. CADIET et E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, préc., n° 365. Pour un contre-exemple, v. Ph. BRUN, *op. cit.*,

légitime²⁰²⁷. L'aspect processuel de la notion d'intérêt personnel consiste à subordonner l'existence de l'action, et non celle de la prérogative substantielle, à ce que l'avantage demandé profite à celui qui le requiert. Pour reprendre les termes d'un auteur²⁰²⁸, il s'agit d'exiger que le demandeur soit une personne susceptible d'être le destinataire de la règle de droit dont l'application est sollicitée. L'action devrait donc être égoïste. La question est très connue et très étudiée en droit de la responsabilité civile. En revanche, et étonnamment, peu d'auteurs abordent l'aspect substantiel de la notion d'intérêt personnel en des termes explicites²⁰²⁹, la doctrine majoritaire ne le distinguant pas de son homonyme processuel. Il n'est plus question pourtant de déterminer si celui qui agit demande l'obtention d'un avantage qui lui sera personnel mais de savoir si l'intérêt qui a été lésé peut être rattaché à un sujet de droit²⁰³⁰. En d'autres termes, il faudrait que le résultat légal consiste en une lésion portée ou une menace imposée à l'intérêt d'une personne juridique, qu'elle soit physique ou morale, de droit public ou de droit privé.

364. Non-conformité du droit positif aux orientations fonctionnelles des responsabilités de droit privé. Tandis que le caractère de légitimité, qui découle du concept même de responsabilité juridique, doit se retrouver dans toute application technique de cette dernière en droit privé, tel ne devrait pas être le cas pour l'exigence de personnalité. En effet, tous les intérêts susceptibles d'être protégés par le droit n'ont pas à être rattachés à un titulaire doté de la personnalité juridique, laquelle n'est qu'une technique juridique parmi toutes celles offertes par le droit objectif à la satisfaction des besoins sociaux. En matière de responsabilité juridique, tout dépendra de la fonction de chacune de ses applications. D'un côté, la responsabilité civile garantit le rééquilibrage entre les situations juridiques de particuliers par le moyen de l'octroi à certains d'entre eux d'un droit de créance. *A priori*, la personnalité juridique de ces derniers apparaît dès lors comme une exigence à la fois technique et fonctionnelle. D'un autre côté, le droit criminel vise, par la prévention objective et subjective, à protéger les valeurs essentielles de la société par le truchement d'une peine. Pour satisfaire cet objectif au mieux, la personnalité juridique devient purement incidente. Elle peut même constituer un obstacle à la protection de valeurs supra-personnelles, c'est-à-dire objectives et collectives.

n° 197 et s., et surtout L. NEYRET, *Atteintes au vivant et responsabilité civile*, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, t. 468, 2006.

²⁰²⁷ Sur lequel v. *supra* n° 58 et s.

²⁰²⁸ J. HERON par Th. LE BARS, *Droit judiciaire privé*, préc., not. n° 58 et s.

²⁰²⁹ V. not. Ph. BRUN, *op. cit.*, n° 197, M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, pp. 128 et s., L. NEYRET, *op. cit.*, not. n° 588 et s., S. ROUXEL, *op. cit.*, p. 63. Rapp. Ph. LE TOURNEAU *et alii*, *op. cit.*, n° 1473, *in limine*.

²⁰³⁰ En ce sens, il peut y avoir des actions égoïstes (actions-droits subjectifs) ou altruistes (actions-pouvoirs) en vue de la défense d'un intérêt substantiel personnel. En revanche, toute action en vue de la défense d'un ou de plusieurs intérêts substantiels suprapersonnels sera nécessairement altruiste sur le plan processuel.

Pourtant, le droit positif n'est pas conforme à ce qu'une distinction rationnelle et efficace du droit pénal et de la responsabilité civile, fondée sur le critère fonctionnel, imposerait. Il témoigne, au contraire, d'un croisement des exigences de ces deux applications techniques de la responsabilité en droit privé. Parallèlement au dévoiement de la fonction victimaire de la responsabilité civile des valeurs sociales essentielles (§1), on assiste en effet à l'amointrissement de la fonction de protection de la société du droit pénal par la prise en compte de la personnalité juridique de la victime (§2).

§1. Le dévoiement de la fonction victimaire du droit civil de la responsabilité dans la protection des valeurs sociales essentielles

365. Délimitations. On constate assez souvent le déclin de l'exigence processuelle de personnalité²⁰³¹. En effet, se sont développées des hypothèses toujours plus complexes et variées d'actions pour la défense des intérêts d'autrui, d'actions altruistes, et qui prennent plus ou moins leurs distances avec l'exigence d'un intérêt personnel à agir²⁰³². Mais l'exigence

²⁰³¹ V. not. L. CADIET, art. cit., L. CADIET et E. JEULAND, *op. cit.*, n° 388, S. GUINCHARD, C. CHAINAIS et F. FERRAND, *Procédure civile. Droit interne et droit de l'Union européenne*, préc., n°165, et P. JOURDAIN, art. et loc. cit.

²⁰³² Sur cette question, outre L. BORE, *La défense des intérêts collectifs par les associations devant les juridictions administratives et judiciaires*, préc., v. Ph. LE TOURNEAU et alii, *op. cit.*, n° 1470 et s., R. SAVATIER, *op. et loc. cit.*, et G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. cit.*, n° 298 et s. Adde les ouvrages suivants dans lesquelles ces questions trouvent mieux leur place, L. CADIET et E. JEULAND, *op. cit.*, n° 371 et s., S. GUINCHARD, C. CHAINAIS et F. FERRAND, *op. cit.*, n° 153 et s., et J. HERON par Th. LE BARS, *op. cit.*, n° 72 et s. V. plus largement, M. MEKKI, « L'influence normative des groupes d'intérêt : force vive ou force subversive ? », *JCP*, 2009, 370 et 392. A titre d'illustration, on citera l'action des comités de défense, groupements spécialement constitués pour assurer la défense en justice des intérêts de leurs membres personnellement lésés (Civ., 25 nov. 1929 : *Gaz. Pal.*, 1930, 1, p. 29, cité in G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. cit.*, n° 302), celle dite "de substitution" des syndicats par laquelle ces derniers agissent dans l'intérêt de travailleurs à charge pour les premiers d'informer les seconds (v. not. C. trav., art. L. 124-20 : travailleurs intérimaires, L. 122-3-16 : travailleurs sous contrat à durée déterminée, L. 341-6-2 : travailleurs étrangers en situation irrégulière, ou L. 321-15 : licenciement économique. Sur cette question, v. spéc. E. JEULAND, « Quelques questions sur l'action de substitution "à la française" », *Mél. S. Guinchard, op. cit.*, pp. 749 et s.), et enfin l'action en représentation conjointe, exercée par des associations agréées au nom d'au moins deux victimes identifiées d'un fait causal unique (v. not. C. env., art. L. 422-1, ou C. cons., L. 142-3). Ces actions ne seraient guère usitées en pratique. V. not. L. CADIET et E. JEULAND, *op. cit.*, n° 391, et G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. cit.*, 302-1. Cette tendance à l'essor des actions collectives n'est d'ailleurs pas prête de faiblir, tant la doctrine lui est favorable : v. not. L. BORE, *op. cit.*, A. GUEGAN-LECUYER, *Dommages de masse et responsabilité civile*, préc., n° 357 et s., Ph. et D. FENOUILLET, *op. cit.*, n° 564, X. PRADEL, *op. cit.*, n° 232, et G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. cit.*, n° 288 et s. L'actualité est d'ailleurs aujourd'hui à la consécration en droit français d'une action de groupe inspirée de la *class action* nord-américaine. Sur cette question, v. par ex. L. BORE, *op. cit.*, n° 395, A. GUEGAN-LECUYER, *op. cit.*, n° 346 et s., S. GUINCHARD C. CHAINAIS et F. FERRAND, *op. cit.*, n° 166 et s., J. HERON par Th. LE BARS, *op. cit.*, n° 94 et s., et G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. cit.*, n° 302-2, et les références citées. Si l'avant-projet Catala, préc., a refusé de se prononcer sur la question, la proposition sénatoriale n° 657 de loi portant réforme de la responsabilité civile paraît envisager d'en reconnaître une version modérée (v. art. 1386-2, alinéas 2 et 3). Une telle évolution a l'avantage de simplifier le traitement du contentieux de masse qui se développe en droit de la responsabilité civile, ainsi que les démarches des victimes. V. en ce sens, A. GUEGAN-LECUYER, *op. cit.*, et L. BORE, *op. cit.* Elle est de nature à assurer l'effectivité du droit (v. Ph. JESTAZ, *Le droit*, préc., pp. 86 et s.), la bonne administration de la justice, voire à permettre la modération de l'indemnisation, les dommages et intérêts obtenues en une fois par un représentant étant moins importants que la somme de ceux qui auraient pu être attribués à chacune des victimes ayant agi

substantielle d'un intérêt personnel décline elle aussi. Certaines questions, toutefois, ne relèvent pas de cette tendance et doivent être écartées de notre champ d'étude.

Il est évident d'abord que la personne morale qui agit peut défendre ses intérêts personnels comme tout sujet de droit. Il en est ainsi de la société qui défend ses intérêts patrimoniaux, voire extrapatrimoniaux, tel que son droit à l'image ou à la vie privée. On peut même y ajouter certaines situations dans lesquelles on voit classiquement l'atteinte à un intérêt collectif. Ainsi en est-il de l'atteinte portée à l'intérêt d'une profession. Dans certains cas, celui des ordres professionnels, les professions sont « *monopolisées au profit de leurs membres actuels* »²⁰³³, c'est-à-dire que l'ensemble des professionnels sont inclus dans la personne morale si bien qu'elle incarne véritablement le groupe²⁰³⁴, là où certains autres prétendent simplement le "représenter", dans un sens d'ailleurs plus symbolique que juridique. Il y alors « *collectivité personnalisée* »²⁰³⁵. Les ordres professionnels sont la profession même et on peut en déduire que l'action ordinaire est non seulement une action égoïste, satisfaisant à l'exigence d'un intérêt personnel à agir, mais encore une action exercée pour la défense d'un intérêt substantiel personnel, la profession ayant la personnalité juridique grâce à l'ordre²⁰³⁶. Or, ce n'est que lorsque l'intérêt dégradé n'est celui d'aucune personne juridique qu'on peut dire qu'il y a vraiment atteinte à l'exigence de personnalité.

Ensuite, il faut faire un choix parmi les hypothèses pouvant illustrer le problème. L'intérêt des travailleurs, celui des consommateurs, sont souvent étudiés. Mais c'est sur le cas de l'intérêt collectif que représente l'environnement que l'on va se pencher. C'est en effet une question d'actualité aussi bien dans le monde extrajuridique²⁰³⁷ que dans l'univers du droit. La question du dommage écologique a ainsi donné lieu à une littérature débordante²⁰³⁸ et le

individuellement. Il n'y a aucune raison technique ou rationnelle de n'admettre que les actions égoïstes au détriment des actions altruistes dès lors, bien entendu, qu'il est laissé au titulaire de l'action en réparation le choix de tirer profit ou non de l'avantage obtenu en justice pour son compte. L'exigence processuelle d'intérêt personnel à agir pourrait donc être clairement abandonnée.

²⁰³³ R. SAVATIER, *op. cit.*, n° 565 et s.

²⁰³⁴ En ce sens, v. J. CARBONNIER, *op. cit.*, n° 1121, p. 2271.

²⁰³⁵ L'expression est des Pr. Viney et Jourdain (*op. cit.*, p. 122) qui ne l'utilisent toutefois pas au sujet des ordres professionnels.

²⁰³⁶ C'est la raison pour laquelle on peut rejoindre la critique de Mlle Viney et de M. Jourdain (*op. cit.*, n° 303-2) relative au fait que l'action ordinaire soit subordonnée à une habilitation malgré leur parfaite représentativité – identité pourrait-on dire – de la profession. Ici comme ailleurs, la jurisprudence semble cependant ne plus s'opposer à l'action des ordres non habilités. V. Crim., 28 mars 1991 (conseils régionaux de l'Ordre des vétérinaires) : *Bull. crim.*, n° 149, et Crim., 4 nov. 1991 (conseils régionaux des notaires) : *Bull. crim.*, n° 391.

²⁰³⁷ Sur la dimension religieuse de l'environnement, v. par exemple, F.-G. TREBULLE, « Environnement et respect de la tradition », *Mél. J.-H. Robert*, préc., pp. 787 et s.

²⁰³⁸ V. not. O. BERG, « Le dommage objectif », préc., F. CABALLERO, *Essai sur la notion juridique de nuisance*, préc., M.-P. CAMPROUX-DUFFRENE, « Conséquences de la nature juridique de la biodiversité sur la réparation du dommage. De Code civil à Code de l'environnement », *Mél. G. Wiederkehr*, Dalloz, 2009, pp. 89 et s., I. DOUSSAN, « Le droit de la responsabilité civile français à l'épreuve de la « responsabilité environnementale » instaurée par la directive du 21 avril 2004 », *Petites affiches*, 25 août 2005, pp. 3 et s., C. DREVEAU, art. cit., P. GIROD, *La réparation du dommage écologique*, L.G.D.J., Bibliothèque de droit public, t. 120, 1974, A. GUEGAN-LECUYER, *op. cit.*, n° 89 et s., C. HERMON, « La réparation du dommage écologique. Les perspectives ouvertes par la directive du 21 avril 2004 », *AJDA*, 2004, Etudes, pp. 1792 et s., L. NEYRET, *op. cit.*, n° 140 et s., « La réparation des atteintes à l'environnement par le juge judiciaire », *D.*, 2008, chron., pp. 170 et s., et « Naufrage de l'Erika : vers un droit commun de la réparation des atteintes à

contexte normatif est particulièrement favorable à sa prise en compte. Le droit international²⁰³⁹, le droit européen²⁰⁴⁰, le droit communautaire²⁰⁴¹, les droits étrangers²⁰⁴² et le droit interne²⁰⁴³ abordent la question, et cela de manière plus ou moins similaire. Par ailleurs, c'est l'influence des préoccupations environnementales sur la responsabilité civile qui tend le plus à la transformer, sinon à la déformer, la doctrine officiant en la matière semblant parfois plus écologiste que privatiste.

C'est donc en utilisant l'exemple du dommage écologique, et plus précisément du dommage écologique pur²⁰⁴⁴ en ce qu'il représente le plus frappant exemple de préjudice dit "objectif"²⁰⁴⁵, que seront observées les manifestations du déclin de l'exigence du caractère

l'environnement », *D.*, 2008, chron., pp. 2681 et s., M. PRIEUR, *Droit de l'environnement*, préc., n° 1254 et s., B. RAJOT, « La responsabilité environnementale ou la reconnaissance légale du préjudice écologique », *Resp. civ. et ass.*, septembre 2008, Focus, p. 2, M. REMOND-GOUILLOUD, « Le prix de la nature », *D.*, 1982, chron., pp. 33 et s., J. THEVENOT, « Environnement et préjudice moral : observations sur les contentieux en réparation », *D.*, 1994, chron., pp. 225 et s., G. VINEY, « Le préjudice écologique », *Resp. civ. et ass.*, n° spécial *Le préjudice : questions choisies*, mai 1998, pp. 6 et s., et « Les principaux aspects de la responsabilité des entreprises pour atteinte à l'environnement en droit français », *JCP*, 1996, I, 3900, et G. WIERDEKEHR, « Dommage écologique et responsabilité civile », *Mél. A. Kiss*, Ed. Frison-Roche, 1998, pp. 513 et s.

²⁰³⁹ V. not. la Convention de Genève du 10 octobre 1989 pour les dommages causés au cours de transport de marchandises dangereuses.

²⁰⁴⁰ V. surtout la fameuse Convention de Lugano du 21 juin 1993 sur la responsabilité civile des dommages résultant d'activités dangereuses pour l'environnement.

²⁰⁴¹ V. not. la Convention du Conseil européen du 19 novembre 1998 sur la protection de l'environnement par le droit pénal, la directive 2004/35/CE du Parlement européen et du Conseil européen du 21 avril 2004 sur la responsabilité environnementale en ce qui concerne la prévention et la réparation des dommages environnementaux et la directive 2008/98/CE du Parlement européen et du Conseil européen du 19 novembre 2008 relative aux déchets.

²⁰⁴² V. par exemple, la loi colombienne du 19 décembre 1973, le *Comprehensive Environmental Response Compensation and Liability Act* (CERCLA) ou l'*Oil Pollution Act* (OPA) américains des 11 décembre 1980 et 18 août 1990, la loi italienne du 8 juillet 1986 ou la loi belge du 20 janvier 1999 visant la protection du milieu marin. Pour le droit comparé, v. not. *Le dommage écologique en droit interne, communautaire et comparé*, s. *Les responsabilités environnementales dans l'espace européen, point de vue franco-belge*, dir. G. VINEY et B. DUBUISSON, Schulthess, Bruylant, L.G.D.J., Bibliothèque de la faculté de droit de l'université catholique de Louvain, 2006, et *L'indemnisation*, Travaux de l'association Henri Capitant, t. 54, Journées québécoise, 2004, Société de législation comparée, Dalloz/Litec, 2008.

²⁰⁴³ V. la récente loi n° 2008-757 du 1^{er} août 2008 relative à la responsabilité environnementale et à diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de l'environnement ainsi que l'ordonnance n° 2009-299 du 26 février 2009 portant application de l'article 12 de la loi du 1^{er} août 2008 et que le décret n° 2009-468 du 23 avril 2009 portant application de la loi du 1^{er} août 2008.

²⁰⁴⁴ La doctrine entend par dommage écologique pur celui qui consiste en une atteinte portée à l'environnement sans répercussion sur les sujets de droit, par opposition à ce que l'on pourrait appeler le dommage écologique *medium*, vecteur d'une lésion plus classique à un intérêt personnel. En réalité, la distinction est sans véritable intérêt technique dans la mesure où, en cas de lésion de l'intérêt d'une personne, ce n'est pas l'atteinte à l'environnement comme valeur collective mais celle subie par le sujet de droit qui sera réparée. Il est donc indifférent de savoir si le dommage écologique pur ainsi défini est réparé ou non, la seule question qui nous intéresse étant de savoir si l'atteinte à l'environnement peut être indemnisée en tant que telle, peu important qu'elle ait eu des répercussions personnelles ou pas. *Comp. Ph. BRUN, op. cit.*, n° 200, et G. WIERDEKEHR, art. *cit.*

²⁰⁴⁵ L'expression est de M. Neyret, *in op. cit.* Le terme a vocation à viser la lésion d'un intérêt dépourvue de toute répercussion sur un sujet de droit, un préjudice débarrassé de l'exigence substantielle de la lésion d'un intérêt personnel. L'auteur tente de l'opposer de la notion de préjudice collectif conçue comme une question de droit processuel, alors que le préjudice objectif serait un problème de droit substantiel (*ibid.* n° 478). Cela semble néanmoins procéder d'une confusion des exigences processuelle et substantielle d'un intérêt personnel. En réalité, le préjudice objectif, a-personnel, n'est pris en compte que s'il est collectif, suprapersonnel. Briser un

personnel de l'intérêt lésé (A), pour ensuite porter une appréciation sur cette orientation du droit de la responsabilité civile (B).

A- Les manifestations du déclin du caractère personnel en droit civil de la responsabilité

366. Manifestations implicites de la réparation du dommage écologique en droit positif. La doctrine affirme souvent que le dommage écologique pur n'est pas réparé en tant que tel en droit français²⁰⁴⁶. Un examen attentif de la jurisprudence semble révéler que tel est pourtant bien le cas, cette réparation pouvant prendre une forme soit implicite, soit plus évidente.

Tout d'abord, c'est parfois implicitement que le dommage écologique est réparé. Ainsi en sera-t-il lorsque les juges feront mine de réparer un préjudice personnel de la personne morale demanderesse pour indemniser en réalité le dommage écologique. S'il n'y a pas d'artifice lorsque l'on répare le préjudice résultant des frais engagés pour la protection ou pour la remise en état des lieux souillés²⁰⁴⁷, tel n'est plus le cas lorsque l'on prétend réparer le préjudice extrapatrimonial, le préjudice affectif, d'un groupement. Certains auteurs estiment ainsi que l'atteinte à l'environnement peut causer un préjudice moral à des groupements par atteinte à leur objet social et, donc, à leur "raison de vivre"²⁰⁴⁸. On réparerait alors une manière de préjudice d'affection²⁰⁴⁹ subi par une personne morale dont la certitude résulterait simplement du fait que les fondateurs du groupement auront pris soin de préciser dans les statuts que celui-ci aura pour fonction de défendre tel ou tel intérêt de son choix²⁰⁵⁰. La jurisprudence utilise ce procédé depuis longtemps. Déjà en 1982, à l'occasion de la célèbre affaire du balbuzard-pêcheur, oiseau rare dont la mort causée par des chasseurs aurait

gravillon n'appartenant à personne est un "préjudice objectif" mais non collectif car il ne fait écho à aucune valeur essentielle à la société. Il n'est donc pas juridiquement protégé.

²⁰⁴⁶ V. not. Ph. BRUN, *op. et loc. cit.*, F. CABALLERO, *op. cit.*, n° 232 et s., C. HERMON, *art. cit.*, L. NEYRET, *op. cit.*, n° 612, X. PRADEL, *op. cit.*, n° 235, J. THEVENOT, *art. cit.*, et G. VINEY, « Le préjudice écologique », *art. cit.*

²⁰⁴⁷ V. par exemple, le jugement rendu par le TGI de Paris, le 16 janvier 2008, à l'occasion de l'affaire *Erika* (sur lequel, v. L. NEYRET, « Naufrage de l'*Erika* », préc.) a ordonné la réparation de différents préjudices patrimoniaux subis par des personnes morales publiques (dépenses de personnels, de nettoyage et de matériel, subventions versées aux associations d'aide à l'environnement) et privées (frais de fonctionnement des centres de sauvetage et de soins des oiseaux mazoutés, frais liés à des campagnes de communication ou à des opérations de lutte contre la pollution). On pourrait y voir de véritables préjudices patrimoniaux réparés en tant que tels et non comme substituts du dommage écologique. M. Brun les considère au contraire comme un véritable artifice pour dissimuler la réparation du préjudice écologique (*op. cit.*, n° 241, note 125).

²⁰⁴⁸ V. L. BORE, *op. cit.*, n° 129 et s., M. BOUTONNET et L. NEYRET, « Préjudice moral et atteintes à l'environnement », *D.*, 2010, chron., pp. 912 et s., et G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. cit.*, n° 303-4 et s. Rapp. C. HERMON, *art. cit.*

²⁰⁴⁹ Elle a pu aussi passer par le biais de l'atteinte à l'image ou à la réputation. En ce sens, v. not. TGI Paris, 16 janv. 2008 : *D.*, 2008, chron., L. Neyret, p. 2681.

²⁰⁵⁰ En ce sens, v. Ph. LE TOURNEAU et alii, *op. cit.*, n° 1487 : « on admet finalement que toute association puisse s'auto-investir du droit d'agir en défense de la grande cause de son choix, dès lors que les membres y sont sensibles ».

provoqué un préjudice moral à une association de protection des oiseaux, elle accordait la réparation²⁰⁵¹.

Ce procédé est critiquable à plusieurs égards. En premier lieu se dresse un obstacle technique. Subir un préjudice affectif suppose l'aptitude aux sentiments et aux sensations, ce dont sont dépourvues les personnes morales²⁰⁵². Par conséquent, un groupement ne peut subir de préjudice moral. Il en résulte que lorsque les magistrats statuent de la sorte, ils ne réparent pas le préjudice d'affection du groupement, puisqu'il n'existe pas, mais bien la lésion causée à l'intérêt collectif, à savoir ici l'environnement²⁰⁵³. Mais, en second lieu, en passant par le biais de l'indemnisation du préjudice affectif du groupement, on fait un choix contestable en opportunité. D'une part, si c'est la douleur d'une association que l'on prétend réparer, alors il n'y a aucune raison pour ne pas admettre séparément l'action de tout groupement qui aura pour objet social la défense de l'intérêt collectif lésé. Ainsi toutes les associations de défense de l'environnement pourront demander et obtenir des dommages et intérêts aux fins de compensation de la tristesse résultant pour chacune d'elles de la destruction d'un milieu naturel protégé, tout comme l'ensemble des membres d'une famille peut obtenir réparation de la souffrance individuelle que leur cause la mort d'un proche. De nombreuses actions en réparation pourront donc être exercées alors qu'à chaque fois, on ne fera que réparer, en fait, une seule et même atteinte à l'environnement. Ce procédé devrait également permettre, rationnellement, à toute personne physique d'agir aux mêmes fins. En effet, n'est-il pas plus rationnel qu'un être humain souffre de la mort d'un animal plutôt que de juger que seuls les groupements peuvent éprouver une telle douleur ? Par suite, d'autre part, un tel procédé est le meilleur moyen d'assurer l'enrichissement des associations à bon compte²⁰⁵⁴. S'agissant officiellement de sécher leurs larmes et non de réparer le dommage écologique, l'indemnisation, qui devra prendre le plus souvent une forme pécuniaire puisqu'il s'agira d'indemniser un groupement de sa peine, bénéficiera à une personne qui n'a pas véritablement souffert, et non à l'environnement. Enfin, d'un point de vue symbolique, ce n'est pas l'environnement en tant que tel qui apparaît comme l'intérêt protégé²⁰⁵⁵, bien que ce soit le cas en réalité, le préjudice affectif du groupement n'existant pas.

²⁰⁵¹ Civ. 1, 16 nov. 1982 : *Bull. civ.*, n° 331. *Adde* Aix-en-Provence, 13 mars 2006, n° 428/M/2006 (destruction d'un chamois), cité in L. NEYRET, « La réparation des atteintes à l'environnement par le juge judiciaire », préc., et Civ. 3, 8 juin 2011 (violation d'un arrêté préfectoral créant un risque de pollution) : *RLDC*, 2011, n° 4341, J.-Ph. BUGNICOURT.

²⁰⁵² V. *supra* n° 353.

²⁰⁵³ Rappr. P. JOURDAIN, « Le dommage écologique et sa réparation », *Les responsabilités environnementales dans l'espace européen*, préc., pp. 143 et s., et L. NEYRET, art. *cit.*

²⁰⁵⁴ Pour une illustration particulièrement éclairante, v. Civ. 3, 8 juin 2011 : "indemnisation" du "préjudice moral" d'une association de défense de l'environnement caractérisé par une atteinte aux intérêts collectifs défendus par elle, atteinte résultant d'un risque déjà résorbé par la mise en conformité de la société responsable avec la réglementation des installations classées... Sur cette décision, v. B. PARANCE, « Action en justice des associations de protection de l'environnement, infraction environnementale et préjudice moral », préc.

²⁰⁵⁵ Dans le même sens, v. C. DREVEAU, art. *cit.* Rappr. L. NEYRET, *op. cit.*, n° 557.

L'insuffisance de ce procédé implicite de réparation du dommage écologique semble avoir été perçue par le législateur et la jurisprudence qui combinent leurs efforts afin que le dommage écologique puisse être indemnisé en tant que tel et de façon explicite.

367. Manifestations explicites de la réparation du dommage écologique en droit positif. Le législateur, dans un premier temps, se montre tout à fait favorable aux associations de défense de l'environnement. En effet, la loi Barnier n° 95-101 du 2 février 1995 relative au renforcement de la protection de l'environnement a généralisé l'habilitation à agir pour la défense de cet intérêt au profit de l'ensemble des associations écologistes agréées et en a homogénéisé le régime juridique. L'article L. 141-1 du Code de l'environnement exige de ces associations qu'elles soient régulièrement déclarées et qu'elles exercent leurs activités statutaires relativement à la protection ou à la gestion méliorative de la nature ou du cadre de vie depuis au moins trois ans pour qu'elles puissent bénéficier d'un agrément motivé de l'autorité administrative. L'article L. 142-2 du même code leur accorde, selon la formule consacrée, l'ensemble des « *droits reconnus à la partie civile* » à l'égard des faits ayant porté atteinte « *aux intérêts collectifs qu'elles ont pour objet de défendre* » et constituant une infraction aux dispositions législatives et réglementaires relatives à la protection et l'amélioration de l'environnement. Le texte va même plus loin en étendant ce droit aux associations non agréées mais régulièrement déclarées depuis 5 ans minimum à la date des faits et ayant pour objet statutaire la défense des eaux ou des installations classées. Le même droit est reconnu aux collectivités territoriales et à leurs groupements²⁰⁵⁶. La jurisprudence a accompagné le législateur en admettant l'action des associations de défense de l'environnement devant les juridictions civiles et non pas seulement, comme le prévoyait la loi, devant le juge pénal²⁰⁵⁷. Par ailleurs, plus généralement, certains arrêts semblent avoir ouvert le prétoire civil à toute association ayant pour objet statutaire la défense de l'intérêt collectif concerné par le litige, sans plus exiger une quelconque habilitation, condition légale qui serait en voie d'abandon²⁰⁵⁸. Des arrêts récents considèrent même que les statuts n'ont pas à prévoir expressément la possibilité d'une action altruiste pour que l'association soit recevable à agir. Il suffirait d'y inscrire que la protection de la nature est l'objectif du groupement²⁰⁵⁹ !

²⁰⁵⁶ C. env., art. L. 142-4.

²⁰⁵⁷ Civ. 2, 14 juin 2007: *Bull. civ.*, n° 157.

²⁰⁵⁸ V. not. Civ. 2, 27 mai 2004 (« *hors habilitation législative, une association ne peut agir en justice au nom d'intérêts collectifs qu'autant que ceux-ci entrent dans son objet social* »): *D.*, 2004, somm., obs. E. LAMAZEROLLES, p. 2931. Sur l'abandon de la condition d'habilitation, v. not. G. VINEY, « L'action d'intérêt collectif et le droit de l'environnement. Rapport français », *Les responsabilités environnementales dans l'espace européen*, préc., pp. 218 et s. *Adde* M. MEKKI, art. *cit.*

²⁰⁵⁹ V. not. Civ. 1, 18 sept. 2008 : *D.*, 2009, pan., chron. F.-G. TREBULLE, p. 2448, et Civ. 3, 1^{er} juill. 2009 : *JCP*, 2009, 454, note N. DUPONT ; et *Resp. civ. et ass.*, 2009, comm., n° 314.

Or, à cette faculté processuelle d'agir pour la défense de l'environnement en tant qu'intérêt collectif a logiquement répondu la réparation de l'atteinte portée à cet intérêt lui-même, soit l'environnement. Ce que d'aucuns appellent l'autonomisation du dommage écologique²⁰⁶⁰ remonte aux années 1980 où l'on commença à réparer le dommage biologique résultant de la destruction d'espèces animales²⁰⁶¹. On répare très clairement aujourd'hui les atteintes causées au milieu de manière autonome, sans passer par le prétexte du préjudice moral de l'association et en l'en distinguant explicitement²⁰⁶².

On peut donc considérer avec une part de la doctrine²⁰⁶³ que le préjudice écologique pur est aujourd'hui réparé en droit positif français²⁰⁶⁴ et, par conséquent et pour qu'en soit tiré un enseignement plus général, qu'un intérêt n'a plus à être systématiquement celui d'une personne juridique pour que celui qui y porte atteinte ou qui le menace engage sa responsabilité civile²⁰⁶⁵.

B- La contestation du déclin du caractère personnel en droit civil de la responsabilité

368. Portée de l'appréciation. Plusieurs remarques doivent être faites après constat de cette évolution, sachant que celles-là, comme celle-ci, valent aussi bien pour le dommage écologique que pour les autres lésions d'intérêts collectifs constitutifs de préjudices objectifs, tels que celui des travailleurs, des consommateurs, des épargnants, des contribuables, etc. De même, la critique qui doit être faite de cet état du droit positif est valable pour tous les types de dégradations que peuvent subir ces biens juridiques, lésion ou mise en danger. Cela dit, deux types de reproches peuvent être formulés : l'un d'ordre technique (1), l'autre d'ordre fonctionnel (2).

²⁰⁶⁰ V. surtout L. NEYRET, articles précités.

²⁰⁶¹ T. corr. Brest, 4 nov. 1988, n° 2463/88, cité in L. NEYRET, « La réparation des atteintes à l'environnement par le juge judiciaire », préc.

²⁰⁶² V. par exemple, Bordeaux, 13 janv. 2006, n° 05/0056 (« préjudice subi par la flore et les invertébrés du milieu aquatique » dû à l'assèchement d'une rivière) cité in L. NEYRET, art. cit., et chron. sous TGI Paris, 16 janv. 2008, *D.*, 2008, p. 2681, (« préjudice résultant de l'atteinte à l'environnement »), et Paris, 30 mars 2010 : *D.*, 2010, obs. S. LAVRIC, p. 967, chron. V. REBEYROL, p. 1804, et chron. L. NEYRET, p. 2238 ; et *Resp. civ. et assur.*, juin 2010, Alertes n° 12, B. RAJOT. Sur cet arrêt adde M. BOUTONNET, « La classification des catégories de préjudices à l'épreuve de l'arrêt *Erika* », *RLDC*, 2010, n° 3874.

²⁰⁶³ Not. M. BOUTONNET, « Vers une indemnisation des victimes des marées noires en dehors du droit de la responsabilité civile », note sous Civ. 3, 17 déc. 2008, *D.*, 2009, pp. 701 et s., M. BOUTONNET et L. NEYRET, « Préjudice moral et atteintes à l'environnement », préc., L. NEYRET, « Naufrage de l'*Erika* », préc., et B. RAJOT, art. cit.

²⁰⁶⁴ D'un point de vue prospectif, il est à noter qu'une proposition de loi a été déposée en vue de sa consécration officielle (proposition sénatoriale n° 546 visant à inscrire la notion de préjudice écologique dans le Code civil). V. *RLDC*, septembre 2012, p. 20.

²⁰⁶⁵ Semble demeurer pourtant un zeste de timidité chez les juges du fond, notamment dans les décisions du TGI et de la Cour d'appel de Paris précités qui semblent vouloir ramener l'atteinte à l'environnement dans le giron patrimonial ou statutaire du demandeur. Rapp. TGI Tours, 24 juill. 2008 : *Environnement*, 2008, Etude n° 11, M. BOUTONNET. Pour certains auteurs (v. not. L. NEYRET, art. cit., et « L'affaire *Erika* : moteur d'évolution des responsabilités civile et pénale », chron. sous Paris, 30 mai 2010, *D.*, 2010, obs. S. LAVRIC, pp. 967 et s., chron. V. REBEYROL, pp. 1804 et s., et chron. L. NEYRET, pp. 2238 et s. ; et *Resp. civ. et assur.*, juin 2010, Alertes n° 12, B. RAJOT), ces considérations ne concerneraient cependant que l'aspect processuel de l'exigence d'un intérêt personnel...

1. Le caractère personnel comme nécessité technique du droit civil de la responsabilité

369. Obstacles techniques. Certains notent à juste titre que l'exigence d'un intérêt ayant un caractère personnel se dresse comme un obstacle à la réparation franche des lésions supra-personnelles. Ils estiment néanmoins, et le législateur et la jurisprudence semblent les suivre en ce sens, que cet inconvénient n'est en rien insurmontable²⁰⁶⁶. Pourtant, cette exigence n'est pas simplement liée à la défiance des rédacteurs du Code civil à l'encontre de l'altruisme²⁰⁶⁷ mais répond à une exigence technique purement rationnelle. Les articles 1382 et suivants du Code civil ne visent, en effet, pas la simple victime mais bien *autrui*. Il en résulte que, si l'on peut bien dire, pour l'image, que la nature est victime du dommage écologique²⁰⁶⁸ ou qu'il y a une victime dans l'humanité tout entière²⁰⁶⁹, une telle affirmation ne saurait avoir aucune conséquence technique, le terme *autrui* renvoyant nécessairement à une personne, soit humaine, soit juridique. Plus précisément, il ne peut s'agir techniquement que d'une personne juridique²⁰⁷⁰ pour la simple et bonne raison que la responsabilité civile traduit un lien d'obligation, soit un lien de droit en vertu duquel une personne, le créancier, peut exiger d'une autre, le débiteur²⁰⁷¹, qu'il exécute une prestation, et ce en vertu d'un droit de créance. Or, évidemment, pour être titulaire d'un tel droit, il faut la personnalité juridique. On pourrait même aller plus loin en affirmant que l'évolution du droit de la responsabilité civile, notamment en raison du rôle actuel de l'assurance, et nonobstant la tendance du droit civil à la "dépatrimonialisation" et la réparation des dommages et préjudices à la personne, tend à faire d'elle un mode d'attribution du coût des atteintes aux intérêts particuliers parmi d'autres. En cela, la responsabilité civile établit un rapport entre deux patrimoines²⁰⁷². Le Code civil ne le

²⁰⁶⁶ V. not. P. JOURDAIN, art. *cit.*, M.-J. LITMANN-MARTIN et C. LAMBRECHTS, « La spécificité du dommage écologique. Rapport général », *Le dommage écologique en droit interne, communautaire et comparé*, préc., pp. 45 et s., L. NEYRET, *op. cit.*, n° 37 et s., 199 et s., 290 et s., et 588 et s., et articles *cit.*, et G. VINEY, articles *cit.* (qui parle pourtant d'une objection « impressionnante », in « Le préjudice écologique », art. *cit.*). Rappr. C. DREVEAU, art. *cit.* *Contra* v. Ch. QUEZEL-AMBRUNAZ, « L'exemple d'un modèle de responsabilité hybride : la responsabilité environnementale », *Resp. civ. et assur.* 2012, Dossier *Les concours de responsabilité : entre dialogue et conflits*, n° 12.

²⁰⁶⁷ L. BORE, *op. cit.*, n° 124 et s., et G. RIPERT, *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, préc., n° 65.

²⁰⁶⁸ En ce sens, v. A. GUEGAN-LECUYER, *op. cit.*, n° 90, et L. NEYRET, *op. cit.*, n° 635 et s. qui y voit une « victime de fait », « réplique imparfaite de la victime de droit en raison de son absence de personnalité juridique » mais qui devrait être prise en compte par le droit comme la société de fait ou la séparation de fait.

²⁰⁶⁹ V. par exemple, X. PRADEL, *op. cit.*, n° 235, et G. VINEY, articles *cit.*

²⁰⁷⁰ Il est donc très aventureux de dire, comme certains (L. NEYRET, *op. cit.*, not. n° 305 et 628), que la notion de personne juridique est étrangère au droit de la responsabilité civile.

²⁰⁷¹ Il faut dès lors condamner comme spécieux l'argument qui consiste à faire le parallèle avec l'objectivisation de la faute pour légitimer celle du préjudice (L. NEYRET, *op. cit.*, n° 592 et s., et « La réparation des atteintes à l'environnement par le juge judiciaire », préc.). En effet, alors que la première ne prive pas le rapport d'obligation de son débiteur, la seconde donnerait naissance à un lien d'obligation sans créancier. Rappr. en ce sens, Ph. BRUN, « Les fondements de la responsabilité. Rapport français », *Les responsabilités environnementales dans l'espace européen*, préc., pp. 3 et s. Le simple fait d'être institué par la loi pour agir en justice pour défendre un intérêt objectif et collectif ne saurait, quant à lui, donner naissance à un droit de créance au profit du demandeur. Le prétendre serait confondre le droit et l'action.

²⁰⁷² V. not. Ph. CONTE, *Responsabilité du fait personnel*, préc., n° 1. Si ce rapport résulte inévitablement du lien de responsabilité civile, il semble en revanche que celle-ci n'en pré suppose pas nécessairement un autre qu'elle aurait pour fonction de rétablir. V. *supra* n° 137 note 927.

conçoit-il pas d'ailleurs comme une « *des différentes manières dont on acquiert la propriété* »²⁰⁷³ ? Il faut dès lors se poser la question : en cas de dommage écologique, comme de toute autre atteinte à un intérêt suprapersonnel, quel est le patrimoine qui recevra l'éventuelle indemnité ? Il n'y en a pas puisque le patrimoine ne peut, en droit positif français, être dissocié de la personne juridique.

La qualité de sujet de droit s'avérant techniquement indépassable pour permettre le jeu de la responsabilité civile, certains ont alors proposé d'accorder la personnalité juridique à diverses entités tels que les animaux²⁰⁷⁴, la nature, les générations futures voire à l'humanité elle-même²⁰⁷⁵, ou de faire de l'environnement un objet de droits réels. Certains estiment également que la Charte de l'environnement, élevée au rang de norme à valeur constitutionnelle par la loi n° 2005-105 du 1^{er} mars 2005, aurait créé un droit à l'environnement qui aurait la nature d'un droit subjectif de la personnalité²⁰⁷⁶. Cependant, ces solutions sont généralement critiquées par la doctrine, y compris écologiste, comme inadaptées à la technique et à la philosophie de notre système juridique ou dangereuses²⁰⁷⁷. En réalité, l'ensemble de ces propositions, tout comme celle qui promeut la réparation du préjudice objectif, ont pour principal défaut de vouloir absolument assurer la protection de l'environnement au moyen du droit de la responsabilité civile. Aux obstacles techniques s'ajoute alors une certaine confusion fonctionnelle entre le droit pénal et la responsabilité civile.

²⁰⁷³ C. civ., Livre troisième.

²⁰⁷⁴ J.-P. MARGUENAUD, *L'animal en droit privé*, P.U.F., 1992, cité in G. LOISEAU, « Des droits humains pour personnes non humaines », préc. L'idée est ancienne qui était déjà critiquée par R. SALEILLES, in *De la personnalité juridique*, réimpr., Ed. La mémoire du droit, coll. Références, 2003, spéc. p. 573, et pp. 593 et s.

²⁰⁷⁵ V. not. J. CHARPENTIER, « L'humanité : un patrimoine mais pas de personnalité juridique », *Mél. A. Kiss*, préc., pp. 17 et s. Rapp. L. NEYRET, art. cit.

²⁰⁷⁶ V. not. ainsi V. REBEYROL, *L'affirmation d'un "droit à l'environnement" et la réparation des dommages environnementaux*, Defrénois/Lextenso, 2009, spéc. n° 5 et s., et 276 et s. Il est vrai que l'article 1^{er} de la Charte dispose que « *chacun a droit de vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé* ». Il est néanmoins douteux qu'il s'agisse vraiment d'un droit subjectif au sens technique du terme. En ce sens, v. M. BARY, « L'obligation de vigilance à l'égard des atteintes à l'environnement », préc., et D. GUIHAL, *Droit répressif de l'environnement*, préc., p. VII : « *la loi constitutionnelle du 1^{er} mars 2005 (...) est resté(e) dans le domaine du symbole* ». Il faudrait en tout cas qu'en soient précisés le contenu et l'objet. En cas de dommage écologique résultant du naufrage d'un navire transportant des hydrocarbures, 30 millions d'amis de l'environnement pourraient-ils agir en réparation ? Comp. M.-P. CAMPROUX-DUFFRENE, art. cit., et « Le contentieux de la réparation civile des atteintes à l'environnement après la loi du 1^{er} août 2008 sur la responsabilité environnementale », *RLDC*, 2010, n° 3825, qui parle de droit réel (droit d'usage de la chose que constitue la biodiversité) collectif (s'agissant d'une chose commune) extrapatrimonial (en raison du caractère d'"inappropriabilité" qui découle de cette qualification). La Cour européenne de sauvegarde des droits de l'homme a d'ailleurs reconnu l'existence d'un droit à la jouissance d'un environnement sain qu'elle rattache aux droits au respect de la vie privée et familiale et au respect de son domicile. V. not. CEDH, 27 janv. 2009, *Tatar c/ Roumanie* : D., 2009, obs. F.-G. TREBULLE, p. 2448, et CEDH, 7 avr. 2009, *Branduse c/ Roumanie* : D., 2009, obs. F.-G. TREBULLE, p. 2448 ; et *JCP*, 2009, F. SUDRE, p. 243. Adde M. BARY, « Le droit à un environnement sain », *RLDC*, 2010, n° 3826. Mais, il est douteux là aussi qu'il s'agisse d'un droit subjectif. En ce sens, v. M. BARY, art. cit.

²⁰⁷⁷ Sur ces différentes théories, v. not L. BORE, *op. cit.*, n° 34, F. CABALLERO, *op. cit.*, n° 238 et 244 et s. et L. NEYRET, *op. cit.* n° 380 et s., et 629. Adde Ph. BRUN, *op. et loc. cit.*, P. JOURDAIN, art. cit., G. VINEY, « Le préjudice écologique », préc., et G. WIERDEKEHR, art. cit. Adde M. BARY, art. cit., et N. RIAS, *op. cit.*, n° 1103 et s.

2. Le caractère personnel comme expression de la fonction du droit civil de la responsabilité

370. Inadaptation fonctionnelle du droit civil de la responsabilité. « *Sortir du domaine même de la responsabilité civile (...) n'est pas en soi condamnable, car le droit de la responsabilité n'est pas apte à résoudre tous les problèmes de dommage écologique. Mais qu'il ne puisse résoudre tous les problèmes ne doit pas conduire à l'évincer, mais seulement à mesurer son rôle* »²⁰⁷⁸. Le fait qu'un intérêt, pour la protection duquel le droit déploie de plus en plus d'efforts, échappe aux règles de la responsabilité civile ne doit pas choquer ou être perçu comme un paradoxe²⁰⁷⁹ dans la mesure où cette branche du droit n'est pas tout le droit objectif. Malgré sa souplesse, le droit de la responsabilité civile ne doit pas être un "couteau suisse juridique" auquel on voudrait, semble-t-il parce qu'il est la discipline de prédilection des auteurs qui raisonnent en sens contraire, faire jouer tous les rôles. Lit-on les administrativistes proposer que le droit administratif régisse les rapports entre particuliers pour la seule raison que le droit objectif s'intéresse à leurs relations ou les spécialistes du droit international privé suggérer d'évacuer la condition d'élément d'extranéité propre à leur matière pour qu'elle s'applique aux relations de droit interne que régit aussi le droit ? Chaque institution juridique a sa fonction et celle de la responsabilité civile consiste à replacer, tant bien que mal, créancier et débiteur dans la situation qui était la leur avant la dégradation de la situation juridique du dernier. Cela est, certes, a priori moins glorieux que la protection des valeurs collectives mais cette fonction reste indispensable puisqu'il est question d'harmoniser les activités sociales dans la recherche d'un équilibre délicat entre liberté et sécurité. Limiter le rôle du droit civil dans la protection de l'environnement – ou de tout autre intérêt supra-personnel – ne signifie donc pas que le droit objectif tout entier, qui est encore une fois bien plus large, s'en désintéresse et ne pourra pas le prendre en charge efficacement. En réalité, droit pénal, droit public et droit civil doivent ici fonctionner de concert²⁰⁸⁰.

C'est d'ailleurs en ce sens que s'oriente le droit communautaire et, par voie de conséquence, le droit interne.

371. Propositions pour une protection pluridisciplinaire de l'environnement. Tout d'abord, le droit criminel participe fortement à la protection de l'environnement²⁰⁸¹. Il protège par exemple, *via* le Code de l'environnement, les espaces²⁰⁸² aussi bien que les espèces²⁰⁸³.

²⁰⁷⁸ G. WIERDEKEHR, « Le débat sur les fondements de la responsabilité en matière de dommage écologique. Rapport général », *Le dommage écologique en droit interne, communautaire et comparé*, préc., pp. 19 et s.

²⁰⁷⁹ Cet argument est celui de M. Neyret, *in op. cit.*, not. n° 334 et 704.

²⁰⁸⁰ Sur l'articulation du droit pénal et du droit administratif en matière de protection de l'environnement, v. C. COURTAIGNE-DESLANDES, *L'adéquation du droit pénal à la protection de l'environnement*, préc.

²⁰⁸¹ V. l'ouvrage de référence de Mme Guihal, préc., et C. COURTAIGNE-DESLANDES, *op. cit.*

²⁰⁸² On peut citer, pour exemple, la protection de l'eau douce, avec le délit de pollution des eaux (C. env., art. L. 216-6), de la mer avec les rejets illicites d'hydrocarbures (C. env., art. L. 218-10), ou des parcs et réserves, avec la destruction ou modification de l'état des territoires classés en réserve naturelle (C. env., art. L. 332-9).

²⁰⁸³ V. not. la destruction, la mutilation, la capture ou l'enlèvement d'animaux et l'arrachage et la cueillette de végétaux visés par arrêtés ministériels (art. L. 411-1, L. 411-2, L. 415-3 et R. 411-1), la chasse en temps prohibé

Pourtant le droit pénal de l'environnement est souvent critiqué²⁰⁸⁴. Ces reproches, toutefois, ne semblent pas inhérents à l'institution même du droit criminel et sont davantage à adresser au législateur et aux organes de la répression²⁰⁸⁵. On signale fréquemment l'insuffisante formation et sensibilisation des magistrats à la question environnementale²⁰⁸⁶. On peut donc penser que ce n'est pas à l'institution de changer mais aux mentalités. Le droit pénal de l'environnement peut et doit s'améliorer. Des propositions sont faites en ce sens, notamment pour que des incriminations plus générales soient édictées, et ce, en une forme plus classique, afin d'appréhender une multitude de comportements nuisibles à l'environnement et d'élever celui-ci au rang de valeur fondamentale de notre société²⁰⁸⁷. D'un point de vue fonctionnel, c'est d'ailleurs le droit pénal qui pourra le mieux y parvenir, symboliquement et juridiquement. On notera d'ailleurs que, comme c'est le cas pour de nombreux intérêts dits collectifs, l'environnement ressortit en réalité à l'intérêt général²⁰⁸⁸, si l'on veut bien admettre que celui-ci n'est jamais défendu autrement que par la protection de valeurs collectives aussi diverses que la vie, la dignité, l'égalité, la condition salariale ou consumériste²⁰⁸⁹. Enfin, l'arsenal répressif comprend des mesures de remise en état²⁰⁹⁰, auxquelles on devrait pouvoir ajouter le travail d'intérêt général afin d'impliquer personnellement les responsables de

ou nocturne (art. R. 428-7 et R. 428-8) ou les rejets nuisibles à la faune piscicole (art. L. 432-2). On peut également y ajouter certaines dispositions du Code pénal tel que l'article 521-1 qui réprime « *le fait (...) d'exercer des sévices graves, ou de nature sexuelle, ou de commettre un acte de cruauté envers un animal domestique, ou apprivoisé, ou tenu en captivité* ».

²⁰⁸⁴ V. not. F. CABALLERO, *op. cit.*, n° 6, P. GIROD, *op. cit.*, p. 211 et s., L. NEYRET, *op. cit.*, n° 366 et s., et « Naufrage de l'Erika », préc., M. PRIEUR, *op. cit.*, n° 1222 et s., D. ROETS, « Les sanctions pénales du droit de l'environnement sont-elles utiles ? », préc. *Adde*, pour plus de détails et de références, *infra* n° 102 note 606.

²⁰⁸⁵ Rapp. J. MONGIN et E. DAOUD, « Le droit pénal demeure-t-il étranger à la notion de « développement durable » ? Rien n'est moins sûr ! », préc. *Adde infra* n° 102 note 606.

²⁰⁸⁶ A ce sujet, v. G. CANIVET et D. GUIHAL, « Protection de l'environnement par le droit pénal : l'exigence de formation et de spécialisation des magistrats », préc.

²⁰⁸⁷ Pour une démonstration complète et méthodique de la pertinence d'un droit pénal de l'environnement, v. C. COURTAIGNE-DESLANDES, *op. cit. Adde* les différentes propositions faites en ce sens et rapportées par M. Prieur, *in op. cit.*, n° 1139.

²⁰⁸⁸ En ce sens, v. not. M.-J. LITTMANN-MARTIN et C. LAMBRECHTS, *art. cit.*, L. NEYRET, « La réparation des atteintes à l'environnement par le juge judiciaire », préc., M. REMOND-GOUILLOU, *art. cit.*, J. THEVENOY, *art. cit.*, G. VINEY, *articles cit.*, et G. WIERDEKEHR, « Dommage écologique et responsabilité civile », préc. Rappelons que la Charte de l'environnement considère que « *la préservation de l'environnement (est un des) intérêts fondamentaux de la Nation* ».

²⁰⁸⁹ On se bornera ici à soutenir la thèse selon laquelle il n'y a pas, sauf exception, de différence entre l'intérêt général et l'intérêt collectif, le premier n'étant pas nécessairement attaché à une valeur partagée par l'ensemble de la collectivité nationale, tandis que le second peut très bien l'être. De nombreux auteurs relativisent ou nient la distinction : v. par exemple, R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé*, préc., Chapitre IX, et B. PARANCE, *art. cit.*, et G. WICKER, « La théorie de la personnalité morale depuis la thèse de Bruno Oppetit », *Mél. B. Oppetit*, LexisNexis, 2009, pp. 691 et s. En réalité, la notion d'intérêt collectif apparaît davantage comme une notion fonctionnelle destinée à légitimer l'action altruiste de groupe (en ce sens, v. J. HERON par Th. LE BARS, *op. cit.*, n° 74 et s.). On peut même la voir comme une fiction juridique qui est le prix à payer pour l'insuffisance de la réflexion doctrinale sur la question de la collaboration de ces groupements avec les particuliers et les personnes de droit public. Sur la nécessité d'une véritable réflexion sur la question, v. F.-G. TREBULLE, *chron. sous Civ. 1*, 18 sept. 2008, préc. *Adde* M. Mekki, *art. cit.*

²⁰⁹⁰ Sur quoi, v. not. C. DE KLEM, « Evaluation et réparation du dommage écologique. Les apports du droit comparé », *Le dommage écologique en droit interne, communautaire et comparé*, préc., pp. 143 et s., et M.-J. LITTMANN-MARTIN, « Les infractions relatives à l'environnement et la remise en état des lieux ordonnée par le juge pénal », *Mél. A. Kiss*, préc., pp. 431 et s.

dommages écologiques à leur réparation ou à leur prévention²⁰⁹¹, ce qui, en plus d'être infamant, pourrait leur faire réaliser pleinement l'ampleur des conséquences de leurs actions. En raison de la mise en cause de la liberté individuelle de l'auteur, le juge pénal semble même être le seul en mesure de prononcer une telle sanction, étrangère à toute logique purement curative. Il est vrai cependant que le régime de la responsabilité pénale comporte des limites²⁰⁹². Nécessaire, il ne sera jamais suffisant à assurer la réparation ou la prévention du dommage écologique.

Un régime de police administrative²⁰⁹³, tel que celui institué par la loi n° 2008-757 du 1^{er} août 2008 relative à la responsabilité environnementale et prise aux fins de transposition de la directive européenne du 21 avril 2004, aujourd'hui insérée au sein du Code de l'environnement, paraît donc, ensuite, tout à fait intéressant²⁰⁹⁴. Il devrait toutefois être généralisé²⁰⁹⁵ et amélioré. Aujourd'hui, le système organise une obligation légale de réparation du dommage écologique par l'exploitant de l'activité génératrice du dommage²⁰⁹⁶ et donne un rôle primordial au préfet de département²⁰⁹⁷. Ils collaborent tous deux au travail d'évaluation et de réparation du dommage²⁰⁹⁸. Le préfet implique également les collectivités territoriales ou leurs groupements, les établissements publics et les associations écologistes concernés²⁰⁹⁹. C'est lui qui prend la décision finale quant aux mesures de réparations appropriées²¹⁰⁰. En cas d'inexécution, cette autorité administrative peut obliger l'exploitant à consigner une somme correspondant au montant de la réparation, la recouvrer ou faire

²⁰⁹¹ Plus généralement, ce sont toutes les peines privatives ou restrictives de droits ou de libertés qui devraient être largement utilisées dans ce domaine comme dans d'autres où les amendes, au regard de l'importance des moyens financiers des responsables, ne peuvent avoir que très peu d'efficacité. Evidemment, de telles sanctions sont plus efficaces à l'encontre de personnes physiques que des personnes morales, ce qui fait de douter de l'efficacité tant vantée de la responsabilité pénale de ces dernières. Sur cette question, v. *infra* n° 504 et s., 533, 540, 559, 564 et 568 et s.

²⁰⁹² Limites liées notamment au principe de légalité, à la théorie de l'imputation ou aux règles de procédure telles que la prescription de l'action publique.

²⁰⁹³ On notera que la protection publiciste de l'environnement est assez répandue à l'étranger, comme au Canada ou aux Etats-Unis avec le CERCLA. Sur ces questions, v. les ouvrages cités *supra* n° 365 note 2042.

²⁰⁹⁴ Sur cette loi et son articulation à la responsabilité civile, v. M.-P. CAMPROUX-DUFFRENE, « Le contentieux de la réparation civile des atteintes à l'environnement après la loi du 1^{er} août 2008 sur la responsabilité environnementale », préc., A. GUEGAN, « La place de la responsabilité civile après la loi du 1^{er} août 2008 », *Environnement*, 2009, dossier n° 3, pp. 14 et s., et Ch. QUEZEL-AMBRUNAZ, art. *cit.*

²⁰⁹⁵ La loi n'a vocation à s'appliquer qu'aux seuls dommages écologiques mesurables et non diffus causés, selon l'article L. 161-1 du Code de l'environnement, au sol en cas de risque pour la santé humaine, aux eaux, aux espèces visées aux directives "oiseaux" et "habitats" constituant le réseau Natura 2000, à leurs habitats, sites de reproduction et aires de repos en cas d'incidence sur la santé humaine (C. env., art. R. 161-4), et aux services écologiques (« *c'est-à-dire aux fonctions assurées par les sols, les eaux et les espèces et habitats* » concernés « *au bénéfice d'une de ces ressources naturelles ou (...) du public* »), survenus, en vertu de l'article L. 161-5 du Code de l'environnement à compter du 30 avril 2007 ou résultant d'une activité ayant cessé avant cette date.

²⁰⁹⁶ C. env., art. L. 162-4. De manière plus complète, sont à sa charge l'ensemble des frais d'évaluation, de détermination, de mise en œuvre, et de suivi de la réparation, voire ceux liés à la procédure de consultation, outre diverses indemnités (C. env., art. L. 162-17).

²⁰⁹⁷ C. env., art. R. 162-2, I.

²⁰⁹⁸ C. env., art. L. 162-6 et s.

²⁰⁹⁹ C. env., art. L. 162-10. Ces associations ont en outre un rôle d'information du préfet et peuvent lui demander de mettre en œuvre ou de faire mettre en œuvre des mesures de réparation (C. env., art. R. 162-3). L'autorité administrative est tenue de leur apporter une réponse motivée (C. env., art. R. 162-4).

²¹⁰⁰ C. env., art. L. 162-11.

procéder d'office à la réparation aux frais de l'exploitant²¹⁰¹. En cas d'urgence, les personnes morales consultées peuvent proposer de réaliser des mesures de réparation²¹⁰². L'autorité administrative ou les personnes morales de droit public ou de droit privé qui auront procédé à la remise en état des lieux ou à la réparation du dommage ont un recours contre l'exploitant. Le montant à rembourser est toujours décidé par le préfet²¹⁰³. Ce système pourrait être rapproché encore davantage du système CERCLA, en vigueur aux Etats-Unis, qui soumet la question du remboursement des frais de remise en état à un régime plus classique de responsabilité civile²¹⁰⁴. Il crée également un fonds d'indemnisation, le *Superfund*, qui fait l'avance des sommes nécessaires à la réparation du dommage écologique et dont pourrait s'inspirer le législateur français. Cela préserverait des risques de non-identification, d'insolvabilité ou de dissolution de la personne responsable.

Enfin, la responsabilité civile aurait quant à elle vocation à s'appliquer aussi souvent que possible, dès lors qu'une lésion ou une menace personnelle pourrait être isolée. Il pourrait s'agir d'une atteinte classique, comme la dégradation d'une propriété foncière ou un préjudice d'agrément, mais aussi de dommages ou de préjudices plus originaux, en tant que liés à la remise en état, à l'activité de réparation ou de prévention du dommage écologique. L'articulation des droits pénal, administratif et de la responsabilité civile, permettrait ainsi de donner une réponse efficace à celui-ci.

*Nécessité technique exprimant la fonction victimaire du droit civil de la responsabilité, l'exigence d'un caractère personnel de l'intérêt protégé devrait être réaffirmée en droit prospectif au prix de la suppression de l'ensemble des actions en responsabilité civile exercée en vue de la défense d'un intérêt collectif*²¹⁰⁵. Pourtant, *de lege lata*, c'est la voie hétérodoxe de l'abandon du caractère personnel de l'intérêt lésé que semble suivre une jurisprudence hypnotisée par la rengaine écologiste d'une certaine doctrine contemporaine²¹⁰⁶, constat que l'on peut étendre à l'ensemble des autres préjudices suprapersonnels. C'est de fourvoiement

²¹⁰¹ C. env., art. L. 162-14.

²¹⁰² C. env., art. L. 162-15.

²¹⁰³ C. env., art. L. 162-20 et s. L'ensemble de ce dispositif est, comme à l'accoutumée, assorti de dispositions pénales de nature purement accessoires (C. env., art. L. 163-4 et s., et R. 163-1 et s.).

²¹⁰⁴ Sur ce système, v. not. T. T. SMITH Jr., « Le dommage écologique et le droit américain », *Le dommage écologique en droit interne, communautaire et comparé*, préc., pp. 79 et s.

²¹⁰⁵ A ce titre, on peut regretter que l'avant-projet Catala, préc., propose de consacrer le préjudice collectif dans le Code civil, précisément dans le but que soit réparé par la responsabilité civile le dommage écologique (article 1343). Il en est de même du projet de réforme proposé par l'Académie des sciences morales et politiques, publié in *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, préc., qui admet la réparation de l'atteinte à un intérêt collectif en son article 8. Tel n'est pas le cas du rapport n° 558 de la commission des lois du Sénat (proposition n° 9). La proposition sénatoriale n° 657 de loi portant réforme de la responsabilité civile n'en fait d'ailleurs aucune mention. Si le rapport a marqué un intérêt et une légère préférence pour un système de « *socialisation des risques* », dans la lignée de la loi du 1^{er} août 2008, la raison de cette défiance à l'égard de la réparation des atteintes suprapersonnelles *via* le droit de la responsabilité civile a aussi tenu au fait que la jurisprudence y a déjà eu recours de sa propre initiative et qu'une modification législative semble inutile aux parlementaires. Il n'est ainsi pas question de sanctionner l'évolution de la jurisprudence. En bref, le législateur ne paraît pas prêt à remplir ses devoirs et semble vouloir, comme souvent, se délester des charges qui lui incombent sur les magistrats.

²¹⁰⁶ Elle y est également quelque peu contrainte par un législateur qui tarde à adopter un régime appréhendant l'ensemble de la question du dommage écologique.

qu'il s'agit aussi en droit pénal où les juges décident à l'inverse d'exiger, au-delà du nécessaire, que l'intérêt lésé soit celui d'une personne juridique, ce qui se solde par l'amointrissement de la fonction expressive de cette discipline.

§2. L'amointrissement de la fonction protectrice du droit pénal de la responsabilité par la prise en compte de la personnalité juridique de la victime

372. Biens juridiques à référent individuel et biens juridiques sans référent individuel. Le droit pénal est fonctionnellement destiné à protéger des intérêts qui transcendent ceux des individus. Au-delà de la protection de l'environnement, il suffit de citer quelques exemples pour en être convaincu. Les valeurs les plus classiques, telles que la justice²¹⁰⁷, la confiance²¹⁰⁸ ou la famille²¹⁰⁹, partagent avec celles qui peuvent n'apparaître que comme purement techniques, à l'instar de l'intérêt des consommateurs²¹¹⁰ ou de la santé publique²¹¹¹, le bénéfice de cette noble protection. Néanmoins, parmi les biens juridiques, il est possible de distinguer ceux qui sont dotés d'un "référent individuel" et ceux qui ne le sont pas²¹¹². Or, pour les premiers d'entre eux, la personnalité juridique de la victime peut parfois être nécessaire à la constitution de l'infraction. Etendue en droit positif (A), l'exigence paraît parfois excessive et, en cela, critiquable (B).

A- L'exigence positive de la personnalité juridique de la victime

373. Exigence logique de la personnalité juridique de la victime. Certaines valeurs protégées requièrent, pour leur existence même, que la victime de l'infraction soit dotée de la personnalité juridique.

Une chose, par exemple, ne représente rien en tant que telle pour le droit. Pour que celui-ci lui accorde sa protection, il s'avère nécessaire, soit qu'elle participe de l'intérêt général²¹¹³, soit qu'elle fasse l'objet d'un droit de propriété. Or, dans le second cas, la victime devra nécessairement être un sujet de droit. De la même manière, les infractions relatives à l'état civil de la victime supposent aussi la personnalité juridique de celle-ci. C'est dire que, parfois, la génération de la responsabilité pénale sera, par nécessité logique et juridique, subordonnée à la vérification du caractère personnel de l'intérêt protégé.

²¹⁰⁷ Not. C. pén., art. 434-1 et s.

²¹⁰⁸ Not. C. pén., art. 441-1 et s.

²¹⁰⁹ Not. C. pén., art. 227-1 et s.

²¹¹⁰ Et ce, depuis la loi du 1^{er} août 1905 relative à la répression des fraudes dans la vente de marchandises et des falsifications des denrées alimentaires et agricoles, codifiée au C. cons., art. L. 213-1 et s.

²¹¹¹ A travers, par exemple, la réglementation des substances vénéneuses. V. C. santé publ., art. L. 5432-1 et s.

²¹¹² Sur ce point, v. M. LACAZE, *op. cit.*, n° 134 et 341. *Adde supra* n° 69 et s.

²¹¹³ En tant qu'animal (C. pén., art. 512-2), not. comme espèce protégée (C. env., art. L. 411-1 et s.).

374. Exigence étendue de la personnalité juridique de la victime. On pourrait penser qu'il en est de même pour d'autres objets de protection, tels que la personnalité. En effet, comme tout droit subjectif, un droit de la personnalité doit nécessairement trouver un point d'ancrage, une personne juridique à qui s'attacher. Néanmoins, on peut toujours opposer que, contrairement aux précédents exemples, l'intimité, le domicile, l'image, etc., sont des intérêts en eux-mêmes avant que d'être l'objet de droits, intérêts susceptibles de bénéficier d'une protection pénale autonome²¹¹⁴. Il pourrait en être de même de la vie. Ce n'est pourtant pas ce que décide la Cour de cassation qui paraît considérer que la personne protégée par le Code pénal doit être un véritable sujet de droit et donc étendre largement l'exigence du caractère personnel du bien juridico-pénal.

A plusieurs reprises, la Cour de cassation a en effet été amenée à répondre à la question de savoir si le fait de provoquer par imprudence la mort d'un enfant non né entrainait dans les termes de l'article 221-6 du Code pénal incriminant l'homicide involontaire « *d'autrui* ». L'enfant à naître est-il un « *autrui* » ? A cette question, la cour a répondu et continue de répondre par la négative. C'est la chambre criminelle qui s'est prononcée la première sur la question par un arrêt du 30 juin 1999 rendu à propos de la célèbre affaire *Golfier*²¹¹⁵. Elle avait exclu l'application de la qualification aux motifs que « *la loi pénale est d'interprétation stricte* ». La concision extrême de la décision et les circonstances de l'espèce – la viabilité de l'enfant était incertaine – donnèrent lieu à une interprétation réductrice de sa portée. On n'hésita pas à dire que la Cour de cassation pouvait n'avoir exclu la qualification qu'en raison de l'absence de viabilité du fœtus, de telle sorte que l'homicide involontaire d'un enfant à naître viable demeurerait puni par la loi pénale²¹¹⁶. La Cour de cassation réaffirma par la suite sa position de la manière la plus claire et la plus large possible. L'Assemblée plénière de la Cour de cassation se prononça²¹¹⁷ et la solution fut rappelée, précisée et complétée : « *le principe de la légalité des délits et des peines, qui impose une interprétation stricte de la loi pénale, s'oppose à ce que l'incrimination prévue par l'article 221-6 du Code pénal, réprimant l'homicide involontaire d'autrui, soit étendue au cas de l'enfant à naître dont le régime juridique relève de textes particuliers sur l'embryon et le fœtus* ». En outre, en l'espèce, l'enfant était viable, de telle sorte que les juges ont clairement écarté l'interprétation optimiste que les commentateurs avaient pu faire de l'arrêt de 1999. La position de

²¹¹⁴ Une telle conception est nécessaire, sans quoi on aboutirait à la curieuse solution suivante : l'accession d'un intérêt à la qualité de droit subjectif conduirait à en réduire la protection juridique. Sur le rôle du droit pénal dans la définition des supports du droit au respect de la vie privée et l'autonomie de cette définition, v. J.-Ch. SAINT-PAU, « Droit au respect de la vie privée et droit pénal », préc.

²¹¹⁵ Crim., 30 juin 1999 : *Bull. crim.*, n° 174 ; *Rev. sc. crim.*, 1999, obs. Y. MAYAUD, p. 813. *Adde* M.-L. RASSAT, « La victime des infractions contre les personnes après l'arrêt de la chambre criminelle du 30 juin 1999 », *Dr. pénal*, 2000, chron. n° 12, et G. ROUJOU DE BOUBÉE et B. DE LAMY, « Contribution supplémentaire à l'étude de la protection pénale du fœtus », *D.*, 2001, chron., pp. 181 et s.

²¹¹⁶ V. not. Y. MAYAUD, *op. cit.*, n° 41.42, et obs. *cit.*, et M.-L. RASSAT, art. *cit.*

²¹¹⁷ Ass. plén., 29 juin 2001 : *D.*, 2001, comm., note Y. MAYAUD, p. 2917. *Adde* J. PRADEL, « La seconde mort de l'enfant conçu », *D.*, 2001, chron., pp. 2907 et s.

l'Assemblée plénière est donc nette : l'enfant à naître, quel que soit son degré de développement, semble donc exclu du champ d'application de l'article 221-6²¹¹⁸.

Par cette décision, la Cour de cassation semble exiger, pour toutes les infractions contre la vie humaine, la personnalité juridique de la victime. Une telle position paraît excessive en ce que l'exigence du caractère personnel de l'intérêt protégé ne paraît pas imposé par la logique. Aussi, différentes critiques doivent être adressées pour convaincre de la légitimité, de l'utilité et donc de la nécessité d'un revirement de jurisprudence en la matière, et ce, dans le but d'un renforcement plus global de la fonction de protection sociale que remplit le droit pénal.

B- L'exigence excessive de la personnalité juridique de la victime

375. Dualité de critiques. Deux types de critiques peuvent être formulées à l'encontre de cette exigence excessive de la personnalité juridique de la victime en droit criminel. Non seulement ce réquisit est-il exempt de fondement technique (1) mais encore nuit-il à la fonction même du droit pénal (2).

1. L'absence de fondement technique de l'exigence en droit pénal de la responsabilité

376. Au regard de l'adage *specialia generalibus derogant*. Deux arguments techniques sont utilisés par les magistrats pour adopter cette position.

D'une part, la formule utilisée par la Cour de cassation semble vouloir dire que le droit commun des infractions contre la personne ne s'appliquerait pas à l'enfant à naître car son statut serait tout entier régi par des textes particuliers. Outre le fait que la Cour de cassation n'a indiqué ni quels étaient les textes visés ni, *a fortiori*, en quoi ils étaient spéciaux²¹¹⁹, l'argument n'emporte guère la conviction. En effet, le Livre V du Code pénal, relatif à la protection de l'embryon humain, ceux du Titre II de son Livre II, et les textes relatifs à l'avortement n'ont pas la même finalité, ne protègent pas les mêmes intérêts, de telle sorte qu'ils peuvent se cumuler et qu'ils ne s'articulent pas selon la logique de la règle *specialia generalibus derogant*²¹²⁰. Les articles 511-15 et suivants visent à protéger l'embryon dans un but de santé publique, notamment afin de sanctionner leur patrimonialisation et leur utilisation à des fins illégales, comme le clonage à fin thérapeutique. Depuis l'entrée en vigueur du Code actuel, le droit pénal de l'avortement a, quant à lui, changé de philosophie. Sous l'ancien code, on assurait avant tout la protection de l'enfant. A l'enfant *in utero* l'avortement, au

²¹¹⁸ La solution a été réaffirmée depuis par la chambre criminelle. V. not. Crim., 25 juin 2002 : *JCP*, II, 10155, note M.-L. RASSAT.

²¹¹⁹ V. Y. MAYAUD, *op. cit.*, n° 41.53, et note sous Ass. plén., 29 juin 2001, préc.

²¹²⁰ En ce sens, v. not. Y. MAYAUD, *op. et loc. cit.*, et obs. sous Crim., 30 juin 1999, préc. *Contra* A. BERTRAND-MIRKOVIC, *op. cit.*, n° 224 et s., J.-P. DOUCET, *op. cit.*, n° 83, E. DREYER, *op. cit.*, n° 17, note 3, et J. MOULY, « Du prétendu homicide de l'enfant à naître. Défense et illustration de la position de la Cour de cassation », *Rev. sc. crim.*, 2005, pp. 47 et s.

nouveau-né l'infanticide, et aux autres personnes l'homicide de droit commun. Il y avait alors effectivement une logique de dispositions spéciales à dispositions générales. Aujourd'hui, c'est la mère qui est protégée²¹²¹ dans sa santé²¹²² et dans sa liberté d'engendrer²¹²³. Si ces infractions doivent être considérées comme spéciales, c'est donc par rapport aux atteintes subies par la mère et non à celles subies par l'enfant²¹²⁴. Ces dernières sont régies par le droit commun et notamment par les qualifications d'assassinat, d'empoisonnement, de violences et d'atteintes involontaires à l'intégrité et à la vie d'autrui. Dans le cas contraire, comment justifier que l'enfant mort après sa naissance d'un acte causé pendant la grossesse puisse être protégé par le droit commun²¹²⁵ ? Comme l'a dit un auteur²¹²⁶, spécialité en droit pénal ne signifie pas exclusivité. Tout dépend de l'objectif poursuivi par la loi, et seul le droit commun des atteintes à la personne protège l'être humain, quel qu'il soit, contre l'atteinte à sa vie et à son intégrité.

377. Au regard du principe de l'interprétation stricte de la loi pénale. La Cour de cassation d'autre part, en évoquant le principe de l'interprétation stricte de la loi pénale, paraît prétendre que l'*autrui* de l'article 221-6 ne vise que les personnes juridiques²¹²⁷. Cette analyse est confortée par l'application qui est admise, au contraire, de la qualification d'atteintes involontaires à l'intégrité corporelle à l'enfant qui, les ayant subies durant la grossesse de sa mère, est né vivant et viable²¹²⁸, et de celle d'homicide involontaire au nouveau-né n'ayant vécu ne serait-ce qu'une heure²¹²⁹. Là où certains ont vu un paradoxe²¹³⁰ et où l'on pouvait

²¹²¹ En ce sens, Ph. CONTE, « Remarques sur la conception contemporaine de l'ordre public pénal », *Mél. J. Béguin*, LexisNexis, 2000, pp. 141 et s., M. HERZOG-EVANS, art. *cit.*, A. LEPAGE et P. MAISTRE DU CHAMBON, « Les paradoxes de la protection pénale de la vie humaine », préc., Y. MAYAUD, *op. et loc. cit.*, et obs. *cit.*, et Ph. THERY, « La condition juridique de l'embryon et du fœtus », *D.*, 1982, chron., pp. 231 et s. *Contra* J. MOULY, art. *cit.*, et J.-F. SEUVIC, « Variations sur l'humain comme valeurs pénalement protégées », *Mél. Ch. Bolze*, Economica, 1999, pp. 339 et s.

²¹²² C. santé publ., art. L. 2222-2 et s., relatifs à l'avortement accompli en violation des dispositions du Code de la santé publique.

²¹²³ C. pén., art. 223-10, incriminant l'avortement non consenti.

²¹²⁴ Ce qui ne les empêche pas d'être techniquement inutiles. La loi du 1^{er} janvier 1975 a simplement créé une dérogation à un principe qui reste la prohibition de l'atteinte non seulement à la vie mais encore à l'intégrité corporelle d'autrui. Le droit pénal de l'avortement incriminant le non-respect de l'autorisation de la loi, il ne fait que sanctionner une exception à l'exception et donc un retour au principe. Sans ces incriminations, les comportements auraient pu être sanctionnés sur le fondement du droit commun. Ces dispositions sont, en conséquence, surtout symboliques.

²¹²⁵ V. not. Crim., 14 juin 1957 : *D.*, 1957, p. 512, et Crim., 2 déc. 2003 : *Bull. crim.*, n° 230 ; *AJ pénal*, 2004, obs. A. PITOUN, p. 118 ; *D.*, 2004, note J. PRADEL, p. 449 ; *Dr. Famille*, 2004, note B. DE LAMY, p. 26 ; *Dr. Pénal*, 2004, note M. VERON, p. 18 ; *JCP*, 2004, II, 10054, note M.-L. RASSAT ; et *Rev. sc. crim.*, 2004, obs. Y. MAYAUD, p. 348.

²¹²⁶ Y. MAYAUD, *op. et loc. cit.*, et note sous Ass. plén., 29 juin 2001, préc.

²¹²⁷ En ce sens, v. R. OLLARD et F. ROUSSEAU, *op. cit.*, pp. 55 et s.

²¹²⁸ V. not. Crim., 9 janv. 2002 : *Dr. pénal*, 1992, comm., obs. M. VERON, p. 172.

²¹²⁹ V. Crim., 2 déc. 2003, préc. La mention du fait que l'enfant était, à la naissance, atteint de « lésions vitales irréversibles » ne semble pas permettre d'affirmer que la Cour de cassation ne tient désormais plus compte de la viabilité dudit enfant, pour ne plus prendre en considération que sa seule naissance. En effet, la viabilité consiste dans l'aptitude à vivre détachée de la mère et elle est réputée acquise dès la 24^{ème} semaine de grossesse. Or, en l'espèce, la mère était enceinte de huit mois, de telle sorte que si l'enfant n'a pas pu vivre, ce n'est pas en raison d'un développement insuffisant, d'une non-viabilité, mais à cause de l'accident de la circulation dont il a été

voir une remise en cause du principe de concomitance des éléments constitutifs de l'infraction²¹³¹ ou tout au moins de la nature de condition préalable de la vie d'autrui²¹³², ne réside en fait qu'une logique très simple. Il est fait application de l'adage *infans conceptus* en vertu duquel l'enfant simplement conçu est présumé né lorsqu'il y va de son intérêt et dont on sait qu'il ne joue que si l'enfant acquiert finalement la personnalité juridique²¹³³. Tout en considérant que celle-ci est nécessaire à la constitution de l'infraction, et bien qu'ayant fait défaut lors de sa commission puisque commise sur un fœtus, la Cour de cassation retient la qualification en estimant que la qualité de sujet de droit, attribuée à l'enfant dès sa naissance en vie et viable, doit être considérée comme ayant existé dès sa conception, et donc également au moment de l'infraction. Il en résulte que celle-ci est en fait rétroactivement et fictivement constituée.

Cette solution est éminemment critiquable. Deux reproches principaux peuvent être formulés. Il n'est pas unanimement admis, en premier lieu, que l'enfant *in utero* soit dépourvu de personnalité juridique²¹³⁴. En second lieu et surtout, cette jurisprudence traduit la confusion de deux notions fondamentales qui sont celles de personne humaine et de personne juridique²¹³⁵. Les deux notions sont rarement distinguées, et ce pour plusieurs raisons

victime. A ce titre, la Cour de cassation prend bien soin de préciser que les lésions en question avaient été « *subies au moment du choc* ». *Contra* M. VERON, obs. sous Crim., 9 janv. 2002, préc.

²¹³⁰ V. not. J. PRADEL, art. et note sous Crim., 2 déc. 2003, préc. Cela conduit-il est vrai à une situation baroque (v. not. Ph. CONTE, *op. cit.*, n° 65 : « *pour l'auteur des faits, il vaut mieux que l'enfant meure* », B. DE LAMY, note sous Crim., 2 déc. 2003, préc., A. LEPAGE et P. MAISTRE DU CHAMBON, art. *cit.*, et J. PRADEL, note *cit.*) et à ce que la jurisprudence fasse dépendre, dans une certaine mesure, la répression du hasard. En ce sens, v. not. M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial*, préc., n° 300, et un auteur favorable à la jurisprudence de la Cour de cassation : J. MOULY, art. *cit.*

²¹³¹ V. par exemple, M.-L. RASSAT, note sous Crim., 2 déc. 2003, préc. *Contra* au motif que, s'agissant d'une infraction matérielle, c'est au moment de la production du résultat qu'il faut contrôler la présence des éléments de l'infraction, v. Y. MAYAUD, obs. sous Crim., 2 déc. 2003, préc., et J. PRADEL, note *cit.*

²¹³² La personnalité juridique de la victime faisant défaut au moment de l'accomplissement du comportement incriminé. Rapp. M.-L. RASSAT, note *cit.*

²¹³³ En ce sens, v. A. LEPAGE et P. MAISTRE DU CHAMBON, art. *cit.*

²¹³⁴ Hormis les conceptions classiques qui estiment que l'adage s'analyse en une personnalité juridique sous condition suspensive ou résolutoire, certains y voient une personnalité juridique future fondée sur la technique de l'anticipation (A. BERTRAND-MIRKOVIC, *La notion de personne (étude visant à clarifier le statut juridique de l'enfant à naître)*, P.U.A.M., 2003, n° 644 et s.), voire une personnalité juridique actuelle mais limitée par une capacité de jouissance réduite à la titularité de droits et obligations conditionnels (G. WICKER, *Les fictions juridiques. Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, t. 253, 1997, n° 180 et s.). *Adde* H. Mazeaud, *Cours de droit civil*, 1954-1955, pp. 112-116, cité par J.-P. DOUCET, in *La protection pénale de la vie humaine*, vol. 1, 2^e éd., Gazette du Palais/Litec, 1994, n° 28, note 94.

²¹³⁵ Sur la distinction de la personne humaine et de la personne juridique, v. not. N. BARUCHEL, *La personnalité morale. Eléments pour une théorie*, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, t. 410, 2004, n° 460 et s., A. BERTRAND-MIRKOVIC, *op. cit.*, n° 552 et s., et 628 et s., et G. WICKER, *op. cit.*, n° 171 et s. *Adde* P. MURAT, « Réflexions sur la distinction être humain/personne juridique », *Dr. famille*, 1997, chron. n° 9, C. PUIGELIER, « Depuis Louis XIV. A propos du statut juridique de l'embryon et du fœtus », *Mél. B. Boulloc*, préc., pp. 923 et s., et G. ROUJOU DE BOUBEE et B. DE LAMY, art. *cit.* La distinction n'est pas toujours maîtrisée : v. ainsi M. HERZOG-EVANS, « Homme, homme juridique et humanité de l'embryon », *RTD civ.*, 2000, pp. 65 et s., et J.-F. SEUVIC, art. *cit.* Elle est parfois passée sous silence, précisément par ceux qui soutiennent la position de la Cour de cassation : v. par exemple, E. DREYER, *op. cit.*, n° 7, 16 et 19, qui préfère distinguer personne humaine et être humain, et J. MOULY, art. *cit.* Sur la question, *adde* L. MICHOU *La théorie de la personnalité morale. Son application au droit français*, t. 1, réimpr. L.G.D.J., 1998, n° 2, et R. SALEILLES, *op. cit.*, spéc., pp. 567 et s.

terminologique, historique et pratique. Le terme de personne, d'une part, prête à confusion et tend à être interprété comme synonyme de sujet de droit, la notion juridique de personne étant plus coutumière aux juristes²¹³⁶. D'autre part, historiquement, les deux sont liées. La personnalité juridique a été élaborée à partir de la personnalité humaine et n'est parvenue à s'en détacher que par abstraction progressive²¹³⁷. De troisième part enfin, elles se superposent presque systématiquement en fait. En effet, depuis la seconde abolition de l'esclavage et celle de la mort civile, tout être humain né viable est, de fait, pourvu de la personnalité juridique. Cela explique le peu d'intérêt de la doctrine pour cette distinction devenue sans incidence pratique, si bien que l'on se trouva fort dépourvu lorsque vint le temps d'apporter des réponses rationnelles aux nouvelles questions posées par les développements des biotechnologies et de la procréation médicalement assistée²¹³⁸. Le statut des embryons et des fœtus donna lieu à un débat intense qui finit par faire ressurgir la notion de personne humaine, auxquels se réfèrent de nombreux textes internationaux et de droit interne²¹³⁹. La distinction est pourtant simple. Alors que la personne humaine est un donné, un fait qui se constate, qui s'identifie scientifiquement²¹⁴⁰, la personnalité juridique est un construit, une technique juridique, et est attribuée ou reconnue par le droit objectif à ceux à qui il estime utile de le faire²¹⁴¹. La personnalité humaine ne se différencie pas de l'existence humaine²¹⁴², quoi qu'on en dise²¹⁴³, elle tient à la vie humaine dès le moment de la conception²¹⁴⁴ et il n'y a pas lieu de distinguer suivant des stades de développement aussi contestés que celui de la viabilité²¹⁴⁵. La personnalité juridique, quant à elle, remplit une fonction technique, elle est un instrument qui

²¹³⁶ Comp. A. LEPAGE et P. MAISTRE DU CHAMBON, art. cit.

²¹³⁷ V. R. SALEILLES, *op. cit.*, pp. 575 et s. Sur ce point, v. A. BERTRAND-MIRKOVIC, *op. cit.*, n° 510 et s.

²¹³⁸ *Ibid.* n° 455 et 532.

²¹³⁹ V. référ. citées. Adde Ph. THERY, art. cit.

²¹⁴⁰ A ce titre, on ne peut déformer la personnalité humaine pour en faire une notion juridique distincte du donné dont elle est tirée. En ce sens, v. A. BERTRAND-MIRKOVIC, *op. cit.*, n° 490 et s. Adde J. CARBONNIER, *op. cit.*, pp. 211 et s. : « *La personne humaine est la limite du pouvoir créateur du droit* », et Ph. MALAURIE : « *Si l'on peut soutenir que c'est à la loi de définir la personnalité juridique, c'est sûrement et seulement la nature qui décide ce qu'est la vie* », cité par P. MURAT, art. cit.

²¹⁴¹ V. A. BERTRAND-MIRKOVIC, *op. cit.*, n° 458 et s., et G. WICKER, *op. cit.*, n° 171 et s.

²¹⁴² V. not. BERTRAND-MIRKOVIC, *op. cit.*, n° 9 et s., spéc. n° 451 et s. La notion d'être humain insisterait simplement sur la nature biologique de l'individu humain et celle de personne sur la dignité qui lui est inhérente. Sur les rapports de la dignité et de la notion de personne humaine, adde S. TZITZIS, « *La personne humaine entre l'être et l'avoir en droit pénal* », *Mél. J.-H. Robert*, préc., pp. 835 et s.

²¹⁴³ V. not. E. DREYER, *op. cit.*, n° 19, J. MOULY, art. cit., et J.-F. SEUVIC, art. cit. Mais les auteurs semblent alors assimiler personne humaine et personne juridique. Rappr. avis du comité consultatif national d'éthique du 23 mai 1984 et 15 déc. 1986, cité in M. HERZOG-EVANS, art. cit., p. 71, note 36, qui qualifie l'embryon et le fœtus de « *personne humaine potentielle* ».

²¹⁴⁴ V. C. civ., art. 16, et art. 1^{er} de la loi du 17 janvier 1975 sur l'interruption volontaire de grossesse. Adde B. DE LAMY : « *La naissance ne fonde pas l'humanité* » (note sous Crim., 2 déc. 2003, préc.). Contra E. DREYER, *op. cit.*, n° 16 et s. Le Conseil constitutionnel a cru pouvoir dénier cette qualité d'être humain aux embryons surnuméraires (v. décisions *Bioéthique*, 27 juillet 1994, 94-343 et 94-344). Pour une critique, v. not. A. BERTRAND-MIRKOVIC, *op. cit.*, n° 295 et s., et M. HERZOG-EVANS, art. cit.

²¹⁴⁵ En ce sens, v. par exemple, A. BERTRAND-MIRKOVIC, *op. cit.*, n° 294 et s., qui est également favorable à la suppression de cette condition pour l'attribution de la personnalité juridique (n° 601 et s.). Adde J.-P. DOUCET, *op. cit.*, n° 28, E. FORTIS, *L'élément légal dans les infractions d'imprudence portant atteinte à l'intégralité corporelle*, préc., n° 57 et s., G. ROUJOU DE BOUBÉE et B. DE LAMY, art. cit., et J.-F. SEUVIC, art. cit.

permet à des individus ou à des groupements d'être acteurs sur la scène juridique : c'est l'aptitude à être titulaire de droits et d'obligations. La personne humaine n'a, d'un strict point de vue juridique, aucune fonction à remplir en ce sens qu'elle n'est pas un instrument. Au contraire, elle serait bien plutôt la source et la fin du droit, science sociale faite par l'homme et pour l'homme²¹⁴⁶. Il n'y a donc pas lieu, et il serait dangereux, de les confondre²¹⁴⁷. Or, c'est bien « *des atteintes à la personne humaine* » dont traite le titre II du livre deuxième du Code pénal qui contient l'ensemble des infractions contre la vie humaine²¹⁴⁸. En lieu et place d'une interprétation stricte, la Cour de cassation se livre donc à une interprétation restrictive²¹⁴⁹, amputant l'incrimination d'une partie de son potentiel répressif. Ce faisant, elle ne nie pas seulement la qualité de sujet de droit de l'enfant à naître mais, plus radicalement, son humanité même²¹⁵⁰.

A cela s'ajoute que protéger la personnalité juridique et non la personne humaine est contraire à la fonction de protection des valeurs sociales essentielles que remplit le droit pénal.

2. La contrariété de l'exigence à la fonction protectrice du droit pénal de la responsabilité

378. Protection de la vie humaine et indifférence de la personnalité juridique. Le droit pénal protège les biens juridiques les plus importants que puise une société dans les intérêts et les valeurs qui constituent le donné. Logiquement, *le droit criminel ne devrait se préoccuper que de la personne humaine et tenir son masque juridique pour indifférent dans la mesure du possible*. La doctrine se prononce majoritairement en ce sens²¹⁵¹. Et pour cause, c'est le rôle même du droit pénal de la responsabilité qui commande cette conception, car force est de constater que la personnalité juridique, simple technique juridique permettant de faire tenir ensemble droits et obligations, n'est pas une valeur en soi susceptible d'être lésée et

²¹⁴⁶ En ce sens, v. A. BERTRAND-MIRKOVIC, *op. cit.*, n° 490 et s. C'est la raison pour laquelle personnalité humaine et personnalité juridique semblent ne plus jamais devoir être dissociées. V. R. SALEILLES, *op. cit.*, spéc. pp. 545 et s., et 573 et s.

²¹⁴⁷ Sur les tenants et les aboutissants de cette confusion et sur ses dangers, v. not. G. LOISEAU, « Des droits humains pour personnes non humaines », préc.

²¹⁴⁸ La solution n'est pas que de droit positif. L'histoire du droit pénal révèle que la personne juridique n'était pas la seule qui voyait sa vie protégée. A ce titre, v. J.-P. DOUCET, *op. cit.*, n° 27 et s., et C. PUIGELIER, art. *cit.*

²¹⁴⁹ En ce sens, v. J. PRADEL, art. *cit.*, A. PROTHAIS, « La tentation pour le juge de refaire la loi pénale », *Mél. B. Bouloc*, préc., pp. 909 et s., et G. ROUJOU DE BOUBEE et B. DE LAMY, art. *cit.* *Contra* J. MOULY, art. *cit.*, et J.-F. SEUVIC, art. *cit.*, qui admet pourtant la solution pour une raison d'opportunité.

²¹⁵⁰ Rappr. M.-L. RASSAT, « L'incrimination d'homicide involontaire ne s'applique pas au cas de l'enfant qui n'est pas né vivant », *JCP*, 2002, II, 10155, note sous Crim., 25 juin 2002, préc.

²¹⁵¹ En ce sens, v. not. A. BERTRAND-MIRKOVIC, *op. cit.*, n° 5, 19 et 190 et s., Ph. CONTE, *op. et loc. cit.*, J.-P. DOUCET, *op. cit.*, n° 31 et s., A. LEPAGE et P. MAISTRE DU CHAMBON, art. *cit.*, Y. MAYAUD, obs. sous Crim., 30 juin 1999, préc. et note *cit.*, P. MURAT, art. *cit.*, R. OLLARD et F. ROUSSEAU, *op. et loc. cit.*, J. PRADEL, art. *cit.*, A. PROTHAIS, art. *cit.*, M.-L. RASSAT, art. *cit.*, G. ROUJOU DE BOUBEE et B. DE LAMY et J.-F. SEUVIC, art. *cit.* : la « *personnalité juridique (...) est un mécanisme juridique qui régit le commerce juridique ; il ne faut pas en faire une condition de la protection pénale de l'humain* ». *Contra* E. DREYER, *op. cit.*, n° 19.

méritant dès lors une protection. C'est la personne humaine, sa vie, son intégrité physique et morale qui sont essentielles à l'ordre social et dont la lésion ou la mise en danger peut en ébranler les fondements. Il s'agit même du bien juridique fondamental, tant il est vrai que le droit est créé par et pour l'Homme²¹⁵². Ne protéger que la personnalité juridique, ce simple instrument, serait assurer une bien faible protection et une très pitoyable promotion à ce bien juridique fondamental qu'est la vie humaine. Par ailleurs, on ajoutera que la personnalité juridique de la victime n'est pas nécessaire à révéler la culpabilité ou la dangerosité de l'auteur d'une infraction et donc à stimuler un besoin social de répression. Quant à la jurisprudence, elle n'est pas indifférente à cette thèse. Ainsi a-t-on admis qu'il puisse y avoir atteinte à l'intimité de la vie privée d'une personne décédée, et donc dépourvue de personnalité juridique, « *en raison de sa condition d'être humain* »²¹⁵³. De même, en matière d'homicide involontaire, les juges du fond admettent parfois que la victime puisse être un fœtus²¹⁵⁴. Pour le droit criminel, « *autrui* » c'est la personne humaine et non la personne juridique. Il a donc vocation à protéger la personne née comme celle qui ne l'est pas encore, celle qui ne le sera jamais ou celle qui n'est plus. Un revirement de jurisprudence sur la question apparaît donc nécessaire.

379. Critique des fondements politiques de la solution. Mais derrière cette solution et les arguments juridiques techniquement contestables qui prétendent la fonder, se cache surtout un problème politique et social plus radical. Il est aisé de voir qu'une telle décision tache avant tout de préserver cet acquis des luttes féministes qu'est la dépénalisation de l'avortement²¹⁵⁵.

De telles craintes, bien qu'entretenues par certains auteurs²¹⁵⁶, paraissent pourtant infondées²¹⁵⁷, et donc inaptes à remettre en cause la proposition faite en faveur d'un revirement de jurisprudence sur la question. Il est certain que l'avortement est, juridiquement, un meurtre, voire un assassinat – même lorsqu'il est le fait de la mère, et malgré la dépénalisation de l'auto-avortement qui ne s'explique que par et dans la mesure de la nouvelle philosophie du droit pénal de l'avortement – et que l'homicide par imprudence d'un enfant à naître constitue le délit de l'article 221-6 du Code pénal. Pour autant, il existe une belle

²¹⁵² V. not. S. TZITZIS, art. *cit.*

²¹⁵³ Paris, 2 juill. 1997 : *D.*, 1997, p. 597, note B. BEIGNIER. Selon M. SAINT-PAU, *in art. cit.*, ce serait plutôt l'« *intimité personnelle des ayants droits* » du défunt qui serait ici protégée.

²¹⁵⁴ Si certains exigent que l'enfant ait été viable (Douai, 2 juin 1987 : *JCP*, 1989, II, 21250, obs. X. LABBEE), d'autres ne posent aucune limite à la protection de l'enfant à naître (Lyon, 13 mars 1997 : *JCP*, 1997, II, 22955, note G. FAURE). Pour une synthèse de la jurisprudence, v. Y. MAYAUD, *op. cit.*, n° 41.11 et s.

²¹⁵⁵ En ce sens, v. Ph. CONTE, *op. et loc. cit.*, A. LEPAGE et P. MAISTRE DU CHAMBON, art. *cit.*, Y. MAYAUD, ouvrages préc., et J. PRADEL, art. *cit.*

²¹⁵⁶ Not. E. DREYER, *op. cit.*, n° 19, et J. MOULY, art. *cit.*

²¹⁵⁷ V. ainsi A. LEPAGE et P. MAISTRE DU CHAMBON, art. *cit.*, A. MARON, « Le fœtus n'est rien », *Dr. pénal*, 2002, Repères n° 12, R. OLLARD et F. ROUSSEAU, *op. et loc. cit.*, A. PROTHAIS, art. *cit.*, et M.-L. RASSAT, note sous *Crim.*, 25 juin 2002, préc.

théorie qui est celle de la justification²¹⁵⁸ et qui fait de cette infraction un homicide socialement légitime en raison du fait qu'il est au service d'intérêts considérés comme supérieurs ou équivalents par le législateur. Il s'en suit qu'ici, on estime que, durant le délai légal de douze semaines, la liberté de la femme de ne pas devenir mère est au moins équivalente à la vie de l'enfant à naître. Au-delà, l'avortement n'est possible que pour motif thérapeutique, faisant de la santé ou de la vie de la mère une valeur au moins égale à la vie du fœtus²¹⁵⁹. Ces choix sont ceux du législateur, la critique de leur légitimité est une question extrajuridique à laquelle l'on s'abstiendra de répondre²¹⁶⁰. Le fait reste qu'en droit positif, l'avortement est autorisé par la loi et que ce n'est que lorsqu'il sera pratiqué hors des conditions légales que le droit pénal aura vocation à se réaliser pleinement. Sans le consentement de la femme ou hors des conditions de délai, de procédure et de motifs prévues par la loi, l'homicide de l'enfant à naître redevient punissable dans les termes du droit commun, la légitimation de la loi du 17 janvier 1975 et de ses suivantes ayant cessé de le couvrir de leur exception²¹⁶¹.

Par ailleurs, des auteurs ajoutent que la répression de l'homicide involontaire du fœtus pourrait aboutir à certaines situations délicates. S'il n'apparaît pas choquant que l'on sanctionne celui qui aura privé, par sa maladresse, des parents de l'enfant qu'ils attendaient²¹⁶², on demande par exemple si la mort d'un fœtus dont la mère aura eu un comportement imprudent durant la grossesse – consommation de tabac, d'alcool ou de drogue – donnera lieu à l'application de l'article 221-6²¹⁶³. On répondra qu'il sera sans aucun doute applicable si les éléments constitutifs du délit, notamment le lien de causalité, sont tous réunis et que l'imputation est possible. Plusieurs filtres protégeront quoi qu'il en soit la mère de l'application de la loi : l'opportunité des poursuites, les règles relatives à la charge de la preuve, et même – qui sait ? – l'indulgence du juge. Serait-elle appliquée qu'on retrouverait encore cette mansuétude à laquelle le juge peut, en vertu du principe de l'individualisation des peines, laisser libre cours. Et même s'il n'était pas clément, cela serait-il forcément

²¹⁵⁸ Sur laquelle v. *infra* n° 571 et s.

²¹⁵⁹ Considérant l'IVG comme un fait justificatif, v. A. BERTRAND-MIRKOVIC, *op. cit.*, n° 250 *in fine*, Y. MAYAUD, obs. sous Crim., 2 déc. 2003, préc., et note sous Ass. plén., 29 juin 2001, préc., A. LEPAGE et P. MAISTRE DU CHAMBON, « Les paradoxes de la protection pénale de la vie humaine », préc., et M.-L. RASSAT, note *cit.* Rapp. P. MURAT, art. *cit.* Pour une approche nuancée, v. J.-P. DOUCET, *op. cit.*, n° 82, et M. HERZOG-EVANS, art. *cit.* *Contra* J. MOULY, art. *cit.*, et Ph. THERY, art. *cit.*

²¹⁶⁰ On notera simplement le fait que le motif médical tiré de la probabilité que l'enfant à naître soit atteint d'une affection d'une particulière gravité reconnue comme incurable lors du diagnostic conduit à penser que, pour le législateur, ne pas naître est équivalent au fait de vivre difficilement. D'aucuns y verraient une très légère pointe d'eugénisme...

²¹⁶¹ La Cour d'appel de Lyon ne semble pas dire autre chose lorsqu'elle juge que « *sous réserve des dispositions relatives à l'interruption volontaire de la grossesse et celles relatives à l'avortement thérapeutique, la loi consacre le respect de tout être humain dès le commencement de sa vie* » (arrêt du 13 mars 1997, préc.).

²¹⁶² M. Mayaud remarque (*in note cit.*) d'ailleurs à juste titre : « *Autant le droit pénal protège les mères en détresse du fait de leur grossesse, autant il rejette le principe d'une protection équivalente pour les mères en détresse du fait de la privation de cet état* ». *Adde* en ce sens, A. LEPAGE et P. MAISTRE DU CHAMBON, art. *cit.*, A. MARON, art. *cit.*, et J. PRADEL, note. *cit.* sous Crim., 2 déc. 2003, préc.

²¹⁶³ V. not. E. DREYER, *op. cit.*, n° 19, p. 18, note 2.

choquant ? Souffler une bouffée de fumée de cigarette à la figure d'un nouveau-né ne l'est-il pas ? Nous avouons ne pas voir de différence. La loi offre suffisamment de possibilités à la femme de ne pas être mère pour que, le choix de le devenir ou de le rester une fois fait, elle en assume les conséquences et veille sur la personne humaine qui grandit en son sein.

Pour conclure, *il faut dire, techniquement, que rien ne s'oppose à la répression pénale de l'homicide de l'enfant à naître, et fonctionnellement, que la solution inverse conduit à une protection insuffisante de la vie humaine et donc à une reconnaissance imparfaite de cette valeur.* Il paraît clair que la solution retenue en droit positif par la Cour de cassation n'est fondée ni en droit ni en opportunité, de telle sorte que si, de lege lata, la responsabilité pénale est subordonnée plus que de raison à l'exigence du caractère personnel de l'intérêt protégé, *de lege ferenda*, il serait bon que celle-ci soit réservée aux hypothèses où elle est nécessaire, comme en matière d'atteinte aux droits patrimoniaux ou à l'état civil. Toute solution inverse nuirait à l'efficacité du droit pénal et, par suite, à celle du système général de responsabilité juridique, ainsi qu'à la cohérence de ce dernier.

Conclusion du chapitre

380. Adaptation fonctionnelle imparfaite du résultat légal. *L'influence fonctionnelle des responsabilités de droit privé sur la composition de leurs faits générateurs est une nécessité si l'on veut assurer la cohérence et l'efficacité de l'institution générale de la responsabilité juridique conçue comme un système global.* Du point de vue des intérêts respectivement protégés par le droit pénal et par le droit de la responsabilité civile, cette influence devrait conduire à deux conséquences dont seule l'une se vérifie en droit positif.

En premier lieu, *puisque le droit pénal assure la protection de l'ordre social, il ne peut être mis au service de la défense de tous les biens juridiques. Il doit être réservé à ceux qui sont les plus importants pour la société.* Sa protection des intérêts doit être sélective. Au contraire, *le droit civil de la responsabilité est avant tout orienté vers la satisfaction optimale des victimes et le rétablissement de l'équilibre dans les relations entre personnes juridiques. Rien ne s'opposant à ce que son appréhension des biens juridiques soit universelle, il en résulte qu'une telle ouverture de la responsabilité civile s'impose comme une nécessité pour sa propre efficacité.* En second lieu toutefois, peut s'interposer l'exigence d'un *caractère personnel de l'intérêt*, qui s'entend, en droit de la responsabilité, comme la *possibilité de rattacher le bien juridique exposé à lésion ou menace à une personne juridique.* A ce titre, *droit civil et droit pénal de la responsabilité doivent à nouveau être distingués.* Celui-là ne peut pas faire abstraction de cette condition puisque, techniquement, sa mise en œuvre passe par l'attribution d'une créance, droit subjectif supposant la personnalité juridique de son titulaire, et parce que, fonctionnellement, la responsabilité civile, comme discipline de droit privé, s'intéresse aux rapports entre particuliers et non aux valeurs essentielles de la société. A l'inverse, le droit pénal, qui tend à protéger cette dernière, ne peut s'embarrasser de cette exigence d'un caractère personnel de l'intérêt protégé s'il veut mener à bien sa mission.

Mais le droit positif ne s'accorde pas totalement avec ce que paraît commander l'organisation fonctionnelle des responsabilités de droit privé. Du point de vue du choix des intérêts protégés d'une part, il y est parfaitement conforme. Alors que le droit civil assure la protection du moindre des intérêts, allant jusqu'à vouloir soulager tristesse, douleur et angoisse ou encore corriger le plus petit appauvrissement pécuniaire, le droit pénal se montre indifférent à ces derniers ne se souciant, outre les biens juridiques collectifs, que de l'intégrité physique et morale de la personne et de la dimension juridique du patrimoine. D'autre part, concernant l'exigence du caractère personnel de l'intérêt protégé, le droit positif semble en revanche s'éloigner des directions que semblent donner la théorie générale de la responsabilité juridique. En effet, le droit civil s'est totalement émancipé de cet impératif dès lors que l'action en réparation peut être exercée par une personne morale dans un intérêt prétendument collectif tel que celui des salariés, des consommateurs ou encore celui de l'environnement. Cette tendance paraît donc devoir être renversée. Mais cela ne pourra se faire qu'au terme

d'une inévitable réflexion sur le rôle de ces corps intermédiaires dans la protection de valeurs qui ressortissent, semble-t-il, plus véritablement à l'intérêt général, ainsi que sur la place de leurs actions au sein du système juridique. A l'inverse, le droit pénal de la responsabilité semble brimé dans sa fonction par une exigence trop fréquente d'une personnalité de l'intérêt protégé. Exiger la personnalité juridique de la victime d'une atteinte à la vie comme le fait la Cour de cassation s'oppose à une protection optimale de la vie humaine et n'est imposé par aucun impératif technique. La vie doit être protégée pour elle, indépendamment de son hypothétique rattachement à un droit à la vie, tout comme pourrait et devrait l'être l'image, la voix, l'honneur ou la dignité humaine. Un revirement de jurisprudence sur la question de l'homicide involontaire de l'enfant à naître serait donc opportun.

L'exigence d'un intérêt légitime objet d'une lésion ou d'une menace qu'impose le concept général de responsabilité juridique n'est donc pas suffisant à la constitution d'un fait générateur de responsabilité. Celui-ci est en effet façonné de manière à s'adapter à la fonction respective de chacune de ses applications techniques en droit privé. Particulièrement légitime en droit pénal, personnel en droit de la responsabilité civile, l'intérêt protégé subit l'influence fonctionnelle de ces disciplines. Il en est de même de l'anormalité exigée qui dépasse parfois la simple anormalité objective que se borne à imposer le concept de responsabilité juridique.

Chapitre second

L'influence des fonctions des responsabilités sur l'anormalité exigée

381. Inachèvement de la distinction des fautes civile et pénale. L'anormalité est une composante essentielle du concept de responsabilité juridique en ce qu'elle explique que la victime, alors qu'elle est aussi – ne serait-ce que par sa présence – une cause matérielle de ce qu'elle subit, ne soit pas abandonnée à son sort. Jouant une fonction de filtre des différentes causes ayant contribué au dommage ou au risque de dommage, l'anormalité requise n'est cependant que la plus légère que l'on puisse exiger : l'anormalité objective simple. La question se pose cependant de savoir si les fonctions respectives du droit pénal et du droit civil de la responsabilité imposent des conditions supplémentaires qui relèvent de l'anormalité du fait causal et qui seraient susceptibles de modifier la structure du fait générateur de responsabilité. Le simple fait par exemple, pour un transporteur professionnel, de ne pas arriver à l'heure contractuellement convenu avec son client suffira-t-il à engager sa responsabilité civile ? Le fait de s'écrouler sur une autre personne en raison d'un malaise cardiaque peut-il permettre la constitution du délit d'atteinte involontaire à l'intégrité corporelle d'autrui ? C'est à des interrogations de ce type que doit permettre de répondre l'étude de l'influence de la fonction des responsabilités de droit privé sur l'anormalité exigée au titre de la constitution du fait générateur.

Le droit civil ne tendant qu'à rétablir un équilibre indûment rompu au sein d'une relation entre particuliers, sa fonction est purement objective. Elle passe toujours, en droit, par la technique patrimoniale, et souvent, en fait, par le paiement de dommages et intérêts, de telle sorte qu'aucune adhésion ni compréhension de la sanction n'est utile à son efficacité. *Toute subjectivité doit être a priori exclue du régime de la génération de la responsabilité civile qui appelle, au contraire, une objectivation optimale. A ce titre, en termes d'anormalité, l'efficacité de la responsabilité civile supposerait de ne rien ajouter à ce que commande le concept même de responsabilité juridique : la moindre anormalité objective.* Un simple fait illicite devrait suffire à permettre la constitution du fait générateur de responsabilité civile : le simple retard du transporteur professionnel devrait engager sa responsabilité contractuelle. *En revanche, le droit pénal, pour être légitime au regard de la rudesse de ses effets et utile en termes de prévention subjective générale et spéciale, devrait dépasser la seule illicéité pour y adjoindre une condition de culpabilité. A l'anormalité objective devrait ainsi être ajoutée l'anormalité subjective. Par ailleurs, sa fonction expressive suppose qu'il ne s'attaque qu'aux comportements les plus graves pour ne pas que la répression soit banalisée. L'anormalité ne peut donc pas toujours n'être que simple. S'écrouler sur autrui du fait d'une perte de conscience excluant tout choix ne devrait donc pas entraîner de responsabilité pénale.*

Le droit positif, pourtant, n'est pas tout à fait en ce sens. Nonobstant l'introduction de l'article 4-1 au sein du Code de procédure pénale par la loi du 10 juillet 2000 et l'existence d'une jurisprudence qui affirme constamment le contraire²¹⁶⁴, une étude serrée et attentive des fautes actuelles témoigne ainsi d'une convergence en réalité très forte, voire d'une identité du droit pénal et de la responsabilité civile sur ce point. C'est dire si une telle démarche se révèle utile, et ce, à un double titre : pour mesurer la réalité de cette assertion hardie qui est assenée depuis la loi du 10 juillet 2000 selon laquelle il y aurait depuis dualité des fautes pénale et civile, d'une part ; et, surtout, pour fournir les bases nécessaires à l'appréciation critique du droit positif au regard des fonctions du droit pénal et de la responsabilité civile, d'autre part. Car face à cette identité *de lege lata* des fautes civiles et pénales (Section 1), il paraît tout à fait possible de justifier la dissociation, *de lege ferenda*, de ces deux notions et, surtout, dans le même temps, d'en fournir le moyen (Section 2).

Section 1. L'identité actuelle des fautes civiles et pénales

382. Identité objective et subjective des fautes civiles et pénales. Si l'on s'en tient à l'anormalité objective, fautes civiles et fautes pénales sont bien identiques. La seule distinction qui gouverne la matière est celle de l'anormalité appréciée et de l'anormalité constatée. Or, ces deux modes d'établissement de l'anormal transcendent les deux disciplines. Mieux, ils s'y retrouvent à l'identique. Concernant l'anormalité appréciée, elle est toujours révélée par une appréciation *in abstracto* et ne connaît alors, en principe, aucune limite tenant à la gravité de l'anormalité. Quant à la constatation de l'anormalité objective, elle est réalisée au moyen de deux critères dont le premier, la précision formelle, est général, et le second, la gravité de l'anormalité subjective, n'a qu'une limite, rationnelle, celle du fait de la chose.

Au-delà de ce minimum imposé par le concept de responsabilité juridique, la distinction fonctionnelle des responsabilités de droit privé pourrait très bien ajouter des exigences supplémentaires qui commanderaient et permettraient de distinguer les deux fautes. Tel n'est pas le cas cependant en droit positif. Non content d'ajouter à l'exigence conceptuelle d'une anormalité objective simple, il le fait pour l'ensemble des responsabilités de droit privé, et ce, de la même manière, soit sans discernement quant à leurs fonctions respectives. Il en résulte une convergence très marquée des fautes pénales et civiles, et ce, qu'il s'agisse de la faute simple (§1), pour laquelle une anormalité subjective minimale est toujours requise, ou des fautes qualifiées (§2), dont l'identité, quoique relative, est tout de même importante.

²¹⁶⁴ Et ce, depuis Civ. 1, 30 janv. 2001 : *Bull. civ.*, n° 19 ; *D.*, 2001, somm. comm., obs. P. JOURDAIN, p. 2232 ; *Dr. et patr.*, 2001, jur. n° 2947, obs. F. CHABAS, p. 96 ; *JCP*, 2001, I, 338, chron. G. VINEY ; *Rev. sc. crim.*, 2001, obs. A. GIUDICELLI, p. 613 ; et *RTD Civ.*, 2001, obs. P. JOURDAIN, p. 376. *Adde* M.-A. AGARD, « Faute pénale et faute civile : un divorce dans la précipitation », *Resp. civ. et assur.*, 2001, chron. n° 16. Pour plus de développements sur ce point, v. *infra* n° 447 et s.

§1. L'identité absolue des fautes civile et pénale simples

383. Notion de faute simple. *La faute simple est la faute la plus légère qui, dans un système juridique donné, peut fonder l'engagement de la responsabilité d'un individu. Elle s'oppose aux fautes qualifiées qui sont celles qui, soit objectivement, soit subjectivement, sont revêtues d'une gravité supérieure.* En vertu de ce qu'exige le concept de responsabilité juridique, elle est forcément à base d'anormalité objective. Dès lors, se pose la question de savoir si, outre cette anormalité objective minimale, s'ajoute nécessairement, en droit positif, une culpabilité de même nature nécessaire à la constitution du fait générateur de responsabilité. La question primordiale est donc de savoir si l'on exige, en droit positif, l'anormalité subjective. Faut-il qu'il y ait culpabilité en sus de l'illicéité ?

384. Exigence positive d'une anormalité subjective minimale. Tel semble être le cas en droit positif. L'ensemble de la doctrine pénaliste, d'une part, traite la question de la faute sous l'angle de l'anormalité subjective, de la culpabilité, le plus souvent *via* l'étude de l'élément moral de l'infraction²¹⁶⁵. C'est une conception très subjective qui prévaut en la matière. Mais il est vrai toutefois que la question s'est posée, sous l'empire de l'ancien Code pénal, de « *la responsabilité sans faute* »²¹⁶⁶ ou, tout au moins, pour faute objective relativement à la question des délits matériels que la jurisprudence estimait constitués au seul vu de la matérialité des faits et sans autoriser la preuve de la bonne foi de l'auteur²¹⁶⁷. Le sujet semble aujourd'hui obsolète, la loi du 22 juillet 1992 portant réforme du Code pénal et celle d'adaptation du 16 décembre de la même année ayant transformé les infractions concernées en infractions non intentionnelles. Pourtant, cela n'empêche pas que certains auteurs s'interrogent sur la survie d'une telle conception de la faute pénale pour ce qui est des contraventions, quand ce n'est pas l'élément moral même de l'ensemble des infractions non intentionnelles qui est remis en question.

En droit civil d'autre part, il est certain que l'anormalité objective peut suffire en revanche. Il en est ainsi lorsque le fait anormal est le fait d'une chose. Même en matière de responsabilité du fait personnel, la faute purement objective est indéniablement présente dès lors que la jurisprudence admet qu'une personne morale, dont on peut douter qu'elle dispose d'une volonté véritable²¹⁶⁸, puisse être rendue responsable sur le fondement des articles 1382

²¹⁶⁵ Outre les ouvrages généraux, v. les thèses de H. PY-LEBRUN et de V. SAINT-GERAND, *Essai sur la théorie de la culpabilité*, et *La culpabilité dans la théorie de la responsabilité pénale*, précitées.

²¹⁶⁶ A. LEGAL, « La responsabilité sans faute », *Mél. M. Patin*, préc., pp. 129 et s.

²¹⁶⁷ Sur cette question, v. A. LEGAL, « La notion d'infraction matérielle », *Rev. sc. crim.*, 1959, pp. 71 et s., et art. *cit.*, J.-P. MARTY, « Les délits matériels », *Rev. sc. crim.*, 1982, pp. 41 et s., et Ph. MERLE, *Les présomptions légales en droit pénal*, L.G.D.J., Bibliothèque de sciences criminelles, t. 9, 1970, n° 110 et s. Adde X. PIN, « La notion de faute en droit pénal (121-3 = 0 ?) », préc.

²¹⁶⁸ Pour une contestation de la responsabilité du fait personnel des personnes morales, v. *infra* n° 504 et s., 533 et 540.

et 1383 du Code civil²¹⁶⁹. Au demeurant, tant de précisions pourraient sembler inutiles dans la mesure où l'on enseigne depuis plus de vingt ans maintenant le triomphe de ladite faute objective, notion désormais classique, au sens propre du terme, et censée avoir expurgé le fait personnel – celui de l'auteur responsable comme celui de l'auteur dont on est responsable – de toute considération subjective. Néanmoins, le jugement paraît, à la vérité, un peu hâtif et une analyse serrée de la jurisprudence semble révéler une certaine résistance de l'anormalité subjective dans la faute simple des personnes physiques. Malgré les apparences, l'anormalité subjective paraît donc bien être une condition de la faute aujourd'hui encore.

Cependant, son niveau minimal est difficile à déterminer. Quel est l'état d'esprit le plus tenu considéré par le législateur comme anormal ? Est-il le même en droit pénal et en droit de la responsabilité civile ? Un point de départ peut être fixé à partir de l'observation suivante : les dispositions psychologiques relatives à l'expression de la volonté semblent impliquer deux types de facultés, les capacités volitives évidemment, relatives à la volonté, et les capacités cognitives, relatives à la connaissance, à la conscience ou au discernement. Qu'il s'agisse de la faute pénale ou de la faute civile, il semble que ces dernières ne soient pas nécessaires (A), à la différence des premières, constitutives dès lors de la substance minimale de l'anormalité subjective (B).

A- L'indifférence commune du discernement

385. De l'indifférence de l'imputabilité à celle des discernements. Il ne paraît pas nécessaire que l'auteur d'une faute soit pleinement conscient de l'ensemble des tenants et aboutissants de son fait causal pour que soit engagée sa responsabilité civile ou pénale. L'explication la plus courante consiste à considérer l'imputabilité comme extérieure à la notion de faute (1). Elle est toutefois insuffisante et, en réalité, il semble tous les types de discernement soient généralement indifférents à la faute simple (2).

1. L'extériorité commune de l'imputabilité à la faute

386. Nouveauté et portée de la thèse de l'extériorité de l'imputabilité à la faute. Contrairement à ce que défendait la doctrine classique, l'imputabilité est considérée par de plus en plus d'auteurs comme étant un concept étranger, extérieur, à la notion de faute (a). Cela explique, en partie, l'indifférence du discernement à la faute simple mais est insuffisant à la fonder totalement et, en outre, à consacrer la faute objective (b).

²¹⁶⁹ La jurisprudence est ancienne (Cass., 15 janv.1872, cité in Ph. BRUN, *op. cit.*, n° 299) et constante en ce sens. V. par exemple, Paris, 22 mai 1939 : *Gaz. Pal.*, 1939, 2, jur., concl. M. GAVALDA, p. 188, et Civ. 2, 17 juill. 1967 : *Gaz. Pal.*, 1967, 2, jur., note Ch. BLAEVOET, p. 235, Civ. 2, 27 avr. 1977 : *Bull. civ.*, n° 108, et Civ. 2, 26 avr. 1990 : *JCP*, 1990, IV, p. 235.

a- Exposé de la thèse de l'extériorité de l'imputabilité à la faute

387. Conception classique de la place de l'imputabilité. Classiquement, la faute était conçue comme contenant plusieurs éléments. Les criminalistes adjoignaient ainsi à l'élément matériel de l'infraction une composante morale, elle-même subdivisée en culpabilité et en imputabilité²¹⁷⁰, censée constituer son substrat éthique et humain²¹⁷¹. Quant aux civilistes, ils ajoutaient cette dernière à la donnée objective qu'est l'illicéité²¹⁷².

Cette présentation, tributaire de la pensée libérale et subjective du XIX^e siècle, fut cependant critiquée par certains en raison notamment de ses conséquences pratiques. D'un point de vue pénal, tout d'abord, exiger l'imputabilité comme condition de l'infraction avait plusieurs accompagnements. Cela empêchait, d'une part, de retenir la responsabilité pénale des inconscients avec les conséquences néfastes que cela entraînait pour la défense de la société contre les fous dangereux et pour les auteurs eux-mêmes, leur irresponsabilité faisant obstacle à toute mesure de sûreté susceptible d'améliorer le sort des mineurs ou des malades mentaux²¹⁷³. D'autre part, c'est la responsabilité pénale des complices qui ne pouvait techniquement pas être engagée dès lors qu'il était supposé ne pas y avoir d'infraction principale à laquelle rattacher leur comportement personnel²¹⁷⁴. Obstacle à la répression, cette conception entravait, ensuite, pareillement l'objectif indemnitaire de la responsabilité civile. A mesure, en effet, que "l'idéologie de la réparation" progressait, on supporta de moins en moins de laisser des victimes démunies pour la seule raison que l'auteur de leur préjudice était une personne inconsciente²¹⁷⁵. C'est la raison pour laquelle une conception différente de la

²¹⁷⁰ Dans l'attente des précisions terminologiques venant *infra* n° 477 et s., c'est à l'acception classique de la notion que renverra l'emploi du terme "imputabilité" dans ce chapitre.

²¹⁷¹ V. ainsi Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, préc., n° 349, A.-Ch. DANA, *Essai sur la notion d'infraction*, préc., E. DREYER, *Droit pénal général*, préc., n° 737 et s., E. FORTIS, *L'élément légal dans les infractions d'imprudence portant atteinte à l'intégralité corporelle*, préc., n° 469, J. FRANCILLON, *La gradation des fautes en droit civil et en droit pénal*, préc., p. 58, R. GARRAUD, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, t. 1, préc., n° 134 et 267, Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, préc., n° 451, et « La volonté à la lumière du nouveau Code pénal », *Mél. J. Larguier*, PUG, 1993, pp. 203 et s., J. ORTOLAN, *op. cit.*, n° 227, H. PY-LEBRUN, *op. cit.*, n° 16, M.-L. RASSAT, *Droit pénal général*, préc., n° 302 et 312, et N. STONESTREET *La notion d'infraction pénale*, préc., n° 7, 10, 203 et 228.

²¹⁷² V. not. J. CARBONNIER, *Droit civil. Les biens, les obligations*, préc., n° 1139 et s., A. COLIN et H. CAPITANT par L. JULLIOT DE LA MORANDIERE, *Traité de droit civil*, préc., n° 1118, R. LEGEAIS, « Un gardien sans discernement. Progrès ou régression dans le droit de la responsabilité civile ? », *D.*, 1984, chron., pp. 237 et s., Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit civil. Les obligations*, préc., n° 54, Ph. MALINVAUD et D. FENOUILLET, *Droit des obligations*, préc., n° 578 et s., G. RIPERT et J. BOULANGER, *Traité de droit civil d'après le traité de Planiol*, t. 2, préc., n° 955 et 975, R. SAVATIER, *Traité de la responsabilité en droit français civil, administratif, professionnel, procédural*, t. 1, préc., n° 101 et 201 et s., A. SERIAUX, *Manuel de droit des obligations*, préc., n° 71 et 129, et B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Obligations. 1. Responsabilité délictuelle*, préc., n° 396.

²¹⁷³ Sur ces questions, v. F. JULITTE, *L'approche pénale de la folie*, préc., et *infra* n° 563.

²¹⁷⁴ V. *ibid.*, n° 248 et s. Adde H. PY-LEBRUN, *op. cit.*, n° 228, et F. ROUSSEAU, *L'imputation dans la responsabilité pénale*, préc., n° 50 et s.

²¹⁷⁵ Sur ce point, v. outre les ouvrages généraux, Ph. BONFILS et A. GOUTTENOIRE, *Droit des mineurs*, préc., n° 1190 et s., et C. EDON-LAMBALLE, *Conscience et responsabilité civile*, préc., n° 25 et s.

place de l'imputabilité fut ensuite retenue par des auteurs, civilistes comme pénalistes, de plus en plus nombreux.

388. Conception contemporaine de la place de l'imputabilité en droit civil. Face à l'imperfection des moyens déployés par la jurisprudence pour contourner les difficultés d'indemnisation de victimes d'inconscients (recherche d'une faute antérieure, développement de la responsabilité personnelle ou du fait d'autrui de celui qui devait surveiller l'inconscient, appréciation sévère de l'inconscience, admission de la compatibilité de la garde et de l'inconscience en matière de responsabilité du fait des choses, fermeté dans l'appréciation de la preuve de la concomitance de l'inconscience et des faits, etc.)²¹⁷⁶, la doctrine civiliste a déployé force d'arguments afin de dépouiller la responsabilité civile de toute exigence d'imputabilité. D'un point de vue historique et sociologique d'une part, on a fait valoir que la responsabilité et la faute étaient des notions essentiellement objectives. Ce ne serait que par un raffinement de la Civilisation, sous l'influence de la pensée chrétienne et en raison de l'émancipation de l'individu, que des données subjectives ont entraîné une spiritualisation de la responsabilité²¹⁷⁷. D'autre part, on en a déduit qu'exiger l'imputabilité relevait d'un postulat philosophique lié à l'attachement à la notion de libre arbitre, qui n'était en rien une exigence juridique, ce qui conduisait à une confusion des fautes et responsabilités morale et juridique²¹⁷⁸. L'utilisation doctrinale de l'expression "faute imputable" témoignait enfin de la dissociation des deux notions qui était déjà inconsciemment opérée par certains²¹⁷⁹. Juridiquement, les conséquences qu'il fallait en tirer consistaient à distinguer la faute, notion

²¹⁷⁶ Sur cette question, v. not. Ch. AUBRY et Ch. RAU par N. DEJEAN DE LA BÂTIE, *Droit civil français*, t. VI-2, préc., n° 25, X. BLANC-JOUVAN, « La responsabilité de l' "infans" », *RTD Civ.*, 1957, pp. 28 et s., Ph. BRUN, *Responsabilité extracontractuelle*, préc., n° 297, C. EDON-LAMBALLE, *op. cit.*, n° 27, P. JOURDAIN, *Recherche sur l'imputabilité en matière de responsabilités civile et pénale*, préc., n° 413 et s., Ch. LAPOYADE-DESCHAMPS, L. BLOCH et S. MORACCHINI-ZEIDENBERG, *Droit des obligations*, préc., pp. 182 et s., Ph. LE TOURNEAU, « La responsabilité civile des personnes atteintes d'un trouble mental », *JCP*, 1971, I, 2401, H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, préc., n° 470 et s., L. PERDRIX, *La garde d'autrui*, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, t. 521, 2010, n° 773 et 778, A. PIROVANO, *Faute civile et faute pénale*, préc., n° 202 et s., B. STARCK, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée sous sa double fonction de garantie et de peine privée*, préc., pp. 91 et s., B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *op. cit.*, n° 398, F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, préc., n° 733, G. VINEY, « La réparation des dommages causés sous l'empire d'un état d'inconscience : un transfert nécessaire de la responsabilité vers l'assurance », *JCP*, 1985, I, 3189, et G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil. Les conditions de la responsabilité*, préc., n° 583 et s.

²¹⁷⁷ Cet argument fondé sur les importants travaux de FAUCONNET (*La responsabilité. Etude de sociologie*, préc., spéc. pp. 302 et s., et 345 et s.) a été ensuite repris par de nombreux auteurs mais M. Jourdain est celui qui l'a le plus et le mieux exploité (*in op. cit.*, spéc. n° 11 et s., « Retour sur l'imputabilité », préc.). *Adde* pour le droit pénal, v. SAINT-GERAND, *op. cit.*, n° 51.

²¹⁷⁸ V. ainsi, Ch. AUBRY et Ch. RAU par N. DEJEAN DE LA BÂTIE, *op. cit.*, n° 24, J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil. Les obligations. 2. Le fait juridique*, préc., n° 99, Ph. LE TOURNEAU et alii, *Droit de la responsabilité et des contrats*, préc., n° 6706, H. MAZEAUD, « La "faute objective" et la responsabilité sans faute », *D.*, 1955, 1985, chron., pp. 13 et s., H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, *op. cit.*, n° 458 et s., M. PUECH, *L'illicéité dans la responsabilité civile extracontractuelle*, préc., n° 59 et s., et F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n° 731.

²¹⁷⁹ V. H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, *op. cit.*, n° 390.

toujours objective et toujours requise, de l'imputabilité, condition subjective variable en fonction du type de responsabilité considérée.

Le droit positif semble avoir suivi cette théorie. Le législateur, en premier lieu, a introduit par une loi du 3 janvier 1968 un article 489-2 au Code civil aux termes duquel « *celui qui a causé un dommage à autrui alors qu'il était sous l'empire d'un trouble mental, n'en est pas moins obligé à réparation* »²¹⁸⁰. Tout en reconnaissant que le texte nouveau relevait du droit commun de la responsabilité²¹⁸¹, la jurisprudence a continué, quant à elle, d'exclure la responsabilité des *infantes*²¹⁸². La meilleure explication de cet apparent paradoxe résidait dans la théorie de l'extériorité de l'imputabilité à la faute. Le législateur n'avait pas modifié la définition de la faute, qui avait toujours été objective, mais avait simplement rejeté l'imputabilité comme exigence de la responsabilité civile des majeurs, la conservant dans le régime de celle des enfants pour des raisons sociologiques tenant à la volonté de préserver l'avenir de personnes jeunes et vulnérables²¹⁸³. Ce n'est que bien plus tard que la Cour de cassation, en second lieu, finit par admettre cette responsabilité par considération pour les victimes²¹⁸⁴. Depuis lors, le principe a été réaffirmé²¹⁸⁵ et, bien qu'il semble que les juges prennent parfois en compte le discernement du mineur pour engager sa responsabilité²¹⁸⁶, il paraît certain qu'aujourd'hui l'imputabilité n'est plus une condition de la faute civile en droit positif²¹⁸⁷.

²¹⁸⁰ Deux interprétations principales en furent proposées en doctrine. Certains y virent un régime dérogatoire de réparation ou de responsabilité fondé, qui sur le risque (v. R. SAVATIER, « Le risque pour l'homme de perdre ses esprits et ses conséquences en droit civil », *D.*, 1968, chron., pp. 109 et s. Rapp. J.-F. BARBIERI, « Inconscience et responsabilité dans la jurisprudence civile : l'incidence de l'article 489-2 du Code civil après une décennie », *JCP*, 1982, I, 3057), qui sur la garantie (v. B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *op. cit.*, n° 408, reprenant la théorie soutenue par le premier d'entre eux dans sa thèse de doctorat, préc., pp. 96 et s. Rapp. J.-F. BARBIERI, art. *cit.*), qui sur la notion d'assistance (v. G. RIPERT et J. BOULANGER, *op. cit.*, n° 955), qui sur l'équité (v. R. LEGEAIS, note sous Civ. 2, 4 mai 1977, *D.*, 1978, jur., pp. 393 et s. Egalement favorables à la qualification de responsabilité sans faute, v. J. CARBONNIER, *op. cit.*, n° 1141, et C. EDON-LAMBALLE, *op. cit.*, n° 151 et s.), ne devant concerner que les personnes atteintes d'un trouble mental. Quant aux partisans de la faute objective, ils pensèrent y trouver une consécration générale de leur thèse ayant vocation à s'appliquer rationnellement à l'ensemble des cas analogues. V. en ce sens, Ph. LE TOURNEAU, art. *cit.*, P. JOURDAIN, *op. cit.*, n° 482 et 502, H. MAZEAUD, art. *cit.*, et G. VINEY, « Réflexions sur l'article 489-2 du Code civil. A partir d'un système de réparation des dommages causés sous l'empire d'un trouble mental, une nouvelle étape de l'évolution du droit de la responsabilité civile », *RTD Civ.*, 1970, pp. 251 et s. Cet article a été remplacé par un article 414-3 du Code civil par la loi n° 2008-174 du 25 février 2008.

²¹⁸¹ Civ. 2, 4 mai 1977, préc.

²¹⁸² Civ. 2, 7 déc. 1977: *Bull. civ.*, p. 170. Rapp. Civ. 2, 6 juill. 1978 : *Bull. civ.*, n° 179.

²¹⁸³ V. P. JOURDAIN, *op. cit.*, n° 504 et s.

²¹⁸⁴ Ass. plén., 9 mai 1984 (5 arrêts) : *Bull. civ.*, n° 1 à 5 ; *D.*, 1964, jur., concl. J. CABANNES, p. 525, et note F. CHABAS, p. 530 ; *JCP*, 1984, II, 20256, obs. N. DEJEAN DE LA BÂTIE et P. JOURDAIN ; et *RTD Civ.*, 1984, obs. J. HUET, p. 508.

²¹⁸⁵ V. par exemple, Civ. 2, 28 févr. 1996 : *Gaz. Pal.*, 1997, 1, jur., note Ph. JACQUES, p. 86.

²¹⁸⁶ V. not. Paris, 26 févr. 1986 : *D.*, 1987, somm. comm., note J. MOULY, p. 466, et Civ. 2, 2 avr. 2001 : *Resp. civ. et assur.*, 2001, comm. n° 244, note L. GRUYNBAUM, et Chambéry, 12 avr. 2005 : *Resp. civ. et assur.*, 2005, comm. n° 314, note Ch. RADE. Rapp. Civ. 1 7 mars 1989 : *JCP*, 1990, II, 21403, obs. N. DEJEAN DE LA BÂTIE. Ces décisions qui ont fait dire que « *la faute objective s'est plus imposée dans les livres que dans les prétoires* » (Ph. JACQUES, note *cit.*) peuvent toutefois s'expliquer autrement que par un retour de l'imputabilité *stricto sensu*. V. *infra* n° 399.

²¹⁸⁷ La majorité de la doctrine en convient et y est favorable. V. ainsi, outre les références citées notes précédentes, P. BONASSIES, préface à la thèse d'A. PIROVANO, *op. cit.*, p. III, P. JOURDAIN, art. *cit.*, Ch.

389. Conception contemporaine de la place de l'imputabilité en droit pénal. Une telle évolution du droit civil aurait pu constituer un critère de distinction entre les fautes pénales et civiles. C'était sans compter le succès de cette conception de la responsabilité chez les pénalistes²¹⁸⁸. En effet, outre le fait que les arguments historico-sociologiques sont valables pour tout système de responsabilité, les avantages pratiques de cette théorie ne sont pas négligeables pour le droit pénal²¹⁸⁹. Satisfaisante intellectuellement et politiquement, elle semble en outre conforme au droit positif. D'une part, si la formule du fameux arrêt *Laboube*²¹⁹⁰, aux termes de laquelle « toute infraction, même non intentionnelle, suppose que son auteur ait agi avec intelligence et volonté », semble mener à la conclusion contraire, celle-ci faisait simplement écho au système de l'ancien Code pénal. En effet, celui-ci considérait qu'il n'y avait « ni crime, ni délit » en cas de démence (C. pén. anc., art. 64). L'imputabilité pouvait donc être légitimement considérée comme incluse dans l'élément moral de l'infraction. Son successeur en revanche exclut désormais globalement, et en cela moins précisément, la responsabilité de l'auteur atteint « d'un trouble psychique ou neuropsychique ayant aboli son discernement (...) au moment des faits » (C. pén., art. 122-1, al. 1), ce qui peut être considéré comme une adhésion à la nouvelle conception de la responsabilité ou qui, du moins, la rend aussi valable qu'une autre. Une telle lecture de l'arrêt

LAPOYADE-DESCHAMPS, « Les petits responsables (responsabilité civile et responsabilité pénale de l'enfant) », *D.*, chron., 1988, pp. 299 et s., Ch. LAPOYADE-DESCHAMPS, L. BLOCH et S. MORACCHINI-ZEIDENBERG, *op. cit.*, pp. 181 et s., Ph. LE TOURNEAU *et alii*, *op. cit.*, n° 6706 et s., C. MARGAINE, *La capacité pénale*, préc., n° 75 et s., H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, *op. cit.*, n° 424 et s., A. PIROVANO, *op. cit.*, 213 et s., 221, et 256, N. RIAS *Aspects actuels des liens entre les responsabilités civile et pénale*, préc., n° 272, A. TUNC, *a responsabilité civile*, préc., n° 139, et G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. cit.*, n° 444-1 et s. Rapp. M. PUECH, *op. cit.*, n° 57 et s. On notera que, très tôt, JOSSERAND a distingué la faute de la notion de « capacité délictuelle » (*op. cit.*, n° 422 et s., et 455 et s.). *Contra* v. not. R. LEGEAIS, « Le mineur et la responsabilité civile. A la recherche de la véritable portée des arrêts de l'Assemblée plénière du 9 mai 1984 », *Mél. G. Cornu*, PUF/Dalloz, 1994, pp. 253 et s., qui considère l'interprétation majoritaire, sous l'impulsion principale de Henri MAZEAUD, comme ayant donné naissance à une « jurisprudence putative », ou encore D. MAZEAUD, « Famille et responsabilité (Réflexions sur quelques aspects de "l'idéologie de la réparation") », préc. Il faut ajouter à cela qu'un courant doctrinal favorable à la fonction punitive de la responsabilité civile est, conséquemment, pour un retour de l'imputabilité en droit positif ou en regrettent l'éviction. V. not. ainsi, S. CARVAL, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, préc., n° 297 et s., et C. GRARE, *Recherches sur la cohérence de la responsabilité délictuelle. L'influence des fondements de la responsabilité sur la réparation*, préc., n° 459 et s. Rapp. C. EDON-LAMBALLE, *op. cit.*, n° 2, 277 et s., et G. VINEY, art. précités.

²¹⁸⁸ Favorable à l'extériorité de l'imputabilité au fait générateur de responsabilité pénale, v. Ph. BONFILS, « Le discernement en droit pénal », *Mél. R. Gassin*, préc., pp. 97 et s., P. JOURDAIN, *op. et art. cit.*, F. JULITTE, *op. cit.*, spéc. n° 240 et s., J. LEROY, « L'aliéné criminel, simplement coupable ou pleinement responsable ? », *Mél. F. Chabas*, Bruylant, 2011, pp. 533 et s., C. MARGAINE, *op. cit.*, n° 75 et s., et 238 et s., R. MERLE, *Droit pénal général complémentaire*, préc., p. 179, R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, t. 1, préc., n° 616 et s., X. PIN, « L'irresponsabilité pénale (réflexions sur le sens des articles 122-1, 122-2, 122-3 et 122-8 du Code pénal) », *La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale*, préc., pp. 51 et s., F. ROUSSEAU, *op. cit.*, et « L'unité des fautes civile et pénale », préc., v. SAINT-GERAND, *op. cit.*, n° 99 et s., et J.-Ch. SAINT-PAU, « La capacité pénale de l'enfant », préc. Rapp. V. MALABAT, *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit pénal*, préc., n° 500.

²¹⁸⁹ Sur ce point, v. P. JOURDAIN, *op. cit.*, n° 345 et s., et F. JULITTE, *op. cit.*, n° 232 et s.

²¹⁹⁰ Crim., 13 déc. 1956 : *D.*, 1957, jur., note M. PATIN, p. 349.

n'est donc plus impérative aujourd'hui²¹⁹¹. D'autre part, elle est seule à permettre la compréhension du maintien du principe de l'autorité de la chose jugée au criminel sur le civil à la suite des évolutions du droit de la responsabilité civile²¹⁹². De troisième part enfin, la jurisprudence a pu retenir la responsabilité pénale du complice malgré l'inconscience de l'auteur²¹⁹³. Or, la répression de la complicité supposant l'existence d'une infraction à laquelle la rattacher²¹⁹⁴, c'est donc bien que, pour les magistrats, la notion d'infraction n'inclut pas l'imputabilité.

Dès lors, il faut admettre que *le droit pénal et celui de la responsabilité civile tiennent l'un comme l'autre l'imputabilité pour indifférente à la constitution de leur fait générateur*²¹⁹⁵. Cependant, il est douteux que cette considération suffise à elle seule à expliquer l'indifférence générale du discernement à la faute simple.

b- Insuffisance de l'extériorité de l'imputabilité à la faute

390. Pluralité des éléments générateurs subjectifs de la responsabilité. Exclure l'imputabilité de la notion de faute n'est toutefois pas une garantie de l'objectivité pure de cette dernière. En effet, ce serait oublier la culpabilité dont on a rappelé déjà la forte connotation subjective. Or il est beaucoup plus difficile d'exclure cette notion de la faute dès lors que l'étymologie fait de ces deux termes des synonymes.

La faute étant l'un des faits causaux constitutifs du fait générateur de responsabilité civile, il paraît impossible de se défaire de cette condition²¹⁹⁶. La seule alternative est alors d'affirmer que la culpabilité exigée est sociale et non plus morale et d'identifier alors cette notion à celle d'illicéité. Néanmoins, le droit positif, malgré l'objectivation incontestable de la faute, ne semble pas en ce sens. De plus, une faute amoral n'implique pas nécessairement une faute objective, sous peine de confondre dans le terme "moral" de qui relève *de la morale* et ce qui ressortit "*au moral*", à la psychologie de l'individu²¹⁹⁷. En droit pénal, en revanche,

²¹⁹¹ V. en ce sens, C. MARGAINE, *op. cit.*, n° 246. Ce qui ne signifie pas que la formule employée ne soit plus techniquement valable en droit positif, v. *infra* n° 399.

²¹⁹² En ce sens, v. P. JOURDAIN, *op. cit.*, n° 513 et s., C. MARGAINE, *op. cit.*, n° 246 et s., et N. RIAS, *op. cit.*, n° 265 et s.

²¹⁹³ Crim., 3 juill. 1909 : *D.*, 1911, 1, 290, cité in Y. MAYAUD, *op. cit.*, n° 384, p. 404, note 2, et T. Corr. Bobigny, 22 nov. 1972 : *Gaz. Pal.*, 1972, 2, p. 890.

²¹⁹⁴ Les articles 121-6 et 121-7 du Code pénal affirment clairement que l'on se rend complice d'une « infraction » ou « d'un crime ou d'un délit » et non du mystérieux "fait principal punissable" de la doctrine. D'ailleurs, un fait n'est punissable en droit pénal qu'à la première condition qu'il soit constitutif d'une infraction, ce qui revient au même. Il n'existe donc pas de choix entre une conception juridique et une conception objective de la notion, conceptions sur lesquelles v. Y. MAYAUD, *op. cit.*, n° 383. Il faut que la complicité se rattache à une infraction digne de ce nom, c'est-à-dire, pleinement constituée. La jurisprudence semble en convenir. V. Crim., 4 mars 1998 : *Bull. crim.*, n° 83. Sur la question, v. A. TEANI, *La responsabilité pénale du fait d'autrui*, préc., n° 666 et s.

²¹⁹⁵ En ce sens, v. F. ROUSSEAU, art. *cit.*

²¹⁹⁶ V. cependant Ph. BRUN, *op. cit.*, n° 293, selon qui la culpabilité « doit être tenu(e) pour indifférent(e) en matière civile ».

²¹⁹⁷ Rapp. J. FRANCILLON, *op. cit.*, p. 49 et s.

il est possible de considérer que l'infraction n'inclut pas la culpabilité. D'aucuns le soutiennent²¹⁹⁸. Mais cette conception est très minoritaire. Et pour cause, elle peut difficilement se justifier en droit positif. A l'exception de rares arrêts selon lesquels la relaxe de l'auteur principal pour défaut d'intention n'exclut pas la responsabilité pénale du complice²¹⁹⁹, il semble n'y avoir aucun argument en faveur de cette thèse. Non seulement la jurisprudence a pu dire aussi souvent le contraire²²⁰⁰ mais surtout le Code pénal lui-même paraît la contredire. Ainsi, dans la partie générale du code d'abord, l'article 121-3 relatif à la faute conditionne bien le « *crime* » et le « *délit* » tantôt à l'intention, tantôt à la faute d'imprudence, simple ou qualifiée. Ensuite, les livres suivants du Code pénal précisent très souvent, malgré la fonction interprétative de ce dernier article, la nécessité d'un élément moral et la nature de la faute exigée²²⁰¹. La culpabilité est donc nécessaire à la constitution de l'infraction, et non simplement à sa qualification, si tant est que ces deux opérations puissent être véritablement distinguées. Reste qu'il est possible d'en avoir une conception sociale et objective et qu'il est donc nécessaire d'aller plus loin.

391. Pluralités des types de discernements. Par ailleurs, la culpabilité est rattachée à la volonté et non au discernement, classiquement lié à la notion d'imputabilité. Dès lors, on pourrait penser que, sans suffire à en prouver l'objectivité absolue, l'éviction de cette dernière du contenu des fautes pénale et civile simples permettrait au moins de conclure à l'indifférence, pour celles-ci, du discernement.

Les choses sont cependant plus complexes car il n'y a pas une notion unique de discernement. La notion d'imputabilité est en effet peu claire. Composée pour partie d'une exigence de lucidité, on y inclut la faculté de comprendre. Or, l'étude des définitions du discernement révèle l'existence de trois acceptions de la notion suivant l'objet auquel on l'applique. La compréhension la plus classique et la plus récurrente de la notion est celle qui voit dans le discernement la faculté de distinguer le bien et le mal, de comprendre la portée, sous-entendue la signification sociale ou morale, de son comportement²²⁰². On peut l'appeler

²¹⁹⁸ En ce sens, v. ainsi, R. MERLE, *op. cit.*, spéc. p. 179 et s., R. MERLE et A. VITU, *op. cit.*, spéc. n° 521, J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., spéc. n° 461, J.-H. ROBERT, *Droit pénal général*, préc., spéc. p. 286 et s., et V. SAINT-GERAND, *op. cit.*, spéc. n° 26 et s. Certains de ces auteurs ne sont cependant pas toujours fermes dans leur opinion, v. ainsi, J. PRADEL, *op. cit.*, n° 462, et V. SAINT-GERAND, *op. cit.*, n° 67 et s., qui semble opposer l'infraction, notion objective, et l'infraction pénale, infraction à laquelle s'ajouterait la culpabilité pour la qualifier. Rappr. J. CARBONNIER, « Du sens de la répression applicable aux complices selon l'article 59 du Code pénal », préc.

²¹⁹⁹ V. not. Crim., 8 janv. 2003 : *D.*, 2003, note E. GARÇON, p. 2661, et 2004, somm. 310, obs. B. DE LAMY ; *JCP*, 2003, II, 10159, note W. JEANDIDIER ; et *Rev. sc. crim.*, 2003, note B. BOULOC, p. 553.

²²⁰⁰ V. par exemple Crim., 18 juin 2003 : *D.*, 2004, note D. REBUT, p. 1620, et 2005, note A. PROTHAIS, p. 195 ; *JCP*, 2003, II, 10121, note M.-L. RASSAT ; et *Rev. sc. crim.*, 2003, note Y. MAYAUD, p. 781. *Adde* V. MALABAT et J.-Ch. SAINT-PAU, « Le droit pénal général malade du sang contaminé », préc.

²²⁰¹ V. par exemple, le meurtre (C. pén., art. 221-1) ou le vol (C. pén., art. 311-1), crime et délit dont la nature intentionnelle est inutilement précisée par le législateur.

²²⁰² V. X. BLANC-JOUVAN, « La responsabilité de l'"*infans*" », préc., Ph. BONFILS, art. *cit.*, B. BOULOC, *Droit pénal général*, préc., n° 441, Ph. BRUN, *op. cit.*, n° 294, J. CARBONNIER, *op. et loc. cit.*, A. CHAUVEAU et F. HELIE par E. VILLEY, *Théorie du Code pénal*, t. 1, préc., n° 319, Ph. CONTE et P.

le *discernement moral*. Assez proche mais à ne pas confondre, on trouve l'opinion de certains auteurs pour qui le discernement est l'aptitude à distinguer le licite de l'illicite²²⁰³. Il peut être qualifié de *discernement légal*. Enfin, la notion est parfois appréhendée comme visant la conscience du monde environnant et de l'effet de notre comportement sur celui-ci²²⁰⁴. Cette distinction du vrai et du faux, du réel et de l'irréel, peut être dénommée *discernement réel* ou *matériel*. Ces trois acceptions sont valables. En effet, "discerner" est un synonyme de "percevoir", de "distinguer", de "différencier", et le terme "discernement", malgré sa connotation morale, équivaut tout simplement aux notions de "discrimination", de "distinction" ou d'"identification"²²⁰⁵. *On peut dès lors tout à fait admettre que l'objet de la distinction soit variable et qu'il y ait plusieurs types de discernement. Il en résulte qu'il faut se garder de les traiter globalement et de les mêler tous au sein de la notion unique d'imputabilité.*

392. Répartition des discernements au sein des différents éléments générateurs subjectifs de la responsabilité. Le droit positif ne distingue pas toujours la place et le rôle des différents types de discernements, préférant départager les causes négatrices des éléments subjectifs de la responsabilité pénale en fonction de leur cause plutôt que de leur effet. C'est ainsi que le trouble mental et l'*infantia* sont systématiquement présentés comme des causes de non-imputabilité, alors que l'erreur de fait est considérée comme une cause de non-culpabilité. C'est une vue trop simpliste des choses qui ne paraît juste qu'en partie. Elle est en outre surprenante au vu de la réalité des faits tels que révélés par les avancées des sciences de l'esprit depuis le XIX^e siècle²²⁰⁶. Les auteurs savent pourtant la variété des sources d'altération de la conscience et le fait qu'elles ne touchent pas toutes les mêmes aptitudes

MAISTRE DU CHAMBON, *op. cit.*, n° 55 et 230, F. DESPORTES et F. LE GUNEHEC, *Droit pénal général*, préc., n° 635, H. DONNEDIEU DE VABRES, *Traité élémentaire de droit criminel et de législation pénale comparée*, préc., n° 320, E. DREYER, *Droit pénal général*, préc., n° 738, M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations. 2- Responsabilité civile et quasi-contrats*, préc., p. 96, J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *op. et loc. cit.*, R. GARRAUD, *op. cit.*, n° 282, L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, t. 2, préc., n° 455, P. JOURDAIN, *op. cit.*, n° 313, M.-L. LANTHIEZ, « Minorité de l'agent et caractère objectif de l'infraction pénale », *RPDP*, 2010, p. 327, Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *op. et loc. cit.*, C. MARGAINE, *op. cit.*, n° 288 et s., Y. MAYAUD, *op. cit.*, n° 435, H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, *op. cit.*, n° 390, R. MERLE et A. VITU, *op. cit.*, n° 573, J. ORTOLAN, *Eléments de droit pénal*, t. 1, préc., n° 222 et s., Y. PICOD, « Conscience et responsabilité pénale », *RD pén. crim.*, 2000, pp. 1001 et s., X. PIN, *art. cit.*, J. PRADEL, *op. cit.*, n° 463, P. ROSSI, *Traité de droit pénal*, t. 2, préc., p. 1 et 23, F. ROUSSEAU, *op. cit.*, n° 42, V. SAINT-GERAND, *op. cit.*, n° 102, J.-Ch. SAINT-PAU, *art. cit.*, R. SAVATIER, *op. cit.*, n° 202, B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *op. cit.*, n° 396, G. VIDAL et J. MAGNOL, *Cours de droit pénal et de science pénitentiaire*, préc., n° 142, et G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. cit.*, n° 442.

²²⁰³ V. not. R. GARRAUD, *op. cit.*, n° 275, L. JOSSERAND, *op. et loc. cit.*, Y. MAYAUD, *op. et loc. cit.*, R. MERLE et A. VITU, *op. et loc. cit.*, Y. PICOD, *art. cit.*, F. ROUSSEAU, *op. cit.*, n° 17 et 30 et s., P. ROSSI, *op. cit.*, p. 1, et G. VIDAL et J. MAGNOL, *op. et loc. cit.*

²²⁰⁴ V. not. A. CHAUVEAU et F. HELIE par E. VILLEY, *op. et loc. cit.*, F. DESPORTES et F. LE GUNEHEC, *op. et loc. cit.*, E. DREYER, *op. et loc. cit.*, Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *op. cit.*, n° 55, R. MERLE et A. VITU, *op. et loc. cit.*, J. ORTOLAN, *op. cit.*, n° 236 et s., Y. PICOD, *art. cit.*, F. ROUSSEAU, *op. cit.*, n° 17 et s., J.-H. ROBERT, *op. cit.*, p. 288, et F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n° 732. Rapp. A. SERIAUX, *op. cit.*, n° 129.

²²⁰⁵ *Dictionnaire des synonymes, nuances et contraires*, préc., V° *Discernement et Discerner*.

²²⁰⁶ Sur cette question, v. spéc. F. JULITTE, *op. cit.*, not. n° 63 et s.

mentales de leur victime. On sait que l'inconscience n'est pas unitaire²²⁰⁷. L'altération du sens moral, par exemple, n'emporte pas nécessairement la perte du discernement matériel et, inversement, celui qui, souffrant d'hallucinations, tue intentionnellement une personne qu'il aurait prise pour un monstre, n'ignore pas forcément qu'il entraîne effectivement la mort de sa victime ou qu'il est mal et illicite de donner la mort à autrui²²⁰⁸. De même, l'évolution du sens moral de l'enfant évolue différemment que son discernement matériel²²⁰⁹. Reconnaître l'indépendance des trois discernements est nécessaire à un plus grand réalisme du droit. Mais cela suppose de la traduire juridiquement, non seulement en les distinguant notionnellement mais aussi en leur faisant produire des effets juridiques adéquats.

Cela implique évidemment au préalable de déterminer un critère permettant la répartition de ces éléments subjectifs entre culpabilité et imputabilité. A cette fin, on peut partir de deux données. On sait, d'une part, que l'imputabilité traduit une exigence morale, en ce qu'elle est liée notamment à la notion philosophique de libre arbitre, alors que la culpabilité est quant à elle rattachée à la notion d'exercice de la volonté. D'autre part, les trois discernements recensés paraissent pouvoir être classés en deux catégories, *la conscience de ce qui est* en premier lieu, avec le discernement réel, *et celle de ce qui doit être* en second lieu, s'agissant des discernements moral et légal. La langue anglaise a d'ailleurs des termes propres à chacun : la première est appelée *consciousness*, « *sentiment plus ou moins (précis) que l'être humain a de ses états et de ses actes* », ou *awareness*, « *connaissance immédiate de la réalité et du monde extérieur* », et la seconde *conscience*, « *connaissance intuitive que chacun a de ce qui est bien ou mal et qui le pousse à porter un jugement de valeur morale sur ses actes* »²²¹⁰. Un lien semble se dessiner entre l'imputabilité et les discernements moral et légal, et entre la culpabilité et le discernement réel.

D'autres arguments viennent confirmer cette première impression. En premier lieu, certains sont en faveur du rattachement du discernement réel à la culpabilité. On peut dire, tout d'abord, qu'il se justifie par le fait que ce type de discernement est seul nécessaire à la constitution de certaines fautes, le seul propre à servir de support à certaines manifestations de volonté. A vrai dire d'ailleurs, *la nécessité du discernement à l'exercice de la volonté paraît bien être le critère idoine de répartition des discernements entre culpabilité et imputabilité*. Ensuite, il semble par ailleurs que ce discernement soit également l'unique à se situer "à

²²⁰⁷ Les juristes ne sont pas rares en effet à avoir procédé à la classification des différentes imperfections de l'esprit humain. V. ainsi, B. BOULOC, *op. cit.*, n° 444 et s., P. BOUZAT et J. PINATEL, *op. cit.*, n° 242 et s., A. CHAUVEAU et F. HELIE par E. VILLEY, *op. cit.*, n° 349 et s., H. DONNEDIEU DE VABRES, *op. cit.*, n° 336 et s., C. EDON-LAMBALLE, *op. cit.*, n° 8 et s., R. GARRAUD, *op. cit.*, n° 320 et s., F. JULITTE, *op. cit.*, n° 64 et s., et 107 et s., J. ORTOLAN, *op. cit.*, n° 314 et s., P. ROSSI, *op. cit.*, p. 36 et s., et G. VIDAL et J. MAGNOL, *op. cit.*, n° 163 et s.

²²⁰⁸ Admettant que l'inconscient peut très bien faire preuve d'intention, v. not. P. JOURDAIN, *op. cit.*, n° 489, F. JULITTE, *op. cit.*, V. MALABAT, *op. cit.*, n° 498 et s., R. MERLE et A. VITU, *op. cit.*, n° 616. Rapp. A. CHAUVEAU et F. HELIE par E. VILLEY, *op. cit.*, n° 322, P. ROSSI, *op. cit.*, pp. 22 et s., et 53.

²²⁰⁹ En ce sens, v. C. MARGAINE, *op. cit.*, n° 304 et s., J. ORTOLAN, *op. cit.*, n° 258 et s., et P. ROSSI, *op. cit.*, pp. 23 et s.

²²¹⁰ C. EDON-LAMBALLE, *op. cit.*, n° 6.

l'intérieur" du fait générateur de responsabilité. En effet, ce qui est discerné dans ce cas, c'est l'acte ou ses conséquences. Son objet est donc ce qui est constitutif de l'infraction ou du fait anormal. En revanche, la conscience de l'illicite paraît "extérieure" à ces faits juridiques qui ne sont pénalement illicites qu'une fois tous leurs éléments réunis. Le discernement légal a donc nécessairement pour objet le fait générateur de responsabilité pénale d'ores et déjà constitué, au sein duquel on ne peut dès lors logiquement le situer²²¹¹. Les choses sont moins certaines concernant le discernement moral, son objet pouvant être à la fois interne – l'anormalité objective peut être immorale à elle seule – et externe au fait juridique – puisque celui-ci, illicite lorsque pleinement constitué, est nécessairement mauvais socialement ou moralement. Cependant, il existe aussi, en second lieu, un argument favorable au rattachement des discernements moral et légal à l'imputabilité. En effet, ce sont surtout ces derniers qui traduisent l'aspect moral d'un système de responsabilité, celui-là même qui est contesté par les auteurs défavorables à la conception classique de la faute. Dès lors, il apparaît logique de les exclure ou de les inclure, eux, selon la proximité de l'ordre de responsabilité juridique considéré avec la responsabilité morale.

Pour conclure, *il semble donc que l'imputabilité ne recouvre que les discernements légal et moral, dont le défaut doit alors entraîner la non-imputation du fait juridique illicite à la personne à laquelle il est attribué faute de pouvoir le lui reprocher, là où le discernement réel ressortit quant à lui à la culpabilité, son absence faisant dès lors radicalement obstacle à la constitution même du fait générateur de responsabilité*²²¹². Par conséquent, il apparaît qu'est insuffisante, pour conclure à l'objectivité de la faute simple, la seule extériorité de l'imputabilité à la faute. Il faut donc aller plus loin et démontrer l'indifférence générale des discernements à la faute simple.

²²¹¹ *Contra* C. MARGAINE, *op. cit.*, n° 128 et s.

²²¹² Dans le même sens, J. ORTOLAN, *op. et loc. cit.*, qui distingue l'intelligence, aptitude à concevoir ce qui peut ou ne pas être, qu'il exclut de l'imputabilité, et la raison, capacité à distinguer le bien du mal, qu'il y rattache, et F. ROUSSEAU, *op. cit.*, n° 17 et s., qui différencie la conscience matérielle, perception de la réalité des faits, « *projection (...) des faits constitutifs de l'élément matériel de l'infraction dans l'état d'esprit de l'agent* », nécessaire à la constitution de l'infraction, et la conscience infractionnelle, perception de la portée illicite des faits, « *projection psychologique du texte d'incrimination* », indifférente à l'existence de l'infraction mais indispensable à son imputation et qui inclut les circonstances exclusives du discernement moral et légal. Rapp. C. MARGAINE, *op. cit.*, qui oppose l'intelligence – composée de la conscience matérielle (*ibid.*, n° 117 et s.) et de la conscience de l'illicite (*ibid.*, n° 128 et s.) – et le discernement, la première relevant de la « *capacité délictuelle* », condition préalable à la faute et donc à l'infraction (*ibid.*, n° 40 et s.), et la seconde ressortissant à l'imputabilité, conçue comme extérieure au fait générateur de responsabilité pénale (*ibid.*, n° 209 et s., spéc. n° 259 et s., et 285 et s.), et Y. MAYAUD, *op. cit.*, n° 220 et s., qui oppose la connaissance, composant la culpabilité et incluant discernements réel et légal, et la conscience, relative à l'imputabilité et composée du discernement moral. L'auteur semble cependant inclure parfois le discernement légal dans l'imputabilité (*ibid.*, n° 435).

2. L'indifférence commune des discernements à la faute simple

393. La prévisibilité comme critère supposé de la faute simple. D'aucuns soutiennent que la faute la plus simple contient bien un élément subjectif caractérisée par l'exigence d'une certaine conscience qui ne saurait être que matérielle. Cette exigence est précisée par la notion de prévisibilité. La faute simple serait une faute d'imprévision, ce qui signifierait non pas simplement que l'état d'esprit anormal consiste à n'avoir pas prévu les conséquences de ses actes mais surtout à ne pas l'avoir fait alors que l'agent en avait la faculté intellectuelle. Défendue en doctrine aussi bien en droit civil qu'en droit pénal²²¹³, elle ne fait toutefois pas l'unanimité²²¹⁴. Et pour cause, ses postulats et ses implications sont très discutables.

394. La prévisibilité comme critère rejeté de la faute simple. Poser la prévisibilité comme critère de la faute simple, comme contenu minimal de l'anormalité subjective, implique plusieurs choses. D'un point de vue subjectif, il devient nécessaire de vérifier l'aptitude effective de l'auteur à la prévision, soit un certain degré de discernement matériel consistant en la faculté de prévoir ou d'imaginer les conséquences de son acte. Mais le problème n'est pas là. Ce sont les implications objectives de la thèse qui conduisent à la remettre en cause. En effet, pour qu'un événement soit prévisible, il faut qu'il soit considéré comme abstraitement possible au vu des capacités causales de l'acte qui en est à l'origine, il faut donc que le comportement de l'agent puisse être considéré comme le contenant en puissance. La conséquence en est que, comme le concèdent certains, retenir cette thèse sur le terrain de l'anormalité subjective conduit à imposer la prévisibilité objective sur le plan de l'anormalité objective et la théorie de la causalité adéquate sur celui de la causalité²²¹⁵. Or, il a déjà été vu qu'il n'y avait aucune exigence de prévisibilité en matière d'anormalité objective²²¹⁶, sauf pour certaines fautes qualifiées²²¹⁷. De même, on a vu qu'il est très rare que le pouvoir causal de l'acte soit réellement pris en compte par les juges judiciaires civils et pénaux²²¹⁸.

Ses implications objectives semblant infondées, il faut convenir que c'est le critère même de la prévisibilité qui est erroné. La jurisprudence a d'ailleurs eu l'occasion de prendre position en ce sens²²¹⁹. *L'aptitude à prévoir les conséquences de ses actes n'est donc pas le contenu minimal de l'anormalité subjective, la manifestation de culpabilité la plus faible*

²²¹³ V. J. FRANCILLON, *op. cit.*, p. 21, et 37 et s., E. GARÇON, *op. cit.*, art. 319 et 320, n° 17, R. GARRAUD, *op. cit.*, n° 284 et s., R. MERLE et A. VITU, *op. cit.*, n° 602, A. PIROVANO, *op. cit.*, n° 188 et s., H. PY-LEBRUN, *op. cit.*, n° 176, V. SAINT-GERAND, *op. cit.*, n° 374 et s., R. SAVATIER, *op. cit.*, n° 4 et 164 et s., N. STONESTREET, *op. cit.*, n° 244, et G. VIDAL et J. MAGNOL, *op. cit.*, n° 602.

²²¹⁴ V. not. M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, p. 94, F. JULITTE, *op. cit.*, n° 308 et s., et C. TOURNIER, « L'élément moral des infractions non intentionnelles », préc.

²²¹⁵ V. not. J. FRANCILLON, *op. cit.*, p. 516, et V. SAINT-GERAND, *op. cit.*, n° 384.

²²¹⁶ V. *supra* n° 191 et s.

²²¹⁷ V. *infra* n° 410 et s.

²²¹⁸ V. *supra* n° 269 et s.

²²¹⁹ V. not. Crim., 4 nov. 1971 : *D.*, 1972, somm., p. 20.

qu'est la faute simple paraît donc indifférente aux discernements tant moral et légal – en raison de l'extériorité de l'imputabilité au fait générateur de responsabilité – que réel.

395. Nécessité d'un discernement minimal. En réalité, il faut tout de même avouer qu'il existe nécessairement une manifestation infime de ce discernement matériel : *la conscience de l'acte accompli*. Car, en effet, l'agent doit avoir conscience d'accomplir l'action ou l'abstention qu'il réalise²²²⁰. Cet état de fait résulte tout simplement de ce qu'il ne peut y avoir volonté sans conscience matérielle de l'objet de la volonté. On ne peut vouloir sans avoir conscience de ce que l'on veut²²²¹. Or *la volonté est précisément l'exigence minimale commune aux fautes simples pénale et civile*.

B- L'exigence commune de la volonté

396. Généralité de l'exigence. L'étude du droit positif révèle que, dès lors que l'on est en présence d'une personne physique, le simple comportement ne suffit pas. L'anormalité objective doit être le produit d'une tension anormale de la volonté. Cela est vrai pour la responsabilité tant civile que pénale et cela l'est pour toutes les fautes, y compris la plus légère : le règne de la faute objective n'est pas encore effectif. Cela l'est exactement de la même manière pour la faute simple pénale et la faute simple civile : l'empire de l'identité des fautes pénale et civile n'a toujours pas chuté. L'anormalité subjective existe à tous les niveaux de l'échelle des fautes en commençant par son barreau le plus bas. Mais avant de le démontrer (2), il faut déterminer en quoi consiste précisément cette volonté qui la constitue (1).

1. La volonté exigée

397. Dualité de la notion de volonté. La notion de volonté, fondamentale, revêt plusieurs significations. Il apparaît donc nécessaire d'éclaircir la notion afin de déterminer quelle est cette volonté qui compose l'anormalité subjective.

En premier lieu, la volonté désigne une détermination de l'esprit, la recherche d'un événement. On peut à ce titre parler de *volonté-désir*. Mais d'aucuns estiment qu'une volonté digne de ce nom ne saurait être qu'autonome, de telle sorte que la volonté devient synonyme de liberté²²²². Elle est alors l'aptitude à se déterminer de manière autonome, c'est-à-dire sans autre cause que son propre choix. On parlera alors de *volonté-liberté*²²²³.

²²²⁰ En ce sens, v. M.-L. RASSAT, *op. cit.*, n° 291, et F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n° 722.

²²²¹ Rappr. C. MARGAINE, *op. cit.*, n° 147.

²²²² Très clairement en ce sens, v. N. STONESTREET, *op. cit.*, n° 232.

²²²³ La doctrine connaît l'ambiguïté de la notion de volonté et propose des distinctions approchantes. Les notions de volonté-désir et de volonté-liberté sont d'ailleurs empruntées à M. Rousseau, *in op. cit.*, n° 77 et s. V. aussi Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *op. cit.*, n° 381, R. GARRAUD, *op. cit.*, n° 275 et s., P.

398. Répartition des volontés entre les éléments générateurs subjectifs de la responsabilité. S'il est vrai que la culpabilité est liée à la notion de volonté, il reste que l'imputabilité est aussi définie en partie comme la faculté de vouloir. Or, l'imputabilité étant exclue du fait générateur des responsabilités civile et pénale, on pourrait penser qu'il suffit de l'avoir démontré pour conclure à l'indifférence de la volonté dans le fait générateur de responsabilité et, par là même, à l'objectivité totale de ce dernier. Prétendre que l'anormalité subjective minimale est constituée de volonté suppose donc que l'on puisse attribuer une acception différente de la volonté à la culpabilité et à l'imputabilité et implique par conséquent que l'on trouve un critère de répartition entre les deux.

Comme pour les discernements, on note que, parmi ces deux types de volonté, l'une est d'ordre psychologique quand l'autre se rattache davantage à l'ordre moral. La volonté-désir concerne ainsi un mécanisme intellectuel et nerveux de tension ou de détente de l'esprit à l'égard d'un événement quelconque qui en constitue l'objet. Elle a trait à l'existence même de la volonté. La volonté-liberté, quant à elle, part d'un postulat philosophique qui est celui du libre arbitre au titre duquel il n'y a de volonté vraie que la volonté libre. Hormis les critiques qu'a pu subir cette notion philosophique et qui n'empêche en rien l'existence d'une certaine forme de liberté humaine²²²⁴, il est possible d'opposer à cette conception le simple fait qu'en pratique, la volonté peut s'exprimer effectivement sous la contrainte²²²⁵. Le malfaiteur qui se rend sous la menace de l'arme du policier le fait volontairement bien que non librement, et la mère qui choisit entre l'exécution de l'un ou l'autre de ses enfants fait bien un choix, acte de volonté, bien que celui-ci ne procède pas de l'exercice d'une liberté véritable. La volonté-liberté ne concerne donc pas l'existence de la volonté mais seulement sa qualité²²²⁶.

A ces considérations, il faut appliquer le critère précédemment dégagé au sujet du discernement, à savoir celui de la nécessité à l'exercice de la volonté, et l'adapter au sujet de notre examen : la volonté elle-même. La question devient donc de savoir quelle est la volonté indispensable à son propre exercice. La réponse s'impose alors. *Pour que la volonté puisse être exercée, pour qu'il puisse y avoir un choix, il suffit qu'elle existe, peu importe sa qualité, peu importe qu'elle le soit librement ou non. Il faut donc attribuer la volonté-liberté à l'imputabilité et la volonté-désir à la culpabilité*²²²⁷. Pour être plus précis, il faut rattacher à

JOURDAIN, *op. cit.*, n° 296, C. MARGAINE, *op. cit.*, n° 148 et s., et et s., Y. MAYAUD, *art. cit.*, J. ORTOLAN, *op. cit.*, n° 239 et s., H. PY-LEBRUN, *op. cit.*, n° 16 et 309 et s., et V. SAINT-GERAND, *op. cit.*, n° 168

²²²⁴ V. ainsi, P. JOURDAIN, *op. cit.*, n° 116 et s., et M. LABORDE-LACOSTE, *De la responsabilité pénale dans ses rapports avec la responsabilité civile et la responsabilité morale. Evolution des idées en France au XIX^e siècle*, préc., p. 190. Sur la question, *adde* C. MARGAINE, *op. cit.*, n° 309 et s.

²²²⁵ En ce sens, v. H. PY-LEBRUN, *op. cit.*, n° 311, et N. STONESTREET, *op. et loc. cit.*

²²²⁶ Dans le même sens, v. C. MARGAINE, *op. cit.*, n° 148.

²²²⁷ Certains auteurs sont favorables à cette répartition de la volonté-désir et la volonté-liberté sans toutefois donner le même contenu à chacune de ces notions. v. not. Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *op. et loc. cit.*, C. MARGAINE, *op. cit.*, n° 150 et s., Y. MAYAUD, *art. cit.*, J. ORTOLAN, *op. et loc. cit.*, H. PY-LEBRUN, *op. cit.*, n° 309 et s., et V. SAINT-GERAND, *op. et loc. cit.* D'autres estiment en revanche que tout

cette dernière toutes les facultés servant de support à l'exercice de la volonté. A ce titre, sont nécessaires deux aptitudes que l'on pourra appeler, par analogie avec la théorie générale du droit, la capacité d'exercice et la capacité de jouissance. Tout d'abord, exercer sa volonté implique d'être capable de le faire. Le comportement doit être véritablement le produit d'une décision prise par une personne, que celle-ci l'ait été librement ou non. *La capacité d'exercer sa volonté est donc nécessaire à son exercice effectif et relève ainsi de l'anormalité subjective. A fortiori*, prendre une telle décision suppose que l'on soit apte à le faire, ce qui exige une certaine conscience. Celui qui a le sommeil agité et qui blesse la personne qui partage son lit par un geste brutal ne fait pas preuve de volonté. Il faut donc également conclure à *l'appartenance de la capacité de jouir de volonté à l'anormalité subjective, en tant qu'elle est le support essentiel de l'exercice de la volonté*. Avant de vérifier sa présence en droit positif, les enseignements généraux tirés au sujet de la culpabilité et de l'imputabilité doivent être récapitulés.

399. Bilan sur la répartition des facultés mentales entre culpabilité et imputabilité.

La responsabilité est classiquement conçue comme composée de plusieurs conditions dont deux subjectives que sont la culpabilité et l'imputabilité. La première relève de la constitution du fait générateur de responsabilité tandis que la seconde a trait à son imputation. Il en résulte des conséquences juridiques importantes de telle sorte qu'il est essentiel de déterminer ce qui compose chacune d'entre elles.

La difficulté consiste alors à trouver un critère de répartition. Parmi les deux exigences de nature subjective requises pour engager la responsabilité d'une personne, il est possible de distinguer entre capacités cognitives et capacités volitives. Au sein de ces deux catégories, on a pu se rendre compte que certaines données relevaient du psychologique et d'autres de l'ordre moral en raison de leur filiation avec la notion de libre arbitre. Il est apparu raisonnable de rattacher les premières à la culpabilité, à l'anormalité subjective, qui est relative à l'exercice de la volonté, et les secondes à l'imputabilité, classiquement considérée comme traduisant une certaine exigence éthique du fait de l'influence de la responsabilité morale sur la responsabilité juridique. Plus précisément, on peut soutenir que *le critère d'attribution des éléments subjectifs de la responsabilité à la culpabilité ou à l'imputabilité paraît résider dans leur nécessité ou leur indifférence à l'exercice de la volonté, soit tout ce qui concerne le choix et ce qui en permet le principe. Dès lors, relèvent de la culpabilité le discernement matériel, l'aptitude à jouir et à exercer sa volonté et l'exercice même de cette volonté. A contrario, les éléments composant l'imputabilité sont tous ceux qui accroissent en qualité la valeur morale et donc humaine de ce choix sans en conditionner le principe, à savoir la conscience de ce qui doit être – les discernements légal et moral – et la volonté-liberté.*

ce qui est relatif à la volonté doit être appréhendé par le concept de culpabilité (F. ROUSSEAU, *op. et loc. cit.*) ou d'imputabilité (P. JOURDAIN, *op. et loc. cit.*).

Le droit positif ne dément pas cette présentation et lui donne, à l'inverse, un peu plus de cohérence. Premièrement, elle explique pourquoi une certaine forme de conscience est parfois exigée en matière de responsabilité civile alors que l'imputabilité n'a pas été exclue que de la seule faute civile mais bien du droit de la responsabilité civile dans son ensemble²²²⁸. Ainsi, on peut lier alors cette exigence à la culpabilité, dans la mesure où l'on admet que la faute peut prendre plusieurs formes tandis que l'imputabilité est réputée insusceptible de degrés²²²⁹. En outre, cela permet de fonder cette exigence sur le simple critère rationnel de la nécessité du discernement réel à la volonté sans avoir besoin d'avancer l'argument de la fonction punitive de la responsabilité civile pour faute qualifiée²²³⁰. Il en est de même de ces arrêts qui semblent revenir sur la responsabilité civile de l'*infans*. Plutôt qu'un retour de l'imputabilité, ils pourraient n'illustrer qu'une persistance du discernement réel, et donc de la seule culpabilité²²³¹. Quant à la matière pénale, cette présentation conserve du sens à l'arrêt *Laboube*. Le discernement réel ou matériel ainsi que la volonté-désir étant composantes de l'infraction *via* la culpabilité, il est sensé de dire que toute infraction implique une certaine forme d'intelligence et de volonté de la part de son auteur²²³².

Cependant, le système juridique actuel ne va pas assez loin. En effet, les causes de non-imputabilité et de non-culpabilité sont présentées de façon trop générale et trop simpliste, la cause primant sur l'effet concret qu'elles produisent sur la psychologie de l'individu. Un droit réaliste devrait évoluer avec les connaissances scientifiques et s'attacher à vérifier quelle est la faculté intellectuelle véritablement affectée pour savoir s'il y a obstacle à la constitution ou bien à l'imputation du fait générateur de responsabilité. Cela est particulièrement vrai pour l'*infantia* et le trouble mental qui sont systématiquement conçus comme des causes de non-imputabilité alors qu'en fonction des cas, ce sera tantôt l'anormalité subjective, tantôt l'imputabilité qui fera défaut. Il est évident qu'un tel résultat ne pourra être atteint sans un recours plus fréquent et différent à l'expertise judiciaire qui devra déterminer avec précision si une faculté mentale juridiquement requise a fait défaut au moment de l'action et surtout, dans un tel cas, de laquelle il aura s'agi²²³³ : la capacité de jouir de sa volonté ? la capacité de l'exercer ? le discernement matériel ? le discernement moral ? Les magistrats pourront par ailleurs, librement, juger de l'absence ou de la présence du discernement légal et de la volonté-liberté. Au total, *cette présentation permet de concilier la position classique, en adhérant à l'idée que certaines aptitudes sont un préalable nécessaire à l'exercice de la volonté, et donc à la culpabilité – il s'agit des aptitudes à vouloir et, dans une certaine*

²²²⁸ V. *infra* n° 539 et s.

²²²⁹ V. not. J. ORTOLAN, *op. cit.*, n° 228 et 245. Adde J. FRANCILLON, *op. cit.*

²²³⁰ V. par ex., P. JOURDAIN, *op. cit.*, n° 490 et s. Sur la nature prétendument punitive des fautes qualifiées, v. *infra* n° 457 et s.

²²³¹ V. l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 26 févr. 1986, préc., qui prend en compte la faculté de se rendre compte des risques de son activité, et donc des conséquences de ses actes, ce qui relève du discernement réel, soit de la culpabilité. Comp. Civ. 1, 7 mars 1989, préc.

²²³² Rattachant l'arrêt *Laboube* à la question de la culpabilité, v. également C. MARGAINE, *op. cit.*, n° 98 et s.

²²³³ V. déjà, en 1863, les pénétrantes observations d'ORTOLAN, *in op. cit.*, n° 302 et s.

mesure, à exercer sa volonté et à discerner le réel de l'irréel, et la thèse contemporaine, en excluant du fait générateur de responsabilité l'imputabilité, cantonnée à l'ensemble des conditions qui témoignent de la particularité de l'homme – liberté et conscience du devoir-être – mais qui, de fait, se révèlent surabondantes à l'existence de la volonté²²³⁴.

2. L'exigence de volonté

400. Généralité de l'exigence. Pour qu'il y ait fait anormal de la personne physique, le droit positif exige toujours que le comportement anormal trouve son origine dans un usage déficient de la volonté. L'anormalité subjective semble en effet requise aussi bien en droit pénal (a) qu'en droit de la responsabilité civile (b).

a- L'exigence de volonté en droit pénal de la responsabilité

401. Inexistence des infractions sans élément moral. En droit pénal, l'exigence de l'anormalité subjective paraît être une évidence : qui dit infraction, dit volonté selon certains²²³⁵. Cependant, la question de l'élément moral des infractions d'imprudence est sujette à controverse. Il en est de même, à plus forte raison, des contraventions que de nombreux auteurs considèrent comme totalement objectives. Démontrer que les premières sont bien soumises au réquisit de l'anormalité subjective (α) facilitera la contestation de cette dernière opinion (β).

α - L'exigence de volonté dans les infractions d'imprudence

402. Imprudence et règle de fond. Concernant la notion de faute d'imprudence, une certaine partie de la doctrine estime que celle-ci ne comporte aucun élément moral. Indifférente à la culpabilité ou alors simple culpabilité sociale, elle ne serait rien de plus qu'un comportement non conforme aux règles de droit. En d'autres termes, elle ne requerrait une anormalité qu'objective²²³⁶.

La position reste toutefois très minoritaire. Pour beaucoup d'autres en effet, la volonté est requise en la matière. Précisément, la faute d'imprudence se caractériserait par une tension anormale de la volonté, anormale car insuffisante dès lors qu'une attention ou une réflexion

²²³⁴ Présentant le même intérêt, v. également la thèse de C. MARGAINE, *op. cit.*, première partie.

²²³⁵ V. not. B. BOULOC, *op. cit.*, n° 266, J. FRANCILLON, *op. cit.*, p. 87 et s., H. DONNEDIEU DE VABRES, *op. cit.*, n° 118 et s., R. GARRAUD, *op. cit.*, n° 110, Y. MAYAUD, *art. cit.*, et H. PY-LEBRUN, *op. cit.*, n° 241.

²²³⁶ V. not. A.-Ch. DANA, *op. cit.*, n° 271 et s., et P. JOURDAIN, *op. cit.*, n° 199 et s. Rapp. F. ROUSSEAU, *art. cit.*, pour qui l'imprudence pénale simple est « essentiellement objective, en ce qu'elle repose principalement sur l'élément matériel ».

plus grande de l'esprit aurait permis d'éviter le résultat légal ou l'acte causal²²³⁷. Celui qui ne marque pas le stop qu'il n'a pas vu aurait, par exemple, pu arrêter son véhicule s'il avait porté son attention sur la signalisation routière. D'autres ajoutent que la volonté exigée n'est pas seulement négative mais aussi positive puisque que, si elle ne s'applique pas au résultat légal, elle a tout de même pour objet le comportement qui en est à l'origine²²³⁸. *La faute d'imprudence consiste en une manifestation de volonté, en un choix, un commandement de nature psychologique et nerveux de l'esprit sur le corps en vue de la production d'un effet immédiat : le mouvement ou la stagnation désiré.* Ainsi en est-il de celui qui omet de payer un impôt ou une dette alimentaire à temps parce qu'il a choisi de faire autre chose. Il y a systématiquement un choix à la base de tout fait, choix qui peut être orienté vers un acte ou une abstention objectivement anormaux ou entraîner la renonciation à toutes les actions ou omissions alternatives qui étaient obligatoires. Dans tous les cas, même dans l'hypothèse d'un simple oubli, c'est bien une manifestation de volonté qui est à l'origine de l'anormalité objective, sauf à ce qu'il y ait dysfonctionnement des aptitudes requises à l'exercice de la volonté, c'est-à-dire aux capacités de jouissance et d'exercice de la volonté.

403. Imprudence et règle de preuve. De cela, il résulte des conséquences sur le terrain de la preuve. Le choix en faveur de l'acte proscrié ou en défaveur de l'acte prescrit est en effet présumé²²³⁹. Le raisonnement tenu est le suivant : de faits connus – un acte a été accompli par un homme ; toute action ou omission résulte en principe d'un choix ; et tout homme est en principe apte à faire des choix –, on déduit et on établit un fait inconnu : ledit acte procède d'un choix de son auteur. L'appréciation *in abstracto* ou la constatation de l'anormalité du comportement permettra ainsi la déduction de celle de l'état d'esprit qui en est à la source.

Ce procédé a été contesté comme contraire à la présomption d'innocence, au concept ainsi qu'à la fonction de la culpabilité²²⁴⁰. Il est vrai qu'il est à l'origine de la confusion des aspects objectif et subjectif de l'imprudence, que la motivation des décisions de justice est souvent trop elliptique et qu'il est souvent fait preuve de rigueur quant à l'admission de la preuve contraire²²⁴¹. Mais, pour le reste, cette présomption paraît tout à fait fondée. D'une part en effet, elle est nécessaire puisque la preuve psychologique est le type même de la *probatio*

²²³⁷ En ce sens, v. Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *op. cit.*, n° 385, H. DONNEDIEU DE VABRES, *op. cit.*, n° 282, V. MALABAT, *op. cit.*, n° 465 et s., R. MERLE et A. VITU, *op. cit.*, n° 603, J. PRADEL, *op. cit.*, n° 514 et s., J.-H. ROBERT, *op. cit.*, p. 331 et s., et J.-Ch. SAINT-PAU, art. cit. Rapp. J. ORTOLAN, *op. cit.*, n° 384, et V. SAINT-GERAND, *op. cit.*, n° 324 et s.

²²³⁸ V. ainsi, J.-C. BERREVILLE, « Quelques réflexions sur l'élément moral de l'infraction », *Rev. sc. crim.*, 1973, pp. 865 et s., X. PIN, *Droit pénal général*, préc., n° 181, H. PY-LEBRUN, *op. cit.*, n° 340 (l'auteur défend également une conception originale selon laquelle la volonté dans les infractions d'imprudence correspond à une « *inclination du caractère* », v. *ibid.*, n° 346 et s.), M.-L. RASSAT, *op. cit.*, n° 301 et p. 340, et N. STONESTREET, *op. cit.*, n° 244 et s. Rapp. F. DESPORTES et F. LE GUNHEC, *op. cit.*, n° 484-1 et s.

²²³⁹ V. en ce sens, Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *op. cit.*, n° 387, J.-H. ROBERT, *op. cit.*, p. 332, et tout particulièrement N. STONESTREET, *op. cit.*, n° 246 et 255 et s.

²²⁴⁰ V. not. V. SAINT-GERAND, *op. cit.*, n° 660 et s., et C. TOURNIER, art. cit. Adde H. PY-LEBRUN, *op. cit.*, n° 362.

²²⁴¹ V. J. FRANCILLON, *op. cit.*, pp. 513 et s.

diabolica qui a pour objet une chose qu'il est presque impossible de prouver directement. D'autre part ensuite, cette présomption est légitime qui repose sur une évidence statistique, les comportements imprudents étant, de fait, le plus couramment dus à un relâchement de la vigilance. Enfin, cette technique est légale dès lors que la présomption d'innocence – à supposer même qu'elle ressortisse au droit de la preuve²²⁴² – ne s'oppose pas à ce que la culpabilité soit présumée à partir des faits à conditions que certaines exigences posées par la Cour de cassation, le Conseil constitutionnel et la Cour européenne soient satisfaites²²⁴³. Tel est justement le cas puisqu'outre la vraisemblance des prémisses du raisonnement, la présomption n'est pas irréfragable. Ainsi, la preuve de l'absence d'anormalité subjective est admise dès lors que l'on permet au prévenu de remettre en cause la validité, en l'espèce, des faits connus servant de base à la présomption. Tel en sera le cas dans l'hypothèse où il rapportera la preuve de son inaptitude au moment des faits à jouir de sa volonté ou à l'exercer. Il pourra à cette fin tenter de prouver qu'il était atteint d'un trouble psychique ou neuropsychique affectant l'une de ces facultés mentales, qu'il était totalement inconscient car dans le coma, endormi ou hypnotisé ou bien qu'il se trouvait soumis à une contrainte physique interne²²⁴⁴. On opposera que c'est là confondre imputabilité et culpabilité²²⁴⁵. Il faut répondre qu'au contraire, c'est avoir une conception moins rigide et plus réaliste des causes subjectives d'irresponsabilité par application d'un critère tenant à la nécessité de la faculté mentale à l'exercice de la volonté²²⁴⁶.

Enfin, *l'imprudence comporte bien une exigence d'anormalité subjective consistant principalement en une manifestation de volonté ayant pour objet le fait réalisée ou omis, et présumée à partir de l'anormalité objective*. Il en est de même en fait de contravention.

β- L'exigence de volonté dans les contraventions

404. Equivalence substantielle de la faute contraventionnelle et de la faute d'imprudence. La doctrine s'interroge depuis longtemps sur la question de savoir si la contravention contient un élément moral. Beaucoup prétendent que non²²⁴⁷, que la

²²⁴² Sur la question, v. *supra* n° 316.

²²⁴³ V. CEDH, 7 oct. 1988, *Salabakiu c/ France*, cité in S. GUINCHARD et J. BUISSON, *Procédure pénale*, préc., n° 521, note 41, Crim., 10 févr. 1992 : *Bull. crim.*, n° 62, Cons. const., 16 juin 1999 : *D.*, 1999, jur., comm. Y. MAYAUD, p. 589. Ces juridictions posent pour conditions la nature simple de la présomption, le respect des droits de la défense et la vraisemblance de l'induction. Sur ce point, v. tout particulièrement S. GUINCHARD et J. BUISSON, *op. cit.*, n° 519 et s.

²²⁴⁴ V. par exemple, Douai, 24 oct. 2000 : *JCP*, 2002, II, 10012, note J.-Y. MARECHAL, et Crim., 15 nov. 2005 : *D.*, 2006, jur., note E. DREYER, p. 1582 ; et *Rev. sc. crim.*, 2006, obs., Y. MAYAUD, p. 61.

²²⁴⁵ V. ainsi N. STONESTREET, *op. cit.*, n° 260 et s., et références citées *infra* aux notes du n° 405 relatif aux contraventions.

²²⁴⁶ Pour plus de détails sur la question, v. C. MARGAINE, *op. cit.*, n° 154 et s.

²²⁴⁷ En ce sens, v. M. BENILLOUCHE, art. *cit.*, A.-Ch. DANA, *op. cit.*, n° 278 et s., F. DESPORTES et F. LE GUNEHÉC, *op. cit.*, n° 499, P. JOURDAIN, *op. cit.*, n° 204 et s., A. LEGAL, art. *cit.*, Y. MAYAUD, « Entre le dit et le non-dit, ou les leçons de droit pénal du Conseil constitutionnel », comm. sous Cons. const., 16 juin 1999, préc., Ph. MERLE, *op. cit.*, n° 112 et s., R. MERLE et A. VITU, *op. cit.*, n° 592 et s., P. MORVAN,

contravention ne nécessite aucune faute pour être constituée ou plutôt qu'elle est en elle-même une faute : la "faute contraventionnelle". Il existe indéniablement des arguments en faveur de cette théorie. Sous l'empire de l'ancien Code pénal, la contravention était le modèle même des infractions matérielles²²⁴⁸ – au sens d'infractions composées uniquement d'un élément matériel et non par opposition aux infractions formelles. Ce type d'infraction est censé avoir disparu avec le nouveau Code pénal mais le dernier alinéa de son article 121-3 dispose pourtant qu'« *il n'y a point de contravention en cas de force majeure* » et le Conseil constitutionnel ne paraît pas s'opposer à ce qu'une contravention soit purement matérielle²²⁴⁹. Certains en tirent argument en faveur de la thèse de l'objectivité de ces infractions : la force majeure seule permettrait d'exclure la constitution des contraventions, dépourvues de toute exigence de culpabilité.

Toutefois, cette conception convainc de moins en moins la doctrine²²⁵⁰. Le texte en question est très critiquable : hors sujet puisque n'abordant pas la question de l'élément moral, incomplet dès lors que la force majeure exclut également les crimes et les délits²²⁵¹, et redondant avec l'article 122-2 relatif à la contrainte²²⁵². En réalité, *il semble qu'il y ait bien un élément moral dans les contraventions et que ce soit exactement le même que celui des infractions d'imprudence. C'est une tension insuffisante de la volonté ayant empêché l'évitement du résultat légal ou de l'acte qui en est à l'origine, un choix en faveur de l'acte proscrit ou en défaveur de l'acte prescrit. Il y a bien exercice anormal de la volonté sauf abolition des capacités volitives.*

405. Equivalence probatoire de la faute contraventionnelle et de la faute d'imprudence. La plupart des auteurs, tout en reconnaissant l'existence d'un élément moral dans les contraventions, continuent cependant d'en défendre la particularité sur le terrain probatoire : la contravention supposerait, certes, la culpabilité mais celle-ci aurait pour caractère singulier d'être présumée à partir du constat de l'élément matériel²²⁵³.

C'est en partie vrai. Effectivement, à partir du constat de l'anormalité objective et de l'aptitude supposée commune à tous les hommes de jouir de volonté et de l'exercer, les magistrats induisent sans aucun doute qu'il y a eu un exercice anormal, car insuffisant, de sa

« L'irrésistible ascension de la faute caractérisée : l'assaut avorté du législateur contre l'échelle de la culpabilité », *Mél. J. Pradel*, préc., pp. 443 et s., et V. SAINT-GERAND, *op. cit.*, n° 85 et s. Rapp. E. FORTIS, *op. cit.*, n° 402.

²²⁴⁸ V. par exemple, Crim., 16 nov. 1976 : *Bull. civ.*, n° 325.

²²⁴⁹ Cons. const., 16 juin 1999, préc.

²²⁵⁰ Favorable à l'élément moral de la contravention, v. B. BOULOC, *op. cit.*, n° 294 et s., Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *op. cit.*, n° 212, J. FRANCILLON, *op. cit.*, p. 498 et s., E. GARÇON, *op. cit.*, art. 1, n° 104 et s., H. PY-LEBRUN, *op. cit.*, n° 350 et s., et M.-L. RASSAT, *op. cit.*, n° 298.

²²⁵¹ V. *supra* n° 321 et s.

²²⁵² V. M.-L. RASSAT, *op. cit.*, n° 299, et N. STONESTREET, *op. cit.*, n° 266.

²²⁵³ V. not. B. BOULOC, *op. cit.*, n° 295, R. MERLE, *op. cit.*, p. 251, et M.-L. RASSAT, *op. cit.*, n° 298. Rapp. P. BOUZAT et J. PINATEL, *op. cit.*, n° 119 et 176, X. PIN, *op. cit.*, n° 193, et « La notion de faute en droit pénal (121-3 = 0 ?) », préc., et J. PRADEL, *op. cit.*, n° 531.

volonté par l'auteur de la contravention à l'origine du comportement anormal qu'il a adopté. Mais il n'y a là aucune spécificité. Il s'agit de la même présomption que pour les fautes d'imprudence et elle est pareillement fondée. Certains en doutent dans la mesure où le prévenu ne pourra pas se défendre en rapportant la preuve de sa bonne foi. Cela est pourtant tout à fait compréhensible. Prouver la bonne foi, c'est, pour beaucoup d'auteurs²²⁵⁴, établir la conformité d'un comportement à celui qu'aurait eu le bon père de famille, et donc la normalité objective telle qu'elle ressortirait d'une appréciation *in abstracto*. Or, en matière de contravention, la normalité est en principe prédéterminée et l'anormalité, conséquemment, constatée. Dès lors, prouver la conformité de son comportement à celui qu'aurait adopté un modèle abstrait de référence placé dans les mêmes circonstances paraît non seulement illogique – le bon père de famille respecte la loi – mais surtout inutile – ce prototype n'étant plus requis – et inopérant. Démontrer l'absence d'anormalité appréciée, à supposer que cela soit possible, n'enlèverait rien à la réalité de l'anormalité constatée²²⁵⁵. Qu'importe. En plus de n'être pas convaincant, cet argument, d'une part, est inadéquat puisqu'il concerne l'anormalité objective et, d'autre part, n'établit en rien la particularité de la contravention, dès lors que les délits non intentionnels connaissent le même type de figure à travers le « *manquement à une obligation de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement* » de l'article 121-3, alinéa 3²²⁵⁶. Si l'on veut véritablement prouver sa bonne foi, au sens d'absence de culpabilité, il faut établir un défaut d'anormalité subjective. Et le seul moyen d'y parvenir, c'est de démontrer que l'on a été privé de sa capacité de jouir de sa volonté ou de celle de l'exercer, ce qui est admis en jurisprudence²²⁵⁷. Contrairement à ce qui a pu être dit²²⁵⁸, il n'y a pas là confusion de la culpabilité avec l'imputabilité dès lors que les causes d'irresponsabilité ont atteint l'une des facultés requises à l'expression de la volonté.

*Qu'il s'agisse donc des infractions d'imprudence ou des contraventions, les infractions non intentionnelles requièrent au moins une faute pénale simple constituée par la volonté d'un acte proscrit par la loi pénale ou excluant celui prescrit par un texte d'incrimination, volonté qui sera présumée à partir de l'anormalité objective, laquelle pourra dans les deux cas être tantôt appréciée, tantôt constatée*²²⁵⁹. L'état d'esprit requis paraît le plus ténu de ceux qui sont rationnellement concevables, ce qui semble indiquer que le droit pénal sanctionne

²²⁵⁴ V. par exemple, F. DESPORTES et F. LE GUNHEC, *op. et loc. cit.*

²²⁵⁵ Sur ces questions, v. *supra* n° 204 et s.

²²⁵⁶ V. N. STONESTREET, *op. cit.*, n° 264 et s.

²²⁵⁷ V. not. Crim., 9 oct. 1922, selon lequel « *un voyageur qui, s'étant endormi, a dépassé la station du chemin de fer où il devait descendre, peut être relaxé, non en raison de sa bonne foi, mais parce que son acte n'a pas été volontaire* » (la notion de bonne foi semble ici être assimilée à celle d'intention) : D., 1922, 1, note F. CHESNEY, p. 233, et Crim., 24 avr. 1937 : D., 1937, p. 429.

²²⁵⁸ V. not. A.-Ch. DANA, *op. cit.*, n° 280 et s., F. DESPORTES et F. LE GUNHEC, *op. et loc. cit.*, A. LEGAL, art. *cit.*, Ph. MERLE, *op. cit.*, n° 127, R. MERLE, *op. cit.*, p. 250, R. MERLE et A. VITU, *op. cit.*, n° 593, et V. SAINT-GERAND, *op. cit.*, n° 89.

²²⁵⁹ En faveur de l'équivalence de la faute des infractions d'imprudence et des contraventions, v. not. J.-H. ROBERT, *op. cit.*, p. 341, et tout particulièrement N. STONESTREET, *op. cit.*, n° 261 et s.

toutes les manifestations répréhensibles de la volonté, sans exception²²⁶⁰, et ce, à l'instar du droit civil et malgré la loi du 10 juillet 2000 qui, afin de réprimer les accidents de la route et du travail, n'a pas retouché la définition de la faute pénale la plus légère. L'identité des fautes simples pénale et civile apparaît donc comme étant toujours d'actualité, puisque, on va le voir, en matière de responsabilité civile, la volonté semble aussi de rigueur.

b- L'exigence de volonté en droit civil de la responsabilité

406. Données du problème. En même temps qu'elle devait témoigner de l'expulsion du concept d'imputabilité hors de la notion de faute, l'irresponsabilité légalement instituée des personnes atteintes de troubles mentaux et celle jurisprudentielle des *infantes* étaient censées consacrer la notion de faute objective, réduite au seul comportement anormal de son auteur. Pourtant, il est une jurisprudence qui peut en faire douter. La Cour de cassation exclut en effet systématiquement la responsabilité civile de celui qui cause un dommage à autrui lorsque son comportement est le résultat d'événements d'origine physique l'ayant empêché d'éviter le dommage. Ainsi en est-il en cas de maladie²²⁶¹ ou de malaise²²⁶². Comment expliquer cette solution ?

407. Rejet de la thèse du défaut d'anormalité objective du comportement. Selon certains, cette jurisprudence peut être justifiée par le fait que, dans de tels cas, il n'y a pas d'anormalité objective. En effet, l'appréciation *in abstracto* supporterait la prise en compte des infériorités physiques puisque celles-ci sont compatibles avec l'idée d'homme raisonnable²²⁶³. Le bon père de famille, l'homme raisonnable, malade ou victime d'un malaise, aurait failli à ses obligations ou serait tombé de la même manière dans les mêmes circonstances.

²²⁶⁰ En ce sens, v. E. GARÇON, *op. cit.*, art. 319 et 320, n° 15, V. MALABAT, *op. cit.*, n° 466, H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, *op. cit.*, n° 641, J. PRADEL, *op. cit.*, n° 526, V. SAINT-GERAND, *op. cit.*, n° 325, et N. STONESTREET, *op. cit.*, n° 243. *Contra* H. DONNEDIEU DE VABRES, *op. cit.*, n° 126, Ph. MERLE, *op. cit.*, p. 246, H. PY-LEBRUN, *op. cit.*, n° 394 et s., M.-L. RASSAT, *op. cit.*, n° 296, et G. VIDAL et J. MAGNOL, *op. cit.*, n° 136.

²²⁶¹ V. not. Civ. 1, 10 févr. 1998 : *D.*, 1998, jur., note D. MAZEAUD, p. 539 ; et *JCP*, 1998, II, 10124, note G. PAISANT, et Ass. plén., 14 avr. 2006 : *BICC*, 1^{er} juill. 2006, rapport PETIT, et concl. DE GOUTTES ; *Bull. civ.*, n° 6 ; *D.*, 2006, jur., note P. JOURDAIN, p. 1577, et pan., obs. Ph. BRUN, p. 1933 ; *JCP*, 2006, II, 10087, note P. GROSSER ; et *RLDC*, 2006, n° 2129, note M. MEKKI. Rappr. en matière pénale, Crim., 24 avr. 1937, préc. Les rapprochements faits avec le droit pénal le sont à propos d'arrêts relatifs à la contrainte dont on a vu la proximité, sinon l'identité, avec la notion de force majeure *supra* n° 321 et s.

²²⁶² V. ainsi Civ. 2, 4 nov. 1965 : *Gaz. Pal.*, 1966, 1, jur., note P.E., p. 149, et Civ. 2, 4 févr. 1981 : *D.*, 1983, jur., note P. GUNDRAT, p. 1. Rappr. en matière pénale, Douai, 24 oct. 2000 et Crim., 15 nov. 2005, précités.

²²⁶³ En ce sens, v. responsabilité Ch. AUBRY et Ch. RAU par N. DEJEAN DE LA BÂTIE, *op. cit.*, n° 25, note 31, Ph. CONTE, *Responsabilité du fait personnel*, préc., n° 112 et s., et N. DEJEAN DE LA BÂTIE, obs. sous Grenoble, 4 déc. 1978, *JCP*, 1980, II, 19340, et *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit civil français*, préc., n° 20 et s., 75, et 90 et s., et C. EDON-LAMBALLE, *op. cit.*, n° 45. Dans le même sens, v. Ph. BRUN, *op. cit.*, n° 303, Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Responsabilité civile délictuelle*, *op. cit.*, n° 56, A. PIROVANO, *op. cit.*, n° 172 et s., et G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. cit.*, n° 468.

L'argumentation, bien que séduisante au premier abord, n'emporte pas la conviction. D'une part, elle semble ne pouvoir être appliquée qu'en cas de normalité indéterminée qui, seule, impose de recourir à l'appréciation de l'anormalité et à la figure du bon père de famille²²⁶⁴. D'autre part, même dans cette dernière hypothèse, il n'est pas certain que cette thèse soit satisfaisante. Elle paraît reposer sur un jeu de mots. Sans même discuter de la pertinence de la distinction même des origines physiques et psychiques des infériorités²²⁶⁵, cette ségrégation juridique des défauts pris en compte paraît tout d'abord sans fondement. Le remplacement de l'anormalité comme critère de l'illicéité par celui du raisonnable opéré permet, certes, une discrimination nette entre l'homme raisonnable et l'homme déraisonnable, dément et *infans*, mais rien n'impose ni ne semble autoriser un tel procédé²²⁶⁶ – d'autant plus qu'un tel critère est inapplicable en responsabilité du fait des choses au contraire de celui classique de l'anormalité. On pourrait cependant songer à se fonder sur l'idée de confiance légitime : les infériorités physiques seraient apparentes et donc prévisibles pour la victime qui pourraient adapter son comportement à cette particularité de l'agent. Le prétendre serait une pétition de principe dès lors que les infériorités physiques, notamment celles prises en compte par la jurisprudence, ne sont pas forcément perceptibles, et qu'à l'inverse, les infériorités psychologiques le sont parfois, ne serait-ce que dans le cas de l'*infantia*. En outre, les éblouissantes formules employées pour justifier la prise en compte des seules infériorités physiques peuvent facilement être renversées. Ainsi, il ne suffit pas de dire qu'« *alors qu'on ne conçoit pas un dément avisé, on imagine aisément un homme avisé évanoui* »²²⁶⁷ pour convaincre, dès lors qu'il est tout aussi possible d'affirmer que tandis qu'on ne conçoit pas qu'une personne évanouie puisse être raisonnable, on imagine aisément qu'un homme avisé sombre dans la démence. A bien y réfléchir enfin, les infériorités physiques, si elles étaient prises en compte, devraient plutôt conduire à davantage de sévérité. En effet, alors que celui qui souffre de troubles mentaux ou l'*infans* n'est pas en mesure de se rendre compte de son incapacité à adopter un comportement normal, celui qui n'est atteint que d'une infirmité physique en est tout à fait apte, sauf survenance imprévisible de celle-ci. Par conséquent, l'indulgence, si elle avait lieu d'être, devrait concerner les premiers avant que d'intéresser le second.

²²⁶⁴ V. *supra* n° 173 et s.

²²⁶⁵ V. H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, *op. cit.*, n° 437, et D. NOGUERO, « La maladie du débiteur cas de force majeure », préc. La pertinence de la distinction est d'ailleurs plus que jamais susceptible d'être discutée à l'heure des neurosciences.

²²⁶⁶ Il s'agit bien d'une exigence différente et non pas d'un autre terme pour parler de la même chose comme en atteste la précision de l'auteur dans sa thèse, *op. cit.*, n° 41. Ce faisant il pose deux conditions à l'illicéité, la normalité et le caractère raisonnable du comportement, ce qui est tout de même singulier.

²²⁶⁷ N. DEJEAN DE LA BÂTIE, *op. cit.*, n° 95 et 108, note 4.

Il apparaît, au vrai, que les infériorités physiques ne doivent pas être prises en considération si l'on retient l'appréciation *in abstracto* de l'anormalité du comportement²²⁶⁸. Perdre le contrôle d'un véhicule ou tomber est un acte objectivement anormal que l'on se soit évanoui ou non²²⁶⁹, tout comme traverser une rue hors d'un passage piéton ou alors que le signal pour piéton est rouge est anormal pour celui qui voit clairement comme pour l'aveugle. L'absence d'anormalité objective ne semble donc pas pouvoir expliquer cette jurisprudence.

408. Rejet de la thèse de l'événement de force majeure. L'explication la plus récurrente est d'ailleurs toute autre. En effet, la plupart des auteurs se fonde sur la notion de force majeure pour justifier cette solution. Elle se répartit précisément en deux courants. Pour certains, il s'agirait d'une force majeure d'origine interne, notion qui n'aurait rien de choquant dès lors que la force majeure s'identifierait en réalité à l'irrésistibilité de l'événement²²⁷⁰. Pour d'autres, l'événement serait bien extérieur mais là où d'aucuns exigent une extériorité à l'agent ou à la chose ou personne dont on est responsable, il suffirait que la cause soit étrangère à la volonté de l'auteur²²⁷¹. En ce sens, un événement d'origine incontestablement interne, telle qu'une maladie ou qu'un malaise cardiaque, reste conforme à l'exigence d'extériorité par cela seul qu'il ne tenait pas à la volonté de l'agent d'en écarter la réalisation, et peut donc, dès lors, être qualifié de force majeure.

Bien que pouvant s'autoriser d'une certaine jurisprudence²²⁷², cette thèse peut être contestée. Quant à la première tendance, il faut relever, en premier lieu, que l'extériorité n'est pas systématiquement exclue des conditions requises de la force majeure de telle sorte que celle-ci ne semble pas pouvoir se réduire encore à l'irrésistibilité et qu'il n'y a aucune nécessité de multiplier les notions de force majeure au mépris de la cohérence du droit de la responsabilité civile²²⁷³. En deuxième lieu, si les textes relatifs à la responsabilité extracontractuelle restent muets sur la question de la force majeure, l'article 1147 du Code

²²⁶⁸ V. en ce sens, P. JOURDAIN, *op. cit.*, n° 215, et H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, *op. cit.*, n° 417 et 431 et s.

²²⁶⁹ En ce sens, v. Grenoble, 4 déc. 1978, préc. (arrêt cassé par Civ. 2, 4 févr. 1981, préc.) : *D.*, 1979, jur., note E. POISSON-DROCOURT, p. 474 ; et *JCP*, 1980, II, 19340, obs. N. DEJEAN DE LA BÂTIE. Ce dernier convient lui-même que s'il n'y a pas là faute objective, il y a bien fait défectueux, ce qui semble pourtant être la même chose pour qui retient une conception objective de la faute. V. aussi Ch. AUBRY et Ch. RAU par N. DEJEAN DE LA BÂTIE, *op. et loc. cit.*, et N. DEJEAN DE LA BÂTIE, *op. et loc. cit.*

²²⁷⁰ V. not. C. EDON-LAMBALLE, *op. cit.*, n° 48 et s., Ph. LE TOURNEAU *et alii*, *op. cit.*, n° 1823, et G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. cit.*, n° 59. Rapp. F. ROUSSEAU, *op. cit.*, n° 65 et s., et G. VINEY, « Réflexions sur l'article 489-2 du Code civil », préc.

²²⁷¹ V. ainsi P. JOURDAIN, *op. cit.*, n° 605 et s., et 633 et s., Ph. LE TOURNEAU, *art. cit.*, et J.-Ch. SAINT-PAU, *Droit à réparation. Exonération de la responsabilité contractuelle. Inexécution imputable à une cause étrangère*, préc., n° 24. Sur cette conception, v. aussi P.-A. ANTONMATTEI, *Contribution à l'étude de la force majeure*, préc., n° 49 et s., M. MEKKI, « La définition de la force majeure ou la magie du clair-obscur », préc., et O. SABARD, *La cause étrangère dans les droits privé et public de la responsabilité contractuelle*, préc., n° 90.

²²⁷² V. par exemple Civ. 1, 10 févr. 1998, et Ass. plén., 14 avr. 2006, précités. Rapp. en matière pénale, Crim., 24 avr. 1937, préc.

²²⁷³ En ce sens, v. I. GUYOT, « Le caractère extérieur de la force majeure », préc. Sur la question, v. *supra* n° 329 et s.

civil fait bien référence à une « *cause étrangère* » ne pouvant être imputée au débiteur, ce qui met en exergue la relation étroite entretenue par la force majeure et la théorie de la causalité²²⁷⁴. Or, et en dernier lieu, l'extériorité est précisément essentielle dans cette perspective d'une conception causaliste de la notion en ce que ce caractère est le marqueur le plus évident de l'absence de la nature causale du fait du responsable ou de la personne ou chose dont il doit répondre²²⁷⁵. Se contenter de l'irrésistibilité de l'événement dommageable, c'est porter la force majeure sur le seul terrain de l'anormalité objective. Il n'y a faute que lorsque l'on a fait tout son possible pour éviter la lésion et la force majeure témoigne de l'impossibilité absolue d'empêcher cette dernière. Force majeure et absence de faute, faute et absence de force majeure s'identifient. Les deux notions deviennent alternatives²²⁷⁶. Et en fin de compte, on rejoint la thèse précédente : dire que la jurisprudence est fondée sur une telle conception de la force majeure revient à la fonder sur la normalité objective du comportement. Or, on vient de voir pourquoi une telle interprétation du droit positif devait être rejetée.

La thèse selon laquelle il y aurait bien application classique de la force majeure en ce sens que l'événement serait extérieur à la volonté, quoique plus convaincante à l'abord, doit aussi être repoussée. En effet, on y réduit le rôle de l'exigence d'extériorité et on méconnaît ainsi la fonction principale de la force majeure, à savoir la négation de la causalité²²⁷⁷. Celui qui, victime d'un malaise cardiaque, entraîne une personne dans sa chute en lui tombant dessus est indiscutablement à l'origine des blessures qui en serait résulté. De même, le débiteur qui ne remplit pas son obligation contractuelle en raison d'une maladie a bien un comportement qui cause une atteinte au droit personnel du créancier. Par conséquent, il est délicat d'affirmer que l'exigence d'extériorité, telle qu'appréhendue dans une optique causaliste, est véritablement satisfaite par la conception étudiée. Ce n'est pas parce que l'on adopte une certaine attitude malgré soi que cette dernière nous devient physiquement, et donc causalement, étrangère²²⁷⁸. Il est indéniable pourtant que l'extériorité à la volonté est l'élément qui semble conduire les juges à ne pas retenir la responsabilité civile dans de tels cas. Mais cette notion est sans rapport avec une notion aussi objective que celle de force majeure laquelle ne soulève qu'un problème, celui de la causalité. La volonté ressortit davantage à la notion d'anormalité subjective, laquelle paraît la mieux à même d'expliquer la position de la Cour de cassation.

²²⁷⁴ Ainsi, v. tout particulièrement H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, t. 2, préc., n° 1564 et s.

²²⁷⁵ *Ibid.* V. cep. C. EDON-LAMBALLE, *op. et loc. cit.*, qui semble estimer que la force majeure interne n'empêche en rien la cause étrangère de jouer son rôle de négation de la causalité puisque, dans un tel cas, « *le dommage trouve sa cause dans le malaise physiologique et non dans un fait de l'homme* »...

²²⁷⁶ Sur les rapports de la faute et de la force majeure, v. *supra* n° 323 et s.

²²⁷⁷ V. *supra* n° 325.

²²⁷⁸ Rapp. H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, *op. cit.*, n° 1588.

409. Proposition de la thèse de l'absence d'anormalité subjective. Supposons qu'une réserve naturelle accueillant des visiteurs précise dans son règlement intérieur qu'il est interdit à ces derniers de se trouver derrière les barrières de sécurité mises en place afin de protéger des espèces protégées. Voilà qu'un individu, saisi par une forte douleur au bras gauche, perd connaissance et passe par-dessus l'une des barrières sur laquelle il avait pris appui. S'écroulant de l'autre côté de celle-ci, il écrase en tombant une plante très rare et d'une valeur inestimable. Toute d'abord, l'exigence d'anormalité objective paraît satisfaite. Il suffit ici de constater l'écart entre le comportement, le fait d'être derrière la barrière, et celui prescrit par le règlement, l'interdiction de s'y trouver. Nul doute non plus, ensuite, que c'est ce comportement qui est à l'origine des lésions subies par la réserve. L'ensemble des éléments objectifs nécessaires à la constitution du fait générateur de responsabilité sont donc réunis. Pourtant, au vu de la jurisprudence, l'agent aurait sans aucun doute été considéré comme irresponsable civilement, ce qui appelle plusieurs remarques.

Tous les éléments objectifs étant présents, la seule explication à cette solution réside nécessairement dans leur insuffisance et, par là même, dans la nécessité de vérifier la présence de conditions subjectives de constitution du fait générateur de responsabilité civile. L'on n'y reviendra pas, l'imputabilité est exclue de la notion de faute et ce qui paraît déterminant pour les juges dans ces hypothèses n'est, quoi qu'il en soit, ni le caractère libre de la volonté ni la conscience du bien et du mal. Ce qui fait défaut dans ce type de situation, c'est, semble-t-il, une exigence plus essentielle encore, radicale : l'anormalité subjective, l'exercice anormal de la volonté ou les aptitudes de jouissance et d'exercice qui lui servent de support. La restriction du caractère extérieur de la force majeure à une extériorité à la volonté ne dit pas autre chose en ce qu'il fait apparaître que ce qui fait défaut à l'engagement de la responsabilité de l'auteur, c'est finalement une manifestation anormale de volonté à l'origine de son fait. La jurisprudence met, elle aussi, parfois l'accent sur l'absence de volonté²²⁷⁹. Et lorsqu'elle ne le fait pas, il est toujours possible de la vérifier dans les faits de l'affaire : celui qui tombe à la suite d'un malaise n'a pas recherché les atteintes infligées à autrui et une tension plus ferme de sa volonté ne lui aurait pas permis de se maintenir debout²²⁸⁰ ; celui qui ne peut remplir ses obligations parce qu'une maladie lui impose de rester couché peut vouloir se lever pour les exécuter sans que sa volonté ne soit assez forte pour commander à son corps²²⁸¹. Celui qui bascule de l'autre côté d'une barrière de sécurité sous l'effet d'une crise cardiaque ne l'a pas désiré mais subi. Dans tous les cas, ce qui manque, c'est le choix ou la faculté de le mettre en pratique, c'est l'exercice anormal de la volonté, voire l'existence même de cette dernière, soit donc l'anormalité subjective.

²²⁷⁹ Et cela surtout en matière pénale, v. ainsi Crim., 8 mai 1974 : *Bull. crim.*, n° 165 ; et *Rev. sc. crim.*, 1975, chron. J. LARGUIER, p. 121, et Crim., 19 oct. 1922 et Crim., 24 avr. 1937, précités.

²²⁸⁰ V. Civ. 2, 4 févr. 1981, préc.

²²⁸¹ V. Civ. 1, 10 févr. 1998, et Ass. plén., 14 avr. 2006, précités.

Par ailleurs, dire que l'anormalité subjective est requise conduit à deux observations supplémentaires. D'une part, *la faute objective n'est pas suffisante en droit civil, elle n'est pas consacrée s'agissant des personnes physiques. Elle demeure, certes seulement de manière latente et peut-être même inconsciente, bel et bien subjective.* D'autre part, *l'anormalité subjective nécessaire à la constitution de la faute civile est d'un contenu minimal : la seule volonté de l'acte suffit, qui est présumée avoir existé jusqu'à preuve d'une abolition des capacités de jouissance ou d'exercice de la volonté.* On peut dès lors conclure à une *identité absolue des fautes simples pénale et civile*, le droit positif ne tenant aucun compte des fonctions propres aux différentes responsabilités de droit privé. Une telle identité se retrouvent peu ou prou en matière de fautes qualifiées.

§2. L'identité relative des fautes civiles et pénales qualifiées

410. Gradation de la faute. Allant plus loin dans la confusion des faits générateurs de responsabilités civile et pénale que celle des seules fautes simples, le droit positif de la responsabilité se caractérise également par une très forte convergence des fautes qualifiées de chacune des deux disciplines. Car le législateur a entendu la fameuse formule de LALOU : « *comme la morale le vice a ses degrés* »²²⁸², qui illustre de manière tout à fait éclairante cette réalité que les rédacteurs du Code civil – par l'éviction de la théorie des trois fautes de l'ancien droit français et par leur volonté d'adopter un principe général de responsabilité pour faute – et ceux du Code pénal de 1810 – en ceux qu'ils mirent l'accent quasiment sur la seule intention²²⁸³ tout en ne prenant en compte qu'une hypothèse unique d'imprudence – avaient entendu masquer. Face aux critiques²²⁸⁴, le droit positif s'est ainsi fait petit à petit plus réaliste, plus diversifié. Il s'est adapté aux multiples facettes que pouvaient prendre la bêtise et la méchanceté humaines en distinguant différentes fautes qu'il qualifie de façon variée en fonction de l'état d'esprit ou du comportement de son auteur et de la branche du droit précisément en cause. C'est dire que *si le concept de responsabilité juridique n'impose qu'une anormalité objective quelconque, ses applications techniques requièrent parfois des fautes plus graves.*

411. Identité nécessaire et identité supplémentaire des fautes qualifiées. Ajoutant aux éléments composant la faute simple, les fautes qualifiées les comprennent donc forcément. Par là même, les fautes qualifiées pénale et civile convergent donc obligatoirement

²²⁸² H. LALOU, « La gamme de fautes », *D.*, 1940, chron., pp. 17 et s. *Adde* sur la question J. FRANCILLON, *op. cit.*

²²⁸³ Sur ce point, v. not. R. BERNARDINI, *L'intention coupable en droit pénal*, thèse Nice, 1976, n° 281, et H. PY-LEBRUN, *op. cit.*, n° 216 et s.

²²⁸⁴ Celles-ci ont surtout émané des pénalistes regrettant qu'une gradation plus diversifiée des fautes ne se traduise pas par une échelle plus individualisée des peines. On peut comprendre qu'en droit civil, la question ait moins prêté à débats dès lors que l'unique faute prise en compte, qui était aussi la plus légère, suffisait à offrir une réparation intégrale à la victime.

vers ce minimum. Il y a donc *identité nécessaire* de ces fautes qui répètent la confusion des fautes civile et pénale simples, ce en quoi elles sont déjà critiquables.

Mais elles le sont aussi parce que la convergence qui existe en droit positif est parfois plus étendue encore, bien qu'elle ne soit jamais générale. Il peut en effet y avoir une *identité supplémentaire* des fautes qualifiées pénales et civiles lorsque ce sont les critères objectifs ou subjectifs de qualification de la faute qui sont partagés. C'est elle qui va être à présent étudiée. Car il existe *de lege lata* une identité relative des fautes civile et pénale qualifiée. On le vérifiera en suivant la distinction, rationnelle et traditionnelle, des fautes qualifiées non intentionnelles (A) et intentionnelles (B).

A- L'identité relative des fautes non intentionnelles qualifiées

412. Variété des fautes non intentionnelles qualifiées. On distingue rationnellement, parmi les fautes non intentionnelles, l'imprudence consciente et l'imprudence inconsciente selon que le résultat légal causé non désiré a été perçu comme possible ou non. Cependant, le droit positif ne reprend pas cette distinction simple et construit une gradation plus subtile et plus complexe des fautes. Cela se justifie, non seulement car, d'un point de vue subjectif, il existe bien d'autres critères de distinction permettant d'opposer, par exemple, celui qui accepte les conséquences éventuelles de son comportement à l'individu qui table sur la chance ou sur son adresse pour les éviter²²⁸⁵, mais encore parce que, plus généralement, la qualification de la faute ne tient pas nécessairement à des critères subjectifs²²⁸⁶.

C'est dans ces critères de gravité supplémentaires que l'identité éventuelle des fautes qualifiées pénales et civiles doit être recherchée et peut être trouvée. A ce titre, on démontrera que si la faute civile lourde et la faute pénale délibérée sont spécifiques aux disciplines auxquelles elles ressortissent respectivement (1), il existe en revanche une véritable identité des fautes civile inexcusable et pénale caractérisée (2).

1. La spécificité des fautes délibérée et lourde

413. Particularité subjective et particularité objective. Alors que la faute délibérée se singularise par une gravité subjective inconnue du droit civil (a), la faute lourde est une faute civile qui ne connaît pas vraiment d'équivalent en droit pénal de la responsabilité (b).

²²⁸⁵ Sur la notion et les variations de l'imprudence consciente, v. not. J. CEDRAS, « Le dol éventuel : aux limites de l'intention », *D.*, 1995, chron., pp. 18 et s., Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *op. cit.*, n° 390, J. FRANCILLON, *op. cit.*, p. 38 et s. et p. 63 et s., L. JIMENEZ DE ASUA, « La faute consciente et le « *dolus eventualis* » », *RD pén. crim.*, 1959-1960, pp. 603 et s., X. PIN, *op. cit.*, n° 190, et N. STONESTREET, *op. cit.*, n° 247 et s.

²²⁸⁶ Outre les développements présents, v. *supra* n° .

a- La particularité subjective de la faute délibérée

414. Fonctions de la faute délibérée. La faute délibérée a été introduite par le code pénal actuel. Il s'agit d'une faute complexe à la fois dans sa fonction et dans sa définition.

Concernant sa fonction tout d'abord, il faut constater que la faute délibérée a un double rôle, à la fois constitutif et aggravateur. En premier lieu, la loi du 10 juillet 2000 en a fait un élément constitutif commun à l'ensemble des infractions matérielles non intentionnelles en cas de causalité indirecte²²⁸⁷. En second lieu, elle prend la forme d'une circonstance aggravante de certaines infractions, à l'instar du délit d'atteintes involontaires à la vie de l'article 221-6 du Code pénal²²⁸⁸.

415. Anormalité objective ordinaire. Quant à sa définition ensuite, le Code pénal vise la violation « *manifestement délibéré (d')une obligation particulière de prudence ou de sécurité prévue²²⁸⁹ par la loi ou le règlement* ». Il résulte de cela que la faute délibérée est une notion complexe comprenant à la fois un élément matériel et un élément moral particulier.

Quant au premier, il se révèle tout à fait ordinaire et ne se caractérise pas par une gravité particulière. Le Code exige la violation d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement, ce qui impose le respect de trois conditions. D'une part, l'obligation violée doit avoir une source précise, législative ou réglementaire au sens constitutionnel du terme²²⁹⁰. D'autre part, l'obligation doit être particulière, imposer un comportement actif ou passif précis. La normalité ou l'anormalité doivent par conséquent avoir été légalement prédéterminées, ce qui réduit grandement le champ d'application de la notion. En effet, tout ce qui relève de la normalité indéterminée, et donc de l'anormalité objective à apprécier judiciairement, semble exclu. Partant, la faute délibérée ne peut aggraver que l'anormalité objective constatée mais pas forcément toutes ses occurrences. Une dernière condition tient en effet à l'objectif de la norme violée qui doit être de prudence ou de sécurité, ce qui implique qu'elle tende véritablement à la protection d'un intérêt juridique quelconque contre les risques de lésions. Si l'élément matériel de la faute délibérée est particulièrement étroit, il ne faut pas en conclure qu'elle traduise une hypothèse d'anormalité objective

²²⁸⁷ Art. 121-3, al. 4, C. pén., et Crim., 26 juin 2001 : *Bull. crim.*, n° 160. Certains auteurs en font également un élément constitutif de l'article 223-1 du même code incriminant l'exposition d'autrui à un risque par la violation manifestement délibérée d'une obligation. En ce sens, v. not. E. DREYER, *op. cit.*, n° 813, Y. MAYAUD, *op. cit.*, n° 239, et *Violences involontaires et responsabilité pénale*, préc., n° 51.101, et X. PIN, *art. cit.* Cela semble assez contestable, non seulement dans la méthode, puisque la détermination de l'élément moral d'une infraction spéciale implique avant tout d'en déterminer le résultat, mais encore dans le principe même, l'élément moral du délit prévu à ce texte paraissant être une intention et non une faute non intentionnelle, même qualifiée. Sur ce point, v. *infra* n° 434.

²²⁸⁸ Dans ce cas comme dans celui de toutes les infractions matérielles non intentionnelles, la faute délibérée remplit systématiquement ces deux fonctions simultanément et l'alternative est soit l'absence d'infraction, soit l'infraction aggravée, comme l'avait noté dès l'entrée en vigueur de la loi du 10 juillet 2000 M. Conte, *in* « Le lampiste et la mort », préc.

²²⁸⁹ L'article 221-6 vise l'obligation « *imposée* ».

²²⁹⁰ En ce sens, v. Ph. CONTE, *Droit pénal spécial, op. cit.*, n° 21, et E. DREYER, *op. cit.*, n° 816.

aggravée. Le simple fait qu'une anomalie prédéterminée soit requise empêche effectivement cette conclusion puisque la simple violation de la norme constituera l'anomalie objective de la faute délibérée aussi bien que celle de la faute simple²²⁹¹.

416. Anomalie subjective particulière. C'est l'élément moral de la faute délibérée qui semble être en fait le véritable critère d'aggravation du fait causal. Le législateur requiert en effet que la violation du devoir soit « *délibérée* », ce qui implique qu'il soit fait volontairement et consciemment. Pour ce qui est de la volonté, cela est équivalent aux exigences minimales subordonnant la constitution de la faute simple : l'acte ou l'abstention doit résulter d'un choix de l'agent.

En revanche – et c'est ce qui fait à la particularité de l'anomalie subjective de la faute délibérée, s'y ajoute l'exigence d'un discernement particulièrement pointu. L'agent doit ainsi avoir non seulement conscience de la matérialité de son action ou de son omission comme dans toute faute mais aussi un certain discernement de l'état du droit, puisque l'auteur doit avoir su qu'il passait outre l'obligation qu'il violait et donc avoir eu connaissance de l'existence de cette norme²²⁹². Il devrait par conséquent pouvoir se défendre en rapportant la preuve de son ignorance sur ce point. Est-ce à dire qu'il s'agit d'admettre plus largement l'erreur de droit ? Il ne semble pas. En effet, la norme à connaître se situe sur un plan différent que dans l'hypothèse classique de l'erreur de droit. Il ne s'agit plus de la norme constituant l'infraction, de l'incrimination même, à propos de laquelle se pose, au stade de l'imputation du fait générateur de responsabilité, cette dernière question, mais d'une norme-condition préalable de l'infraction, incluse dans l'incrimination. Par suite, toute erreur commise à son endroit devrait, à l'instar de l'erreur sur les normes extrapénales²²⁹³, être soumise au régime de l'erreur de fait. Ainsi, s'il n'est pas nécessaire que l'agent ait eu connaissance que l'article 222-19, alinéa 2 du Code pénal incrimine et punit de manière aggravée les atteintes involontaires à l'intégrité d'autrui par la violation manifestement délibérée d'une obligation de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement, il faudra en revanche vérifier la connaissance effective de l'obligation particulière bafouée en l'occurrence. Toute méconnaissance crédible ou toute preuve d'une cause ayant altéré son discernement matériel devrait donc entraîner sa relaxe.

A cette volonté et cette connaissance de la norme violée, d'aucuns, par extension sans doute de la « *mise en danger délibérée d'autrui* » de l'article 121-3 alinéa 2 à son alinéa 4, estiment que la faute délibérée exige une conscience du risque résultant du fait causal²²⁹⁴. Il

²²⁹¹ V. *supra* n° 191 et s.

²²⁹² En ce sens, v. E. DREYER, *op. cit.*, n° 814 et 821.

²²⁹³ Sur cette question, v. R. MERLE et A. VITU, *op. cit.*, n° 585. Estimant que cette distinction n'a pas été reconduite par le Code pénal actuel, v. E. DREYER, *op. cit.*, n° 280.

²²⁹⁴ V. par exemple, D.-N. COMMARET, « La loi du 10 juillet 2000 et sa mise en œuvre par la chambre criminelle de la Cour de cassation », *Gaz. Pal.*, 2002, doct., pp. 603 et s., Ph. CONTE, *op. cit.*, n° 76, Ch. LIEVREMONT, « Retour sur un événement législatif majeur de l'année 2000 : la loi n° 2000-647 du 10 juillet

semble légitime de souscrire à cette analyse dès lors qu'est indéniable cette filiation entre les deux textes et qu'il apparaît tout à fait fondé, par ailleurs, de présumer que celui qui a connaissance d'une obligation de prudence ou de sécurité a conscience du fait que sa violation peut entraîner des dommages ou des préjudices²²⁹⁵. *La faute délibérée exige dès lors un discernement matériel ayant un double objet : la norme, d'une part, et les suites éventuelles de sa violation, d'autre part. Au final, il apparaît que c'est la subjectivité de la faute délibérée, laquelle en fait une imprudence consciente, qui marque sa gravité particulière. Le critère de qualification de cette faute est donc subjectif.*

417. Exclusivité pénale de la faute délibérée. Il convient de préciser qu'une telle faute, effectivement consciente, est l'apanage du droit pénal. Elle n'a aucun équivalent notionnel en droit de la responsabilité civile. Pour autant, le raisonnement *a fortiori* permet de conclure à ce qu'une condamnation pénale sur son fondement emportera nécessairement une responsabilité civile pour faute simple. En revanche, il n'est pas certain que la faute délibérée emporte la faute lourde ou même la faute inexcusable dès lors que celle-là ne se caractérise pas par la gravité objective particulière qui fait la marque de celles-ci²²⁹⁶.

On verra d'ailleurs que c'est dans cette gravité objective que réside toute la particularité de la faute lourde.

b- La particularité objective de la faute lourde

418. Fonctions de la faute lourde. La faute lourde est une notion bien connue du droit civil²²⁹⁷, tout au moins en ce qui concerne les deux fonctions qui lui sont affectées²²⁹⁸.

2000, une nouvelle approche de la culpabilité dans les délits non intentionnels », préc., V. MALABAT, *op. cit.*, n° 457, Y. MAYAUD, *op. cit.*, n° 51.103, P. MORVAN, art. *cit.*, X. PIN, *op. cit.*, n° 184, M. PRALUS, « Réflexion autour de l'élément moral des délits », *Dr. Pénal*, 2002, chron., n° 41, V. SAINT-GERAND, *op. cit.*, n° 330, et Ph. SALVAGE, « Retour vers l'imprudence », préc., C. TOURNIER, art. *cit.* Adde Douai, 26 mars 2002 : *JCP*, 2003, IV, 1041. *Contra* E. DREYER, *op. cit.*, n° 819, et J.-H. ROBERT, *op. cit.*, p. 338.

²²⁹⁵ Une telle présomption semble être pratiquée par la jurisprudence. V. not. Crim., 16 févr. 1999 : *Bull. crim.*, n° 24 ; et *D.*, 2000, somm. comm., chron. Y. MAYAUD, p. 34.

²²⁹⁶ V. *infra* n° 418 et s. Cela permet aussi de prendre position sur la question de l'articulation des fautes délibérée et caractérisée. Là où d'aucuns voudraient les hiérarchiser, il apparaît qu'aucune des deux n'est vraiment supérieure à l'autre. Verticalement d'abord, la faute délibérée est certes subjectivement plus grave que la faute caractérisée. Mais du point de vue de la gravité objective, c'est cette dernière qui prend le dessus. Horizontalement ensuite, il est vrai que la faute caractérisée couvre un champ d'application plus large que son homologue délibérée dans la mesure où elle n'exige pas le préalable d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité prévue ou imposée par la loi ou le règlement. Cependant, le champ d'application de celle-ci dépasse également le domaine de celle-là puisque la faute délibérée n'est pas fonctionnellement dédiée à la protection des personnes. Sur le domaine de la faute caractérisée, v. *infra* n° 422.

²²⁹⁷ Sur cette notion, v. outre les ouvrages généraux, J. FRANCILLON, *op. cit.*, pp. 176 et s. et pp. 407 et s., L. JOSSERAND, « La renaissance de la faute lourde sous le signe de la profession », *D.*, chron., 1939, pp. 29 et s., R. JAMBU-MERLIN, « Dol et faute lourde », *D.*, 1955, chron., pp. 91 et s., H. LALOU, art. *cit.*, L. MAZEAUD, « L'assimilation de la faute lourde au dol », *D.*, 1933, chron., pp. 49 et s., Ch. RADE, *Droit du travail et responsabilité civile*, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, t. 282, 1997, n° 221 et s., R. ROBLOT, « De la faute lourde en droit privé », *RTD Civ.*, 1943, pp. 1 et s., A. VIGNON-BARRAULT, *Intention et responsabilité civile*, P.U.A.M., 2004, n° 63 et s., 229 et s., 400 et s., 420 et s. et 466 et s., et G. VINEY, «

D'une part en effet, elle peut avoir une incidence sur les conditions de la responsabilité en devenant le seuil minimal. Ainsi en est-il de la responsabilité contractuelle du salarié²²⁹⁹, de la responsabilité contractuelle en général en cas de clauses exonératoires de responsabilité²³⁰⁰, voire de la responsabilité du médecin sur le fondement de l'article L. 114-5, alinéa 3 du Code de l'action sociale et des familles²³⁰¹. D'autre part, elle peut influencer les effets de la responsabilité en modifiant les règles relatives à la réparation de la lésion. Elle est notamment assimilée au dol en matière contractuelle où elle exclut la limitation légale des dommages et intérêts des articles 1150 et 1153 du Code civil²³⁰² mais aussi les limitations conventionnelles de responsabilité²³⁰³.

419. La diversité des critères objectifs de qualification de la faute lourde. En revanche, sa définition est beaucoup plus problématique. Il est ainsi difficile, voire impossible, de lui en donner une qui soit suffisamment claire et simple à la fois et qui ne se contente pas, à l'instar de certains auteurs²³⁰⁴ et arrêts²³⁰⁵, de faire référence à la stupidité ou à la témérité inusuelles de celui qui la commet, caractéristiques qu'il faudrait encore compléter par un critère fiable. Si, d'un point de vue subjectif, elle rejoint les fautes inexcusables et caractérisée dans l'exigence minimale de la volonté du fait causal²³⁰⁶, elle s'en sépare en

Remarques sur la différence entre faute intentionnelle, faute inexcusable et faute lourde », *D.*, 1975, chron., pp. 263 et s.

²²⁹⁸ En ce sens, v. D. NGUYEN-BOURGEAIS, « Contribution à l'étude de la faute contractuelle : la faute dolosive et sa place dans la gamme des fautes », *RTD civ.*, 1973, pp. 496 et s. Pour une vue d'ensemble sur les fonctions de la faute lourde, v. Ph. LE TOURNEAU *et alii*, *op. cit.*, n° 3572 et s.

²²⁹⁹ La jurisprudence décide que « la responsabilité du salarié n'est engagée envers son employeur qu'en cas de faute lourde » (Soc., 27 nov. 1958 : *D.*, 1959, jur., note R. LINDON, p. 20, Soc., 12 juin 2002, pourvoi n° 00-41954 ; 21 oct. 2008, pourvoi n° 07-40.809, et Soc., 2 mars 2011 : *Resp. civ. et ass.*, 2011, comm. n° 200). Toutefois, on verra *infra* n° 437, que la référence à la faute lourde est purement formelle et non substantielle. Sur ce point, v. spéc., C. BENOIT-RENAUDIN, *La responsabilité du préposé*, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, t. 520, 2010, n°289 et s., et A. VIGNON-BARRAULT, *op. cit.*, n° 228 et s.

²³⁰⁰ V. Civ. 1, 15 janv. 1976 : *Bull. civ.*, n° 19.

²³⁰¹ Si l'on adhère du moins à l'assimilation à la faute lourde de la faute caractérisée instituée par la loi n°2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé. Pour une proposition en ce sens, v. L. MORLET, « La faute caractérisée en droit de la responsabilité civile », *Mél. H. Groutel*, préc., pp. 291 et s.

²³⁰² V. par exemple, Civ., 29 juin 1948 : *JCP*, 1949, II, 4660, note R. RODIERE.

²³⁰³ V. not. *Ibid.* *Adde* Civ. 1, 24 févr. 1993 : *Bull. civ.*, n° 88.

²³⁰⁴ V. not. J. CARBONNIER, *op. cit.*, n° 1072, H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, *op. cit.*, n° 390, R. MERLE et A. VITU, *op. cit.*, n° 676, B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *op. cit.*, n° 301, et G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. cit.*, n° 611.

²³⁰⁵ V. Com., 3 avr. 1990 : *Bull. civ.*, n° 108.

²³⁰⁶ Concernant les fautes inexcusables, cela se vérifie d'ailleurs très clairement pour chacune de ses manifestations. Ainsi la faute inexcusable de l'employeur ou de son délégataire était jusqu'à très récemment conçue comme une faute « dérivant d'un acte ou d'une omission volontaire » (depuis Ch. réunies, 15 juill. 1941 : *Gaz. Pal.*, 1941, jur., p. 254) et il en est encore ainsi de celle du salarié victime (V. par ex., Civ. 2, 27 janv. 2004 : *D.*, 2004, somm. comm., obs. L. NOEL, p. 2185 ; *Resp. civ. et assur.*, 2004, comm. n° 91, note H. GROUDEL ; et *RTD civ.*, 2004, obs. P. JOURDAIN, p. 296). C'est une définition similaire qui a été retenue par la Cour de cassation à propos de la victime d'un accident de la circulation (Civ. 2, 20 juill. 1987(10 arrêts) : *Bull. civ.*, n° 160). Quant au droit des transports, la loi de 1957 considère qu'« est inexcusable la faute délibérée qui implique la conscience de la probabilité du dommage et son acceptation téméraire », ce qui laisse entendre, vu les adjectifs employés, que le comportement de l'auteur doit avoir été, au moins, volontaire. La volonté de

revanche sur le plan objectif en se singularisant par la diversité de ses éléments de qualification.

Car c'est surtout en cela que l'on reconnaît la faute lourde. Elle est qualifiée en vertu, soit d'un critère quantitatif, fondé sur le nombre de fautes commises²³⁰⁷, soit d'un critère qualitatif. A ce dernier titre, on invoque souvent le critère de la gravité du risque en raison soit de la probabilité de la lésion²³⁰⁸, soit de la gravité de l'atteinte éventuelle, voire effective²³⁰⁹, ainsi que celui tenant à la nature de la norme violée qui devrait être stricte, professionnelle ou essentielle²³¹⁰. Cependant, on notera que ce dernier critère de l'obligation essentielle connaît un certain déclin depuis que la Cour de cassation a jugé que la qualification de faute lourde ne saurait résulter de la seule violation d'une obligation contractuelle essentielle mais devait se déduire de la gravité du comportement du débiteur²³¹¹. Certains ont parlé à ce titre d'une subjectivation de la notion de faute lourde²³¹². Est-ce à dire que celle-ci se caractérise par un état d'esprit plus grave que la faute légère ? Il ne semble pas que ce soit là le sens à donner à la formule des auteurs qui semblent faire référence au mode d'établissement de la qualification de faute lourde plutôt qu'à sa nature même. En effet, par subjectivation, les auteurs mettent en avant l'idée que l'établissement de la lourdeur de la faute devra désormais passer par une appréciation véritable du comportement de l'agent, impliquant un jugement de valeur, et non plus par une simple constatation de la nature de l'obligation violée ne nécessitant qu'un simple jugement de réalité²³¹³. En réalité, la nature de la faute lourde paraît

l'action ou de l'abstention est donc bien exigée. Mais cela ne fait de l'anormalité subjective requise en la manière que la même que celle qui est nécessaire à la constitution de la faute simple.

²³⁰⁷ En ce sens, v. J. FRANCILLON, *op. cit.*, p. 217, R. ROBLLOT, *art. cit.*, F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n° 575, G. VINEY, *art. cit.*, G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. cit.*, n° 611-1, et la jurisprudence citée par ces auteurs. Quelques arrêts admettent que la pluralité de d'imprudences ou de négligences constitue la faute pénale caractérisée. V. par exemple, Crim., 5 déc. 2000 : *Bull. crim.*, n° 36, Crim., 3 nov. 2004, pourvoi n° 04-80.011, et Crim., 10 janv. 2006, pourvoi n° 04-86.428 cités par X. PIN, *in* « La notion de faute en droit pénal (121-3 = 0 ?) », préc. L'auteur en déduit un rapprochement de cette faute pénale avec la faute lourde.

²³⁰⁸ V. not. J. FRANCILLON, *op. cit.*, p. 196, L. JOSSERAND, *op. cit.*, n° 612ter, Ph. LE TOURNEAU *et alii*, *op. cit.*, n° 3589, D. NGUYEN-BOURGEAIS, *art. cit.*, R. ROBLLOT, *art. cit.*, B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *op. et loc. cit.*, et G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. et loc. cit.*, et la jurisprudence citée.

²³⁰⁹ V. J. FRANCILLON, *op. cit.*, p.197, B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *op. et loc. cit.*, G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. cit.*, n° 610 et 612, et la jurisprudence citée.

²³¹⁰ Sur ce point, v. J. FRANCILLON, *op. cit.*, p. 185 et s., Ph. LE TOURNEAU *et alii*, *op. cit.*, n° 3586 et s., D. NGUYEN-BOURGEAIS, *art. cit.*, R. ROBLLOT, *art. cit.*, F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. et loc. cit.*, G. VINEY, *art. cit.*, G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. cit.*, n° 612, et les références citées. Rapp., en faveur de la notion d'obligation fondamentale comme critère d'intervention du droit pénal en cas d'inexécution contractuelle, E. PALVADEAU, *Le contrat en droit pénal*, préc., n° 400 et s.

²³¹¹ V. ainsi, Ch. mixte, 22 avr. 2005 (2 arrêts) : *RTD civ.*, 2005, obs. P. JOURDAIN, p. 604, et Com., 13 juin 2006 : *JCP*, 2006, II, 10123, note G. LOISEAU, et Com., 29 juin 2010 : *Gaz. Pal.*, 8-9 mai 2010, chron. M. MEKKI, p. 16 ; et *Resp. civ. et assur.*, 2010, Etude n° 11, L. BLOCH.

²³¹² En ce sens, v. L. BLOCH, « L'ère post-Chronopost : le retour aux sources », étude sous Ch. mixte, 22 avr. 2005 (2 arrêts), préc., P. JOURDAIN, obs. sous Ch. mixte, 22 avr. 2005 (2 arrêts), préc., G. LOISEAU, note sous Ch. mixte, 22 avr. 2005 (2 arrêts), préc.

²³¹³ En revanche, la nature de l'obligation violée pourrait permettre de fonder une présomption de gravité objective de la faute ne serait-ce qu'en raison du fait que cette obligation étant celle qui est la plus à même d'apporter à son créancier la satisfaction de l'intérêt recherchée *via* le contrat, toute inexécution d'une telle

exclusivement objective puisque c'est toujours la gravité du comportement, et non l'intensité de la tension d'esprit, qui servira à la qualifier. *La faute lourde peut donc être définie de manière synthétique comme une faute qualifiée par la gravité de l'anormalité objective, laquelle tient à un ensemble diversifié de critères quantitatifs ou qualitatifs.*

420. Exclusivité civile de la faute lourde. La faute lourde ainsi définie ne semble produire ses effets que dans le seul cadre des relations contractuelles. C'est dire qu'elle est une notion exclusivement civile qui semble bien ne connaître aucun équivalent en droit criminel.

Qu'il s'agisse de la faute délibérée et de sa gravité subjective particulière ou de la faute lourde et de ses critères objectifs de gravité et de son champ d'application spécifiques, on voit donc que le droit pénal et le droit civil de la responsabilité connaissent l'un comme l'autre des figures de faute dont ils ont l'exclusivité. Cela ne signifie pas pour autant que le droit positif ne connaît pas de convergence des deux ordres de responsabilité sur la question. Certes relative, l'identité des fautes qualifiées civiles et pénales existe néanmoins comme en témoigne l'étude comparée des fautes civiles inexcusables et de la faute pénale caractérisée.

2. L'identité des fautes inexcusables et caractérisée

421. La prévisibilité comme critère objectif exclusif des fautes inexcusables et caractérisée. A l'inverse de la faute lourde, les fautes inexcusables du droit civil²³¹⁴ et la faute caractérisée du droit pénal²³¹⁵ se singularisent par l'unicité de leur critère de qualification qui repose sur la notion de prévisibilité.

obligation est *susceptible* de lui causer un préjudice qu'il doit considérer comme important, ce qui correspond au critère de prévisibilité. Rappr. G. LOISEAU, note *cit.*, et M. MEKKI, chron. *cit.*

²³¹⁴ Le pluriel est de rigueur dans la mesure où le droit civil ne connaît pas une mais plusieurs manifestations de la faute inexcusable pouvant, en plus de produire les mêmes effets que la faute lourde, tantôt conditionner le principe de la responsabilité, comme la faute inexcusable de la victime ordinaire d'un accident de la circulation qui entraîne, lorsqu'elle est cause exclusive de l'accident, la suppression de toute indemnisation (article 3, alinéa 1er de la loi n° 85-677 du 5 juillet 1985), tantôt en modifier les effets, à l'instar de la faute inexcusable de l'employeur ou de son délégataire qui fait bénéficier la victime et ses ayants droit d'une indemnisation complémentaire dépassant le plafond ordinaire (CSS, art. L. 452-1) et celle du salarié victime qui peut conduire à une diminution de sa rente sur décision du conseil d'administration de la caisse ou de son délégataire (CSS, art. L. 453-1, al. 2). En matière de transport aérien enfin, la faute inexcusable entraîne aussi une exclusion des plafonds d'indemnisation prévus par la Convention de Varsovie du 12 octobre 1929 relative au transport aérien international, modifiée par le Protocole de la Haye du 28 septembre 1955 (article 1er, alinéa 3 de la loi n° 57-259 du 2 mars 1957 sur les transports internes). Sur cette notion, v. not. G. BRIERE DE L'ISLE, « La faute inexcusable (bilan et perspectives) », *D.*, 1970, chron., pp. 73 et s., Ph. BRUN, *op. cit.*, n° 698 et s., et 802 et s., J. FRANCILLON, *op. cit.*, p. 216, H. LALOU, art. *cit.*, Ch. RADE, *op. cit.*, n° 63 et s., Y. SAINT-JOURS, « Du principe de l'autorité de la chose jugée au criminel en matière de faute inexcusable », *D.*, 1969, chron., pp. 229 et s., P. SARGOS, « La saga triséculaire de la faute inexcusable », *D.*, 2011, chron., pp. 768 et s., A. VIGNON-BARRAULT, *op. cit.*, n° 81 et s., n° 488 et s., n° 630 et s. et n° 698 et s., G. VINEY, art. *cit.*, et G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. cit.*, n° 613 et s.

²³¹⁵ Cette faute introduite par la loi du 10 juillet 2000 est nécessaire à la constitution des infractions matérielles non intentionnelles en cas de causalité indirecte. Hormis les ouvrages généraux, v. sur la notion, E. FORTIS, art. *cit.*, G. GIUDICELLI-DELAGE, « La sanction de l'imprudence », préc., Ch. LIEVREMONT, art. *cit.*, Y. MAYAUD, « La faute caractérisée selon la Cour de cassation », *Rev. sc. crim.*, 2001, pp. 577 et s., P.

A priori, la totalité de ces fautes semble requérir la conscience des risques chez leur auteur, une prévision à prendre comme critère subjectif qui les rapprocherait de la faute délibérée pénale. Il en est de la sorte pour la faute inexcusable du droit de la sécurité sociale, qu'il s'agisse de celle de l'employeur et de ses délégataires, dans sa version traditionnelle de 1941²³¹⁶ et même dans celle actuelle de 2002²³¹⁷, ou de la faute du salarié victime²³¹⁸. Cette condition est également exigée de la victime ordinaire d'un accident de la circulation qui retient la même définition²³¹⁹ et l'on remarque que tel est aussi le cas en matière de transport aérien²³²⁰. Enfin, l'article 121-3, alinéa 4, du Code pénal définit la faute caractérisée comme celle qui « *exposait autrui à un risque d'une particulière gravité (que les fautifs) ne pouvaient ignorer* »²³²¹.

Cependant, l'interprétation jurisprudentielle de ces notions a conduit à ce qu'elles se rejoignent toutes dans le domaine de l'objectivité. La prévision par l'auteur des conséquences de son acte s'est changée, par le prisme de l'appréciation *in abstracto*, en leur prévisibilité, soit en ce critère objectif tenant à la probabilité des dommages qui est aussi usité en fait de faute lourde. Cela apparaît assez clairement en droit civil, en matière d'accidents du travail et de la circulation, où cette évolution était inévitable en raison de l'usage du verbe "devoir". Celui-ci tient en effet pour indifférente la connaissance eue ou même possible pour n'impliquer que la conscience due, objectivement exigible. La majorité des auteurs s'entend aujourd'hui pour considérer que la conscience effective n'est pas requise en matière de faute inexcusable²³²². Il arrive que la Cour de cassation semble autoriser les juges du fond à ne pas retenir la faute inexcusable lorsque la connaissance du danger était impossible. En réalité, la lecture des rares arrêts qui sont en ce sens révèle que c'est surtout l'absence de dangerosité, ou de certitude de cette dangerosité, qui justifie de telles solutions²³²³. La définition retenue

MORVAN, art. *cit.*, A. PONSEILLE, « La faute caractérisée en droit pénal », *Rev. sc. crim.*, 2003, pp. 79 et s., M. PRALUS, « Réflexion autour de l'élément moral des délits », préc., H. PY-LEBRUN, *op. cit.*, n° 273 et s., V. SAINT-GERAND, *op. cit.*, n° 346 et s., Ph. SALVAGE, art. *cit.*, N. STONESTREET, *op. cit.*, n° 245, et C. TOURNIER, art. *cit.*

²³¹⁶ Ch. réunies, 15 juill. 1941, préc., qui vise « *la conscience du danger que devait (...) avoir (l')auteur* ».

²³¹⁷ Soc., 28 févr. 2002 (5 arrêts) : *JCP*, 2002, I, 186, chron. G. VINEY, n° 5, et II, 10053, concl. A. BENMAKHLOUF ; *Resp. civ. et assur.*, 2002, comm. n° 135 ; et *RTD civ.*, 2002, obs. P. JOURDAIN, p. 310, et Soc., 11 avr. 2002 : *D.*, 2002, jur., note X. PRETOT, p. 2696, qui continuent d'exiger que « *l'employeur (ait eu ou) dû avoir conscience du danger auquel était exposé le salarié* ». Adde N. DUPUY-LOUP, « La faute inexcusable de l'employeur au-delà du 28 févr. 2002 », *Resp. civ. et assur.*, 2002, chron., n° 16.

²³¹⁸ V. not. Civ. 2, 27 janv. 2004, préc., qui reprend la définition de 1941.

²³¹⁹ Civ. 2, 20 juill. 1987, précités, requérant une faute exposant « *son auteur à un danger dont il aurait dû avoir conscience* ».

²³²⁰ L'article 1^{er}, alinéa 3 de la loi du 2 mars 1957 dispose que la faute inexcusable « *implique la conscience de la probabilité du dommage et son acception téméraire* ».

²³²¹ V. PIN, art. *cit.*

²³²² V. not. G. BRIERE DE L'ISLE, art. *cit.*, N. DEJEAN DE LA BÂTIE, *op. cit.*, n° 141, N. DUPUY-LOUP, art. *cit.*, C. EDON-LAMBALLE, *op. cit.*, n° 258, D. NGUYEN-BOURGEAIS, art. *cit.*, Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *op. cit.*, n° 58, B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *op. cit.*, n° 300, A. VIGNON-BARRAULT, *op. cit.*, n° 55, 89 et 491, G. VINEY, art. *cit.*, et G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. cit.*, n° 616.

²³²³ V. ainsi Soc., 1^{er} juill. 2003 : *Bull. civ.*, n° 219, dans lequel c'est « *la conformité de la machine à la réglementation et l'indétermination des causes de l'accident* » qui autorisent les magistrats à conclure « *que*

par la loi de 1957 est en revanche nettement plus subjective en ce qu'elle accumule les termes renvoyant à la sphère psychologique de l'agent. C'est bien une conscience effective des dangers qui semblent être exigée dans la mesure où le texte requiert une acceptation de la lésion éventuelle. Cela n'a cependant pas empêché la Cour de cassation d'en retenir une appréciation *in abstracto* et à appliquer en ce domaine une définition de la faute inexcusable très proche de celle ayant cours en droit de la sécurité sociale²³²⁴. Constante²³²⁵, cette jurisprudence a reçu le soutien motivé de la majorité de la doctrine. En droit pénal, les choses prêtent au moins autant à discussion. En effet, le texte n'exige pas qu'il y ait eu devoir de prévision mais bien possibilité de prévision. Si cela implique que la dangerosité du comportement est nécessaire, puisque l'on ne peut prévoir que ce qui est prévisible, celle-ci peut très bien ne pas être suffisante pour autant. Pouvoir prévoir, c'est aussi en avoir la capacité psychologique. Il est certain qu'en cas de trouble mental affectant cette aptitude, l'agent sera tenu pour irresponsable sur le fondement de l'article 122-1 du Code pénal. Néanmoins, il a déjà été observé que le droit positif retient une conception simpliste qui veut que tout trouble psychique soit traité sous la forme d'un défaut d'imputabilité laissant subsister l'infraction tout en excluant la responsabilité de son auteur²³²⁶. Il faut donc conclure que l'applicabilité d'une telle cause d'irresponsabilité ne peut pas, en l'état actuel du droit, éclairer sur le concept même de faute caractérisée. Il faut donc vérifier si une prévision effective du risque créé par l'auteur est ou non requise à sa constitution. La doctrine est divisée sur ce point²³²⁷. Quant à la jurisprudence, elle recourt généralement à l'appréciation *in abstracto* de la prévision²³²⁸ et s'autorise fréquemment à ne tenir compte que d'éléments

l'employeur ne pouvait avoir conscience du danger ». C'est simplement, en réalité, que le danger étant imprévisible, incertain ou inexistant, la conscience n'était pas due. Quasiment identique, v. Civ. 1, 22 mars 2005 : *JCP*, 2005, IV, 2095.

²³²⁴ En ce sens, v. Civ. 1, 18 oct. 2005, pourvoi n° 02-12.383, cité par M. MEKKI, *in note* sous Com., 21 mars 2006, préc. Adde L. LE ROY, « L'appréciation de la faute inexcusable du droit des transports, une hésitation symbole d'inadéquation », *Petites affiches*, 16 juill. 2009, pp. 8 et s., et Ph. LE TOURNEAU *et alii*, *op. cit.*, n° 3570.

²³²⁵ Un arrêt rendu par la chambre commerciale (Com., 21 mars 2006 : *JCP*, 2006, II, 10090, note M. MEKKI ; et *RTD civ.*, 2006, chron. P. JOURDAIN, pp. 569 et s.) a pu jeter le trouble et faire croire à un revirement de jurisprudence en ce qu'il exigeait une connaissance effective du dommage subi par la victime. Critiquée par la doctrine, cette décision est cependant restée isolée et ne fait pas l'unanimité au sein de la Cour de cassation. Sa première chambre civile estime en effet que la faute inexcusable est constituée dès lors qu'est relevée une conscience objective de la probabilité du dommage, nonobstant la connaissance effective des risques. V. en ce sens, Civ. 1, 2 oct. 2007 (2 arrêts) : *Bull. civ.*, n° 317 et 318, et Civ. 1, 25 juin 2009, pourvoi n° 07-21.636 : *Bull. numérique des arrêts publiés*, n° 730.

²³²⁶ V. *supra* n° 391 et s.

²³²⁷ Selon certains auteurs, la faute caractérisée est de même nature que la faute pénale simple dont elle ne se différencie, non par sa nature mais simplement par un degré de gravité objective supérieur. En ce sens, v. E. DREYER, *op. cit.*, n° 804 et s., P. MORVAN, *art. cit.*, et N. STONESTREET, *op. cit.*, n° 249. Egalement favorable à l'objectivité de la notion, v. Ph. CONTE, *op. cit.*, n° 76, F. JULITTE, *op. cit.*, n° 308 et s., J.-H. ROBERT, *op. cit.*, p. 340, et C. TOURNIER, *art. cit.* Favorable au contraire à une conception subjective subordonnant la faute caractérisée à une conscience effective du risque créé, v. F. DESPORTES et F. LE GUNEHÉC, *op. cit.*, n° 498-2, X. PIN, *op. cit.*, n° 184, qui explique la jurisprudence par l'idée de présomption, A. PONSEILLE, *art. cit.*, M. PRALUS, *art. cit.*, et V. SAINT-GERAND, *op. cit.*, n° 354.

²³²⁸ Crim., 29 juin 2010, pourvoi n° 09-84439. En ce sens, v. E. DREYER, *op. cit.*, n° 808 et s.

objectifs pour qualifier la faute caractérisée²³²⁹. Partant, elle lui applique la solution en vigueur en matière de fautes civiles inexcusables dont il n'y a aucune raison de retenir une autre interprétation.

Par conséquent, qu'il soit question de faute caractérisée ou de fautes inexcusables, c'est avant tout la dangerosité objective du comportement, caractéristique en fin de compte de l'« *exceptionnelle gravité* » du droit civil ou de la « *particulière gravité* » de l'article 121-3 du Code pénal, qui devient leur critère de qualification²³³⁰. Ce point commun milite en faveur de la thèse de leur identité notionnelle, laquelle se trouve encore renforcée par le partage d'un domaine commun, autre signe de leur spécificité au regard de la faute lourde. Sous cet angle, ces fautes pourraient par ailleurs n'apparaître que comme une simple déclinaison particulière de la faute lourde. Ce serait sans compter la particularité de leur domaine.

422. Domaine spécifique des fautes inexcusables et caractérisée. Du point de vue de leur domaine matériel d'une part, soit des situations de fait qu'elles ont vocation à appréhender, les fautes inexcusables et caractérisée ont pour point commun de réduire leur champ d'application aux hypothèses d'atteintes à la personne. Cela met encore l'accent sur leur critère objectif commun, la dangerosité, renforce leur confusion et exclut finalement qu'elles soient réduites à de simples fautes lourdes particulières. En droit civil en premier lieu, et à l'exception de celle du droit des transport aérien qui est aussi prise en compte comme cause de dommages patrimoniaux, la faute inexcusable est tout entière dédiée à l'amélioration de la réparation du dommage corporel. Plusieurs auteurs ont conclu en ce sens²³³¹ et le droit positif est assez clair. En droit de la sécurité sociale, la faute inexcusable concerne ainsi uniquement les accidents du travail et les maladies professionnelles. Mieux, l'article 5 de la loi du 5 juillet 1985 prive, explicitement quant à elle, de toute protection particulière les biens endommagés dans la mesure où l'indemnisation d'une telle lésion peut être limitée quelle que soit la gravité de la faute de la victime, à l'exception du cas où ils participeraient d'un traitement médical de celle-ci. A l'opposé, il faut une faute inexcusable de cette dernière pour

²³²⁹ Crim., 5 déc. 2000 : *Bull. crim.*, n° 363, Crim., 11 févr. 2003 : *Bull. Crim.*, n° 28, Crim., 19 oct. 2004 : *Bull. crim.*, n° 247, Crim., 13 févr. 2007, pourvoi n° 06-81.089 : *AJ pénal*, 2007, obs. G. ROUSSEL, p. 180, Crim., 1^{er} avr. 2008 : *RPDP*, 2008, chron. Ph. BONFILS, p. 85, Crim., 18 nov. 2008 : *D.*, 2009, note Y. JOSEPH-RATINEAU, p. 1320, et Crim., 12 janv. 2010 : *AJ pénal*, 2010, obs. J. LASSERRE-CAPDEVILLE, p. 241 ; et *Dr. pénal*, 2010, comm. n° 31, note M. VERON.

²³³⁰ *A fortiori*, la conscience effective du risque créé, qui n'enlève rien à sa prévisibilité objective, peut être appréhendée au titre de la faute caractérisée, la seule critique pouvant être adressée devant alors l'être au législateur aux motifs qu'il a trop limité la définition de la faute délibérée empêchant la sanction de l'ensemble des imprudences conscientes. Sur ces hypothèses de « *fautes délibérées imparfaites* », v. E. DREYER, *op. cit.*, n° 806 et 810, et en jurisprudence, Crim., 6 déc. 2005 : *JCP*, 2006, IV, 1041, et Civ. 2, 5 mars 1964 : *D.*, 1964, jur., p. 362 ; et *JCP*, 1964, II, 13696, note M. DE JUGLART.

²³³¹ V. en ce sens, Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *op. et loc. cit.*, G. RIPERT et J. BOULANGER, *op. cit.*, n° 953, G. VINEY, art. *cit.*, et G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. et loc. cit.* Rapp. G. BRIERE DE L'ISLE, art. *cit.*

que l'indemnisation de son dommage corporel soit limitée ou exclue²³³². Le même constat a été fait au sujet de la faute caractérisée de l'article 121-3, alinéa 4 du Code pénal en second lieu²³³³. Il paraît tout à fait justifié. En effet, le texte évoque une faute qui « *exposait autrui à un risque* », de telle sorte que ce sont bien les personnes humaines, dans leur intégrité physique et psychique, ainsi que dans leur existence même, qui semblent devoir être protégées *via* la répression de cette faute. Cependant, la jurisprudence ne respecte pas cette limite fonctionnelle de la faute caractérisée puisqu'elle l'a étendue à des infractions matérielles non intentionnelles protégeant des valeurs purement collectives, comme le délit de pollution des eaux²³³⁴. Une telle solution semble relever d'une interprétation analogique contraire au principe de l'interprétation stricte posé à l'article 111-4 du Code pénal. Il faut donc la dénoncer comme illégale. Si l'on s'en tient à une stricte lecture des textes, la faute caractérisée se rapproche donc de la faute inexcusable quant à son domaine matériel particulier²³³⁵.

Quant à son domaine juridique d'autre part, c'est-à-dire quant aux disciplines dans lesquelles elles sont appliquées, les éléments constitutifs tout comme le champ d'application matériel communs des fautes inexcusables et caractérisée amènent à *une conclusion du point de vue de la comparaison du droit pénal et de la responsabilité civile : celle de l'identité avérée entre faute inexcusable et faute caractérisée, les deux apparaissant comme des fautes volontaires objectivement dangereuses pour autrui*²³³⁶.

L'identité des fautes non intentionnelles qualifiées est donc en fin de compte réelle, quoique relative. Si les fautes inexcusables et caractérisées se confondent par leur notion et leur champ d'application, la faute lourde et la faute délibérée sont des notions appartenant respectivement aux seuls ordres civil et pénal de responsabilité. Ce constat nuancé semble d'ailleurs être le sceau de l'anormalité subjective qualifiée en général puisqu'il peut être fait, pour d'autres raisons néanmoins, à propos de la faute intentionnelle.

²³³² La force majeure et le fait d'un tiers restent néanmoins des moyens de défense irrecevables. V. article 1^{er} de la même loi, et Civ. 2, 1^{er} févr. 1989 : *Bull. civ.*, n° 230.

²³³³ En ce sens, v. Ph. SALVAGE, art. *cit.*, et V. SAINT-GERAND, *op. cit.*, n° 355.

²³³⁴ V. not. Crim., 19 oct. 2004, préc., et Paris, 30 mai 2010, préc.

²³³⁵ D'un point de vue politique, en revanche, on peut comprendre une telle jurisprudence, qui a l'intérêt d'éviter une dépénalisation, peut-être non désirée par un législateur imprévoyant, des faits de pollution non intentionnelle indirectement causée. Si l'on voulait bien respecter les termes de la loi en effet, dans un tel cas, la sanction pénale se verrait subordonnée à l'établissement d'une faute délibérée de l'auteur. Sur la question, v. not. D. GUIHAL, « Le droit pénal de l'environnement peut-il être efficace ? », préc.,

²³³⁶ En ce sens, v. E. FORTIS, art. *cit.*, et Ph. SALVAGE, art. *cit.* *Contra* A. PONSEILLE, art. *cit.*, et H. PY-LEBRUN, *op. cit.*, n° 275.

B- L'identité relative des fautes intentionnelles

423. Fatalité de la relativité de l'identité des fautes intentionnelles. Il était impossible que l'intention pénale et l'intention civile se rencontrent systématiquement. Leur identité ne pouvait être que relative en raison de la nature même de la notion d'intention. Comme l'ont révélé les pénalistes, à commencer par les criminalistes de l'ancien droit français²³³⁷, il s'agit d'une notion riche de nuances et toute relative²³³⁸ (1). Le droit positif, aussi bien pénal que civil, n'est qu'un simple reflet de cette réalité (2).

1. La relativité de la notion d'intention

424. Première approche de l'intention. Etymologiquement, le mot "intention" vient du latin "*intendere*", qui signifie "tendre vers"²³³⁹. A ce titre, on définit classiquement l'intention comme une tension de volonté orientée vers un but. C'est-à-dire que là où la faute non intentionnelle traduit une volonté tendue vers un acte, la faute intentionnelle fait plus en faisant porter la volonté, non seulement sur le comportement mais aussi sur les effets recherchés *via* ce comportement. Plus précisément, *l'intention est donc la volonté tendue vers l'acte et son résultat*²³⁴⁰. Elle implique donc, du point de vue de la psychologie de l'agent, à la fois l'aptitude à jouir de volonté, l'aptitude à exercer sa volonté, l'exercice effectif de cette

²³³⁷ Sur l'apport des pénalistes à la conceptualisation et à la théorisation de l'intention, v. D. NGUYEN-BOURGEAIS, art. cit., et J.-H. ROBERT, *op. cit.*, p. 320.

²³³⁸ V. R. BERNARDINI, *op. cit.*, n° 58, Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *op. cit.*, n° 381, J. FRANCILLON, *op. cit.*, p. 36 et 98, E. GARÇON, *op. cit.*, art. 1^{er}, n° 178, R. GARRAUD, *op. cit.*, n° 290, V. MALABAT, *op. cit.*, n° 440 et s., et B. THELLIER DE PONCHEVILLE, *La condition préalable de l'infraction*, préc., n° 561.

²³³⁹ V. B. BOULOC, *op. cit.*, n° 270, Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *op. cit.*, n° 381, R. GARRAUD, *op. cit.*, n° 287, B. MERCADAL, « Recherches sur l'intention en droit pénal », *Rev. sc. crim.*, 1967, pp. 1 et s., J. ORTOLAN, *op. cit.*, n° 249, P.-A. PAGEAUD, art. cit., V. SAINT-GERAND, *op. cit.*, n° 234 et s., N. STONESTREET, *op. cit.*, n° 235, et A. VIGNON-BARRAULT, *op. cit.*, n° 2.

²³⁴⁰ En ce sens, v. not. R. BERNARDINI, *op. cit.*, J.-C. BERREVILLE, art. cit., J. CEDRAS, art. cit., Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *op. cit.*, n° 379 et s., J. FRANCILLON, *op. cit.*, n° 85 et s., R. GARRAUD, *op. cit.*, n° 282 et s., Ch. LAPOYADE-DESCHAMPS, L. BLOCH et S. MORACCHINI-ZEIDENBERG, *op. cit.*, p. 179, V. MALABAT et J.-Ch. SAINT-PAU, « Le droit pénal général malade du sang contaminé », préc., Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, préc., n° 228, et « La volonté à la lumière du nouveau Code pénal », préc., B. MERCADAL, art. cit., R. MERLE et A. VITU, *op. cit.*, n° 129, P. MORVAN, art. cit., D. NGUYEN-BOURGEAIS, art. cit., J. ORTOLAN, *op. et loc. cit.*, X. PIN, *op. cit.*, n° 174 et s., H. PY-LEBRUN, *op. cit.*, n° 318 et s., V. SAINT-GERAND, *op. cit.*, n° 187 et s., C. TOURNIER, art. cit., et A. VIGNON-BARRAULT, *op. cit.* On y assimile parfois la persistance dans l'accomplissement d'un acte que l'on croit certain d'entraîner ledit résultat. En ce sens, v. not. Ch. AUBRY et Ch. RAU par DEJEAN DE LA BÂTIE, *op. cit.*, n° 22, Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *op. cit.*, n° 381, M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, p. 95, J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *op. cit.*, n° 101 et 110, J. FRANCILLON, *op. cit.*, p. 95 et s., R. GARRAUD, *op. cit.*, n° 301, Ph. LE TOURNEAU *et alii*, *op. cit.*, n° 3516, V. MALABAT, *op. cit.*, n° 440, Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *op. cit.*, n° 57, Ph. MALINVAUD et D. FENOUILLET, *op. cit.*, n° 587, H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, t. 1, préc., n° 409 et s., J. ORTOLAN, *op. cit.*, n° 390, B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *op. cit.*, n° 299, F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n° 574 et 727, et G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. cit.*, n° 619.

volonté, mais aussi un discernement matériel bien développé à même d'envisager et de saisir clairement les conséquences de ses actes²³⁴¹.

Juridiquement, deux qualifications de la notion sont proposées. Ainsi, tandis qu'une part majeure de la doctrine la qualifie de *dol général*²³⁴², d'autres auteurs rejettent cette qualification au profit de celle de *dol spécial*²³⁴³. Cette dernière conception doit être critiquée tant dans ses tenants que dans ses aboutissants. Tout d'abord, elle découle du fait que ses adeptes, inspirés par la définition qu'en donnait GARÇON²³⁴⁴, ramènent le dol général à une simple violation consciente de la loi, ce qui a été à plusieurs reprises et très justement critiqué comme une confusion de celui-ci avec le principe de légalité et l'exigence générale d'imputabilité²³⁴⁵. Elle s'explique également par une conception très restrictive du résultat, réduit à l'atteinte effective à un intérêt individuel, qui ne paraît pas correspondre au droit positif²³⁴⁶. Ensuite, cette conception conduit en outre à un ensemble de conséquences qui peuvent être troublantes. Les auteurs finissent par considérer que seules les infractions matérielles peuvent être intentionnelles²³⁴⁷ ou que l'intention doit être qualifiée différemment selon que l'infraction est formelle (dol général) ou matérielle (dol spécial)²³⁴⁸. Mais surtout, cela amène à présenter le dol général comme une notion commune à toutes les infractions, y compris non intentionnelles, à en faire l'élément moral général²³⁴⁹, ce qui, d'une part, le rend inutile et, d'autre part, paraît faux car contraire à la distinction du *dol* et de la *culpa*. Cette notion n'est pas générale en tant qu'élément moral, au regard de l'ensemble des infractions, mais en tant que dol, pour les seules infractions intentionnelles. Il ne peut s'agir que de l'intention générale et minimale²³⁵⁰.

²³⁴¹ Sur cet aspect, v. R. BERNARDINI, *op. cit.*, n° 68 et s. et 69 et s., et A. VIGNON-BARRAULT, *op. cit.*, n° 17 et s. Rapp. B. THELLIER DE PONCHEVILLE, *op. cit.*, n° 574 et s.

²³⁴² En ce sens, v. not. Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *op. cit.*, n° 382, R. GARRAUD, *op. cit.*, n° 290, C. MARGAINE, *op. cit.*, n° 104 et s., X. PIN, *op. cit.*, n° 176, et H. PY-LEBRUN, *op. cit.*, n° 327. Rapp. J.-H. ROBERT, *op. cit.*, p. 320 et s.

²³⁴³ V. ainsi, M. BENILLOUCHE, *art. cit.*, J.-C. BERREVILLE, *art. cit.*, A.-Ch. DANA, *op. cit.*, n° 471 et s., F. DESPORTES et F. LE GUNHEC, *op. cit.*, n° 470 et s., H. DONNEDIEU DE VABRES, *op. cit.*, n° 122 et s., R. MERLE, *op. cit.*, p. 230 et s., R. MERLE et A. VITU, *op. cit.*, n° 596, I. MOINE-DUPUIS, « L'intention en droit pénal : une notion introuvable ? », *D.*, 2001, chron., pp. 2145 et s., J. PRADEL, *op. cit.*, n° 507, et M.-L. RASSAT, *op. cit.*, n° 289.

²³⁴⁴ *In op. cit.*, art. 1^{er}, n° 81.

²³⁴⁵ En ce sens, v. R. BERNARDINI, *op. cit.*, n° 195 et s., A.-Ch. DANA, *op. cit.*, n° 456 et s., E. FORTIS, *op. cit.*, n° 515, J. LEBRET, « Essai sur la notion de l'intention criminelle », *Rev. sc. crim.*, 1938, pp. 438 et s., B. MERCADAL, *art. cit.*, P. MORVAN, *art. cit.*, P.-A. PAGEAUD, *art. cit.*, et H. PY-LEBRUN, *op. cit.*, n° 330.

²³⁴⁶ V. *supra* n° 71 et s.

²³⁴⁷ V. not. Y. MAYAUD, « Des risques causés à autrui. Applications et implications, ou de la naissance d'une jurisprudence », *Rev. sc. crim.*, pp. 575 et s., et P.-A. PAGEAUD, *art. cit.*

²³⁴⁸ V. not. E. DREYER, *op. cit.*, n° 845 et s., et R. MERLE, *op. cit.*, p. 234.

²³⁴⁹ En ce sens, v. R. MERLE et A. VITU, *op. cit.*, n° 577 et s., et M.-L. RASSAT, *op. cit.*, n° 285.

²³⁵⁰ V. ainsi, B. THELLIER DE PONCHEVILLE, *op. cit.*, n° 581. La notion de dol spécial est donc quelque chose de plus dont le sens sera précisé *infra* n° 426.

425. Relativité de l'intention en fonction de son objet. Une telle définition reste néanmoins insuffisante, car il n'est pas assez de dire que l'on veut. Encore faut-il savoir ce qui est voulu. Notion relative, l'intention doit être complétée par une notion référentielle qui est celle de résultat.

Mais la question se pose immédiatement de savoir de quel résultat il doit s'agir. La doctrine, lorsqu'elle prend la peine de le préciser, se divise en deux camps, certains évoquant le résultat redouté par le législateur, soit le résultat matériel, atteinte effective à un intérêt juridiquement protégé²³⁵¹, tandis que d'autres font référence à la notion de résultat légal, à savoir celui qui parfait la constitution du fait générateur de responsabilité²³⁵². Cette deuxième opinion emporte davantage la conviction. En effet, la thèse inverse présente l'inconvénient de poser le problème de la détermination, pour chaque infraction, du résultat redouté par le législateur, tout en aboutissant à réduire de manière importante la catégorie des infractions intentionnelles, nombre d'infractions formelles n'exigeant pas qu'il y ait volonté de porter atteinte à une valeur sociale. A l'inverse, raisonner par rapport au résultat légal, permet non seulement de maintenir certains comportements dans le giron de l'intention, puisque l'objet de cette dernière pourra aussi bien être une lésion qu'un risque de lésion²³⁵³, mais traduit aussi une approche plus legaliste et technique, et donc plus légitime, dès lors qu'il s'agit de ne tenir compte que du seul résultat juridiquement pertinent. En outre, une telle conception prend acte de la diversité des résultats légaux que permet d'appréhender le concept de responsabilité juridique²³⁵⁴. *On peut donc préciser la définition juridique de l'intention en la désignant comme le dol général, soit la tension anormale de volonté vers le résultat légal du fait générateur de responsabilité.*

Il en résulte que l'intention sera forcément relative au résultat légal du fait générateur de responsabilité dont on vérifie concrètement la constitution. Or, cette relativité se décline sur deux plans. La définition concrète et complète de l'intention dépendra en effet de savoir, d'une part, si le contenu du résultat légal est de nature juridique ou matérielle, c'est-à-dire si le résultat légal requis consiste en une atteinte ou en une menace à intérêt juridique, et, d'autre part, quel est ce bien juridique qui en fait l'objet.

²³⁵¹ V. not. A.-Ch. DANA, *op. cit.*, n° 471, note 66, et 475 et s., et SAINT-GERAND, *op. cit.*, n° 214 et 242 et s. Sur la notion de résultat matériel, v. *supra* n° 74 et 88 et s.

²³⁵² V. ainsi, Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *op. cit.*, n° 381 et s., V. MALABAT et J.-Ch. SAINT-PAU, *art. cit.*, et N. STONESTREET, *op. et loc. cit.* Rappr. X. PIN, *op. cit.*, n° 175. Sur la notion de résultat légal, v. *supra* n° 26 et s.

²³⁵³ Il n'est pas anodin qu'une infraction soit intentionnelle ou non, notamment du point de vue de la politique criminelle puisque, par exemple, seule une infraction intentionnelle autorise la qualification de crime (C. pén., art. 121-3, al. 1^{er}) et donc l'application du régime répressif conséquent, ainsi que l'incrimination de la tentative, voire la répression de la complicité.

²³⁵⁴ V. *supra* n° 71 et s.

426. Relativité de l'intention en fonction de sa précision. A cette première cause de relativité, il faut ajouter qu'à côté du dol général, les pénalistes ont opéré de nombreuses distinctions reflétant l'extrême variété des facettes de l'intention. Celle-ci peut notamment être plus ou moins précise, comme en témoignent les notions suivantes.

L'intention est une notion juridique abstraite et, si elle suppose la jouissance et l'exercice de certaines capacités psychologiques, elle n'est pas le reflet fidèle et intégral de la personnalité de l'agent. Elle permet la qualification du fait et la répression de son auteur, pas de le comprendre lui ou son acte²³⁵⁵. On enseigne en effet classiquement qu'il faut distinguer l'intention et le mobile, seule la première étant juridiquement pertinente²³⁵⁶. Le second, qu'il est utile de qualifier plus généralement de *motivation*²³⁵⁷, est la cause à la fois efficiente (à travers les mobiles *stricto sensu*, qui relèvent de la sensibilité du sujet, de l'ordre de l'inconscient, et qui se manifestent par un désagrément suscitant le besoin d'y mettre un terme) et finale (*via* les motifs, qui ressortissent à l'intelligence de l'agent, de l'ordre de la conscience, et qui prennent la forme de la détermination d'un but à atteindre aux fins de satisfaction dudit besoin et, éventuellement, des moyens permettant d'y accéder) du fait générateur, éventuellement intentionnel²³⁵⁸. Il ne s'agit pas de la mise en œuvre délibérée de son comportement à la satisfaction de cette cause. Sur insistance des criminologues positivistes et de l'école de la défense sociale, la doctrine lui consent un rôle de fait en relevant qu'elle peut être prise en considération par le juge au titre de l'individualisation de la peine²³⁵⁹. Mais il arrive que le droit prenne officiellement en compte certaines motivations²³⁶⁰ en les érigeant en *dol spécial*²³⁶¹. Techniquement, celui-ci est une *tension de volonté qui dépasse le résultat légal*. Indispensable à la constitution de l'infraction, le dol spécial prend en compte un élément objectif qui, lui, ne l'est pas. Il enrichit dès lors l'intention en exigeant qu'elle ait une origine ou une direction précise. Il ne suffira plus dès lors de vouloir, par

²³⁵⁵ Sur ce point, v. R. BERNARDINI, *op. cit.* Rappr. E. DREYER, *op. cit.*, n° 827.

²³⁵⁶ Outre les ouvrages généraux, v. P. MIMIN, « L'intention et le mobile », *Mél. M. Patin*, préc., pp. 115 et s. Adde X. PIN, art. *cit.*

²³⁵⁷ M. Bernardini la définit très clairement comme le « *super-concept dynamique qui se réfère à la fois aux buts vers lesquels un comportement est dirigé et aux états affectifs qui le déclenchent* », in *op. cit.*, n° 361. Sur la distinction de motifs et des mobiles qui la composent, v. *ibid.*, n° 359 et s. Adde B. MERCADAL, art. *cit.*, et A. VIGNON-BARRAULT, *op. cit.*, n° 3.

²³⁵⁸ Un argument supplémentaire en faveur de la distinction de l'intention et du mobile tient effectivement au fait qu'un fait non intentionnel peut fort bien être motivé. Pour une illustration, v. *infra* n° 579.

²³⁵⁹ V. not. B. BOULOC, *op. cit.*, n° 276 et s., P. BOUZAT et J. PINATEL, *op. cit.*, n° 174, Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *op. cit.*, n° 384, H. DONNEDIEU DE VABRES, *op. cit.*, n° 121, E. DREYER, *op. cit.*, n° 862, E. GARÇON, *op. cit.*, art. 1^{er}, n° 73, R. GARRAUD, *op. cit.*, n° 290, Y. MAYAUD, *op. cit.*, n° 222, R. MERLE et A. VITU, *op. cit.*, n° 591, P. MIMIN, art. *cit.*, P.-A. PAGEAUD, art. *cit.*, X. PIN, *op. cit.*, n° 180, et J. PRADEL, *op. cit.*, n° 505. Pour illustration, v. Crim., 25 mars 1998 : *Dr. pénal*, 1998, comm. n° 112, obs. M. VERON, et TGI Foix, 3 oct. 2000 : *D.*, 2001, somm. comm., obs. GALLOUX, p. 1357. V. toutefois, sur l'insuffisance de la prise en compte de la motivation de l'infraction au stade du choix de la peine, R. BERNARDINI, *op. cit.*, n° .

²³⁶⁰ Rarement d'ailleurs la cause finale recherchée par l'auteur. V. R. BERNARDINI, *op. cit.*, n° 377.

²³⁶¹ Considérant le dol spécial comme un mobile spécialement incriminé, v. P. BOUZAT et J. PINATEL, *op. cit.*, n° 174, Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *op. et loc. cit.*, V. MALABAT, *op. cit.*, n° 445, P. MIMIN, art. *cit.*, P. MORVAN, art. *cit.*, X. PIN, *op. cit.*, n° 179, J.-H. ROBERT, *op. cit.*, p. 323, et N. STONESTREET, *op. et loc. cit.* Rappr. H. PY-LEBRUN, *op. cit.*, n° 249 et 333

exemple, détruire une espèce protégée ou créer un risque pour la vie d'autrui, encore faudra-t-il le faire pour une raison particulière, comme la recherche d'un profit pécuniaire ou d'une décharge d'adrénaline. *Exiger un dol spécial, c'est donc préciser la manifestation de volonté tenue pour suffisamment anormale et opérer un tri parmi des comportements qui, du point de vue du dol général, sont identiques.* Selon que l'on exigera ou non un dol spécial, l'intention requise sera donc différente.

La distinction des dols déterminé, indéterminé et praeterintentionnel est également considérée comme illustrant la plus ou moins grande précision qui peut animer la tension de volonté de l'auteur d'une faute intentionnelle. *On qualifie de dol déterminé la manifestation de volonté consistant à désirer précisément un résultat donné soit quant à sa nature, soit quant à son degré de gravité, soit quant à sa victime*²³⁶². *A la différence, il y a dol indéterminé lorsque l'auteur aura désiré un résultat sans réfléchir précisément à l'un ou à plusieurs de ces paramètres*²³⁶³. *Il en est de même en cas de dol praeterintentionnel.* Pour distinguer ces deux derniers, on propose toutefois généralement un critère, celui de la prévisibilité. Il y aurait dol indéterminé lorsque le résultat obtenu était prévisible et praeterintentionnel lorsque tel n'était pas le cas²³⁶⁴. A la vérité, cette proposition n'est pas très convaincante. En effet, si l'on prend l'exemple classique des violences, on sait que l'on considère qu'il y a dol indéterminé tant qu'il n'y a pas mort et dol praeterintentionnel ce stade atteint. Cependant, on voit mal en quoi le fait d'attraper violemment le bras d'une personne atteinte de la maladie des os de verre et de lui causer une grave fracture serait plus prévisible que de tuer involontairement une personne que l'on entendait simplement blesser par arme blanche... La prévisibilité n'est donc pas un critère satisfaisant²³⁶⁵. En réalité, le critère qui semble être le plus pertinent est celui qui tient à la nature du résultat obtenu. Tant qu'elle est identique à celle du résultat voulu, on est en présence d'un dol indéterminé. En revanche, lorsque le résultat obtenu touche un intérêt juridique différent de celui que l'agent s'était proposé d'atteindre, il s'agit d'une faute praeterintentionnelle²³⁶⁶. Il faut alors noter qu'à bien y regarder, la seule différence entre les deux notions ne tient plus qu'à son élément matériel et le principal intérêt de la question est celui de savoir dans quelle mesure le résultat concrètement obtenu sera pris en compte au stade de la sanction applicable. *Que l'on retienne le critère de la prévisibilité ou celui de la*

²³⁶² V. R. BERNARDINI, *op. cit.*, n° 223, B. BOULOC, *op. cit.*, n° 282, R. GARRAUD, *op. cit.*, n° 291, R. MERLE, *op. cit.*, p. 235, N. STONESTREET, *op. cit.*, n° 238 et s., et G. VIDAL et J. MAGNOL, *op. cit.*, n°127.

²³⁶³ V. not. sur l'imprécision de l'identité de la victime, M. BENILLOUCHE, *art. cit.*, B. BOULOC, *op. et loc. cit.*, P. BOUZAT et J. PINATEL, *op. cit.*, n° 181bis, H. DONNEDIEU DE VABRES, *op. cit.*, n° 130, J. LEBRET, *art. cit.*, et J. PRADEL, *op. cit.*, n° 509.

²³⁶⁴ V. en ce sens, R. BERNARDINI, *op. cit.*, n° 225 et 337, Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *op. cit.*, n° 389, R. GARRAUD, *op. cit.*, n° 301, V. MALABAT, *op. cit.*, n° 456 et s., et « Retour sur le résultat de l'infraction », préc., R. MERLE, *op. et loc. cit.*, R. MERLE et A. VITU, *op. cit.*, n° 599, P.-A. PAGEAUD, *art. cit.*, X. PIN, *op. cit.*, n° 188 et s., et J. PRADEL, *op. cit.*, n° 510.

²³⁶⁵ A plus forte raison doit-il donc en être du critère tiré de la *prévision* du résultat obtenu qui caractériserait le dol indéterminé par opposition à la praeterintention et que proposent notamment E. GARÇON, *op. cit.*, art. 1^{er}, n° 95, R. GARRAUD, *op. cit.*, n° 291, R. MERLE et A. VITU, *op. cit.*, n° 594, et G. VIDAL et J. MAGNOL, *op. cit.*, n° 227.

²³⁶⁶ Comp. X. PIN, *op. cit.*, n° 189, et N. STONESTREET, *op. cit.*, n° 239.

nature du résultat obtenu en revanche, les deux attitudes sont semblables du point de vue de l'état d'esprit : c'est une tension de volonté imprécise quant à l'identité de la victime ou à la gravité ou nature du résultat recherché. Il n'y a donc pas lieu de les opposer sur le plan de l'anormalité subjective.

427. Bilan. Les exigences de la loi relativement à l'intention peuvent donc être très variées : elle peut requérir ou non une motivation déterminée et commander ou pas que l'auteur ait voulu que le résultat se produise tel qu'il s'est effectivement réalisé. Si l'on ajoute à cela que l'intention se définit par rapport à la nature, juridique ou matérielle, de son résultat légal, on comprend bien que l'identité des intentions civile et pénale ne peut être que relative.

2. La relativité des intentions pénale et civile

428. Relativité de l'objet de la volonté et relativité de la tension de volonté en droit positif. La première condition pour qu'il puisse y avoir identité des intentions pénale et civile tient à ce que leur résultat légal, dont dépend la définition complète et concrète de l'intention, soit identique. Or il a déjà été répondu affirmativement à cette question puisqu'il a été démontré que le concept de responsabilité juridique permettait, voire commandait, que droit pénal et droit de la responsabilité civile convergent sur la question du résultat légal, que celui-ci consiste en une atteinte ou un risque. La seconde condition tient à l'identité des exigences du droit positif quant à la précision de la tension de volonté requise pour la constitution du fait générateur en droit pénal et en fait de responsabilité civile. C'est sur ce point que l'identité des intentions pénale (a) et civile (b) est relative car, si elle n'est pas exclue, elle n'est pas non plus générale et tout dépend du fait générateur ou de la faute intentionnelle dont il est question.

a- L'intention en droit pénal de la responsabilité

429. Importance de l'intention en droit pénal. L'intention est une notion fondamentale en droit pénal²³⁶⁷. Expression la plus grave de la criminalité en ce qu'elle signifie toute la dangerosité, toute l'immoralité et toute l'antisocialité de son auteur, l'infraction intentionnelle entraîne avec elle un régime propre qui rend indispensable la détermination de la notion d'intention. C'est la raison pour laquelle cette dernière exige un

²³⁶⁷ V. outre les ouvrages généraux, M. BENILLOUCHE, art. cit., R. BERNARDINI, *op. cit.*, A.-Ch. DANA, *op. cit.*, n° 454 et s., E. FORTIS, *op. cit.*, n° 503 et s., J. FRANCILLON, *op. cit.*, p. 85 et s., L. JIMENEZ DE ASUA, « L'infraction *praeter* intentionnelle », *Rev. sc. crim.*, 1960, pp. 567 et s., J. LEBRET, art. cit., Y. MAYAUD, art. cit., B. MERCADAL, art. cit., P. MIMIN, art. cit., I. MOINE-DUPUIS, art. cit., P.-A. PAGEAUD, art. cit., H. PY-LEBRUN, *op. cit.*, n° 216 et s., V. SAINT-GERAND, *op. cit.*, n° 185 et s., et N. STONESTREET, *op. et loc. cit.*

examen attentif du droit positif, lequel révèle une cohabitation des dols général et spécial (α) et des dols indéterminé et indéterminé (β) attestant de la relativité de la notion.

α - La cohabitation des dols général et spécial

430. Exigence de principe du dol général – infraction consommée. Il vient d'être dit que l'intention est extraite du processus psychologique par lequel l'auteur d'un acte en vient à l'accomplir pour n'être prise en compte que de manière abstraite et qu'aux seules fins de constitution des infractions intentionnelles consommées et de la complicité et donc de répression de l'auteur.

Le dol général apparaît donc comme l'intention pénale de principe. Elle l'est, d'abord, pour les infractions consommées. Tel est le cas pour celles qui sont de nature matérielle, dont le résultat légal est un résultat juridique consistant en un dommage patrimonial ou extrapatrimonial. La seule intention exigée pour leur constitution est celle de causer ce dommage, peu importe la motivation de l'auteur. Ainsi le meurtrier doit-il avoir la volonté de tuer, qu'il agisse par amour ou par plaisir sadique²³⁶⁸, celui qui blesse autrui celle de porter atteinte à son intégrité corporelle que ce soit par intention de nuire ou pour le plaisir de la victime²³⁶⁹, et le voleur celle de s'arroger la possession de la chose, qu'il entende par là s'enrichir indûment ou se payer lui-même sur les biens de son débiteur²³⁷⁰.

Le principe vaut aussi pour les infractions formelles. Leur résultat légal est un résultat matériel, consistant en une modification de l'environnement de l'auteur autre que l'atteinte à un intérêt protégé et constitué souvent, *de lege lata*, et exclusivement, *de lege ferenda*, par un risque, c'est-à-dire par l'aléa de l'avènement d'un événement défavorable. Le dol général est dès lors constitué, pour ces infractions, par l'intention de créer le risque ou plus généralement la modification du monde incriminée, peu importe la raison pour laquelle il le veut. La volonté de créer effectivement un dommage est notamment indifférente. Ainsi celui qui exhibe sa nudité ou sa sexualité doit simplement consentir à – et donc vouloir – l'éventualité que la liberté sexuelle d'autrui soit lésée. Il sera sans importance que ce risque ait été accepté par l'excitation que lui procurerait le fait d'être surpris ou comme simple moyen de bénéficier d'un bronzage intégral ou de manifester contre la corrida. Cela est très clair dans la jurisprudence relative à l'élément moral du délit d'exposition d'autrui à un risque²³⁷¹. Concernant sa nature, la jurisprudence semble clairement requérir une faute intentionnelle et non une simple faute délibérée. En effet, les juges évoquent souvent l'« *élément intentionnel* »

²³⁶⁸ V. Crim., 8 janv. 1991: *Bull. crim.*, n° 14, et Crim., 11 févr. 1998: *Bull. crim.*, n° 54.

²³⁶⁹ V. Toulouse, 8 févr. 2001: *JCP*, 2001, IV, 2071.

²³⁷⁰ V. Crim., 20 nov. 1947: *Bull. crim.*, n° 227, Crim., 4 juin 1969: *Gaz. Pal.*, 1969, 2, somm., p. 26, et Crim., 24 avr. 2001: *Bull. crim.*, n° 98.

²³⁷¹ Sur cette question, outre les ouvrages de droit pénal spécial, v. J. CEDRAS, art. cit., V. MALABAT, « Le délit dit de "mise en danger". La lettre et l'esprit », préc., et Y. MAYAUD, « Du caractère non intentionnel de la mise en danger délibérée de la personne d'autrui », *Rev. sc. crim.*, 1996, pp. 651 et s.

du délit, exigence qu'ils tirent à bon droit de l'article 121-3, alinéa 1²³⁷². Quant à son contenu, il a été jugé que celui-ci ne consiste pas en « *la recherche délibérée d'un résultat dommageable* »²³⁷³, ce qui aurait constitué un dol spécial, mais bien en « *l'intention (...) de mettre autrui en danger* »²³⁷⁴, laquelle résulte suffisamment de la « *conscience du risque créé et (du fait que l'auteur) ait de façon délibérée décidé de passer outre* »²³⁷⁵. Le dol général suffit donc pour cette infraction comme, en principe, pour toute infraction consommée.

431. Exigence de principe du dol général – complicité. Ensuite, il suffit également de cette intention générale pour constituer le fait générateur de responsabilité du complice. Il est acquis que la complicité est un comportement intentionnel. Cela est exigé par l'article 121-7 du Code pénal²³⁷⁶, la doctrine est unanime en ce sens²³⁷⁷ et la jurisprudence ne dit pas le contraire²³⁷⁸. Quant au contenu de cette intention, elle doit évidemment porter sur son acte, la provocation ou l'assistance apportée. Elle doit également avoir pour objet son résultat dont on a vu qu'il consistait en la constitution de l'infraction d'autrui, que ce soit par tentative lorsqu'elle est répréhensible ou par consommation²³⁷⁹. Le complice doit avoir la volonté que l'infraction d'autrui soit constituée, ce qui implique qu'il doive vouloir ou accepter comme certain que l'ensemble des éléments constitutifs de l'infraction soient réunis, y compris son élément moral²³⁸⁰. Il n'a pas à vouloir davantage et sera tenu pour responsable qu'il ait agi par amitié pour l'auteur ou par peur de perdre son emploi²³⁸¹.

On s'est toutefois demandé si, lorsque l'infraction principale exigeait un dol spécial, la constitution de la complicité ne devait pas être également subordonnée elle aussi à cet élément moral plus précis. Une partie de la doctrine y est assez favorable au titre de la subjectivité de la complicité qui implique une rencontre de volontés quant à l'infraction à commettre²³⁸².

²³⁷² V. not. Grenoble, 19 févr. 1999 : *D.*, 2000, somm. comm., obs. Y. MAYAUD, p. 34, et *Crim.*, 9 mars 1999 : *Bull. crim.*, n° 34.

²³⁷³ Douai, 11 janv. 1995 : *Rev. sc. crim.*, 1996, obs. Y. MAYAUD, p. 651.

²³⁷⁴ Grenoble, 19 févr. 1999, préc.

²³⁷⁵ T. Corr. Péronne, 4 juill. 1995 : *Gaz. Pal.*, 19-20 juin 1996, chron. J.-P. DOUCET, p. 96. *Adde* TGI Saint-Etienne, 10 août 1994 : *Gaz. Pal.*, 1994, 2, note J.-G. M., p. 775 ; et *Rev. sc. crim.*, 1995, obs. Y. MAYAUD, p. 575, et *Crim.*, 1^{er} juin 1999, pourvoi n° 98-82.468 : *Gaz. Pal.*, 1999, 2, chron. crim., obs. J.-P. DOUCET, p. 142, et *Crim.*, 9 mars 1999, préc..

²³⁷⁶ L'article 121-7, alinéa 1, précise que l'aide et l'assistance doivent être apportées « *sciemment* », et son alinéa 2 indique que les instructions doivent avoir été données « *pour* » commettre une infraction.

²³⁷⁷ Outre les ouvrages généraux, v. R. KOERING-JOULIN, « L'élément moral de la complicité par fourniture de moyens ruineux (article 131-2° de la loi n° 67-563 du 13 juillet 1967) », *D.*, 1980, chron., pp. 231 et s., R. LEGROS, « L'élément intentionnel dans la participation criminelle », *RDPC*, 1952-1953, pp. 117 et s., X. PIN, *Le consentement en matière pénale*, L.G.D.J., Bibliothèque des sciences criminelles, t. 36, 2002, n° 266 et s., et F. ROUSSEAU, *op. cit.*, n° 208 et s.

²³⁷⁸ V. not. *Crim.*, 27 nov. 1952 : *Bull. crim.*, n° 283, *Crim.*, 28 juin 1995 : *Bull. crim.*, n° 241, et *Crim.*, 19 juin 2001 : *Bull. crim.*, n° 148.

²³⁷⁹ V. *supra* n° 96 et s.

²³⁸⁰ En ce sens, v. E. DREYER, *op. cit.*, n° 1023, E. GARÇON, *op. cit.*, art. 59/60, n° 350, R. KOERING – JOULIN, art. *cit.*, R. LEGROS, art. *cit.*, et F. ROUSSEAU, *op. cit.*, n° 226 et s.

²³⁸¹ V. par exemple, *Crim.*, 28 févr. 1962 : *Bull. crim.*, n° 111.

²³⁸² En ce sens, v. not. E. DREYER, *op. cit.*, n° 1026, R. KOERING-JOULIN, art. *cit.*, et X. PIN, *op. cit.*, n° 333. *Contra* v. F. ROUSSEAU, *op. cit.*, n° 132.

Pourtant, la jurisprudence n'est pas en ce sens. Il a ainsi été jugé que « *l'élément moral de la complicité implique une participation volontaire et consciente de l'aide apportée à la commission d'une infraction et (qu')il importe peu que le concert frauduleux réponde à des mobiles et objectifs différents de la part de l'auteur principal et de ses complices* »²³⁸³. L'écart entre les positions des uns et les décisions des autres n'est néanmoins pas si grand qu'il n'y paraît et il est tout à fait possible de les concilier. La complicité exigeant l'intention que l'infraction principale soit constituée, le complice doit avoir conscience de l'ensemble de ses éléments constitutifs et avoir la volonté qu'ils soient tous réunis. Or, lorsque l'infraction comprend un dol spécial, une motivation particulière en rejoint précisément la structure constitutive. Il en résulte que le complice doit nécessairement avoir connaissance du dol spécial et vouloir qu'il anime l'auteur de l'infraction principale. Mais il n'en résulte que cela. Pour être plus précis, l'élément moral ne change pas de nature, il s'agit toujours d'un dol général puisque l'objet de la volonté du complice reste la constitution de l'infraction principale dans tous ses éléments constitutifs, le fait qu'un dol spécial y soit compris étant indifférent. De même, cela n'empêche ni que le complice ait des motifs qui lui soient propres (percevoir une somme d'argent, piéger l'auteur de l'infraction en l'y provoquant) ni que ceux-ci soient, comme de droit commun, tenus pour juridiquement indifférents.

432. Exigence "exceptionnelle" du dol spécial. Malgré ce principe du caractère suffisant du dol général pour la constitution des faits générateurs de responsabilité pénale, on admet que certaines motivations puissent devenir juridiquement pertinentes lorsqu'elles sont érigées en dol spécial par le législateur. Cette possibilité est présentée comme une exception. Pourtant, cette assertion est trop radicale. En effet, un examen méthodique du droit positif révèle qu'elle n'est valable que pour les infractions consommées et non pour les infractions tentées.

Concernant les premières, il est indéniable que le dol spécial est seulement une exception. Il n'est par conséquent pas indispensable d'en multiplier ici les illustrations. En effet, les exemples sont désormais célèbres à l'image du délit d'abus de biens sociaux²³⁸⁴, du terrorisme²³⁸⁵ ou encore des actes de génocide²³⁸⁶. Ce caractère exceptionnel qu'on reconnaît au dol spécial amène la doctrine à le cantonner à un domaine étroitement délimité et à exiger que le législateur prévoie expressément l'incrimination de cette intention précisée. On

²³⁸³ T. Corr. Lyon, 19 déc. 1983 : *Gaz. Pal.*, 1985, somm., note J.-P. DOUCET, p. 216. *Adde* Crim., 23 janv. 1997 : *Bull. crim.*, n° 32.

²³⁸⁴ L'article L. 242-6, 2°, notamment, du Code de commerce incrimine en effet « le fait pour (...) le président, les administrateurs ou les directeurs généraux d'une société anonyme de faire, de mauvaise foi, des biens ou du crédit de la société, un usage qu'ils savent contraire à l'intérêt de celle-ci, à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle ils sont intéressés directement ou indirectement ».

²³⁸⁵ L'article 421-1 du Code pénal exige des infractions de droit commun, pour qu'elles reçoivent la qualification d'infraction de terrorisme, qu'elles l'aient été « *intentionnellement en relation avec une entreprise individuelle ou collective ayant pour but de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur* ».

²³⁸⁶ Ceux-ci doivent avoir été accomplis en exécution « *d'un plan concerté tendant à la destruction totale ou partielle d'un groupe national, ethnique, racial ou religieux* » (C. pén., art. 211-1).

comprend dès lors que l'arrêt rendu le 18 juin 2003 par la chambre criminelle de la cour de cassation à propos de l'affaire du sang contaminé ait suscité des réserves²³⁸⁷. Au sujet du crime d'empoisonnement dont elle était saisie, elle a affirmé qu'il « *ne peut être caractérisé que si l'auteur a agi avec l'intention de donner la mort, élément moral commun à l'empoisonnement et aux autres crimes d'atteinte volontaire à la vie de la personne* ». Par cette décision, elle a indéniablement requis qu'un motif particulier soit poursuivi par l'auteur de l'infraction, à savoir l'*animus necandi*. La mort n'étant pas un élément constitutif de ce crime qui, en tant qu'infraction formelle, n'exige qu'un résultat matériel précisément constitué par l'intoxication de la victime, sinon son exposition à un risque de mort, l'intention de l'auteur déborde donc de la matérialité constitutive du fait juridique : il s'agit donc effectivement d'un dol spécial²³⁸⁸. Le problème soulevé par certains auteurs est que ce dernier ne serait pas exigé expressément par l'article 221-5 du Code pénal. La chambre criminelle en aurait par conséquent fait une application restrictive²³⁸⁹. Une telle opinion peut ne pas être partagée. S'il paraît indifférent qu'en fait, l'immense majorité des empoisonneurs cherchent à tuer leur victime²³⁹⁰, le texte d'incrimination fournit un argument tout juridique à l'opinion inverse. Il utilise en effet le terme « *attenter* », ce qui est une référence à l'attentat, figure pénale historique bien précise désignant la recherche intentionnelle d'un dommage sanctionnée de manière identique que celui-ci ait été atteint ou non²³⁹¹. Cela justifie suffisamment cette conception de l'élément moral de l'empoisonnement comme impliquant un dol spécial. Il existe ainsi entre les deux notions d'attentat et de tentative une proximité certaine qui se manifeste en de nombreux points dont l'exigence d'un dol spécial²³⁹².

En effet, en matière de tentative, l'intention requise est nécessairement de cette nature, de telle sorte qu'*en fait d'infraction tentée, le dol spécial n'a rien d'exceptionnel*. Nul ne conteste sa nature intentionnelle tant il est évident que l'on ne peut pas essayer de faire quelque chose sans le faire exprès²³⁹³. Mais de quelle intention s'agit-il ? Pour répondre justement à cette question, il faut tout d'abord rappeler que le résultat légal de l'infraction tentée consiste en un résultat matériel particulier, à savoir le risque de consommer l'infraction dont l'exécution a été entamée. Cela impliquera qu'il y ait eu risque de dommage pour les tentatives d'infraction matérielle ou risque de risque pour les infractions formelles tentées²³⁹⁴.

²³⁸⁷ Sur cet arrêt, v. les références citées *supra* n° 390 note 2200.

²³⁸⁸ En ce sens, v. not. V. MALABAT et J.-Ch. SAINT-PAU, art. *cit.*, et D. REBUT, note sous Crim., 18 juin 2003, *D.*, 2004, pp. 1620 et s. Rapp. A. PROTHAIS, « La tentation pour le juge de refaire la loi pénale », préc.

²³⁸⁹ V. not. V. MALABAT et J.-Ch. SAINT-PAU, art. *cit.*

²³⁹⁰ Pour cet argument, v. D. REBUT, art. *cit.* Rapp. E. DREYER, *op.cit.*, n° 848.

²³⁹¹ Sur la question, v. A. PROTHAIS, *Tentative et attentat*, préc.

²³⁹² En revanche, Mme Malabat et M. Saint-Pau (art. *cit.*), ainsi que M. Prothais (note *cit.*), déplore, à juste titre semble-t-il, que cette décision prive l'empoisonnement d'intérêt par rapport à la tentative de meurtre. La seule différence entre les deux consiste désormais dans la possibilité du premier de faire l'objet d'une tentative. En revanche, la jurisprudence s'oppose à ce que soit désormais sanctionné celui qui n'aurait que l'intention de créer un risque de mort pour autrui sans rechercher la mort effective de sa victime. Ainsi de celui qui entreprendrait de vérifier l'immunité d'une personne à un poison en le lui administrant ou en tentant de le lui administrer.

²³⁹³ Hormis les ouvrages généraux, v. A. PROTHAIS, *op. cit.*

²³⁹⁴ V. *supra* spéc. n° 95.

Concernant l'objet de l'intention, la Cour de cassation exige très clairement l'intention de commettre le crime ou le délit²³⁹⁵. La confrontation de ces deux données permet de conclure sur la qualification du dol de l'infraction tentée. Force est de constater en effet qu'il existe un décalage entre la matérialité et la moralité de l'infraction tentée. L'intention de son auteur dépasse le résultat légal de la tentative qui, par conséquent, ne se satisfait pas d'un dol général – volonté de créer un risque de consommation – mais bien d'un dol spécial – volonté d'une consommation effective de l'infraction²³⁹⁶. Cela vaut pour toute tentative, ce qui donne au dol spécial la valeur d'une exigence de principe en matière d'infraction tentée.

Au final, il apparaît donc que dol général et dol spécial cohabitent effectivement en droit pénal, le second ayant une importance en réalité plus grande que celle qu'on veut bien classiquement lui reconnaître. Il en résulte une relativité de l'intention pénale, laquelle se retrouve par ailleurs renforcée par cette autre cohabitation qu'est celle des dols général et spécial.

β- La cohabitation des dols déterminé et indéterminé

433. Principe de l'indétermination du dol quant à la victime. La cohabitation des dols déterminé et indéterminé en droit pénal s'explique notamment par le fait que la détermination ou l'indétermination de l'intention varie en fonction de l'objet à propos duquel l'auteur a fait preuve ou bien manqué de réflexion. Il peut s'agir en effet aussi bien de la victime de l'infraction, que du degré de gravité du résultat ou de la nature de celui-ci.

C'est ainsi, en premier lieu, qu'*en principe, toutes les infractions intentionnelles contiennent un dol indéterminé au regard de l'identité de leur victime*. Peu importe qu'il s'agisse de Pierre ou de Jean que vous vouliez voler, dès lors que vous aviez bien la volonté de détourner la possession d'un bien ne vous appartenant pas et de porter de la sorte atteinte à la propriété d'autrui. C'est la raison pour laquelle l'erreur de fait, qui exclut en principe l'intention, est sans effet lorsqu'elle ne porte que sur l'identité de la victime, l'*error personae* n'enlevant rien à l'intention²³⁹⁷.

²³⁹⁵ V. not. Crim., 5 juill. 1951 : *Bull. crim.*, n° 198, et Crim., 11 juin 1975 : *Bull. crim.*, n° 150.

²³⁹⁶ En ce sens, v. R. MERLE et A. VITU, *op. cit.*, n° 596. Rapp. R. BERNARDINI, *op. cit.*, n° 199.

²³⁹⁷ V. Crim., 21 oct. 1998 : *Bull. crim.*, n° 269. Rapp., pour une application à la complicité, Crim., 19 juin 1984 : *Bull. crim.*, n° 231. On assimile souvent à cette hypothèse le cas de l'*aberratio ictus*, situation dans laquelle l'auteur ne s'est pas trompé sur l'identité de sa victime mais en a fait une autre en raison d'une maladresse ou d'une inhabilité de sa part. Ce rapprochement paraît erroné et résulte d'une confusion entre l'erreur subjective et l'erreur objective. La première, d'ordre psychologique, est une perception fautive de la réalité, et peut exclure soit l'intention ou l'imprudence consciente en détruisant le discernement matériel – c'est l'erreur de fait –, soit l'imputabilité en détruisant le discernement légal – c'est l'erreur de droit. La seconde, à l'inverse, est d'ordre physique, c'est une erreur de conduite, une anomalie objective qui peut avoir entraîné l'erreur subjective. C'est elle dont il s'agit lorsque l'on évoque la faute antérieure qui justifie que l'on retienne l'infraction non intentionnelle reflet de l'infraction intentionnelle dont l'erreur subjective a empêché la constitution. Par conséquent, en cas d'*aberratio ictus*, et contrairement à ce que juge la chambre criminelle (Crim., 18 févr. 1922 : *Bull. crim.*, n° 82, et Crim., 4 janv. 1978 : *Bull. crim.*, n° 5), il faudrait retenir deux qualifications : l'infraction intentionnelle tentée au regard de la victime voulue ; l'infraction non intentionnelle

Quelques dérogations sont cependant apportées à ce principe. L'une d'entre elles, qui n'en est pas vraiment une, résulte de la prise en compte de la qualité de la victime au titre de condition préalable²³⁹⁸ ou de circonstance aggravante de l'infraction²³⁹⁹. Dans ce cas, si l'auteur doit en principe avoir eu conscience de cette qualité particulière, celle-ci est prise en compte abstraction faite de la réalité de la victime qui la revêt et ne joue qu'un rôle d'enrichissement de la valeur sociale protégée ou d'aggravation objective du fait juridique. Aggraver, par exemple, une sanction en raison du fait que la victime était élue ou fonctionnaire, c'est exprimer la valeur de la démocratie et de la fonction publique, et non prendre en compte la personne concrètement lésée par l'infraction. Son identité pourra très bien demeurer un mystère du moment que la qualité en question est établie. D'autres dérogations en sont de véritables en revanche. La première est surtout une question de fait et découle de l'appréhension de certaines qualités qui peuvent ne désigner qu'une ou plusieurs personnes précises dont l'identité deviendra par conséquent essentielle. Ainsi par exemple des qualités de conjoint, de concubin, de partenaire de pacs ou d'"ex"²⁴⁰⁰ ou d'enfant²⁴⁰¹. Il s'agit évidemment de signifier la gravité supplémentaire de comportements rendus plus faciles à accomplir et plus douloureux à subir en raison du fait qu'ils sont commis dans le cadre intime du couple ou de la famille, et ce dans une démarche tout à fait objective du législateur. Cependant, il est indéniable que l'identité de la victime doit être clairement déterminée chez l'auteur afin que l'infraction soit consommée. Une erreur sur ce point devrait empêcher la constitution ou l'aggravation de l'infraction en cause. La seconde dérogation est, elle, clairement juridique et concerne la complicité. Il est arrivé en effet à la Cour de cassation d'écarter la complicité lorsque la victime effective n'avait pas été la même que celle choisie par la communauté des participants²⁴⁰². Certains y sont favorables en raison du fait que c'est à cette seule condition que l'élément moral du complice, son consentement à l'infraction, peut être véritablement respecté²⁴⁰³. Mais l'opinion ne fait pas l'unanimité²⁴⁰⁴ et la jurisprudence n'est pas stable²⁴⁰⁵. A vrai dire, la solution inverse est séduisante car, s'il est certain que l'état d'esprit de l'auteur et celui de son complice doivent se rejoindre, cela ne préjuge en rien de l'objet sur lequel ils doivent se rencontrer. Or, lorsque la structure constitutive de l'infraction

consommée au regard de la victime obtenue, peu important que les peines soient confondues *in fine*. Sur ce point, rapp. Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *op. cit.*, n° 396.

²³⁹⁸ Comme pour le délit de rébellion qui exige que la victime de l'acte de résistance violente soit « une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public agissant, dans l'exercice de ses fonctions, pour l'exécution des lois, des ordres de l'autorité publique, des décisions ou mandats de justice » (C. pén., art. 433-6).

²³⁹⁹ Ainsi de la qualité de mineur de quinze ans propre à aggraver une multitude d'infractions parmi lesquelles les tortures et actes de barbarie (C. pén., art. 222-3, al. 2), le viol (C. pén., art. 222-24, al. 3) ou la provocation au suicide (C. pén., art. 223-13, al. 2).

²⁴⁰⁰ C. pén., art. 132-80.

²⁴⁰¹ V. par ex., C. pén., art. 227-17.

²⁴⁰² Crim., 10 mars 1977: *Bull. crim.*, n° 91.

²⁴⁰³ X. PIN, *op. cit.*, n° 329. Rapp. E. DREYER, *op. cit.*, n° 1027.

²⁴⁰⁴ Défavorable à cette solution, v. F. ROUSSEAU, *op. cit.*, n° 227.

²⁴⁰⁵ V. Crim., 19 juin 1984, préc.

ne comprend pas l'identité de la victime, l'erreur sur la personne devrait être tenue pour juridiquement indifférente pour l'ensemble des participants, auteurs et complices.

434. Prévalence de l'indétermination du dol quant à la gravité du résultat – infraction. En deuxième lieu, le dol peut aussi être déterminé ou indéterminé quant au degré de gravité du résultat désiré. Sur ce point, la consultation des ouvrages de droit pénal général donne le sentiment que l'intention est en principe déterminée, le dol indéterminé étant réservé à quelques rares infractions dites infractions de résultat²⁴⁰⁶, et le dol praeterintentionnel cantonné à d'encore plus rares hypothèses dont le symbole est les violences mortelles de l'article 222-7 du Code pénal. A bien y regarder cependant, il est rare qu'un dol déterminé soit exigé, et ce que l'on envisage l'infraction ou la complicité.

Concernant l'infraction, il ne semble pas que la détermination de la gravité du résultat en soit vraiment un élément nécessaire. En effet, lorsque le résultat à obtenir doit avoir été effectivement désiré en tant que tel, il ne se prête pas véritablement à la gradation de telle sorte que la question ne soulève pas vraiment de difficultés, si tant est qu'elle se pose. Ainsi en est-il du meurtre qui, certes, requiert que la mort, résultat voulu, ait également été obtenu mais qui ne pourrait pas être plus exigeant, tant il est vrai que l'on ne peut vouloir tuer ni beaucoup ni un peu, mais seulement vouloir tuer, purement et simplement. L'analyse vaut aussi pour nombre de valeurs abstraites dont il est difficile de quantifier l'atteinte ou la menace dont elles peuvent faire l'objet. La confiance publique, la liberté sexuelle, l'honneur se prêtent difficilement à ce type de mesure et c'est davantage au comportement qu'à ses conséquences que l'on se fie pour mesurer la gravité objective du fait générateur de responsabilité. A supposer que de tels résultats puissent faire l'objet d'une gradation, tel ne semble pas, quoi qu'il en soit, être le cas. On aurait pu envisager, par exemple, dans les délits de pollution des eaux du Code de l'environnement, qu'une atteinte à l'environnement précise quant à sa gravité soit exigée et doive être précisément voulue par son auteur pour que l'infraction soit constituée. Tel n'a pas été le souhait du législateur qui, soit s'est contenté d'exiger la création d'effets « nuisibles pour la conservation ou la reproduction des mammifères marins, poissons, crustacés, coquillages, mollusques ou végétaux »²⁴⁰⁷ ou « sur la santé ou des dommages à la faune ou à la flore »²⁴⁰⁸, soit a été tellement précis qu'il a cité et mis au même niveau toutes les conséquences possibles de la pollution si bien que la précision se trouve privée de toute efficacité et donc d'intérêt²⁴⁰⁹. De la même manière, l'intensité de l'atteinte portée au droit de propriété n'est précisée ni par l'article 311-1

²⁴⁰⁶ Il s'agit des infractions dont la constitution et la qualification (mais l'on pourrait aussi bien dire la répression) dépend de l'existence et de la gravité du résultat. Sur cette notion, v. Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *op. cit.*, n° 321, X. PIN, *Droit pénal général*, préc., n° 154, et M.-A. RAYMOND, *Les infractions de résultat*, préc.

²⁴⁰⁷ C. env., art. L. 218-73.

²⁴⁰⁸ C. env., art. L. 216-6.

²⁴⁰⁹ C. env., art. L. 432-2, qui incrimine le déversement de substances dont « l'action ou les réactions ont détruit le poisson ou nuit à sa nutrition, à sa reproduction ou à sa valeur alimentaire ».

définissant le vol, ni par l'article 312-1 relatif à l'extorsion, ni par l'article 314-1 incriminant l'abus de confiance. Il suffit systématiquement de vouloir porter atteinte à la valeur protégée, liberté sexuelle, environnement, propriété, peu important que l'on ait envisagé et recherché le degré de gravité précis de la lésion voulue et, *a fortiori*, la gravité effective de la lésion obtenue. Les violences n'ont à ce titre rien de particulier : il suffit de vouloir l'atteinte à l'intégrité physique d'autrui, la gravité de cette atteinte n'ayant pas à avoir fait l'objet d'un choix arrêté de la part de l'auteur²⁴¹⁰.

Valable pour les infractions matérielles, l'analyse vaut aussi pour les infractions formelles. Pour ces dernières, exiger un dol déterminé quant à la gravité du résultat consisterait à subordonner la constitution de l'infraction à la recherche d'un risque précis quant à sa probabilité ou quant à la gravité de ses conséquences éventuelles, précision qui serait, à l'opposé, totalement indifférente si le droit se contentait d'un simple dol indéterminé constitué par la simple volonté d'un risque de telle ou telle nature²⁴¹¹. Les malfaiteurs qui s'associent doivent seulement vouloir augmenter les chances qu'une autre infraction puisse être commise, sans exigence tenant à la précision dont devrait être revêtue leur intention quant à la probabilité qu'elle se réalise, voire quant à la gravité du résultat juridique ou matériel qui aura éventuellement résulté de la réussite de leur entreprise. La question se pose aussi, et tout particulièrement, pour le délit d'exposition d'autrui à un risque de l'article 223-1 du Code pénal dont on sait qu'il requiert l'intention de mettre autrui en danger. Pour ce qui est de la précision de ce dol, la Cour de cassation ne se montre pas très rigoureuse. Elle estime ainsi que « *le texte n'exige pas que l'auteur du délit ait eu connaissance de la nature du risque particulier effectivement causé par son manquement* »²⁴¹². En d'autres termes, s'il faut avoir voulu exposer autrui à un risque de mort ou de lésions corporelles importantes, il n'est pas nécessaire qu'il soit recherché un résultat plus précis (par exemple, un risque de mort plutôt que de blessures graves, d'infirmité permanente plutôt que de mutilation ou de mutilation du bras droit plutôt que de la jambe gauche). Il suffit d'avoir pris intentionnellement le risque de porter atteinte à la vie ou à l'intégrité physique d'autrui. Le dol exigé est bien un dol indéterminé.

435. Prévalence de l'indétermination du dol quant à la gravité du résultat – complicité. Ce dol est aussi celui qui semble être requis en matière de complicité, comme il en ressort de la jurisprudence relative à la coïncidence entre l'infraction voulue par le complice et l'infraction réalisée par l'auteur.

²⁴¹⁰ Sur l'importance de la volonté du principe d'une telle atteinte comparée à son degré, v. not. B. BOULOC, *op. et loc. cit.*, E. DREYER, *op. cit.*, n° 871, X. PIN, *Le consentement en matière pénale*, préc., n° 328, M.-L. RASSAT, *op. cit.*, n° 290, et N. STONESTREET, *op. cit.*, n° 239, note 839. Rapp. B. MERCADAL, art. cit., J. PRADEL, *op. cit.*, n° 509, et V. SAINT-GERAND, *op. cit.*, n° 255 et s.

²⁴¹¹ Sur l'intention dans les infractions formelles, v. not. M. FREIJ, *L'infraction formelle*, préc., et P. PHILIPPOT, *Les infraction de prévention*, préc.

²⁴¹² Crim., 16 févr. 1999, préc.

On sait en effet que si l'infraction finalement commise n'est pas la même que celle qui avait été envisagée par le complice, celui-ci ne sera pas responsable²⁴¹³. Cela s'explique, en partie²⁴¹⁴, par le fait que l'élément moral de la complicité fait défaut. En revanche, il est tout aussi connu que dès lors que l'infraction effectivement constituée à la charge de l'auteur est bien la même que celle qui avait été désirée par le complice, celui-ci est responsable alors même qu'elle aurait été accomplie avec circonstances aggravantes, lesquelles, à l'exception de celles qualifiées de personnelles, seront communiquées au coparticipant²⁴¹⁵. La seule chose qui a à être recherchée est donc l'infraction, peu important son mode de constitution ou les circonstances de sa commission. Une agression sexuelle, même aggravée et qu'elle soit constituée ou simplement tentée, reste une agression sexuelle, alors qu'elle ne sera jamais, par définition, un viol. Dès lors que l'infraction voulue coïncide avec l'infraction obtenue quant à sa nature, l'élément moral est présent sans que la gravité précise de l'infraction soit prise en compte en aucune manière²⁴¹⁶. Il s'agit donc bien d'un dol indéterminé²⁴¹⁷.

436. Prévalence de la détermination du dol quant à la nature du résultat. En dernier lieu, le dol peut être déterminé ou indéterminé au regard de la nature même du résultat. Cette dernière hypothèse reste toutefois exceptionnelle. Le principe est bien, de ce point de vue, celui de la détermination du dol. En effet, on exige que l'auteur ait eu au moins la volonté de porter atteinte ou de créer un risque pour telle ou telle valeur protégée qu'il aura effectivement lésé ou mise en péril. Cependant, il existe un tempérament à ce principe pour ce qui est du cas où l'auteur ou le complice d'une infraction aura émis une volonté générale ayant pour objet une pluralité de résultats légaux différents à l'avènement de chacun desquels il consent, ce qui est assimilé à leur recherche respective. C'est le cas de celui qui, n'ayant pas choisi entre l'atteinte à la vie ou à l'intégrité corporelle d'autrui, accepte de produire les deux en tirant au hasard dans une foule ou du complice qui incite l'auteur principal à le venger ou à faire taire un de ses ennemis par tout moyen. Ces personnes pourront être tenues responsables de chacune des qualifications à laquelle ils ont globalement consenti.

²⁴¹³ V. Crim., 13 janv. 1955 : *D.*, 1955, note A. CHAVANNE, p. 291.

²⁴¹⁴ Une autre explication tient à l'exigence d'un lien causal entre l'acte du complice et son résultat légal, la constitution de l'infraction principale. V. *supra* n° 254 et s.

²⁴¹⁵ V. ainsi, Crim., 7 sept. 2005 : *Bull. crim.*, n° 219.

²⁴¹⁶ Faisant référence à la nature de ou à la qualification de l'infraction obtenue comme devant être identique à celles de l'infraction voulue, v. not. Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *op. cit.*, n° 420, S. FOURNIER, *Rép. pén. Dalloz*, V° *Complicité*, n° 121 et s., 2001, et X. PIN, *op. cit.*, n° 320. Comp. F. DESPORTES et F. LE GUNHEC, *op. cit.*, n° 548, et M.-L. RASSAT, *op. cit.*, n° 362.

²⁴¹⁷ En ce sens, Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *op. et loc. cit.* Rapp. E. DREYER, *op. cit.*, n° 1027. Certains parlent de praeterintention en raison de l'imprévisibilité de certaines circonstances aggravantes communiquées au complice. En ce sens, v. not. V. SAINT-GERAND, *op. cit.*, n° 257. Cependant, on a vu que, non seulement ce critère n'était pas fiable mais, en outre, que la distinction même des dols indéterminé et praeterintentionnel était sans intérêt sur le plan de l'anormalité subjective.

Ce cas d'exception n'enlève rien au fait que, finalement, il apparaît qu'*en droit pénal, le dol général indéterminé constitue effectivement l'intention de principe*²⁴¹⁸. Et cette conclusion, malgré la relativité de la notion d'intention, se révèle aussi valable pour l'intention civile.

b- L'intention en droit civil de la responsabilité

437. Intérêts de l'intention en droit civil. Au regard de la généralité de l'article 1382 du Code civil, il peut paraître surprenant de s'intéresser à l'intention en droit de la responsabilité civile²⁴¹⁹. Une faute simple y étant suffisante, la faute intentionnelle doit *a fortiori* engager la responsabilité de son auteur. Mais elle ne devrait en revanche rien avoir de nécessaire à la constitution de la faute civile²⁴²⁰. Toutefois, une telle vision des choses serait trop réductrice : dès 1804, le dol avait été appelé à jouer un rôle au titre de l'article 1150 du Code civil, et les fonctions de l'intention se sont aujourd'hui multipliées. La faute intentionnelle peut précisément avoir deux effets spécifiques. En premier lieu, elle peut influencer sur le principe même de la responsabilité civile, à l'image de celle, contractuelle, du salarié²⁴²¹ ou encore en matière d'accidents de la circulation²⁴²² ou du travail²⁴²³. En second

²⁴¹⁸ La présentation classique paraît en réalité résulter du fait que l'on distingue insuffisamment ce qui relève respectivement de la constitution et de la répression du fait générateur de responsabilité pénale, deux étapes qui sont cependant autonomes. Quant à la constitution, le dol est déterminé ou indéterminé selon qu'il est nécessaire ou indifférent à la perfection du fait juridique que son auteur ait recherché un résultat d'une gravité précise correspondant au résultat effectivement causé quant à son sujet, sa gravité ou sa nature. On a vu qu'il s'agit du principe, lequel n'est le plus souvent écarté que par nécessité logique tenant à l'impossible quantification de la lésion. Pour ce qui est de la sanction, la question qui se pose est celle de savoir dans quelle mesure le résultat obtenu et non précisément voulu peut en influencer l'importance. Cela semble être une question de pure politique criminelle, totalement indépendante de celle de la génération de la responsabilité pénale. Que le dol soit déterminé ou indéterminé, le législateur est libre de tenir compte ou non des éléments objectifs extérieurs à la volonté de l'agent pour fixer une peine proportionnée à la gravité du fait juridique. Il lui arrive parfois de le prendre en considération, dans les hypothèses classiquement qualifiées de dols indéterminé et praeterintentionnel et en matière de complicité, et parfois de ne pas le faire, comme avec les infractions qu'on estime, habituellement mais à tort, constituées par un dol déterminé.

²⁴¹⁹ Sur cette notion, v. outre les ouvrages généraux, G. BRIERE DE L'ISLE, « La faute intentionnelle (à propos de l'assurance de la responsabilité civile professionnelle) », *D.*, 1973, chron., pp. 259 et s., « La faute dolosive. Tentative de clarification », *D.*, 1980, chron., pp. 133 et s., et « La faute intentionnelle, ou cent fois sur le métier... (Réflexions à propos d'un arrêt : Civ. 1, 17 déc. 1991, *Winterther c/ Tournaire et autres*) », *D.*, 1993, chron., pp. 75 et s., J. FRANCILLON, *op. et loc. cit.*, R. JAMBU-MERLIN, *art. cit.*, H. LALOU, *art. cit.*, H. MARGEAT et A. FAVRE-ROCHEX, « La faute intentionnelle en assurance de responsabilité », *Gaz. Pal.*, 23 mai 1974, doct., pp. 455 et s., D. NGUYEN-BOURGEAIS, *art. cit.*, Y. SAINT-JOURS, « La faute intentionnelle dans le droit de la sécurité sociale », *Dr. soc.*, 1970, pp. 387 et s., A. VIGNON-BARRAULT, *op. cit.*, et G. VINEY, *art. cit.*

²⁴²⁰ V. not. Civ. 1, 13 nov. 2008 : *Resp. civ. et assur.*, 2009, comm. n° 2, et Civ. 2, 8 juill. 2010 : *Resp. civ. et assur.*, 2010, comm. n° 272.

²⁴²¹ La jurisprudence exige une faute lourde mais, sous cette qualification, c'est en fait une faute intentionnelle qui est requise. Sur la question, v. not. C. BENOIT-RENAUDIN, *op. et loc. cit.*, et Ch. RADE, *op. cit.*, n° 229 et s.

²⁴²² L'article 3 de la loi du 5 juillet 1985 exclut toute indemnisation au profit des victimes spécialement protégées qui ont « volontairement recherché le dommage ».

²⁴²³ Aux termes de l'article L. 453-1 du Code de la sécurité sociale, « ne donne lieu à aucune prestation ou indemnité, en vertu du présent livre, l'accident résultant de la faute intentionnelle de la victime », laquelle ne peut plus prétendre qu'aux prestations en nature reçues au titre de l'assurance-maladie.

lieu, l'intention a parfois un impact sur les effets de cette responsabilité en entraînant une augmentation de la charge de réparation au détriment de l'auteur²⁴²⁴ ou une diminution des chances de réparation en défaveur de la victime²⁴²⁵.

Il résulte de cette pluralité de fonctions une multiplicité de fautes intentionnelles selon l'aspect du système civil de responsabilité auquel on s'intéresse. Cela témoigne à nouveau de la relativité naturelle de l'intention, qui se traduit en droit civil par une prévalence des dols général et indéterminé (α) et par une concurrence des dol spécial et déterminé (β).

α - La prévalence des dols général et indéterminé

438. Prévalence du dol général. En matière civile comme en droit pénal, l'intention est conçue abstraitement, le droit ne s'intéressant qu'à ce qui lui est utile. A plus forte raison devait-il en être ici d'ailleurs, la responsabilité civile s'intéressant beaucoup moins à la personnalité du responsable que le droit criminel. *Il en résulte que le dol exigé est, comme en droit pénal, bien plus souvent général que spécial.* Le résultat légal du fait générateur de responsabilité civile étant, en droit positif et en principe, un résultat juridique consistant en une lésion, la simple volonté de la causer doit être tenue pour suffisante pour qu'une faute civile intentionnelle soit constituée.

Cela se vérifie assez clairement, en premier lieu, dans la généralité des cas où ce type de faute est prise en compte. Ainsi en est-il, d'une part, en droit de la sécurité sociale où cela vaut pour la faute intentionnelle du salarié victime que la jurisprudence estime caractérisée dès lors que son auteur a voulu causer un dommage ou un préjudice, sans accorder d'importance au but poursuivi par lui²⁴²⁶, ainsi que pour celle de l'employeur. La chambre sociale de la cour de cassation juge en effet que « *la faute intentionnelle de l'employeur ou de l'un de ses préposés (...) suppose un acte volontaire accompli avec l'intention de causer des lésions corporelles* »²⁴²⁷. Elle n'exige pas plus. Mais elle n'en exige pas moins non plus. Et ce à la différence de la chambre criminelle qui, conformément à sa jurisprudence relative au délit de violences, tend parfois, lorsqu'elle statue sur cette faute civile, à étendre l'élément moral requis – la volonté de porter atteinte à l'intégrité physique d'autrui – à des hypothèses d'atteintes non intentionnelles caractéristiques de simples fautes inexcusables²⁴²⁸. Rare et opportune, la solution est néanmoins contestable en ce qu'elle va contre un texte clair

²⁴²⁴ Ainsi en est-il en matière contractuelle avec les articles 1150 et 1153 du Code civil, et en droit de la sécurité sociale où la faute intentionnelle de l'employeur ou de son préposé autorise un retour au droit commun et au principe de la réparation intégrale (CSS, art. L. 452-5). Sur ce dernier point, v. C. BENOIT-RENAUDIN, *op. cit.*, n° 276, et Ch. RADE, *op. cit.*, n° 71 et s.

²⁴²⁵ « *L'assureur ne répond pas des pertes et dommages provenant d'une faute intentionnelle ou dolosive de l'assuré* » (C. ass., art. L. 113-1, al.2).

²⁴²⁶ V. not. Soc., 24 avr. 1969 : *D.*, 1969, note Y. SAINT-JOURS, p. 649, et Soc., 5 janv. 1995 : *Bull. civ.*, n° 12.

²⁴²⁷ Soc., 13 janv. 1966 : *Bull. civ.*, n° 63.

²⁴²⁸ V. not. Crim., 21 oct. 1969 : *Bull. crim.*, n° 258, et Crim., 17 mai 1990 : *Resp. civ. et assur.*, 1990, comm. n° 282, et chron. n° 16, H. Groutel.

entendant distinguer nettement le régime de la faute de l'employeur selon qu'elle est inexcusable ou dolosive et en ce qu'elle dénature la notion d'intention. D'autre part, c'est aussi un dol général qui suffit à constituer la faute intentionnelle de la victime d'un accident de la circulation, ce qui résulte tant des dispositions de l'article 5 suscitée que de l'application qu'en fait la jurisprudence²⁴²⁹. Il est en effet indifférent que celui qui se jette sous les roues d'une voiture le fasse par désespoir ou pour que ses proches obtiennent des dommages et intérêts. En droit des assurances enfin, l'intention exclusive de la garantie n'a pas à être la mise en œuvre d'une motivation spécifique. En jurisprudence, l'intention y est définie comme « *la volonté de créer le dommage* »²⁴³⁰.

En second lieu, il faut étudier plus spécialement le cas du dol en matière de responsabilité contractuelle dont la nature a évolué au cours du XX^e siècle²⁴³¹. On affirme aujourd'hui que l'intention contractuelle serait plus large que l'intention délictuelle en ce que seule la seconde exigerait que l'auteur ait cherché à nuire à sa victime. Hormis le fait que définir cette intention est dépourvu de tout intérêt dès lors qu'elle n'est prise en compte que dans certains régimes spéciaux de responsabilité et en matière d'assurance de responsabilité, il n'est pas certain que le constat soit juste. Il découle d'une conception approximative de l'intention, laquelle est souvent définie comme l'intention de nuire²⁴³², ce qui témoigne d'une confusion entre intention et motivation qui a été, rarement, mais justement dénoncée²⁴³³. En effet, s'il est certain que celui qui désire causer un dommage peut agir par désir de faire souffrir sa victime, pour lui nuire, tel n'est pas forcément le cas en ce sens qu'il arrivera qu'il poursuive, souvent, surtout son propre intérêt et, parfois, celui même d'une victime aux goûts étonnants. Reste que la jurisprudence requerrait à l'origine que le débiteur ait été animé par une intention de nuire²⁴³⁴. C'est, en réalité, qu'elle subordonnait la qualification de faute intentionnelle à un motif particulier, ce qui faisait d'elle un dol spécial. Tel n'est plus le cas depuis l'arrêt *Société des comédiens français* du 4 février 1969 selon lequel « *le débiteur commet une faute dolosive*

²⁴²⁹ V. not. Civ. 2, 24 juin 1998 : *Bull. civ.*, n° 204.

²⁴³⁰ V. Civ. 1, 4 juill. 2000 : *JCP*, 2005, I, 132, chron., G. VINEY, Civ. 1, 27 mai 2003 : *JCP*, 2004, I, 101, chron. G. VINEY, et 2005, I, 132, chron., G. VINEY ; et *Resp. civ. et assur.*, comm. n° 282, obs. H. GROUDEL, Civ. 2, 23 sept. 2004 : *JCP*, 2005, I, 132, chron., G. VINEY ; et *Resp. civ. et assur.*, 2004, comm. n° 389, note H. GROUDEL, et Civ. 2, 1^{er} juill. 2010 (2 arrêts) : *D.*, 2010, chron. H. ADIDA-CANAC et S. GRIGNON, p. 2112 ; et *Resp. civ. et assur.*, 2010, comm. n° 263, note H. GROUDEL.

²⁴³¹ Il convient de préciser que l'intérêt de cette étude est purement théorique dès lors que l'assimilation de la faute lourde au dol prive ce dernier de tout effet propre en matière de responsabilité contractuelle.

²⁴³² En ce sens, v. not. G. BRIERE DE L'ISLE, « La faute intentionnelle (à propos de l'assurance de la responsabilité civile professionnelle) », préc., J. CARBONNIER, *op. cit.*, n° 1072, L. JOSSERAND, *op. cit.*, n° 612quater, Ph. LE TOURNEAU *et alii*, *op. cit.*, n° 3511, Ph. MALINVAUD et D. FENOUILLET, *op. et loc. cit.*, H. MARGEAT et A. FAVRE-ROCHEX, *art. cit.*, D. NGUYEN-BOURGEAIS, *art. cit.*, G. RIPERT et J. BOULANGER, *op. cit.*, n° 795, 931 et 953, R. ROBLOT, *art. cit.* V. toutefois, A. COLIN et H. CAPITANT par L. JULLIOT DE LA MORANDIERE, *op. cit.*, n° 1100 et 1116, et N. DEJEAN DE LA BÂTIE, *op. cit.*, n° 58, qui tout en définissant le dol comme l'intention de nuire le distingue de la méchanceté.

²⁴³³ V. not. J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *op. cit.*, n° 110, Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *op. et loc. cit.*, J.-Ch. SAINT-PAU, *Droit à réparation. Conditions de la responsabilité contractuelle. Fait générateur. Inexécution imputable au débiteur*, préc., n° 23 et s., B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *op. cit.*, n° 299, et A. VIGNON-BARRAULT, *op. cit.*, n° 2, 98 et s., et 229.

²⁴³⁴ Civ., 14 nov. 1956 : *Bull. civ.*, n° 409.

lorsque, de propos délibéré, il se refuse à exécuter ses obligations contractuelles, même si ce refus n'est pas dicté par l'intention de nuire à son cocontractant »²⁴³⁵. S'il est certain que la Cour de cassation n'exige plus de dol spécial, la question s'est posée de savoir s'il était encore question d'intention. Certains pensent que tel n'est plus le cas²⁴³⁶ mais une telle conception n'emporte pas la conviction. Les juges exigent en effet une inexécution intentionnelle. Or, on l'a dit, si l'inexécution constitue, du point de vue de l'auteur, une anormalité objective²⁴³⁷, il est aussi systématiquement un dommage du point de vue de la victime, plus précisément une atteinte à son droit de créance²⁴³⁸. Partant, vouloir l'inexécution-comportement implique de la part d'un débiteur la volonté, ne serait-ce que par acceptation de son avènement inévitable, d'une atteinte au droit personnel de son créancier. S'il n'a pas à vouloir l'ensemble des autres préjudices qui pourraient résulter de l'inexécution, il doit bien désirer causer cette atteinte patrimoniale précise²⁴³⁹. Mieux, il le veut nécessairement, dès lors que l'inexécution n'est pas juste la cause inéluctable de ce dernier mais bien aussi ce dommage en tant que tel. L'intention est donc requise et il s'agit d'un simple dol général²⁴⁴⁰, comme il est de principe tant en matière de responsabilité civile que de droit pénal, ce qui le prive de toute spécificité, contrairement à ce qui est souvent prétendu.

439. Prévalence du dol indéterminé. *Une similitude de tendances au pénal et au civil se retrouve également dans la prévalence du dol indéterminé qui vaut, tout comme en matière criminelle, en droit de la responsabilité civile.*

Il n'est pas, en principe, nécessaire que celui qui cause un dommage ou un préjudice désire chacune des lésions qu'il a provoquées – et ce qu'il soit question de leur victime, de leur nature ou de leur gravité – pour que la qualification de faute intentionnelle soit retenue et que les effets qui en découlent se produisent. On en trouve des applications très claires. Ainsi en matière de responsabilité contractuelle, cela découle directement de l'article 1150 du Code civil qui subordonne à la faute intentionnelle la réparation des atteintes imprévisibles. On entend par là, non seulement celles qui ne pouvaient pas être prévues au moment de la formation du contrat mais aussi, à plus forte raison, celles qui ne pouvaient pas l'être ou ne l'ont pas été lors de sa violation. C'est autrement dire qu'il est indifférent que tous les résultats effectivement atteints aient été précisément désirés par le débiteur. La seule exigence de la Cour de cassation est qu'il ait eu, au moins, la volonté de léser le droit personnel de son cocontractant. Très nette est aussi la jurisprudence en ce qui concerne la faute intentionnelle du salarié victime en droit de la sécurité sociale qui applique la qualification et le régime de la

²⁴³⁵ Civ. 1, 4 févr. 1969, *Société des comédiens français : D.*, 1969, jur., note J. MAZEAUD, p. 601 ; et *JCP*, 1969, II, 16030, obs. R. PRIEUR.

²⁴³⁶ V. not. Ph. LE TOURNEAU *et alii*, *op. et loc. cit.*, et D. NGUYEN-BOURGEOIS, *art. cit.*

²⁴³⁷ V. *supra* n° 162.

²⁴³⁸ V. *supra* n° 44 et s.

²⁴³⁹ Comp. G. BRIERE DE L'ISLE, « La faute dolosive. Tentative de clarification », préc.

²⁴⁴⁰ En ce sens, v. J.-Ch. SAINT-PAU, *art. cit.*, n° 25.

faute intentionnelle à l'ouvrier qui, ayant poussé un collègue dans une cuve remplie de soude et de cyanure, avait été éclaboussé et blessé par le produit corrosif²⁴⁴¹. En statuant en ce sens, la chambre sociale fait prévaloir l'exigence d'une faute intentionnelle sur celle de dommages intentionnellement causés. Ce qui est déterminant est qu'il y ait eu volonté d'atteindre un résultat légal quelconque, peu importe la nature, la gravité ou la victime – y compris s'il s'agit de l'auteur lui-même en l'espèce – du résultat atteint. Le dol requis est bien indéterminé. Ce principe s'applique également, au vu de la généralité des définitions de la faute intentionnelle, pour celle de l'employeur ou de son préposé en matière d'accidents du travail, pour celle de la victime d'un accident de la circulation ou pour celle subordonnant l'engagement de la responsabilité contractuelle du salarié²⁴⁴². On notera que cette dernière doit toutefois être déterminée quant à sa victime, qui doit obligatoirement être son employeur²⁴⁴³.

*Droit pénal et responsabilité civile partagent donc en définitive cette prévalence du dol général et indéterminé, ce qui conduit à conclure dans le sens d'une identité notionnelle de principe des intentions pénale et civile*²⁴⁴⁴. Cependant, cette confusion ne peut être que relative dans la mesure où ces intentions imprécises sont parfois concurrencées par l'exigence ponctuelle de dols spéciaux et déterminés.

β- La concurrence des dols spécial et déterminé

440. Exigence ponctuelle du dol spécial. Il arrive que la recherche d'un préjudice ne soit pas jugée suffisante, une certaine motivation étant requise de la part de l'auteur. Dans un tel cas, la caractérisation de la faute intentionnelle implique la vérification d'un dol spécial.

Le droit positif n'en connaît qu'une occurrence. Il s'agit de la faute intentionnelle conditionnant la responsabilité contractuelle du salarié. La chambre sociale ne se satisfait pas en effet d'un simple dol général qui consisterait, comme il est de principe en fait de responsabilité contractuelle, en une inexécution délibérée. Elle entend que le salarié ait eu l'intention de nuire à son employeur²⁴⁴⁵. Il faut donc qu'il ait agi avec une certaine méchanceté et pas simplement dans son intérêt personnel. Le dol étant indéterminé, la nature ou la gravité de l'atteinte recherchée est sans importance. En revanche, la raison pour laquelle il est recherché est déterminante de la caractérisation de cette faute intentionnelle.

²⁴⁴¹ Soc., 24 avr. 1969, préc. *Adde* Soc., 5 janv. 1995, préc.

²⁴⁴² Pour une définition de cette dernière faute, v. not. Soc., 30 avr. 1987 : *Bull. civ.*, n° 251.

²⁴⁴³ V. très nettement, Soc., 16 mai 1990 : *Bull. civ.*, n° 228.

²⁴⁴⁴ Des conséquences semblent pouvoir en être tirées en faveur d'une identité, et donc d'une autorité de la chose jugée au criminel sur le civil, entre l'abus de confiance ou le détournement d'objet gagé et le dol contractuel, et entre les incriminations des atteintes intentionnelles à la personne d'autrui et la faute intentionnelle de l'employeur ou de son préposé par exemple.

²⁴⁴⁵ V. Soc., 5 avr. 1990 : *Bull. civ.*, n° 175, 16 mai 1990, préc., et Soc., 31 mai 1990 : *Bull. civ.*, n° 260. Sur la question, v. not. Ch. RADE, *op. cit.*, n°231 et s.

En sus de cette hypothèse, on peut faire état du cas de la faute inexcusable du salarié victime. L'indifférence de la jurisprudence aux motifs de la victime a constamment suscité des critiques doctrinales. Selon certains auteurs en effet, la simple volonté de la victime de se faire subir des mutilations ou de se donner la mort ne devrait pas nécessairement exclure le bénéfice des prestations perçues au titre de la législation sur les accidents du travail. La jurisprudence ou le législateur devraient retenir un élément moral plus pointu consistant en « *l'intention frauduleuse en vue de percevoir des prestations indues* »²⁴⁴⁶. Une telle proposition paraît tout à fait légitime et raisonnable.

441. Exigence ponctuelle du dol déterminé. Il n'existe également qu'une hypothèse de dol déterminé dans le droit positif de la responsabilité civile. Il s'agit de la faute intentionnelle de l'article L. 113-1, alinéa 2 du Code des assurances. La position actuelle de la Cour de cassation est très claire et elle la réaffirme constamment : « *la faute intentionnelle au sens de l'article L. 113-1 du Code des assurances, qui implique la volonté de créer le dommage tel qu'il est survenu, n'exclut de la garantie due par l'assureur à l'assuré (...) que le dommage que cet assuré a recherché en commettant l'infraction* »²⁴⁴⁷. Les magistrats font ici preuve de beaucoup de précision. Non seulement l'intention doit être constituée par un dol déterminé, impliquant la recherche d'un résultat précis, pour être retenue mais la détermination de ce dol est également prise en compte en ce qu'il produit des effets sur la garantie de l'assuré. Elle sera en effet due pour chacun des résultats qui n'auront pas été spécifiquement désirés par l'auteur.

442. Bilan. Conséquemment à la nature intime de la notion générale d'intention, l'identité positive des acceptions pénale et civile de l'intention est donc relative mais elle existe indubitablement.

Plus généralement, c'est un bilan du même ordre que l'on peut tirer de l'analyse instructive du droit positif qui vient d'être menée : la confusion des fautes civiles et pénales est réelle et très étendue. *L'identité constatée s'est révélée, tout d'abord, absolue pour ce qui est des fautes simples, lesquelles requièrent, en sus de l'anormalité objective minimale imposée par le concept de responsabilité juridique, une anormalité subjective minimale consistant seulement en la volonté de l'acte accompli et en la faible conscience matérielle que cela implique. Quant aux fautes qualifiées, cette identité est ensuite apparue réelle mais relative. Cela est vrai pour les fautes qualifiées non intentionnelles car cette identité ne concerne que les fautes civiles inexcusables et la faute pénale caractérisée qui sont toutes des fautes volontaires objectivement dangereuses pour autrui.* Cela ne pouvait que l'être également pour les fautes

²⁴⁴⁶ A. VIGNON-BARRAULT, *op. cit.*, n° 634. En ce sens, *adde* Ph. BRUN, *op. cit.*, n° 799, et Y. SAINT-JOURS, *art. cit.*

²⁴⁴⁷ Civ. 1, 27 mai 2003, *préc. Adde* Civ. 1, 4 juill. 2000, Civ. 2, 23 sept. 2004, 1^{er} juill. 2010 (2 arrêts), *précités*, Civ. 2, 28 avr. 2011 : *Resp. civ. et assur.*, 2011, comm. n° 306, Civ. 1, 9 juin 2011 : *Resp. civ. et assur.*, 2011, comm. n° 341, et Civ. 2, 16 juin 2011 : *Resp. civ. et assur.*, 2011, comm. n° 340.

intentionnelles pénale et civile, et ce, en raison de la nature même de l'intention qui est un concept naturellement nuancé et relatif, qui ne peut se définir pleinement que par rapport à son élément matériel. Cela n'empêche toutefois pas que *le droit positif pénal et civil témoigne d'une tendance partagée à la prépondérance des dols général et indéterminée, au détriment des dols spécial et déterminé.*

Au terme de cette étude du droit positif et ces enseignements acquis, il est désormais possible de porter un jugement critique sur celui-ci et de juger de sa légitimité et de son utilité au regard des orientations fonctionnelles du droit pénal et du droit civil de la responsabilité.

Section 2. La distinction souhaitable des fautes civiles et pénales

443. Contrariété du droit positif aux fonctions des droits civil et pénal de la responsabilité. Au regard des fonctions respectives du droit criminel et du droit de la responsabilité civile, cette confusion quasiment généralisée des fautes pénales et civiles n'est pas satisfaisante. *Alors que la fonction victimaire de la responsabilité civile appelle une objectivation optimale du fait causal, la fonction protectrice du droit pénal, qui passe par la rétribution et l'éducation aux valeurs de la société et qui cherche à provoquer la contrition, la correction ou l'intimidation, suppose des comportements suffisamment graves, notamment en ce qu'ils procèdent d'un exercice anormal de sa volonté par l'auteur.*

Deux directions peuvent donc être suggérées afin d'améliorer la conformité du droit de la responsabilité aux fonctions du droit pénal et de la responsabilité civile et ainsi l'efficacité d'ensemble du système global de responsabilité juridique : l'objectivation de la faute civile, qui apparaît inévitable, d'une part (§1), et le raffinement des fautes pénales, qui semble pour le moins souhaitable, d'autre part (§2).

§1. L'objectivation inévitable de la faute civile

444. Fondements et conséquences de l'objectivation de la faute civile. *La fonction victimaire de la responsabilité civile commande que le fait causal requis soit le plus simple possible à caractériser. Il faudrait idéalement que la moindre anormalité objective suffise à obtenir réparation ou prévention du dommage causé ou susceptible d'être causé à la victime.*

L'objectivation de la faute civile apparaît donc souhaitable. Justifiée (A), elle semble même inévitable. Mais elle n'ira pas sans emporter de conséquences pour le droit positif, lesquelles devront être examinées dans le détail (B).

A- La justification de l'objectivation de la faute civile

445. Absence d'obstacle technique à l'objectivité de principe de la faute civile. Si d'un point de vue technique, l'usage de la notion de faute pourrait conduire à justifier l'exigence de culpabilité pour la constitution du fait générateur de responsabilité civile, cet argument, en plus d'être isolé, n'est pas des plus solides. En effet, cela n'a jamais empêché les auteurs hostiles à l'anormalité subjective de promouvoir leurs thèses en se prévalant d'une acception purement objective ou sociale de la faute et de la culpabilité. Ces débats autour de la notion, permis par son ambiguïté, trouve un terrain tout à fait favorable en matière de responsabilité civile. Ce droit est essentiellement prétorien et, en l'absence d'un principe d'interprétation stricte équivalent à celui qui s'impose au juge pénal, son homologue civil est tout à fait libre de retenir la conception de la faute qui le séduira le plus. Autant dire qu'aucune limite technique n'impose ni n'empêche que l'anormalité subjective soit requise et que c'est l'opportunité de l'objectivation de la faute civile qui est ici la seule clef.

Or, l'intérêt de l'objectivation de la faute civile est double. Le principal, celui qui guide cette proposition même, consiste évidemment dans l'optimisation de la fonction victimaire de la responsabilité civile (1). Mais il en existe aussi un autre, incident : la possibilité de dissocier, finalement, les fautes simples civile et pénale (2).

1. L'intérêt principal de l'objectivation : l'optimisation de la fonction victimaire du droit civil de la responsabilité

446. Amélioration du sort des victimes. Il faut bien admettre que l'anormalité subjective est embarrassante pour les victimes ayant subi ou étant exposées à un préjudice. Restreignant les cas de responsabilité civile, l'exigence de culpabilité est nécessairement un obstacle à la fonction victimaire de la responsabilité civile²⁴⁴⁸. Toute l'évolution de cette dernière consiste d'ailleurs en une objectivation croissante aux fins de réparation des lésions causées à la victime²⁴⁴⁹. Ecarter celle-ci aux motifs que le comportement anormal n'a pas été provoqué par un exercice anormal de la volonté manque donc de pertinence. En effet, *une indemnisation optimale par la voie de la responsabilité civile doit pouvoir se fonder sur un critère unique et minimal présidant à la sélection de la personne qui supportera la charge juridique de l'atteinte subie par la victime : l'anormalité objective simple*. A partir du moment où celle-ci est établie, aucun autre élément n'est plus nécessaire pour faire un choix entre la victime et l'auteur du dommage. L'anormalité subjective n'a donc pas, en principe, à intervenir à peine de porter atteinte à la fonction de la responsabilité civile.

²⁴⁴⁸ V. not. A. BENABENT, *Droit civil. Les obligations*, préc., n° 545, X. BLANC-JOUVAN, « La responsabilité de l' "infans" », préc., I. GUYOT, « Le caractère extérieur de la force majeure », préc., et Ph. LE TOURNEAU, « La responsabilité civile des personnes atteintes d'un trouble mental », préc.

²⁴⁴⁹ Sur ce point, v. particulièrement, C. EDON-LAMBALLE, *op. cit.* Adde D. MAZEAUD, « Famille et responsabilité (Réflexions sur quelques aspects de "l'idéologie de la réparation") », préc.

Mais cet intérêt, évident et fondamental, de l'objectivation de la faute civile n'est pas le seul. Une évolution du droit positif allant dans le sens de l'exclusion optimale de la culpabilité de l'ordre civil de la responsabilité civile permettrait aussi la dissociation des fautes civile et pénale simple.

2. L'intérêt incident de l'objectivation : la dissociation des fautes civile et pénale simples

447. Généralités sur l'identité des fautes civile et pénale. La question de l'identité des fautes civile et pénale est classique²⁴⁵⁰ et débattue depuis la consécration du principe du même nom²⁴⁵¹. Participant de ce qu'il est convenu d'appeler la primauté du pénal sur le civil, ce principe impose notamment, au nom de l'équivalence notionnelle des fautes civile et pénale, au juge civil de respecter la décision antérieure du juge pénal quant à l'existence ou l'inexistence d'une faute dans une cause donnée. Beaucoup l'ont combattu. En plus de lier le juge civil et de lui ôter ainsi sa liberté de jugement, le principe de l'identité des fautes aurait fini – aux dires du mythe doctrinal des "poussières de fautes" – par contraindre le juge pénal à adopter une politique de qualification des fautes déterminée, non par les besoins de la répression mais par ceux de l'indemnisation. Toute relaxe fondée sur une absence de faute privant nécessairement la victime de toute indemnisation, les juges pénaux en seraient venus à l'admettre systématiquement, y compris dans les cas où ils auraient préféré ne pas condamner. L'autorité juridique du criminel sur le civil aurait cédé le pas face à l'autorité politique du civil sur le criminel²⁴⁵². Les tentatives ont été nombreuses de trouver le moyen d'y mettre un terme. Plusieurs critères de distinction des fautes civile et pénale ont été proposés en doctrine : la gravité de la faute²⁴⁵³, son mode d'appréciation²⁴⁵⁴, la présence en son sein ou non de

²⁴⁵⁰ Civ., 18 déc. 1912 : *D.*, 1915, I, p. 17; et *S.*, 1914, I, note MOREL, p. 249.

²⁴⁵¹ Sur le principe et les polémiques qu'il a suscité, v. not., outre les ouvrages généraux, N. ANDRIOT-LEBŒUF, art. *cit.*, A. BOTTON, *Contribution à l'étude de l'autorité de la chose jugée au pénal sur le civil*, préc., n° 395 et s., A.-Ch. DANA, *op. cit.*, n° 528, J. DEPPEZ, « Faute pénale et faute civile », préc., A. D'HAUTEVILLE, « Brèves remarques sur le nouveau principe de la dualité des fautes civile et pénale d'imprudance », préc., A. DORSNER-DOLIVET, « Que devient le principe de l'identité des fautes civile et pénale après la loi du 10 juillet 2000 ? », *RRJ*, 2002-1, pp. 199 et s., P. JOURDAIN, « Faute civile et faute pénale », préc., P. MAISTRE DU CHAMBON, « La responsabilité civile sous les fourches caudines du juge pénal », préc., A. PIROVANO, *op. cit.*, N. RIAS, *op. cit.*, n° 214 et s., J.-H. ROBERT, « L'autorité de la chose jugée au pénal sur le civil », *Procédures*, 2007, Etude n° 19, p. 42, F. ROUSSEAU, art. *cit.*, J.-Ch. SCHMIDT, *Faute civile et faute pénale*, préc., M. TAPIA, art. *cit.*, N. VALTICOS, *L'autorité de la chose jugée au criminel sur le civil*, préc., et J. VERHAGEN, art. *cit.*

²⁴⁵² Il s'agit, pour nous, d'un mythe doctrinal car, dès lors que les deux fautes sont identiques, il est impossible de concevoir qu'il y ait faute là où le juge pénal n'en voit pas ou qu'il n'y en ait pas là où il en voit une, toute erreur humaine mise à part. Admettre cette interprétation classique du droit positif, c'est donc reconnaître implicitement, soit que le juge pénal a reconnu des fautes qui, *pénale comme civile*, n'existaient pas aux fins d'indemnisation des victimes, soit qu'il aurait préféré, malgré la présence d'une faute, *pénale et civile*, ne pas condamner un individu pénalement responsable...

²⁴⁵³ V. les références citées *supra* n° 191 et s., et 410 et s.

²⁴⁵⁴ V. les références citées *supra* n° 180 et s.

l'imputabilité²⁴⁵⁵, l'esprit propre à chaque discipline²⁴⁵⁶, etc. En vain, puisque le principe a continué d'être appliqué... jusqu'à la loi du 10 juillet 2000.

448. Mort affirmée de l'identité des fautes civile et pénale. En effet, aux termes de l'article 4-1 qu'elle a inséré au sein du Code de procédure pénale, « *l'absence de faute pénale non intentionnelle au sens de l'article 121-3 du code pénal ne fait pas obstacle à l'exercice d'une action devant les juridictions civiles afin d'obtenir la réparation d'un dommage sur le fondement de l'article 1383 du code civil si l'existence de la faute civile prévue par cet article est établie ou en application de l'article L. 452-1 du code de la sécurité sociale si l'existence de la faute inexcusable prévue par cet article est établie* ».

Sur ce fondement, l'avis de décès du principe a été dressé par une doctrine presque unanime. Cette opinion pouvait d'ailleurs se prévaloir de la jurisprudence, la Cour de cassation ayant pris soin d'accompagner l'entrée en vigueur du texte. Elle juge ainsi depuis janvier 2001 que « *la déclaration par le juge répressif de l'absence de faute pénale non intentionnelle ne fait pas obstacle à ce que le juge civil retienne une faute civile d'imprudence ou de négligence* »²⁴⁵⁷. La jurisprudence semble même être allée plus loin en tombant dans l'excès inverse : la dualité systématique et de principe des fautes civiles et pénales²⁴⁵⁸. C'est, quoi qu'il en soit, ce que laisse à penser une improbable décision de la chambre sociale en date du 12 juillet 2001 aux motifs de laquelle « *la reconnaissance par le juge répressif de l'absence de faute pénale non intentionnelle ne fait pas obstacle à la reconnaissance d'une faute inexcusable en application de l'article L. 452-1 du Code de la sécurité sociale* »²⁴⁵⁹. Désormais, la Cour de cassation estime donc que l'absence de la plus légère des fautes pénales n'empêche même pas la caractérisation de l'une des fautes civiles les plus graves...

449. Appréciation de la jurisprudence. On comprend fort bien que la jurisprudence actuelle a ceci de bon qu'elle incite les juges civils à motiver davantage leurs décisions, qu'elle permet d'être bon aux prévenus sans nuire aux victimes, ainsi que de corriger les

²⁴⁵⁵ V. les références citées *supra* n° 385 et s.

²⁴⁵⁶ V. les références citées *supra* not. n° 193 et 197.

²⁴⁵⁷ Civ. 1, 30 janv. 2001, préc.

²⁴⁵⁸ On aurait pourtant tout aussi bien pu comprendre le texte autrement comme signifiant logiquement que, puisqu'il existe désormais de multiples fautes pénales, l'inexistence de certaines d'entre elles ne devait pas automatiquement conduire les juges civils à tenir toutes les fautes civiles pour absentes. Notamment, on aurait pu y voir la précision que la relaxe pour absence de faute caractérisée permettait encore de retenir une faute civile simple, objectivement moins grave, ou que le refus de retenir la qualification de faute délibérée n'empêchait pas le juge civil de déceler dans les faits une faute inexcusable. On serait alors passé d'une identité automatique des fautes civiles et pénales à une identité potentielle, rationnelle et réfléchie de ces dernières. En ce sens, v. M.-A. AGARD, art. *cit.* *Contra* A. GIUDICELLI, obs. sous Civ. 1, 30 janv. 2001, préc., et F. ROUSSEAU, art. *cit.*

²⁴⁵⁹ *Bull. civ.*, n° 267 ; et *D.*, 2001, jur., note Y. SAINT-JOURS, p. 3390, et 2002, somm. comm., obs. P. JOURDAIN, p. 1311. *Adde* Soc., 28 mars 2002 : *Bull. civ.*, n° 110 ; et *JCP*, I, 186, chron. G. VINEY, n° 28 et s., Civ. 2, 16 sept. 2003 : *Bull. civ.*, n° 263 ; et *D.*, 2004, jur., note Ph. BONFILS, p. 721, Civ. 2, 16 févr. 2012 : *Gaz. Pal.*, 19 avr. 2012, note E. DREYER, p. 18, Soc., 15 mars 2012 : *D.*, 2012, act., p. 885, et note N. RIAS, p. 1316 ; et *Resp. civ. et assur.*, 2012, comm. n° 153, note H. GROUDEL, et Civ. 2, 10 mai 2012 : *RLDC*, 2012, n° 4658, obs. G. LE NESTOUR DRELON, et 4733, obs. J.-Ph. BUGNICOURT.

bévues qui peuvent être commises par les juges pénaux, lesquels ne sont pas à l'abri d'une erreur judiciaire²⁴⁶⁰. Mais il s'agit d'un très mauvais pis-aller. En effet, s'il est vrai qu'à court terme et pour les protagonistes concernés par la décision refusant l'identité des fautes, la solution d'espèce sera favorable, il est à craindre qu'à long terme en revanche les conséquences d'une telle jurisprudence se révèlent catastrophiques pour la cohérence du droit objectif, l'image de la justice et la sécurité juridique des justiciables.

Car, en bonne logique et à la suite de l'étude qui vient d'être achevée de la question de l'anormalité en droit positif, une telle jurisprudence ne peut pourtant être que condamnée. L'analyse a été serrée et le bilan qui en résulte est clairement en faveur de l'identité des fautes civiles et pénales : absolue quant aux fautes simples ; relative mais bien réelle pour les fautes qualifiées. Par conséquent, la jurisprudence rendue par la Cour de cassation apparaît contraire à la raison²⁴⁶¹. Mais il faut dire que l'autopsie du principe de l'identité des fautes avait été systématiquement menée suivant une méthode douteuse, quelle que soit d'ailleurs la qualité du médecin-légiste²⁴⁶². Le décès a été annoncé trop hâtivement. Comment déduire de l'article 4-1 du Code de procédure pénale, disposition de droit processuel autorisant le juge civil à retenir une faute là où son homologue pénal n'a pas cru bon de le faire, la moindre leçon d'ordre substantiel²⁴⁶³ ? Elle ne fait en effet qu'exclure l'application du principe de l'autorité de la chose jugée au criminel sur le civil dans des cas très particuliers. Cet article ne peut suffire à mettre un terme à l'identité des fautes civile et pénale, car l'autorité de la chose jugée au pénal sur le civil n'est qu'une conséquence de l'équivalence des notions employées par l'un et par l'autre, pas l'inverse. Le fait que l'on neutralise légalement l'effet n'implique pas que

²⁴⁶⁰ Pour de très bons exemples, v. Civ. 1, 30 janv. 2001 et Soc., 12 juill. 2001, précités. Toutefois, le véritable problème n'est pas seulement que l'erreur du juge pénal lie le juge civil mais bien qu'elle puisse être commise sans que l'on ne puisse la remettre en cause facilement. Il serait bon que la Cour de cassation puisse se voir attribuer compétence pour trancher entre deux décisions de justice ayant fait, à propos d'une même espèce, des applications divergentes de qualifications juridiques notionnellement identiques et qu'une voie de recours soit ouverte pour réviser la décision civile ou pénale erronée. On pourrait envisager d'ouvrir plus largement le pourvoi en cassation pour contrariété de jugements des articles 617 et 618 du Code de procédure civile.

²⁴⁶¹ Pour ne pas dire contraire au droit... Car, à bien y regarder en effet, il semble que les juges aient été trop heureux de se libérer du principe d'identité des fautes et qu'ils en aient oublié – mais la mauvaise foi peut se cacher derrière le masque de la bêtise comme l'a si bien écrit Léon MAZEAUD – de lire correctement le texte de l'article 4-1. Celui ne se borne pas en effet à permettre aux juges civil et de la sécurité sociale de statuer différemment que le juge pénal. Il subordonne ce pouvoir à la condition que les fautes civiles simples et inexcusables soient établies. Or, il est impossible qu'une faute pénale soit constituée et que la faute civile qui lui est notionnellement identique ne le soit pas, et inversement. Quoi que dise le texte d'ailleurs, le système juridique et, mieux, le système judiciaire doit marcher sur deux jambes, le droit positif et la raison. Aujourd'hui, force est de constater que les nôtres manquent des deux...

²⁴⁶² V. not. en ce sens, B. BOULOC, *op. cit.*, n° 293, G. CLEMENT et B. CLEMENT, *art. cit.*, Ph. CONTE, « Le lampiste et la mort », préc., Ch. DESNOYER, *art. cit.*, A. D'HAUTEVILLE, *art. cit.*, E. FORTIS, *art. cit.*, Ch. LIEVREMONT, *art. cit.*, Y. MAYAUD, *op. cit.*, n° 237, *Violences involontaires et responsabilité pénale*, préc., n° 51.160 et s., et « Retour sur la culpabilité non intentionnelle en droit pénal », préc., H. PY-LEBRUN, *op. cit.*, n° 394 et s., V. SAINT-GERAND, *op. cit.*, n° 308 et s., et 625, Ph. SALVAGE, « La loi n° 2000-647 du 10 juillet 2000. Retour vers l'imprudence pénale », préc., et G. VINEY, « Conclusion », *Rev. sc. crim.*, 2001, *La nouvelle définition des délits non intentionnels par la loi du 10 juillet 2000*, pp. 764 et s. *Contra*, v. A. BOTTON, *op. et loc. cit.*, X. PIN, *Droit pénal général*, préc., n° 186, et M.-L. RASSAT, *op. cit.*, n° 297. Comp. J. PRADEL, « De la véritable portée de la loi du 10 juillet 2000 sur la définition des délits non intentionnels », préc.

²⁴⁶³ V. A. BOTTON, *op. cit.*, n° 406. *Contra*, G. VINEY, *art. cit.*

les conditions de sa réalisation ne soient pas réunies. Il semble donc plutôt que ce texte ne fasse que poser une dérogation technique à l'application logique d'un principe. Sa véritable nature apparaît être celle d'une « *exception directe au principe d'autorité de la chose jugée au pénal sur le civil* »²⁴⁶⁴, et, en cela, d'une fiction juridique²⁴⁶⁵.

450. Intérêt de l'objectivation de la faute civile. En réalité, il faudrait aller plus loin et dépasser les solutions de type purement procédural comme celle de l'article 4-1 du Code de procédure pénale pour aborder la question sur le terrain principal du fond du droit. S'il est impossible de trouver un critère de distinction entre les fautes simples civile et pénale en droit positif, il est tout à fait possible et légitime d'en proposer un pour le droit prospectif.

A ce titre, objectiver intégralement le fait anormal civil pour le faire passer de la faute au simple fait illicite se présente comme la solution idéale. En plus de renforcer la fonction du droit de la responsabilité civile en facilitant l'indemnisation des victimes et la prévention des lésions personnelles, l'objectivation de la faute civile n'affaiblirait pas la répression – puisque ne touchant pas au droit pénal positif – et fournirait un critère sûr et fonctionnellement justifié de distinction des faits anormaux civils et pénaux. Nécessaire à la constitution du fait générateur de responsabilité pénale, le choix à l'origine de l'anormalité objective serait indifférent à la perfection du résultat légal civil.

Totalement justifiée, l'objectivation de la faute civile devrait être opérée par le législateur et toutes les conséquences devraient en être tirées.

B- Les implications de l'objectivation de la faute civile

451. Généralités des conséquences. L'objectivation de la faute civile concerne au premier abord, en toute logique, la faute civile simple (1). Mais cela ne saurait aller sans entraîner, corrélativement, de modifications pour les fautes civiles qualifiées (2).

1. La réduction de la faute simple à l'illicéité

452. Réduction technique de la faute simple à l'anormalité objective. Parler de réduction de la faute simple à l'illicéité signifie deux choses.

En premier lieu, d'un point de vue technique, cela conduit à *limiter la composition du fait anormal minimal requis pour engager la responsabilité civile d'un individu aux exigences imposées par le concept de responsabilité juridique : l'illicéité ou l'anormalité objective*. Il en

²⁴⁶⁴ A. BOTTON, *op. cit.*, n° 410. Adde P. JOURDAIN, *art. cit.* et « Les conséquences de la loi du 10 juillet 2000 en droit civil », préc., F. ROUSSEAU, *art. cit.*, et M. TAPIA, *art. cit.* Rapp. J. PRADEL, *art. cit.*

²⁴⁶⁵ La fiction juridique étant la technique juridique permettant « l'altération d'un ou plusieurs concepts juridiques par la méconnaissance soit des conditions logiques, soit des effets logiques de leur application » (G. WICKER, *Les fictions juridiques. Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, préc., n° 2-2).

résulte deux conséquences. D'une part, toutes les hypothèses de lésions résultant d'un comportement anormal devront donner lieu à indemnisation ou prévention, sans regard pour la présence ou l'absence de culpabilité de l'auteur. Aujourd'hui, ce n'est le cas que si cette absence d'anormalité subjective est due à l'*infantia* ou à un trouble mental. En revanche, la jurisprudence maintient l'irresponsabilité lorsque l'absence d'anormalité subjective provient d'une déficience physique. La doctrine l'avait souligné dès l'entrée en vigueur de l'article 489-2 : une telle distinction ne s'explique en aucune manière, ni en pure logique et technique juridique, dès lors que l'effet est le même, ni, surtout, si l'on se réfère à la fonction indemnitaire de la responsabilité civile²⁴⁶⁶. Doivent être civilement responsables ceux qui nuisent anormalement à autrui en s'évanouissant, mais aussi dans leur sommeil, en cas de somnambulisme, ou même sous hypnose, voire peut-être même par réflexe. Un revirement de jurisprudence ou une condamnation législative de la jurisprudence de la Cour de cassation est donc inévitable si l'on veut garantir à la fois l'efficacité fonctionnelle et la cohérence technique du droit de la responsabilité civile. Il faut, d'autre part, avertir que cette conception n'emportera pas que des conséquences favorables aux victimes. En effet, il semble nécessaire que ce fait purement objectif qui suffira à engager la responsabilité de l'auteur soit également suffisant à réduire ou à exclure l'indemnisation de la victime qui aura eu un comportement anormal. Une telle attitude avait été adoptée par la jurisprudence au moment de l'admission de la responsabilité des *infantes*²⁴⁶⁷ et est souvent regrettée, voire critiquée, par la doctrine²⁴⁶⁸. Il est vrai que retenir une telle conception de la faute de la victime va à l'encontre de la fonction de la responsabilité civile. Néanmoins, il apparaît aussi qu'un tel résultat est impliqué

²⁴⁶⁶ V. A. BENABENT, *op. cit.*, n° 545, note 10, N. DEJEAN DE LA BÂTIE, obs. sous Grenoble, 4 déc. 1978, préc., P. GUNDRAT, note sous Civ. 2, 4 févr. 1981, préc. et Ph. LE TOURNEAU, art. *cit.* En réalité, on peut expliquer cette discrimination. On le peut, en premier lieu, d'un point de vue sociologique. D'une part, en effet, le sentiment d'empathie est de nature sélective. Or, tout un chacun peut être victime d'un malaise ou d'une maladie physique alors que la victime de trouble mental, plus rare, appelle plus facilement la pitié que la compassion (v. Ph. LE TOURNEAU, art. *cit.*). La folie est un malheur, certes, mais, pour beaucoup malheureusement, un « *malheur répugnant* » (Prosper Mérimée cité par L. LEVY-BRUHL in *L'idée de responsabilité*, préc., p. 199). D'autre part, le caractère ponctuel des défaillances physiques comparé à celui durable des troubles mentaux conduit également à vouloir se montrer plus sévère à l'égard des victimes des seconds qu'envers celles des premières. Toutefois, comme souvent, la sociologie explique davantage qu'elle ne justifie et la distinction apparaît, en dernière analyse, comme une discrimination totalement illégitime. Elle l'est d'autant plus si, en second lieu, on se réfère à ses explications politiques. En effet, selon certains auteurs, il y aurait un intérêt politique à la stigmatisation de certaines catégories de la population, à la création de « *démons sociaux* », intérêt qui résiderait dans la possibilité d'exploiter, notamment à des fins électorales, la panique sociale provoquée par cette stigmatisation. Sur cette question, v. O. KHAN, « Le principe de nécessité en droit pénal – thèse radicale », préc. Comp. l'analyse critique faite par FOUCAULT du concept de dangerosité et du discours répressif comme cherchant, politiquement, à renforcer l'intolérance sociale à l'égard de certaines populations et à fonder l'extension du contrôle social. V. J.-F. BERT, « Evolution et critique du concept de dangerosité dans la criminologie : la mise en perspective foucauldienne », *Les nouvelles figures de la dangerosité*, préc., pp. 157 et s.

²⁴⁶⁷ V. Ass. plén., 9 mai 1984, arrêts *Lemaire et Derguini*, préc. : *Bull. civ.*, n° 2 et 3.

²⁴⁶⁸ V. not. Ph. BRUN, *op. cit.*, n° 298, F. CHABAS, note sous Ass. plén., 9 mai 1984, préc., J. HUET, obs. sous Ass. plén., 9 mai 1984, préc., P. JOURDAIN, obs. sous Ass. plén., 9 mai 1984, préc., et *op. cit.*, n° 477 et s., Ch. LAPOYADE-DESCHAMPS, « Les petits responsables (responsabilité civile et responsabilité pénale de l'enfant) », préc., Ch. LAPOYADE-DESCHAMPS, L. BLOCH et S. MORACCHINI-ZEIDENBERG, *op. cit.*, pp. 184 et s., D. MAZEAUD, art. *cit.*, et G. VINEY, « La réparation des dommages causés sous l'empire d'un état d'inconscience », préc.

par le rôle de l'anormalité objective. Poser la question de la faute, c'est toujours soulever le même problème, celui de la détermination de la personne qui devra supporter la charge juridique du résultat légal. Si l'auteur est le seul à avoir eu un comportement anormal, alors il doit être le seul à supporter le poids des conséquences de celui-ci car la victime est innocente. Mais ce vecteur d'attribution de la charge de la responsabilité qu'est l'anormalité objective peut aussi être multiple et, dans ce cas, ladite charge doit logiquement se répartir en autant de parts qu'il y a eu de comportements anormaux. Si la victime en a adopté un, il est donc logique qu'elle supporte une partie de son préjudice ou du risque qu'elle a contribué à créer. Sa qualité de victime ne justifie pas qu'il soit fait abstraction de son écart de conduite et l'idée de peine privée est tout sauf indispensable à l'explication de cette solution.

453. Réduction terminologique de la faute simple au fait anormal. En second lieu, la consécration d'une conception réellement objective du fait générateur de responsabilité civile pourrait donner lieu à une modification terminologique. Il pourrait être utile de remplacer le terme de "faute" par celui de "fait anormal" ou de "fait illicite" afin d'exclure toute ambiguïté sur l'objectivité de la notion²⁴⁶⁹. La notion de faute est trop liée à celle de culpabilité et la connotation de cette dernière trop subjective, voire morale, pour que les débats sur sa signification puisse un jour cesser. Notre opinion est qu'il n'y a faute que là où illicéité et culpabilité sont liées²⁴⁷⁰. Henri MAZEAUD lui-même n'avait-il pas mis sa "faute objective" entre guillemets²⁴⁷¹ ? *Plutôt que d'une "faute" objective en effet, c'est de l'objectivité de la faute qu'il faudrait se satisfaire en matière civile.* Une telle évolution aurait, de plus, le mérite de fournir un fondement textuel à la distinction enfin réalisée entre les moins graves des faits générateurs du droit pénal et de la responsabilité civile.

Mais les conséquences de l'objectivation de la faute civile ne se limitent pas à la faute simple et touchent aussi les fautes qualifiées.

2. La modification corrélative des fautes qualifiées

454. Influences techniques et politiques. Si l'influence technique de l'objectivation absolue de la faute simple sur la structure des fautes qualifiées est réduite (a), il n'en demeure pas moins que, d'un point de vue politique, une telle évolution du droit ne peut que soulever la question de la pertinence de l'existence de telles fautes en droit civil de la responsabilité (b).

²⁴⁶⁹ En ce sens, v. l'article 1340 de l'avant-projet Catala, préc.

²⁴⁷⁰ Hostile à l'assimilation de la faute objective à une véritable faute, v. C. MARGAINE, *op. cit.*, n° 70 et s., Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *op. cit.*, n° 54, D. MAZEAUD, *art. cit.*, R. SAVATIER, *op. cit.*, n° 201, B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *op. cit.*, n° 58, et F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n° 722.

²⁴⁷¹ « La "faute objective" et la responsabilité sans faute », préc.

a- L'influence technique réduite de l'objectivation sur les fautes qualifiées

455. Objectivation certaine de la faute lourde. Les termes du problème sont les suivants : en cas d'une objectivation véritable de la faute simple, qu'advierait-il de la subjectivité des fautes qualifiées puisqu'elle ne se différencie pas de celle de la première ? Disparaîtrait-elle aussi ou pourrait-elle être maintenue ? La question se pose différemment selon que l'on s'intéresse à la faute lourde ou aux fautes inexcusables.

Quant à la première, ses critères de qualification sont clairement objectifs. Sa subjectivité est purement accessoire et n'existe que parce qu'elle suit le principal, c'est-à-dire la nature préalable de faute à laquelle est adjoint le caractère de "lourdeur" propre à cette faute qualifiée. Elle est par ailleurs tout aussi latente et inconsciente que l'anormalité subjective de la faute simple civile. Par conséquent, il semble tout à fait possible que, dans l'hypothèse où celle-ci serait débarrassée de toute culpabilité, il en soit de même pour la faute lourde qui n'y ajoute rien de subjectif. La faute lourde pourrait donc devenir une faute purement objective mais tout de même qualifiée, et ce, sur le fondement d'une pluralité de critères. Cela exclurait *ipso facto* toute équivalence en droit pénal et en ferait définitivement une exclusivité du droit de la responsabilité civile.

456. Objectivation douteuse des fautes inexcusables. A l'inverse, l'exigence de volonté est clairement affirmée pour les fautes inexcusables. Ainsi la faute inexcusable de l'employeur ou de son délégataire était jusqu'à très récemment conçue comme une faute « *dérivant d'un acte ou d'une omission volontaire* »²⁴⁷² et il en est encore ainsi de celle du salarié victime²⁴⁷³. C'est une définition similaire qui a été retenue par la Cour de cassation à propos de la victime d'un accident de la circulation²⁴⁷⁴. Quant au droit des transports, la loi de 1957 considère qu'« *est inexcusable la faute délibérée qui implique la conscience de la probabilité du dommage et son acceptation téméraire* », ce qui laisse entendre, vus les adjectifs employés, que le comportement de l'auteur doit avoir été, au moins, volontaire. L'exigence paraît résulter d'une démarche consciente du législateur et des magistrats²⁴⁷⁵. La

²⁴⁷² Ch. réunies, 15 juill. 1941: *Gaz. Pal.*, 1941, jur., p. 254.

²⁴⁷³ Civ. 2, 27 janv. 2004 : *D.*, 2004, somm. comm., obs. L. NOEL, p. 2185 ; *Resp. civ. et assur.*, 2004, comm. n° 91, note H. GROUDEL ; et *RTD civ.*, 2004, obs. P. JOURDAIN, p. 296.

²⁴⁷⁴ Civ. 2, 20 juill. 1987(10 arrêts) : *Bull. civ.*, n° 160.

²⁴⁷⁵ Un tempérament doit cependant être apporté pour la faute inexcusable de l'employeur qui, depuis les arrêts de 2002, prend la forme d'un manquement à l'« *obligation de sécurité de résultat* » tirée du contrat de travail alors que « *l'employeur avait ou aurait dû avoir conscience du danger auquel était exposé le salarié, et qu'il n'a pas pris les mesures nécessaires pour l'en préserver* ». C'est-à-dire qu'outre une lésion (traduisant le manquement à l'obligation de sécurité de résultat), il est nécessaire de caractériser un comportement grave caractérisé par la dangerosité du comportement (fait de ne pas prendre les mesures permettant d'éviter la réalisation d'une atteinte prévisible). En plus du caractère totalement surabondant de la référence à l'obligation de sécurité de résultat (raison pour laquelle M. Jourdain la réduit avec raison à un *obiter dictum*, in obs. sous Soc., 28 févr. 2002, préc.), il faut noter que cette définition évacue toute condition tenant à la volonté de l'auteur. Dès lors, il paraît raisonnable de conclure que la faute inexcusable de l'employeur n'est désormais plus qu'une

doctrine ne manque pas, pour sa part, de souligner très clairement ce point²⁴⁷⁶. Il est donc douteux que les fautes inexcusables soient appelées à subir le même sort, sauf à remettre en cause l'identité particulière qu'on a voulu leur reconnaître, ainsi que leur intérêt au regard de la faute lourde. *De lege ferenda*, il serait par conséquent possible de *maintenir une nature mixte à la faute inexcusable, qualifiée à la fois subjectivement, par le caractère volontaire de l'acte, et objectivement, par sa dangerosité*.

Si l'on s'en tient aux conséquences purement techniques qui devraient découler de l'objectivation de la faute civile simple, le bilan est donc maigre. Cependant, s'en tenir à cet aspect des choses serait bien insuffisant et c'est surtout l'influence politique de l'objectivation qui apparaît importante.

b- L'influence politique réelle de l'objectivation sur les fautes qualifiées

457. Légitimité des fautes qualifiées en droit civil de la responsabilité. La faute qualifiée étant un obstacle à l'engagement de la responsabilité et donc à la fonction victimaire du droit civil de la responsabilité, on peut douter de la légitimité du principe même d'une telle exigence en la matière²⁴⁷⁷. Il faut alors aborder la question sous deux angles différents. La qualification de la faute peut en effet être requise soit en vertu d'impératifs techniques étrangers à l'objectivation de la faute civile, soit pour des raisons de politique juridique.

C'est la raison pour laquelle on étudiera successivement la légitimité technique (α), puis fonctionnelle des fautes qualifiées en droit civil de la responsabilité (β).

α - La légitimité technique des fautes qualifiées

458. Légitimité technique des fautes qualifiées du droit de la responsabilité civile. A la double question de la conformité technique et fonctionnelle de l'exigence civile d'une anormalité qualifiée s'ajoute une difficulté particulière tenant à la grande diversité des fautes civiles qualifiées. Ainsi le problème se pose différemment selon que l'on s'intéresse aux fautes qualifiées du droit, commun ou spécial, de la responsabilité civile ou à la faute intentionnelle du droit des assurances.

faute lourde, de telle sorte qu'en cas de réforme, il pourrait être utile d'en changer la qualification et de l'objectiver officiellement et intégralement.

²⁴⁷⁶ V. N. DEJEAN DE LA BATIE, *op. et loc. cit.*, n° 140, C. EDON-LAMBALLE, *op. cit.*, n° 260 et ., H. LALOU, art. *cit.*, B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *op. et loc. cit.*, A. VIGNON-BARRAULT, *op. cit.*, n° 55 et 88, et G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. et loc. cit.*

²⁴⁷⁷ C'est bien en termes d'exigence que la question se pose. En effet, il est évident que, si une faute légère suffit à constituer le fait générateur de responsabilité, une faute qualifiée le peut également *a fortiori*. La seule question qui se pose est donc celle de savoir si un effet propre, soit quant à la constitution, soit quant à la sanction du fait, peut légitimement être attribué à l'anormalité qualifiée.

Pour ce qui est du droit de la responsabilité d'une part, l'exigence d'une faute qualifiée apparaît contraire à la généralité de l'article 1382 du Code civil qui était censé avoir posé la règle de l'unicité et de l'égalité entre les fautes : toute faute engage la responsabilité de son auteur ; toute faute oblige à la réparation intégrale des lésions causées mais n'oblige qu'à cela. Par ailleurs, une telle règle semblait avoir été constitutionnalisée depuis que le Conseil constitutionnel avait jugé « *qu'en principe, tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer* »²⁴⁷⁸.

Toutefois, ce principe n'a rien d'absolu. En matière contractuelle, en premier lieu, il est tout à fait loisible aux parties d'aménager le principe même de leur responsabilité, avec une clause évasive de responsabilité, ou le montant de ses conséquences, *via* une clause limitative de responsabilité. Il s'agit d'une application toute commune du principe de liberté contractuelle. Il en résulte néanmoins que les limites tenant au droit des contrats doivent être respectées, ce qui empêche que les fautes les plus graves puissent exclure ou borner la responsabilité de son auteur. Sans aller jusqu'à défendre avec JOSSERAND l'idée que celui qui trahit le contrat doit être soumis au régime de la responsabilité extracontractuelle²⁴⁷⁹, on peut invoquer non seulement la prohibition des clauses purement potestatives²⁴⁸⁰ mais aussi les principes de force obligatoire et de loyauté contractuelle²⁴⁸¹. Celui qui commet une faute subjective qualifiée ne mériterait plus le bénéfice de la protection contractuelle dont il aurait pu jouir en vertu d'un contrat duquel il est sorti de mauvaise foi et dont l'exécution ne saurait dépendre de sa seule bonne volonté. Plus généralement, lorsque l'exigence est légale en second lieu, c'est sur la jurisprudence du Conseil constitutionnel que l'on peut se fonder. En effet, il estime que la Constitution « *ne fait pas obstacle à ce que le législateur aménage, pour un motif d'intérêt général, les conditions dans lesquelles la responsabilité peut être engagée ; qu'il peut ainsi, pour un tel motif, apporter à ce principe des exclusions ou des limitations à condition qu'il n'en résulte pas une atteinte disproportionnée aux droits des victimes d'actes fautifs ainsi qu'au droit à un recours juridictionnel effectif qui découle de l'article 16 de la Déclaration de 1789* ». La seule chose prohibée est donc l'exclusion de toute responsabilité en cas de faute et la justification fonctionnelle de l'exigence d'une anomalie subjective qualifiée. Mais avant d'approfondir davantage cet aspect de la question, il reste encore à s'intéresser à la légitimité technique de la faute du droit des assurances.

²⁴⁷⁸ Cons. const., décisions n° 82-144 DC du 22 oct. 1982, n° 99-419 DC du 9 nov. 1999, et n° 2010-8 QPC du 18 juin 2010, préc.

²⁴⁷⁹ « *Le régime contractuel, régime de confiance, ne survit pas à la trahison de ceux qui l'ont établi* », cité in A. VIGNON-BARRAULT, *op. cit.*, n° 396.

²⁴⁸⁰ En ce sens, v. L. MAZEAUD, *art. cit.*, R. ROBLLOT, *art. cit.*, et A. VIGNON-BARRAULT, *op. cit.*, n° 396 et s. et 417.

²⁴⁸¹ V. not. L. JOSSERAND, *art. cit.*, D. NGUYEN-BOURGEAIS, *art. cit.*, R. ROBLLOT, *art. cit.*, A. VIGNON-BARRAULT, *op. cit.*, n° 396, et G. VINEY, « *Remarques sur la différence entre faute intentionnelle, faute inexcusable et faute lourde* », préc. Rapp. R. JAMBU-MERLIN, *art. cit.*

459. Légitimité technique de la faute intentionnelle du droit des assurances. D'autre part, l'exclusion de la garantie au détriment de l'auteur d'une faute intentionnelle posée par l'article L. 113-1, al. 2 du Code des assurances ne pose pas véritablement problème quant à son principe même dès lors qu'il est tout à fait justifié techniquement. Contraire à la prohibition des conditions purement potestatives en ce qu'il soumet l'exécution de l'obligation de l'assureur à la seule volonté de l'assuré²⁴⁸², cette exigence est surtout antinomique avec l'essence, et plus techniquement la cause même de l'assurance puisqu'il supprime tout aléa²⁴⁸³.

Certaines fautes qualifiées sont donc pleinement justifiées par des raisons techniques qui proviennent principalement du droit des contrats. Vérifier leur légitimité fonctionnelle ne fera que renforcer leur assise et en fournir une à celles qui n'en ont pas du seul point de vue technique.

β- La légitimité fonctionnelle des fautes qualifiées

460. Justification de l'exigence des fautes qualifiées par l'existence d'intérêts concurrents au besoin social de protection des victimes. Concernant les fautes qualifiées du droit de la responsabilité civile tout d'abord, il est certain que la fonction victimaire de la responsabilité civile est mise à mal. Exiger une faute qualifiée, c'est en effet, par principe, faire preuve d'indulgence à l'endroit de son auteur²⁴⁸⁴ et, par là même, abandonner en partie les victimes à leur sort. Néanmoins, et hormis le fait que l'exigence ne conditionne pas toujours la responsabilité de l'auteur mais plutôt parfois la diminution ou l'exclusion du droit à réparation de la victime, une telle mansuétude est souvent justifiée par des impératifs sociaux qu'il s'agit de garantir au même titre que l'indemnisation des victimes, comme l'a autorisé le Conseil constitutionnel. C'est dire que les fautes civiles qualifiées jouent alors, en quelque sorte, le rôle de technique de règlement des conflits qui peuvent opposer le besoin social de protection des victimes et des intérêts sociaux concurrents.

²⁴⁸² V. not. R. ROBLOT, art. cit.

²⁴⁸³ En ce sens, v. G. BRIERE DE L'ISLE, « La faute dolosive. Tentative de clarification » et « La faute intentionnelle (à propos de l'assurance de la responsabilité civile professionnelle) », précités, Ph. LE TOURNEAU *et alii*, *op. cit.*, n° 3514, R. ROBLOT, art. cit., et A. VIGNON-BARRAULT, *op. cit.*, n° 558 et s.

²⁴⁸⁴ En ce sens, v. J. FRANCILLON, *op. cit.*, p. 476, et A. VIGNON-BARRAULT, *op. cit.*, not. n° 51 et s. Il en résulte qu'il n'est pas certain qu'il soit ni juste ni utile de dire que les fautes qualifiées, en droit civil, remplissent une fonction de peine privée (v. not. J. FRANCILLON, *op. cit.*, p. 113 et 476, R. JAMBU-MERLIN, art. cit., L. JOSSERAND, art. cit., R. ROBLOT, art. cit., et Y. SAINT-JOURS, art. cit.). Elles opèrent un simple retour au droit commun, l'obligation de réparer le dommage causé par sa faute, et en aucun cas une condamnation à des dommages et intérêts d'un montant supérieur aux lésions subies par les victimes. Il y a donc privation d'une récompense, l'exonération de responsabilité, et non affliction d'une peine. Le même raisonnement peut être tenu pour la faute des victimes. Supprimer ou diminuer leur indemnisation en cas de faute qualifiée, ce n'est pas les punir, c'est appliquer, et à de particulièrement strictes conditions, la règle de droit commun en vertu de laquelle la faute causale de la victime peut exclure ou réduire son droit à réparation et à laquelle un régime spécial avait apporté dérogation pour toute faute inférieure.

Ainsi en est-il de la liberté contractuelle des parties qui assure la fluidité et l'efficacité du commerce et de l'économie, le tout justifiant les limitations conventionnelles et légales de la responsabilité contractuelle. De même, il est classique de dire que le droit des accidents du travail tend à établir un compromis entre le caractère automatique de la responsabilité et celui forfaitaire de la réparation, sans compter qu'il est aussi question de sauvegarder l'équilibre budgétaire et financier du système de sécurité sociale. La protection du salarié et la volonté, dans une logique que ne renieraient pas les tenants de la thèse du risque-profit, de faire supporter à l'entreprise les conséquences des fautes les moins graves au titre des frais d'activité requièrent qu'une faute qualifiée subordonne l'engagement de la responsabilité de l'employé²⁴⁸⁵. Quant au droit des transport aérien enfin, la limitation forfaitaire de l'indemnisation avait été justifiée par le fait qu'au moment où le législateur s'est saisi de la question, l'activité en était à ses débuts et qu'il fallait préserver les transporteurs de la part d'incertitudes qui l'entourait encore²⁴⁸⁶. Cependant, près de quatre-vingts années plus tard, on peut douter que ces arguments soient encore valables et il ne serait pas inopportun d'en tirer les conséquences en supprimant les faveurs faites aux transporteurs.

461. Justification des fautes qualifiées exigées par le besoin social de protection des victimes. Mais même dans ces hypothèses où le principe de la faute qualifiée, bien que nuisible à la fonction victimaire de la responsabilité civile, apparaît justifié, les juges tentent de minimiser l'atteinte portée à l'intérêt des victimes. Selon que l'effet de la faute sera favorable ou défavorable à la victime, sa définition sera ainsi large ou restrictive.

Lorsqu'une faute est favorable à la victime en premier lieu, la jurisprudence a tendance à élargir les définitions et à faciliter la reconnaissance de la faute qualifiée. Ainsi, elle fait primer les dols général et indéterminé pour caractériser la faute intentionnelle de l'employeur ou de son délégataire ou du débiteur au détriment duquel a été abandonnée l'exigence d'un dol spécial. De même, entre une conception subjective et objective de la faute inexcusable, la Cour de cassation a opté pour la seconde – au moins lorsqu'il s'agit de protéger l'intégrité corporelle des victimes²⁴⁸⁷, malgré la précision contraire des textes en vigueur en matière de transport aérien. Traduit également cette tendance à l'objectivation, la réduction, depuis 2002, de la faute inexcusable de l'employeur et de son délégataire à la faute lourde, laquelle est encore plus favorable au salarié victime d'un accident du travail. Enfin, l'assimilation de la faute lourde au dol en matière contractuelle va dans le même sens. La seule exception à cette tendance réside dans la faute nécessaire à l'engagement de la responsabilité contractuelle du

²⁴⁸⁵ Sur ce point, v. Ch. RADE, *op. cit.*, n° 73 et s., et A. VIGNON-BARRAULT, *op. cit.*, n° 232 et s.

²⁴⁸⁶ V. not. L. LE ROY, art. *cit.*

²⁴⁸⁷ D'aucuns notent en effet que la Cour de cassation retient une appréciation *in concreto* en matière de transport de biens et une appréciation *in abstracto* en fait de transport de personnes. Le critère fonctionnel pourrait expliquer cette divergence de jurisprudences entre la chambre commerciale et la première chambre civile. Reste qu'il est difficilement justifiable qu'un même texte donne lieu à diverses interprétations selon les intérêts que l'on entend protéger. Sur cette question, v. L. LE ROY, art. *cit.*

salarié qui consiste en un dol spécial : l'intention de nuire à l'employeur. Toutefois, l'exception trouve des raisons particulières dans la volonté de protéger le salarié *ès* qualité plutôt que l'employeur, même victime. L'objectif politique induit de cet arbitrage exceptionnel est tout à fait légitime et peut facilement se comprendre. La tendance générale n'en paraît pas moins réelle.

A l'inverse en second lieu, lorsque la faute doit nuire à la victime, l'élargissement de sa définition ne se vérifie plus systématiquement. Il est vrai que la faute inexcusable de la victime d'un accident de la route ou d'un accident du travail reste une faute de nature mixte qu'il peut être facile de qualifier. Cependant, cela peut se justifier. Quant aux victimes d'accidents de la circulation, il faut convenir que, d'un point de vue général, elles se trouvent dans une situation tout à fait privilégiée et une telle conception de la faute inexcusable permet d'assurer un certain équilibre du régime. Pour ce qui est de celles d'un accident du travail, il faut noter, d'une part, que cette objectivité est aujourd'hui moins importante que celle de la faute inexcusable de l'employeur et, d'autre part, que la diminution de la rente prévue par l'article L. 453-1, alinéa 2 du Code de la sécurité sociale n'est que facultative. Il reste qu'il serait peut-être bon que le droit positif évolue pour ne retenir la faute de la victime qu'à compter du stade de l'imprudence consciente, ce qui empêcherait notamment la diminution du droit à indemnisation de la victime auteur d'une faute inexcusable atteinte de troubles mentaux²⁴⁸⁸. Lorsque l'intention est requise, il est vrai encore que la faute intentionnelle de la victime est souvent largement appréhendée puisque le dol est à la fois général et indéterminé. Cela ne paraît pas illégitime dans la mesure où il s'agit d'éviter que des systèmes spéciaux de responsabilité ou d'indemnisation ne soient utilisés à des fins lucratives par leurs bénéficiaires éventuels et pour assurer l'équilibre économique des systèmes d'assurances sociale ou privée, ainsi que celui des fonds de garantie. Sans aller jusqu'à militer pour l'exigence d'un dol spécial de fraude aux prestations, certains aspects de la jurisprudence devraient être gommés afin que la réparation de la victime ne soit pas trop facilement exclue. Ainsi devrait-il en être tout particulièrement de l'indétermination du dol du salarié victime quant à l'identité de la victime²⁴⁸⁹. L'exclusion des prestations versées au titre des accidents du travail ne devrait être prononcée qu'autant que la victime a véritablement recherché la lésion qu'elle s'est infligée. Ce qui compte en droit civil n'est pas la volonté abstraite de porter atteinte à la valeur intégrité corporelle mais bien celle de se faire subir un dommage ou un préjudice à soi-même.

462. Droit des assurances et conformité à la fonction victimaire du droit civil de la responsabilité. En second lieu, l'exigence d'une faute intentionnelle de l'assuré en droit des assurances est également justifiée d'un point de vue fonctionnel. Toutefois, c'est ici la fonction victimaire du droit civil de la responsabilité même qui lui sert de fondement.

²⁴⁸⁸ V. Civ. 2, 7 juin 1989 : *D.*, 1989, note J.-L. AUBERT, p. 559 ; et *JCP*, 1990, II, 21451, note J.-P. BARBIERI.

²⁴⁸⁹ Sur ce point précis, v. *supra* n° 439.

En effet, au regard des fonctions de la responsabilité civile, il est nuisible à la victime que certaines fautes de l'assuré la privent de la chance d'indemnisation que constitue pour elle l'assurance. Il est donc opportun que seule celle qui est au sommet de la hiérarchie de l'anormalité subjective produise cet effet. Il est, en outre, très clair que c'est en faveur de la victime que la jurisprudence retient une conception très étroite de la faute intentionnelle en droit des assurances. En posant comme condition à la qualification de la faute intentionnelle que l'auteur ait voulu le résultat obtenu et en n'excluant la garantie de l'assureur que pour les résultats réalisés ayant été précisément recherchés par l'assuré, on assure à la victime de meilleures chances de bénéficier de l'assurance de responsabilité et, partant, de voir son dommage indemnisé.

Ainsi, *réserve étant faite de certains points pouvant être améliorés, une seule et même tendance générale se dégage sous le double mouvement tendant à élargir les fautes bénéfiques à la victime et à restreindre celles qui lui nuisent : celle de la favorisation de ses intérêts*. Le droit positif des fautes civiles qualifiées est donc assez conforme à la fonction victimaire de la responsabilité civile. Le principal effort que devrait faire le législateur demeure par conséquent l'objectivation intégrale de la faute civile simple. C'est à ce prix que l'orientation fonctionnelle du droit civil sera seule satisfaite, alors que le droit pénal pourrait se contenter d'un raffinement éventuel des fautes pénales.

§2. Le raffinement souhaitable de l'appréhension pénale de la culpabilité

463. Le bien et le mieux. S'il n'est pas question de remettre en cause l'exigence pénale de culpabilité (A), il pourrait cependant être utile de remanier le droit positif en vue d'un raffinement de l'appréhension des fautes exigées par le droit pénal (B).

A- Le maintien de l'exigence d'une faute en droit pénal de la responsabilité

464. Nécessité technique de la culpabilité en droit pénal de la responsabilité. Le premier élément qui milite en faveur de la nécessité de l'anormalité subjective en droit pénal consiste dans sa nécessité technique à la perfection des infractions. Comme on l'a dit, l'article 121-3 du Code pénal fait de la culpabilité une condition du crime et du délit et non une exigence de la responsabilité pénale distincte de celle d'infraction. De même, les textes d'incrimination, soit expressément, soit implicitement par renvoi à l'article 121-3, font de l'anormalité subjective une condition nécessaire à la constitution des infractions. Mais au-delà du Code pénal, c'est le Conseil constitutionnel lui-même qui est venu, dans une décision en date 16 juin 1999²⁴⁹⁰, l'imposer au législateur. Aux termes de celle-ci, « *il résulte de l'article 9 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, s'agissant des crimes et des délits,*

²⁴⁹⁰ Cons. const., 16 juin 1999, préc.

que la culpabilité ne saurait résulter de la seule imputabilité matérielle d'actes pénalement sanctionnés. En conséquence, et conformément aux dispositions combinées de l'article 9 précité et du principe de légalité des délits et des peines affirmé par l'article 8 de la même déclaration, la définition d'une incrimination en matière délictuelle, doit inclure, outre l'élément matériel de l'infraction, l'élément moral, intentionnel ou non, de celle-ci ».

Il est vrai que le Code pénal et le Conseil constitutionnel ne posent clairement l'exigence que pour les crimes et les délits. On pourrait en déduire que la culpabilité n'est pas requise en matière contraventionnelle. En réalité, il ne semble pas y avoir de raisons de distinguer. On a dit les critiques dont pouvait faire l'objet l'alinéa 5 de l'article 121-3 disposant qu'« *il n'y a point de contravention en cas de force majeure* »²⁴⁹¹. Quant à la position restrictive du Conseil constitutionnel, elle ne trouve aucun fondement dans les textes invoqués relatifs pour l'un au principe de légalité des délits et des peines, pour l'autre à la présomption d'innocence, et qui n'opèrent aucune distinction sur la base de la classification tripartite des infractions. Par conséquent, si l'on y a trouvé un principe d'exigence d'un élément moral de l'infraction, il faut l'appliquer à toute, sans aucune discrimination.

465. Légitimité fonctionnelle de la culpabilité en droit pénal de la responsabilité.

Au-delà de ces considérations techniques, l'anormalité subjective répond surtout aux exigences fonctionnelles du droit pénal. Il en va ainsi de la légitimité et de l'utilité de la fonction de protection sociale qu'il remplit²⁴⁹².

Une protection efficace des valeurs essentielles de la société suppose qu'on puisse accéder au for intérieur du responsable, comme à celui de tout un chacun, ce qui nécessite que le destinataire, spécial ou général, de la sanction pénale soit doté d'un minimum de capacités psychologiques. En son absence, la peine ne peut être comprise et remplir son rôle rétributif et de prévention de la récidive²⁴⁹³ et de la criminalité. Mieux, cette protection doit pouvoir passer par la rétribution, la repentance du condamné. Or pour qu'une personne se sente véritablement et à juste titre coupable, encore faut-il que son comportement soit suffisamment grave et qu'il lui apparaisse comme ayant pu être évité, comme dépendant de sa volonté, d'un choix quelconque qu'il aurait fait et pu ne pas faire. Car comment empêcher un évanouissement ou une affection imprévisible ? A quoi bon punir celui qui n'a pas eu le choix et qui, demain, ne pourra mieux faire dans une situation similaire ? Et peut-on, quoi qu'il en soit, protéger la société contre ce qui ne peut être évité ? On insiste ainsi, par la même occasion, sur la nature et la fonction morales de la responsabilité pénale²⁴⁹⁴. On opposera que les contraventions sont justement hermétiques à de telles considérations, pour n'être orientées

²⁴⁹¹ V. *supra* n° 404.

²⁴⁹² En ce sens, v. Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *op. cit.*, n° 47, et 69 et s., et H. PY-LEBRUN, *op. cit.*, n° 203.

²⁴⁹³ *Ibid.*, n° 219.

²⁴⁹⁴ V. Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *op. cit.*, n° 377.

qu'en direction de la seule régulation objective d'une discipline sociale minimale indispensable au bon fonctionnement de la société²⁴⁹⁵ ? L'on répondra que cela n'est pas totalement vrai dans la mesure où, en admettant en la matière l'irresponsabilité pour cause de trouble mental, le droit positif témoigne de son attachement à cette conception classique du droit pénal. Par ailleurs, si un tel objectif devait devenir nécessaire au point que l'on entende normaliser les comportements sans l'adhésion ou même la compréhension des sujets de droit à cet objectif, il serait préférable d'en confier la réalisation à des matières "pararépressives", disciplinaires ou administratives.

*L'anormalité subjective participe donc du fondement des fonctions pénales et de leur efficacité, et c'est pour toutes ces raisons qu'elle apparaît comme une exigence impossible à écarter du droit positif de la responsabilité pénale. L'existence d'un choix à l'origine de l'acte objectivement anormal doit donc demeurer une des conditions indépassables de l'intervention du droit pénal*²⁴⁹⁶. C'est, en fait de responsabilité et concernant le fait causal, ce qui devrait toujours faire le départ entre cette discipline et le droit civil²⁴⁹⁷.

Mais s'il apparaît qu'aucune modification du droit positif ne doit être admise concernant l'exigence d'une faute en droit pénal, les fautes actuellement exigées en droit pénal de la responsabilité pourraient peut-être, quant à elles, être appréhendées avec plus de subtilité.

B- Le raffinement des fautes exigées en droit pénal de la responsabilité

466. Pluralité des problèmes. C'est sur ce point que des modifications du droit positif pourraient intervenir. De nombreuses questions se posent : à partir de quel degré de gravité de culpabilité le droit pénal peut-il utilement être mis en œuvre ? Dans quelle mesure et comment le traitement pénal de la faute doit-il s'adapter à ses infinies variantes ? Le mobile, par exemple, doit-il être plus systématiquement pris en considération ?

Le problème est pour grande partie de politique juridique et il semble impossible d'apporter une réponse exhaustive à ces interrogations. Deux orientations générales peuvent cependant être données dans la perspective de l'adaptation du droit pénal de la responsabilité à sa spécificité fonctionnelle : le maintien en l'état des fautes pénales extrêmes d'une part (1) ; et l'enrichissement des fautes intermédiaires d'autre part (2).

²⁴⁹⁵ Sur cet argument, v. not. A. LEGAL, art. cit., J.-P. MARTY, art. cit., et Ph. MERLE, *op. cit.*, n° 120.

²⁴⁹⁶ Sur la volonté comme critère de dépenalisation, v. H. PY-LEBRUN, *op. cit.*

²⁴⁹⁷ L'exigence de culpabilité permet de fonder, s'il en était besoin, l'absence de responsabilité pénale du fait des choses.

1. Le maintien des fautes extrêmes en l'état

467. *Culpa levissima* et intention. Prôner le maintien en l'état des fautes pénales extrêmes signifie défendre la légitimité de la répression de la faute légère (a) et la définition actuelle de la faute intentionnelle (b).

a- Le maintien souhaitable de la répression de la faute légère

468. Remise en cause récurrente de la répression de la faute légère. Cela a déjà été dit à l'occasion de l'étude de la gravité objective de la faute pénale, nombreuses sont les propositions favorables à la dépenalisation de la faute simple²⁴⁹⁸. La répression de cette dernière serait, selon certains, illégitime et inutile.

Illégitime d'une part, la sanction pénale de l'imprudance légère et très légère le serait en ce que de tels comportements étant susceptibles de concerner n'importe qui, frapper leur auteur d'une véritable peine, liberticide et infamante, serait disproportionné. Par ailleurs, le principe de nécessité justifierait que la *culpa levis* et la *culpa levissima* soient exclues du champ du droit criminel qui ne doit s'attaquer qu'aux comportements les plus graves. D'autre part, leur répression serait inutile car on ne pourrait empêcher de telles imprudances, toujours susceptibles d'arriver. Leur auteur serait donc inaccessible à la prévention, ce qui empêcherait au droit pénal de remplir sa fonction. Au lieu de punir durement pour rien, il devrait donc s'abstenir.

469. Défense de la répression de la faute légère. Ces arguments peuvent cependant ne pas convaincre et la fonction de protection de la société du droit pénal de la responsabilité paraît au contraire commander le maintien de la répression des fautes légère et très légère.

Objectivement en premier lieu, de tels comportements peuvent apparaître suffisamment graves pour que leur répression satisfasse le principe de nécessité. Ces fautes, on l'a déjà dit²⁴⁹⁹, ne sont véritablement prises en compte que dans de rares infractions qui portent atteinte à des valeurs sociales particulièrement précieuses telles que la vie et l'intégrité physique. D'un point de vue politique, il s'agit de répondre à des faits qui, aujourd'hui, appellent une réaction vive de la part du législateur : accidents de la circulation ou du travail, problèmes de santé publique, dommages de masse en tout genre, etc. La gravité du comportement est donc bien réel en fait. D'un point de vue technique, la répression de la faute simple n'est donc pas aveugle. Un tri a déjà été opéré parmi les comportements à incriminer. Pas en fonction du fait causal, certes, mais sur le fondement du bien juridico-pénal. La gravité

²⁴⁹⁸ V. *supra* n° 202 et s.

²⁴⁹⁹ *Supra* n° 203.

du comportement existe donc aussi en droit. Le principe de nécessité semble respecté et la répression de l'imprudence légère légitime.

Subjectivement en second lieu, ces fautes sont composées à la fois d'une anormalité objective, appréciée *in abstracto* et simple ou constatée, et d'une anormalité subjective, laquelle consiste en une volonté de l'acte simplement présumée. Elles sont donc à base de culpabilité et reposent sur un choix, celui-ci aurait-il été fait sans conscience des conséquences qui en ont découlé. Il en résulte qu'un tel acte est susceptible de provoquer des remords justifiés chez l'auteur ainsi qu'une correction de son comportement à venir. L'agent est dans ce cas parfaitement accessible à la peine. Partant, une protection efficace de la valeur protégée est envisageable, conformément à la fonction spécifique du droit pénal de la responsabilité. Mieux, le fait qu'un tel acte puisse être commis par toute personne facilite l'identification avec le condamné et sa sanction peut donc avoir un effet préventif général. Cela démontre la légitimité et l'utilité de la répression pénale de la faute légère.

Le droit positif semble donc pouvoir valablement demeurer en l'état, sur ce point comme sur celui de la définition de la faute intentionnelle.

b- Le maintien souhaitable de la faute intentionnelle en l'état

470. Conformité de la prévalence des dols général et indéterminé à la fonction de protection du droit pénal de la responsabilité. Par la prévalence qu'il accorde aux dols général et indéterminé, le droit positif permet au droit pénal de la responsabilité de remplir au mieux ses fonctions. Ce qu'il perd par l'exigence même d'une anormalité qualifiée, il semble en effet qu'il le rattrape par une interprétation assez large de l'intention.

Il est évident en effet que le dol général et le dol indéterminé sont mieux adaptés à la protection de la société puisqu'ils excluent qu'il soit fait un tri trop serré entre les différents auteurs de faute intentionnelle. Ce qui compte avant tout, c'est d'avoir fait le choix de porter atteinte ou de mettre en péril un intérêt pénalement protégé. Ce faisant, c'est aussi la fonction expressive du droit pénal qui est favorisée. *Toute manifestation de volonté hostile aux valeurs sociales pénalement sauvegardées est susceptible de faire l'objet d'une sanction pénale.*

471. Maintien de principe des motivations dans le domaine du fait. Par conséquent, il ne semble pas opportun que le législateur s'engouffre dans un travail fastidieux de différenciation des peines encourues en fonction des motivations du responsable. Celles-ci sont trop nombreuses, trop entremêlées, trop subtiles, trop variables pour qu'un droit aussi légaliste que le droit pénal ne puisse s'y accorder efficacement et apporter une réponse toujours juste et opportune. L'appréhension des motifs et des mobiles doit, par principe, rester de la compétence de fait du juge qui, en vertu du principe d'individualisation de la peine, est libre et parfaitement placé pour assortir la sanction de l'agent à son état d'esprit précis. C'est

aux magistrats de mettre en place une politique pénale sur ce point, sans qu'ils y soient tenus juridiquement.

Concernant les fautes extrêmes, simple et intentionnelle, la législation actuelle paraît donner les moyens au droit pénal de la responsabilité de remplir au mieux sa mission. Sans lui nuire, les fautes intermédiaires actuelles paraissent en revanche manquer des nuances qui pourraient améliorer l'aspect subjectif de la protection pénale de la société que doit assurer le droit pénal de la responsabilité.

2. L'enrichissement des fautes intermédiaires

472. Insuffisance du droit positif. Entre la faute simple et la faute intentionnelle, la pensée juridique a découvert des myriades de formes d'expression de la culpabilité de celui qui a conscience de créer un risque sans rechercher l'événement défavorable susceptible de se réaliser. On peut ainsi distinguer selon qu'il se montre indifférent à sa réalisation ou selon qu'il est persuadé que rien de grave n'arrivera. Au sein de cette dernière catégorie, on peut encore opposer celui qui a confiance en lui, qui table sur son habileté à éviter le pire, tel le chauffard qui se prend pour un pilote de course automobile, et celui qui a confiance dans le destin, qui compte sur sa bonne étoile.

Par comparaison, le droit positif apparaît insuffisant car trop simpliste. D'une part, il ne connaît en effet que deux types de fautes intermédiaires. La faute caractérisée tout d'abord, qui n'est qu'une faute simple se caractérisant par sa dangerosité objective particulière pour les personnes. La faute délibérée ensuite, imprudence consciente dont l'application est strictement subordonnée par un élément matériel particulièrement étroit : la violation d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité imposée par la loi ou le règlement. D'autre part, les deux connaissent des limites : la première est bornée par l'intérêt juridique qu'elle doit léser ; la seconde par son élément matériel. Enfin, seule la seconde est une circonstance aggravante de certaines infractions non intentionnelles. La première ne joue qu'un rôle d'élément constitutif et n'entraîne aucune véritable adaptation de la répression²⁵⁰⁰.

La fonction du droit pénal mériterait pourtant une adéquation plus grande et plus subtile de la peine encourue à la gravité subjective du fait causal. Du point de vue de la prévention générale, c'est envoyer un signe fort que d'affirmer que plus l'atteinte à la valeur protégée est consciente, plus elle grave en ce qu'elle témoigne d'un rejet d'autant plus important de la société. Du point de vue de la prévention spéciale, plus on a agi avec conscience, plus on est susceptible de regretter son acte, de se repentir et de corriger son comportement. Plus un choix est fait en connaissance de cause, plus on peut comprendre son erreur et plus on peut éviter de la reproduire. De même, plus une décision est prise en connaissance de cause, plus

²⁵⁰⁰ V. *supra* n° 421.

l'antisocialité, la dangerosité et l'immoralité de l'agent sont réelles, et plus la protection de la société contre celui qui l'a prise apparaît nécessaire et la punition, la rétribution, légitimes.

473. Propositions de droit prospectif. Modifier quelque peu le droit pénal positif pourrait donc être envisagé²⁵⁰¹. La question est complexe et il ne s'agit ici que de fournir quelques pistes de réflexions.

Tout d'abord, il ne semble ni possible, d'un point de vue probatoire, ni utile, d'un point de vue fonctionnel, de distinguer selon que celui qui crée un risque compte sur l'aide de Dieu ou sur lui-même pour éviter de porter atteinte à un bien juridique. Comment prouver que l'on est dans tel cas de figure et pas dans l'autre ? Et surtout, à quoi bon ? Dans les deux cas, l'agent aura fait preuve d'une insouciance et d'une témérité équivalentes, aucune n'étant plus légitime que l'autre.

Ensuite, s'il était possible de le faire, il serait bon en revanche de traiter différemment celui qui s'est véritablement moqué de nuire aux intérêts sociaux. L'imprudence consciente est en effet la marque d'une culpabilité bien particulière faite d'indifférence tout à fait assumée à ce qui fait le propre de la société dont il est membre. Mais cela supposerait au préalable une modification minimale du droit pénal : la répression différenciée et plus générale de l'imprudence consciente. Le manque le plus important du droit positif paraît en effet venir de la définition trop étriquée de la faute délibérée. Pourquoi n'appréhender l'imprudence consciente que lorsqu'elle conduit à la violation d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité ? Dès lors qu'il y a conscience de créer un risque de lésion, voire de risque, pour un bien juridico-pénal, ne faudrait-il pas que la répression pénale monte d'un cran ? La faute délibérée devrait être libérée du carcan de son élément matériel pour ne plus se définir que par la *disposition d'esprit de celui qui a la volonté de l'acte et la conscience, sans la volonté, du résultat légal qui pourrait éventuellement en résulter*. Rien n'empêcherait au législateur de ne pas protéger tous les biens juridico-pénaux contre ce type de faute. Par exemple, il n'aurait pas forcément à incriminer celui qui prendrait le risque, par un *bonus dolus*, de porter atteinte au patrimoine juridique d'autrui. En revanche, il pourrait être utile de différencier systématiquement la répression des atteintes portées à certaines valeurs importantes, telles que la vie, l'intégrité corporelle, la santé publique ou l'environnement, selon que le résultat légal aura été ou non perçu comme possible.

Enfin, il ne serait pas insensé que la faute caractérisée soit érigée en circonstance aggravante pour certaines infractions non intentionnelles.

²⁵⁰¹ Tel est d'ailleurs le cas, une proposition de loi relative à la délinquance d'imprudence ayant été déposée qui envisage de faciliter l'application de l'article 223-1 du Code pénal en permettant la constitution par faute caractérisée. Elle a été renvoyée en commission. v. *Dr. pénal*, 2012, Alertes n° 14.

Conclusion du chapitre

474. Adaptation fonctionnelle imparfaite de l'anormalité. L'efficacité du système global de responsabilité juridique commande que chacune de ses applications techniques soient coordonnées de manière à remplir au mieux leur propre fonction. Du point de vue de l'anormalité exigée, cela devrait conduire à une divergence quant à la structure des faits causaux civil et pénal qui n'est pas respectée par le droit positif. *Le droit civil de la responsabilité devrait, afin de faciliter la protection des victimes et la satisfaction de leurs intérêts, se caractériser par une objectivation optimale de son fait causal et donc exclure autant que possible toute exigence de culpabilité. En revanche, celle-ci apparaît tout à fait nécessaire au droit criminel, une protection efficace de la société passant par la prévention subjective spéciale et générale et donc par l'exigence d'un acte qui puisse être regretté et évité par une décision humaine. Mieux, l'appréhension pénale de la culpabilité devrait être la plus subtile possible et se traduire par une différenciation optimale des différentes fautes et de leur régime répressif.*

Le droit positif, *de lege lata*, n'est cependant pas aussi cohérent. Au contraire, il est apparu qu'il existait, contrairement au constat classiquement dressé par la doctrine majoritaire, une presque totale identité des fautes civiles et pénales. Les fautes simples des deux branches du droit sont absolument équivalentes, faites d'anormalité objective, tantôt appréciée *in abstracto* et simple, tantôt constatée, et d'une anormalité subjective minimale consistant en la volonté présumée de l'acte accompli. Quant aux fautes qualifiées, elles sont également identiques, quoique de façon plus relative. Parmi les fautes qualifiées non intentionnelles, seules les fautes civiles inexcusables et la faute pénale caractérisée sont en tous points identiques, comme fautes volontaires objectivement dangereuses pour autrui. Concernant les fautes intentionnelles pénale et civile, malgré la relativité propre à la notion même d'intention, on a pu constater une forte et commune tendance à la prépondérance des dols général et imprévisible.

Des modifications, *de lege ferenda*, paraissent donc souhaitables. Celles-ci devraient surtout concerner le droit de la responsabilité civile, la faute devant être véritablement objectivée, ce qui implique de la ramener à la seule illicéité. Par exception, des fautes qualifiées peuvent légitimement trouver leur place en la matière pour des raisons soit purement techniques, soit politiques, tenant à la nécessité de satisfaire un besoin social différent de celui poursuivi par le droit de la responsabilité civile, comme par exemple la protection des salariés ou l'efficacité du commerce. Quant au droit pénal, s'il semble déjà assez adapté à la satisfaction efficace de ses fonctions, de par l'exigence indépassable de culpabilité qui en fait la marque, la répression de l'ensemble des fautes au sens plein du terme, ainsi que par une définition assez ouverte de l'intention, il pourrait lui aussi connaître des améliorations. La répression pourrait en effet s'adapter plus subtilement aux différents degrés

de la culpabilité. Au moins pourrait-on sanctionner de manière différenciée et moins conditionnée l'imprudence consciente qui n'est appréhendée que par le biais de la très restrictive faute délibérée.

Conclusion du titre

475. Universalité, personnalité, objectivité : devise du fait générateur de responsabilité civile. Là où le concept de responsabilité juridique conférait au droit pénal et à la responsabilité civile une unité, une identité, commandant de les faire converger l'un vers l'autre, le système qui découle de cette institution générale invite au contraire à les distinguer à raison de leur fonction respective. Il en va de la cohérence et de l'efficacité globales dudit système et de l'utilité réelle de ses applications en droit privé. Il résulte de cela, dans un premier temps, que *le fait générateur de responsabilité va être modifié par des ajouts d'éléments constitutifs supplémentaires à ceux qui sont imposés par le concept de responsabilité juridique et variables selon la discipline en cause.*

Le fait générateur de responsabilité civile, en premier lieu, doit être modelé de manière à rendre plus facile la protection des victimes. Il ne doit donc pas poser trop de conditions et doit faire preuve à cette fin d'universalité et d'objectivité. *Universalité* d'une part, quant au résultat légal, puisque *protéger efficacement les individus suppose de ne pas trier parmi les biens juridiques qui les intéressent.* Dès lors qu'une valeur ou un besoin social est considéré comme légitime, conforme à l'ordre public et aux bonnes mœurs, sa lésion doit pouvoir être réparée, voire prévenue. Aussi la peine ou la souffrance subies doivent-elles autoriser la mise en œuvre de la responsabilité civile tout autant que l'atteinte portée à l'intégrité corporelle ou aux droits de la personnalité d'autrui, de même que l'appauvrissement mérite la même attention que l'empiétement sur le terrain appartenant à la victime. Sur ce point, le droit positif est tout à fait conforme à l'orientation fonctionnelle du droit civil de la responsabilité. *Objectivité* d'autre part, quant au fait causal, puisque l'anormalité exigée par cette application technique de la responsabilité juridique ne devrait pas, en principe, dépasser les réquisits découlant de ce dernier concept. *L'objectivation du fait causal civil doit être optimale. Ce fait doit être réduit à l'illicéité la plus légère, critère tout à fait suffisant pour que l'on choisisse la victime au détriment de l'auteur du dommage ou du responsable.* De *lege lata* cependant, tel n'est pas l'état du droit civil de la responsabilité qui exige encore, inconsciemment sans doute, une certaine culpabilité consistant en la volonté de l'acte accompli, ce qui fait de la faute civile simple le reflet exact de la faute pénale du même nom. Des modifications s'avèrent donc nécessaires *de lege ferenda.* Techniquement d'abord, la faute simple devrait être ramenée à l'exigence d'anormalité objective simple, avec pour conséquences pratiques de rendre responsables de leur comportement anormal tous les inconscients, sans discrimination touchant l'origine psychique ou physique de l'affection. Sémantiquement ensuite, il serait opportun d'aller au bout du raisonnement en ne parlant plus de faute, même simple, même objective, mais de fait illicite ou anormal. Ce terme ne devrait être maintenu que pour les fautes qualifiées qui, malgré leur possible contrariété à la fonction victimaire de la responsabilité civile, sont parfois imposées par des considérations techniques ou politiques.

Ce n'est pas dire pourtant que cette fonction ne commande aucun ajout aux éléments constitutifs liés au concept même de responsabilité juridique. Car le fait générateur de responsabilité civile ne se caractérise pas que par son universalité et son objectivité. La *personnalité* est elle aussi une condition de sa constitution. La responsabilité civile relève du droit privé, ce dont il découle qu'elle intéresse les relations entre particuliers, et du droit des obligations, ce qui implique qu'elle a pour objet des rapports de créancier(s) à débiteur(s) . Elle a pour fonction la protection des victimes, ce qu'elle fait en leur attribuant une créance de réparation, voire de prévention, d'où la nécessité que ces victimes soient dotées de la personnalité juridique. Il en résulte que *le résultat légal doit avoir pour objet un intérêt substantiel personnel, c'est-à-dire un bien juridique rattachable à un sujet de droit*. L'exigence est pourtant de moins en moins respectée en droit positif comme en témoigne les évolutions législatives et jurisprudentielles des actions de groupements en défense d'intérêts collectifs. Un abandon de ces solutions apparaît très souhaitable mais impose une réflexion profonde sur la nature, la fonction et la place de ces actions au sein du système global de responsabilité juridique.

476. Sélectivité, impersonnalité, subjectivité : devise du fait générateur de responsabilité pénale. En second lieu, totalement à l'inverse de son homologue du droit civil, le fait générateur de responsabilité pénale est marqué par sa sélectivité, son impersonnalité et par sa subjectivité. *Protecteur de la société, il ne peut pas courir le risque de la banalisation ou être utilisé en vain pour servir de bouclier à n'importe quel intérêt et contre n'importe quel acte.*

Concernant le résultat légal d'une part, il ne suffit pas, comme s'en satisfait le concept de responsabilité juridique, d'un intérêt légitime, d'un bien juridique quelconque. Il faut plus, *un bien juridico-pénal, intérêt que l'on peut estimer suffisamment important, en ce qu'il participe de la définition d'une société donnée, pour bénéficier de la protection de l'arme juridique la plus douloureuse*. Le droit criminel doit faire preuve de *sélectivité*. A ce titre, le bien-être, le confort, comme la fortune ne sauraient être pénalement protégés, point sur lequel le droit positif s'accorde parfaitement avec les orientations fonctionnelles du droit pénal de la responsabilité. En revanche, puisque l'on protège la société et non les personnes, *la personnalité juridique de la victime éventuelle importe peu. Dès lors qu'elle n'est pas nécessaire à l'existence même de la valeur protégée*, comme la propriété ou l'état civil, c'est *l'impersonnalité* qui doit régner en matière pénale. Le droit positif diffère pourtant de ces conclusions. Ainsi refuse-t-il de considérer que l'enfant à naître puisse être victime d'un homicide par imprudence en raison de son absence de personnalité juridique. Une telle solution est totalement contraire à la fonction protectrice du droit pénal en ce qu'elle laisse impunies des hypothèses, pourtant incriminées, d'atteinte à la vie humaine. Un revirement est donc indispensable pour mettre un terme à cette jurisprudence incompréhensible, illégale, et donc inacceptable.

Quant au fait causal d'autre part, le droit pénal de la responsabilité doit faire preuve de *subjectivité*. *L'utilité de la répression et donc de la protection sociale requiert une prise de conscience à la fois générale et spéciale. Or celle-ci suppose que le fait anormal soit suffisamment grave et qu'il résulte d'un choix, sans quoi il ne pourra pas légitimement et véritablement être regretté et évité à l'avenir. La culpabilité s'impose alors comme une exigence indépassable du droit criminel et vient s'ajouter à l'illicéité liée au concept de responsabilité juridique.* Sur ce point, le droit positif est irréprochable. Il est assez conforme également si l'on se penche sur les fautes précisément exigées. Concernant les fautes extrêmes, aucune modification ne paraît en effet souhaitable. Il semble ainsi opportun de maintenir la répression de la faute simple, qui est socialement et juridiquement assez grave et qui, résultant d'un choix, peut fort bien être évitée. De même, il ne paraît pas opportun d'exiger une intention plus précise qu'il n'est requis en cas de dols général et indéterminé, lesquels sont, *de lege lata*, les dols de principe. Les seules modifications qui pourraient être intéressantes concernent les fautes intermédiaires dont le droit positif ne connaît que deux figures au champ d'application très limité. La moindre des choses serait que le législateur sanctionne l'imprudence consciente plus sévèrement que l'imprudence inconsciente et qu'il ne l'associe pas systématiquement à un élément matériel réduit à la violation d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité.

On le voit, l'influence des fonctions respectives des responsabilités de droit privé sur la constitution de leur fait générateur est importante. *Elles conduisent à ajouter des éléments constitutifs à ceux qu'impose déjà le concept même de responsabilité juridique : la personnalité en droit de la responsabilité civile ; une légitimité particulièrement vive et la culpabilité en droit pénal.* Toutefois, ce n'est pas ici que les spécificités fonctionnelles des responsabilités de droit privé se manifestent le plus. L'imputation du fait générateur est en effet l'étape de la génération de la responsabilité qui est la plus exposée à cette influence fonctionnelle du droit pénal et du droit de la responsabilité civile.

TITRE SECOND

L'INFLUENCE DES FONCTIONS DES RESPONSABILITES SUR L'IMPUTATION DU FAIT GENERATEUR

477. Notion et place de l'imputation en droit de la responsabilité. La notion d'*imputation* et, plus encore, celle d'*imputabilité* sont des composantes classiques du champ lexical du droit de la responsabilité²⁵⁰². Il est ainsi fréquent de rappeler que le terme vient du latin *imputare* signifiant "mettre en ligne de compte", "attribuer", et qu'il a évolué, au gré d'un passage du domaine de la comptabilité à celui de la morale et des autres sciences normatives, pour désigner désormais le fait d'attribuer à un individu quelque chose digne de blâme ou de récompense²⁵⁰³. Classiquement, la doctrine majoritaire a tendance à opposer nettement les notions d'imputation et d'imputabilité. Celle-ci renverrait à des données subjectives, principalement à la question du libre arbitre et au discernement de l'agent à qui il s'agit d'attribuer le "quelque chose" en question²⁵⁰⁴, là où celle-là aurait une connotation objective et aurait notamment trait à la question de la participation de l'agent à son fait²⁵⁰⁵. Il faut d'ailleurs noter que cette acception purement objective de la notion connaît aujourd'hui un regain d'intérêt en droit civil de la responsabilité. Certains auteurs, en effet, érigent l'imputation en une quatrième condition de la responsabilité civile regroupant l'ensemble des critères de rattachement du fait générateur de responsabilité à une autre personne que l'auteur : la garde, l'autorité parentale, la préposition, etc²⁵⁰⁶. Se borner à l'étude de l'influence des fonctions des droits civil et pénal de la responsabilité sur une seule de ces notions serait particulièrement restrictif et peu pertinent. La raison principale en est que rien ne justifie, sinon la force de l'habitude, de réserver un sens aussi restreint à chacun des termes d'imputabilité et d'imputation.

²⁵⁰² Sur la question, v. principalement P. JOURDAIN, *Recherche sur l'imputabilité en matière de responsabilité civile et pénale*, préc., et « Retour sur l'imputabilité », préc., P. RICŒUR, *Le juste*, préc., et F. ROUSSEAU, *L'imputation dans la responsabilité pénale*, préc. Adde J.-H. ROBERT, « Imputation et complicité », *JCP*, 1975, I, 2720.

²⁵⁰³ V. not. P. JOURDAIN, *op. cit.*, n° 2 et s., R. MERLE, *Droit pénal général complémentaire*, préc., p. 179, R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel. Droit pénal général*, préc., n° 616, J.-H. ROBERT, *Droit pénal général*, préc., p. 286, et F. ROUSSEAU, *op. cit.*, n° 2 et s.

²⁵⁰⁴ V. par exemple, A. COLIN et H. CAPITANT par L. JULLIOT DE LA MORANDIERE, *Traité de droit civil*, préc., n° 1116, Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, préc., n° 350, E. DREYER, *Droit pénal général*, préc., n° 737, P. JOURDAIN, *op. cit.*, n° 116 et s., Ph. MALINVAUD et D. FENOUILLET, *Droit des obligations*, préc., n° 578, P. ROSSI, *Traité de droit pénal*, préc., p. 321, et A. SERIAUX, *Manuel de droit des obligations*, préc., n° 129.

²⁵⁰⁵ V. not. Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *op. et loc. cit.*

²⁵⁰⁶ V. *infra* n° 479 et s.

Un auteur a d'ailleurs démontré qu'une telle distinction était démentie par leur étymologie même, laquelle est parfaitement identique. La seule différence entre les deux notions ne tiendrait donc pas à leur objet, objectif ou subjectif, mais à tout autre chose. Tandis que l'imputation désignerait une action, celle de faire le lien entre le fait générateur de responsabilité et le responsable, l'imputabilité ressortirait aux conditions encadrant cette opération²⁵⁰⁷. L'imputation, sous cet angle, serait donc plutôt à opposer à la constitution, ces notions étant les deux étapes successives de la génération de la responsabilité juridique²⁵⁰⁸. *Après la constitution, processus de perfection technique du fait juridique générateur de responsabilité, viendrait ainsi le tour de l'imputation, mécanisme de liaison de ce fait juridique à la personne appelée à en répondre. Et de même que la constitution est soumise à certaines conditions, que sont les éléments constitutifs, l'imputation devrait satisfaire certaines exigences, lesquelles renverraient à la notion d'imputabilité. De ce point de vue, il apparaît que l'institution générale de responsabilité juridique, et donc chacune de ses applications techniques, ne saurait se passer de cette opération.* A l'évidence en effet, il serait inutile qu'un fait générateur de responsabilité soit constitué sans que l'on puisse en faire ensuite supporter les conséquences à qui que ce soit.

478. Fonctions de l'imputation et influence fonctionnelle des responsabilités de droit privé. Mais cela n'interdit pas, pour autant, de faire des distinctions au sujet de l'imputation ou de l'imputabilité.

Tout d'abord, il serait possible d'opposer les conditions de l'imputation en fonction de leur objet, ce qui peut se faire de deux manières. En premier lieu, il est ainsi envisageable de traiter, d'un côté, de ses conditions objectives – *imputabilité objective* – qui désigneraient les questions relatives à la participation et à la justification du fait générateur et, de l'autre côté, des conditions subjectives de l'imputation – *imputabilité subjective* – lesquelles auraient trait à l'imputabilité au sens classique du terme. Dans le même ordre d'idées, on peut imaginer différencier l'*imputation/imputabilité réelle* et l'*imputation/imputabilité personnelle*, selon que l'aptitude à l'imputation est appréciée dans le fait générateur de responsabilité – ce qui serait le cas lors de l'examen de son caractère justifié ou non – ou bien dans le responsable potentiel (participation, imputabilité classique)²⁵⁰⁹. Néanmoins, aucune de ces deux présentations ne semble finalement satisfaisante. Hormis le fait que la première pourrait par

²⁵⁰⁷ V. F. ROUSSEAU, *op. cit.*, n° 7. Adde J. ORTOLAN, *Eléments de droit pénal*, préc., n° 220. Ne retenant pas la distinction classique, sans pour autant la contester, v. not. R. GARRAUD, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, préc., n° 267 et s., H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, t. 1, préc., n° 390, et J.-H. ROBERT, *op. et loc. cit.*

²⁵⁰⁸ V. *supra* n° 18. Rapp. F. ROUSSEAU, *op. cit.*, n° 8.

²⁵⁰⁹ On estime habituellement que l'imputabilité est une qualité de l'homme apte à être tenu pour responsable de ses actes. Il n'est toutefois pas interdit d'y voir aussi un caractère du fait générateur de responsabilité propre à être imputé. V. en ce sens, P. JOURDAIN, *op. cit.*, n° 5 et s. L'auteur propose d'ailleurs de remplacer la terminologie "causes subjectives d'irresponsabilité", relative à l'imputabilité au sens classique du terme, et "causes objectives d'irresponsabilité", relative aux faits justificatifs, par celle de "causes personnelles" et de "causes réelles" d'irresponsabilité (*ibid.*, n° 71).

trop rappeler l'acception classique de la distinction de l'imputation et de l'imputabilité, les deux distinctions apparaissent beaucoup plus descriptives que véritablement techniques. Partant, elles sont peu utiles à l'étude de l'influence des fonctions des responsabilités de droit privé sur l'imputation du fait générateur.

Ce sont, ensuite, les fonctions remplies par l'imputation qui peuvent être opposées. L'imputation est en effet un procédé technique qui consiste à lier un fait juridique à celui qui sera appelé à en répondre civilement ou pénalement. Mais un tel processus recouvre en réalité deux opérations distinctes. Selon un auteur, il s'agit, d'une part, d'attribuer le fait générateur au responsable et, d'autre part, de le lui reprocher²⁵¹⁰. L'imputation remplit donc une double fonction : l'une neutre, consistant à rattacher le fait constitué à celui qui doit en répondre ; l'autre reposant sur un jugement de valeur et appelant à se demander si une réprobation est possible à l'encontre de celui qui s'est vu rattacher le fait. Cette distinction de l'*imputation attributive* et de l'*imputation réprobative* est beaucoup plus intéressante. Par principe, premièrement, puisqu'elle repose sur les fonctions de l'imputation et que celles-ci peuvent fournir une véritable logique interne à chacune de ces catégories juridiques. Relativement à cette étude, dans un second temps, dès lors que l'on peut penser que toutes les fonctions de l'imputation n'ont pas forcément un rôle à jouer dans chacune des applications techniques de l'institution générale de responsabilité juridique. L'affirmation n'est pas gratuite, puisque *là où l'imputation attributive, seule indispensable à la désignation d'un responsable, paraît devoir être partagée par tous les systèmes de responsabilité, l'imputation réprobative, en ce qu'elle ajoute à cette attribution neutre d'un fait à un sujet de droit un véritable reproche, pourrait très bien ne pas être requise*. Cela ne signifie pas pour autant que l'influence des fonctions propres des responsabilités de droit privé ne se manifesterait qu'à l'égard de cette dernière. Bien au contraire. Qu'il s'agisse d'attribuer ou de reprocher le fait générateur de responsabilité, les objectifs auxquels doivent être respectivement dédiés droits civil et pénal de la responsabilité, à peine d'incohérence et d'inefficacité du système général de responsabilité, influent très fortement sur l'entier processus d'imputation. On démontrera ainsi que les fonctions des responsabilités de droit privé doivent tantôt commander les modalités d'attribution du fait générateur (Chapitre 1), tantôt conditionner le principe même de la réprobation dudit fait (Chapitre 2).

²⁵¹⁰ V. F. ROUSSEAU, *op. cit.*, n° 7. L'auteur retient d'ailleurs pour plan de thèse une distinction approchant consistant à opposer l'imputation à l'agent (*op. cit.*, n° 13 et s.), ce qui est relatif à toutes les conditions subordonnant le succès de l'opération d'imputation, et l'imputation de l'infraction (*op. cit.*, n° 175 et s.), ressortissant plutôt aux modalités d'imputation du fait. Rapp. M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations. 2-Responsabilité civile et quasi-contrats*, préc., p. 98, et P. RICŒUR, *op. cit.*

Chapitre premier

L'influence des fonctions des responsabilités sur l'attribution du fait générateur

479. Responsabilité subjective et responsabilité objective. *Attribuer, c'est faire le lien entre le fait générateur de responsabilité, parfaitement constitué, et l'attributaire, appelé à en répondre éventuellement.* Il s'agit d'une opération *a priori* neutre et toute mécanique, à laquelle correspond une distinction tout aussi simple résultant de la seule observation des faits : soit la personne à qui est rattaché le fait générateur en est l'auteur, et il est question de *responsabilité subjective* ; soit tel n'est pas le cas, et la *responsabilité* devient alors *objective*. Ce sont ce qu'on pourrait appeler *les deux titres d'attribution du fait générateur de responsabilité*.

Mais au-delà du caractère objectif de cette opération et de cette distinction, se pose tout de même la question du fondement de l'attribution et de l'adéquation de ces titres d'attribution à l'ensemble des applications techniques de l'institution générale de la responsabilité juridique.

480. De la responsabilité subjective à la responsabilité comportementale. La responsabilité subjective est, de prime abord, un titre d'attribution du fait générateur de responsabilité tout à fait naturel²⁵¹¹. L'idéal de justice commutative qui innerve le droit de la responsabilité implique que celui qui remédie au bouleversement de l'ordre des choses soit celui-là même qui en a été à l'origine. La responsabilité subjective est fondée sur ce que la personne à qui est attribué le fait est celle dont l'anormalité de l'attitude a causé le résultat légal. Il est tout désigné par son comportement lequel apparaît donc, en dernière analyse, comme le titre d'attribution de ce type de responsabilité : *la responsabilité subjective est ainsi une responsabilité comportementale*. Evidente, celle-ci paraît, au surplus, assez facile à mettre en œuvre, comme ne soulevant, en définitive, que de simples problèmes matériels d'identification de l'auteur²⁵¹².

Les choses ne sont toutefois pas si simples et le mécanisme appelle quelques précisions, en même temps qu'il peut soulever certaines difficultés²⁵¹³. Concernant les précisions tout d'abord, il faut bien cerner ce qui est entendu par responsabilité comportementale. La responsabilité mérite cette qualification dès lors que ce qui justifie la désignation de l'attributaire est son comportement, comportement s'identifiant alors avec le fait générateur

²⁵¹¹ V. spécialement à ce propos, L. LEVY-BRUHL, *L'idée de responsabilité*, préc., pp. 1 et s., et pp. 152 et s. Pour une critique, v. P. FAUCONNET, *La responsabilité. Etude de sociologie*, préc., pp. 176 et s.

²⁵¹² Comp. F.-P. BENOIT, « Essai sur les conditions de la responsabilité en droit public et en droit privé (Problèmes de causalité et d'imputabilité) », préc.

²⁵¹³ D'aucuns soulignent d'ailleurs cette fausse simplicité en relevant les problèmes que peut soulever la responsabilité comportementale, notamment les questions relatives à l'auteur en droit pénal. V. not. F. ROUSSEAU, *op. cit.*, n° 177 et 293 et s. *Adde* E. FORTIS, « A la recherche de l'auteur de l'infraction », préc.

de responsabilité même dont on lui demandera de répondre. Le fait attribué à une personne au titre de son attitude est ainsi toujours le sien propre. Par exemple, le fait générateur de responsabilité attribué au complice n'est pas l'infraction elle-même mais bien le fait de complicité, dont l'infraction n'est que le résultat légal. Par conséquent, il est possible de douter de la justesse d'expressions telles que celles de "responsabilité fautive ou comportementale du fait d'autrui"²⁵¹⁴. Dès lors, on peut mieux circonscrire les critères propres à l'identification de la responsabilité comportementale. Puisque le titre d'attribution prend la forme d'un fait générateur propre à l'attributaire, ce fait doit logiquement revêtir les caractères imposés, d'une part, par le concept de responsabilité juridique et, d'autre part, par l'application technique de l'institution en question. C'est ainsi que la complicité doit être considérée comme un cas de responsabilité comportementale en ce qu'elle suppose une faute à l'origine d'un résultat légal.

Quant aux problèmes suscités par la responsabilité comportementale ensuite, ils tiennent à ce que si elle apparaît aller de soi dans une société individualiste, tel n'est plus totalement le cas lorsque les rapports sociaux se complexifient et que se développe massivement l'interdépendance entre les hommes. Quand les individus disparaissent dans la masse sociale comme autant de simples petits rouages de cette grosse machine qui les dépasse et les écrase, les perceptions changent et, tout à coup, la responsabilité comportementale n'apparaît plus comme étant la plus opportune. Elle ne semble plus être alors ni la plus utile ni même la plus juste. Se pose logiquement la question de savoir s'il est envisageable de lui adjoindre ou même de lui substituer une responsabilité purement objective.

481. De la responsabilité objective à la responsabilité fonctionnelle. La pertinence respective des responsabilités subjective et objective peut d'autant plus être discutée que l'Histoire enseigne que l'évidence n'a pas toujours été du côté de la responsabilité comportementale. Dans les sociétés primitives, qui n'ont pas encore l'idée de l'individu, c'est la responsabilité du groupe qui est naturelle²⁵¹⁵. Ce n'est que progressivement que la

²⁵¹⁴ V. par exemple, A. TEANI, *La responsabilité pénale du fait d'autrui*, préc. On pourrait en dire autant des conceptions selon lesquelles la complicité ne s'expliquerait que par le biais de la théorie de l'imputation (v. J.-H. ROBERT, art. cit.) ou constituerait un mode de participation criminelle par nature distinct de l'action, que traduirait l'opposition des notions d'« *imputation participative* » et d'« *imputation principale* » (v. F. ROUSSEAU, *op. cit.*, n° 175 et s., et spéc. n° 182 et s.). Il est apparu en effet que, hormis la particularité de son résultat légal et la situation de son incrimination dans la partie générale du Code pénal, la complicité était un fait générateur de responsabilité pénale sans grande particularité. V. *supra* n° 24 et 96 et s.

²⁵¹⁵ V. not. B. BOULOC, « Existe-t-il une responsabilité pénale du fait d'autrui ? », *Resp. civ. et assur.*, hors-série nov. 2000, *La responsabilité du fait d'autrui. Actualité évolutions*, préc., pp. 36 et s., M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, p. 78, P. FAUCONNET, *La responsabilité. Etude de sociologie*, préc., spéc. pp. 303 et s., et pp. 339 et s., J. JULIEN, *La responsabilité civile du fait d'autrui. Ruptures et continuités*, préc., n° et s., A. LAINGUI, « Sur quelques sujets non-humains des anciens droits pénaux », *La personne juridique dans la philosophie du droit pénal*, dir. J.-H. ROBERT et S. TZITZIS, L.G.D.J., coll. Panthéon-Assas, 2003, pp. 13 et s., H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, *op. cit.*, n° 709, R. MERLE, *op. cit.*, p. 210, H. PY-LEBRUN, *Essai sur la théorie de la culpabilité*, préc., n°21 et s., M.-L. RASSAT, *Droit pénal général*, préc., n° 372, F. ROUSSEAU, « De quelques réflexions sur la responsabilité collective. Aspects de droit civil et de droit pénal », préc., G.

responsabilité s'est subjectivée et spiritualisée²⁵¹⁶, de sorte que le droit a longtemps répugné à chercher le responsable au-delà de l'auteur du fait générateur. Si ses causes ont sans doute changé – elles sont certainement plus utilitaires²⁵¹⁷ que consubstantielles à la structure de nos sociétés qui, contrairement aux anciennes, restent très individualistes malgré l'imbrication croissante des relations socio-économiques –, la responsabilité objective est aujourd'hui une donnée incontestable du droit positif.

Les réticences pouvaient cependant se comprendre tant on peut facilement glisser du responsable objectif au bouc émissaire et sortir du droit de la responsabilité pour entrer dans le domaine de l'obligation légale pure. Le responsable ne doit, en effet, pas être absolument étranger au fait qui lui est attribué. Dans l'impossibilité de l'y rattacher par son comportement, il faut alors, d'une manière ou d'une autre, trouver un moyen de faire de lui un attributaire légitime²⁵¹⁸. Car s'il peut être bon qu'il y ait des responsables de plus que l'auteur²⁵¹⁹, encore importe-t-il qu'il soit juste de désigner telle ou telle personne en particulier. On comprend donc pourquoi il est apparu, au XIX^e siècle, primordial de fonder ce type de responsabilité alors si atypique. On connaît les nombreuses théories qui ont été proposées et diversement reçues par la doctrine et le droit positif : le risque-créé, le risque-profit, la garantie, dans leurs diverses présentations. Il ne s'agit pas ici d'y revenir et d'en faire un examen qui est le passage obligé de tout enseignement du droit de la responsabilité civile²⁵²⁰, ni même d'élaborer une théorie générale de la responsabilité objective. Il semble possible, en revanche, de partir de la formule simple mais pourtant si lumineuse et frappante d'un éminent auteur : « *La responsabilité d'une personne est ressentie comme juste, d'une manière générale, quand c'est dans sa sphère d'autorité qu'est apparu le fait incorrect qui a causé un dommage à une autre personne* »²⁵²¹. L'idée d'autorité a été reprise depuis par une part non négligeable de la doctrine qui y voit l'inspiration essentielle, sinon exclusive, de l'évolution des régimes objectifs de responsabilité civile depuis leur avènement²⁵²². Il paraît

TARDE, *Les transformations du droit. Etude sociologique*, préc., p. 39, et M. VIRALLY, *La pensée juridique*, préc., p. 110.

²⁵¹⁶ V. P. FAUCONNET, *op. cit.*, pp. 302 et s., et 345 et s.

²⁵¹⁷ Elle apparaît, dans un très large mesure en effet, comme la réponse la plus simple et la plus efficace à la criminalité d'entreprise (sur laquelle v. *infra* n° 492 et s.). Rapp. M. VIRALLY, *op. cit.*, p. 111. Comp. cependant, F. ROUSSEAU, *art. cit.*

²⁵¹⁸ Sur ces questions, v. not. P. JOURDAIN, « Du critère de la responsabilité », préc., et J. JULIEN, *op. cit.*, n° 2 et s.

²⁵¹⁹ V. *infra* n° 522 et s.

²⁵²⁰ V. not. Ph. BRUN, *Responsabilité extracontractuelle*, préc., n° 145 et s., Ph. LE TOURNEAU *et alii*, *Droit de la responsabilité et des contrats*, préc., n° 18 et s., et G. VINEY, *Traité de droit civil. Introduction à la responsabilité*, préc., n° 48 et s.

²⁵²¹ Ch. AUBRY et Ch. RAU, *Droit civil français*, t. VI-2, par N. DEJEAN DE LA BÂTIE, préc., n° 96. *Adde Ibid.*, n° 1.

²⁵²² V. principalement, Ph. BRUN, *op. cit.*, n° 167 et s., et « L'évolution des régimes particuliers de responsabilité du fait d'autrui », *Resp. civ. et assur.*, hors-série nov. 2000, *La responsabilité du fait d'autrui. Actualité évolutions*, pp. 10 et s., Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *La responsabilité délictuelle*, préc., n° 8, et Ch. QUEZEL-AMBRUNAZ, *Essai sur la causalité en droit de la responsabilité civile*, préc., n° 305, et 596 et s., qui y voient même le fondement de toute responsabilité. On peut, pourtant, en douter concernant la responsabilité du fait personnel, tant il est vrai que les *infantes* et les personnes atteintes d'un

envisageable de la préciser en la complétant par l'idée plus large de *fonction*²⁵²³. En vertu d'une qualité ou d'un état particulier, certaines personnes jouent en effet un rôle social tel qu'elles se trouvent, en raison des attentes sociales légitimes qui en découlent, au cœur d'un complexe de prérogatives et de charges juridiques, soit d'une situation juridique que l'on peut qualifier de *fonction*²⁵²⁴. Elle apparaît comme étant à la fois la source de l'autorité et le fondement de la responsabilité qui lui est corrélative, l'origine d'un pouvoir ayant pour contrepartie un devoir de répondre des dommages qui s'y rattachent²⁵²⁵. C'est cette fonction

trouble mental ne contrôlent pas vraiment le comportement anormal qui est le leur. M. Quézel-Ambrunaz en a d'ailleurs conscience qui propose de tourner la difficulté en appréciant *in abstracto* leur autorité sur eux-mêmes, ce qui équivaut peu ou prou à se satisfaire d'une autorité fictive (*op. cit.*, n° 305, p. 275, note 4). Rapp. A. COLIN et H. CAPITANT, *Traité de droit civil*, t. 2, par L. JULLIOT DE LA MORANDIERE, préc., n° 1138, M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, p. 357, P. JOURDAIN, art. cit., Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFELMUNCK, *Droit civil. Les obligations*, préc., n° 151 et s., 158 et s., et 198, P. ROUBIER, « L'arrêt des chambres réunies du 2 décembre 1941 et la théorie générale de la responsabilité civile », *JCP*, 1942, I, 257, selon qui « nous aboutissons à une idée claire, et en accord avec la langue française la plus exigeante : nous sommes responsables à raison de nos fautes, et nous sommes responsables à raison de nos pouvoirs », et G. RIPERT, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, L.G.D.J., 2^e éd., 1951, n° 81, qui écrit : « La responsabilité est la rançon du pouvoir ». Adde, du même auteur, *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, préc., n° 184. La référence à l'autorité est parfois plus sélective. Certains ne s'en servent que pour théoriser la responsabilité du fait d'autrui (v. not. M. FABRE-MAGNAN, *op. et loc. cit.*, P. JOURDAIN, « La responsabilité du fait d'autrui à la recherche de ses fondements », préc., J. JULIEN, *op. cit.*, spéc. n° 62 et s., Ph. LE TOURNEAU *et alii*, *op. cit.*, ces deux derniers auteurs expliquant toutefois que l'autorité ne fonde la responsabilité parce qu'elle est à base de volonté, G. MAITRE, *La responsabilité civile à l'épreuve de l'analyse économique du droit*, préc., n° 187, H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, *op. et loc. cit.*, Ch. RADE, « Le renouveau de la responsabilité du fait d'autrui (apologie de l'arrêt *Bertrand*, deuxième Chambre civile, 19 février 1997) », *D.*, 1997, chron., pp. 279 et s., et A. TEANI, *op. cit.*, n° 42 et s. Adde *Autorité et responsabilité*, *RLDC*, 2008, suppl. au n° 51, préc., not. « avant-propos », G. COTTEREAU et Ph. PIERRE, p. 3), alors que d'autres n'en font mention que pour tel ou tel régime de responsabilité parmi d'autres. V. par exemple, A. BENABENT, *Droit civil. Les obligations*, préc., n° 569 et 578, R. DEMOGUE, *Traité des obligations*, t. 5, préc., n° 928, J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations. 2. Le fait juridique*, préc., n° 200, et 225 et s., Ph. MALINVAUD et D. FENOUILLET, *op. cit.*, n° 606 et s., et 612, M. MARTINEAU-PETIT, « La dualité des critères de mise en œuvre du principe de responsabilité du fait d'autrui », *RRJ*, 2002, pp. 255 et s., L. PERDRIX, *La garde d'autrui*, préc., n° 32 et 462 et s., F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, préc., n° 787 et 829, et G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil. Les conditions de la responsabilité*, préc., n° 675, 788-10, et 870 et s.

²⁵²³ Sur laquelle, v. M. BENEJAT, *La responsabilité pénale professionnelle*, préc., n° 136 et s., et surtout P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, préc., n° 19, et 22 et s., selon qui la notion est tout à fait caractéristique d'« une société organisée dans l'interdépendance de tous ses éléments, lesquels seront chargés chacun d'un service donné », type de société qui remet précisément en question la pertinence du primat de la responsabilité comportementale. Comp. A. ETCHEGOYEN, *Le temps des responsables*, préc., p. 75 : « dès que la responsabilité est érigée en fonction, il faut aussi répondre des actes d'autres hommes dont nous sommes dits responsables du fait qu'ils appartiennent à un territoire sur lequel nous avons pouvoir » (adde *ibid.*, pp. 103 et s.). Le lien noué entre responsabilité et fonction, ainsi que la proximité des propos du philosophe avec ceux de M. Dejean de la Bâtie au sujet de la « sphère d'autorité » sont frappants. En philosophie toujours, rapp. aussi H. JONAS, *Le principe responsabilité. Une éthique pour la civilisation technologique*, préc., p. 182, qui estime que la responsabilité de chacun s'étend aussi loin que la « sphère d'influence » de son pouvoir.

²⁵²⁴ ROUBIER en retient cependant une conception bien plus restrictive qui semble se limiter à la fonction professionnelle : « poste de service dans la société, qui consiste à mettre son activité à la disposition du public pour une tâche déterminée, soit d'une manière directe, soit par l'intermédiaire et sous le couvert d'une organisation collective, privée ou publique » (*op. cit.*, n° 22). Une telle limitation ne paraît pas (et n'est pas) justifiée, sa raison d'être sociale ainsi que ses effets juridiques semblant correspondre à chacune des hypothèses de responsabilité objective, et ce, alors qu'elles ne sont pas toutes liées à une fonction professionnelle.

²⁵²⁵ Le lien entre pouvoir et devoir est d'autant moins dépourvu de légitimité qu'il peut se rattacher à une philosophie centenaire, allant de 1884, l'*Esquisse d'une morale sans obligation ni sanction* de GUYAU (Ed.

qui pourrait donc, en définitive, apparaître comme le titre d'attribution de la responsabilité objective. Celui qui n'a pas commis le fait qu'on lui attribue s'y voit rattacher en raison de sa fonction sociale, de la place qu'il occupe dans la société, et du lien qui existe entre le fait générateur de responsabilité et cette fonction²⁵²⁶. *La responsabilité objective est donc finalement une responsabilité fonctionnelle.*

482. Déclin de la responsabilité comportementale, essor de la responsabilité fonctionnelle et fonctions des responsabilités de droit privé. Les deux titres d'attribution du fait générateur sont donc le comportement et la fonction²⁵²⁷. Or, *l'observation du droit de la responsabilité, civile comme pénale, témoigne non seulement de l'essor formidable de la responsabilité fonctionnelle mais encore d'un certain déclin de la responsabilité comportementale.* Pourtant, admettre le principe de la première ne préjuge pas de l'équivalence de la valeur et du domaine respectifs de ces deux titres d'attribution. La question de l'opportunité ou de la légitimité d'une responsabilité fonctionnelle s'ajoutant, voire remplaçant la responsabilité comportementale, ne saurait en effet recevoir la même réponse en fonction du type de responsabilité de droit privé dont il s'agit. Selon qu'il est question d'assurer la protection de l'intérêt particulier des sujets de droit, par la réparation ou la prévention, ou bien celle de la société même, par l'infliction d'une peine, l'influence de la responsabilité fonctionnelle sur le droit positif devra être accueillie plus ou moins favorablement. L'utilité et la légitimité de l'extension du champ des responsables ne sauraient être les mêmes en toute discipline. En somme, s'il apparaît évident que son essor constitue une réalité dont il convient de bien apprécier l'étendue (Section 1), il demeure que c'est eu égard à la fonction propre à chaque responsabilité qu'il va falloir en apprécier la légitimité (Section 2).

Allia, 2008) à Hans Jonas et son fameux ouvrage, *Le principe responsabilité. Une éthique pour la civilisation technologique*, préc., et à Alain Etchegoyen, *op. cit.*

²⁵²⁶ C'est en l'étude de l'expression technique de ce lien que consiste justement celle des critères d'attribution du fait d'autrui ou du fait de la chose, considérés aujourd'hui par certains civilistes comme une quatrième condition de la responsabilité civile. V. not. Ch. AUBRY et Ch. RAU par N. DEJEAN DE LA BÂTIE, *op. et loc. cit.*, Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *op. et loc. cit.*, qui évoquent le « pouvoir de contrôle », P. JOURDAIN, « Du critère de la responsabilité », préc., qui utilise l'expression de « lien de rattachement », et Ch. QUEZEL-AMBRUNAZ, *op. cit.*, n° 596 et s., qui parle de « lien d'autorité ». Rapp. aussi G. MAITRE, *op. cit.*, n° 185, et F.-P. BENOIT, art. *cit.*

²⁵²⁷ La distinction des responsabilités comportementale et fonctionnelle est empruntée à M. Saint-Pau, *in Droit à réparation. Rapports entre responsabilités délictuelle et contractuelle. Différences*, préc., n° 13 et s. Rapp. M. PUECH, *L'illicéité dans la responsabilité civile extracontractuelle*, préc., n° 207, qui oppose liens de rattachement subjectif, fondé sur « l'imperfection du comportement d'un individu », et objectif, reposant sur « un rapport permanent et abstrait entre un individu et l'instrument du dommage ». Comp. aussi la conception de la responsabilité de DUGUIT, rapportée par GENY *in Science et technique en droit privé positif*, t. 2, préc., n° 126, G. RIPERT, *op. cit.*, n° 181, et N. STONESTREET, *La notion d'infraction pénale*, préc., n° 198.

Section 1. La réalité de l'essor de la responsabilité fonctionnelle

483. Domaine de la responsabilité fonctionnelle. La responsabilité fonctionnelle, depuis la fin du XIX^e siècle, a connu un progrès indéniable, et ce, à un double titre. En premier lieu, ses manifestations sont multiples puisqu'en sont des émanations l'ensemble des régimes de responsabilité du fait des choses et du fait d'autrui connu du droit français, lesquels vont se multipliant depuis l'arrêt *Teffaine* de 1896²⁵²⁸. En second lieu, son domaine est très large. La responsabilité fonctionnelle intéresse évidemment la responsabilité civile, d'une part, au sein de laquelle l'évolution ne s'est toutefois faite que petit à petit. L'objectivation n'y est d'ailleurs pas encore absolue et certaines occurrences de responsabilité fonctionnelle sont encore expliquées autrement par la doctrine majoritaire. Quant au droit criminel, d'autre part, le discours classique de la doctrine consiste à nier toute réalité à la responsabilité pénale sans faute. Le principe de responsabilité du fait personnel, aujourd'hui posé à l'article 121-1 du Code pénal, et celui de la personnalité des peines s'y opposant²⁵²⁹, il est impossible qu'il existe des cas de responsabilité du fait d'autrui ou, *a fortiori*, du fait des choses en la matière ! Et pourtant, un examen attentif du droit positif tend à infirmer cette analyse. Du moins invite-t-il à en relativiser la portée.

C'est qu'en effet, il est deux "modèles"²⁵³⁰ de responsabilité fonctionnelle : l'un fondé sur la notion de garde, qui repose sur la fonction en vertu de laquelle certaines personnes exercent un pouvoir justifié par l'absence d'autonomie de l'objet gardé, personnes ou choses ; l'autre tirant sa légitimité de la direction d'autrui, dans lequel cas le responsable est tenu car le fait générateur de responsabilité a été accompli dans son intérêt par une personne tenue d'agir en

²⁵²⁸ Civ., 16 juin 1896 : *D.*, 1898, 1, concl. SARRUT, note R. SALEILLES, p. 433 ; et *S.*, 1897, 1, note A. ESMEIN, p. 17.

²⁵²⁹ Pour des développements témoignant de l'opposition du droit civil et du droit pénal de la responsabilité sur la question de l'admission ou non de la responsabilité sans faute, v. principalement F. CHABAS, *Responsabilité civile et responsabilité pénale*, préc., n° 75 et s., J. JULIEN, *op. cit.*, spéc. n° 24 et s., et N. RIAS, *Aspects actuels des liens entre les responsabilités civile et pénale*, préc., n° 35 et s. Sur les principes de responsabilité du fait personnel et de personnalité des peines, v. not. Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, préc., n° 916 et s., F. DESPORTES et F. LE GUNHEC, *Droit pénal général*, préc., n° 505 et s., E. GARÇON, *Code pénal annoté*, préc., art. 5, n° 27 et s., Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, préc., n° 360 et s., R. MERLE, *op. cit.*, pp. 210 et s., et R. MERLE et A. VITU, *op. cit.*, n° 524 et s.

²⁵³⁰ La terminologie est empruntée à M. Radé qui distingue deux modèles, « *parental* » (fondé sur la garde d'autrui) et « *patronal* » (fondé sur la direction d'autrui), de la responsabilité du fait d'autrui (*in* « La résurgence de la faute dans la responsabilité du fait d'autrui », préc., et qui était déjà en germe *in* « Le renouveau de la responsabilité du fait d'autrui », préc.). La distinction existe, sous diverses dénominations, chez de nombreux auteurs et retranscrit assez bien la dualité de régimes susceptible de rendre compte de l'ensemble des hypothèses de responsabilité du fait d'autrui, selon qu'elles reposent sur l'organisation et le contrôle durables du mode de vie de l'auteur ou sur ceux, temporaires, de son activité. V. par exemple en ce sens, P. JOURDAIN, « La responsabilité du fait d'autrui à la recherche de ses fondements », préc., Ph. MALINVAUD et D. FENOUILLET, *op. cit.*, n° 625 et s., L. PERDRIX, *op. cit.*, n° 37 et s., et spéc. n° 138 et s., et 465 et s., qui distingue avec beaucoup de rigueur les situations de garde d'autrui, à laquelle correspond la responsabilité du fait non professionnel d'autrui, de celles de direction d'autrui, relatives à la responsabilité du fait professionnel d'autrui, Ch. QUEZEL-AMBRUNAZ, *op. cit.*, n° 604 et s., et G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. cit.*, n° 788-9 et s., ces derniers estimant néanmoins que cette dernière situation tire son fondement, non du pouvoir du responsable sur l'auteur mais du profit qu'il tire l'activité dommageable.

ce sens. Or, s'il apparaît qu'effectivement, le premier n'est connu que du droit civil de la responsabilité, il est plus difficile d'être aussi catégorique pour ce qui est du second. C'est ce dont on se rendra compte en étudiant successivement l'essor de la responsabilité fonctionnelle fondée sur la garde (§1), puis celui de la responsabilité fonctionnelle reposant sur la direction d'autrui (§2).

§1. L'essor de la responsabilité fonctionnelle fondée sur la garde

484. Garde des choses et garde d'autrui. Introduite avec la responsabilité du fait des choses (A), la responsabilité fonctionnelle pour garde s'est aussi imposée, progressivement mais plus fermement encore, en fait de responsabilité du fait d'autrui (B).

A- La responsabilité fonctionnelle fondée sur la garde d'une chose

485. Nature principalement fonctionnelle de la responsabilité du fait des choses. La responsabilité du fait des choses, privilège du droit civil de la responsabilité²⁵³¹, semble *a priori* être le modèle même de la responsabilité de type fonctionnel. Plusieurs arguments conduisent à conclure en ce sens.

D'une part, il résulte clairement du droit positif qu'il s'agit d'une responsabilité sans faute. En effet, si les régimes de responsabilité du fait des choses prévues par les rédacteurs du Code civil avaient été conçus par eux comme construits à base de faute, qui de surveillance pour la responsabilité du fait des animaux, qui de construction ou d'entretien pour la responsabilité du fait des bâtiments en ruine²⁵³², la jurisprudence a tôt fait, une fois le régime général dégagé de l'alinéa 1 de l'article 1384, de refuser au responsable la faculté de s'exonérer en démontrant qu'il n'en avait pas commise²⁵³³. La solution est aujourd'hui acquise : seule une cause étrangère revêtant les caractères de la force majeure²⁵³⁴ ou un fait justificatif²⁵³⁵ peut faire obstacle à la responsabilité du gardien. Or, la première agit sur la causalité²⁵³⁶ et le seconde peut très bien s'expliquer par la remise en cause de l'anormalité du seul fait de la chose²⁵³⁷.

²⁵³¹ Le droit pénal de la responsabilité est en effet totalement étranger à un tel régime. Dans un tel cas en effet, le fait générateur de responsabilité est dépourvu de l'anormalité subjective que requiert cette application technique de la responsabilité. V. *supra* n° 463 et s. V. cependant, S. DETRAZ, « L'hypothèse d'une responsabilité pénale du fait des choses », *Mél. J.-H. Robert*, préc., pp. 229 et s., qui l'admet en partant d'une analyse de la responsabilité du fait des choses conçue comme une responsabilité pour faute présumée. Ce n'est donc pas vraiment de responsabilité du fait des choses dont il s'agit mais bien d'une responsabilité du fait personnel.

²⁵³² V. H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, *op. cit.*, n° 1304.

²⁵³³ V. Civ., 16 nov. 1920 : *D.*, 1920,1, note R. SAVATIER, p. 169, et Ch. réunies, 13 févr. 1930, *Jand'heur* : *GAJC*, 11^e éd., n° 193.

²⁵³⁴ V. par exemple, Ch. réunies, 13 févr. 1930, *Jand'heur*, préc. Rapp. Civ. 2, 11 juill. 2002 : *Bull. civ.*, n° 174.

²⁵³⁵ V. not. Civ. 2, 22 avr. 1992 : *D.*, 1992, note J.-F. BURGELIN, p. 353 ; et *JCP*, 1992, IV, 1894.

²⁵³⁶ V. *supra* n° 323 et s.

²⁵³⁷ Mais on peut aussi estimer que la justification ne devrait pas entraîner irresponsabilité civile. Sur ces questions, v. *infra* n° 616 et s.

La faute du gardien, quant à elle, semble par conséquent totalement indifférente. C'est ce qui résulte encore, d'autre part, de son obligation de répondre des préjudices résultant des vices internes, y compris ceux indécélables, de la chose²⁵³⁸. Comment expliquer par le comportement du responsable une attribution reposant sur un défaut imprévisible et irrésistible de la chose, élément totalement extérieur au responsable lui-même ? Cela est impossible, sauf à déceler dans le texte fondant la responsabilité générale du fait des choses deux règles : une responsabilité pour faute présumée, plus une obligation de garantie des dommages causés par les vices cachés de la chose²⁵³⁹. Mais ce dernier raisonnement paraît difficilement tenable en plus que d'être inutile. Il est plus cohérent, plus conforme à la jurisprudence relative aux causes d'exonération de la responsabilité du fait des choses, plus simple et, enfin, tout à fait suffisant de dire que son titre d'attribution réside ailleurs. Il se trouve en effet dans la garde, comme il est inscrit au Code civil et comme l'a précisé très clairement l'arrêt *Jand'heur*²⁵⁴⁰. *La responsabilité du fait des choses apparaît donc comme une responsabilité fonctionnelle qui repose sur la qualité de gardien*²⁵⁴¹.

486. Tendances comportementales résiduelles de la responsabilité du fait des choses. Reste que les règles relatives à la détermination de ce gardien témoignent d'une certaine tendance subjectiviste au sein du régime de la responsabilité du fait des choses. En effet, dire que l'attributaire du fait anormal dommageable de la chose est le gardien n'est pas assez. Il faut encore disposer d'une définition de cette notion. Or, deux conceptions de la garde ont été proposées²⁵⁴² : la garde juridique, en premier lieu, désignant comme gardien celui qui exerce une prérogative juridique sur la chose, à commencer évidemment par son propriétaire ; et la garde matérielle, en second lieu, en vertu de laquelle le gardien est celui qui exerce à son endroit une puissance de pur fait. Après avoir commencé par retenir une conception juridique de la garde²⁵⁴³, la Cour de cassation a opéré un revirement de

²⁵³⁸ V. ainsi Civ. 2, 20 nov. 1968 : *JCP*, 1970, II, 16567, note N. DEJEAN DE LA BÂTIE. Rapp. Crim., 8 juill. 1971 : *D.*, 1971, note E. ROBERT, p. 625.

²⁵³⁹ V. not. B. GOLDMAN, « Garde du comportement et garde de la structure », *Mél. P. Roubier*, t. 2, 1961, pp. 51 et s., qui propose cependant la création d'une « *garantie collective du fait des choses* », opposée à la « *responsabilité individuelle du fait de l'homme* » qu'il n'envisage pas autrement que fonder sur la faute, H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, *op. cit.*, n° 1160-2, et A. TUNC, « La garde du comportement et la garde de la structure dans la responsabilité du fait des choses inanimées », *JCP*, 1957, I, 1384, et « La détermination du gardien dans la responsabilité du fait des choses inanimées », *JCP*, 1960, I, 1592.

²⁵⁴⁰ Aux termes duquel « *Il l'article 1384 (rattache) la responsabilité à la garde, non à la chose elle-même* ». Cela est vrai du régime général de responsabilité du fait des choses fondé sur l'article 1384, alinéa 1^{er} du Code civil mais aussi de certains régimes spéciaux, telle que la responsabilité du fait des animaux de l'article 1385, qui suit le modèle du précédent, ou de celui de la Loi n° 85-677 du 5 juillet 1985 qui se réfère, en son article 2, non seulement au conducteur mais encore au gardien du véhicule impliqué dans l'accident.

²⁵⁴¹ V. not. en ce sens, J.-Ch. SAINT-PAU, *art. cit.*, n° 14. Rapp. Ch. QUEZEL-AMBRUNAZ, *op. cit.*, n° 601 et 608.

²⁵⁴² Outre les ouvrages généraux, v. H. MAZEAUD, « En attendant l'arrêt des Chambres réunies : garde matérielle et garde juridique », *D.*, 1937, chron., pp. 45 et s.

²⁵⁴³ V. par exemple, Paris, 18 juill. 1930 : *Gaz. Pal.*, 1930, 2, p. 674, et Req., 15 déc. 1930 : *Gaz. Pal.*, 1931, 1, p. 121.

jurisprudence avec le fameux arrêt *Franck* rendu en 1941 par ses chambres réunies²⁵⁴⁴. Confrontés à la question de savoir qui, du propriétaire d'un véhicule volé ou du voleur, devait être tenu pour gardien et, partant, responsable d'un accident de la circulation dans lequel était impliqué le véhicule, les juges décidèrent qu'il ne pouvait s'agir du premier dès lors que celui-ci en avait perdu l'usage, le contrôle et la direction. C'est donc désormais par la réunion de ce trio de pouvoirs de fait que l'on reconnaît le gardien²⁵⁴⁵. Cette conception matérielle permettant d'attribuer le fait de la chose à celui qui est à même de prévenir les dommages causés par la chose de la façon la plus efficace, certains y vont vu un retour en tapinois de la faute²⁵⁴⁶.

Une telle conception n'a pu qu'être renforcée par la distinction doctrinale de la garde de la structure et de la garde du comportement de la chose, qui n'a d'ailleurs pu être élaborée que sur les fondements de la jurisprudence *Franck*²⁵⁴⁷. Puisque la référence aux pouvoirs d'usage, de contrôle et de direction de la chose revenait à ériger en responsable celui qui était en situation d'empêcher que la chose ne porte atteinte à autrui, il fallait rechercher concrètement, au cas par cas, qui occupait effectivement cette position. A partir de là, il est apparu à quelques auteurs que derrière le préjudice causé par une chose pouvaient se cacher deux causes distinctes : soit le dommage était dû à l'utilisation défectueuse de la chose, et donc au comportement de cette dernière ; soit il devait tout à sa conception ou à son fonctionnement intrinsèques, dans lequel cas la lésion devait être rattachée à la structure de la chose. Or, selon que le dommage était imputable à l'un ou l'autre, c'est une personne différente qui était placée dans la situation idéale pour en éviter la réalisation. Le gardien pouvait donc être, alternativement, soit le gardien du comportement, soit le gardien de la structure. Version raffinée de l'acception matérielle de la garde, la théorie des deux gardes a été favorablement accueillie par la Cour de cassation²⁵⁴⁸, renforçant ainsi de beaucoup le rapprochement de la responsabilité du fait des choses et de la responsabilité comportementale²⁵⁴⁹. Il n'est donc pas étonnant que de nombreux auteurs posent comme principe que le gardien est celui qui pouvait

²⁵⁴⁴ Ch. réunies, 2 déc. 1941, *Franck* : S., 1941, 1, note H. MAZEAUD, p. 217. Adde P. ROUBIER, art. cit. Pour une affaire de même nature, plus récente, v. Civ. 2, 17 mars 2011 : *Resp. civ. et assur.*, 2011, comm. n° 206.

²⁵⁴⁵ Ce qui signifie pas que la garde juridique ait perdu tout intérêt puisque le gardien juridique, le propriétaire en première ligne, est présumé être le gardien matériel jusqu'à la preuve contraire d'un transfert de garde. V. en ce sens Civ. 2, 13 nov. 2008 : *JCP*, 2009, I, 123, obs. Ph. STOFFEL-MUNCK ; et *Resp. civ. et assur.*, 2009, comm. n° 7, note H. GROUDEL. Sur cette présomption, v. aussi *infra* n° 524.

²⁵⁴⁶ V. not. Ph. BRUN, *op. cit.*, n° 369, note 92, et J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *op. cit.*, n° 253 et 260.

²⁵⁴⁷ Sur cette distinction, v., outre les ouvrages généraux, Ph. BRUN, *Les présomptions dans le droit de la responsabilité civile*, préc., pp. 118 et s., B. GOLDMAN, art. cit., D. MAYER, « La garde en commun », préc., et A. TUNC, art. précités.

²⁵⁴⁸ V. not. Civ. 2, 5 janv. 1956, *Oxygène liquide* : D., 1957, note R. RODIERE, p. 261 ; et *JCP*, 1956, II, 9095, note R. SAVATIER, et Civ. 2, 23 sept. 2004 : *Resp. civ. et assur.*, 2004, comm. n° 317.

²⁵⁴⁹ En ce sens, v. not. Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *La responsabilité délictuelle*, préc., n° 116, J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *op. cit.*, n° 256 et s., Ph. LE TOURNEAU *et alii*, *op. cit.*, n° 7874, Ph. MALINVAUD et D. FENOUILLET, *op. cit.*, n° 644, S. RETIF, « Un critère unique de la garde d'une chose : la faculté de prévenir le préjudice qu'elle peut causer ? », *Resp. civ. et assur.*, 2004, Etude n° 24, et B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Obligations. 1. Responsabilité délictuelle*, préc., n° 493 et 513 et s.

raisonnablement empêcher la chose de causer le dommage²⁵⁵⁰. Quand on sait que la faute est souvent définie par rapport au critère de la prévisibilité du préjudice²⁵⁵¹, on mesure combien les régimes des articles 1382, 1383 et 1384, alinéa 1^{er} reviennent, dans ces conceptions, peu ou prou à la même chose. D'aucuns ne se gênent d'ailleurs pour affirmer, nonobstant tout argument contraire, que la responsabilité du fait des choses est une responsabilité pour faute²⁵⁵². Il ne s'agit pourtant que de tendances et il en existe d'autres témoignant d'une préférence pour le propriétaire ou pour d'autres personnes plus solvables que le gardien matériel²⁵⁵³. De même, refuser de considérer qu'un préposé puisse avoir la qualité de gardien, faute pour lui d'être suffisamment libre dans son usage de la chose²⁵⁵⁴, ne coïncide pas parfaitement avec cette idée que doit se voir attribuer le fait de la chose l'individu qui pouvait le mieux le prévenir.

487. Nature hybride de la responsabilité du fait des choses. Toutefois, s'il apparaît qu'à titre principal, la responsabilité du fait des choses est de nature fonctionnelle, fondée qu'elle est sur le titre de gardien, il n'en demeure pas moins que la définition retenue de cette notion témoigne de la réelle accointance de ce régime avec la responsabilité comportementale. *En l'état actuel du droit positif, la responsabilité du fait des choses se révèle en définitive être une responsabilité hybride*²⁵⁵⁵. Etonnant, le bilan l'est d'autant plus si l'on compare ce régime de responsabilité avec celle fondée sur la garde d'autrui dont l'objectivation, débutée plus tardivement, se révèle en fin de compte bien plus aboutie.

²⁵⁵⁰ V. ainsi A. BENABENT, *op. cit.*, n° 612, M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, pp. 215 et s., Ph. LE TOURNEAU *et alii*, *op. cit.*, n° 7832, qui définit ainsi, plus précisément, le contrôle de la chose, G. MAITRE, *op. cit.*, n° 186, qui y voit une convergence parfaite du droit positif français et des exigences d'une analyse économique du droit de la responsabilité qui tend à désigner comme responsable celui qui peut prévenir le dommage à moindre coût et le plus efficacement possible, Ph. MALINVAUD et D. FENOUILLET, *op. cit.*, n° 641. Rapp. J. CARBONNIER, *Droit civil. Les biens, les obligations*, préc., n° 1173. La jurisprudence ne dit d'ailleurs pas autre chose lorsqu'elle juge que « *sauf stipulation contraire, valable entre les parties, le propriétaire de la chose, bien que la confiant à un tiers, ne cesse d'en être responsable que s'il est établi que ce tiers a reçu corrélativement toute possibilité de prévenir lui-même le préjudice qu'elle peut causer* » (not. Civ. 1, 9 juin 1993 : *RTD Civ.*, 1993, obs. P. JOURDAIN, p. 833).

²⁵⁵¹ V. *supra* n° 393 et s.

²⁵⁵² V. not. B. GOLDMAN, *art. cit.*, S. DETRAZ, *art. cit.*, H. MAZEAUD, *art. cit.*, et « La faute dans la garde », préc., et H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, *op. cit.*, n° 1312. M. Tunc se désolidarise néanmoins de MM. Mazeaud eu égard à l'impossibilité de concilier la responsabilité du gardien pour les dommages causés par le vice interne de la chose avec la théorie de la faute.

²⁵⁵³ V. not. Civ. 2, 13 juill. 1966 : *D.*, 1966, p. 554, et Civ. 2, 22 mai 2003 : *Bull. civ.*, n° 155. Sur cette autre tendance, v. not. Ph. BRUN, *Responsabilité extracontractuelle*, préc., n° 372, S. RETIF, *art. cit.*, et B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *op. cit.*, n° 521 et s.

²⁵⁵⁴ La solution est ancienne et d'application constante : Civ., 2 mai 1911 : *D.*, 1911, 1, p. 467, Req., 10 nov. 1924 : *D.*, 1925, 1, note R. SAVATIER, p. 49, Civ., 27 févr. 1929 : *D.*, 1929, 1, note G. RIPERT, p. 129, Civ., 26 janv. 1948 : *D.*, 1948, note G. RIPERT, p. 485, Civ. 2, 1^{er} avr. 1998 : *RTD Civ.*, 1998, obs. P. JOURDAIN, p. 914, et Civ. 2, 15 mars 2001 : *Resp. civ. et assur.*, 2001, comm. n° 183, note H. GROUDEL. Sur ce point, v. not. M.-A. PEANO, « L'incompatibilité entre les qualités de gardien et de préposé », *D.*, 1991, chron., pp. 51 et s., et G. VINEY, *Le déclin de la responsabilité individuelle*, préc., n° 304.

²⁵⁵⁵ En ce sens, v. aussi M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, p. 229, J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *op. cit.*, n° 260 et 289 et s., Ph. MALINVAUD et D. FENOUILLET, *op. cit.*, n° 644, et G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. cit.*, n° 675. Rapp. S. RETIF, *art. cit.*, B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *op. cit.*, n° 492 et s., et F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n° 790.

B- La responsabilité fonctionnelle fondée sur la garde d'autrui

488. L'avènement de la responsabilité du fait d'autrui²⁵⁵⁶. Au commencement du droit français moderne, il n'y avait pas de véritable responsabilité du fait d'autrui. En effet, dans la pensée des rédacteurs du Code civil et de ses premiers commentateurs, si les parents, les artisans, les maîtres et les commettants sont responsables, c'est à raison d'une faute qui leur est propre. La seule différence entre la responsabilité du fait personnel de l'article 1382 et celle de l'article 1384 ne tient qu'à ce que cette faute est présumée au profit de la victime²⁵⁵⁷ et que le lien causal dont on se satisfait est plus lâche, une autre personne intervenant pour entraîner directement le dommage²⁵⁵⁸. Il s'agissait dès lors de responsabilités comportementales. Le responsable ne se voyait pas, en réalité, attribuer le fait d'autrui mais bien un acte personnel, par l'intermédiaire du fait d'autrui. L'avènement de la responsabilité civile du fait d'autrui – qu'il s'agisse de son concept, de sa nature fonctionnelle ou même de sa terminologie²⁵⁵⁹ – n'a donc eu lieu qu'assez récemment. L'affirmation sonne d'ailleurs particulièrement juste pour ce qui est de la responsabilité fondée sur la garde d'autrui²⁵⁶⁰, et ce, que l'on envisage son modèle originel, la responsabilité parentale ou bien ses autres manifestations telles que dégagées par la jurisprudence à partir de l'arrêt *Blieck*.

489. L'objectivation de la responsabilité parentale. Pendant très longtemps, la responsabilité des parents du fait de leurs enfants a été, quoique classée parmi les hypothèses de responsabilité du fait d'autrui, un véritable régime de responsabilité pour faute de surveillance ou d'éducation présumée²⁵⁶¹, admettant la preuve contraire de l'absence de

²⁵⁵⁶ L'expression est empruntée à M. Poumarède, in « L'avènement de la responsabilité civile du fait d'autrui », préc. Sur le même thème, adde J. JULIEN, *op. cit.*, n° 31 et s., J. MOULY, « Peut-il exister une véritable responsabilité civile du fait d'autrui ? », art. *cit.*, et N. RIAS, *op. cit.*, n° 83 et s.,

²⁵⁵⁷ V. not. Ph. BRUN, *op. cit.*, n° 407 et s., P. JOURDAIN, art. *cit.*, J. JULIEN, *op. et loc. cit.*, J. MOULY, art. *cit.*, M. POUMAREDE, art. *cit.*, et N. RIAS, *op. cit.*, n° 84.

²⁵⁵⁸ V. également J. JULIEN, *op. cit.*, n° 32.

²⁵⁵⁹ V. M. POUMAREDE, art. *cit.*

²⁵⁶⁰ Sur laquelle, v. tout spécialement L. PERDRIX, *op. cit.* Quant à la responsabilité patronale, elle a été bien plus tôt conçue comme une responsabilité non comportementale. V. *infra* n° 496.

²⁵⁶¹ V. not. A. BENABENT, *op. cit.*, n° 565, Ph. BRUN, *Les présomptions dans le droit de la responsabilité civile*, préc., pp. 178 et s., F. CHABAS, *op. cit.*, n° 78, R. DEMOGUE, n° 8220 et s., J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *op. cit.*, n° 193, P. JOURDAIN, art. *cit.*, J. JULIEN, *op. cit.*, n° 75 et s., et 83 et s., Ch. LAPOYADE-DESCHAMPS, L. BLOCH et S. MORACCHINI-ZEIDENBERG, *Droit des obligations*, préc., pp. 196 et s., R. LEGEAIS, « La responsabilité civile introuvable ou les problèmes de la réparation des dommages causés par les mineurs », *Mél. G. Marty*, Universités des sciences sociales de Toulouse, DL, 1978, pp. 775 et s., et « Responsabilité civile des enfants et responsabilité civile des parents (après les arrêts de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation du 9 mai 1984) », *Defrénois*, 1985, art. 33508, pp. 557 et s., Ph. LE TOURNEAU *et alii*, *op. cit.*, n° 7404, Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *op. cit.*, n° 150, J. MOULY, art. *cit.*, L. PERDRIX, *op. cit.*, n° 476 et s., M. POUMAREDE, art. *cit.*, N. RIAS, *op. cit.*, n° 86 et s., C. SIFFREIN-BLANC, « Vers une réforme de la responsabilité civile des parents », *RTD Civ.*, 2011, pp. 479 et s., Ph. SIMLER, « La notion de garde de l'enfant (sa signification et son rôle au regard de l'autorité parentale) », *RTD Civ.*, 1972, pp. 685 et s., B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *op. cit.*, 957 et s. Cela conduisait même certains à préciser qu'il ne s'agissait pas vraiment d'une responsabilité du fait d'autrui. V. ainsi H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, *op. cit.*, n° 734 et 780, et G. RIPERT et J. BOULANGER, *Traité de droit civil d'après le traité de Planiol*, t. 2, préc., n° 1097. Adde H. LECUYER, « Une responsabilité déresponsabilisante », *Dr.*

faute²⁵⁶². Assez logique à la fin du XIX^e siècle subjectiviste, cet état du droit positif s'est étrangement maintenu cent années supplémentaires puisque ce n'est qu'avec l'arrêt *Bertrand* de 1997 que la Cour de cassation en a fait une vraie responsabilité sans faute, refusant tout autre moyen de défense aux parents que la force majeure et la faute de la victime²⁵⁶³. Cette (r)évolution²⁵⁶⁴ n'a pas été sans incidence sur le reste du régime de la responsabilité parentale.

Cela s'est particulièrement fait sentir au sujet de la condition de cohabitation posée par l'article 1384, alinéa 4 du Code civil. Alors qu'il était exigée une véritable communauté de vie entre les responsables et l'enfant auteur, que celui-ci soit « à portée d'autorité » de ses parents²⁵⁶⁵, il est acquis aujourd'hui que seule importe désormais le lieu de résidence habituel du mineur²⁵⁶⁶. Mais plutôt que sa résidence la plus courante, il semble que ce soit son lieu normal d'habitation qui soit pris en compte. En d'autres termes, on pourra considérer qu'il y a cohabitation dès lors qu'il y a, juridiquement, identité de domicile entre l'auteur et les responsables. Or, selon l'article 108-2 du Code civil, « le mineur non émancipé », celui-là même qui est concerné par l'article 1384, « est domicilié chez ses père et mère »²⁵⁶⁷. Témoigne très nettement en faveur de cette conception la marquante décision par laquelle il a

famille, 1997, Repères n° 3, et Ch. RADE, « Le renouveau de la responsabilité du fait d'autrui », préc. Malgré ce fondement subjectif, il n'a jamais été sérieusement question de lui créer un homologue en matière pénale. La jurisprudence s'y est opposée très tôt (v. Cass., 26 juill. 1833, *Bull.*, n° 294, Cass., 4 sept. 1823, *Bull.*, n° 126, et Cass., 25 mars 1881, *Bull.*, n° 86, cité in E. GARÇON, *op. cit.*, art. 5, n° 36) et la doctrine n'a jamais envisagé que la responsabilité pénale des parents soit engagée sur un autre fondement que celui de leur fait personnel. V. not. R. MERLE et A. VITU, *op. cit.*, n° 525, et A. PROTHAIS, « Vers une responsabilité pénale des parents ? », *L'autorité parentale en question*, préc., pp. 99 et s.

²⁵⁶² V. par exemple, Civ. 2, 12 oct. 1955 : *D.*, 1956, note R. RODIERE, p. 301 ; et *JCP*, 1955, II, 9003, note P. ESMEIN, Civ. 2, 6 janv. 1982 : *Gaz. Pal.*, 1982, 1, pan., obs. F. CHABAS, p. 175, et Civ. 2, 6 nov. 1996 : *Bull. civ.*, n° 246.

²⁵⁶³ Civ. 2, 19 févr. 1997 : *Bull. civ.*, n° 56 ; *D.*, 1997, note P. JOURDAIN, p. 265, et somm., obs. D. MAZEAUD, p. 290 ; *JCP*, 1997, II, 22848, concl. KESSOUS et note G. VINEY ; et *RTD Civ.*, 1997, obs. P. JOURDAIN, p. 668. Adde F. ALT-MAES, « La garde, fondement de la responsabilité du fait du mineur », *JCP*, 1998, I, 154, Ph. BONFILS et A. GOUTTENNOIRE, *Droit des mineurs*, préc., n° 1212 et s., P. JOURDAIN, art. cit., J. JULIEN, *op. cit.*, n° 31, M.-Ch. LEBRETON, « La responsabilité parentale : l'abandon d'un système de responsabilité classique pour un système d'indemnisation », préc., H. LECUYER, art. cit., F. LEDUC, « L'objectivation de la responsabilité parentale », préc., Ph. LE TOURNEAU *et alii*, *op. cit.*, n° 7407, D. MAZEAUD, « Famille et responsabilité (Réflexions sur quelques aspects de "l'idéologie de la réparation") », préc., J. MOULY, art. cit., L. PERDRIX, *op. cit.*, n° 580, M. POUMAREDE, art. cit., Ch. RADE, art. cit., et « La responsabilité civile des père et mère. De l'autorité parentale à la responsabilité parentale », préc., et N. RIAS, *op. cit.*, 105 et s.

²⁵⁶⁴ L'apport de l'arrêt *Bertrand* a pu être nuancé sur le plan pratique au regard de la sévérité avec laquelle était, quoi qu'il en soit, appréciée la preuve de l'absence de faute des parents. V. not. Ph. BRUN, *Responsabilité extracontractuelle*, préc., n° 429 et s.

²⁵⁶⁵ *Ibid.*, n° 418. La jurisprudence admettait qu'il n'y avait plus cohabitation dès lors que l'enfant était, par exemple, en pension (Civ. 1, 2 juill. 1991 : *Bull. civ.*, n° 224) ou en vacances, sans ses parents, chez d'autres membres de la famille (Civ. 2, 24 avr. 1989 : *Bull. civ.*, n° 99), à condition toutefois que la cessation de la communauté de vie repose sur une cause légitime.

²⁵⁶⁶ V. not. en ce sens, Civ. 2, 19 févr. 1997, *Samda* : *Bull. civ.*, n° 55 ; *Dr. famille*, 1997, n° 97, obs. P. MURAT ; *Gaz. Pal.*, 1997, 2, note F. CHABAS, p. 575 ; et *RTD civ.*, 1997, obs. P. JOURDAIN, p. 670, et Civ. 2, 20 janv. 2000 : *Bull. civ.*, n° 14 ; *D.*, 2000, somm., obs. D. MAZEAUD, p. 469 ; *JCP*, 2000, I, 241, obs. G. VINEY, et II, 10374, note A. GOUTTENNOIRE-CORNUT ; *Resp. civ. et assur.*, 2000, comm. n° 146, obs. H. GROUDEL ; et *RTD Civ.*, 2000, obs. P. JOURDAIN, p. 340.

²⁵⁶⁷ Dans le même sens, v. Ph. BONFILS et A. GOUTTENNOIRE, *op. cit.*, n° 1210, et A. PONSEILLE, « Le sort de la condition de cohabitation dans la responsabilité civile des père et mère du fait dommageable de leur enfant mineur », *RTD Civ.*, 2003, pp. 655 et s. Comp. aussi Ph. BRUN, *op. cit.*, n° 419.

été jugé que la cohabitation n'avait pas cessé entre les parents et leur enfant de treize ans, alors même qu'ils l'avaient confié à sa grand-mère depuis l'âge de un an²⁵⁶⁸. C'est dire que l'on est passé d'une conception concrète et matérielle de la cohabitation, totalement propre à justifier la présomption de faute censée être à la base de la responsabilité parentale, à une conception abstraite et juridique, mieux adaptée au régime issu de l'arrêt *Bertrand*²⁵⁶⁹. En effet, elle se fonde quasi parfaitement dans l'autorité parentale qui semble depuis lors être au fondement de la responsabilité parentale²⁵⁷⁰.

Car la faute ayant été abandonnée, il n'est plus possible d'y voir une responsabilité comportementale. Or, à suivre le Code civil, tel que modifié par la Loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 et interprété par la Cour de cassation, la responsabilité des parents du fait de leur enfant semble davantage reposer sur une fonction complexe requérant la conjonction de deux composantes : la parenté, puisqu'un lien de filiation doit être établi entre le responsable et l'auteur²⁵⁷¹, et l'autorité parentale²⁵⁷². *On peut donc affirmer que la responsabilité des père et mère du fait de leur enfant mineur est de nature fonctionnelle et que son titre d'attribution est la qualité de parent doté de la capacité d'exercer les prérogatives issues de l'autorité parentale*²⁵⁷³.

²⁵⁶⁸ Crim., 8 févr. 2005 : *Bull. crim.*, n° 44 ; *JCP*, 2005, I, 149, obs. G. VINEY, et II, 10049, note M.-F. STEINLE-FEURBACH ; et *Resp. civ. et assur.*, 2005, comm. n° 18, note H. GROUDEL.

²⁵⁶⁹ Sur cette évolution et son appréciation, v. not. F. ALT-MAES, art. *cit.*, A. BENABENT, *op. cit.*, n° 573, Ph. BONFILS et A. GOUTTENOIRE, *op. et loc. cit.*, Ph. BRUN, *op. cit.*, n° 418 et s., et art. *cit.*, M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, p. 313, J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *op. cit.*, n° 196, J. JULIEN, *op. cit.*, n° 83 et 111 et s., Ch. LAPOYADE-DESCHAMPS, L. BLOCH et S. MORACCHINI-ZEIDENBERG, *op. cit.*, p. 193, M.-Ch. LEBBRET, art. *cit.*, F. LEDUC, art. *cit.*, Ph. LE TOURNEAU *et alii*, *op. cit.*, n° 7427 et s., Ph. MALINVAUD et D. FENOUILLET, *Droit des obligations*, préc., n° 607, L. PERDRIX, *op. cit.*, n° 581 et s., A. PONSEILLE, art. *cit.*, Ch. RADE, « La responsabilité civile des père et mère. De l'autorité parentale à la responsabilité parentale », préc., C. SIFFREIN-BLANC, art. *cit.*, F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n° 819, A. VIGNON-BARRAULT, « L'autorité, critère d'identification du responsable », *Autorité et responsabilité*, *RLDC*, 2008, suppl. au n° 51, préc., n° 3081, et G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. cit.*, n° 876.

²⁵⁷⁰ Mais seulement quasi parfaitement dans la mesure où, dans le cas d'une séparation des parents à la suite de laquelle le lieu de résidence de l'enfant serait fixé au domicile de l'un des deux uniquement, seul celui-ci verra engager sa responsabilité sur le fondement de l'article 1384, alinéa 4. Sur ce point, v. not. L. PERDRIX, *op. cit.*, n° 595 et s., A. PONSEILLE, art. *cit.*, et C. SIFFREIN-BLANC, art. *cit. Adde infra* n° 525.

²⁵⁷¹ Sur l'importance de cet aspect, v. spéc. A. BENABENT, *op. cit.*, n° 572, Ph. BONFILS et A. GOUTTENOIRE, n° 1208, Ch. RADE, art. *cit.*, C. SIFFREIN-BLANC, art. *cit.*, qui propose même d'en faire l'unique fondement de la responsabilité parentale (comp. Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *op. et loc. cit.*, se référant, quant à eux, à l'idée de solidarité familiale), A. VIGNON-BARRAULT, art. *cit.*, et G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. cit.*, n° 874 et s.

²⁵⁷² L'article 1384, alinéa 4 du Code civil précise très clairement que c'est « en tant qu'ils exercent l'autorité parentale » que les parents sont responsables, d'où aussi l'exigence de minorité de leur enfant et le fait que l'enfant émancipé n'engage pas la responsabilité de ses parents. Rattachant responsabilité et autorité parentales, v. not. F. ALT-MAES, art. *cit.*, Ph. BRUN, art. *cit.*, J. CARBONNIER, *op. cit.*, n° 1153, J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *op. cit.*, n° 194, F. LEDUC, art. *cit.*, Ph. LE TOURNEAU *et alii*, *op. cit.*, n° 7405 et s., M. POUMAREDE, art. *cit.*, Ch. RADE, art. *cit.*, N. RIAS, *op. cit.*, n° 107, et A. VIGNON-BARRAULT, art. *cit.*

²⁵⁷³ Favorable à cette conception, v. A. BATTEUR, « La carence de l'autorité parentale », *Autorité et responsabilité*, *RLDC*, 2008, suppl. au n° 51, préc., n° 3089, J. JULIEN, *op. cit.*, n° 86 et 123 et s., L. PERDRIX, *op. cit.*, n° 287 et s., et Ph. SIMLER, art. *cit.* Rapp. Ph. BONFILS et A. GOUTTENOIRE, *op. cit.*, n° 1207 et s., et L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, t. 2, préc., n° 503. *Contra* P. ROUBIER, *op. cit.*, n° 22.

490. L'extension du modèle parental de responsabilité. Celle-ci pourrait d'ailleurs n'être qu'une simple manifestation d'une fonction plus large, à savoir celle de gardien d'autrui.

Suite à la construction d'un régime général de responsabilité du fait des choses sur le fondement de l'article 1384, alinéa 1 du Code civil, certains s'étaient en effet posé la question de savoir si le même texte pourrait servir de base à un principe général de responsabilité du fait d'autrui²⁵⁷⁴. Mais à l'époque, où la plupart des responsabilités du fait d'autrui n'étaient que des responsabilités indirectes pour faute présumée, les esprits n'y étaient pas préparés qui n'y voyaient que des exceptions au principe de l'article 1382 vouées, par conséquent, à une interprétation restrictive²⁵⁷⁵. On faisait valoir en outre, d'une part, que le premier alinéa de l'article 1384 ne fournissait pas un critère aussi précis que la garde, empêchant par là même d'identifier les personnes dont on devrait répondre et, d'autre part, l'absence de besoin social d'un tel principe général de responsabilité du fait d'autrui²⁵⁷⁶. Doctrine et jurisprudence se plurent donc à affirmer longtemps le caractère limitatif des cas spéciaux prévus au code²⁵⁷⁷. Mais leur insuffisance se fit très tôt sentir à laquelle les juges préférèrent répondre, pendant un temps, par une extension déformatrice de la responsabilité parentale et celle des instituteurs²⁵⁷⁸. Ce n'est qu'en 1991, avec son arrêt *Blieck*, que l'Assemblée plénière finit par répondre aux nécessités sociales créées par les risques issus des pratiques libérales de traitement des malades mentaux et des jeunes délinquants²⁵⁷⁹. Immédiatement vinrent les interrogations et, notamment, la question de savoir si l'arrêt ne faisait que poser un cas supplémentaire de responsabilité du fait d'autrui – celle des personnes morales assurant l'organisation et le contrôle permanent du mode de vie des handicapés, mettant fin, dès lors,

²⁵⁷⁴ V. not. H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, *op. cit.*, n° 712 et s., et R. SAVATIER, « La responsabilité générale du fait des choses que l'on a sous sa garde a-t-elle pour pendant une responsabilité générale du fait des personnes dont on doit répondre ? », *D.*, 1933, chron., pp. 81 et s.

²⁵⁷⁵ Sur ce point, v. not. J. JULIEN, *op. cit.*, n° 17, J. MOULY, *art. cit.*, M. POUMAREDE, *art. cit.*, Ch. RADE, « Faut-il reconnaître l'existence d'un principe général de responsabilité du fait d'autrui ? », *Mél. H. Groutel*, préc., pp. 375 et s., et N. RIAS, *op. cit.*, n° 118 et s.

²⁵⁷⁶ V. en ce sens, L. LEVENEUR, « Les obstacles à la reconnaissance d'un principe général de responsabilité du fait d'autrui », *Mél. F. Chabas*, préc., pp. 551 et s., et H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, *op. cit.*, n° 713 et s. *Contra* J. JULIEN, *op. cit.*, n° 208, Ch. RADE, *art. cit.*, et R. SAVATIER, *art. cit.*

²⁵⁷⁷ V. par exemple, Civ. 2, 24 nov. 1976 : *D.*, 1977, jur., note Ch. LARROUMET, p. 595.

²⁵⁷⁸ Sur cette question, v. not. R. LEGAIS, « La responsabilité civile introuvable ou les problèmes de la réparation des dommages causés par les mineurs », préc., L. PERDRIX, *op. cit.*, n° 477 et s., R. SAVATIER, *art. cit.*, et J. VINCENT et J. PREVAULT, « La responsabilité civile du fait des mineurs inadaptés », *D.*, 1965, chron., pp. 201 et s.

²⁵⁷⁹ Ass. plén., 29 mars 1991 : *Bull. civ.*, n° 1 ; *D.*, 1991, note Ch. LARROUMET, p. 324, et chron. G. VINEY, p. 157 ; *Gaz. Pal.*, 1992, 2, note F. CHABAS, p. 513 ; *JCP*, 1991, II, 21673, concl. DONTEWILLE et note J. GHESTIN ; et *RTD Civ.*, 1991, obs. J. HAUSER, p. 312, et obs. P. JOURDAIN, p. 541. Sur ces évolutions sociales, v. outre les ouvrages généraux, P. JOURDAIN, « Existe-t-il un principe général de responsabilité du fait d'autrui ? », *Resp. civ. et assur.*, hors-série nov. 2000, *La responsabilité du fait d'autrui. Actualité évolutions*, préc., pp. 5 et s., J. JULIEN, *op. cit.*, n° 208 et 239, N. RIAS, *op. cit.*, n° 120, et A. VIGNON-BARRAULT, *art. cit.* Avec cet arrêt, la jurisprudence judiciaire rattrape aussi le retard pris comparativement à la jurisprudence du Conseil d'état qui l'avait précédée depuis longtemps par son arrêt *Thouzellier* du 3 février 1956 (*Rec. Lebon*, p. 49). V. sur cette question, P. JOURDAIN, *art. cit.*, J. JULIEN, *op. cit.*, n° 202, N. RIAS, *op. et loc. cit.*, et J. VINCENT et J. PREVAULT, *art. cit.*

au caractère limitatif des hypothèses de l'article 1384²⁵⁸⁰, ou si l'on avait fait jaillir de son premier alinéa un véritable principe général de responsabilité du fait d'autrui²⁵⁸¹. La jurisprudence postérieure témoigne de deux choses : d'une part, ce texte a permis de rendre de plus en plus de personnes responsables²⁵⁸² ; d'autre part, on peut affirmer qu'il en a été tiré deux régimes différents de responsabilité, correspondant au double modèle, parental et patronal, de responsabilité du fait d'autrui²⁵⁸³.

Il semble possible de penser que l'article 1384, alinéa 1^{er} permet de fonder un principe général. Toutefois, il ne serait pas question d'un principe absolument général de responsabilité du fait d'autrui mais seulement d'une responsabilité générale du fait des personnes que l'on a sous sa garde. Car si la catégorie d'autrui est sans limite, on ne peut en dire de même de celle de personne gardée²⁵⁸⁴. La garde d'autrui a d'ailleurs été formidablement théorisée et systématisée dans une thèse qui livre tous les éléments propres à fonder et à encadrer une telle responsabilité²⁵⁸⁵. Selon son auteur, qui part d'une étude de droit des personnes, la garde est une situation juridique en vertu de laquelle une personne, le gardien, détient des pouvoirs²⁵⁸⁶ sur une autre, le gardé. Ces pouvoirs consistent en deux prérogatives indisponibles, ceux de fixer le lieu de vie et de déterminer le mode de vie d'autrui, qui constituent la garde intellectuelle, et en deux autres, accessoires, dont on peut disposer au besoin et qui forment la garde matérielle : le pouvoir de retenir physiquement autrui auprès de soi et celui de contrôler et d'organiser ses activités quotidiennes²⁵⁸⁷. Par

²⁵⁸⁰ En ce sens, v. Ph. BRUN, *op. cit.*, n° 471 et s., et art. *cit.*, P. JOURDAIN, « La responsabilité du fait d'autrui à la recherche de ses fondements », préc., et Ch. RADE, art. *cit.*, et « Le renouveau de la responsabilité du fait d'autrui », préc., qui le déplore cependant.

²⁵⁸¹ V. not. pour cette opinion, J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *op. cit.*, n° 224, J. JULIEN, *op. cit.*, n° 216, Ph. LE TOURNEAU *et alii*, *op. cit.*, n° 7371, et N. RIAS, *op. cit.*, n° 123.

²⁵⁸² La règle a, en effet, été notamment étendue aux associations organisant et contrôlant le mode de vie de mineurs en danger (Crim., 10 oct. 1996 : *D.*, 1997, note M. HUYETTE, p. 309 ; et *JCP*, 1997, II, 22833, note F. CHABAS) ou de mineurs délinquants (Civ. 2, 9 déc. 1999 : *Bull. civ.*, n° 189 ; *D.*, 2000, note GALLIOU-SCANVION, p. 713 ; *JCP*, 2000, I, 241, obs. G. VINEY ; et *RTD Civ.*, 2000, obs. P. JOURDAIN, p. 338) ou encore à des tuteurs de mineurs (Civ. 2, 7 oct. 2004 : *Bull. civ.*, n° 453 ; *D.*, 2005, note HUYETTE, p. 819 ; *JCP*, 2005, I, 132, obs. G. VINEY ; et *RTD Civ.*, 2005, obs. J. HAUSER, p. 100).

²⁵⁸³ En ce sens, v. Ph. BRUN, *op. cit.*, n° 471, M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, pp. 350 et s., J.-P. GRIDEL, « Glose autour d'un article imaginaire inséré dans le Code civil en suite de l'arrêt *Blieck*. "Chacun répond, de plein droit, du dommage causé par celui dont il avait mission de régler le mode de vie ou contrôler l'activité" », *Mél. P. Draï*, Dalloz, 2000, pp. 611 et s., M. JOSSELIN-GALL, « La responsabilité du fait d'autrui sur le fondement de l'article 1384, alinéa 1^{er}. Une théorie générale est-elle possible ? », *JCP*, 2000, I, 268, P. JOURDAIN, « Existe-t-il un principe général de responsabilité du fait d'autrui ? », préc., Ph. MALINVAUD et D. FENOUILLET, *op. cit.*, n° 625 et s., M. MARTEAU-PETIT, art. *cit.*, N. RIAS, *op. et loc. cit.*, J. VINCENT et J. PREVAULT, art. *cit.*, et G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. cit.*, n° 788-9 et s. La jurisprudence a en effet appliqué l'article 1384, alinéa 1^{er} du Code civil à des hypothèses se rapprochant davantage du modèle patronal de responsabilité, par exemple à des associations sportives (Civ. 2, 22 mai 1995 : *Bull. civ.*, n° 155, et Ass. plén., 29 juin 2007 : *Bull. civ.*, n° 7 ; *D.*, 2007, chron., FRANÇOIS, p. 2408, et pan., obs. Ph. BRUN, p. 2903 ; *JCP*, 2007, II, 10150, note MARMAYOU ; *RLDC*, 2007, n° 2690, note M. MEKKI ; et *RTD Civ.*, 2007, obs. P. JOURDAIN, p. 782) ou de loisirs (Civ. 2, 12 déc. 2002 : *Bull. civ.*, n° 289 ; *D.*, 2003, somm., obs. F. LAGARDE, p. 2541 ; *JCP*, 2003, I, 154, obs. G. VINEY ; et *RTD Civ.*, 2003, obs. P. JOURDAIN, p. 305). Sur cette application de cet article, v. *infra* n° 491 et s.

²⁵⁸⁴ V. R. SAVATIER, art. *cit.*

²⁵⁸⁵ L. PERDRIX, *La garde d'autrui*, préc.

²⁵⁸⁶ Au sens technique du terme. V. *ibid.*, n° 189 et s.

²⁵⁸⁷ *Ibid.*, n° 186 et s., et 203 et s.

conséquent, la garde d'autrui entraîne une atteinte grave aux libertés individuelles²⁵⁸⁸, ce qui emporte deux choses : le caractère limité du domaine de la garde d'autrui ; la nécessité d'une origine légale, judiciaire ou administrative des pouvoirs de garde²⁵⁸⁹. Il découle de tout cela des conséquences sur le terrain du droit de la responsabilité du fait d'autrui²⁵⁹⁰. Quant au domaine de la responsabilité du fait des personnes que l'on a sous sa garde en premier lieu, il est à la fois général et limité. Il est général d'abord, car étendu à toutes les personnes nécessitant d'être gardées, soit en raison d'un manque d'autonomie constaté²⁵⁹¹, soit en raison d'un manque d'autonomie recherché²⁵⁹². Il est également limité ensuite, parce qu'il ne dépasse pas le cadre de cette catégorie d'individus²⁵⁹³. Quant à son fondement en second lieu, il ne s'agit pas d'une responsabilité comportementale. La jurisprudence est en ce sens puisque, dans la foulée de l'arrêt *Bertrand* et dans la logique du modèle parental de responsabilité, il a été jugé que la responsabilité du fait d'autrui fondé sur l'article 1384, alinéa 1 était une responsabilité sans faute dont on ne saurait s'exonérer que par la preuve d'un cas de force majeure ou d'une faute de la victime²⁵⁹⁴. Il ne peut donc s'agir que d'une responsabilité fonctionnelle. La doctrine est en ce sens, selon qui c'est la garde ou l'autorité qui est le support de ce régime de responsabilité. Plus précisément, il s'agirait du pouvoir juridique découlant de cette situation, la jurisprudence exigeant qu'il soit susceptible d'être exercé – et non pas nécessairement exercé de manière effective au moment du fait dommageable – en vertu d'un titre légal ou judiciaire²⁵⁹⁵. *La responsabilité générale du fait*

²⁵⁸⁸ *Ibid.*, n° 141 et s. C'est ce qui la distingue de la direction d'autrui. V. *ibid.*, n° 215 et s.

²⁵⁸⁹ *Ibid.*, n° 207.

²⁵⁹⁰ Pour les conséquences de cette théorie de la garde d'autrui sur la responsabilité du fait personnel, v. *ibid.*, n° 735.

²⁵⁹¹ Ce qui inclut les mineurs (v. *ibid.*, n° 228 et s. *Adde* not. F. ALT-MAES, art. *cit.*, R. SAVATIER, art. *cit.*, A. VIGNON-BARRAULT, art. *cit.*, et J. VINCENT et J. PREVAULT, art. *cit.*) et les personnes atteintes de troubles mentaux (v. not. L. PERDRIX, *op. cit.*, n° 245 et s., et R. SAVATIER, art. *cit.*).

²⁵⁹² Il s'agit des individus ayant fait l'objet d'une condamnation pénale. V. L. PERDRIX, *op. cit.*, n° 260 et s.

²⁵⁹³ Ce qui exclut les personnes privées de liberté pour les besoins d'une enquête pénale, qui font l'objet d'une détention et non d'une garde (*ibid.*, n° 256), les vagabonds (*ibid.*, n° 267 et s.) et les alcooliques et toxicomanes (*ibid.*, n° 270 et s.).

²⁵⁹⁴ V. Crim., 26 mars 1997, *Notre-Dame des Flots* : *Bull. crim.*, n° 124 ; *D.*, 1997, note P. JOURDAIN, p. 496, et 1998, somm., obs. D. MAZEAUD, p. 201 ; *JCP*, 1997, I, 4070, obs. G. VINEY, et II, 22868, rapp. F. DESPORTES, et 1998, II, 10015, note HUYETTE ; et *Resp. civ. et assur.*, 1997, comm. n° 292, note H. GROUDEL.

²⁵⁹⁵ V. ainsi, Ph. BRUN, *op. cit.*, n° 475, M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, p. 352, J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *op. et loc. cit.*, P. JOURDAIN, art. *cit.*, J. JULIEN, *op. cit.*, n° 209 et 241 et s., L. LEVENEUR, art. *cit.*, Ph. LE TOURNEAU *et alii*, *op. cit.*, n° 7365, M. MARTEAU-PETIT, art. *cit.*, D. MAZEAUD, art. *cit.*, M. POUMAREDE, art. *cit.*, Ch. RADE, « Faut-il reconnaître l'existence d'un principe général de responsabilité du fait d'autrui ? », préc., A. VIGNON-BARRAULT, art. *cit.*, et G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. cit.*, n° 789-20. Rapp. F. ALT-MAES, art. *cit.*, et L. PERDRIX, *op. cit.*, n° 462 et s., et spéc. 675 et s., et « Entre flux et reflux, les mouvements incertains de la responsabilité du fait d'autrui fondée sur le contrôle du mode de vie », *RLDC*, 2012, n° 4694. Ce dernier propose de faire de la garde intellectuelle le fondement de la responsabilité du fait des personnes dont on a la garde, ce qui, selon lui, correspond à une tendance encore imparfaite du droit positif. Cette proposition découle selon lui du primat de la garde intellectuelle sur la garde matérielle et sur le fait que c'est le titulaire de la première qui bénéficie du titre juridique sur lequel repose les prérogatives qui en découlent. Cela revient peu ou prou à rattacher la responsabilité au titre juridique lui-même. V. *infra* n° 525. L'auteur insiste également sur le fondement du pouvoir de garde qui ne saurait être, à raison des prérogatives qu'il confère à l'endroit de la personne gardée, un simple contrat. La Cour de cassation semble prête à consacrer la proposition

des personnes dont on a la garde repose donc sur un titre d'attribution fonctionnel : la qualité de gardien d'autrui²⁵⁹⁶.

La responsabilité fondée sur la garde, privilège exclusif du droit civil de la responsabilité, est donc essentiellement fonctionnelle. Mais cette caractéristique ne lui est pas propre qui concerne aussi la responsabilité reposant sur la direction d'autrui.

§2. L'essor de la responsabilité fonctionnelle fondée sur la direction d'autrui

491. Tentative d'une définition générale de la direction d'autrui. Parmi les régimes de responsabilité du fait d'autrui, on peut opposer au modèle parental, qui vient d'être étudié, le modèle patronal. Toute responsabilité du fait d'autrui n'est pas, en effet, justifiée par l'exercice d'un pouvoir aussi coercitif que la garde. Certains régimes de responsabilité correspondent à une autre logique, à un autre mécanisme : celui de la direction d'autrui. Un auteur a souligné que cette prérogative se distingue de la première par le fait qu'elle exclut tout pouvoir de rétention sur autrui, ce qui permet de lui donner une source conventionnelle et non pas seulement légale ou judiciaire²⁵⁹⁷. La direction d'autrui n'autorise pas non plus un contrôle du mode de vie de l'auteur mais seulement d'une ou de plusieurs de ses activités²⁵⁹⁸.

On pourrait, pour essayer d'être exhaustif, aller plus loin que cette définition *a contrario*. L'étude du droit positif fait en effet apparaître la responsabilité reposant sur la direction d'autrui comme une responsabilité totalement fonctionnelle. Non seulement le responsable a-t-il une fonction – celle d'orienter, plus ou moins précisément et directement, l'activité d'autrui à la satisfaction de son intérêt à charge pour lui de répondre des faits illicites qui en résulteront éventuellement – mais tel semble aussi être le cas de l'auteur. Celui-ci a en effet pour fonction d'agir pour le compte du responsable. Qu'il le fasse en vertu d'une charge ou d'une prérogatives juridiques, il est toujours tenu de diriger son activité vers cet intérêt qui n'est pas le sien, d'où l'exigence d'un lien, lui-même fonctionnel, entre le fait générateur de responsabilité et l'attributaire de celui-ci²⁵⁹⁹. La responsabilité fondée sur la direction d'autrui est donc une responsabilité du fait des personnes tenues d'agir dans notre intérêt et qui est caractérisée par une autorité fonctionnelle, moins coercitive et liberticide que celle du gardien d'autrui, plus subtile, plus circonscrite, mais néanmoins indéniable.

A cette définition générale de la direction d'autrui, correspond un domaine à la fois vaste et varié, et une dualité de problèmes juridiques.

de l'auteur : v. Civ. 1, 15 déc. 2011 : *RLDC*, 2012, n° 4694, note L. PERDRIX ; et *RTD Civ.*, 2012, obs. J. HAUSER, p. 290, et obs. P. JOURDAIN, p. 321.

²⁵⁹⁶ Dans le même sens, v. L. PERDRIX, *op. cit.*, n° 199 et s.

²⁵⁹⁷ *Ibid.*, n° 216 et s. A la différence de la garde d'autrui, et ce, en raison du fait que l'on ne peut renoncer à sa liberté individuelle par voie contractuelle (*ibid.*, n° 217 et s.).

²⁵⁹⁸ *Ibid.*, n° 224 et s.

²⁵⁹⁹ Comp. P. ROUBIER, *op. et loc. cit.*, qui qualifie l'« emploi » de fonction et qui illustre la notion en parlant, notamment, des salariés (rapp. aussi, à leur sujet, L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, t. 2, préc., n° 508, et B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *op. cit.*, n° 900) et des organes de la personne morale.

492. Limitation du champ de l'étude au problème de la responsabilité dans l'entreprise. Une pluralité d'activités humaines peuvent en effet correspondre à cette situation. Il peut s'agir d'activités culturelles, philanthropiques ludiques ou, bien évidemment, économiques, chacune pouvant avoir une dimension plus ou moins individuelle ou collective. Toutes ne sont pas appréhendées juridiquement mais c'est le cas d'un grand nombre d'entre elles. A cette pluralité factuelle répond d'ailleurs la diversité juridique des régimes susceptibles d'être mis en œuvre. La responsabilité des commettants du fait de leurs préposés, bien sûr, mais aussi certaines des applications du régime issu de l'article 1384, alinéa 1^{er} du Code civil²⁶⁰⁰, la responsabilité contractuelle²⁶⁰¹, la responsabilité des personnes morales ou encore celle, pénale, du chef d'entreprise en sont des manifestations.

Le sujet présente un intérêt tout particulier si l'on se penche sur le problème de la responsabilité dans l'entreprise, domaine auquel va, par conséquent, être réduit le champ de cette étude. Ce choix se justifie à plusieurs égards. D'un point de vue matériel d'une part, on sait combien a été important le bouleversement social entraîné par la révolution industrielle du XIX^e siècle. Le passage a été pour le moins abrupt d'une société rurale, artisanale et de petit commerce à une civilisation faite de technique et de science. Au règne paisible et relativement simple d'individus plus ou moins isolés a succédé celui, brutal et complexe, des classes sociales et des groupes économiques. La division du travail et l'interdépendance de chacun se sont amplifiées durant le siècle dernier au gré des mutations du libéralisme économique. Le phénomène de concentration horizontale et verticale des entreprises a été amplifié par la mondialisation et s'est accompagné d'une déconcentration des pouvoirs, rendant parfois leur organisation et leur fonctionnement d'une opacité pouvant être difficile à pénétrer²⁶⁰². Logiquement, ces évolutions n'ont pas été sans conséquence sur le plan juridique d'autre part.

²⁶⁰⁰ Ainsi de la responsabilité des associations sportives ou de loisirs du fait de leurs membres. V. décisions citées *supra* n° 490 notes 2585 et s.

²⁶⁰¹ On peut considérer que la responsabilité contractuelle n'est pas de nature comportementale, ce qui impliquerait une inexécution personnelle au responsable. Elle semble plutôt être fonctionnelle car liée à la qualité même de débiteur. En ce sens, v. J.-Ch. SAINT-PAU, art. *cit.*, n° 14, selon qui tel est le cas lorsque l'obligation violée est de résultat. Une telle conception découle de la thèse de l'auteur selon laquelle, dans une telle situation, on aurait affaire à une responsabilité sans faute (v. *Droit à réparation. Conditions de la responsabilité contractuelle. Fait générateur. Inexécution imputable au débiteur*, préc., n° 3 et s.). Cette présentation a cependant été critiquée, *supra* n° 162, comme résultant d'une distinction contestable entre l'inexécution et l'anormalité objective. En revanche, il semble possible d'affirmer que la responsabilité contractuelle est bien de nature fonctionnelle dès lors qu'une inexécution peut être attribuée à la personne morale *es* qualité de débiteur. Rappr. sur la fonction de débiteur, P. ROUBIER, *op. et loc. cit.*

²⁶⁰² Sur ces modifications sociales, v. par exemple, H. BONNARD, *Les infractions intentionnelles et l'extension de la responsabilité pénale, notamment patronale, du fait d'autrui*, P.U.F., Travaux et recherches de l'Université de droit, d'économie et de sciences sociales de Paris, Série sciences criminelles n° 6, 1978, p. 10, A. CŒURET, « Pouvoir et responsabilité en droit pénal social », *Dr. social*, 1975, pp. 396 et s., M. DELMAS-MARTY, « Le droit pénal, l'individu et l'entreprise : culpabilité "du fait d'autrui" ou du "décideur" ? », *JCP*, 1985, I, 3218, C. DONNADIEU-FORNAROLI, *Le droit pénal et la répartition des pouvoirs dans l'entreprise privée*, thèse Toulouse, 2001, n° 11 et s., E. DREYER, « Les pouvoirs délégués afin d'exonérer pénalement le chef d'entreprise », *D.*, 2004, chron., pp. 937 et s., J. HAMEL, « La personnalité morale et ses limites », *D.*, 1949, chron., pp. 142 et s., et P. LEVEL, « La faute involontaire de l'employeur et sa responsabilité pénale à la suite d'agissement commis par son personnel », *JCP*, 1960, I, 1559, et Y. MAYAUD, « Responsables et responsabilité », *Dr. social*, 2000, pp. 941 et s.

Il était en effet impensable et impossible d'appliquer tels quels les codes napoléoniens et le législateur, les juges et la doctrine, comme l'a si bien décrit RIPERT dans ses *Aspects juridiques du capitalisme moderne*²⁶⁰³, ont travaillé de pair pour répondre aux besoins suscités par l'activité entrepreneuriale et pour apporter des réponses aux problèmes qu'elle induisait. Sur le terrain du droit de la responsabilité, l'avènement de l'entreprise contemporaine a été à l'origine de nombreux changements. En droit civil, en premier lieu, on sait combien la multiplication des dommages causés par l'activité économique sur et hors du lieu de travail a contribué à l'objectivation de la matière²⁶⁰⁴. On lui doit pêle-mêle, au moins pour partie, la responsabilité générale du fait des choses, la loi du 9 avril 1898 relative à l'indemnisation des accidents du travail, l'obligation contractuelle de sécurité, la responsabilité civile des personnes morales et l'évolution du régime de la responsabilité patronale. Le droit pénal, en second lieu, ne s'est pas moins intéressé à l'entreprise. L'appréhension pénale des relations de travail²⁶⁰⁵ et d'affaires²⁶⁰⁶ ont connu une progression telle qu'on ne cesse de vouloir dépénaliser ces champs de l'activité humaine. La crainte du risque de pénalisation et de l'insécurité juridique résultant de la difficulté à déterminer l'attributaire de l'infraction au sein de l'entreprise ne parvient cependant pas à remettre en cause le besoin social de pénalisation du risque créé par elle et la réponse en termes de sécurité matérielle qu'y apporte le droit criminel²⁶⁰⁷. La responsabilité du chef d'entreprise d'abord, puis celle des personnes morales, ont été les moyens juridiques principaux de la réponse pénale à ces difficultés.

493. Dualité de problèmes juridiques. Si toutes les hypothèses relevant du modèle patronal de responsabilité ne seront pas envisagées ici, les développements qui suivent en intéressent toutefois chacune d'elles dans la mesure où les problèmes qu'elles peuvent

²⁶⁰³ *Op. cit.* V. aussi, du même auteur, *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, préc., n° 65 et s., et 168 et s., et *Les forces créatrices du droit*, préc., n° 93 et s.

²⁶⁰⁴ V. à cet égard Ph. BRUN, *op. cit.*, n° 9 et s., 152, 346, J.-L. GAZZANIGA, « Les métamorphoses historiques de la responsabilité », préc., Ph. LE TOURNEAU *et alii*, *op. cit.*, n° 57, J.-Ph. LEVY et A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, préc., n° 642, A. TUNC, *op. cit.*, n° 71 et s., et G. VINEY, *op. cit.*, *passim*, et *Traité de droit civil. Introduction à la responsabilité*, préc., n° 17 et s. *Adde* Ch. RADE, « Autorité et responsabilités au sein de l'entreprise », *Autorité et responsabilité*, *RLDC*, 2008, suppl. au n° 51, préc., n° 3085.

²⁶⁰⁵ V. not. Ph. BONFILS, « Les frontières du droit pénal des affaires », *RPDP*, 2011, pp. 325 et s., A. LEPAGE, P. MAISTRE DU CHAMBON et R. SALOMON, *Droit pénal des affaires*, préc., n° 8 et s., C. MAURO, « Responsabilité sociale des entreprises et droit pénal », *Mél. J.-H. Robert*, préc., pp. 495 et s., P. MISTRETTA, « Les frontières du droit pénal des affaires », *RPDP*, 2011, pp. 331 et s., et J.-H. ROBERT et H. MATSOPOULOU, *Traité de droit pénal des affaires*, préc., n° 1 et s.

²⁶⁰⁶ V. not. A. CÈURET, art. *cit.*, A. CÈURET et E. FORTIS, *Droit pénal du travail*, LexisNexis/Litec, coll. Manuels, 5^e éd., 2012, E. DREYER, « L'imputation des infractions en droit pénal du travail », *Rev. sc. crim.*, 2004, pp. 813 et s., R. LEGROS, « La responsabilité pénale des dirigeants de société et le droit pénal général », *RDPC*, 1963-1964, pp. 3 et s., Y. MAYAUD, art. *cit.*, D. MAYER, « L'influence du droit pénal sur l'organisation de la sécurité dans l'entreprise », *D.*, 1998, chron., pp. 256 et s., et M. SEGONDS, « Les frontières du droit pénal du travail », *RPDP*, 2011, pp. 339 et s. *Adde* N. CATALA, « De la responsabilité pénale des chefs d'entreprise en matière d'hygiène et de sécurité du travail », *JCP*, *CI*, 1976, II, 12010.

²⁶⁰⁷ Sur le risque pénal, v. par exemple, C. DONNADIEU-FORNAROLI, *op. cit.*, n° 8 et s., F. ROUSSEAU, « La répartition des responsabilités dans l'entreprise », *Rev. sc. crim.*, 2010, pp. 805 et s., et J.-Ch. SAINT-PAU, « L'insécurité juridique dans la détermination du responsable en droit pénal de l'entreprise », *Gaz. Pal.*, 2005, 1, pp. 134 et s. *Adde* N. CATALA, art. *cit.*, et J.-H. ROBERT, « Les personnes physiques pénalement responsables des infractions commises à l'occasion du fonctionnement des entreprises », *JCP*, *CI*, 1975, II, 11716.

soulever sont identiques. Relativement à la question de l'imputation, il y en a deux. Le premier concerne l'attributaire du fait générateur, dont il faut préciser le titre d'attribution : est-il responsable à raison du mauvais exercice d'un pouvoir de direction ou simplement parce qu'il revêt cette fonction ? C'est la question principale de la démonstration de l'essor de la responsabilité fonctionnelle. La seconde est relative à l'auteur du fait. Celui-ci a pour particularité de devoir agir dans l'intérêt du responsable, circonstance dont il résulte une évolution du droit positif tendant à lui faire bénéficier d'une immunité fonctionnelle. C'est dire que les progrès de la responsabilité fondée sur la direction d'autrui paraissent s'accompagner d'un déclin de la responsabilité comportementale dont il faudra rendre compte de la réalité et de la portée. On étudiera donc ce modèle de responsabilité à un double titre, démontrant ainsi l'ampleur de la place progressivement prise par la fonction au sein des régimes qui en sont les émanations. En premier lieu, la responsabilité fondée sur la direction d'autrui vient en plus de la responsabilité comportementale : il s'agit d'une *responsabilité fonctionnelle additive* (A). En second lieu, elle tend même, parfois, à en prendre la place. Il est question alors de *responsabilité fonctionnelle substitutive* (B).

A- La responsabilité fonctionnelle en plus de la responsabilité comportementale

494. Responsabilité patronale et responsabilité des personnes morales. Il est deux formes de responsabilité fondée sur la direction d'autrui, dont les régimes sont d'ailleurs assez proches, que connaissent le droit de la responsabilité civile et le droit pénal : la responsabilité patronale, d'une part, (1) et la responsabilité des personnes morales (2), d'autre part. Leur nature fonctionnelle va être démontrée.

1. La nature fonctionnelle de la responsabilité patronale

495. Généralité de la nature fonctionnelle de la responsabilité patronale. S'il n'est pas question de défendre une quelconque identité des régimes de la responsabilité civile des commettants du fait leurs préposés et de la responsabilité pénale du chef d'entreprise, on peut tout de même affirmer que ni l'une ni l'autre n'est de nature comportementale. Qu'elle soit civile (a) ou pénale (b), la responsabilité patronale est en effet une responsabilité fonctionnelle.

a- La nature fonctionnelle de la responsabilité patronale civile

496. Certitude du caractère non comportemental de la responsabilité des commettants. On a essayé un temps de justifier la responsabilité civile des commettants du fait de leurs préposés par l'idée de faute. Les théories ont été nombreuses : *culpa in eligendo*,

culpa in vigilando, culpa in instruendo ou encore faute par représentation²⁶⁰⁸. Quant aux trois premières – fautes dans le choix ou la surveillance du préposé ou dans la fourniture à lui d’outils de travail défectueux, elles étaient purement fictives dès lors, notamment, que, la jurisprudence n’admettant pas la preuve de l’absence de faute²⁶⁰⁹, il aurait fallu les tenir pour irréfragablement présumées. Aussi cela suffit-il pour qu’elles soient unanimement rejetées²⁶¹⁰. Concernant la théorie de la faute par représentation, selon laquelle le préposé étant le prolongement du commettant, la faute du premier serait juridiquement celle du second²⁶¹¹, elle n’a jamais vraiment convaincu non plus²⁶¹². Cela se comprend aisément. Outre les critiques qu’il est possible de lui opposer par principe²⁶¹³, elle est apparue totalement inadaptée au régime de la responsabilité civile patronale puisqu’aux termes de l’arrêt de l’Assemblée plénière du 19 mai 1988²⁶¹⁴, le commettant reste responsable des fautes commises par son préposé contre son autorisation ou contre son intérêt, s’il a agi sans s’être placé hors de ses fonctions²⁶¹⁵.

²⁶⁰⁸ Sur les différents fondements théoriques de la responsabilité des commettants, v. outre les ouvrages généraux, Ph. BRUN, *Les présomptions dans le droit de la responsabilité civile*, préc., pp. 62 et s., P. JOURDAIN, « La responsabilité du fait d’autrui à la recherche de ses fondements », préc., J. JULIEN, *op. cit.*, n° 141 et s., N. MOLFESSIS, « La jurisprudence relative à la responsabilité des commettants du fait de leurs préposés ou l’irrésistible enlèvement de la Cour de cassation », *Mél. M. Gobert, Economica*, 2004, pp. 495 et s., J. MOULY, art. *cit.*, M. POUmarede, art. *cit.*, Ch. RADE, *Droit du travail et responsabilité civile*, préc., n° 318 et s., N. RIAS, *op. cit.*, n° 95 et s., et P. ROUBIER, art. *cit.*

²⁶⁰⁹ V. ainsi Crim., 11 juin 1836 : *D.*, 1837, 1, p. 452, Crim., 30 août 1860 : *S.*, 1860, 1, p. 1013, Crim., 23 mars 1907 : *D.*, 1908, 1, p. 351, et Crim., 20 juin 1924 : *D.*, 1925, 1, p. 93.

²⁶¹⁰ V. not. Ph. BRUN, *Responsabilité extracontractuelle*, préc., n° 9 et s., 152, 346, J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *op. cit.*, n° 204, L. JOSSERAND, *op. cit.*, n° 510, J. JULIEN, *op. cit.*, n° 143, Ph. LE TOURNEAU *et alii*, *op. cit.*, n° 7495, H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, *op. cit.*, n° 929 et s., Ch. RADE, *op. cit.*, n° 318, N. RIAS, *op. cit.*, n° 96, R. SAVATIER, *Traité de la responsabilité en droit français civil, administratif, professionnel, procédural*, t. 1, préc., n° 284, B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *op. cit.*, n° 887. V. cependant, A. TUNC *in* H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, *op. cit.*, n° 939-3, qui préfère encore raisonner en termes de faute présumée que de faute par représentation.

²⁶¹¹ Favorable à cette conception, v. F. CHABAS, *op. cit.*, n° 81, F. GREAU, « Retour sur la représentation comme fondement de la responsabilité des commettants du fait de leurs préposés », *Mél. F. Chabas*, préc., pp. 355 et s., N. MATHEY, *Rép. civ. Dalloz, V° Représentation*, 2004, n° 20, H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, *op. cit.*, n° 859 et s., et G. RIPERT et J. BOULANGER, *op. cit.*, n° 1114 et s.

²⁶¹² Opposée à la théorie de la faute par représentation, v. par exemple, Ph. DIDIER, *De la représentation en droit privé*, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, t. 339, 2000, n° 189 et s. (et ce, alors même – on le verra *infra* n° 506 – que l’auteur retient une conception très large de la représentation), J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *op. cit.*, n° 206, R. DEMOGUE, *op. cit.*, n° 883, J. JULIEN, *op. cit.*, n° 146, Ph. LE TOURNEAU *et alii*, *op. cit.*, n° 7496, Ch. RADE, *op. cit.*, n° 319, N. RIAS, *op. et loc. cit.*, R. SAVATIER, *op. et loc. cit.*, B. STARCK, *Essai d’une théorie générale de la responsabilité prise en sa double fonction de garantie et de peine privée*, préc., p. 263, B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *op. cit.*, n° 851, et M. STORCK, *Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, t. 172, 1982, n° 269. Sur cette thèse, *adde* M. PUECH, *L’illicéité dans la responsabilité civile extracontractuelle*, préc., n° 86 et s., et F. ROUSSEAU, *op. cit.*, n° 368.

²⁶¹³ Sur lesquels, v. *infra* n° 506.

²⁶¹⁴ *D.*, 1988, note Ch. LARROUMET, p. 513 ; *Defrénois*, 1988, obs. J.-L. AUBERT, p. 1097 ; et *RTD Civ.*, 1988, obs. P. JOURDAIN, p. 89.

²⁶¹⁵ V. N. MOLFESSIS, art. *cit.*

En réalité, d'un point de vue technique, l'objectivation de la responsabilité patronale a été très précoce et il est même possible d'affirmer que son engagement n'a jamais dépendu de la faute du commettant²⁶¹⁶. Depuis son origine, cette responsabilité n'est pas de nature comportementale.

497. Imprécisions quant à la nature de la responsabilité fonctionnelle des commettants. C'est donc qu'il s'agit d'une responsabilité fonctionnelle reposant sur la qualité de commettant²⁶¹⁷. Mais dire cela ne suffit pas. Théoriquement tout d'abord, il apparaît en effet que, nonobstant l'abandon de la faute, les polémiques n'ont pas cessé au sujet du fondement de ce régime de responsabilité, si bien que n'est pas rare aujourd'hui l'opinion suivant laquelle chacune des théories avancées – risque-créé, risque-profit, garantie, etc. – l'expliquerait en partie²⁶¹⁸. Techniquement ensuite, c'est notamment au travers du lien de préposition qui doit exister entre l'auteur et le responsable que peut être identifiée cette qualité de commettant qui justifie l'attribution au second du fait générateur commis par le premier. Or, cette notion tend, au gré d'un mouvement d'extension favorable aux victimes, à se dédoubler²⁶¹⁹. Classiquement adepte d'une acception stricte de la préposition reposant sur le critère d'une autorité forte du commettant sur le préposé²⁶²⁰, la jurisprudence en retient parfois une conception plus souple en se satisfaisant du fait que l'auteur aura agi pour le compte, soit dans l'intérêt, de l'attributaire du fait générateur de responsabilité²⁶²¹. Il en résulte l'impression d'une jurisprudence un peu "brouillonne", la Cour de cassation semblant prise dans un enlèvement dont le tableau déprimant a déjà été dressé en doctrine²⁶²². Celle-ci se partage d'ailleurs entre ceux qui estiment que le critère primordial est désormais l'intérêt du commettant à l'activité dommageable²⁶²³ et ceux, majoritaires, qui restent attachée à l'idée

²⁶¹⁶ V. en ce sens, Ph. BRUN, *op. cit.*, n° 435, P. JOURDAIN, *art. cit.*, J. MOULY, *art. cit.*, M. POUMAREDE, *art. cit.*, N. RIAS, *op. cit.*, n° 95 et s., et P. ROUBIER, *art. cit.*

²⁶¹⁷ V. J.-Ch. SAINT-PAU, *Droit à réparation. Rapports entre responsabilités délictuelle et contractuelle. Différences*, préc., n° 14.

²⁶¹⁸ V. not. A. BENABENT, *op. cit.*, n° 577, J. JULIEN, *op. cit.*, n° 151, D. MAZEAUD, « Autorité du commettant et responsabilité : approche de droit civil », *Autorité et responsabilité*, RLDC, 2008, suppl. au n° 51, préc., n° 3084, et N. MOLFESSIS, *art. cit.*

²⁶¹⁹ Sur la question, v. not. C. BENOIT-RENAUDIN, *La responsabilité du préposé*, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, t. 520, 2010, n° 5, et 184 et s., Ph. BRUN, *op. cit.*, n° 441, et *art. cit.*, J. CARBONNIER, *op. cit.*, n° 1159, Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *op. cit.*, n° 92, P. JOURDAIN, *art. cit.*, Ph. LE TOURNEAU *et alii*, *op. cit.*, n° 7502, D. MAZEAUD, *art. cit.*, N. MOLFESSIS, *art. cit.*, lequel, comme Mme Benoit-Renaudin, y voit une sorte de notion fonctionnelle uniquement guidée par le sentiment d'équité en faveur des victimes.

²⁶²⁰ V. par exemple Crim., 7 nov. 1968 : *Bull. crim.*, n° 291, qui insiste bien sur le fait que la responsabilité patronale découle du « rapport de subordination » en vertu duquel le commettant est « en droit et en mesure de donner à (ses) préposés des ordres et des instructions sur la manière de remplir (...) les emplois qui leur ont été confiés ». Rapp. Crim., 14 juin 1990 : *Bull. crim.*, n° 245 ; et *D.*, 1990, IR, p. 208.

²⁶²¹ V. not. Civ. 1, 26 janv. 1971 (délégation temporaire de la conduite d'un véhicule à un tiers) : *Bull. civ.*, n° 29, et Civ. 2, 12 janv. 1977 (mission confiée à un locataire par son bailleur) : *Bull. civ.*, n° 9.

²⁶²² N. MOLFESSIS, *art. cit.*

²⁶²³ V. en ce sens, G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. cit.*, n° 798-1 et s. Rapp. M.-F. MAGNAN, *op. cit.*, p. 320. On invoque souvent à cet égard la jurisprudence en vertu de laquelle on admet l'existence d'un lien de préposition entre la clinique et le médecin salarié malgré l'indépendance de celui-ci (Crim., 5 mars 1992 : *JCP*, 1993, II, 22013, note F. CHABAS ; et *RTD Civ.*, 1993, obs. P. JOURDAIN, p. 137). Sur cette jurisprudence, v.

d'autorité²⁶²⁴. Les deux tendances recèlent une part de vérité. Elles ne paraissent d'ailleurs pas inconciliables si l'on veut bien donner quelque crédit à la notion d'autorité fonctionnelle précédemment évoquée²⁶²⁵. En effet, s'il est vrai que l'aptitude juridique du commettant à donner des ordres au préposé sur l'objectif à atteindre et sur la manière de le faire n'est pas nécessaire à la qualification du lien de préposition²⁶²⁶, il reste que l'action de celui-ci n'est jamais totalement libre et qu'elle reste, d'une certaine manière, toujours sous la contrainte et sous l'influence du commettant : le préposé est en principe *tenu* d'agir pour son compte. Il se pourrait donc que *l'on attribue la qualité de commettant à celui qui, en fait, a pu contraindre autrui à agir pour son propre compte ou à celui qui en a l'aptitude juridique.*

La nature fonctionnelle de cette responsabilité et de cette autorité explique également que le commettant ne soit responsable que dans la mesure où son préposé aura commis une faute dans l'exercice de ses fonctions. Il faut un lien fonctionnel entre le fait générateur de responsabilité et son attributaire²⁶²⁷. En cas d'abus de fonction dès lors, celle-ci ne saurait être

Ph. BRUN, art. *cit.*, F. GREAU, art. *cit.*, P. JOURDAIN, art. *cit.*, D. MAZEAUD, art. *cit.*, et N. MOLFESSIS, art. *cit.* Pourtant, malgré son indépendance de fait, le médecin salarié reste juridiquement sous la subordination de son employeur qui détermine, non seulement ses conditions spatio-temporelles et matérielles de travail mais aussi la tâche à accomplir, à savoir soigner les patients, si bien que le préposé reste soumis à son autorité fonctionnelle. Il *doit* agir dans l'intérêt de la clinique et accomplir ce pour quoi il a été embauché et à quoi il est employé.

²⁶²⁴ V. par exemple, A. BENABENT, *op. cit.*, n° 578, C. BENOIT-RENAUDIN, *op. cit.*, n° 187 et s., J. CARBONNIER, *op. et loc. cit.*, Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *op. et loc. cit.*, J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *op. cit.*, n° 210 et s., P. JOURDAIN, art. *cit.*, Ch. LAPOYADE-DESCHAMPS, L. BLOCH et S. MORACCHINI-ZEIDENBERG, *op. cit.*, p. 200, Ph. LE TOURNEAU *et alii*, *op. cit.*, n° 7497, G. MAITRE, *op. cit.*, n° 187, Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *op. cit.*, n° 159, Ph. MALINVAUD et D. FENOUILLET, *op. cit.*, n° 612, N. MOLFESSIS art. *cit.*, M. POUWAREDE, art. *cit.*, Ch. RADE, *op. cit.*, n° 323 et s., art. *cit.*, et F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n° 829. Il est apparu effectivement que, comme l'affirme certains auteurs, c'est ce critère qui explique le mieux la jurisprudence relative à l'identification du ou des responsables en cas de transfert ou de partage des pouvoirs sur un préposé. Non seulement il est jugé, en effet, que le transfert ne s'effectue que si le commettant occasionnel dispose d'une aptitude véritable à diriger l'activité du préposé agissant exceptionnellement pour son compte (v. not. Crim., 28 nov. 1979 : *D.*, 1980, IR, p. 311, et Civ. 2, 19 nov. 1998 : *Bull. civ.*, n° 274 ; et *Gaz. Pal.*, 1999, 1, pan., p. 43) mais encore la Cour de cassation estime-t-elle que, pour qu'il y ait partage de responsabilité, il faut que tous les commettants exercent une autorité de même nature sur le préposé (v. ainsi Civ. 2, 9 févr. 1967 : *Gaz. Pal.*, 1967, 1, p. 224 ; et *RTD Civ.*, 1967, obs. DURRY, p. 634, et Civ. 1, 28 oct. 1986 : *JCP*, 1987, IV, p. 9). Sur ce point, v. not. Ch. AUBRY et Ch. RAU par N. DEJEAN DE LA BÂTIE, *op. cit.*, n° 105, Ph. BRUN, *op. cit.*, n° 444, Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *op. cit.*, n° 94, J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *op. cit.*, n° 212, Ch. LAPOYADE-DESCHAMPS, L. BLOCH et S. MORACCHINI-ZEIDENBERG, *op. et loc. cit.*, Ph. LE TOURNEAU *et alii*, *op. cit.*, n° 7511 et s., Ph. MALINVAUD et D. FENOUILLET, *op. cit.*, n° 613, D. MAZEAUD, art. *cit.*, Ch. QUEZEL-AMBRUNAZ, *op. cit.*, n° 609, Ch. RADE, *op. cit.*, n° 326 et s., et G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. cit.*, n° 793. Ce critère est d'ailleurs repris, *de lege ferenda*, par l'article 1359, alinéa 1, de l'avant-projet Catala, préc.

²⁶²⁵ *Supra* spéc. n° 481.

²⁶²⁶ On sait, en effet, qu'un simple rapport de complaisance peut faire naître un lien de préposition. V. ainsi, Civ. 1, 17 juill. 1979 : *D.*, 1980, IR, p. 114, Crim., 14 juin 1990, préc., et Civ. 2, 27 nov. 1991 : *Resp. civ. et assur.*, 1992, comm. n° 41. Mais la seule aptitude juridique peut également suffire, son exercice effectif étant surabondant. V. en ce sens, Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *op. cit.*, n° 93, Ph. LE TOURNEAU *et alii*, *op. cit.*, n° 7504, D. MAZEAUD, art. *cit.*, N. MOLFESSIS, art. *cit.*, et G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. cit.*, n° 792.

²⁶²⁷ Comp. not. Ch. AUBRY et Ch. RAU par N. DEJEAN DE LA BÂTIE, *op. cit.*, n° 106, Ph. BRUN, *op. cit.*, n° 454, F. CHABAS, *op. cit.*, n° 82 et s., L. JOSSERAND, *op. cit.*, n° 512, Ch. LAPOYADE-DESCHAMPS, L. BLOCH et S. MORACCHINI-ZEIDENBERG, *op. cit.*, pp. 201 et s., et Ph. LE TOURNEAU *et alii*, *op. cit.*, n° 7522 et s.

attribuée à une autre personne que son auteur. Au terme d'une longue évolution²⁶²⁸, la Cour de cassation a fini par choisir une conception objective de cette notion, reposant sur trois critères : l'absence d'autorisation du commettant ; la finalité non fonctionnelle de l'action du préposé ; et le fait que celui-ci se soit « *placé hors des fonctions auxquelles il était employé* »²⁶²⁹. S'ils sont cumulatifs, c'est le dernier qui s'affirme comme la pierre angulaire de l'édifice et qui donne à la notion son caractère objectif²⁶³⁰. Il est ainsi considéré que le préposé n'abuse pas de ses fonctions dès lors qu'il opère sur le lieu de travail, pendant les horaires de travail ou avec les moyens matériels qui lui sont fournis à cet effet. La Cour de cassation, malgré un court flottement²⁶³¹, n'hésite ainsi pas à attribuer au commettant le viol commis par son préposé dans les locaux professionnels²⁶³². Une telle acception de la notion peut être justifiée si l'on se fonde sur le critère de l'autorité. En effet, n'est-il pas légitime de penser qu'eu égard de sa fonction, l'autorité du commettant s'étend à tous les outils de travail et aussi loin et aussi longtemps que s'étire l'emploi conféré au préposé²⁶³³ ? Par ailleurs, celui qui abuse de sa fonction est, par définition, encore dans la fonction. Il existe donc un lien fonctionnel qu'on peut tenir pour suffisant entre son acte et le lien de préposition, légitimant ainsi son attribution au commettant. Mais il est vrai, en revanche, que le critère de l'intérêt ne trouve plus alors son compte, sauf à considérer que c'est à l'occasion d'une activité accomplie pour le compte de l'attributaire qu'ont été accomplis les faits²⁶³⁴. En réalité, ce qui résulte de la jurisprudence, c'est que les magistrats assimilent autorités fonctionnelles réelle et apparente, afin de faire bénéficier à la victime d'une indemnisation plus efficace²⁶³⁵. Il est vrai que celui qui œuvre au moment ou à l'endroit où il est censé travailler, ou avec les moyens que lui procure sa fonction, peut être tenu pour agir dans l'intérêt, sous l'autorité ou avec l'autorisation de son employeur. La solution, pour injuste qu'elle puisse paraître pour le commettant, n'est donc pas tout à fait irrationnelle. D'autant plus que la médaille a son revers puisqu'il est également jugé que la victime qui avait connaissance du fait que l'auteur

²⁶²⁸ Sur laquelle v. not. Ph. BRUN, *op. cit.*, n° 455 et s., et art. *cit.*, Ph. LE TOURNEAU *et alii*, *op. cit.*, n° 7528 et s., N. MOLFESSIS, art. *cit.*, et G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. cit.*, n° 797 et s..

²⁶²⁹ Ass. plén., 19 mai 1988, préc.

²⁶³⁰ V. en ce sens, Ph. BRUN, *op. cit.*, n° 457, et N. MOLFESSIS, art. *cit.*

²⁶³¹ V. ainsi Civ. 2, 3 juin 2004 : *Bull. civ.*, n° 275, et Crim., 30 janv. 2007, n° 06-83405, non publié. Sur cette évolution jurisprudentielle, v. C. BENOIT-RENAUDIN, *op. cit.*, n° 179 et s.

²⁶³² V. ainsi Civ. 2, 17 mars 2011 : *D.*, 2011, act. jur., p. 1013, et note D. SINDRES, p. 1530 ; et *Resp. civ. et assur.*, 2011, comm. n° 202. *Adde* Civ. 2, 12 mai 2011 : *Resp. civ. et assur.*, 2011, comm. n° 243, note Ch. RADE ; et *RLDC*, 2011, n° 4301, obs. J.-Ph. BUGNICOURT.

²⁶³³ Dans le même sens, comp. Ch. AUBRY et Ch. RAU par N. DEJEAN DE LA BÂTIE, *op. et loc. cit.*, et Ch. RADE, *op. cit.*, n° 331 et s., et note sous Civ. 2, 12 mai 2011, préc. *Contra* V. D. MAZEAUD, art. *cit.*, et N. MOLFESSIS, art. *cit.*

²⁶³⁴ Mais peut-être l'expression de dépassement de fonction serait-elle plus appropriée ? L'observation de la jurisprudence ne témoigne-t-elle pas, en effet, de ce que le commettant demeure responsable dans des hypothèses où, précisément, le préposé a abusé de ses fonctions ?

²⁶³⁵ Sur ce point, v. not. Ch. AUBRY et Ch. RAU par N. DEJEAN DE LA BÂTIE, *op. et loc. cit.*, J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *op. cit.*, n° 218-1, N. MOLFESSIS, art. *cit.*, Ch. RADE, *op. et loc. cit.*, et G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. cit.*, n° 802 et s. V. pourtant, Crim., 15 févr. 1972 : *D.*, 1972, p. 368 ; et *JCP*, 1972, II, 17519, note D. MAYER.

n'agissait pas dans l'intérêt du commettant perd le bénéfice de l'article 1384, alinéa 5 du Code civil²⁶³⁶.

S'il ne fait par conséquent aucun doute que la responsabilité patronale est une responsabilité fonctionnelle, il n'est donc pas possible d'affirmer que la jurisprudence relative à la responsabilité des commettants du fait de leurs préposés est d'une limpidité parfaite. Le bilan sera exactement le même à propos de la responsabilité pénale du chef d'entreprise.

b- La nature fonctionnelle de la responsabilité patronale pénale

498. Question classique de la responsabilité pénale du chef d'entreprise. La responsabilité patronale²⁶³⁷ pénale est un sujet connu. Si la Chambre criminelle a pu, d'un côté, condamner toute importation de la responsabilité civile des commettants²⁶³⁸, c'est néanmoins assez tôt qu'elle a, d'un autre côté, introduit ce mécanisme. « *Si, en principe, nul n'est passible de peines qu'à raison de son fait personnel, la responsabilité pénale peut cependant naître du fait d'autrui dans les cas exceptionnels où certaines obligations légales imposent le devoir d'exercer une action directe sur les faits d'un auxiliaire ou d'un préposé ; il en est ainsi, notamment dans les industries ou commerces réglementés, où la responsabilité pénale remonte aux chefs d'entreprises, à qui sont personnellement imposés les conditions et le mode d'exploitation de leur industrie ou commerce* », a-t-elle ainsi jugé dès 1892²⁶³⁹. Depuis lors, la formule a été répétée²⁶⁴⁰ et le domaine de l'institution n'a cessé de croître, quittant les seules professions réglementées et les violations de leurs polices spéciales pour rejoindre les activités professionnelles les plus diverses et l'ensemble des infractions, de droit technique ou de droit commun, susceptibles d'y être commises²⁶⁴¹.

²⁶³⁶ V. ainsi Civ. 2, 2 avr. 1997 : *Bull. civ.*, n° 111, Civ. 2, 24 juin 1998 : *Bull. civ.*, n° 225 ; et *Resp. civ. et assur.*, 1998, comm. n° 293, et Civ. 2, 22 mai 2003 : *Bull. civ.*, n° 156.

²⁶³⁷ Si l'expression la plus usitée est celle de responsabilité du chef d'entreprise, celle de "responsabilité patronale" n'est pas nouvelle. V. ainsi, H. BONNARD, *op. cit.*, C. DONNADIEU-FORNAROLI, *op. cit.*, n° 9, E. DREYER, *art. cit.*, A. LEGAL, « La responsabilité pénale du fait d'autrui dans son application au chef d'entreprise », *Mél. J. Brèthe de la Gressaye*, Bière, 1967, pp. 477 et s., R. MERLE, *op. cit.*, p. 214, R. MERLE et A. VITU, *op. cit.*, n° 527, et J.-H. ROBERT, *art. cit.* Certains préfèrent celles de responsabilité du dirigeant (V. F. DESPORTES et F. LE GUNEHÉC, *Droit pénal général*, préc., n° 522 et s., X. PIN, *Droit pénal général*, préc., n° 293 et s., et N. RIAS, *op. cit.*, n° 42 et s.), de responsabilité du décideur (M. BENEJAT, *op. cit.*, n° 294 et s.) ou celle, depuis la modification récente des incriminations du Code du travail, de responsabilité de l'employeur (v. A. CŒURET, « Le responsable pénale dans le Code du travail », *Mél. J.-H. Robert*, préc., p. 121 et s., et A. CŒURET et E. FORTIS, *op. cit.*, n° 247). Ces termes seront donc, ici, tenus pour équivalents, comme renvoyant tous à la personne qui est en charge, sauf délégation de pouvoirs, de veiller au respect de la réglementation applicable à son activité professionnelle.

²⁶³⁸ Cass., 30 juill. 1825 : *Bull.*, n° 142, et Cass., 24 mars 1893 : *Bull.*, n° 50, cités in E. GARÇON, *op. cit.*, art. 5, n° 36.

²⁶³⁹ *Crim.*, 30 déc. 1892 : *S.*, 1894, 1, note M. VILLEY, p. 201. La solution avait toutefois des antécédents. V. not. *Crim.*, 15 janv. 1841 : *S.*, 1841, 1, p. 146, *Crim.*, 4 juin 1842 : *S.*, 1842, 1, p. 885, et *Crim.*, 28 janv. 1859 : *S.*, 1859, 1, p. 364.

²⁶⁴⁰ V. ainsi *Crim.*, 28 févr. 1956 : *Bull. crim.*, n° 205 ; *D.*, 1956, p. 391 ; et *JCP*, 1956, II, 9304, note DE LESTANG, *Crim.*, 17 oct. 1967 : *Bull. crim.*, n° 250 ; et *Gaz. Pal.*, 1967, 2, p. 290, et *Crim.*, 27 juill. 1970 : *Bull. crim.*, n° 250.

²⁶⁴¹ Sur cette extension, v. outre les ouvrages généraux, N. RIAS, *op. cit.*, n° 42 et s., et J.-H. ROBERT, *art. cit.*

C'est dire si la question est classique, qui occupe depuis plus d'un siècle les criminalistes. La polémique porte principalement sur la question de la nature de cette responsabilité, dont découle celles, d'une part, du mécanisme qui la met en œuvre (est-ce une question de consommation ou bien d'imputation de l'infraction ?) et, d'autre part, de la délégation de pouvoirs (est-ce ou non une cause d'exonération ?). Les termes employés par la jurisprudence elle-même ont fait planer sur la matière pénale le spectre de la responsabilité du fait d'autrui, qui effraya les pénalistes classiques, si attachés, le subjectivisme de l'époque aidant, au principe de la personnalité de la responsabilité pénale. Leur réaction consista à formuler des thèses tentant de marier l'innovation jurisprudentielle aux canons du droit pénal. C'est encore cette thèse de la responsabilité comportementale qui emporte la conviction de la majorité des auteurs contemporains. On verra qu'il est cependant possible de remettre en cause sa pertinence (α) et que, finalement, c'est bien d'une responsabilité fonctionnelle dont il est question ici (β).

α - Le rejet de la thèse de la responsabilité comportementale du chef d'entreprise

499. Présentation de la thèse de la responsabilité comportementale du chef d'entreprise. Selon l'opinion classique et majoritaire, la responsabilité du chef d'entreprise est une responsabilité comportementale, tout à fait banale et conforme au principe de la responsabilité du fait personnel. En réalité, derrière cette simplicité apparente fourmillent de multiples constructions doctrinales qui peuvent être schématiquement présentées.

Pour certains, la responsabilité patronale révèle un mode particulier d'action, le chef d'entreprise étant perçu tantôt comme un auteur moral empruntant l'élément matériel de l'infraction commise par son préposé²⁶⁴², tantôt comme un auteur médiateur coupable d'une faute d'abstention non intentionnelle consistant en la violation des obligations relatives à l'entreprise qui lui incombent à titre personnel. Selon cette dernière proposition, c'est cette faute propre à l'employeur qui entraînerait la réalisation de l'infraction du subordonné, laquelle ne ferait elle-même que révéler la faute de l'auteur, si bien qu'on pourrait présumer la dernière à partir de la première²⁶⁴³. Pour d'autres, il s'agirait plutôt d'un mode original de

²⁶⁴² V. en ce sens B. BOULOC, art. cit., et *Droit pénal général*, préc., n° 389, Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, préc., n° 440, et M. COSTES, art. cit. Rapp. M. DELMAS-MARTY, art. cit., Ph. MERLE, *op. et loc. cit.*, et R. MERLE et A. VITU, *op. et loc. cit.* Sur cette théorie, v. aussi A. CŒURET, « Pouvoir et responsabilité en droit pénal social », préc., et N. RIAS, *op. cit.*, n° 48 et s.

²⁶⁴³ V. not. F. DESPORTES et F. LE GUNEHÉC, *op. cit.*, n° 531, E. DREYER, art. cit., et *Droit pénal général*, préc., n° 970 et s., P. LEVEL, art. cit., Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, préc., n° 370, et art. cit., R. MERLE, *op. cit.*, pp. 214 et s., R. MERLE et A. VITU, *op. et loc. cit.*, N. RIAS, *op. cit.*, n° 52 et s., J.-Ch. SAINT-PAU, « L'insécurité juridique dans la détermination du responsable en droit pénal de l'entreprise », préc. Rapp. B. BOULOC, *op. cit.*, n° 383 et s., et art. cit., F. ROUSSEAU, art. cit., et J. SALVAIRE, « Réflexions sur la responsabilité pénale du fait d'autrui », *Rev. sc. crim.*, 1964, pp. 307 et s. Sur cette conception, *adde* H. BONNARD, *op. cit.*, pp. 13 et s.

participation criminelle, la « *subordination* »²⁶⁴⁴, qui, découlant des insuffisances de la complicité²⁶⁴⁵, se caractériserait par le non-exercice ou la non-délégation d'une capacité d'influence par celui qui, en vertu de sa position hiérarchique, aurait pu l'exercer²⁶⁴⁶ ou la déléguer²⁶⁴⁷.

Car, en effet, de cette acception comportementale de la responsabilité patronale pénale découle une conception tout aussi comportementale de la délégation de pouvoirs, érigée en un moyen de défense par la jurisprudence. Présentée comme une cause d'exonération²⁶⁴⁸, on y voit soit une cause de non-culpabilité, témoignant d'une organisation diligente de son activité par le dirigeant ou de sa volonté de prévenir les infractions par une meilleure répartition des pouvoirs au sein de son entreprise²⁶⁴⁹, soit un élément venant rompre le lien de causalité censé exister entre la faute personnelle de l'employeur et l'infraction du préposé²⁶⁵⁰.

500. Contestation de la thèse de la responsabilité comportementale du chef d'entreprise : non-respect de l'exigence d'une faute personnelle. Ces constructions peuvent cependant être remises en question. Car pour qu'une responsabilité soit véritablement comportementale, il faut deux choses : une faute personnelle de l'attributaire du fait générateur tout d'abord ; qui soit en relation causale avec le résultat légal ensuite. Or, la responsabilité patronale pénale ne semble correspondre à aucun de ces deux réquisits.

Concernant, en premier lieu, l'exigence d'une faute personnelle du responsable, on peut douter de sa satisfaction pour deux raisons. D'une part, la faute, à supposer qu'elle existe, paraît parfois différente de celle qui devrait être commise pour entraîner l'engagement d'une responsabilité pénale. Plus précisément, la théorie de la responsabilité comportementale ne saurait convenir qu'à deux conditions. Du point de vue de l'élément moral pour commencer,

²⁶⁴⁴ F. ROUSSEAU, *op. cit.*, n° 178 et 264 et s. Parlant également d'un mode nouveau de participation, v. A. CŒURET, « Le responsable pénal dans le Code du travail », préc., M. DELMAS-MARTY, art. *cit.*, E. DREYER, art. *cit.*, X. PIN, *op. cit.*, n° 295, et F. ROUSSEAU, art. *cit.* Rapp. A. TEANI, *op. cit.*, n° 135 et s.

²⁶⁴⁵ Sur ce point, v. not. H. BONNARD, *op. cit.*, n° 31 et s., et P. LEVEL, art. *cit.*.

²⁶⁴⁶ Considérant la responsabilité pénale du chef d'entreprise comme un mode de participation fondée sur le non-exercice fautif d'une capacité d'influence, v. par exemple, F. ROUSSEAU, *op. et loc. cit.*, et A. TEANI, *op. cit.*, n° 85, et 192 et s. Rapp. M. BENEJAT, *op. cit.*, n° 318, qui rejette néanmoins très clairement la thèse de la responsabilité comportementale du décideur (*ibid.*, n° 311 et s.).

²⁶⁴⁷ Estimant qu'il y a faute à ne pas déléguer, v. not. M. BENEJAT, *op. cit.*, n° 304, Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *op. cit.*, n° 439, M. DELMAS-MARTY, art. *cit.*, C. DONNADIEU-FORNAROLI, *op. cit.*, n° 31 et 494, F. DOUCHEZ, B. DE LAMY et M. SEGONDS, « La délégation de pouvoirs du chef d'entreprise : principes et actualités », *Dr. pénal*, avr. 2010, Dossier, n° 6, E. DREYER, « Les pouvoirs délégués afin d'exonérer pénalement le chef d'entreprise », préc., et *op. cit.*, n° 965, Y. MAYAUD, art. *cit.*, D. MAYER, art. *cit.*, X. PIN, *op. cit.*, n° 296, J.-H. ROBERT, *Droit pénal général*, préc., p. 367, et A. TEANI, *op. cit.*, n° 81.

²⁶⁴⁸ V. en ce sens, N. CATALA, art. *cit.*, A. CŒURET, « Pouvoir et responsabilité en droit pénal social », préc., M. DELMAS-MARTY, art. *cit.*, E. DREYER, art. *cit.*, F. DOUCHEZ, B. DE LAMY et M. SEGONDS, art. *cit.*, J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., n° 417, J.-H. ROBERT, art. *cit.*, F. ROUSSEAU, *op. cit.*, n° 278, et art. *cit.*, J.-Ch. SAINT-PAU, art. *cit.* Rapp. M. BENEJAT, *op. et loc. cit.*, qui, quoique contestant la qualification de cause d'exonération, y voit tout de même une « *cause objective d'irresponsabilité* », et plus précisément une « *cause de non-imputation* », ce qui peut paraître paradoxal.

²⁶⁴⁹ V. par exemple, J. PRADEL, *op. et loc. cit.*

²⁶⁵⁰ V. spéc. P.-A. BON, *La causalité en droit pénal*, préc., n° 193 et s., spéc. n° 197, qui estime qu'en matière de responsabilité pénale du chef d'entreprise, la répression repose uniquement sur la causalité et que celle-ci fait défaut en cas de délégation de pouvoirs.

la faute du dirigeant étant censée être non intentionnelle, cette théorie ne devrait pas justifier l'imputation d'infractions intentionnelles, contrairement à ce qu'autorise pourtant la jurisprudence²⁶⁵¹. La doctrine en convient d'ailleurs assez facilement²⁶⁵². Du point de vue de l'élément matériel pour poursuivre, l'acte qu'on lui reproche consistant en une abstention, seule l'attribution d'infractions d'omission ou protéiformes devrait être admise, sauf à porter atteinte au principe de la prohibition des infractions de commission par omission, comme le reconnaît aussi la doctrine²⁶⁵³. En définitive, dans la stricte logique d'une responsabilité comportementale, le chef d'entreprise ne devrait se voir imputer que des infractions non intentionnelles d'omission ou protéiformes, lesquelles pourront être formelles ou même matérielles si un lien causal peut être établi entre la faute et le dommage correspondant au résultat légal. A ce titre, la responsabilité pénale du chef d'entreprise n'aurait cependant plus rien d'original et correspondrait à un cas tout à fait banal d'action. La jurisprudence ne se limitant pas à ces situations, la thèse de la responsabilité comportementale ressort donc fragilisée de l'analyse du droit positif. Mais la critique n'est pas encore suffisante, que peut aisément renverser la conception de cette responsabilité comme un mode de participation non intentionnelle à l'infraction d'autrui qu'aurait créé de toutes pièces la Cour de cassation²⁶⁵⁴. Il faut donc pousser plus loin le raisonnement. A la vérité, ce qui amène à penser que la condition de faute personnelle de l'attributaire n'est pas respectée tient, non pas principalement à la *différence* de la faute requise mais plutôt à son *indifférence* même. C'est que, d'autre part en effet, le comportement de l'employeur semble en vérité irrelevant. On prétend que la faute de ce dernier résulterait automatiquement de la commission de l'infraction par son auteur matériel ou, en d'autres mots, qu'elle en serait présumée²⁶⁵⁵. Il est vrai que les arrêts ayant pu ruiner un temps la théorie comportementaliste en qualifiant cette présomption d'irréfragable sont déjà anciens²⁶⁵⁶ et que l'on fait depuis état de décisions de justice évoquant, voire admettant la preuve de l'absence de faute²⁶⁵⁷. Mais, outre le fait qu'elles ne sont pas beaucoup plus récentes, il reste possible de penser qu'il n'y a pas, hormis

²⁶⁵¹ V. par exemple, Crim., 4 déc. 1974 (violation du secret des correspondances) : *Rev. sc. crim.*, 1976, obs. J. LARGUIER, p. 409, Crim., 6 mai 1996 (revente à perte) : *Dr. pénal*, 1996, comm. n° 261, obs. J.-H. ROBERT, et Crim., 28 oct. 1998 (publicité illicite en faveur du tabac) : *Bull. crim.*, n° 281 ; et *Rev. sc. crim.*, 1999, obs. B. BOULOC, p. 576. Sur la question, v. tout spécialement H. BONNARD, *op. cit.*

²⁶⁵² V. ainsi M. BENEJAT, *op. cit.*, n° 313, R. BERNARDINI, *L'intention coupable en droit pénal*, préc., n° 311 et s., H. BONNARD, *op. cit.*, n° 7 et s., A. LEGAL, art. *cit.*, X. PIN, *op. cit.*, n° 295, J.-H. ROBERT, art. *cit.*, et F. ROUSSEAU, *op. cit.*, n° 268 et 288. Rapp. C. BENOIT-RENAUDIN, *op. cit.*, n° 374.

²⁶⁵³ V. not. à cet égard, M. BENEJAT, *op. et loc. cit.*, C. BENOIT-RENAUDIN, *op. cit.*, n° 368 et s., H. BONNARD, *op. cit.*, n° 33 et s., A. CÉURET, art. *cit.*, M. DELMAS-MARTY, art. *cit.*, A. LEGAL, art. *cit.*, Ph. MERLE, *op. cit.*, p. 216, X. PIN, *op. et loc. cit.*, et F. ROUSSEAU, *op. cit.*, n° 268.

²⁶⁵⁴ V. en ce sens, F. ROUSSEAU, *op. cit.*, n° 289. Mais cet argument n'est pas de nature, bien au contraire, à exclure toute critique du mécanisme. V. *infra* n° 532.

²⁶⁵⁵ Estimant que la preuve de l'absence de faute est admise, v. par exemple, M. DELMAS-MARTY, art. *cit.*, E. DREYER, *op. cit.*, n° 977 et s., et « L'imputation des infractions en droit pénal du travail », préc., J. PRADEL, *op. cit.*, n° 413, F. ROUSSEAU, *op. cit.*, n° 286, J.-Ch. SAINT-PAU, art. *cit.*, et A. TEANI, *op. cit.*, n° 84.

²⁶⁵⁶ V. not. Crim., 4 nov. 1964 : *Gaz. Pal.*, 1965, 1, p. 80 ; et *Rev. sc. crim.*, 1965, obs. A. LEGAL, p. 650.

²⁶⁵⁷ V. ainsi Crim., 2 oct. 1979 : *Bull. crim.*, n° 267, et Crim., 20 sept. 1980 : *Dr. social*, 1981, note M. ROGER, p. 719.

dans les formules employées par les juridictions, de véritable évolution sur ce point. L'analyse révèle que ce n'est souvent qu'en cas de faute de la victime cause exclusive du résultat ou de cas de force majeure que la défense est acceptée²⁶⁵⁸, ce qui démontre plus une exclusion de la causalité constitutive de l'infraction du préposé que l'absence de culpabilité du chef d'entreprise²⁶⁵⁹. La présomption paraît dès lors demeurer irréfragable en fait, la faute requise n'étant en fin de compte que virtuelle, fictive, artificielle²⁶⁶⁰. Qu'est-ce donc que cette faute que l'on retient malgré l'impossibilité de déléguer ses pouvoirs propres²⁶⁶¹ ou dans les trop petites entreprises²⁶⁶², et ce, nonobstant l'impossibilité de surveiller constamment chacun des employés²⁶⁶³ et malgré l'indifférence des diligences du responsable²⁶⁶⁴ ? Qu'est-ce en effet que cette faute, sinon une nouvelle illustration de la *culpa in eligendo* inventée par les civilistes pour faire cadrer la responsabilité des commettants avec les canons d'une responsabilité civile alors dominée par la théorie de la faute²⁶⁶⁵ ? Le procédé est finalement identique. On invoque la faute pour justifier politiquement et théoriquement la responsabilité d'une personne dont, techniquement, le comportement importe peu aux tribunaux²⁶⁶⁶.

501. Contestation de la thèse de la responsabilité comportementale du chef d'entreprise : non-respect de l'exigence d'un fait causal. L'analyse se confirme si l'on s'intéresse, en second lieu, à l'exigence de causalité nécessaire à la qualification de responsabilité comportementale. Là où certains vont jusqu'à prétendre que la responsabilité

²⁶⁵⁸ V. not. M. BENEJAT, *op. cit.*, n° 312 et 319 et s., et E. FORTIS, *L'élément légal dans les infractions d'imprudence portant atteinte à l'intégralité corporelle*, préc., n° 665 et s.

²⁶⁵⁹ V. *supra* n° 325.

²⁶⁶⁰ V. not. en ce sens, M. BENEJAT, *op. cit.*, n° 295 et s., 311 et s., 318 et s., et 324, R. BERNARDINI, *op. cit.*, n° 392, H. BONNARD, *op. cit.*, n° 8 et s., et 16 et s., qui réduisent leur analyse aux fautes intentionnelles, N. CATALA, art. *cit.*, F. CHABAS, *op. cit.*, n° 93, A. CŒURET, art. *cit.*, J. JULIEN, *op. cit.*, n° 27, A. LEGAL, art. *cit.*, P. LEVEL, art. *cit.*, et J. SALVAIRE, art. *cit.* Rapp. P. MONTEILHET, « La responsabilité pénale de l'employeur du fait de ses préposés », *JCP*, 1952, I, 1060, et M.-L. RASSAT, *op. cit.*, n° 380.

²⁶⁶¹ V. Crim., 3 mars 1998 : *Bull. crim.*, n° 81, Crim., 14 oct. 2003 : *Bull. crim.*, n° 190, Crim., 15 mars 2007 : *Bull. crim.*, n° 126, et Crim., 6 nov. 2007 : *Bull. crim.*, n° 266. Sur cette question, v. not. M. BENEJAT, *op. cit.*, n° 304, C. DONNADIEU-FORNAROLI, *op. cit.*, n° 616 et s., F. DOUCHEZ, B. DE LAMY et M. SEGONDS, art. *cit.*, et E. DREYER, *op. cit.*, n° 977, et « Les pouvoirs délégués afin d'exonérer pénalement le chef d'entreprise », préc.

²⁶⁶² V. Douai, 21 oct. 2008 : *JurisData* n° 2008-373282, Montpellier, 28 mai 2009 : *JurisData* n° 2009-008799, et Grenoble, 23 févr. 2009 : *JurisData* n° 2009-002943, cités in F. DOUCHEZ, B. DE LAMY et M. SEGONDS, art. *cit.* Sur cette condition, *adde* not. C. BENOIT-RENAUDIN, *op. cit.*, n° 350, A. CŒURET, art. *cit.*, M. DELMAS-MARTY, art. *cit.*, C. DONNADIEU-FORNAROLI, *op. cit.*, n° 494 et s., A. LEGAL, art. *cit.*, M.-L. RASSAT, *op. cit.*, n° 381, et J.-H. ROBERT, *op. cit.*, p. 367, et art. *cit.* *Contra* v. E. DREYER, art. *cit.*

²⁶⁶³ Que ce soit en raison de la taille de son entreprise ou d'une pluralité de sites (Crim., 22 mai 1973 : *Bull. crim.*, n° 230) ou de son absence au moment et sur le lieu de commission de l'infraction (Crim., 2 oct. 1979, préc.).

²⁶⁶⁴ V. par exemple, Crim., 21 déc. 1907 : *S.*, 1910, 1, p. 593, Crim., 2 févr. 1954 : *JCP*, 1954, II, 8318, obs. P. M., Crim., 10 juill. 1963 : *Bull. crim.*, n° 255, et Crim., 4 nov. 1964, préc.

²⁶⁶⁵ Pour un tel parallèle, v. J. SALVAIRE, art. *cit.* Rapp. P. JOURDAIN, *op. cit.*, n° 368.

²⁶⁶⁶ A cet égard, v. tout particulièrement M. BENEJAT, *op. cit.*, n° 292 et s., et 323 et s., qui estime qu'à trop vouloir faire entrer la responsabilité du décideur dans les canons du droit pénal classique, on en a occulté la particularité par un « forçage de la faute et de la causalité », et ce, par le biais de théories « peu réalistes et inopportunes ».

patronale pénale serait une application de la théorie de la causalité adéquate²⁶⁶⁷, les plus nombreux des auteurs restent mesurés, se contentant de faire état d'une capacité d'influence reposant sur l'autorité hiérarchique dont jouit le responsable sur l'auteur de l'infraction. Bien que la causalité juridique se prête volontiers à certaines contorsions²⁶⁶⁸, on peut légitimement ne pas être convaincu qu'elle puisse toujours accueillir les applications jurisprudentielles de la responsabilité des décideurs. Cela est particulièrement vrai concernant les infractions intentionnelles puisque, classiquement en effet, on estime qu'une faute intentionnelle rompt le lien causal qui aurait pu exister entre un comportement antérieur simplement imprudent et le résultat survenu²⁶⁶⁹. Mais l'objection n'est que l'un des aspects d'une critique plus générale. Elle ne fait que cristalliser le questionnement suivant : croit-on vraiment que l'autorité d'un employeur soit suffisante pour détourner ses subordonnés de la commission de toute infraction, y compris intentionnelle, qui serait commise au sein de l'entreprise et à l'occasion de son activité ? Y a-t-il certitude causale ? On peut en douter, soit que l'on pense que les employés sont suffisamment honnêtes pour ne pas avoir besoin d'un gendarme qui les surveillera à chaque instant et en tous lieux, soit que l'on estime au contraire que qui veut mal se comporter trouvera toujours l'occasion de le faire. Autre question : l'exercice de cette influence est-elle, quoi qu'il en soit, vraiment prise en compte par les juges ? La réponse paraît là aussi être négative, dès lors que les ordres et les recommandations donnés aux préposés ne suffiront jamais à satisfaire une Cour de cassation qui ne se préoccupe finalement que de l'existence ou non d'une délégation de pouvoir effective²⁶⁷⁰. Un auteur l'a d'ailleurs admis qui, bien que fondant cette responsabilité sur la causalité, considère qu'elle est irréfragablement présumée et qu'il s'agit « *plus d'un élément explicatif de la responsabilité qu'un véritable élément constitutif de cette responsabilité* »²⁶⁷¹. On retombe encore une fois dans le domaine de la fiction. Il faut donc s'y résoudre : *la responsabilité patronale pénale n'est pas une responsabilité comportementale*. La jurisprudence semble d'ailleurs l'affirmer elle-même. En effet, elle oppose souvent le principe de la participation personnelle à l'infraction au mécanisme de la responsabilité pénale du chef d'entreprise, qui prend par conséquent la figure d'une exception étrangère à la responsabilité du fait personnel²⁶⁷². La Cour de cassation s'exprime parfois de manière encore plus explicite, puisqu'il lui est arrivé

²⁶⁶⁷ V. M. COSTES, art. *cit.*

²⁶⁶⁸ V. *supra* n° 289 et s.

²⁶⁶⁹ V. *supra* n° 329.

²⁶⁷⁰ V. les références citées aux notes précédentes.

²⁶⁷¹ P.-A. BON, *op. cit.*, n° 196. Contestant également la satisfaction de l'exigence causale par la responsabilité pénale du chef d'entreprise, v. J. JULIEN, *op. et loc. cit.*, et F. ROUSSEAU, *op. cit.*, n° 284, qui réserve toutefois sa remarque aux hypothèses d'imputation d'infractions intentionnelles.

²⁶⁷² V. par exemple, Crim., 30 déc. 1892, préc. : « *Si, en principe, nul n'est passible de peines qu'à raison de son fait personnel, la responsabilité pénale peut cependant naître du fait d'autrui dans les cas exceptionnels où certaines obligations légales imposent le devoir d'exercer une action directe sur les faits d'un auxiliaire ou d'un préposé* ». V. également, Crim., 11 mars 1993 : *Bull. crim.*, n° 112, selon qui « *la chef d'entreprise qui n'a pas personnellement pris part à la réalisation de l'infraction, peut s'exonérer de sa responsabilité pénale s'il rapporte la preuve qu'il a délégué ses pouvoirs* », qui distingue bien l'absence de participation et la délégation, faisant de la première un préalable à la seconde.

de qualifier ce régime de « *responsabilité de plein droit* »²⁶⁷³. On peut donc l'affirmer : *la responsabilité patronale est une responsabilité fonctionnelle*.

β- L'adoption de la thèse de la responsabilité fonctionnelle du chef d'entreprise

502. Responsabilité fonctionnelle et fondement de l'attribution de l'infraction au chef d'entreprise. L'opinion selon laquelle la responsabilité pénale du chef d'entreprise est de nature fonctionnelle n'est pas rare²⁶⁷⁴. Non seulement la notion n'effraie pas tout à fait les tribunaux²⁶⁷⁵ mais il existe surtout un large et déjà ancien courant doctrinal qui rattache cette responsabilité à la qualité de détenteur de l'autorité ou du pouvoir au sein de l'entreprise²⁶⁷⁶. Plus précisément, *le titre d'attribution réside en fait dans l'aptitude effective à exercer le pouvoir sur les personnes mais aussi sur les choses participant à l'activité professionnelle du décideur*²⁶⁷⁷. C'est cette qualité, appréciée concrètement, qui fonde seule l'attribution du fait générateur de responsabilité pénale²⁶⁷⁸. C'est ce que traduisent notamment les solutions jurisprudentielles assimilant dirigeants de droit et dirigeants de fait²⁶⁷⁹ ou retenant la responsabilité de l'entreprise utilisatrice en cas de travail temporaire²⁶⁸⁰. Peu importe en

²⁶⁷³ Crim., 28 oct. 1998, préc.

²⁶⁷⁴ V. très nettement en ce sens, M. BENEJAT, *op. cit.*, n° 292 et s., et 316 et s., et N. STONESTREET, *La notion d'infraction pénale*, préc., n° 327 et s. Adde H. BONNARD, *op. cit.*, p. 20, N. CATALA, art. *cit.*, A. LEGAL, art. *cit.*, P. LEVEL, art. *cit.*, et J. SALVAIRE, art. *cit.*

²⁶⁷⁵ V. Trib. Corr. Pont-Andemer, 9 juill. 1958 : *JCP*, 1958, II, 10760. On peut aussi rapprocher de cette conception fonctionnelle de la responsabilité patronale pénale, la théorie de la soumission volontaire un temps adoptée par la Cour de cassation (Crim., 7 déc. 1872 : *Bull. crim.*, n° 315). Selon elle, le chef d'entreprise est responsable *es* qualité en raison de ce qu'il a accepté de répondre pénalement des infractions de ses préposés en choisissant d'embrasser la profession qu'il exerce. Sur cette théorie, v. not. H. BONNARD, *op. cit.*, p. 13, A. CŒURET, art. *cit.*, et M. COSTES, art. *cit.*

²⁶⁷⁶ V. ainsi M. BENEJAT, *op. cit.*, n° 301 et s., H. BONNARD, *op. cit.*, p. 18, A. CŒURET, art. *cit.*, et « Le responsable pénale dans le Code du travail », préc., P. MONTEILHET, art. *cit.*, J.-H. ROBERT, art. *cit.*, et J. SALVAIRE, art. *cit.* Un certain nombre d'auteurs se réfèrent également à ces notions d'autorité et de pouvoir tout en considérant qu'il s'agit malgré tout d'une responsabilité fondée sur la faute. Il s'agirait dès lors pour eux d'une responsabilité comportementale qui se caractériserait par une faute dans l'exercice d'un pouvoir. V. not. C. BENOIT-RENAUDIN, *op. cit.*, n° 346 et s., A. CŒURET et E. FORTIS, *op. cit.*, n° 274 et s., M. DELMAS-MARTY, art. *cit.*, E. DREYER, *op. cit.*, n° 997 et s., art. *cit.*, et « Les pouvoirs délégués afin d'exonérer pénalement le chef d'entreprise », préc., E. DREYER, *op. cit.*, n° 997 et 1010, et « L'imputation des infractions en droit pénal du travail », préc., qui parle, certes, de « *responsabilité de fonction* » mais qui reste attaché à l'idée de responsabilité comportementale, E. FORTIS, *op. cit.*, n° 653 et s., P. LEVEL, art. *cit.*, Y. MAYAUD, art. *cit.*, F. ROUSSEAU, *op. cit.*, n° 277 et s., et art. *cit.*, et A. TEANI, *op. cit.*, n° 42 et s. Rappr. Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *op. cit.*, n° 433 et s.

²⁶⁷⁷ Pour une conception aussi large de l'autorité du chef d'entreprise, v. M. BENEJAT, *op. cit.*, n° 306, et F. ROUSSEAU, *op. cit.*, n° 271. Il ne s'agirait, par conséquent, pas seulement d'une responsabilité pénale du fait d'autrui comme le pensent certains (not. N. CATALA, art. *cit.*, F. CHABAS, *op. cit.*, n° 93, A. CŒURET, « Pouvoir et responsabilité en droit pénal social », préc., et J. SALVAIRE, art. *cit.*) mais aussi d'une responsabilité pénale du fait des choses. Dans tous les cas, reste que cette responsabilité est fonctionnelle.

²⁶⁷⁸ En ce sens, v. not. M. BENEJAT, *op. cit.*, n° 304, C. DONNADIEU-FORNAROLI, *op. cit.*, n° 494, E. DREYER, *op. cit.*, n° 991 et s., et art. *cit.*, J.-H. ROBERT, art. *cit.*, et F. ROUSSEAU, *op. cit.*, n° 278.

²⁶⁷⁹ V. not. Crim., 11 janv. 1972 : *Bull. crim.*, n° 14, Crim., 12 sept. 2000 : *Bull. crim.*, n° 268, et Crim., 23 nov. 2004 : *RJS*, 2005, n° 459. V. principalement sur ce point, M. BENEJAT, *op. cit.*, n° 304, A. CŒURET et E. FORTIS, *op. cit.*, n° 250 et s., et Y. MAYAUD, art. *cit.*

²⁶⁸⁰ V. Crim., 27 oct. 2009 : *JurisData* n° 2009-050472, Crim., 16 févr. 2010 : *JurisData* n° 2010-003359, et Crim., 1^{er} sept. 2010 : *JurisData* n° 2010-016518, cités in A. CŒURET et E. FORTIS, *op. cit.*, n° 267.

revanche que ce pouvoir ait été ou non effectivement exercé. Il suffit que cela ait été possible, et ce, jusqu'à la preuve d'une délégation.

503. Responsabilité fonctionnelle et nature de la délégation de pouvoir du chef d'entreprise. Il semble d'ailleurs que ce procédé puisse être considéré comme une manifestation supplémentaire de la nature fonctionnelle de la responsabilité patronale pénale. En effet, la délégation, voire la subdélégation²⁶⁸¹, participe de cette identification objective de l'attributaire attitré de l'infraction d'entreprise. C'est dire que ce moyen de défense n'est pas tant une cause d'exonération de responsabilité qu'un moyen de renverser la présomption de fait en vertu de laquelle l'employeur est légitimement tenu, *a priori*, pour le détenteur de l'autorité au sein de l'entreprise. Il découle deux choses de cela. Tout d'abord, si présomption il y a, c'est non de présomption de faute mais bien de présomption d'autorité dont il s'agit. Ensuite, la délégation n'exclut pas véritablement la responsabilité du dirigeant. Elle intervient en amont, en permettant d'identifier le détenteur réel de l'autorité. En cela, la délégation n'opère pas *déplacement* de la responsabilité du délégant au délégataire mais bien plus *emplacement* exact de cette responsabilité. D'un point de vue technique en définitive, la responsabilité ou, plus exactement, l'attribution du fait générateur suit celui qui revêt la qualité de détenteur du pouvoir²⁶⁸². Politiquement par ailleurs, la délégation se révèle être un instrument utile de l'organisation de ce pouvoir au sein de l'entreprise et, par là même, de prévention des infractions et des dommages qui pourraient s'y produire²⁶⁸³. Le confirment d'ailleurs les conditions de validité de la délégation – autorité, compétence, et moyens nécessaires à l'accomplissement de la mission – qui tiennent principalement, sinon exclusivement, au pouvoir transféré par le délégant et reçu par le délégataire²⁶⁸⁴.

Indifférente au comportement du responsable, obnubilée par la seule fonction qui lui incombe en tant que détenteur du pouvoir effectif au sein de l'entreprise, la jurisprudence criminelle, tout comme son homologue civile, semble donc bien avoir fait de la responsabilité patronale une responsabilité de nature fonctionnelle. C'est qu'il est sans doute difficile d'appréhender les risques sociaux nés des activités économiques autrement, comme en témoigne la reconnaissance de la responsabilité des personnes morales, laquelle apparaît, de manière plus éclatante encore, comme une autre manifestation de la responsabilité fonctionnelle.

²⁶⁸¹ V. Crim., 30 oct. 1996 : *Bull. crim.*, n° 389.

²⁶⁸² V. not. A. CŒURET, art. *cit.*, et « Le responsable pénal dans le Code du travail », préc., M. DELMAS-MARTY, art. *cit.*, C. DONNADIEU-FORNAROLI, *op. cit.*, n° 537 et s., E. DREYER, art. *cit.*, Y. MAYAUD, *op. et loc. cit.*, F. ROUSSEAU, art. *cit.* Rapp. C.BENOIT-RENAUDIN, *op. cit.*, n° 348.

²⁶⁸³ Sur ces aspects, v. not. A. CŒURET, « Pouvoir et responsabilité en droit pénal social », préc., A. CŒURET et E. FORTIS, *op. cit.*, n° 293, C. DONNADIEU-FORNAROLI, *op. cit.*, n° 489 et s., et 549 et s., F. DOUCHEZ, B. DE LAMY et M. SEGONDS, art. *cit.*, E. DREYER, *op. cit.*, n° 982, et art. *cit.*, A. LEGAL, art. *cit.*, D. MAYER, art. *cit.*, J. PRADEL, *op. cit.*, n° 415, et F. ROUSSEAU, art. *cit.* Rapp. A. ETCHEGOYEN, *op. cit.*, pp. 76 et s.

²⁶⁸⁴ V. ainsi E. DREYER, *op. cit.*, n° 982 et s., et art. *cit.*

2. La nature fonctionnelle de la responsabilité des personnes morales

504. Généralité de l'institution et identité de problèmes. La responsabilité civile des personnes morales du fait de leurs organes ou représentants est vieille de plus d'un siècle²⁶⁸⁵. Son pendant pénal n'a que vingt ans²⁶⁸⁶. Pourtant, il est intéressant de voir que les problèmes que suscitent l'une et l'autre sont les mêmes et que les réactions de la doctrine à leur endroit ont été, et sont encore, identiques.

En consacrant ces régimes de responsabilité, les tribunaux et les parlementaires ont eu à cœur de répondre à des besoins évidents : faire face au rôle social grandissant de ces « géants », de ces « monstres », de ces « robots »²⁶⁸⁷ que sont les personnes morales, ainsi qu'aux suites nuisibles de leur activité. Toutefois, ils n'ont pas mesuré l'impact global de leur geste et les conséquences fâcheuses que cette innovation entraînait pour la cohérence générale du système juridique et des constructions théoriques établies par la doctrine à son propos. C'est dès lors à cette dernière qu'il est revenu de relever le défi. Ce qu'elle fit, malheureusement, dans le double souci de ne pas retoucher le nouveau droit positif, d'une part, tout en tentant de le faire coïncider avec les canons des droits civil et pénal de la responsabilité, d'autre part. Parce que la responsabilité civile des personnes morales a été admise à l'époque du règne encore impérial de la faute et parce que le droit pénal, nonobstant l'article 121-2 du Code pénal, reste fortement subjectiviste et teinté de morale, on a voulu y voir absolument une responsabilité du fait personnel, une responsabilité comportementale. Il n'a finalement été question que de justifier à toutes forces une institution pour la faire correspondre, *a posteriori*, aux dogmes de ses matières et conserver ainsi la pureté harmonieuse de principes dont on a refusé de voir qu'ils avaient sans doute été, en fin de compte, totalement renversés²⁶⁸⁸. Mais cela n'a pu se faire qu'au prix d'acrobaties théoriques emportant la contorsion des techniques juridiques invoquées et la multiplication des fictions, de telle sorte que l'entreprise, tout compte fait, n'apparaît pas véritablement convaincante. Et ce d'autant plus qu'un tel effort ne paraissait pas nécessaire. L'étude des propositions doctrinales et du droit positif semble en effet révéler une réalité toute simple : la responsabilité des personnes morales ne peut être comportementale, car les personnes morales ne peuvent avoir, personnellement, de comportement (a). Partant, elle ne saurait être que fonctionnelle (b).

²⁶⁸⁵ V. not. Cass., 15 janv. 1872, cité in Ph. BRUN, *op. cit.*, n° 299, Paris, 22 mai 1939 : *Gaz. Pal.*, 1939, 2, jur., concl. M. GAVALDA, p. 188, Civ. 2, 17 juill. 1967 : *Gaz. Pal.*, 1967, 2, jur., note Ch. BLAEVOET, p. 235, Civ. 2, 27 avr. 1977 : *Bull. civ.*, n° 108, et Civ. 2, 26 avr. 1990 : *JCP*, 1990, IV, p. 235.

²⁶⁸⁶ C. pén., art. 121-2 : « Les personnes morales (...) sont responsables pénalement (...) des infractions commises, pour leur compte, par leurs organes ou représentants ».

²⁶⁸⁷ G. RIPERT, *op. cit.*, n° 20 et 37.

²⁶⁸⁸ Comp. J. JULIEN, *op. cit.*, n° 146, à propos de la théorie de la représentation dans l'action appliquée à la responsabilité des commettants, R. MERLE et A. VITU, *op. cit.*, n° 645, et A. TEANI, *op. cit.*, n° 433 et 437.

a- L'impossible responsabilité comportementale de la personne morale

505. Responsabilité indirecte et responsabilité directe des personnes morales. Les théories tentant de fonder l'attribution du fait générateur de responsabilité à la personne morale sur un comportement propre à cette dernière sont nombreuses. On peut tout de même les répartir en deux catégories. Selon certains auteurs, la personne morale n'est responsable que de manière indirecte, c'est-à-dire par le truchement de personnes physiques dont le fait lui serait ensuite considéré comme le sien propre. Selon une autre frange de la doctrine, de telles personnes juridiques pourraient encore être directement responsables, en vertu d'un fait générateur qui leur serait véritablement personnel, sans que l'on ait à tenir compte, en d'autres termes, de l'attitude des personnes physiques censées la faire agir sur la scène juridique. Pourtant ni la première (α) ni la seconde de ses conceptions (β) ne paraissent susceptibles de convaincre de la nature comportementale de la responsabilité des personnes morales.

α - L'impossible responsabilité comportementale indirecte de la personne morale

506. L'impossible responsabilité comportementale par représentation de la personne morale. La première conception proposant de voir la responsabilité de la personne morale comme une responsabilité comportementale est celle de la responsabilité par représentation. Très en vogue chez les pénalistes²⁶⁸⁹, elle est une simple reprise de la théorie de la représentation dans l'action élaborée en matière civile pour fonder la responsabilité des commettants du fait de leur préposé sur la théorie de la faute²⁶⁹⁰. Elle consiste à dire que la personne physique agissant pour le compte de la personne morale en qualité de représentant ou d'organe n'en est que le prolongement, si bien qu'en droit, c'est finalement cette dernière

²⁶⁸⁹ V. ainsi M. BENEJAT, *op. cit.*, n° 388 et s., Ph. CONTE, « La responsabilité pénale des personnes morales au regard de la philosophie du droit pénal », *La personne juridique dans la philosophie du droit pénal*, préc., pp. 109 et s., l'auteur restant néanmoins farouchement opposé au principe même de cette forme de responsabilité, F. DESPORTES et F. LE GUNEHÉC, *op. cit.*, n° 599-1, G. DI MARINO, « Le développement de la responsabilité pénale des personnes morales », *RPDP*, 2004, pp. 27 et s., E. DREYER, *op. cit.*, n° 1098, et « L'imputation des infractions en droit pénal du travail », préc., C. HARDOUIN-LE GOFF, « Les fictions légales en droit pénal », *Dr. pénal*, 2009, Étude n° 1, R. OLLARD, « La fiducie : aspects de droit pénal », *Rev. sc. crim.*, 2009, pp. 545 et s., X. PIN, *op. cit.*, n° 299, qui semble toutefois avoir du mal à y voir une responsabilité du fait personnel comme les autres (elle « se *décrite plus qu'elle ne se constate* » : n'est-ce pas le signe qu'il s'agit d'une responsabilité fonctionnelle plus que comportementale ?), N. RIAS, *op. cit.*, n° 62 et s., J.-H. ROBERT, *op. cit.*, pp. 381 et s., et J.-Ch. SAINT-PAU, art. *cit.*, « La responsabilité des personnes morales : réalité et fiction », *Le risque pénal dans l'entreprise*, Litec, 2003, pp. 71 et s., et « L'évolution de la responsabilité des personnes morales : d'une responsabilité par représentation à une responsabilité sans représentation », *La cohérence des châtiments*, Dalloz, coll. Essais de philosophie pénale et de criminologie, vol. 10, 2012, à paraître. Certains civilistes retiennent également cette théorie. V. par exemple, F. GREAU, art. *cit.*, M. PUECH, *op. cit.*, n° 87, et G. RIPERT et J. BOULANGER, *op. cit.*, n° 960. Rapp. G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, préc., n° 127, qui voit dans la responsabilité des personnes morales une garantie légale fondée sur la représentation dans l'action.

²⁶⁹⁰ Sur laquelle, v. les références citées *supra* n° 496 notes 265 et s. La théorie de la représentation avait déjà été reprise en matière criminelle pour fonder la coaction, par D. ALLIX, *Essai sur la coaction. Contribution à l'étude de la genèse d'une notion prétorienne*, L.G.D.J., Bibliothèque de sciences criminelles, t. 20, 1976, spéc. n° 55 et 151.

qui agit. Le fait générateur de responsabilité est celui, personnel, du groupement. Par la magie de la représentation, il devient l'auteur de l'acte. Au crédit de cette thèse, on peut noter que le Code pénal, aussi bien que la jurisprudence civile, utilise effectivement l'expression « *pour le compte* », qui participe de la définition classique de la représentation. Selon un auteur, elle permettrait d'identifier le sujet d'imputation de l'acte qui, à ce titre, serait à considérer comme partie à celui-ci²⁶⁹¹. De plus, la jurisprudence elle-même parle parfois de responsabilité par représentation²⁶⁹². Ce n'est pas dire, pour autant, qu'il faille tenir cette thèse pour incontestable, car elle ne cadre pas du tout en effet avec la représentation telle qu'elle est aujourd'hui conçue, au sens technique du terme, et ce, à un triple point de vue.

En premier lieu, son domaine est bien plus large, qui consiste à admettre qu'il puisse y avoir représentation à toute sorte d'activités matérielles et juridiques. Alors que la doctrine majoritaire estime que la représentation est un mécanisme propre à la réalisation des actes juridiques²⁶⁹³, il existe un courant opposé proposant de l'étendre au-delà. On admet ainsi qu'en principe, la représentation sert à rendre possible l'accomplissement d'actes juridiques, notamment aux incapables tels que les personnes morales, sans que le sujet d'imputation n'ait y prendre part. Mais, ces auteurs considèrent qu'il demeure envisageable que soient réalisés à cette occasion des actes matériels et des faits juridiques, et tout spécialement des faits illicites pouvant être source de responsabilité. Car c'est souvent là le seul objectif de cette théorie : justifier la responsabilité du représentant pour l'acte accompli par le représenté²⁶⁹⁴. Plus largement toutefois, on a théorisé cette représentation *lato sensu* en la définissant comme tout mécanisme d'imputation dérogatoire, opérant indépendamment de la volonté du sujet d'imputation, des effets juridiques d'une activité licite ou illicite d'un auteur agissant dans l'intérêt du sujet d'imputation tel qu'il l'aura lui-même défini²⁶⁹⁵. Cette conception, plus descriptive qu'explicative²⁶⁹⁶, peut pourtant être contestée et la réduction du domaine de la représentation aux actes juridiques être justifiée. Tout d'abord, une précision doit être faite. L'activité juridique²⁶⁹⁷ peut prendre deux formes : l'accomplissement d'actes juridiques et la

²⁶⁹¹ M. STORCK, *op. cit.*, n° 44 et s., 162 et s., et 307 et s.

²⁶⁹² V. ainsi Lyon, 3 juin 1998 : *Dr. pénal*, 1998, comm. n° 118, note J.-H. ROBERT.

²⁶⁹³ En ce sens, v. C. DONNADIEU-FORNAROLI, *op. cit.*, n° 643 et s., E. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, Economica, coll. Droit civil, 1985, n° 224 et s., J. JULIEN, *op. cit.*, n° 146, Ph. LE TOURNEAU *et alii*, *op. cit.*, n° 3983 et s., R. SAVATIER, *op. cit.*, n° 207, M. STORCK, *op. cit.*, spéc. n° 18 et s., 125 et s., 159 et s., et 259 et s., G. VINEY, *Le déclin de la responsabilité individuelle*, préc., n° 24, et G. WICKER, *Les fictions juridiques. Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, préc., n° 46 et s.

²⁶⁹⁴ V. not. F. CHABAS, *op. cit.*, n° 81, N. RIAS, *op. cit.*, n° 69, G. RIPERT et J. BOULANGER, *op. et loc. cit.*, J.-Ch. SAINT-PAU, « La responsabilité des personnes morales : réalité et fiction », préc., N. STONESTREET, *op. cit.*, n° 310 et s., et A. TEANI, *op. cit.*, n° 253 et s., et 438. *Adde* D. ALLIX, *op. cit.*, n° 55, qui estime d'ailleurs que, d'un point de vue historique, la représentation dans les actes matériels aurait précédé la représentation dans les actes juridiques.

²⁶⁹⁵ V. Ph. DIDIER, *op. cit.*, spéc. n° 144 et s., 167, 181 et s., et 566. *Adde* N. MATHEY, art. *cit.*, n° 18 et s., et 69 et s., et P. ROUBIER, *op. cit.*, n° 23, qui admet la représentation dans les quasi-contrats.

²⁶⁹⁶ Selon M. DIDIER, en effet, « *la représentation désigne un effet juridique, indépendamment de sa cause* » (*op. cit.*, n° 37). C'est tenir pour indifférent le comment et le pourquoi de cet effet qui paraissent pourtant bien être les questions essentielles.

²⁶⁹⁷ Sur cette notion, v. spéc. M. VIRALLY, *La pensée juridique*, préc., pp. 89 et s.

réalisation de faits juridiques. Par conséquent, toute réflexion relative aux actes matériels est hors-sujet. Si ceux-ci ne peuvent être qualifiés ni d'actes ni de faits juridiques, ils ne produiront aucun effet juridique et n'auront donc pas à être imputés juridiquement, et ce, ni à leur auteur ni à un autre. Ne reste dès lors que la question de l'extension de la représentation aux faits juridiques. Certes, ceux-ci, comme les actes juridiques, peuvent être accomplis dans l'intérêt d'autres personnes que leur auteur, pour leur compte. Mais cela ne paraît pas, en soi, apte à justifier l'imputation dérogatoire. Une des différences entre faits et actes juridiques tient à ce que ce dernier consiste en l'exercice d'un droit subjectif²⁶⁹⁸. Dès lors, l'imputation dérogatoire en matière d'actes juridiques comporte nécessairement une particularité. Non seulement l'auteur de l'acte n'est pas le sujet d'imputation mais il n'est pas non plus le titulaire du droit subjectif qu'il exerce. Ces deux dernières qualités sont par ailleurs réunies sur la même tête. L'auteur n'agit donc pas seulement pour le compte d'autrui, il accomplit l'acte juridique en son nom²⁶⁹⁹. Il y a là une atteinte certaine au dogme individualiste de la liberté contractuelle au mieux, de l'autonomie de la volonté au pire. Par conséquent, il faut un mécanisme pour l'expliquer – c'est ce qu'est la représentation – et une prérogative particulière pour la permettre, le pouvoir²⁷⁰⁰. En vertu de la loi, d'une décision de justice ou d'une simple convention, le représentant est ainsi investi d'une compétence lui permettant d'exercer cette prérogative juridique particulière, exerçant de la sorte les droits subjectifs d'autrui mais seulement dans l'intérêt de leur titulaire²⁷⁰¹. C'est donc la gravité du processus pour la liberté individuelle d'une personne placée sous l'autorité d'un tiers pouvant empiéter sur sa sphère juridique qui justifie le recours à un mécanisme aussi complexe que la représentation. La question qui se pose est finalement celle qui suit : une telle complexité est-elle requise en matière de fait juridique illicite? Il ne le semble pas. Il n'est pas question ici de mettre en œuvre les droits subjectifs d'autrui, agir en son nom n'est pas nécessaire. Il suffit que le fait soit accompli dans son intérêt, pour son compte. Pour expliquer une telle imputation dérogatoire, la responsabilité du fait d'autrui suffit bien, et le concept de responsabilité fonctionnelle paraît satisfaisant pour la fonder. On impute, exceptionnellement, un fait générateur de responsabilité à une personne qui ne l'a pas commis parce que ce fait s'est réalisé dans sa sphère d'autorité, laquelle peut être générale ou fonctionnelle, selon qu'il

²⁶⁹⁸ V. à cet égard, E. GAILLARD, *op. et loc. cit.*, et proposition n° 10, M. STORCK, *op. cit.*, n° 18 et s., 27 et s., 131 et s., et 259 et s., et G. WICKER, *op. cit.*, n° 42, 49, 56 et s., et 62.

²⁶⁹⁹ V. M. STORCK, *op. cit.*, n° 88 et s., 131 et s., 271 et s., et 271 et s., et G. WICKER, *op. cit.*, n° 57.

²⁷⁰⁰ Sur cette prérogative juridique spécifique qui se distingue du droit subjectif en ce qu'elle n'est ni libre ni susceptible d'être exercée à des fins purement égoïstes, mais, à l'inverse, finalisée, car affectée à la satisfaction d'un intérêt au moins partiellement distinct de celui de son titulaire, v. not. E. GAILLARD, *op. cit.*, N. MATHEY, art. *cit.*, n° 48 et s., P. ROUBIER, *op. cit.*, n° 19 et 23, M. STORCK, *op. cit.*, n° 162 et s., et 181, et G. WICKER, *op. cit.*, n° 58 et s., et « La théorie de la personnalité morale depuis la thèse de Bruno Oppetit », préc. Pour une critique de la notion de pouvoir et de sa distinction d'avec le droit subjectif, v. Ph. DIDIER, *op. cit.*, n° 81 et s.

²⁷⁰¹ D'où la nécessité d'un contrôle distinct de l'abus de droit qui fait une grande part de l'intérêt de la distinction du pouvoir et du droit subjectif. Sur ce contrôle particulier, v. not. E. GAILLARD, *op. cit.*, n° 144 et s., N. MATHEY, art. *cit.*, n° 54 et s., P. ROUBIER, *op. et loc. cit.*, et M. STORCK, *op. cit.*, n° 194 et s. Niant cette spécificité, v. Ph. DIDIER, *op. cit.*, n° 91 et s.

est question de garde ou de direction d'autrui²⁷⁰². En définitive, *la responsabilité fonctionnelle fondée sur la direction d'autrui semble bien être aux faits juridiques ce qu'est la représentation est aux actes juridiques*. Nul besoin alors d'utiliser un mécanisme à la place de l'autre²⁷⁰³.

En second lieu, le régime de la responsabilité des personnes morales est différent de celui qui a cours en fait de représentation conventionnelle de droit commun²⁷⁰⁴. En matière de mandat en effet, il est de droit positif que seul le représentant est responsable des fautes accomplies à l'occasion de sa mission, et ce, sur le fondement de l'article 1382 du Code civil²⁷⁰⁵. Le représenté ne le sera que contractuellement, en raison de sa fonction de débiteur²⁷⁰⁶, ou extracontractuellement, s'il a commis une faute personnelle²⁷⁰⁷ ou si le mandataire peut être considéré comme son préposé²⁷⁰⁸. Par conséquent, on ne voit ni pourquoi ni comment la représentation pourrait avoir des effets différents lorsqu'il serait question de la représentation d'une personne morale. Selon certains, la différence tiendrait à ce que les personnes physiques peuvent agir seules sur la scène juridique, de telle sorte que la représentation ne serait pas une nécessité pour elle, à l'inverse des personnes morales²⁷⁰⁹. On répondra que la représentation est pourtant le seul moyen pour les nouveaux nés, les absents ou les personnes en état végétatif chronique, par exemple, de prendre part au commerce juridique. La différence de régime n'est donc pas justifiée, si bien que le mécanisme de la responsabilité des personnes morales correspond peu, là encore, à celui de la représentation.

Mais le tort principal de cette première théorie réside, en dernier lieu, dans le fait qu'elle se fonde sur une conception tout à fait dépassée de la représentation, conçue comme une fiction opérant substitution de personnes (le représentant figurerait, rendrait présent, en droit le représenté) ou substitution de volontés (le représentant émettrait la volonté du représenté ou

²⁷⁰² V. *supra* n° 481 et 491.

²⁷⁰³ Au contraire, passer par une véritable représentation supposerait de veiller à ce que l'auteur aura été valablement investi de pouvoirs qu'il n'aura ni outrepassés ni détournés de leur destination, ce qui pourrait empêcher de retenir la responsabilité des organes ou représentants de fait de la personne morale, limitant ainsi les possibilités d'engagement de leur responsabilité. Comp. à cet égard, C. DONNADIEU-FORNAROLI, *op. cit.*, n° 655, N. RIAS, *op. cit.*, n° 69, et J.-Ch. SAINT-PAU, art. *cit.*, et « L'évolution de la responsabilité des personnes morales : d'une responsabilité par représentation à une responsabilité sans représentation », préc.

²⁷⁰⁴ Sur la question, v. not. R. DEMOGUE, *Traité des obligations*, t. 3, Sirey, 1925, n° 330 et s. et 344, Ph. LE TOURNEAU *et alii*, *op. cit.*, n° 3983 et s., et spéc. n° 4096 et s., N. MATHEY, art. *cit.*, n° 74 et s., N. STONESTREET, *op. cit.*, n° 314, et M. STORCK, *op. cit.*, n° 268.

²⁷⁰⁵ V. Ch. mixte, 26 mars 1971 : *Bull. civ.*, n° 6, et Civ. 3, 6 janv. 1999 : *RTD Civ.*, 1999, obs. P. JOURDAIN, p. 403. Rapp. Civ. 1, 18 mai 2004 : *Bull. civ.*, n° 141. Il est jugé de même en matière de représentation d'un groupement non personnalisé. V. ainsi, pour la responsabilité du gérant d'une société en participation, Com., 6 mai 2008 : *D.*, 2008, note B. DONDERO, p. 2113.

²⁷⁰⁶ V. par exemple, Com., 27 avr. 1979 : *D.*, 1980, IR, obs. M. VASSEUR, p. 199. Rapp. Civ. 1, 8 juill. 1986 : *Bull. civ.*, n° 195.

²⁷⁰⁷ V. not. Civ. 1, 23 mai 1977 : *Bull. civ.*, n° 244. La responsabilité est dans ce cas comportementale.

²⁷⁰⁸ V. ainsi Civ. 1, 27 mai 1986 : *Bull. civ.*, n° 134. La responsabilité repose alors sur la fonction de commettant. V. *supra* n° 496 et s.

²⁷⁰⁹ V. ainsi J.-Ch. SAINT-PAU, art. *cit.*

celle du premier serait juridiquement tenue pour celle du second)²⁷¹⁰. C'est ce qui ressort en effet des formules employées par la doctrine selon laquelle les faits des représentants et des organes sont ceux de la personne morale. Aujourd'hui pourtant, ces théories sont totalement rejetées comme purement descriptives et inadaptées à la représentation des personnes naturellement inaptes à vouloir²⁷¹¹. La représentation n'est plus analysée comme une fiction mais comme un mécanisme technique de réalisation des actes juridiques par le biais de la mise en œuvre, fondée sur un pouvoir, des droits subjectifs d'autrui²⁷¹². On ne nie plus l'altérité des personnes juridiques distinctes que sont le représentant et le représenté. Le premier n'est pas le simple messenger du second. Il est partie à l'acte, en ce que sa volonté seule importe²⁷¹³. Quant au représenté, il est également partie, mais seulement en tant que sujet d'imputation dont les droits ont été exercés. Et, que l'on en retienne une conception stricte limitant le domaine de la représentation aux actes juridiques ou même une acception large l'étendant aussi aux faits juridiques, il n'est plus contesté que le représentant et le représenté sont, en fait comme en droit, deux personnes bien distinctes. Le comportement de celui-ci n'est pas l'attitude de celui-là. S'il pouvait être responsable par le biais de la représentation – ce qui n'est pas le cas faute d'utilité de ce mécanisme à cet effet, il ne serait par conséquent pas responsable à titre personnel, pour son comportement, mais bien à raison du fait d'autrui²⁷¹⁴.

Aux inadéquations de la théorie de la représentation dans l'action avec la représentation prise au sens technique du terme, on en vient souvent à répondre qu'il s'agit d'une représentation spéciale²⁷¹⁵. A cela, les pénalistes ajoutent l'argument de l'autonomie du droit pénal²⁷¹⁶, lequel n'explique rien mais permet de tout justifier²⁷¹⁷. Il ne saurait y avoir de meilleur aveu que ce n'est définitivement pas de représentation dont il s'agit ! Et pour cause.

²⁷¹⁰ V. not. en ce sens, F. CHABAS, *op. et loc. cit.*, R. DEMOGUE, *op. cit.*, n° 335, Ph. DIDIER, *op. cit.*, n° 156 et s., C. HARDOUIN-LE GOFF, *art. cit.*, et J.-Ch. SAINT-PAU, « La responsabilité des personnes morales : réalité et fiction », préc.

²⁷¹¹ Sur ces vieilles théories de la représentation et leurs critiques, v. N. MATHEY, *art. cit.*, n° 12 et 36 et s., M. STORCK, *op. cit.*, n° 115 et s., et G. WICKER, *op. cit.*, n° 52.

²⁷¹² En ce sens, v. M. STORCK, *op. cit.*, et G. WICKER, *op. cit.*, n° 56 et s. Pour une autre analyse rejetant néanmoins ces fictions, v. Ph. DIDIER, *op. cit.*

²⁷¹³ V. N. MATHEY, *art. cit.*, n° 40 et s., M. STORCK, *op. cit.*, n° 119, et G. WICKER, *op. cit.*, n° 67 et s.

²⁷¹⁴ C'est ainsi que certains auteurs qui admettent que la représentation peut avoir pour objet un fait juridique ou que la responsabilité des personnes morales est une responsabilité par représentation n'en considèrent pas moins qu'il ne peut s'agir que d'une responsabilité du fait d'autrui, du fait de l'altérité du représentant et du représenté. V. ainsi B. BOULOC, *art. cit.*, R. DEMOGUE, *op. cit.*, n° 337 et 344, qui voit la responsabilité par représentation comme une mise en œuvre de la théorie du risque-profit, J.-F. QUIEVY, *Anthropologie de la personne morale*, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, t. 510, 2009, n° 143 et 172, et M. STORCK, *op. cit.*, n° 257 et s. Rappr. G. RIPERT, *op. et loc. cit.*, A. TEANI, *op. cit.*, n° 267 et s., et 438 et s., et J. TRICOT, « Le droit pénal à l'épreuve de la responsabilité pénale des personnes morales : l'exemple français », *Rev. sc. crim.*, 2012, pp. 19 et s.

²⁷¹⁵ V. par exemple, F. CHABAS, *op. et loc. cit.*, et N. RIAS, *op. cit.*, n° 69, qui en conclut que la représentation ne saurait expliquer la responsabilité civile des personnes morales fondées sur l'article 1382 du Code civil.

²⁷¹⁶ V. par exemple, N. RIAS, *op. et loc. cit.*, et J.-Ch. SAINT-PAU, « La responsabilité des personnes morales : réalité et fiction », préc.

²⁷¹⁷ Comp. E. PALVADEAU, *Le contrat en droit pénal*, préc., n° 16 et s.

En fait de responsabilité par représentation, il semble bien que ce soit de responsabilité par incarnation dont parlent en fin de compte les tenants de cette thèse²⁷¹⁸.

507. L'impossible responsabilité comportementale par incarnation de la personne morale. La théorie de la responsabilité personnelle des personnes morales par incarnation est encore plus répandue que celle qui vient d'être rejetée. En droit français, s'y réfèrent expressément de nombreux civilistes²⁷¹⁹ et pénalistes, parmi lesquels il faut d'ailleurs compter ceux qui, malgré l'utilisation du terme de représentation, justifient en réalité la responsabilité des personnes morales par cette idée²⁷²⁰. Elle est très proche de la thèse anglaise de l'identification²⁷²¹ et se distingue par une durée de vie impressionnante. Cette conception plonge en effet ses racines dans la théorie de l'organe de GIERKE, qui remonte au XIX^e siècle et a été intégrée par les promoteurs de la thèse de la réalité technique que sont MICHOUUD et SALEILLES²⁷²². Elle a, en outre, fait très récemment l'objet d'un vif plaidoyer²⁷²³, à l'occasion duquel le terme d'organe, à connotation biologique, a été remplacé par celui

²⁷¹⁸ V. toutefois, faisant clairement la distinction, F. ROUSSEAU, *op. cit.*, n° 368, et J.-Ch. SAINT-PAU, art. *cit.*

²⁷¹⁹ V. not. Ch. AUBRY et Ch. RAU par N. DEJEAN DE LA BÂTIE, *op. cit.*, n° 27, J.-F. BARBIERI, « Responsabilité de l'entreprise et responsabilité de ses salariés. A la recherche de l'équilibre perdu », *Mél. M. Despax*, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2002, pp. 141 et s., J. CARBONNIER, *op. cit.*, n° 1139, A. COLIN et H. CAPITANT par L. JULLIOT DE LA MORANDIERE, *op. cit.*, n° 122, Ph. LE TOURNEAU *et alii*, *op. cit.*, n° 1372 et s., Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *op. cit.*, n° 40, H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, *op. cit.*, n° 1985, G. RIPERT et J. BOULANGER, *op. et loc. cit.*, et R. SAVATIER, *op. cit.*, n° 207. Rappr. N. BARUCHEL, *La personnalité morale. Éléments pour une théorie*, préc., n° 211 et s.

²⁷²⁰ V. ainsi M. BENEJAT, *op. cit.*, n° 372, F. DESPORTES et F. LE GUNEHEC, *op. et loc. cit.*, E. DREYER, *op. cit.*, n° 1071 et s., et 1121, et art. *cit.*, C. MARIE, « La responsabilité pénale des personnes morales », *La personnalité morale*, Dalloz, coll. Thèmes & commentaires, 2010, pp. 73 et s., D. MAYER, « Essai d'analyse de la responsabilité pénale des personnes morales à partir de la conception fonctionnelle des sociétés commerciales adoptée par Michel Jeantin », *Mél. M. Jeantin*, Dalloz, 1999, pp. 291 et s., R. MERLE, *op. cit.*, p. 281, R. MERLE et A. VITU, *op. cit.*, n° 645, J.-C. PLANQUE, *La détermination de la personne morale pénalement responsable*, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2003, n° 406 et s., et J.-H. ROBERT, *op. cit.*, p. 375 et s. Adde C. MARGAINE, *La capacité pénale*, préc., n° 190 et s., qui se réfère plutôt à la théorie du « *substratum humain* » de DONNEDIEU DE VABRES, laquelle revient plus ou moins à la théorie de l'organe ou de l'incarnation.

²⁷²¹ Sur laquelle v. not. R. LEGEAIS, *Grands systèmes de droit contemporains. Approche comparative*, préc., n° 569, et « Les réponses du droit anglais et du droit allemand aux problèmes de la responsabilité pénale des personnes morales », *Rev. sociétés*, 1993, pp. 371 et s., J.-H. ROBERT, « La responsabilité pénale des personnes morales en droit anglais », *Dr. pénal*, 1995, chron. n° 30, J.-Ch. SAINT-PAU, « L'évolution de la responsabilité des personnes morales : d'une responsabilité par représentation à une responsabilité sans représentation », préc., et V. WESTER-OUISSE, « Responsabilité pénale des personnes morales et dérivés anthropomorphiques », préc. On notera à quel point la thèse anglaise encadre très strictement l'engagement de la responsabilité pénale des personnes morales, comme le rapportent Mme Wester-Ouisse et M. Robert.

²⁷²² L. MICHOUUD, *La théorie de la personnalité morale. Son application au droit français*, t. 1, préc., spéc. n° 59 et s., qui y voit une théorie « beaucoup plus subtile et élégante, plus vraie aussi » que celle de la représentation. Elle lui est surtout plus utile, qui l'autorise à admettre la responsabilité civile, et même pénale des personnes morales (*ibid.*, t. 2, réimpr., L.G.D.J., 2^e éd., 1998, n° 274 et s., et 279 et s.), et R. SALEILLES, *De la personnalité juridique*, préc., qui, s'il parvient à accepter la responsabilité civile des groupements, peine cependant à concevoir leur responsabilité pénale (pp. 638 et s.).

²⁷²³ J.-F. QUIEVY, *op. cit.*, spéc. n° 111 et s., 157 et s., et 168 et s. Si l'auteur rejette la théorie de l'organe, ce n'est, en effet, que pour ses liens naturels avec la théorie de la réalité organique (n° 183).

d'hypostase, issu, quant à lui, du vocabulaire théologique²⁷²⁴. Son succès est aisé à comprendre. La thèse est simple, d'abord, puisqu'elle consiste à dire que l'organe est une partie de ce corps plus grand qu'est la personne morale ou que l'hypostase lui donne chair pour justifier que tout ce qui est fait par la personne physique qui en est le support nécessaire est, en vérité, le fait du groupement. Elle est pratique ensuite, qui permet, sans s'embarasser des limites techniques de la représentation, l'attribution de n'importe quelle forme d'activité juridique à ce dernier, acte et fait²⁷²⁵. Mais, à l'examen, cette thèse paraît surtout très critiquable.

Sans même s'arrêter au lien de filiation qui l'unit à la théorie douteuse de la réalité organique²⁷²⁶, il suffit de relever que la théorie de l'organe et ses variations reposent exclusivement sur des fictions²⁷²⁷, comme l'admettent d'ailleurs certains de ceux qui en font usage²⁷²⁸. Elles sont purement descriptives et inaptées à expliquer la raison et le mécanisme qui permettraient une telle fusion ou un tel effacement de personnes juridiques différentes. L'activité juridique de la personne morale suppose l'intervention de deux personnes juridiques au moins – le groupement et les personnes physiques agissant pour son compte – qu'il n'est pas possible de confondre et dont on ne peut faire abstraction, à peine de heurter la réalité matérielle et juridique. Il ne suffit pas d'affirmer sans démonstration que le comportement de l'un revient à celui de l'autre. En cela, cette conception est donc insuffisante. Mais elle est également inutile, en ce qu'elle découle surtout de l'inaptitude de la doctrine à expliquer l'attribution de faits juridiques à une autre personne qu'à son auteur. Ou alors de son refus de le faire sur un autre fondement que celui de la responsabilité du fait personnel... Car d'un point de vue technique, la théorie de l'organe n'est pas seulement insatisfaisante. Elle est aussi tout sauf nécessaire. Au regard des actes juridiques en effet, l'organe ne joue pas d'autre rôle que celui d'un représentant, ce à quoi il se résume

²⁷²⁴ Le terme désigne chacune des trois personnes divines, considérées comme distinctes les unes des autres malgré leur incarnation en un corps unique. En droit, il s'agit de dire que l'organe ou le représentant est un seul corps dans lequel s'incarne plusieurs personnes : la personne morale et lui-même, comme personne physique.

²⁷²⁵ C'est d'ailleurs précisément l'objectif des tenants de cette conception. V. en ce sens, L. MICHOU, *op. cit.*, t. 1, n° 61, et N. STONESTREET, *op. cit.*, n° 295. Comp. F. GREAU, *art. cit.*, et J.-F. QUIEVY, *op. cit.*, n° 171 et s.

²⁷²⁶ Sur laquelle, v. *infra* n° 509, note 2750.

²⁷²⁷ En ce sens, v. not. A. BORIES, « La responsabilité civile des personnes morales », *RRJ*, 2006, pp. 1329 et s., Ch. EISENMANN, « Sur le degré d'originalité du régime de la responsabilité extra-contractuelle des personnes (collectivités) publiques », *JCP*, 1949, I, 751, M. PUECH, *op. cit.*, n° 86 et s., N. RIAS, *op. cit.*, n° 100, J.-Ch. SAINT-PAU, « La responsabilité des personnes morales : réalité et fiction », préc., B. STARCK, *op. cit.*, p. 252 et s., B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *op. cit.*, n° 394, N. STONESTREET, *op. cit.*, n° 295 et s., A. TEANI, *op. cit.*, n° 240 et 432 et s., J. TRICOT, *art. cit.*, et G. WICKER, *art. cit.*, n° 76, et « La théorie de la personnalité morale depuis la thèse de Bruno Oppetit », préc. Rapp. Ph. BRUN, *op. et loc. cit.*, et J.-Ch. PAGNUCCO, *L'action sociale ut singuli et ut universi en droit des groupements*, L.G.D.J./Fondation Varenne, coll. des Thèses, vol. 4, 2006, n° 135 et s.

²⁷²⁸ V. ainsi Ph. LE TOURNEAU *et alii*, *op. cit.*, n° 1378 et 6711, qui reproche « un irréalisme prononcé » à cette conception, qui n'est pour lui « qu'un pis-aller d'un singulier anthropomorphisme », C. MARGAINE, *op. cit.*, n° 191, R. MERLE et A. VITU, *op. et loc. cit.*, qui ne l'admettent que pour sauver les principes du droit pénal général, et, ce qui est étonnant étant donné la ferveur avec laquelle l'auteur défend la théorie de l'incarnation, J.-F. QUIEVY, *op. cit.*, n° 170.

finalement²⁷²⁹. Quant aux faits juridiques illicites, la représentation n'étant pas applicable, il suffit de se référer à la notion de responsabilité fonctionnelle fondée sur la direction d'autrui. Techniquement toujours, elle est en outre inadaptée, en ce qu'elle ne permet pas d'expliquer le cumul éventuel des responsabilités respectives de la personne morale et de la personne physique²⁷³⁰. Ce n'est donc qu'au point de vue politique que cette théorie présente un avantage, puisqu'elle permet de maquiller, en matière de responsabilité, la réalité d'un rapport à trois personnes – victime, auteur et responsable du fait d'autrui – en une fiction de responsabilité comportementale. Cependant, faire semblant ne change rien à ce qui est, et une thèse ne reposant que sur une fiction sans apport ne saurait être admise.

Dès lors, si l'on refuse l'idée d'une responsabilité fonctionnelle des personnes morales, il faut aller plus loin. Ce que d'aucuns ont tenté de faire en défendant l'idée d'une responsabilité comportementale directe des personnes morales.

β- L'impossible responsabilité comportementale directe de la personne morale

508. Responsabilité des personnes morales par présomption de commission de l'infraction par un organe ou un représentant. L'avantage que présenterait une responsabilité directe des personnes morales est indéniable. D'un point de vue matériel d'une part, cela permettrait de lutter contre la criminalité anonyme et opaque susceptible de naître au sein des entreprises, empêchant par là même que le groupement y trouve un refuge lui garantissant l'impunité²⁷³¹. D'un point de vue juridique d'autre part, certains pénalistes invoquent le fait que cela donnerait une véritable utilité à une institution qui perd de son intérêt du fait de l'exigence d'une infraction commise par les organes ou représentants de la

²⁷²⁹ V. not. S. ASCENCIO, « Le dirigeant de société, un mandataire "spécial" d'intérêt commun », *Rev. sociétés*, 2000, pp. 683 et s., et G. WICKER, *Personne morale*, préc., n° 33 et s., et 76.

²⁷³⁰ V. not. A. BENABENT, *op. cit.*, n° 588, A. BORIES, *art. cit.*, J.-Ch. SAINT-PAU, *art. cit.*, N. STONESTREET, *op. cit.*, n° 299, A. TEANI, *op. cit.*, n° 441 et s., et G. WICKER, *art. cit.*, n° 76. Rapp. Ph. CONTE, *art. cit.*, et G. VINEY, *op. cit.*, n° 24. V. cependant, MICHOUD, qui explique qu'il faut distinguer la faute personnelle de la faute fonctionnelle (*op. cit.*, t. 1, n° 63. Rapp. J.-F. BARBIERI, *art. cit.*), ce qui ne justifie pas le cumul, dès lors que l'on ne saurait être à la fois dans et hors de la fonction d'organe. Il fonde encore la solution sur le caractère purement légal de l'attribution de la volonté de l'organe personne physique à la personne morale. Par conséquent, celle-ci demeurerait encore, en fait, la volonté de la personne physique qui pourrait donc naturellement se la voir imputer (*op. cit.*, t. 2, n° 276). Cette argumentation se rapproche de celle de M. Quiévy qui n'y voit qu'une suite naturelle de l'application de son concept d'hypostase en vertu duquel le dirigeant contiendrait en son corps deux personnes, la sienne et la personne morale (*op. cit.*, n° 213). En plus de ne pas expliquer l'immunité de responsabilité civile des dirigeants sociaux (sur laquelle, v. *infra* n° 515), c'est autrement dire qu'il y a bien deux personnes distinctes et priver de toute solidité et de toute utilité la théorie de l'incarnation...

²⁷³¹ La difficulté d'atteindre parfois les personnes physiques a d'ailleurs été l'un des arguments ayant motivé l'introduction de la responsabilité des personnes morales. V. ainsi, R. BERNARDINI, *op. cit.*, n° 116, J. PRADEL, *op. cit.*, n° 535, M.-L. RASSAT, *op. cit.*, n° 409, J.-Ch. SAINT-PAU, « L'évolution de la responsabilité des personnes morales : d'une responsabilité par représentation à une responsabilité sans représentation », préc., J. TRICOT, *art. cit.*, et G. VINEY, « Conclusions », *Rev. sociétés*, 1993, pp. 382 et s. Adde A. NIETO MARTIN, « Eléments pour un droit international pénal de l'environnement », préc. V. déjà, A. COLIN et H. CAPITANT par L. JULLIOT DE LA MORANDIERE, *op. cit.*, n° 1121 et R. SALEILLES, *op. cit.*, p. 320.

personne morale²⁷³². En effet, s'il faut caractériser un tel comportement chez une personne physique préalablement à l'engagement de la responsabilité pénale du groupement, à quoi sert-elle alors puisqu'il est déjà possible de frapper l'être humain ? L'évolution du droit positif en général, et celle de la jurisprudence pénale en particulier, reste, pourtant, assez timorée sur ce terrain.

Après avoir, dans un premier temps, rappelé très fermement que l'ensemble des éléments constitutifs de l'infraction devaient être caractérisés dans la personne physique ayant qualité d'organe ou de représentant²⁷³³, elle a fini par assouplir sa position. Aujourd'hui, elle admet l'engagement de la responsabilité pénale d'une personne morale malgré la non-identification de la personne physique, et ce, dès lors qu'il apparaît évident que l'infraction n'a pu être commise que par un organe ou un représentant agissant pour le compte du responsable²⁷³⁴. La Chambre criminelle se fonde donc sur un faisceau d'indices, tirés de la nature de l'infraction accomplie et des circonstances de sa commission, pour présumer qu'elle l'a été par une personne physique remplissant les conditions de l'article 121-2 du Code pénal.

Cette solution, réitérée²⁷³⁵, semble pouvoir être approuvée. En réalité, cette présomption de commission d'une infraction par une personne physique agissant à titre d'organe ou de représentant pour le compte de la personne morale n'a rien de choquant et est tout à fait banale. Il s'agit d'une présomption du fait de l'homme, régulièrement réfragable. L'indifférence de la détermination de l'identité des participants n'est d'ailleurs pas une nouveauté, qui est pratiquée pour l'engagement de la responsabilité de personnes physiques²⁷³⁶. De même, déduire l'intention de commettre les faits de leur matérialité est une pratique judiciaire courante²⁷³⁷. Reste toutefois qu'il n'est pas question alors d'une responsabilité directe du groupement mais seulement d'un procédé probatoire facilitant l'engagement de sa responsabilité indirecte qui, on vient de le démontrer, ne peut être comportementale.

²⁷³² V. P.-J. DELAGE, « Brèves propositions pour une effectivité de la responsabilité pénale des personnes morales », *Dr. pénal*, 2005, Etude n° 2, J.-Y. MARECHAL, « Plaidoyer pour une responsabilité pénale directe des personnes morales », *JCP*, 2009, 249, et J. TRICOT, art. *cit.*

²⁷³³ V. not. Crim., 2 déc. 1997 : *JCP*, E, 1998, note Ph. SALVAGE, p. 948, Crim., 18 janv. 2000 : *D.*, 2000, comm., note J.-Ch. SAINT-PAU, p. 636, et Crim., 29 avr. 2003 : *D.*, 2004, comm., note J.-Ch. SAINT-PAU, p. 167.

²⁷³⁴ Crim., 20 juin 2006 : *Bull. crim.*, n° 188 ; *D.*, 2007, chron., note J.-Ch. SAINT-PAU, p. 617 ; *JCP*, II, 10199, note E. DREYER ; et *Rev. sc. crim.*, 2006, obs. Y. MAYAUD, p. 825. *Adde* not. sur la question, M. BENEJAT, *op. cit.*, n° 392, E. FORTIS, art. *cit.*, C. MARIE, art. *cit.*, X. PIN, *op. cit.*, n° 305, F. ROUSSEAU, art. *cit.*, L. SAENKO, « De l'imputation par amputation ou le mode allégé d'engagement de la responsabilité pénale des personnes morales », *Dr. pénal*, 2009, Etude n° 14, J.-Ch. SAINT-PAU, art. *cit.*, « La responsabilité des personnes morales : réalité et fiction », préc., et « L'insécurité juridique dans la détermination du responsable en droit pénal de l'entreprise », préc., et J. TRICOT, art. *cit.*

²⁷³⁵ V. not. Crim., 26 juin 2007 : *Dr. pénal*, 2007, comm. n° 135, obs. M. VERON ; et *RPDP*, 2007, obs. Ph. BONFILS, p. 879, et Crim., 25 juin 2008 : *JCP*, 2009, 111, obs. A. MARON, J.-H. ROBERT et M. VERON ; *Rev. sc. crim.*, 2009, obs. E. FORTIS, p. 89 ; et *RPDP*, 2009, obs. B. DE LAMY, p. 173.

²⁷³⁶ V. J.-Ch. SAINT-PAU, « La responsabilité des personnes morales : réalité et fiction », préc.

²⁷³⁷ V. *supra* n° 217.

509. Thèse de la responsabilité pour faute diffuse des personnes morales : données du problème. Une véritable responsabilité comportementale directe des groupements suppose qu'on puisse attribuer à une personne morale un fait qui lui est propre, sans passer par le truchement du comportement d'une personne physique agissant pour son compte. La question a été particulièrement étudiée par une certaine part de la doctrine qui a pu déterminer les hypothèses que pourrait recouvrir une telle responsabilité. Il s'agit des cas où un fait générateur de responsabilité est constitué par un dommage ou un risque résultant d'un défaut d'organisation ou d'un mauvais fonctionnement de la personne morale du fait, par exemple, de sa politique générale ou d'une répartition inopportune du pouvoir ou des fonctions en son sein²⁷³⁸. De telles situations ne peuvent pas être facilement attribuées à une personne physique déterminée mais il serait possible et souhaitable de les imputer au groupement lui-même. C'est ce qui a été appelé la question de la faute diffuse de la personne morale²⁷³⁹.

Si la doctrine y paraît assez favorable, la Cour de cassation l'est bien moins. Il est vrai, la solution est acquise depuis longtemps en matière civile où il semble que responsabilités indirecte et directe aient été simultanément admises sur le fondement de l'article 1382 du Code civil²⁷⁴⁰, mais il n'en est pas de même en droit pénal. Un arrêt du 9 mars 2010, engageant la responsabilité d'un centre hospitalier universitaire sur le fondement d'une désorganisation des services, et ce, sans évoquer l'intervention d'un organe ou d'un représentant ayant agi pour son compte, avait fait croire que la Chambre criminelle allait consacrer cette thèse²⁷⁴¹. Mais ses défenseurs déchantèrent rapidement, trois arrêts récents du 11 octobre 2011, du 11 avril 2012 et du 2 octobre 2012 semblant la condamner définitivement²⁷⁴². Désormais, sous la réserve des règles de preuve établie par la

²⁷³⁸ V. not. M. BENEJAT, *op. cit.*, n° 390 et s., DELAGE, art. *cit.*, J.-Y. MARECHAL, art. *cit.*, C. MARIE, art. *cit.*, F. ROUSSEAU, *op. cit.*, n° 381, J.-Ch. SAINT-PAU, art. *cit.*, « La responsabilité des personnes morales : réalité et fiction », préc., « La faute diffuse de la personne morale », note sous Crim., 29 avr. 2003, *D.*, 2004, comm., pp. 167 et s., « L'évolution de la responsabilité des personnes morales : d'une responsabilité par représentation à une responsabilité sans représentation », préc., « La présomption d'imputation d'une infraction aux organes ou représentants d'une personne morale », note sous Crim., 20 juin 2006, préc., et « La responsabilité pénale des personnes morales sans représentation », note sous Crim., 22 févr. 2011, *Gaz. Pal.*, 30-31 mars 2011, p. 8. Rapp. J.-C. PLANQUE, *op. cit.*, n° 588 et s., M.-L. RASSAT, *op. cit.*, n° 410. La théorie existe d'ailleurs, sous une certaine forme, en droit anglais à travers l'institution de la *strict liability*, responsabilité objective sans culpabilité. V. sur la question R. LEGEAIS, art. *cit.*

²⁷³⁹ J.-Ch. SAINT-PAU, articles précités.

²⁷⁴⁰ V. par exemple, Civ. 1, 7 juin 1998 : *Bull. civ.*, n° 239, et Civ. 1, 15 déc. 1999 : *JCP*, 2000, II, 10384, note G. MEMETEAU. *Adde* Ph. LE TOURNEAU *et alii*, *op. cit.*, n° 1373, Ph. Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *op. et loc. cit.*, G. VINEY, *op. cit.*, n° 417 et s., et G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. cit.*, n° 854. En droit prospectif, il semble question de pérenniser la solution. V. à cet égard, l'article 1353 de l'avant-projet Catala, préc., et l'article 7, alinéa 1, du projet de réforme proposé par l'Académie des sciences morales et politiques, publié in *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, préc.

²⁷⁴¹ Crim., 9 mars 2010 : *D.*, 2010, comm., note J.-Y. MARECHAL, p. 2135 ; et *RPDP*, 2011, obs. P. MISTRETTA, p. 215. *Adde* Crim., 22 févr. 2011 : *Gaz. Pal.*, 30-31 mars 2011, note J.-Ch. SAINT-PAU, p. 8 ; et *JCP*, 2011, 1176, obs. A. MARON, J.-H. ROBERT et M. VERON.

²⁷⁴² Crim., 11 oct. 2011 : *D.*, 2011, p. 2600, obs. M. BOMBLED ; *Rev. sc. crim.*, 2011, obs. Y. MAYAUD, p. 825 ; et *RPDP*, 2012, obs. B. DE LAMY et M. SEGONDS, p. 405, Crim., 11 avr. 2012 : *JCP*, 2012, 740, note J.-H. ROBERT, selon qui, toutefois, cette jurisprudence ne tend qu'à exclure les salariés délégataires de la catégorie des représentants d'une personne morale ; *Rev. sc. crim.*, 2012, obs. A. CERF-HOLLENDER, p. 377 ; et *RPDP*, 2012, obs. B. DE LAMY et M. SEGONDS, p. 405, et Crim., 2 oct. 2012 : *D.*, 2012, p. 2605.

jurisprudence, il faut donc s'assurer qu'une infraction a bien été commise par les organes ou les représentants de la personne morale que l'on entend voir condamner. Sa faute diffuse ne suffira pas. Si cette jurisprudence doit être accueillie favorablement en raison de sa conformité à l'article 121-2 du Code pénal, qui pose très clairement cette exigence de l'intervention d'une personne physique²⁷⁴³, elle ne suffit pas à condamner définitivement la théorie de la responsabilité comportementale directe des personnes morales. Un auteur a d'ailleurs suggéré de la fonder sur l'article 121-1 relatif à la responsabilité du fait personnel, qui deviendrait alors le siège d'une responsabilité pénale sans représentation des groupements²⁷⁴⁴. La seule question pertinente à poser semble donc être la suivante : une personne morale peut-elle se rendre auteur d'un fait générateur de responsabilité sans l'intervention d'une personne physique agissant pour son compte ?

Répondre à cette question suppose, au préalable, de procéder à quelques rappels sur la personnalité juridique en général, et sur la personnalité morale en particulier. Certes, la théorie de la fiction a été abandonnée²⁷⁴⁵ au profit de celle de la réalité technique²⁷⁴⁶, et ce, depuis le célèbre arrêt du 28 janvier 1954 relatif aux comités d'établissement²⁷⁴⁷. Encore faut-il toutefois bien mesurer la portée de cette évolution du droit positif en gardant bien en tête les enseignements de cette dernière théorie. En premier lieu, il faut noter que cet arrêt ne reconnaît pas un "droit naturel" des groupements à la personnalité juridique. Celle-ci, comme construction juridique permettant d'attribuer à une entité tirée du donné l'aptitude à être sujet de prérogatives et de charges juridiques, est toujours octroyée par le droit objectif, soit par le

²⁷⁴³ En ce sens, v. B. DE LAMY et M. SEGONDS, note sous Crim., 11 oct. 2011 et Crim., 11 avr. 2012, *RPDP*, 2012, pp. 405 et s., J.-Y. MARECHAL, « Un pas de plus vers la responsabilité pénale directe des personnes morales », note sous Crim., 9 mars 2010, préc., et N. STONESTREET, *op. cit.*, n° 364.

²⁷⁴⁴ J.-Ch. SAINT-PAU, « L'évolution de la responsabilité des personnes morales : d'une responsabilité par représentation à une responsabilité sans représentation », préc., et « La présomption d'imputation d'une infraction aux organes ou représentants d'une personne morale », note sous Crim., 20 juin 2006, préc.

²⁷⁴⁵ La théorie de la fiction conserve encore quelques adeptes. V. ainsi, Ph. LE TOURNEAU *et alii*, *op. cit.*, n° 1378, J.-F. QUIEVY, *op. cit.*, n° 181 et s., A. SERIAUX, *op. cit.*, n° 132, et V. WESTER-OUISSE, « Dérives anthropomorphique de la personnalité morale : ascendances et influences », préc. Sur cette théorie, v. not. N. BARUCHEL, *op. cit.*, n° 34 et s., L. MICHOD, *op. cit.*, t. 1, n° 6 et s., J.-Ch. PAGNUCCO, *op. cit.*, n° 133 et s., R. SALEILLES, *op. cit.*, pp. 309 et s., et 360 et s., et G. WICKER, *op. cit.*, n° 205 et s., et *Personne morale*, préc., n° 9.

²⁷⁴⁶ Sur laquelle v. N. BARUCHEL, *op. cit.*, n° 58 et s., qui tente finalement d'en livrer une conception améliorée (*ibid.*, n° 453 et s., et 677), L. MICHOD, *op. cit.*, t. 1, n° 45, et t. 2, J.-Ch. PAGNUCCO, *op. cit.*, n° 140 et s., R. SALEILLES, *op. cit.*, pp. 567 et s., et 626 et s., et G. WICKER, *op. cit.*, n° 215 et s., art. *cit.*, n° 11, et « La théorie de la personnalité morale depuis la thèse de Bruno Oppetit », préc. Comp. F. GENY, *op. cit.*, t. 3, n° 224. Selon certains auteurs, l'évolution législative, renforçant le développement d'un droit spécial des personnes morales au détriment d'un droit général de la personnalité morale, témoignerait néanmoins d'un déclin, sinon d'un abandon de la réalité technique, au profit de la fiction. V. en ce sens, E. GAILLARD, *op. cit.*, n° 270 et s., J. PAILLUSSEAU, « Le droit moderne de la personnalité morale », *RTD Civ.*, 1993, pp. 705 et s., et J.-F. QUIEVY, *op. cit.*, n° 3. Rapp. N. BARUCHEL, *op. cit.*, n° 97 et s., 160 et s., et 411 et s. Mais, cela revient à confondre la question de l'attribution de la personnalité juridique, qui est toujours le fait du législateur, et celle de la nature, réelle ou fictive, des personnes morales.

²⁷⁴⁷ Civ., 28 janv. 1954 : *D.*, 1954, note G. LEVASSEUR, p. 217 ; et *JCP*, 1954, II, 7978, concl. LEMOINE. La solution a été réaffirmée depuis, not. par Soc., 23 janv. 1990 (comités de groupe) : *Dr. social*, 1990, note J. SAVATIER, p. 322 ; et *Rev. sociétés*, 1990, note T. VATINET, p. 444, Soc., 17 avr. 1991 (comités d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail) : *JCP*, 1992, II, 21856, note H. BLAISE, et Basse-Terre, 6 nov. 1995 (copropriété quiritaire) : *Petites affiches*, 2 juill. 1997, note B. SOINNE, p. 16.

législateur. Cela est d'ailleurs le cas pour les personnes morales aussi bien que pour les personnes physiques²⁷⁴⁸. Ce que reconnaît la Cour de cassation, c'est, en l'absence de reconnaissance ou de dénégation légale explicite de la personnalité juridique d'un groupement, la possibilité pour les juges d'interpréter la volonté implicite du législateur. Ils constateront que le groupement en est doté ou non, selon qu'il est ou non « *pourvu d'une possibilité d'expression collective pour la défense d'intérêts licites dignes, par suite, d'être juridiquement protégés* »²⁷⁴⁹. En second lieu, dire que les personnes morales sont de vraies personnes juridiques, pour les tenants de la réalité technique, signifie seulement que la personnalité morale est une personnalité juridique de même nature que la personnalité physique. Dénonçant les théories antérieures, qui reposaient sur une double confusion métaphysique entre personnes juridiques et personnes humaines d'une part, et personnes juridiques et personnes physiques d'autre part, MICHOUUD et ses adeptes se sont placés sur le seul terrain technique juridique. A la différence de la théorie de la réalité organique²⁷⁵⁰, il ne s'agit pas de dire que les personnes morales sont aussi réelles, en fait, que des personnes humaines dont elles partageraient tous les attributs mais d'affirmer que leur personnalité juridique est, en droit, identiques à celle des personnes physiques. En bref, les personnes morales ont une réelle personnalité juridique, construite, mais ne sont certainement pas, en fait, de véritables individus. Cela reste le propre de l'espèce humaine²⁷⁵¹.

²⁷⁴⁸ V. not. J.-Ch. SAINT-PAU, « La responsabilité des personnes morales : réalité et fiction », préc., et G. WICKER, *op. cit.*, n° 175 et s., et *Personne morale*, préc., n° 9. *Contra* v. not. SALEILLES, *op. cit.*, pp. 626 et s., qui estime que la reconnaissance d'une personnalité juridique par l'Etat n'est toujours que déclarative et jamais constitutive.

²⁷⁴⁹ L'arrêt précise en effet par la suite que « *si le législateur a le pouvoir (...) de priver de la personnalité civile telle catégorie déterminée de groupements, il en reconnaît, au contraire, implicitement mais nécessairement l'existence en faveur d'organismes créés par la loi elle-même avec mission de gérer certains intérêts collectifs* ». Sur cette question, v. not. S. BROS, « La quasi-personnalité morale », *La personnalité morale*, préc., pp. 49 et s., J.-Ch. SAINT-PAU, *art. cit.*, et G. WICKER, *op. cit.*, n° 220 et s., *art. cit.*, n° 11 et s., et « La théorie de la personnalité morale depuis la thèse de Bruno Oppetit », préc. Comp. J. PAILLUSSEAU, *art. cit.*

²⁷⁵⁰ Sur cette théorie, ainsi que sur ses variantes (réalité psychologique, réalité sociologique), v. spéc. N. BARUCHEL, *op. cit.*, n° 48 et s., L. MICHOUUD, *op. cit.*, t. 1, n° 33 et s., J.-Ch. PAGNUCCO, *op. cit.*, n° 135 et s., R. SALEILLES, *op. cit.*, pp. 520 et s., et G. WICKER, *op. cit.*, n° 212 et s., et *art. cit.* La théorie de la réalité biologique, comme point culminant de la confusion des personnes humaines et des personnes juridiques, est à la source de toutes les dérives anthropomorphiques de la théorie de la personnalité morale qui demeurent encore aujourd'hui. Cette tendance est, de surcroît, entretenue par le discours économique dominant, qui vient du patronat et du monde des affaires et selon lequel la survie de l'entreprise, entité vivante, appelle certaines mesures inévitables (licenciements massifs, délocalisations, OPA, etc.). V. sur ces questions, V. WESTER-OUISSE, *art. cit.*, « Responsabilité pénale des personnes morales et dérives anthropomorphiques », préc., et « La jurisprudence et les personnes morales. Du propre de l'homme aux droits de l'homme », préc. Présentées comme indispensables, elles ne sauraient donc être reprochées aux dirigeants qui se trouvent, dès lors, totalement mis hors de cause. Il est frappant de constater combien cette déresponsabilisation est précisément l'un des objectifs et l'une des évolutions du droit de la responsabilité des personnes morales. V. *infra* n° 517 et s. Ce n'est pas la moindre des tares de cette thèse et de sa descendance, qui reposent en outre sur des sources extrajuridiques plus que douteuses (v. V. WESTER-OUISSE, « Dérives anthropomorphique de la personnalité morale : ascendances et influences », préc.). En définitive, le mieux qui a été écrit sur cette théorie l'a été par STARCK : « *elle appartient beaucoup plus à l'anatomie et à la biologie qu'au droit et nous ne nous reconnaissons aucune compétence dans ces sciences, ce qui nous interdit de la commenter* » (*op. cit.*, p. 252).

²⁷⁵¹ Mais il ne faut pas en déduire que, matériellement, le groupement n'est rien. L'activité convergente d'une multitude d'hommes est une réalité matérielle et sociale indéniable. Reste que cette réalité n'est pas une personne humaine.

Fort de ces éléments, il apparaît désormais possible de répondre à la question de la responsabilité comportementale directe des personnes morales.

510. Contestation de la thèse de la responsabilité pour faute diffuse des personnes morales : résolution du problème. Une telle responsabilité comportementale se révèle impossible à admettre. En effet, le fait générateur de responsabilité, pour être personnel à un sujet de droit, doit être le produit de sa propre activité matérielle – c'est son comportement anormal qui doit être à l'origine de la lésion ou du risque constitutif du résultat légal –, voire psychologique – c'est en son cerveau que doit avoir éclos la volonté nécessaire à la culpabilité requise en matière pénale. Or, simple réalité juridique, la personne morale n'a accès qu'au commerce juridique. Faute d'être, en fait, une personne, elle ne peut se mouvoir par elle-même dans le monde sensible. L'idée peut être poussée plus loin par la démonstration détaillée de l'impossibilité d'une culpabilité personnelle de la personne morale, ainsi que du caractère inconcevable d'une activité matérielle autonome des groupements.

Concernant la culpabilité en premier lieu, il faut commencer par rappeler que celle-ci suppose, à tout le moins, la volonté de l'acte accompli. En toute logique, cette dernière implique elle-même certaines aptitudes volitives (capacité à jouir et à exercer sa volonté) et cognitives (discernement matériel appliqué à l'acte)²⁷⁵². Dès lors, pour admettre qu'une personne morale puisse se rendre coupable d'une faute véritable, intentionnelle ou non, il est donc nécessaire de lui reconnaître de telles aptitudes. Une part importante de la doctrine considère à ce titre que les groupements sont doués d'une volonté propre, collective, et indépendante de celle de ses membres²⁷⁵³. Une telle conception peut se comprendre qui semble conforme aux enseignements de la théorie de la réalité technique, à laquelle MICHOUUD et SALEILLES ont malheureusement intégrée celle de l'organe. Il ne s'agit certes pas pour eux de dire, comme les tenants des théories de la réalité organique ou psychosociologique, que les personnes morales auraient une volonté réelle, de nature psychologique, qui naîtrait à partir d'un "système cérébral" composé des cellules que seraient leurs organes ou d'une sorte de conscience et de volonté collectives émanant des membres du groupe. Ces auteurs parlent plutôt d'une volonté légalement attribuée à la personne morale, à partir de la synthèse de celles exprimées par les individus aptes à parler en son nom²⁷⁵⁴. On

²⁷⁵² V. *supra* n° 382 et s.

²⁷⁵³ V. not. M. BENEJAT, *op. cit.*, n° 372 et 391, P.-J. DELAGE, art. *cit.*, F. DESPORTES et F. LE GUNEHÉC, *op. cit.*, n° 573, E. DREYER, *op. cit.*, n° 1071, H. DUMONT, « Criminalité collective et impunité des principaux responsables : est-ce la faute du droit pénal ? Introduction : un état de la question », *Rev. sc. crim.*, 2012, pp. 3 et s., qui semble se rattacher à la théorie de la réalité sociologique des personnes morales, C. MARGAINE, *op. cit.*, n° 193, qui estime cependant que les personnes morales sont privées d'intelligence et de discernement (*ibid.*, n° 187 et s., et 326 et s.), Y. MAYAUD, *op. cit.*, n° 340, et « La volonté à la lumière du nouveau Code pénal », *préc.*, H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, *op. cit.*, n° 1985, R. MERLE, *op. cit.*, p. 279, R. MERLE et A. VITU, *op. cit.*, n° 638, J.-C. PLANQUE, *op. cit.*, n° 358 et s., H. PY-LEBRUN, *op. cit.*, n° 463, M.-L. RASSSAT, *op. cit.*, n° 405 et s., F. ROUSSEAU, *op. cit.*, n° 372 et s., N. RIAS, *op. cit.*, n° 37 et s., et 79, R. SALEILLES, *op. cit.*, pp. 524 et s., et R. SAVATIER, *op. cit.*, n° 207.

²⁷⁵⁴ V. L. MICHOUUD, *op. cit.*, t. 1, n° 54, et t. 2, n° 274. Rapp. R. SALEILLES, *op. cit.*, pp. 640 et s.

compare ainsi à la formation de la volonté individuelle, faite des hésitations et de la réflexion d'un être humain, celle de la volonté collective, issue des débats opposant les membres de ses organes délibérants jusqu'à l'adoption d'une décision approuvée selon les règles statutaires. Un auteur a ainsi pu en conclure qu'« aucune raison juridiquement valable ne fait obstacle à ce qu'une personne morale puisse être dotée d'une intelligence et d'une volonté propre »²⁷⁵⁵. S'y opposent très vivement, en revanche, les sciences de la vie qui enseignent qu'en fait de volonté, un insecte est bien mieux doté qu'un syndicat ou qu'un Etat. Une telle conception reste dès lors impropre à emporter la conviction. D'une part, elle est purement descriptive et ne saurait être regardée autrement que comme une métaphore à la saveur animiste. On voit mal comment plusieurs volontés individuelles pourraient se changer en une volonté synthétique propre à un groupement dénué de cerveau, de neurones et de nerfs. La technique juridique ne peut pas l'expliquer. Seul un miracle pourrait le permettre. En vérité, ce qui se passe semble beaucoup plus simple. Des volontés individuelles sont émises une première fois, aboutissant à la prise d'une décision par les personnes physiques habilitées selon les formes prévues par l'acte constitutif du groupement ou des actes juridiques pris en application de ce dernier. Celle-ci vise à déterminer la direction générale ou spéciale à donner à l'activité de la personne morale conformément à son intérêt tel qu'il résulte du but et de l'objet sociaux²⁷⁵⁶. Puis, une ou plusieurs volontés individuelles interviennent, une seconde fois, pour mettre en œuvre cette décision par l'accomplissement d'actes ou de faits juridiques que l'on imputera alors, par le biais de techniques adaptées, au groupement. A aucun moment, il n'est question de volonté collective distincte de la simple rencontre de volontés individuelles. A aucun moment non plus d'ailleurs, cela n'apparaît nécessaire. Car, d'autre part, une telle volonté serait inutile. Elle l'est, tout d'abord, à l'existence d'une personne morale, parce que ce n'est pas la volonté qui fonde l'attribution de la personnalité juridique mais l'existence d'un intérêt autonome et homogène jugé digne de protection par le droit objectif²⁷⁵⁷. On notera d'ailleurs que la Cour de cassation, dans son arrêt de 1954, ne fait mention d'aucune volonté collective

²⁷⁵⁵ N. RIAS, *op. cit.*, n° 38.

²⁷⁵⁶ V. G. WICKER, *op. cit.*, n° 246, et *Personne morale*, préc., n° 28.

²⁷⁵⁷ V. en ce sens, N. BARUCHEL, *op. cit.*, n° 79, 458 et s., 494 et s., et 676, A. BORIES, art. *cit.*, WESTER-OUISSE, art. *cit.*, et G. WICKER, *op. cit.*, n° 185 et s., et 214, art. *cit.*, n° 33 et s., et « La théorie de la personnalité morale depuis la thèse de Bruno Oppetit », préc. Comp. E. GAILLARD, *op. cit.*, n° 309 et s., et M. STORCK, *op. cit.*, n° 29 et s. Plus précisément, l'intérêt de la personne morale consiste en un intérêt licite et suffisamment spécialisé, sélectionné, en cas de personne morale unipersonnelle, parmi ceux de la personne physique constituant une personne morale unipersonnelle. En cas de groupement personnalisé, l'intérêt des membres doit, en outre, être homogène. Sur cette question, v. not. N. BARUCHEL, *op. cit.*, n° 540 et s., E. GAILLARD, *op. cit.*, n° 296, et G. WICKER, *op. cit.*, n° 245 et s., art. *cit.*, et *Personne morale*, n° 26 et s. Rapp. L. MICHOU, *op. cit.*, t. 2, n° 240. La thèse contraire, qui fonde la personnalité juridique sur la volonté, procède d'une double confusion entre personnes humaines et personnes juridiques et entre jouissance et exercice des droits subjectifs, qui aboutit à nier la personnalité juridique des réalités, y compris humaines, dépourvues de de volonté et à multiplier les fictions juridiques pour pallier ce problème. Elle est d'ailleurs entretenue par les principaux défenseurs de la théorie de la réalité technique qui, bien que distinguant les questions de l'existence des personnes juridiques et de l'exercice de leur activité juridique, continuent d'intégrer la volonté dans la définition même du droit subjectif, sous prétexte qu'elle est indispensable à sa mise en œuvre. V. ainsi N. BARUCHEL, *op. cit.*, n° 502, L. MICHOU, *op. cit.*, t. 1, n° 47 et s., et R. SALEILLES, *op. cit.*, pp. 530 et s., et p. 550.

parmi les conditions qu'elle pose à la reconnaissance d'une personne morale. Ensuite, une telle volonté serait également inutile à l'exercice de l'activité du groupement. Tout au contraire, la personne morale est, par sa nature, un incapable d'exercice²⁷⁵⁸, raison pour laquelle sont précisément mis en place des organes et des représentants chargés de mettre en œuvre, dans le monde réel, une activité dont les formes juridiques, actes ou faits, seront attribués au groupement²⁷⁵⁹. Lui imputer directement la volonté qui peut être nécessaire à leur réalisation est donc sans intérêt, sauf s'il s'agit juste de justifier *a posteriori* son engagement contractuel au regard de la théorie de l'autonomie de la volonté ou sa condamnation civile ou pénale pour faute au regard du principe de responsabilité du fait personnel. Mais il ne s'agit plus alors d'une question de technique juridique. Car de ce strict point de vue, la volonté de la personne morale n'existe pas²⁷⁶⁰.

Quant à l'activité matérielle autonome de la personne morale en second lieu, elle pourrait fonder une responsabilité comportementale directe de la personne morale sur le seul fondement d'une anomalie objective causale qui lui serait personnelle. Elle rendrait donc admissible, mais en droit civil uniquement²⁷⁶¹, la responsabilité comportementale de la personne morale. Mais elle est, elle aussi, inconcevable dans la mesure où le groupement, personnalisé dans le seul monde abstrait des constructions juridiques, ne peut absolument pas se passer de l'action des individus. Cela est vrai pour les actes de commission. En revanche, en raison de leur immatérialité, on pourrait croire qu'une omission serait susceptible d'être imputée à une personne morale²⁷⁶². Mais ce serait oublier qu'une abstention anormale consiste avant tout à ne pas faire ce que l'on devait faire et que, lorsque une personne juridique ne peut pas faire par elle-même, c'est dans celle qui est tenue de le faire pour son compte que l'inaction doit être constatée. C'est dire que la personne morale ne peut même pas s'abstenir anormalement sans le concours d'une personne physique. En définitive, la faute diffuse n'est jamais vraiment un fait autonome du seul groupement. Tout défaut de son

²⁷⁵⁸ Considérant que les personnes morales sont frappées d'incapacité d'exercice, v. par exemple, J.-F. QUIEVY, *op. cit.*, n° 147 et 181, et G. WICKER, *art. cit.*, n° 35 et 76. Estimant au contraire qu'elle bénéficie d'une telle capacité mais que celle-ci est mise en œuvre par ses organes, v. not. N. BARUCHEL, *op. cit.*, n° 558 et s.

²⁷⁵⁹ V. spec. G. WICKER, *art. cit.*, n° 34 et s., selon qui « l'exigence d'une représentation organisée de la personne morale se ramène à l'exigence que l'acte constitutif du groupement investisse une volonté du pouvoir d'agir pour son compte et dans son intérêt ». Elle n'implique pas la présence permanente d'un représentant dont le défaut n'affecte que l'exercice par la personne morale de ses prérogatives juridiques et pas son existence même.

²⁷⁶⁰ En ce sens, v. par exemple, R. BERNARDINI, *op. cit.*, n° 117, A. BORIES, *art. cit.*, B. BOULOC, *art. cit.*, J. CARBONNIER, *op. cit.*, n° 1139, A. COLIN et H. CAPITANT par L. JULLIOT DE LA MORANDIERE, *op. cit.*, n° 1121, Ph. CONTE et P. MAITRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, préc., n° 367 et s., M. FAVERO, « Responsabilité pénale des personnes morales et responsabilité des dirigeants : responsabilité alternative ou cumulative ? », *Petites affiches*, 8 déc. 1995, pp. 15 ets., R. GARRAUD, *op. cit.*, n° 257 et s., Ph. LE TOURNEAU *et alii*, *op. cit.*, n° 1378, R. MORTIER, « L'instrumentalisation de la personne morale », *La personnalité morale*, préc., pp. 31 et s., J. ORTOLAN, *Eléments de droit pénal*, t. 1, préc., n° 488 et s., M. PUECH, *op. cit.*, n° 91, J.-F. QUIEVY, *op. cit.*, n° 181, B. STARCK, *op. cit.*, pp. 250 et s., B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *op. cit.*, n° 394, N. STONESTREET, *op. cit.*, n° 280 et s., et 332 et s., A. TEANI, *op. cit.*, n° 400 et s., F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n° 725, et V. WESTER-OUISSSE, articles précités.

²⁷⁶¹ V. *supra* n° 443 et s.

²⁷⁶² V. J.-Y. MARECHAL, *art. cit.*

organisation ou de son fonctionnement n'est finalement dû qu'à une personne humaine intervenu en qualité de fondateur, d'organe, de représentant ou de préposé de ce dernier. On ne peut pas, semble-t-il, isoler d'activité matérielle appartenant à la seule personne morale²⁷⁶³.

De deux choses l'une alors : soit la théorie de la faute diffuse se fonde sur un comportement émanant directement de la personne morale, sans aucune intervention humaine sous-jacente, et alors elle semble méconnaître gravement la réalité matérielle ; soit il s'agit seulement de surmonter des difficultés de preuve ou de permettre l'engagement de la responsabilité du groupement sans que les différents éléments constitutifs d'un fait générateur de responsabilité n'aient à être commis par la même personne physique, et alors elle n'apporte rien. L'article 121-2, en effet, ne semble pas requérir que tous les éléments constitutifs soient réunis sur la tête d'une personne physique unique²⁷⁶⁴. Il vise les « *infractions commises, pour leur compte, par leurs organes ou représentants* », et non par *un* de leurs organes ou représentants. On pourrait donc envisager qu'une personne morale soit pénalement responsable d'une infraction dont les éléments auraient été accomplis, de manière distributive, par plusieurs représentants ou organes différents²⁷⁶⁵. Par ailleurs, quant aux difficultés de preuve, il s'agit d'une fatalité que seule une présomption peut légitimement et banalement résoudre. Et celle élaborée par la chambre criminelle de la Cour de cassation paraît tout à fait satisfaisante. Mais, *dans aucun cas, la responsabilité d'une personne morale, en raison de sa pure abstraction et de l'altérité qui existe entre elle et les personnes physiques agissant pour son compte, ne saurait être de nature comportementale*. C'est donc qu'il s'agit d'une responsabilité fonctionnelle.

b- La nécessaire responsabilité fonctionnelle de la personne morale

511. Fonctions spéciales des personnes morales et fonction générale de personne morale. *La responsabilité, civile aussi bien que pénale, des personnes morales ne peut être que fonctionnelle*. Reste encore à déterminer la fonction au titre de laquelle la personne morale est susceptible de se voir attribuer un fait générateur de responsabilité. A vrai dire, celle-ci n'est pas unique et on peut distinguer deux types des personnes morales.

²⁷⁶³ V. ainsi, R. LEGROS, art. *cit.*, R. MORTIER, art. *cit.*, J.-C. PLANQUE, *op. cit.*, n° 320 et s., J.-F. QUIEVY, *op. cit.*, n° 143, G. ROUJOU DE BOUBEE, « La responsabilité pénale des personnes morales. Essai d'un bilan », *Mél. A. Decocq*, préc., pp. 535 et s., F. ROUSSEAU, *op. cit.*, n° 359 et s., A. TEANI, *op. cit.*, n° 392 et s., et V. WESTER-OUISSE, « La jurisprudence et les personnes morales. Du propre de l'homme aux droits de l'homme », préc. Rapp. Ph. CONTE, art. *cit.*

²⁷⁶⁴ V. M.-L. RASSAT, *op. cit.*, n° 420.

²⁷⁶⁵ Par exemple, une personne morale pourrait être condamnée pour abus de confiance si un salarié délégué a reçu un bien à charge de le représenter, un autre le détournant, le tout sous la direction exclusivement morale d'un dirigeant social. De même, elle pourrait l'être pour exercice illégal de la médecine alors que les actes de soins auraient été accomplis par deux personnes physiques différentes.

Tout d'abord, comme toute personne juridique, la personne morale peut occuper une *fonction spéciale*. C'est ainsi qu'il est possible de lui imputer le fait anormal d'une chose²⁷⁶⁶ ou d'une personne dont elle a pour mission permanente de déterminer le lieu et le mode de vie²⁷⁶⁷, à titre de gardien, la faute de son préposé, en tant que commettant²⁷⁶⁸, ou encore une inexécution contractuelle, comme débiteur²⁷⁶⁹. Mais s'en tenir là serait insuffisant pour une double raison. D'une part, une personne morale n'est pas toujours dans l'une de ses situations, si bien que, sauf à assimiler préposés et organes et représentants du groupement, il faudrait renoncer à engager sa responsabilité pour certaines des fautes accomplies par ses derniers. Une telle solution n'est cependant pas de droit positif²⁷⁷⁰. D'autre part, un autre obstacle, insurmontable celui-ci, se dresse. Ces fonctions spéciales, en effet, ne sont connues que du droit civil de la responsabilité, ce qui les rend incapables d'expliquer la responsabilité pénale des personnes morales.

Par conséquent, il faut en conclure qu'une responsabilité générale et transdisciplinaire des personnes morales du fait des organes ou représentants agissant pour leur compte suppose de considérer que ces sujets de droit occupent une *fonction générale* : celle même de personne morale. Une telle proposition n'est pas si insolite que l'on pourrait le penser. En premier lieu en effet, il est possible de défendre l'idée suivant laquelle la personne morale remplit une fonction. En fait d'une part, il n'y a plus besoin de démontrer le rôle pris par les groupements au sein de la société civile, et ce, que l'on s'intéresse aux personnes morales de droit public ou de droit privé et quel que soit le champ, politique, économique, social, culturel ou autres, de l'activité humaine. En droit d'autre part, la personnalité morale est avant tout un instrument technique, permettant justement une pratique plus efficace et plus avantageuse de ces activités²⁷⁷¹ par une autonomisation juridique de ses dernières qui leur offre la possibilité de

²⁷⁶⁶ Qu'il s'agisse d'une chose inanimée (v. not. Civ. 2, 5 mai 1978 : *JCP*, 1979, II, 19066, note F. CHABAS) ou d'un animal (v. not. Civ. 2, 22 févr. 1984 : *D.*, 1985, note E. AGOSTINI, p. 19).

²⁷⁶⁷ V. not. Ass. plén., 29 mars 1991, *Blieck*, préc., et Crim., 10 oct. 1996, préc.

²⁷⁶⁸ V. not. Civ. 2, 18 juill. 1967 : *Bull. civ.*, n° 266.

²⁷⁶⁹ V. ainsi Com., 24 mai 1982 : *Bull. civ.*, n° 195, et Soc., 22 mai 1995 : *Bull. civ.*, n° 162.

²⁷⁷⁰ V. Civ. 2., 27 avr. 1977, préc., selon lequel « la personne morale répond des fautes dont elle s'est rendue coupable par ses organes et en doit la réparation à la victime sans que celle-ci soit obligée de mettre en cause, sur le fondement de l'article 1384, alinéa 5, lesdits organes pris comme commettant ». La doctrine n'est d'ailleurs pas favorable à l'assimilation des deux termes. Certains ont pu la proposer (v. STARCK, *op. cit.*, pp. 262 et s. Rapp. Ph. LE TOURNEAU *et alii*, *op. et loc. cit.*) mais la plupart des auteurs y est opposée. V. not. C. BENOIT-RENAUDIN, *op. cit.*, n° 55, 518 et s., 525, et 620 et s., A. COLIN et H. CAPITANT par L. JULLIOT DE LA MORANDIERE, *op. et loc. cit.*, F. GREAU, art. *cit.*, Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *op. et loc. cit.*, R. SAVATIER, *op. cit.*, n° 302, G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. cit.*, n° 848, et V. WESTER-OUISSE, « Critique d'une notion imprécise : la faute du dirigeant de société séparable de ses fonctions », *D.*, Aff., 1999, pp. 782 et s.

²⁷⁷¹ Le débat relatif à la nature fictive ou réelle des personnes morales a d'ailleurs toujours été obscurci par la question du contrôle étatique des groupements et de la liberté de se grouper. Initialement, il a ainsi s'agi d'octroyer une certaine indépendance et puissance juridiques à l'Eglise, puis, plus généralement, la question s'est étendue aux activités économiques ou altruistes, brimées par l'hostilité révolutionnaire à l'égard des corps intermédiaires. V. sur ces questions, N. BARUCHEL, *op. cit.*, n° 1, 10 et s., et 343 et s., J. PAILLUSSEAU, art. *cit.*, G. RIPERT, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, préc., n° 30, R. SALEILLES, *op. cit.*, p. 15, V. WESTER-OUISSE, « Dérives anthropomorphique de la personnalité morale : ascendances et influences », préc.,

se doter d'un patrimoine et d'accéder au commerce juridique par le biais de diverses prérogatives juridiques tant substantielles que processuelles²⁷⁷². Plus précisément, il a été démontré que l'attribution de la personnalité juridique avait pour fonction de rendre opposable, comme personne juridique distincte, un groupement qui existait déjà en fait, par la réunion et l'action convergente de personnes humaines, et en droit, comme ensemble normatif applicable à ses membres en vertu de son acte constitutif²⁷⁷³. La personne morale a donc une fonction matérielle et juridique. Mieux ! La personne morale est, en second lieu, une personne juridique essentiellement et exclusivement fonctionnelle. En vertu du principe de spécialité, sa capacité de jouissance est nécessairement limitée à la titularité de prérogatives en rapport avec son objet social²⁷⁷⁴. Elle est donc constituée *pour* remplir une fonction et ne peut agir qu'en ce sens. *La responsabilité des personnes morales du fait de leurs organes ou représentants est donc fondée sur la fonction même de personne morale.*

512. Fonction générale de direction de l'activité de ses organes et représentants. Il faut encore savoir à quel type de fonction l'on peut rattacher celle de personne morale. Certes, il s'agit par hypothèse d'une responsabilité du fait d'autrui, comme le reconnaît une part de plus en plus importante de la doctrine²⁷⁷⁵. Mais est-elle fondée sur la garde ou sur la direction d'autrui ? La première hypothèse est à exclure absolument, tant il est certain que le groupement n'a aucun pouvoir de détermination des lieu et mode de vie de ses organes ou représentants. Les personnes physiques qui ont ces qualités ne les revêtent que de manière temporaire et tous leurs actes ne sont pas fonctionnels. Elles ont également une ou plusieurs vies à côtés qu'elles mènent dans la plus totale indépendance du groupement dont elles sont membres. *Le modèle de responsabilité dont relève celle des personnes morales ne saurait donc être que de type patronal, soit une responsabilité fonctionnelle reposant sur la direction d'autrui.*

et G. WICKER, *op. cit.*, n° 212, et « La théorie de la personnalité morale depuis la thèse de Bruno Oppetit », préc.

²⁷⁷² V. not. S. ASCENCIO, *art. cit.*, R. BERNARDINI, *op. cit.*, n° 119, R. GARRAUD, *op. cit.*, n° 258, L. HAMEL, *art. cit.*, D. MAYER, *art. cit.*, R. MORTIER, *art. cit.*, J. PAILLUSSEAU, *art. cit.*, G. RIPERT, *op. cit.*, n° 46, F. ROUSSEAU, *op. cit.*, n° 357, N. STONESTREET, *op. cit.*, n° 301, V. WESTER-OUISSE, *art. cit.*, et « Responsabilité pénale des personnes morales et dérivées anthropomorphiques », préc., et G. WICKER, *art.*

²⁷⁷³ V. en ce sens, S. BROS, *art. cit.*, J.-Ch. PAGNUCCO, *op. cit.*, n° 145 et s., et G. WICKER, *op. cit.*, n° 230 et s., *art. cit.*, et *Personne morale*, préc., n° 20 et s., et 53 et s. Rappr. N. BARUCHEL, *op. cit.*, n° 183, J. PAILLUSSEAU, *art. cit.*

²⁷⁷⁴ Sur le principe de spécialité, v. not. G. WICKER, *art. cit.*, n° 64. Comp. G. RIPERT, *op. cit.*, n° 34.

²⁷⁷⁵ V. not., A. BENABENT, *op. cit.*, n° 588, A. BORIES, *art. cit.*, B. BOULOC, *art. cit.*, C. EISENMANN, *art. cit.*, A. LEGAL, *art. cit.*, Ph. LE TOURNEAU *et alii*, *op. et loc. cit.*, B. STARCK, *op. cit.*, pp. 257 et s., B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *op. et loc. cit.*, N. STONESTREET, *op. cit.*, n° 338 et s., A. TEANI, *op. cit.*, n° 245 et s., F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. et loc. cit.*, G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. cit.*, n° 788-4 et s., V. WESTER-OUISSE, *art. cit.*, et « La jurisprudence et les personnes morales. Du propre de l'homme aux droits de l'homme », préc., et G. WICKER, *op. cit.*, n° 225, note 104, et *art. cit.*, n° 81 et 85. Comp. Ph. CONTE, *art. cit.*, M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, p. 361, et J.-F. QUIEVY, *op. cit.*, n° 143.

Cela suppose cependant que l'on veuille bien admettre que la personne morale exerce une certaine autorité sur ses organes et représentants. On s'y oppose souvent aux motifs que le dirigeant dispose d'une grande liberté dans l'exercice de ses prérogatives, notamment en ce qu'il est celui qui, au quotidien, définit l'intérêt de la personne morale pour le compte de laquelle il agit²⁷⁷⁶. Mais il n'est pourtant pas interdit de penser qu'une certaine autorité fonctionnelle est exercée à son endroit par la personne morale. Cette autorité résulte de la nature même des prérogatives dont il est titulaire, à savoir des pouvoirs²⁷⁷⁷. Comme il a été dit²⁷⁷⁸, ceux-ci se caractérisent par leur caractère finalisé, en ce sens que leur titulaire ne saurait les détourner impunément de leur objet, c'est-à-dire la satisfaction de l'intérêt de la personne juridique dont les droits subjectifs sont exercés. C'est dire que le dirigeant, comme tout autre organe ou représentant de la personne morale, est en réalité loin d'être libre dans l'accomplissement de sa mission²⁷⁷⁹. Il doit toujours agir dans l'intérêt de la personne morale, à peine d'engager sa responsabilité civile, voire pénale²⁷⁸⁰. Mais, sans même qu'il soit besoin d'aller jusque-là ou de détailler la question du pouvoir disciplinaire dont peuvent disposer les personnes morales sur leurs membres²⁷⁸¹, il faut souligner que l'activité du dirigeant est soumise, plus simplement, à un contrôle opéré par les autres organes du groupement. Il est mis en œuvre par ses organes délibérants – qui le nomment, en définissent les mission et pouvoirs, approuvent ou non les comptes de sa gestion, et peuvent le révoquer, voire par des organes de contrôle des comptes et de la gestion²⁷⁸². Il est certain qu'il n'est pas question d'une surveillance de tous les instants mais d'un simple contrôle *a posteriori* de l'activité des organes et représentants. Mais la remarque est sans portée dès lors que, n'étant plus question de responsabilité comportementale mais de responsabilité fonctionnelle, il est totalement indifférent que la personne morale ait ou non la possibilité d'empêcher les personnes physiques agissant pour son compte de réaliser des faits générateurs de responsabilité. Une autorité fonctionnelle est assurée en son nom et pour son compte. Cela suffit à considérer qu'en droit, elle est la personne juridique qui a pour fonction de diriger l'activité du dirigeant

²⁷⁷⁶ V. ainsi, C. BENOIT-RENAUDIN, *op. cit.*, n° 620 et s., L. MICHOU, *op. cit.*, t. 2, n° 189, J.-F. QUIEVY, *op. cit.*, n° 164 et s., B. STARCK, *op. cit.*, pp. 265 et s., N. STONESTREET, *op. cit.*, n° 329 et s., et 346 et s., G. VINEY, *op. cit.*, n° 30, et V. WESTER-OUISSE, « Critique d'une notion imprécise : la faute du dirigeant de société séparable de ses fonctions », préc.

²⁷⁷⁷ Pour une démonstration en ce sens, v. spéc. J.-Ch. PAGNUCCO, *op. cit.*, n° 213 et s.

²⁷⁷⁸ *Supra* n° 506.

²⁷⁷⁹ Dans le même sens, v. G. AUZERO, « L'application de la notion de faute personnelle détachable des fonctions en droit privé », *D.*, Aff., 1998, pp. 502 et s., A. BORIES, art. *cit.*, et A. TEANI, *op. cit.*, n° 272 et s. Rapp. G. WICKER, art. *cit.*, n° 31, et 76 et s., et « La théorie de la personnalité morale depuis la thèse de Bruno Oppetit », préc.

²⁷⁸⁰ Par le biais, en matière civile, de l'action sociale *ut universi* ou *ut singuli*, et, en matière pénale, de différentes infractions, dont la principale reste l'abus de biens sociaux. Sur ces questions, v. not. M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, 24^e éd., LexisNexis/Litec, coll. Manuels, 2011, n° 287 et s., 301, et 389 et s., F. DESCORPS DECLERE, « Pour une réhabilitation de la responsabilité civile des dirigeants sociaux », *RTD Com.*, 2003, pp. 25 et s., J.-Ch. PAGNUCCO, *op. cit.*, et G. WICKER, *Personne morale*, préc., n° 79 et s.

²⁷⁸¹ Sur ce point, v. not. G. WICKER, art. *cit.*, n° 93 et s.

²⁷⁸² Sur ces questions, v. par exemple, G. WICKER, art. *cit.*, n° 88 et s.

social. Quant à lui, on pourrait dire qu'il ne la dirige finalement pas mais qu'il se contente plutôt de mettre en œuvre son activité juridique, comme il lui est imposé de par sa fonction propre.

513. Bilan. L'étude de la responsabilité dans le monde de l'entreprise s'est finalement révélée particulièrement instructive. En effet, il résulte d'une analyse serrée du droit positif que le modèle patronal de responsabilité fonctionnelle, fondée sur la direction d'autrui, y est généralisée. Elle concerne aussi bien la responsabilité patronale *stricto sensu* que celle des personnes morales et son domaine s'étend à l'ensemble du droit privé de la responsabilité. Pourtant, l'influence du monde entrepreneuriale sur le droit de la responsabilité ne s'arrête pas là. En effet, le modèle patronal de responsabilité prend, depuis plusieurs dizaines d'années maintenant, la forme d'une responsabilité fonctionnelle de type substitutif. Non seulement témoigne-t-il ainsi de l'essor plus général de la responsabilité fonctionnelle mais il se caractérise aussi par une évolution particulière : le déclin de la responsabilité comportementale. La première ne vient plus seulement s'ajouter à la seconde, elle tend à la remplacer purement et simplement.

B- La responsabilité fonctionnelle en place de la responsabilité comportementale

514. Responsabilité sans faute, faute sans responsabilité²⁷⁸³. Si l'essor de la responsabilité fonctionnelle correspond exactement au développement des *responsabilités sans faute*, il s'est aussi accompagné d'un phénomène parasite : l'avènement des *fautes sans responsabilité*. C'est-à-dire que *les régimes de responsabilités non comportementales sont passés d'un modèle additif, en vertu duquel ils s'ajoutaient à la responsabilité de l'auteur, à un modèle substitutif, dans lequel ils la remplacent*. L'évolution en faveur d'une immunité²⁷⁸⁴ de l'auteur est générale, qui se retrouve de manière certaine en droit civil de la responsabilité d'une part (1), et dont quelques signes se font sentir en droit pénal d'autre part (2).

1. La certitude du déclin de la responsabilité comportementale en droit civil

515. Déclin de la responsabilité comportementale du dirigeant social. Les théories de la réalité technique et de l'organe n'ont, initialement, pas eu pour conséquence d'entraîner l'irresponsabilité de la personne physique agissant pour le compte de la personne morale, spécialement celle du dirigeant social²⁷⁸⁵. La solution classique était, en effet, la possibilité

²⁷⁸³ V. B. DE BERTRIER-LESTRADE, « Des fautes sans responsabilités », *Petites affiches*, 25 janv. 2005, pp. 5 et s., et Ph. LE TOURNEAU *et alii*, *op. cit.*, n° 6712.

²⁷⁸⁴ Sur cette notion, v. en droit privé, V. EGEA, « L'immunité en droit privé », *RRJ*, 2008, pp. 1977 et s., et en droit pénal, C. CHOUCKROUN, « L'immunité », *Rev. sc. crim.*, 1959, pp. 29 et s.

²⁷⁸⁵ On notera ainsi que MICHOUUD (*op. cit.*, t. 2, n° 276) et SALEILLES (*op. cit.*, pp. 656 et s.) étaient opposés à cette solution. Certains auteurs, même sans être favorables à une immunité absolument générale du dirigeant de

pour la victime d'agir contre l'une quelconque de ces personnes juridiques, ensemble ou séparément. La personne morale pouvait, quant à elle, comme de droit commun, appeler le dirigeant en garantie ou exercer une action récursoire à son encontre pour le tout, soit en vertu d'une action subrogatoire, soit en vertu d'une action personnelle fondée, qui sur le droit des sociétés (actions sociales *ut singuli* ou *ut universi*) s'agissant des dirigeants de droit, qui sur les articles 1382 et 1383 concernant les dirigeants de fait²⁷⁸⁶. Ceux-ci étaient donc responsables, conformément à l'universalisme du droit commun de la responsabilité civile²⁷⁸⁷, pour n'importe laquelle des fautes qu'ils pouvaient commettre²⁷⁸⁸.

Mais depuis la fin du XX^e siècle, peut-être en raison de l'influence croissante du discours du monde économique, une évolution a eu lieu. Prenant acte de l'argument selon lequel le dirigeant ne serait qu'un rouage de l'entreprise dont les conséquences dommageables de l'activité seraient à imputer au patrimoine social²⁷⁸⁹, la jurisprudence a admis une immunité au profit des dirigeants de sociétés. Ainsi ne sont-ils plus aujourd'hui responsables envers les tiers des fautes commises à l'occasion de leurs fonctions, à moins qu'elles n'en soient détachables²⁷⁹⁰. Si le mouvement a déjà plusieurs décennies, ce n'est que récemment que la notion commence à être cernée, touche par touche, au gré d'une jurisprudence dont on ne sait si elle la définit ou si elle l'illustre. En 2003, elle indiquait ainsi qu'il y avait faute séparable des fonctions « *lorsque le dirigeant commet intentionnellement une faute d'une particulière gravité incompatible avec l'exercice normal de ses fonctions sociales* »²⁷⁹¹. Plus récemment, c'est la faute pénale intentionnelle qui semble avoir été jugée comme nécessairement incompatible avec l'exercice des fonctions²⁷⁹². Si son domaine reste limité, l'immunité des

société, y voient quand même une suite tout à fait logique de la théorie de l'organe ou de l'incarnation. V. ainsi Ph. DIDIER, *op. cit.*, n° 315 et s., et J.-F. QUIEVY, *op. cit.*, n° 196 et s.

²⁷⁸⁶ Sur ces questions, v. par exemple, H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, *op. cit.*, n° 1974, Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *op. et loc. cit.*, et B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *op. cit.*, n° 393. Adde M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *op. cit.*, n° 271, et 283 et s.

²⁷⁸⁷ V. *supra* n° 191 et s., et 201.

²⁷⁸⁸ V. not. Com., 28 nov. 1961 : *RTD Com.*, 1962, obs. R. RODIERE, p. 425, et Civ. 3, 17 janv. 1978 : *Bull. civ.*, n° 43.

²⁷⁸⁹ En ce sens, v. not. J. ABRAS, « Responsabilité extra-contractuelle des dirigeants sociaux. L'exigence d'une faute séparable des fonctions entendue restrictivement : présent offert aux dirigeants ou nécessité ? », *JCP*, 2008, 1912, G. AUZERO, art. *cit.*, J.-F. BARBIERI, « Responsabilité de la personne morale ou responsabilité de ses dirigeants ? La responsabilité personnelle à la dérive », *Mél. Y. Guyon*, Dalloz, 2003, pp. 41 et s., Ph. DIDIER, *op. et loc. cit.*, J.-F. QUIEVY, *op. cit.*, n° 196 et s., et G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. cit.*, n° 813. Rapp. déjà G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, préc., n° 127, et G. VINEY, *op. cit.*, n° 40 et s.

²⁷⁹⁰ V. not. Soc., 9 avr. 1975 (implicite) : *Bull. civ.*, n° 174, Com., 4 juin 1991 : *Bull. civ.*, n° 211, Com., 1^{er} juill. 1997 : *D.*, 1997, IR, p. 207, Com., 7 janv. 1998 : *Dr. sociétés*, 1998, comm. n° 46, note Th. BONNEAU, et Civ. 2, 17 févr. 2011 : *Resp. civ. et assur.*, 2011, comm. n° 191.

²⁷⁹¹ Com., 20 mai 2003 : *D.*, 2003, note B. DONDERO, p. 2623 ; *JCP*, E, 2003, 1203, obs. J.-J. CAUSSAIN, F. DEBOISSY et G. WICKER ; et *Rev. sociétés*, 2003, note J.-F. BARBIERI, p. 479. Si certains auteurs y voient une véritable définition, d'autres, en raison de l'expression « *il en est ainsi* », n'y voient qu'un exemple possible de faute séparable des fonctions du dirigeant. Sur la question, comp. J. ABRAS, art. *cit.*, G. AUZERO, art. *cit.*, J.-F. BARBIERI, art. *cit.*, C. BENOIT-RENAUDIN, *op. cit.*, n° 521, et V. WESTER-OUISSE, art. *cit.*

²⁷⁹² Com., 28 sept. 2010 : *Dr. sociétés*, 2011, n° 225, obs. M. ROUSSILLE ; *JCP*, 2010, 996, et 1177, note C. BENOIT-RENAUDIN ; *JCP*, E, 2011, 1000, n° 1, obs. F. DEBOISSY et G. WICKER ; et *RLDC*, 2011, n° 4089.

dirigeants sociaux n'étant admise ni par la Chambre criminelle²⁷⁹³ ni en matière de procédures collectives où des textes spéciaux s'appliquent²⁷⁹⁴, sa réalité est indéniable.

516. Déclin de la responsabilité comportementale du préposé. Elle a, en outre, entraîné celle des préposés dans son sillage²⁷⁹⁵. Eux aussi, pourtant, étaient classiquement responsables à l'origine, la victime pouvant préférer agir à leur encontre plutôt qu'à celui des commettants, lesquels pouvaient, dans l'hypothèse inverse, les appeler en garantie ou exercer contre eux une action récursoire pour le tout²⁷⁹⁶. La solution a été très tôt jugée injuste, pour les mêmes raisons que la responsabilité comportementale des dirigeants : les fautes préjudiciables des préposés sont inhérentes, comme le reste de son activité professionnelle, au fonctionnement de l'entreprise, et leur coût doit être supporté par celui qui met en œuvre et tire profit de cette activité : à savoir le commettant²⁷⁹⁷. Ce à quoi d'aucuns ajoutaient d'autres arguments. Les uns découlaient d'une comparaison avec le sort du dirigeant : pourquoi celui-ci serait-il le seul à bénéficier d'une immunité le protégeant des tiers alors qu'il agit de manière plus indépendante que le préposé²⁷⁹⁸ ? Pourquoi serait-il le seul à bénéficier d'une telle protection dans l'ordre externe alors qu'il n'en jouit d'aucune dans l'ordre interne²⁷⁹⁹, quand le préposé, lui, en a une²⁸⁰⁰ ? Les autres ressortissaient à une analyse autonome de la situation du préposé : situation sociale moins favorable du salarié, d'une part ; opposabilité du contrat de travail²⁸⁰¹, d'autre part.

Partant, l'admission d'une immunité du préposé apparaissait comme inévitable. L'évolution du droit positif en sa faveur fut cependant plus lente. Du point de vue de la loi, en premier lieu, elle ne se fit que partiellement, par le biais de l'article L. 121-12, alinéa 3 du Code des assurances interdisant à l'assureur du commettant de recourir contre le préposé, sauf

²⁷⁹³ V. not. Crim., 14 oct. 1991 : *Rev. sociétés*, 1992, note B. BOULOC, p. 782.

²⁷⁹⁴ V. M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *op. cit.*, n° 298, et 310 et s. *Comp. Com.*, 10 févr. 2009 : *D.*, 2009, act. jur., p. 559, obs. A. LIENHARD.

²⁷⁹⁵ Sur le recul de la responsabilité civile du préposé, v. d'un point de vue général C. BENOIT-RENAUDIN, *op. cit.*, n° 29 et s.

²⁷⁹⁶ V. not. Req., 22 juill. 1891 : *D.*, 1892, 1, p. 235, et Civ. 2, 20 mars 1979 : *D.*, 1980, note Ch. LARROUMET, p. 29. Sur ce point, v. C. BENOIT-RENAUDIN, *op. cit.*, n° 11, G. DURRY, « Plaidoyer pour une révision de la jurisprudence Costedoat (ou : une hérésie facile à abjurer) », *Mél. M. Gobert*, préc., pp. 549 et s., M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, p. 328, Ch. RADE, *op. cit.*, n° 336 et s., et G. VINEY, « La responsabilité personnelle du préposé », *Mél. Ch. Lapoyade-Deschamps*, préc., pp. 83 et s.

²⁷⁹⁷ V. not. G. AUZERO, art. *cit.*, C. BENOIT-RENAUDIN, *op. cit.*, n° 51, B. PUILLE, « Les fautes du préposé : s'inspirer de certaines solutions du droit administratif ? », *JCP*, 1996, I, 3939, Ph. DIDIER, *op. et loc. cit.*, M.-C. GUERIN, « La faute intentionnelle de celui qui agit pour le compte d'autrui », *Petites affiches*, 11 janv. 2006, pp. 6 et s., J. MOULY, art. *cit.*, Ch. RADE, *op. cit.*, n° 336 et s., « Faut-il reconnaître l'existence d'un principe général de responsabilité du fait d'autrui ? », préc., et « Autorité et responsabilité au sein de l'entreprise », préc., et G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. cit.*, n° 813.

²⁷⁹⁸ V. not. B. DE BERTRIER-LESTRADE, art. *cit.*, et Ch. RADE, articles précités, .

²⁷⁹⁹ La société peut exercer l'action récursoire sans se voir opposer une quelconque immunité. V. récemment, Civ. 1, 15 mai 2007 : *Dr. sociétés*, 2007, n° 151, obs. R. MORTIER.

²⁸⁰⁰ En vertu des règles particulières de la responsabilité du salarié pour inexécution de son contrat de travail. V. *supra* n° 418 et 437 et s. *Adde* Ch. RADE, *op. cit.*, n° 224 et s.

²⁸⁰¹ V. Ch. RADE, *op. cit.*, n° 338 et s., et « Autorité et responsabilité au sein de l'entreprise », préc.

malveillance de sa part²⁸⁰². C'est donc au stade de la contribution à la dette uniquement qu'était protégé ce dernier. En second lieu, la jurisprudence l'admit, pour commencer, de manière indirecte et dans le seul régime de la responsabilité du fait des choses. En jugeant incompatible les qualités de gardien de la chose et de préposé, elle empêchait de se fonder sur l'article 1384, alinéa 1^{er} du Code civil, pour engager sa responsabilité, orientant dès lors toutes les actions reposant sur ce texte vers le commettant²⁸⁰³. Et ce même lorsque la chose appartenait au préposé qui, de fait, est celui qui en avait l'usage et le contrôle²⁸⁰⁴. Ensuite, c'est finalement sa responsabilité personnelle qui fut exclue. De manière incertaine dans un premier temps, avec l'arrêt *Société des parfums Rochas* de 1993²⁸⁰⁵, puis, enfin, de façon incontestable avec le célèbre arrêt *Costedoat* rendu par l'Assemblée plénière le 25 février 2000²⁸⁰⁶. Depuis, la solution a été transposée au régime de la loi du 5 juillet 1985 relative aux accidents de la circulation²⁸⁰⁷. Son domaine a également été réduit progressivement²⁸⁰⁸, à tel point qu'on peut se demander si l'immunité du préposé trouvera encore beaucoup à s'appliquer²⁸⁰⁹. Mais la jurisprudence ne l'a pas abandonnée et le préposé reste bien immunisé contre l'action en responsabilité des tiers dès lors qu'il a commis une faute civile non intentionnelle sans excéder les limites de la mission qui lui a été impartie par son commettant.

²⁸⁰² V. not. C. BENOIT-RENAUDIN, *op. cit.*, n° 223 et s., M. FABRE-MAGNAN, *op. et loc. cit.*, L. PERDRIX, *op. cit.*, n° 740, et G. VINEY, *art. cit.*

²⁸⁰³ Outre les références citées *supra* n° 486 note 2554, v. C. BENOIT-RENAUDIN, *op. cit.*, n° 13, et 95 et s., M.-A. PEANO, *art. cit.*, L. PERDRIX, *op. et loc. cit.*, et Ch. RADE, *op. cit.*, n° 336.

²⁸⁰⁴ V. Civ. 3, 24 janv. 1973 : *Bull. civ.*, n° 72.

²⁸⁰⁵ Com., 12 oct. 1993 : *D.*, 1994, jur., note G. VINEY, p. 124 ; *JCP*, 1995, II, 22493, obs. F. CHABAS ; et *RTD Civ.*, 1994, obs. P. JOURDAIN, p. 113. La portée de cet arrêt a beaucoup été discutée, d'autant plus que des arrêts antérieurs ont continué à nier toute irresponsabilité du préposé pour ses fautes de fonction. V. not. Civ. 2, 19 nov. 1998 : *Petites affiches*, 15 mars 2000, note F. RINALDI, p. 11.

²⁸⁰⁶ Ass. plén., 25 févr. 2000 : *D.*, 2000, note Ph. BRUN, p. 673 ; *JCP*, 2000, I, 241, obs. G. VINEY, et II, 10295, concl. KESSOUS, note M. BILLIAU ; *Resp. civ. et assur.*, 2000, chron. n° 11, H. GROUDEL, et chron. n° 22, Ch. RADE ; et *RTD Civ.*, 2000, obs. P. JOURDAIN, p. 582.

²⁸⁰⁷ V. par exemple, Civ. 2, 28 mai 2009 : *D.*, 2009, note N. PIERRE, p. 2667 ; et *JCP*, 2009, 295, note J. MOULY.

²⁸⁰⁸ L'immunité a d'abord été refusée au préposé qui avait été condamné pénalement pour avoir commis une infraction intentionnelle, fût-ce sur autorisation ou ordre du commettant (Ass. plén., 14 déc. 2001, *Cousin* : *D.*, 2002, jur., note J. JULIEN, p. 1230, somm., obs. D. MAZEAUD, p. 1317, et somm., obs. B. THULLIER, p. 2117 ; *JCP*, 2002, I, 124, obs. G. VINEY, et II, 10026, note M. BILLIAU ; et *RTD Civ.*, 2002, obs. P. JOURDAIN, p. 109). Le refus a ensuite été largement étendu, dans la mesure où, désormais, l'immunité est écartée dès lors que « *le préjudice de la victime résulte d'une infraction pénale ou d'une faute intentionnelle* ». V. ainsi, Crim., 13 mars 2007 : *Resp. civ. et assur.*, 2007, Etude n° 13, A. VIALARD, Civ. 2, 20 déc. 2007 : *Bull. civ.*, n° 274 ; *D.*, 2008, obs. NICOLETIS, p. 657, note J. MOULY, p. 1248 ; *Resp. civ. et assur.*, 2008, comm. n° 50, obs. H. GROUDEL ; *RLDC*, 2008, n° 747, obs. S. CARVAL ; et *RTD Civ.*, 2008, obs. P. JOURDAIN, p. 315, et Civ. 2, 21 févr. 2008 : *D.*, 2008, note J.-B. LAYDU, p. 2125.

²⁸⁰⁹ En ce sens, v. not. M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, pp. 330 et s. J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *op. cit.*, n° 221-1. Rapp. M.-C. GUERIN, *art. cit.* Il est vrai que, dans la mesure où beaucoup de fautes non intentionnelles dommageables sont pénalement incriminées, il reste *a priori* peu d'occasions de faire profiter le préposé de l'immunité instaurée par l'arrêt *Costedoat*. Il ne semble toutefois pas certain que les choses soient définitivement arrêtées et que toute situation de dommage résultant de la commission d'une infraction exclue nécessairement son application. Comp. à cet égard, Crim., 19 oct. 2010 : *Resp. civ. et assur.*, 2010, comm. n° 46, note H. GROUDEL, qui censure un arrêt en ce qu'il avait déduit de ce qu'un préposé avait conduit un véhicule automobile sans être titulaire du permis de conduire que « *l'intéressé n'avait pu excéder les limites de la mission qui lui avait été impartie* ». La portée de l'arrêt, qui paraît évacuer toute automaticité entre la commission d'une infraction et l'exclusion de l'immunité, doit cependant être relativisée dans la mesure où la cassation est prononcée pour insuffisance de motifs.

Moins aboutie qu'en droit de la responsabilité civile, une évolution comparable semble néanmoins poindre en droit pénal.

2. Les signes d'un déclin de la responsabilité comportementale en droit pénal

517. Recul matériel de la responsabilité comportementale. Avant toute chose, il importe de rappeler que le principe reste celui de l'absence d'immunité tenant aux qualités de préposé ou de dirigeant social en droit pénal²⁸¹⁰. Néanmoins, on ne peut que constater que le droit positif, d'une part, et les propositions doctrinales, d'autre part, témoignent d'un certain penchant pour la solution contraire. Cette tendance peut se mesurer à un double titre.

Les signes du déclin de la responsabilité comportementale en droit pénal peuvent se manifester, en premier lieu, en fait. Elle prend alors forme dans la clémence des autorités répressives, et ce, à commencer par la première d'entre elles, le législateur, qui a instauré la responsabilité pénale des personnes morales essentiellement pour alléger celle des chefs d'entreprise²⁸¹¹, dont l'injustice a beaucoup été dénoncée²⁸¹². Pour redescendre au niveau des organes chargés de l'application de la loi pénale, la doctrine enseigne aussi que la politique criminelle se montre plus favorable à l'égard des préposés et des dirigeants de société lorsqu'il est possible de sanctionner fermement le chef d'entreprise ou la personne morale pour le compte desquels les premiers ont agi. Cette faveur s'exprime, tout d'abord, au stade de l'appréciation de l'opportunité des poursuites²⁸¹³. A ce titre, on notera que la pratique est

²⁸¹⁰ V. par exemple, Crim., 27 janv. 1859 : S., 1859, 1, p. 354, et Crim., 23 oct. 1984 : *Bull. crim.*, n° 316 ; et *JCP*, 1985, IV, p. 5. Rappelant ce principe, v. not. C. BENOIT-RENAUDIN, *op. cit.*, n° 322, qui n'en dresse pas moins le tableau du recul de la responsabilité pénale du préposé (*op. cit.*, n° 319 et s.), M. DELMAS-MARTY, *art. cit.*, M. FAVERO, *art. cit.*, V. MALABAT, « La responsabilité pénale du subordonné », *Mél. B. Bouloc*, préc., pp. 681 et s., J.-H. ROBERT, « Les personnes physiques pénalement responsables des infractions commises à l'occasion du fonctionnement des entreprises », préc., et F. ROUSSEAU, *art. cit. Contra*, estimant que le principe est celui de l'immunité fonctionnelle du préposé, v. A. LEGAL, *art. cit.*

²⁸¹¹ V. par exemple, F. DESPORTES et F. LE GUNEHEC, *op. cit.*, n° 577, C. HARDOUIN-LE GOFF, *art. cit.*, C. MARIE, *art. cit.*, H. MATSOPOULOU, « La généralisation de la responsabilité pénale des personnes morales », *Rev. sc. crim.*, 2004, pp. 283 et s., et « Les conséquences de la généralisation de la responsabilité pénale des personnes morales », *Dr. & patrimoine*, juin 2006, pp. 48 et s., Y. MAYAUD, *op. cit.*, n° 341, Ph. MERLE, *op. cit.*, p. 280, J.-C. PLANQUE, *op. cit.*, n° 1 et s., 13, et 560 et s., M.-L. RASSAT, *op. cit.*, n° 407, N. RIAS, *op. cit.*, n° 37, et J. TRICOT, *art. cit.* Cette analyse a pu être critiquée par MM. Conte et Maistre du Chambon, qui relèvent à juste titre qu'« il faudrait d'ailleurs prouver, et pas seulement affirmer, que la condamnation des dirigeants est anormale » (*in Droit pénal général*, préc., n° 369). Il est vrai que la chose est souvent présentée comme une évidence, sans réelle démonstration, ce qui peut surprendre étant donné que, dans le même temps, la doctrine dominante enseigne que la responsabilité pénale du chef d'entreprise est fondée sur une faute personnelle de celui-ci. Le diagnostic n'apparaît pourtant pas absolument erroné, si l'on accepte, tout au moins, d'y voir plutôt une responsabilité fonctionnelle. Rapp. Ph. CONTE, *art. cit.*

²⁸¹² V. not. C. BENOIT-RENAUDIN, *op. cit.*, n° 387, D. DECHENAUD, *L'égalité en matière pénale*, préc., n° 492 et s., F. DESPORTES et F. LE GUNEHEC, *op. cit.*, n° 573, G. DI MARINO, *art. cit.*, E. DREYER, *art. cit.*, M. FAVERO, *art. cit.*, J.-Y. MARECHAL, « Plaidoyer pour une responsabilité pénale directe des personnes morales », préc., C. MAURO, *art. cit.*, F. ROUSSEAU, *art. cit.*, O. SAUTEL, « La responsabilité pénale des personnes morales », *Petites affiches*, 18 juin 2008, pp. 7 et s., et V. WESTER-OUISSE, « Responsabilité pénale des personnes morales et dérivés anthropomorphiques », préc.

²⁸¹³ V. C. BENOIT-RENAUDIN, *op. cit.*, n° 362, D. DECHENAUD, *op. cit.*, n° 500, A. CŒURET, « Pouvoir et responsabilité en droit pénal social », préc., J.-H. ROBERT, *art. cit.*, F. ROUSSEAU, *art. cit.*, et J.-Ch. SAINT-

parfois tout à fait officielle, qui résulte de l'application de circulaires ministérielles. Ainsi, par exemple, de celle du 13 février 2006 relative à « l'entrée en vigueur au 31 décembre 2008 des dispositions de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 généralisant la responsabilité des personnes morales »²⁸¹⁴. Ce texte préconise, en effet, de ne poursuivre que la seule personne morale en cas d'infraction non intentionnelle, sauf à pouvoir établir de manière très claire la faute d'une personne physique. Ensuite, c'est au stade du jugement de l'affaire que le recul de la responsabilité des auteurs d'infraction peut se mesurer. Cela a surtout été étudié au sujet des préposés. Selon les auteurs, ils ne se verraient jamais condamner pour les infractions commises en violation des règles applicables à l'entreprise au sein de laquelle ils travaillent, bénéficiant même de cette cause d'irresponsabilité qu'est la contrainte²⁸¹⁵, dès lors qu'ils obéiraient docilement et qu'ils ne tiraient aucun profit des faits commis²⁸¹⁶. Plus modestement, on rapporte que, lorsqu'ils seraient punis, les travailleurs subiraient des peines moins lourdes que les employeurs²⁸¹⁷. Pures questions de fait, plus ou moins justifiées par les principes de l'opportunité des poursuites²⁸¹⁸ et de l'individualisation des peines²⁸¹⁹, ces éléments ne peuvent toutefois qu'être difficilement quantifiés.

518. Recul juridique de la responsabilité comportementale. En revanche, tel n'est pas le cas, en second lieu, des signes du recul juridique de la responsabilité comportementale. On en trouve, d'une part, plusieurs expressions *de lege lata*. Ainsi en est-il, d'abord, de ce qui est communément appelée la "responsabilité pécuniaire", en vertu de laquelle l'amende prononcée à l'occasion de la condamnation d'un salarié ou d'un dirigeant peut parfois être imputée à l'employeur ou à la personne morale sur décision de la juridiction répressive²⁸²⁰. On peut citer, pour illustration, l'article L. 4741-2 du Code du travail selon lequel, en cas « d'infraction énumérée à l'article L. 4741-1 qui a provoqué la mort ou des blessures dans les conditions définies aux articles 221-6 et 222-19 du Code pénal (...), commise par un

PAU, « La responsabilité pénale d'une personne physique agissant en qualité d'organe ou représentant une personne morale », *Mél. B. Bouloc*, préc., pp. 1011 et s.

²⁸¹⁴ Sur cette circulaire, v. not. C. BENOIT-RENAUDIN, *op. cit.*, n° 389, H. MATSOPOULOU, art. *cit.*, J.-H. ROBERT, « Le coup d'accordéon ou le volume de la responsabilité pénale des personnes morales », *Mél. B. Bouloc*, préc., pp. 975 et s., O. SAUTEL, art. *cit.*, et J. TRICOT, art. *cit.* V. également la circulaire du 5 avril 1995 commentant la loi Barnier du 2 février 1995 relative à au renforcement de la protection de l'environnement, qui incite les parquets à distinguer selon que les faits « relèvent principalement d'une gestion défectueuse de la personne morale (ou) traduisent une véritable faute personnelle du dirigeant ». Sur cette autre circulaire, v. J.-Ch. SAINT-PAU, art. *cit.*

²⁸¹⁵ V. par exemple, Crim., 15 et 28 juin 1917 : S., 1920, 1, note J.-A. ROUX, p. 329.

²⁸¹⁶ En ce sens, v. C. BENOIT-RENAUDIN, *op. cit.*, n° 359 et s., X. PIN, *op. cit.*, n° 294, J.-H. ROBERT, *op. cit.*, p. 369, et art. *cit.*, et J.-Ch. SAINT-PAU, « L'insécurité juridique dans la détermination du responsable en droit pénal de l'entreprise », préc.

²⁸¹⁷ V. A CŒURET, art. *cit.*

²⁸¹⁸ C. proc. pén., art. 40-1.

²⁸¹⁹ C. pén., art. 132-24.

²⁸²⁰ Sur ce mécanisme, qui s'apparente plus à une obligation légale qu'en une véritable responsabilité civile, v. outre les ouvrages généraux, C. BENOIT-RENAUDIN, *op. cit.*, n° 321, et 394 et s., M. COSTES, art. *cit.*, J.-Y. LASSALLE, « La responsabilité civile du fait pénal d'autrui », *Rev. sc. crim.*, 1993, pp. 19 et s., N. RIAS, *op. cit.*, n° 158 et s., et J. SALVAIRE, art. *cit.*

préposé, le tribunal peut, compte tenu des circonstances de fait et des conditions de travail de l'intéressé, décider que le paiement des amendes prononcées (...) sera mis en totalité ou en partie, à la charge de l'employeur ». De même, l'article L. 470-1 du Code de commerce dispose, au sujet des infractions en matière de prix, que le juge « *peut condamner solidairement les personnes morales au paiement des amendes prononcées contre leurs dirigeants* ». Il est vrai que, dans ce cas, l'auteur matériel demeure responsable et que le patron ou le groupement ne l'est pas. Reste pourtant que le premier échappe potentiellement aux effets de sa condamnation, lesquels seront subis par le second. Il en est de même des infractions attitrées, qui ne peuvent être commises que par certaines catégories de personnes. Parmi les infractions susceptibles de survenir dans le cadre d'une entreprise, certaines ne peuvent ainsi être constituées qu'à l'encontre de l'employeur ou du chef d'entreprise par exemple, empêchant de la sorte de poursuivre le préposé qui aurait adopté le comportement décrit par le texte d'incrimination²⁸²¹. Si, techniquement, l'irresponsabilité de celui-ci se justifie par l'absence d'infraction constituée, de tels procédés d'incrimination n'en révèlent pas moins une politique législative visant à concentrer la répression de la délinquance d'entreprise sur un certain type précis d'individus. Ce procédé se fait d'ailleurs parfois de manière moins franche. Si la loi du 10 juillet 2000 a entendu distinguer, au sein de l'article 121-3, alinéa 4 du Code pénal, entre les auteurs directs et indirects d'infractions matérielles non intentionnelles²⁸²², cette discrimination n'a concerné que les personnes physiques. Les personnes morales, elles, restent responsables que la causalité soit directe ou indirecte, et, dans l'un comme dans l'autre cas, que la faute de l'organe ou du représentant soit simple ou qualifiée. Il en résulte que lorsqu'une faute simple aura été indirectement à l'origine d'un dommage, seul le groupement pourra en être tenu pour responsable, l'individu l'ayant accomplie pour son compte se trouvant, lui, protégé car inaccessible à la répression²⁸²³. C'est dire qu'implicitement, l'infraction d'homicide indirect par faute simple suppose la qualité de personne morale. C'est encore le signe d'un recul juridique de la responsabilité comportementale en droit pénal.

De lege ferenda, d'autre part, celui-ci se retrouve également dans la faveur très prononcée de certains auteurs à l'égard de l'immunité pénale des préposés ou des organes ou représentants de groupements. Concernant plus précisément ces derniers, les propositions en ce sens se multiplient. C'est ainsi que l'on propose que les personnes physiques agissant pour

²⁸²¹ V. par exemple, M. DELMAS-MARTY, art. cit., J.-H. ROBERT, art. cit., et J.-Ch. SAINT-PAU, art. cit.

²⁸²² Pour plus de développements sur ces questions, v. *supra* n° 196 et 267.

²⁸²³ V. not. Crim., 28 avr. 2009 : *AJ pénal*, 2009, obs. G. ROYER, p. 357 ; *Dr. pénal*, nov. 2009, chron. M. SEGONDS, p. 19 ; et *JCP*, 2009, 402, note J.-Y. MARECHAL. Sur ce point, v. C. BENOIT-RENAUDIN, *op. cit.*, n° 388, D. DECHENAUD, *op. cit.*, n° 519 et s., E. DREYER, art. cit., J.-F. QUIEVY, *op. cit.*, n° 197, N. RIAS, *op. cit.*, n° 72 et s., J.-H. ROBERT, art. cit., F. ROUSSEAU, art. cit., et « Observations sur la répression inégalitaire de l'imprudence », préc., J.-Ch. SAINT-PAU, art. cit., « La responsabilité des personnes morales : réalité et fiction », préc., et « La responsabilité pénale d'une personne physique agissant en qualité d'organe ou représentant une personne morale », préc., N. STONESTREET, *op. cit.*, n° 325, J. TRICOT, art. cit., et V. WESTER-OUISSE, art. cit.

le compte d'une personne morale ne soient plus responsables qu'à la condition qu'elles aient commis une faute distincte de celle requise pour l'engagement de la responsabilité du groupement. Il faudrait, par exemple, outre la commission de l'infraction intentionnelle, la recherche d'un intérêt personnel, ou, en plus de la réalisation d'un délit ou de contravention non intentionnelles, une action volontaire et une participation « *personnelle et déterminante dans la conception, l'organisation ou la mise en œuvre de l'infraction* »²⁸²⁴.

519. Bilan. Si la situation n'est donc pas exactement la même en matière pénale et en matière civile, les tendances restent cependant similaire, qui dénote un déclin partagé de la responsabilité comportementale à mesure que progresse la responsabilité fondée sur la direction d'autrui. Mais cette progression n'est elle-même que la manifestation du phénomène plus général et incontestable de l'essor de la responsabilité fonctionnelle, sur lequel il semble nécessaire de porter maintenant un regard plus critique. Car, au regard des fonctions respectives de chacune des applications techniques de la responsabilité en droit privé, la légitimité de cette évolution du droit positif ne saurait être toujours la même.

Section 2. La légitimité de l'essor de la responsabilité fonctionnelle

520. Formes et domaine de l'essor. La réponse à la question de la légitimité des développements de la responsabilité fonctionnelle en droit positif dépend de deux facteurs. Tout d'abord, elle est fonction de la forme du phénomène que l'on prend en compte. Sa valeur ne saurait être identique, en effet, selon que l'on s'intéresse à la forme additive de la responsabilité fonctionnelle, venant comme supplément de la responsabilité comportementale²⁸²⁵, ou à sa forme substitutive, conçue comme suppléante de cette dernière. Ensuite, il faut aussi distinguer selon qu'on raisonne par rapport aux fonctions du droit civil de la responsabilité, orientées vers la protection de l'intérêt particulier des sujets de droit, ou à celles de son homologue pénal, tendues vers la protection objective et subjective de la société.

Ces éléments conjugués, il apparaît que la solution au problème n'est pas unique. Une tendance générale se profile néanmoins. D'un point de vue global, le phénomène de l'essor de la responsabilité fonctionnelle se révèle plutôt négatif, soit que sa légitimité ne soit que relative en matière civile (§1), soit que son illégitimité, au contraire, soit absolue en droit pénal de la responsabilité (§2).

²⁸²⁴ B. BOULOC, *op. cit.*, n° 335. Dans le même sens, v. H. MATSOPOULOU, « La généralisation de la responsabilité pénale des personnes morales », art. *cit.*, et J.-Ch. SAINT-PAU, art. *cit. Adde*, respectivement favorables à l'immunité des préposés et des dirigeants, A. LEGAL, art. *cit.*, et M.-L. RASSAT, *op. cit.*, n° 410.

²⁸²⁵ Il importe de signaler à ce stade que la forme additive de la responsabilité fonctionnelle n'intéresse pas seulement la responsabilité du fait d'autrui mais également la responsabilité du fait des choses. Dès lors que celle-ci ne suppose pas de relever une faute du gardien, il est tout à fait possible de recourir à la fois contre ce dernier, à raison de sa fonction, et contre un tiers, sur le fondement de son comportement, y compris dans le maniement de la chose. Il n'est que de citer l'exemple de la victime d'une chose utilisée par un préposé pour s'en convaincre, celle-ci pouvant agir à la fois contre le commettant comme gardien, et contre l'auteur comme fautif (à condition, néanmoins, que la jurisprudence *Costedoat* ne soit pas applicable).

§1. La légitimité relative de l'essor de la responsabilité fonctionnelle en matière civile

521. Conformité partielle à la fonction victimaire du droit civil de la responsabilité.

Si la légitimité de la responsabilité fonctionnelle en droit civil de la responsabilité n'est que relative, c'est que toutes ses formes ne coïncident pas avec la fonction victimaire de cette application technique de la responsabilité juridique. Ainsi, alors que la responsabilité fonctionnelle de type additif lui est totalement conforme (A), sa forme substitutive, à l'inverse, lui est évidemment nocive (B).

A- La conformité de la responsabilité fonctionnelle additive au droit civil

522. **Le bien et le mieux.** Par principe, la responsabilité fonctionnelle est parfaitement adaptée à la fonction du droit civil de la responsabilité (1). Mais, le bien se trouve être ici l'ennemi exceptionnel du mieux, le droit positif pouvant encore être amélioré. C'est autrement dire que la responsabilité fonctionnelle semble pouvoir, et devoir, être renforcée pour satisfaire de manière optimale les objectifs du droit civil (2).

1. La conformité de principe de la responsabilité fonctionnelle au droit civil

523. **Conformité de l'addition de responsabilités à la fonction victimaire du droit civil.** Le droit civil de la responsabilité vise à satisfaire l'intérêt personnel de victimes, *de lege lata*, par la réparation des dommages qu'elles subissent, et, *de lege ferenda*, par la prévention de risques qu'elles encourent²⁸²⁶. A cette fin, il permet la désignation d'un responsable qui, à ses frais ou à ses efforts, sera obligé de mettre un terme ou de compenser la dysharmonie sociale engendrée par le fait générateur de responsabilité qui lui est imputé. Il va de soi que plus il y aura de responsables et plus il y aura de chances que ces victimes voient leur créance être mise à exécution et leur besoin d'indemnisation ou de prévention être comblé. Cette pluralité de responsables peut se retrouver en cas de coaction mais il s'agit là d'une question de circonstances que le législateur ne saurait régler par l'invention de participants supplémentaires.

En revanche, il peut instaurer un cas de responsabilité fonctionnelle, dont la forme additive a également pour effet de proposer à la victime un débiteur supplémentaire à même de pourvoir à ses besoins. Mais il y a mieux. A l'origine, la responsabilité fonctionnelle a précisément cela pour fonction. En d'autres termes, il est de sa nature d'être de type additif. Car si la responsabilité fonctionnelle doit être juste – caractère qu'elle trouve dans son fondement, à savoir l'idée d'autorité prise comme composante de la fonction sociale de l'attributaire, elle doit aussi être utile. Et son utilité est effectivement de fournir à la victime

²⁸²⁶ V. *supra* n° 112 et s.

un débiteur plus solvable que ne pourrait l'être l'auteur²⁸²⁷. Il suffit que de se référer aux hypothèses de responsabilité du fait d'autrui : les parents sont responsables de leurs enfants mineurs, les employeurs de leurs salariés, les personnes morales de leurs membres, des personnes physiques qui l'amènent au commerce juridique ou des personnes placées sous leur garde faute d'autonomie physique ou intellectuelle et, souvent aussi, d'indépendance financière. *La solvabilité du responsable fonctionnel est son utilité.*

La conclusion s'impose alors d'elle-même. *Responsabilité fonctionnelle additive et responsabilité civile se marient parfaitement. Elles coïncident de par leur fonction.* Il n'en demeure pas moins, pourtant, que le droit positif pourrait renforcer la responsabilité fonctionnelle afin de lui permettre, tout en demeurant juste de par son fondement, d'être encore plus utile au droit civil de la responsabilité.

2. Le renforcement nécessaire de la responsabilité fonctionnelle en droit civil

524. Nécessité du renforcement dans la responsabilité du fait des choses. Les améliorations pouvant être apportées au droit positif de la responsabilité sans faute et mériteraient sans doute plus de développements et d'importants débats. Il ne s'agira donc ici que d'émettre quelques propositions qui permettraient d'aller dans le sens d'un renforcement de leur nature fonctionnelle et de leur adéquation à la satisfaction des finalités du droit civil. A ce titre, l'on distinguera responsabilité du fait des choses et responsabilité du fait d'autrui.

La première n'est pas fondée sur la faute mais sur la garde. Il reste que l'appréhension jurisprudentielle de cette notion conduit à donner à ce régime de responsabilité une nature hybride, oscillant entre responsabilité comportementale et responsabilité fonctionnelle, qui n'est pas satisfaisante²⁸²⁸. La conception matérielle de la garde, couplée à la dichotomie de la garde de la structure et du comportement, présente de nombreux inconvénients pour les victimes. Ils sont d'ailleurs constamment dénoncés par la doctrine qui reproche à la construction prétorienne son imprévisibilité, source d'une insécurité juridique diminuant les chances d'indemnisation des justiciables, en même temps que le temps et les frais qu'elles dépendent du fait de leurs démarches judiciaires augmentent²⁸²⁹. Que l'on prenne la mesure de

²⁸²⁷ En ce sens, v. not. Ph. BRUN, « L'évolution des régimes particuliers de responsabilité du fait d'autrui », préc., B. DE BERTRIER-LESTRADE, art. cit., G. DURRY, art. cit., M. FABRE-MAGNAN, op. cit., p. 328, P. JOURDAIN, « La responsabilité du fait d'autrui à la recherche de ses fondements », préc., J. JULIEN, op. cit., n° 261 et s., J. MOULY, art. cit., Ch. RADE, « Faut-il reconnaître l'existence d'un principe général de responsabilité du fait d'autrui ? », préc., G. RIPERT, op. cit., n° 126, S. SANA-CHAILLE DE NERE, « La faute d'autrui », préc., F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, op. cit., n° 804 et s., et G. VINEY, art. cit.

²⁸²⁸ V. supra n° 485 et s.

²⁸²⁹ V. not., les critiques portant surtout sur la théorie des deux gardes, A. BENABENT, op. cit., n° 619, Ph. BRUN, op. cit., n° 380, Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *La responsabilité délictuelle*, préc., n° 116, J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, op. cit., n° 259 et s., B. GOLDMAN, « Garde du comportement et garde de la structure », préc., qui reconnaît lui-même les conséquences fâcheuses de sa thèse, Ph. LE TOURNEAU *et alii*, op. cit., n° 7874, Ph. MALINVAUD et D. FENOUILLET, op. cit., n° 644, H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, op. cit., n° 1160-3, S. RETIF, « Un critère unique de la garde d'une chose : la faculté de prévenir le préjudice qu'elle peut causer ? », préc., B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, op. cit., n° 515

leurs difficultés. Pour obtenir réparation, les victimes doivent identifier le gardien. Or, vue la jurisprudence, cela suppose de multiples précisions : s'agit-il d'une chose douée d'un dynamisme propre ? Si oui, le dommage est-il imputable à la structure ou au comportement de la chose ? A supposer que l'on puisse faire le départ entre les deux, et dans la première hypothèse, qui avait la garde de la structure : le fabricant, le vendeur ou le propriétaire²⁸³⁰ ? L'avaient-ils encore d'ailleurs, puisque la distinction ne vaut que durant un temps limité par un délai dont seule la Cour de cassation a le secret²⁸³¹ ? En plus de cette insécurité juridique, le risque que présente cette jurisprudence est aussi celui d'une instabilité dans la qualification des faits et d'une inégalité dans la résolution des problèmes, voire un danger de contrariétés de décisions au cours d'une même affaire²⁸³².

On propose des solutions : la possibilité de cumuler les actions contre tous les gardiens potentiels et de les faire condamner *in solidum*²⁸³³ ; l'existence d'une présomption reposant sur le gardien de la structure ou sur le gardien juridique²⁸³⁴. Celles-ci ne semblent, néanmoins, satisfaisantes ni pour la victime, qui devra malgré tout multiplier ses efforts et ses dépenses, ni pour les défendeurs à l'action, tous n'ayant pas vocation à être condamnés, chacun ayant, en revanche, à subir les inconvénients d'une procédure. Il semble que le problème soit plus général : l'hybridité de la responsabilité du fait des choses du fait de la conception matérielle de la garde, et que la solution soit plus simple : la modification de cette conception. Revenir à la garde juridique paraît, en effet, être juste et utile. Juste, dans la mesure où il paraît légitime que celui qui est titulaire d'un droit, réel ou personnel, d'usage d'une chose²⁸³⁵, et donc d'une autorité juridique sur celle-ci, puisse être considéré comme remplissant une fonction sociale suffisamment tangible pour que lui soit conférée la qualité d'attributaire des faits de cette chose. Il ne s'agit pas de transformer de tels droits en fonction²⁸³⁶ mais de considérer que le propriétaire, l'usufruitier, le créancier d'un droit d'usage ou le preneur à bail par exemple, se trouvent, eux, dans une situation juridique spécifique, la fonction, qui leur confère non

et s., F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n° 789, A. TUNC, « La garde du comportement et la garde de la structure dans la responsabilité du fait des choses inanimées », préc., et « La détermination du gardien dans la responsabilité du fait des choses inanimées », préc., et G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. cit.*, n° 700. Rapp. Ph. BRUN, *Les présomptions dans le droit de la responsabilité civile*, préc., pp. 106 et s.

²⁸³⁰ Sur l'imprévisibilité de la jurisprudence quant à l'attribution de la qualité de gardien de la structure, v. les références citées in Ph. BRUN, *Responsabilité extracontractuelle*, préc., n° 379, J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *op. cit.*, n° 259, A. TUNC, art. cit., et G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. cit.*, n° 696 et s.

²⁸³¹ V. par exemple, Civ. 1, 4 déc. 1973 : *Bull. civ.*, n° 337. Rapp. Civ. 2, 5 juin 1971 : *Bull. civ.*, n° 204.

²⁸³² V. B. GOLDMAN, art. cit.

²⁸³³ V. ainsi, B. GOLDMAN, art. cit., H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, *op. et loc. cit.*, F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. et loc. cit.*, et A. TUNC, articles précités.

²⁸³⁴ V. not. Ph. BRUN, *op. cit.*, n° 379, et *Les présomptions dans le droit de la responsabilité civile*, thèse Grenoble, 1993, pp. 106 et s., et 119, Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *op. et loc. cit.*, B. GOLDMAN, art. cit., H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, *op. et loc. cit.*, et A. TUNC, articles précités.

²⁸³⁵ Et non pas seulement le propriétaire qui n'a pas toujours l'usage de sa chose – et donc l'autorité juridique sur elle – qu'il peut transférer. Une conception large de la garde juridique paraît, en outre, plus conforme au texte de l'article 1384, alinéa 1 du Code civil qui vise la garde et non la propriété. En ce sens, v. Ph. BRUN, *op. cit.*, n° 367, et H. MAZEAUD, « En attendant l'arrêt des Chambres réunies : garde matérielle et garde juridique », préc. *Adde* B. GOLDMAN, art. cit., et L. JOSSERAND, « Le travail de refoulement de la responsabilité du fait des choses inanimées », préc.

²⁸³⁶ Sur cette assimilation, v. not. P. ROUBIER, *op. cit.*, n° 22.

seulement des prérogatives mais aussi des charges juridiques. La conception juridique de la garde offre, de plus, une réelle utilité dans la mesure où elle permet à la victime une identification très précise de l'attributaire du fait de la chose. Celui-ci, pouvant prévoir l'engagement éventuel de sa responsabilité, sera également dans une position plus favorable, puisqu'il sera en mesure de s'assurer en conséquence²⁸³⁷. Le renforcement de la nature fonctionnelle de la responsabilité du fait des choses, seule à même de lui donner un véritable intérêt au regard de la responsabilité du fait personnel²⁸³⁸, paraît donc passer par un retour à la conception juridique de la garde, soit sur les acquis de l'arrêt *Franck*²⁸³⁹.

525. Nécessité du renforcement dans la responsabilité du fait d'autrui. Quant aux évolutions souhaitables de la responsabilité du fait d'autrui, elles paraissent moins importantes du fait que ces régimes sont déjà intégralement fonctionnels. Il semble qu'il faille, par ailleurs, distinguer entre les deux modèles, parental et patronal, de responsabilité du fait d'autrui.

Concernant le premier, d'une part, quelques modifications semblent pouvoir être apportées tant à sa manifestation spéciale qu'à son expression générale. La responsabilité parentale, tout d'abord, repose, depuis l'arrêt *Bertrand*, sur l'autorité parentale couplée à l'existence d'un lien de filiation entre l'auteur et le responsable. Privé de tout lien avec la faute du responsable, ce régime reste bridé dans ses potentialités par le maintien dans le Code civil de l'exigence d'une cohabitation des parents avec le mineur. Même conçue de manière abstraite en effet, celle-ci limite les possibilités d'engagement de la responsabilité du parent qui, en cas de séparation, ne réside pas habituellement avec le mineur²⁸⁴⁰. Par là même, les victimes se voient privées d'un débiteur, et ce, en raison d'une exigence qui n'a plus aucun rapport avec le fondement de cette responsabilité. La suppression de la condition de cohabitation, souhaitée par plus d'un auteur, semble donc être une solution pertinente pour renforcer la nature fonctionnelle de la responsabilité parentale et optimiser les chances d'indemnisation des victimes²⁸⁴¹. Concernant, ensuite, la responsabilité du gardien d'autrui fondée sur l'article

²⁸³⁷ V. en ce sens, G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. cit.*, n° 701.

²⁸³⁸ Comp. Ph. BRUN, *op. cit.*, n° 380.

²⁸³⁹ Assez favorables à la garde juridique, v. Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *op. cit.*, n° 199, et G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. et loc. cit.* Le législateur ne paraît pas se diriger dans cette voie. V. l'article 1354-2 de l'avant-projet Catala, préc., l'article 1386-6 de la proposition sénatoriale n° 657 de loi portant réforme de la responsabilité civile, et l'article 20, alinéa 3 du projet de réforme proposé par l'Académie des sciences morales et politiques, publié in *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, préc.

²⁸⁴⁰ V. not. A. PONSEILLE, « Le sort de la condition de cohabitation dans la responsabilité civile des père et mère du fait dommageable de leur enfant mineur », préc., et C. SIFFREIN-BLANC, « Vers une réforme de la responsabilité civile des parents », préc.

²⁸⁴¹ Favorable à cette suppression, v. not. L. PERDRIX, *op. cit.*, n° 581 et s., Ch. RADE, « La responsabilité civile des père et mère. De l'autorité parentale à la responsabilité parentale », préc., et C. SIFFREIN-BLANC, art. cit. Rapp. F. ALT-MAES, « La garde, fondement de la responsabilité du fait du mineur », préc. Les projets de réforme du droit de la responsabilité civile sont d'ailleurs en ce sens, qui ne font plus référence qu'à l'autorité parentale, n'évoquant même plus la cohabitation. V. ainsi l'article 1356, alinéa 2, de l'avant-projet Catala, l'article 14, alinéa 2, de la proposition de réforme de l'Académie des sciences sociales et politiques, publiée in *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, préc., et l'article 1386-7, alinéa 2, de la proposition

1384, alinéa 1^{er} du Code civil, il serait tout à fait envisageable de la généraliser véritablement. Non seulement cette solution paraît légitime, en raison de la fonction sociale évidente du gardien d'autrui, chargé par la loi ou par le juge d'une mission comportant pouvoir et devoir à l'égard de la personne gardée, mais elle semble encore être, en plus, tout à fait praticable. La catégorie des personnes nécessitant d'être gardées peut être aisément délimitée. Elle l'a déjà été, du reste, avec précision et justification par un auteur dans sa thèse de doctorat²⁸⁴² : il s'agit des mineurs, des majeurs handicapés mentaux et des personnes punies de peines privatives de liberté²⁸⁴³. Sa proposition de thèse²⁸⁴⁴ pourrait donc très bien être consacrée, sous réserve de bien insister sur la source, juridique, de l'autorité fondant la responsabilité du gardien d'autrui, qui apparaît comme aussi, sinon plus, importante que la nature, intellectuelle, de son pouvoir sur autrui. Quant à la question, enfin, de savoir s'il faudrait supprimer la responsabilité parentale pour la laisser être absorbée par la responsabilité générale du gardien d'autrui, cette solution ne paraît pas opportune. L'exigence du lien de filiation n'est pas anodine. Techniquement en effet, elle ajoute au pouvoir juridique de garde intellectuelle. Politiquement surtout, elle envoie un signal fort aux parents et met en exergue la particularité et l'importance de la fonction sociale dont ils sont investis. Par conséquent, il serait très peu pertinent de la confondre avec les autres hypothèses de responsabilité fondée sur la garde d'autrui. Cela reviendrait à tenir les parents pour des gardiens comme les autres.

D'autre part, pour ce qui est du modèle patronal de responsabilité, les choses paraissent à la fois plus et moins compliquées. Moins compliquées quant à ses émanations spéciales en premier lieu, puisque, par exemple, il ne semble pas indispensable de modifier la responsabilité des commettants du fait de leurs préposés, qui a surtout besoin que la Cour de cassation se montre plus stable et explicite dans ses solutions de principe²⁸⁴⁵. On pourrait peut-être, par ailleurs, faire évoluer la responsabilité des artisans du fait de leurs apprentis et le rapprocher de ce modèle, en renforçant le lien entre la faute des derniers et l'activité des premiers²⁸⁴⁶. En second lieu, se pose la question de l'opportunité de généraliser l'application de l'article 1384, alinéa 1^{er} à toutes les hypothèses de direction de l'activité d'autrui. La jurisprudence hésite elle-même, qui refuse parfois de retenir la responsabilité d'une personne morale à raison de l'activité de ses membres. Ainsi l'action en responsabilité exercée contre une association de chasse du fait du dommage causé par un chasseur a-t-elle pu être rejetée

sénatoriale n° 657 de loi portant réforme de la responsabilité civile. *Contra* v. J. JULIEN, *op. cit.*, n° 133, qui voit dans la cohabitation un élément permettant de présumer la volonté d'exercer l'autorité parentale, volonté qu'il considère comme le fondement de la responsabilité parentale, et F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n° 820, qui estiment d'ailleurs que l'abstraction de la notion confine à un juridisme excessif dû à l'idéologie de la réparation.

²⁸⁴² L. PERDRIX, *op. cit.*, n° 227 et s.

²⁸⁴³ Pour plus de détails, v. *supra* n° 490.

²⁸⁴⁴ V. spéc. *op. cit.*, n° 675 et s.

²⁸⁴⁵ V. spéc. N. MOLFESSIS, *art. cit.*

²⁸⁴⁶ V. not. Ph. BRUN, *art. cit.*

par la Cour de cassation²⁸⁴⁷. Cette position semble devoir être approuvée, tant il est vrai qu'outre le fait que la catégorie des personnes agissant sous l'autorité fonctionnelle d'autrui est difficilement quantifiable et limitable, il n'apparaît pas toujours légitime de rendre responsable celui pour le compte duquel est menée une activité. Tous les mandants devraient-ils être responsables des fautes de leurs mandataires ? La gestion d'affaire devrait-elle être accompagnée d'une responsabilité du fait du gérant à la charge du maître de l'affaire ? On peut avoir du mal à l'admettre, car voir là des fonctions sociales propres à bien fonder l'attribution d'un fait générateur de responsabilité n'est pas évident. En matière de responsabilité fondée sur la direction d'autrui, la politique la plus adaptée résiderait, dès lors, non pas dans une généralisation du modèle mais plutôt dans une multiplication des cas particuliers²⁸⁴⁸. Par exemple, on pourrait fonder sur l'article 1384, alinéa 1^{er}, dans l'attente d'une consécration légale, le principe de la responsabilité civile des personnes morales du fait des organes ou représentants agissant pour leur compte²⁸⁴⁹. Si l'absence d'une interprétation féconde de cette disposition empêchait, au moment de sa reconnaissance jurisprudentielle, d'en faire une responsabilité du fait d'autrui en dehors des cas spéciaux prévus par le législateur, rien ne l'empêche plus depuis l'arrêt *Blieck*. La référence inappropriée et insensée à l'article 1382 doit donc être aujourd'hui abandonnée et oubliée.

Ces quelques pistes de réflexions ne sont sans doute pas suffisantes et c'est une réflexion d'ensemble qui devrait, en réalité, être menée au sujet de la responsabilité fonctionnelle en droit civil. Elles ont toutefois le mérite de montrer que des progrès restent à faire et peuvent être faits en la matière, permettant ainsi d'améliorer l'efficacité fonctionnelle du droit civil de la responsabilité. Pourtant, cela resterait peine perdue si n'était pas dénoncée la nocivité de la responsabilité fonctionnelle substitutive.

B- La nocivité de la responsabilité fonctionnelle substitutive au droit civil

526. L'exclusion nécessaire des immunités fonctionnelles du droit civil de la responsabilité. Le problème de la responsabilité fonctionnelle substitutive se réduit tout entier à celui des *immunités fonctionnelles*. De nombreux auteurs y sont très favorables²⁸⁵⁰,

²⁸⁴⁷ V. Civ. 2, 11 sept. 2008 : *Bull. civ.*, n° 192 ; *D.*, 2008, pan., obs. GOUT, p. 51 ; *JCP*, 2008, II, 10184, note J. MOULY ; et *Resp. civ. et assur.*, 2008, comm. n° 313, note H. GROUDEL. De même, la fédération nationale des syndicats d'exploitants agricoles n'a pas à répondre des dommages causés par des agriculteurs. V. Civ. 2, 26 oct. 2006 : *Bull. civ.*, n° 299 ; *D.*, 2007, note LAYDU, p. 204 ; *JCP*, 2007, I, 115, note Ph. STOFFEL-MUNCK, et II, 10104, note J. MOULY ; *Resp. civ. et assur.*, 2006, comm. n° 365, note Ch. RADE ; et *RTD Civ.*, 2007, obs. P. JOURDAIN, p. 357.

²⁸⁴⁸ En ce sens, v. Ph. BRUN, art. *cit.*

²⁸⁴⁹ V. not. en ce sens, A. BENABENT, *op. cit.*, n° 588, A. BORIES, art. *cit.*, et G. WICKER, art. *cit.*, n° 76 et 81. Comp. Ph. LE TOURNEAU *et alii*, *op. cit.*, n° 1378.

²⁸⁵⁰ V. les références citées *supra* aux notes sous les n° 514 et s.

proposant même de les étendre à tous les régimes de responsabilité du fait d'autrui²⁸⁵¹. Toutefois, cette position ne fait pas vraiment l'unanimité. C'est que ces immunités fonctionnelles apparaissent tout à fait inadaptées aux fonctions du droit civil de la responsabilité dont il faut, partant, les exclure.

La raison en est qu'elles sont, en premier lieu, injustes. Elles le sont pour la victime qui, en se voyant interdire d'agir contre l'auteur, préposé ou dirigeant, perd une chance d'être indemnisée par la personne dont le comportement même est à l'origine du dommage qu'elle subit. Si l'on peut comprendre qu'il y ait des raisons valables de protéger les individus qui exercent certaines fonctions – soit en raison de la fragilité sociale de leur situation, soit pour inciter à l'accomplissement desdites fonctions, on voit mal, en revanche, pourquoi cette protection devrait primer celle accordée aux victimes par le droit de la responsabilité. En outre, le privilège prétorien accordé aux préposés et aux dirigeants sociaux est d'autant moins fondé qu'il apparaît comme contraire au droit écrit de la responsabilité. On peut douter de la constitutionnalité d'une telle jurisprudence, d'une part, dans la mesure où le principe de responsabilité du fait personnel a été consacré par le Conseil constitutionnel²⁸⁵². Si celui-ci n'a pas exclu qu'il puisse y avoir responsabilité sans faute, autorisant par là même la responsabilité fonctionnelle additive, il a cependant posé comme règle que toute victime d'une faute doit pouvoir agir contre son auteur, condamnant de ce fait la responsabilité fonctionnelle substitutive²⁸⁵³. D'autre part, les immunités fonctionnelles sont tout simplement contraire à la législation. Elles le sont non seulement au Code civil²⁸⁵⁴ – les articles 1382 et suivants ne distinguant aucunement selon la gravité des fautes commises et postulant le principe inverse de l'universalisme de la responsabilité civile²⁸⁵⁵ – mais aussi aux dispositions du Code de commerce régissant la responsabilité des dirigeants de droit – lesquelles ne requièrent pas de faute d'une gravité particulière, se bornant à renvoyer à la faute de gestion ou à la violation des statuts et des règles applicables aux sociétés²⁸⁵⁶. Le Conseil

²⁸⁵¹ V. not. C. BENOIT-RENAUDIN, *op. cit.*, n° 726, J. MOULY, *art. cit.*, et Ch. RADE, « Faut-il reconnaître l'existence d'un principe général de responsabilité du fait d'autrui ? », *préc. Contra v. L. PERDRIX, op. cit.*, n° 737 et s.

²⁸⁵² V. Cons. const., 9 nov. 1999, *préc.*

²⁸⁵³ En ce sens, v. not. Ph. BRUN, *op. cit.*, n° 466, et *art. cit.*, B. DE BERTRIER-LESTRADE, *art. cit.*, et G. DURRY, *art. cit.*

²⁸⁵⁴ V. not. A. BORIES, *art. cit.*, Ph. BRUN, *op. et loc. cit.*, B. DE BERTRIER-LESTRADE, *art. cit.*, G. DURRY, *art. cit.*, et V. WESTER-OUISSE, *art. cit.*, et « La jurisprudence et les personnes morales. Du propre de l'homme aux droits de l'homme », *préc.*

²⁸⁵⁵ V. *supra* n° 191 et s., et 201.

²⁸⁵⁶ C. com., art. L. 223-2 et L. 225-251. Le succès de l'action exercée par un associé pour la réparation de son préjudice personnel n'est pas non plus soumis à la démonstration d'une faute détachable. V. Com., 9 mars 2010 : D., 2010, obs. A. LIENHARD. Considérant que l'immunité du dirigeant est contraire aux dispositions du Code de commerce, v. B. DE BERTRIER-LESTRADE, *art. cit.*, F. DESCORPS DECLERE, *art. cit.*, et V. WESTER-OUISSE, articles précités. *Contra* J.-F. BARBIERI, « Responsabilité de la personne morale ou responsabilité de ses dirigeants ? La responsabilité personnelle à la dérive », *préc.*, qui estime que ces textes ne concernent que l'ordre interne des rapports unissant la personne morale et ses membres au dirigeant, et non pas les relations que tisse celui-ci avec les tiers. A retenir cette conception, c'est donc le droit commun qui aurait vocation à s'y appliquer, ce qui ne changerait rien au grief d'illégalité de l'immunité. *Adde* sur la question, J.-Ch. PAGNUCCO, *op. cit.*, n° 636 et s.

constitutionnel, il est vrai, ne ferme pas la porte à toute exception législative au principe de la nécessité de la responsabilité comportementale²⁸⁵⁷ mais c'est justement là où le bât blesse : les exceptions à la responsabilité du fait personnel sont d'origine jurisprudentielle et non législative ! La Cour de cassation viole donc à la fois la constitution et la loi.

En plus d'être illégitimes, les immunités fonctionnelles sont, en second lieu, inutiles. Tout d'abord, en privant les victimes d'un débiteur potentiel, elles ne réduisent pas seulement leurs possibilités d'être indemnisées ou de voir leur risque de dommage être prévenu, elles remettent aussi en cause tout l'intérêt de la responsabilité fonctionnelle. Celle-ci remplace dorénavant la responsabilité comportementale mais ne prend plus place à ses côtés. L'évolution vers cette forme de responsabilité fonctionnelle va donc à l'encontre des objectifs du droit civil de la responsabilité en diminuant l'efficacité de sa fonction victimaire. Faute de solvabilité du responsable fonctionnel, la victime se trouvera privée de recours, et ce, alors même que l'auteur du fait générateur de responsabilité – sur lequel on pensait pouvoir toujours compter – serait identifié et parfaitement solvable²⁸⁵⁸. Certains auteurs estiment que cela n'est pas bien grave, l'insolvabilité étant un aléa auquel une victime se heurte

²⁸⁵⁷ V. Cons. const., 22 juill. 2005, n° 2005-522 DC : *JCP*, 2006, I, 111, obs. Ph. STOFFEL-MUNCK. Sur ce point, v. C. BENOIT-RENAUDIN, *op. cit.*, n° 474 et s., et L. PERDRIX, *op. cit.*, n° 752 et s.

²⁸⁵⁸ V. not. J.-F. BARBIERI, « Responsabilité de l'entreprise et responsabilité de ses salariés. A la recherche de l'équilibre perdu », préc., A. BORIES, art. *cit.*, B. DE BERTRIER-LESTRADE, art. *cit.*, F. DESCORPS DECLERE, art. *cit.*, G. DURRY, art. *cit.*, M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, p. 337, M.-C. GUERIN, art. *cit.*, J. JULIEN, *op. cit.*, n° 272 et s., L. MICHOU, *op. et loc. cit.*, N. MOLFESSIS, art. *cit.*, F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n° 838 et 846, et V. WESTER-OUISSE, articles précités. Rapp. M.-A. PEANO, art. *cit.* Adde, déjà, B. STARCK, *op. cit.*, p. 256. L'importance de la remarque apparaît avec encore plus d'éclat si l'on pense au problème de l'articulation des régimes de responsabilité fonctionnelle. En effet, il semble que les responsabilités fondées sur la garde doivent céder, en vertu de la règle *specialia generalibus derogant*, devant celles reposant sur la direction d'autrui. La nature fonctionnelle que prend le fait générateur de responsabilité dans ces derniers lui confère une particularité invitant à l'attribuer à celui sous l'autorité fonctionnelle duquel il est accompli. C'est ainsi que le fait préjudiciable d'un mineur apprenti paraît devoir être imputé à l'artisan plutôt qu'à ses parents ou que celui du majeur handicapé mental commis à l'occasion d'un travail salarié pourrait sembler devoir être rattaché au commettant et non à l'institution qui en a la garde. Sur cette solution, que semble retenir la Cour de cassation (v. par exemple, Civ. 2, 18 mars 1981 : *Bull. civ.*, n° 69, et Crim. 2 oct. 1985 : *Bull. crim.*, n° 294), v. not. Ph. BRUN, *op. cit.*, n° 483 et s., F. LEDUC, « Les rapports entre les différentes responsabilités du fait d'autrui », *Resp. civ. et assur.*, hors-série nov. 2000, *La responsabilité du fait d'autrui. Actualité évolutions*, préc., pp. 18 et s., L. PERDRIX, *op. cit.*, n° 710 et s., et A. VIGNON-BARRAULT, « L'autorité, critère d'identification du responsable », préc. On mesure donc à quel point les immunités fonctionnelles pourraient ruiner la totalité de l'édifice de la responsabilité fonctionnelle. Elle sortirait en effet de leur domaine – celui de la responsabilité pour direction d'autrui qu'elles privent déjà d'utilité – pour contaminer jusqu'aux régimes fondés sur la garde. On signalera d'ailleurs au passage que cette forme d'articulation des responsabilités fonctionnelles est, à juste titre, assez discutée. Dès lors que l'on admet que fonction et comportement sont deux titres, aussi légitimes l'un que l'autre, d'attribution d'un fait générateur de responsabilité, on pourrait considérer qu'aucun rapport de spécial à général ne devrait être établi entre eux. Par conséquent, à compter du moment où les conditions légales d'attribution sont réunies à l'égard de plusieurs attributaires d'un fait générateur unique, tous devraient pouvoir être tenus à réparation, et ce, à parts viriles. Ce serait peut-être cela, d'ailleurs, la véritable responsabilité du fait d'autrui. Ni une fausse responsabilité du fait d'autrui en réalité fondée sur la faute personnelle du responsable, ni une pseudo-responsabilité servant uniquement de garantie temporaire de l'insolvabilité d'autrui, ni même une responsabilité directe du fait d'autrui supposant l'absence de primo-responsable. Tout simplement, une responsabilité fonctionnelle venant au côté d'une responsabilité comportementale, pour un fait générateur unique, et imposant à l'attributaire une obligation de réparation équivalente à celle de l'auteur.

toujours²⁸⁵⁹. La remarque est néanmoins gênante, qui semble perdre de vue la fonction générale de la responsabilité civile en même temps que celle, historique, de la responsabilité fonctionnelle. Elle apparaît cruelle, en outre, lorsque l'on remarque que, la plupart des fautes de fonction étant non intentionnelles, elles sont tout à fait assurables²⁸⁶⁰. L'opinion convainc d'autant moins que ces immunités ne se caractérisent même pas, ensuite, par une utilité incontestable pour l'auteur. Elles présentent certes l'avantage indéniable de le protéger. Mais elles ont également de nombreux inconvénients. Cette protection absolue de l'auteur, contre l'action récursoire du *solvens* mais aussi contre celle principale du créancier, revient tout à la fois à nier son libre arbitre²⁸⁶¹ – le pauvre ne serait qu'une pièce de la machine-entreprise perdant toute maîtrise de son corps et toute conscience des incidences de son activité – et à le déresponsabiliser²⁸⁶². La conséquence logique en est forcément le risque d'une multiplication des dommages, qui n'évitera pas des réactions dans l'ordre interne des relations unissant le responsable et l'auteur, éventuellement disciplinaires, qui seront peut-être moins contrôlées ou moins contrôlables. Les immunités ne sont d'ailleurs pas forcément utiles à l'auteur, en cet autre sens que le moyen employé semble dépasser le résultat visé. C'est autrement dire que, si les immunités fonctionnelles doivent être exclues, c'est avant tout parce qu'il est possible de trouver d'autres solutions au problème social qu'elles tendent à régler, à savoir la protection des individus revêtant les fonctions de salarié et de dirigeant social.

527. Les alternatives possibles aux immunités fonctionnelles hors du droit civil de la responsabilité. Quelques propositions ont été faites pour compenser les effets néfastes des immunités fonctionnelles. D'aucuns estiment ainsi que pourrait être maintenu un recours de nature subsidiaire contre le préposé ou le dirigeant, au cas d'insolvabilité du commettant ou de la personne morale²⁸⁶³. La solution serait, certes, plus équilibrée que celle qui a cours en droit positif. Mais elle demeure tout de même insuffisante et inadaptée au droit civil de la responsabilité. Tout d'abord, elle revient à renverser l'ordre des choses. Alors que la responsabilité fonctionnelle était initialement conçue comme une garantie supplémentaire d'indemnisation de la victime, au cas d'insolvabilité de l'auteur employé ou personne physique, voilà qu'elle deviendrait une responsabilité de "premier rang", soutenue, au besoin, par la responsabilité du préposé ou du dirigeant, lesquels joueraient désormais le rôle de

²⁸⁵⁹ V. ainsi C. BENOIT-RENAUDIN, *op. cit.*, n° 62, et 485 et s., et J.-F. QUIEVY, *op. cit.*, n° 196 et s.

²⁸⁶⁰ V. M. COZIAN, A. VIANDER et F. DEBOISSY, *op. cit.*, n° 298.

²⁸⁶¹ V. en ce sens, Ph. BRUN, *art. cit.*, et B. DE BERTRIER-LESTRADE, *art. cit.*

²⁸⁶² A cet égard, v. not. A. BORIES, *art. cit.*, Ph. BRUN, *art. cit.*, et « Le nouveau visage de la responsabilité du fait d'autrui (Vers l'irresponsabilité des petits ?) », préc., M. COZIAN, A. VIANDER et F. DEBOISSY, *op. cit.*, n° 293, B. DE BERTRIER-LESTRADE, *art. cit.*, F. DESCORPS DECLERE, *art. cit.*, Ph. LE TOURNEAU *et alii*, *op. cit.*, n° 1374, et V. WESTER-OUISSE, articles précités. V. déjà dans le même sens, R. DEMOGUE, *op. cit.*, n° 343, et B. STARCK, *op. et loc. cit.* La remarque n'est pas hors de propos car, bien que la fonction victimaire de la responsabilité civile ne doive pas, pour être efficace, rechercher à s'adresser à la conscience du responsable pour le dissuader de commettre le fait générateur de responsabilité, il est inutile de nier que cette discipline peut avoir un tel effet qu'il serait évidemment dommage de ne pas exploiter.

²⁸⁶³ Pour une telle proposition, v. G. DURRY, *art. cit.*, et J. MOULY, *art. cit.* Adde déjà R. SALEILLES, *op. et loc. cit.*

garant²⁸⁶⁴. Autant dire que cette conception est littéralement révolutionnaire. Ensuite, il faut rejeter cette proposition pour une raison plus radicale encore. C'est qu'elle ne prend pas acte du fait que, bien que le souci de protéger le salarié ou le dirigeant de société soit un objectif social admissible, il n'en demeure pas moins qu'il n'est pas celui qui anime le droit civil de la responsabilité. Celui-ci a en vue les victimes. Les immunités, qui les sacrifient, se révèlent donc, par définition, inadaptées à la responsabilité civile. Elles sont hors-sujet. Il existe d'autres disciplines juridiques, dédiées en tout ou partie à la situation juridique du salarié et du dirigeant social, qui peuvent, le cas échéant, fournir des solutions propres à les protéger. Partant, l'alternative aux immunités fonctionnelles pourrait résider dans la distinction de l'obligation et de la contribution à la dette²⁸⁶⁵.

Concernant la première, d'une part, elle concerne les rapports externes de l'auteur et du responsable, leurs relations avec la victime. Celle-ci doit être protégée pour elle-même, en ce qu'elle a anormalement subi une dégradation de sa situation juridique. A ce titre, elle a droit à réparation ou à prévention et le droit civil, dans le respect des limites inhérentes au concept même de responsabilité juridique, doit tendre autant que possible à en permettre la réalisation. Cela passe par la mise en place éventuelle de responsabilités fonctionnelles et par le maintien perpétuel de la responsabilité comportementale. Le souci de protection de ce dernier à raison de sa fonction ne saurait légitimement être opposé à la victime qui n'a à souffrir de l'insolvabilité d'aucun des co-responsables qui lui sont offerts par la loi. Il n'interviendra que dans un second temps, au stade de la contribution à la dette.

Celui-ci, d'autre part, concerne en effet les rapports internes de l'auteur et du responsable, lesquels sont régis par des disciplines juridiques distinctes du droit de la responsabilité et gouvernées par leur propre logique. Il appartient donc au législateur, s'il entend le faire, d'assurer la protection de l'auteur par le canal de ses droits spéciaux. C'est dans leurs dispositions qu'il faut par conséquent rechercher la solution à ces problèmes. Quant au rapport préposé-commettant en premier lieu, c'est le droit du travail qui doit venir protéger le salarié, car c'est finalement la considération de ce dernier, et non du préposé en général, qui a motivé l'instauration de l'immunité *Costedoat*²⁸⁶⁶. C'est d'ailleurs une raison supplémentaire de la contester en ce qu'elle n'est finalement pas adaptée et pas justifiée pour toutes les hypothèses de préposition²⁸⁶⁷. Le constat confirme ainsi l'analyse : le moyen technique employé dépasse l'objectif politique visé. L'étude du droit du travail révèle que, dans l'ordre interne, le salarié bénéficie d'une certaine protection dans la mesure où sa responsabilité contractuelle ne peut être engagée qu'en cas de faute intentionnelle à l'encontre de

²⁸⁶⁴ V. en ce sens, N. MOLFESSIS, art. cit., L. PERDRIX, *op. cit.*, n° 763, et Ch. RADE, art. cit.

²⁸⁶⁵ V. not. Ph. BRUN, *op. cit.*, n° 462 et 466, et articles précités, et L. PERDRIX, *op. et loc. cit.*

²⁸⁶⁶ Sur ce point, v. C. BENOIT-RENAUDIN, *op. cit.*, n° 606 et s., qui propose d'ailleurs une définition resserrée de la préposition, n'équivalant toutefois pas à celle de salarié, Ph. BRUN, *op. cit.*, n° 453 et s., M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, p. 336, F. GREAU, art. cit., et Ch. RADE, *op. cit.*, n° 323.

²⁸⁶⁷ V. Ph. BRUN, *op. cit.*, n° 463, et D. MAZEAUD, art. cit.

l'employeur²⁸⁶⁸. La protection n'est toutefois qu'à sens unique qui n'est susceptible de bénéficier au salarié qu'en cas d'action personnelle de l'employeur. Une alternative mesurée, protectrice à la fois de la victime et du salarié, pourrait alors consister à étendre cette protection en offrant au travailleur *solvens* une action récursoire contre l'employeur dès lors qu'il n'aura commis qu'une faute non intentionnelle. Le système pourrait être complété par l'interdiction faite au patron de recourir contre son salarié par le biais de l'action subrogatoire de la victime. Pour ce qui intéresse, en second lieu, les rapports personne morale-organe ou représentant, c'est une question qu'il appartient au droit des groupements en général, et au droit des sociétés en particulier, de résoudre. Pour les groupements de droit privé, cela signifie que, dans une large mesure, le droit commun des actes juridiques aura également vocation à s'appliquer et, avec lui, le principe de la liberté contractuelle. Il suffit, pour le constater, de s'intéresser à la législation. Le droit des sociétés ne prévoit aucune limitation légale à la responsabilité des dirigeants envers le groupement et les associés. En d'autres termes, le législateur ne leur attribue pas la moindre protection dans les rapports internes qu'ils nouent avec la personne morale et ses membres. Dès lors, il incombe à ceux-ci de régler cette question par voie contractuelle. Deux voies leurs sont offertes à cette fin. Ils peuvent appréhender la question de manière anticipée, tout d'abord, par la prévision dans l'acte constitutif du groupement ou dans un acte postérieur pris en application de ce dernier, de l'attribution à la personne morale des dettes de responsabilité contractées par le dirigeant du fait des fautes qu'il pourrait commettre dans l'intérêt du groupement. Ensuite, il est possible d'intervenir *a posteriori*, la personne morale s'engageant à payer ces dettes, soit en indemnisant directement la victime, soit en remboursant le dirigeant *solvens*.

528. Bilan. Les immunités fonctionnelles n'ont rien d'indispensable au droit civil de la responsabilité. Au contraire, elles lui sont nocives, ce qui tient sans doute à ce qu'elles ont été édictées en contemplation d'objectifs sociaux étrangers, et même contraires à ceux qu'elle est chargée de poursuivre. Il semble donc nécessaire de les en exclure²⁸⁶⁹, en laissant le soin au droit du travail et au droit des sociétés de protéger les salariés et les dirigeants sociaux comme bon il semblera au législateur de le faire. On en reviendrait alors à une responsabilité fonctionnelle de type exclusivement additif, en harmonie parfaite avec la fonction victimaire du droit de la responsabilité civile. Car, sous réserve des quelques améliorations proposées, l'essor de la responsabilité fonctionnelle en la matière est tout à fait légitime. Et ce à l'exact opposé de ce que l'on peut dire de son évolution en droit pénal.

²⁸⁶⁸ V. *supra* n° 437.

²⁸⁶⁹ Alors que la proposition sénatoriale n° 657 de loi portant réforme de la responsabilité civile n'y fait aucune allusion, signifiant implicitement son refus de consacrer la solution jurisprudentielle, le projet de réforme proposé par l'Académie des sciences morales et politiques, publié *in Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, préc., propose la solution inverse en son article 17, alinéa 3. L'immunité est toutefois réservée au salarié (article 18, alinéa 2, *a contrario*). Quant à l'avant-projet Catala, préc., il propose de consacrer l'immunité du préposé, sous réserve de la solvabilité du commettant (article 1359-1).

§2. L'illégitimité absolue de l'essor de la responsabilité fonctionnelle en droit pénal

529. Pluralité des critiques. *La responsabilité fonctionnelle n'a pas sa place en droit pénal de la responsabilité, et ce, qu'elle qu'en soit la forme, additive ou substitutive.* Son essor en la matière doit dès lors être tenu pour absolument illégitime, pour des raisons à la fois générale (A) et propres à chacune des manifestations spéciales du phénomène (B).

A- L'illégitimité générale de la responsabilité pénale fonctionnelle

530. L'illégitimité de la fonction comme fondement exclusif de la responsabilité pénale. Le droit criminel est gouverné par un grand principe à valeur constitutionnelle, celui de la responsabilité du fait personnel²⁸⁷⁰. C'est qu'il est, en effet, sans intérêt de multiplier les responsables. Lorsqu'il est question de peine, il ne s'agit pas de frapper le plus possible de personnes mais seulement d'atteindre les bonnes, celles qui le méritent et qui sont susceptibles d'en comprendre le sens. C'est la raison pour laquelle le droit criminel ne saurait connaître de responsabilité fonctionnelle.

La fonction ne peut, en premier lieu, constituer le fondement exclusif de la responsabilité pénale. D'un point de vue technique d'une part, une telle solution est, en soi, contraire au principe de responsabilité du fait personnel, qui s'oppose à ce qu'une personne soit tenue pour pénalement responsable d'un fait auquel elle n'a pas pris part. De par sa nature constitutionnelle, cette règle s'impose au législateur mais encore à tous ceux qui sont censés appliquer la loi, à commencer par les juges. Cet impératif n'est pas infondé, qui trouve un relai fonctionnel d'autre part. *A priori*, la fonction de protection sociale qui est celle du droit pénal semble être assurée par la responsabilité fonctionnelle. Quel signal plus fort envoyer à la société que celui qui consiste à dire que certaines valeurs sont si importantes que l'on peut être puni pour les atteintes qui leur sont portées par d'autres personnes que soi ? Les fonctions expressive et de prévention générale du droit pénal de la responsabilité semblent pleinement satisfaites par une telle forme de responsabilité. Selon certains, la responsabilité fonctionnelle permettrait d'assurer une meilleure protection des biens juridico-pénal en diminuant les risques au sein de l'entreprise²⁸⁷¹. Il paraît également que les personnes morales elles-mêmes pourraient être impressionnées par le prononcé d'une peine²⁸⁷². Mais, à la vérité, il y a de fortes raisons de penser que les fonctions du droit pénal ne peuvent s'exprimer vraiment que dans le cadre de la responsabilité comportementale. Tout d'abord, la vocation expressive ou éducative de la peine est ici très douteuse, les infractions concernées par la responsabilité du

²⁸⁷⁰ Cons. const., 2 déc. 1976, n° 76-70 DC.

²⁸⁷¹ V. par exemple, C. DONNADIEU-FORNAROLI, *op. cit.*, et F. ROUSSEAU, « La répartition des responsabilités dans l'entreprise », préc.

²⁸⁷² V. not. sur cette opinion, B. BOULOC, *op. cit.*, n° 321, F. CHABAS, *op. cit.*, n° 83, R. MERLE, *op. cit.*, p. 280, R. MERLE et A. VITU, *op. cit.*, n° 638, J.-C. PLANQUE, *op. cit.*, n° 13, J. PRADEL, *op. et loc. cit.*, F. ROUSSEAU, *op. cit.*, n° 357, et R. SALEILLES, *op. cit.*, p. 642.

chef d'entreprise et celle de la personne morale n'étant pas exclusivement, ni même principalement, les plus graves. Ensuite, le problème tient à ce qu'en définitive, on ne s'adresse plus, en fait de responsabilité fonctionnelle, à l'attributaire du fait générateur, lequel sera néanmoins pénalement responsable et pénalement sanctionné. La peine, pour être légitime et utile, paraît pourtant devoir être dirigée vers celui qui la subit. La responsabilité pénale fonctionnelle présente pourtant le défaut de ne se conformer à aucune de ces exigences. Juste, elle ne l'est pas dès lors que, par définition, le responsable fonctionnelle n'a rien fait lui-même, sinon occuper une fonction en relation de connexité, souvent purement professionnelle, avec l'activité de l'auteur ou du complice de l'infraction. Utile, elle ne l'est pas non plus, et ce, pour deux raisons. N'étant pas à l'origine du fait qui lui est imputé, on voit mal comment il pourrait se le reprocher, se repentir et corriger son comportement à l'avenir : la prévention spéciale et la rétribution sont hors d'atteinte. N'ayant pas pris part à la réalisation de ce fait, on ne saisit pas non plus en quoi punir le chef d'entreprise ou la personne morale permettrait une protection objective des intérêts juridiques lésés. La répression tombant à côté, il sera impossible d'anticiper les atteintes ou menaces susceptibles d'être encourus par eux.

Par conséquent, il faut reconnaître que la responsabilité fonctionnelle, prise dans sa forme additive, est inadaptée au droit pénal de la responsabilité.

531. L'illégitimité de la fonction comme obstacle étendu à la responsabilité pénale.

La fonction, en second lieu, est encore insusceptible de constituer un obstacle de principe, et *a fortiori* un obstacle général, à l'engagement de la responsabilité pénale de l'auteur. L'existence d'immunités en droit criminel n'est pas quelque chose de nouveau²⁸⁷³. On en trouve plusieurs, qui semblent plus ou moins légitimes selon qu'il s'agit de protéger de simples fonctions – telles que celles de Président de la République²⁸⁷⁴ ou de professionnel²⁸⁷⁵ – ou, plus valablement, des valeurs fondamentales, comme la liberté d'opinion²⁸⁷⁶ ou le principe de défense²⁸⁷⁷. Reste toutefois qu'il serait préférable de leur garder un caractère très exceptionnel. Car, à les généraliser, voire à seulement les étendre aux préposés ou aux organes et représentants agissant pour le compte d'une personne morale, on risquerait bien d'aboutir à un résultat à la fois injuste et dangereux.

Cela serait injuste, pour commencer, et ce, pour une raison toute simple : l'auteur d'une infraction ou d'un acte de complicité resterait impuni pour la seule raison, parfois, qu'il occuperait une fonction particulière. Une telle injustice semble d'autant plus grave qu'elle

²⁸⁷³ V. C. CHOUCKROUN, art. *cit.*

²⁸⁷⁴ Article 67 de la Constitution modifié par la loi constitutionnelle n° 2007-238 du 23 février 2007. Plus largement, sur la protection de la fonction politique, v. J. DELFONT, *Responsabilité pénale et fonction politique*, L.G.D.J., Bibliothèque des sciences criminelles, t. 41, 2006, n° 13 et s.

²⁸⁷⁵ V. M. BENEJAT, *op. cit.*, n° 408 et s.

²⁸⁷⁶ V. not. B. DE LAMY, *La liberté d'opinion et le droit pénal*, L.G.D.J., Bibliothèque de sciences criminelles, t. 34, 2000, n° 225 et s.

²⁸⁷⁷ V. Y. CAPDEPON, *Essai d'une théorie générale des droits de la défense*, préc., n° 663 et s.

apparaîtrait contraire au principe constitutionnel d'égalité devant la loi pénale²⁸⁷⁸, qui veut que « *la loi (soit) la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse* »²⁸⁷⁹. Elle pourrait également heurter, d'une certaine manière, le principe de responsabilité du fait personnel dont une des implications est peut-être que, sauf motif d'intérêt général, tout un chacun doit répondre des conséquences pénales de ses actes.

Mais, pour poursuivre, de telles immunités paraissent surtout dangereuses. L'impunité qu'elles signifieraient pour les auteurs et pour les complices serait, pour eux, une source de déresponsabilisation²⁸⁸⁰. Ceux-ci, en effet, pourraient toujours se dire que, quoi qu'ils adviennent, ce ne sera pas eux qui auront à répondre des suites concrètement ou potentiellement dommageables de leur comportement, mais un autre. Ce sera pourtant bien de leur comportement personnel dont il s'agira, de telle sorte que, préservés de toute sanction pénale, ils l'accompliront tout de même, mettant ainsi en danger les biens juridiques que le droit criminel entend protéger²⁸⁸¹.

Les immunités fonctionnelles doivent donc être rejetées de cette application technique de la responsabilité juridique, et cela à plus forte raison si elles devaient être couplées à une responsabilité sans faute dans un système de responsabilité fonctionnelle substitutive. Car dans un tel cas, c'est bien l'ensemble des fonctions du droit pénal qui se trouveraient ruinées. Dès lors que l'on punit une personne qui n'est pour rien à la réalisation du fait qui lui est attribué et que, dans le même temps, son auteur est immunisé, comment espère-t-on en effet protéger efficacement l'ordre social ? D'un point de vue objectif d'une part, on ne réduirait plus du tout les risques de lésion des valeurs essentielles qui la fondent. Bien au contraire, on les multiplierait en protégeant leurs auteurs et en frappant quelqu'un qui n'est pas en position de les empêcher par lui-même. D'un point de vue subjectif d'autre part, la prévention et l'éducation deviendraient totalement inaccessibles. Celui qui devrait faire contrition et dont la récidive devrait être prévenue serait protégé, quand celui dont le comportement est indifférent et, partant, potentiellement irréprochable, serait sanctionné. La prévention spéciale, la rétribution et la correction individuelles seraient, par conséquent, inenvisageables. De même, le message envoyé à l'opinion serait le suivant : commettre des infractions ou s'en rendre complice n'est pas grave lorsque l'on est préposé ou dirigeant social. Ce sera le patron ou le groupement qui sera réprimé. Autant les encourager tous à le faire ! Quant à la fonction expressive du droit pénal, quelle importance donnerait-on réellement aux intérêts que l'on

²⁸⁷⁸ V. not. D. DECHENAUD, *op. cit.*, n° 450 et s. V. par exemple, sur l'inégalité entre dirigeant social et entrepreneur individuel, J.-Ch. SAINT-PAU, art. *cit.* Adde Ph. CONTE, art. *cit.*

²⁸⁷⁹ DDHC, art. 6. Adde sur la question, D. DECHENAUD, *op. cit.*

²⁸⁸⁰ V. en ce sens, C. BENOIT-RENAUDIN, *op. cit.*, n° 360 et s., M. FAVERO, art. *cit.*, D. MAYER, « L'influence du droit pénal sur l'organisation de la sécurité dans l'entreprise », préc., J.-C. PLANQUE, *op. cit.*, n° 571 et s., F. ROUSSEAU, art. *cit.*, et G. VINEY, « Conclusions », *Rev. sociétés*, 1993, préc. Adde déjà, R. GARRAUD, *op. cit.*, n° 260.

²⁸⁸¹ V. à cet égard, M. DELMAS-MARTY, art. *cit.*, D. MAYER, art. *cit.*, J.-C. PLANQUE, *op. cit.*, n° 573, et F. ROUSSEAU, art. *cit.*

entend pénalement protéger si le simple revêtement d'une certaine fonction suffisait à l'écarter ?

La conclusion semble donc s'imposer. Très nettement, la responsabilité fonctionnelle apparaît, par essence et d'un point de vue général, inappropriée au droit pénal, et ce, qu'elle soit de nature substitutive ou même seulement additive. Cette conclusion ne peut d'ailleurs être que confortée par l'étude de l'illégitimité propre des responsabilités pénales du chef d'entreprise et des personnes morales.

B- L'illégitimité spéciale de la responsabilité pénale fonctionnelle

532. L'illégalité de la responsabilité fonctionnelle du chef d'entreprise. La responsabilité patronale pénale est de nature fonctionnelle. S'il est parfois possible de déceler une faute du chef d'entreprise, tel n'est pas toujours le cas. Cela n'empêchant pas l'engagement de sa responsabilité, c'est que cette faute est juridiquement indifférente. De plus, il a été vu que, lorsqu'elle existait, elle n'était pas forcément en relation causale avec le résultat légal et, surtout, qu'elle ne correspondait pas systématiquement avec celle de l'infraction attribuée à l'entrepreneur. C'est précisément là que réside le vice principal de l'institution. Outre les critiques générales liées à sa nature fonctionnelle, la responsabilité du chef d'entreprise est surtout illégale. Elle l'est, d'abord, de par la non-correspondance fréquente du comportement de l'attributaire aux éléments constitutifs de l'infraction qui lui est imputée. On le sanctionne donc alors qu'il n'a pas commis d'infraction²⁸⁸². Elle est également contraire au principe de légalité, ensuite, en ce que sa prétendue faute n'est rattachable à aucun mode légal de participation. Le seul existant est, en effet, la complicité, laquelle requiert, d'une part, une faute intentionnelle et, d'autre part, un acte en rapport de cause à effet avec l'infraction principale de l'auteur. Le complice doit, en effet, l'avoir motivé à passer à l'acte ou à poursuivre son entreprise criminelle. Or, les auteurs défendant la thèse de la responsabilité comportementale du chef d'entreprise ne lui reprochent qu'une faute non intentionnelle et le caractère non causal de son comportement a été démontré. On le sanctionne, par conséquent, alors qu'il n'est pas complice²⁸⁸³.

Partant, la chambre criminelle de la Cour de cassation, si elle voulait bien respecter le principe de légalité, comme il lui incombe de le faire, devrait abandonner le mécanisme auquel elle a donné naissance, et ce, jusqu'à ce que le législateur accepte de l'adopter. Mais pour que l'institution soit valablement conservée, il ne suffirait pas qu'elle soit reprise telle qu'elle dans un article du Code pénal. Il faudrait la préciser et en réduire la portée, de manière

²⁸⁸² V. en ce sens, P.-A. BON, *op. cit.*, n° 194, H. BONNARD, *op. cit.*, n° 47, A. CŒURET, *art. cit.*, M. DELMAS-MARTY, *art. cit.*, R. MERLE, *op. cit.*, p. 217, X. PIN, *op. cit.*, n° 295, et F. ROUSSEAU, *op. cit.*, n° 269. Rapp. N. CATALA, *art. cit.*

²⁸⁸³ V. not. M. BENEJAT, *op. cit.*, n° 315 et 323, P.-A. BON, *op. et loc. cit.*, H. BONNARD, *op. cit.*, n° 30 et s., et 47, et A. CŒURET, *art. cit.*, et « Le responsable pénal dans le Code du travail », préc.

à en faire une véritable responsabilité comportementale²⁸⁸⁴. Cela passerait par l'exigence d'une faute véritable, qui pourrait être non intentionnelle et d'omission mais qui devrait être suffisamment tangible pour ne pas être qu'artificielle. Il faudrait aussi se montrer exigeant sur le lien de causalité devant exister entre cette faute et la commission par l'auteur principal d'une infraction pénale. Il résulte de ces deux réquisits que la preuve de l'absence de participation du chef d'entreprise devrait être beaucoup plus facilement admise. La délégation de pouvoirs ne devrait plus constituer le seul moyen de défense effectif du patron. Il serait légitime qu'il puisse démontrer l'indifférence de son comportement à la commission de l'infraction en démontrant, par exemple, que celle-ci a eu lieu alors qu'il avait informé ou ordonné à ses préposés de ne pas agir en ce sens. C'est à cette seule condition que la responsabilité patronale pénale pourrait être en conformité avec les deux principes de responsabilité du fait personnel²⁸⁸⁵ et de légalité, soit avec les exigences techniques et fonctionnelles du droit pénal de la responsabilité.

533. L'immoralité de la responsabilité fonctionnelle des personnes morales. Il a été démontré que la responsabilité des personnes morales ne pouvait être que de nature fonctionnelle. Il a même été précisé qu'elle l'était doublement. Cette responsabilité est fonctionnelle de par son fondement, qui consiste en la fonction sociale qu'occupent les personnes morales, ainsi que par la nature même de ces dernières, qui sont des personnes juridiques purement fonctionnelles, finalisées par essence. Les personnes morales sont des outils, de simples machines juridiques, dont la particularité consiste en ce qu'elles sont dotées de la personnalité juridique afin d'avoir accès au commerce juridique. La responsabilité pénale des personnes morales, c'est donc finalement la responsabilisation d'un instrument²⁸⁸⁶. Plus précisément, il s'agit de la soumission au droit pénal d'un instrument à vocation principalement patrimoniale, puisque l'avantage premier de la personnalité morale consiste dans l'affectation de moyens juridiques et financiers à l'exercice d'une activité déterminée qui constitue l'objet social du groupement. Il résulte de cela que la responsabilité pénale des personnes morales apparaît critiquable pour, au moins²⁸⁸⁷, deux raisons.

²⁸⁸⁴ En ce sens, v. H. BONNARD, *op. cit.*, n° 48, E. DREYER, *op. cit.*, n° 979, J. JULIEN, *op. cit.*, n° 28, et F. ROUSSEAU, *op. cit.*, n° 272. Ce dernier propose d'ailleurs, *ibid.*, n° 290, la création d'un article 121-9 du Code pénal disposant ce qui suit : « *est subordonnant d'une infraction non intentionnelle, ou d'une infraction non intentionnelle lorsque la loi ou le règlement le prévoit, la personne qui, par négligence ou imprudence, la laisse commettre par un tiers alors qu'elle avait l'autorité, la compétence et les moyens nécessaires de la prévenir* ». Intéressante et assez complète, la proposition ne paraît, toutefois, pas insister suffisamment sur l'exigence de causalité.

²⁸⁸⁵ Ce principe ne serait toutefois pleinement respecté qu'à la condition évidente que l'on maintienne, parallèlement, la responsabilité pénale du préposé.

²⁸⁸⁶ Comp. R. OLLARD, *art. cit.*, et F. ROUSSEAU, *op. cit.*, n° 357, et *art. cit.*

²⁸⁸⁷ Mais il y en a bien d'autres. V. *infra* n°564.

Dès lors que l'on entend, dans une très large mesure, s'adresser à leur patrimoine²⁸⁸⁸ – car le législateur n'a pas perdu de vue, lui, qu'une personne morale, c'est avant tout un patrimoine d'affectation –, la responsabilité pénale des groupements peut sembler, en premier lieu, inutile. Si l'on pense à améliorer l'indemnisation des victimes²⁸⁸⁹, d'une part, c'est que l'on confond l'action publique et l'action civile. Admettre une telle responsabilité pénale n'est pas nécessaire à la réparation de leurs préjudices. La responsabilité civile des personnes morales est admise et suffit bien à cet égard. Leur indemnisation a été facilitée un temps, il est vrai. En effet, l'absence d'un cas spécial de responsabilité du fait d'autrui permettant d'engager la responsabilité civile des groupements pour les faits générateurs de leurs organes ou représentants, il était techniquement impossible d'attirer une personne morale devant les tribunaux répressifs en tant que civilement responsable²⁸⁹⁰. Il fallait donc la poursuivre elle-même. Néanmoins, rien n'empêche plus les juges, depuis l'arrêt *Blieck*, de fonder une telle responsabilité sur l'article 1384, alinéa 1^{er} du Code civil. L'argument indemnitaire, déjà fragile, ne peut dès lors plus tenir. Si l'on songe à s'assurer un débiteur solvable pour le paiement des peines pécuniaires²⁸⁹¹, d'autre part, on admet un dévoiement incroyable du droit pénal dont on ignorait qu'il devait servir à alimenter les caisses du Trésor public. Un tel argument est donc absolument inadmissible²⁸⁹², qui conduirait à doubler la responsabilisation pénale d'un instrument d'une instrumentalisation pure et simple de la responsabilité pénale. L'Etat ne punit pas pour satisfaire ses intérêts personnels mais bien pour protéger la société en garantissant les valeurs qui lui sont fondamentales et en tentant d'y faire adhérer ses membres.

En second lieu, la responsabilité pénale des personnes morales peut être dangereuse. En effet, en rendant responsable l'instrument plutôt que ceux qui s'en servent, on incite ces derniers à l'utiliser davantage encore, et surtout à l'utiliser à des fins criminelles. La remarque vaut *a fortiori* si, non content du système de responsabilité fonctionnelle additive qui est de droit positif, on veut instaurer une responsabilité substitutive et une immunité aux organes et représentants du groupement. Ce que l'on crée ainsi, c'est un moyen juridique, pour les personnes physiques ayant ces qualités, d'affecter spécialement un patrimoine à la garantie des conséquences pénales de l'activité correspondant à celle du groupement. Quelle meilleure incitation pourrait-on trouver pour conduire les individus à constituer des groupements

²⁸⁸⁸ V. not. M. BENEJAT, *op. cit.*, n° 373, B. BOULOC, *op. cit.*, n° 321, P. BOUZAT et J. PINATEL, *op. cit.*, n° 210, R. BERNARDINI, *op. cit.*, n° 116, E. DREYER, *op. cit.*, n° 1076, C. MARIE, art. *cit.*, X. PIN, *op. cit.*, n° 299, note 3, J.-C. PLANQUE, *op. cit.*, n° 13, 230, et 526, J. PRADEL, *op. et loc. cit.*, O. SAUTEL, art. *cit.*, et V. WESTER-OUISSE, art. *cit.*

²⁸⁸⁹ V. par exemple, C. MARIE, art. *cit.*, et J.-C. PLANQUE, *op. cit.*, n° 230 et 526.

²⁸⁹⁰ Comp. Crim., 7 nov. 1990 : *Bull. crim.*, n° 370, et Crim., 4 janv. 1995 : *JCP*, 1995, I, 3893, obs. G. VINEY. Sur cette question, v. not. S. GUINCHARD et J. BUISSON, *Procédure pénale*, préc., n° 1235 et s.

²⁸⁹¹ V. not. E. DREYER, *op. et loc. cit.*

²⁸⁹² On peut en dire autant de celui qui consiste à justifier la responsabilité pénale des personnes morales par le souci d'étancher la soif de vengeance des victimes (v. not. C. MARIE, art. *cit.*, J. PRADEL, *op. et loc. cit.*, M.-L. RASSAT, *op. cit.*, n° 409, et F. ROUSSEAU, *op. cit.*, n° 357, et « Observations sur la répression inégalitaire de l'imprudence », préc.). Souscrire à cet argument semble en effet revenir à confondre responsable et bouc émissaire.

personnalisés ou, mieux encore, des personnes morales unipersonnelles qui leur serviront de bouclier²⁸⁹³ ? Car sanctionner une personne morale à la place de l'auteur personne physique revient à ce qui suit : l'amende²⁸⁹⁴ une fois prononcée contre le groupement est absorbée par son patrimoine, et non par celui de l'individu qui aura commis l'infraction, le premier pouvant beaucoup mieux en supporter le poids que le second ; en effet, son incidence réelle sera, par la suite, non seulement répartie entre ses membres par le biais de bénéfices moindres ou non distribués mais également communiquée aux partenaires économiques du groupement (clients ou partenaires professionnels), à travers les prix qu'il pratiquera dans le cadre de son activité, et à ses salariés, par le canal de la politique salariale de l'entreprise²⁸⁹⁵. Juridiquement, certes, le principe de personnalité des peines est sauf, la personne morale étant seule condamnée et tenue d'exécuter la peine. Mais on ne peut se cacher l'importance de l'atteinte qui est lui portée de fait, pas plus que celle, aussi grave, que subissent les fonctions du droit pénal de la responsabilité, totalement édulcorées, tandis que l'auteur véritable de l'infraction pourra jouir, quant à lui, d'une parfaite impunité. On assiste à une forme de mutualisation des condamnations pénales pécuniaires qui s'apparente très fortement au procédé qui consisterait à conclure un contrat d'assurance des amendes pénales de l'assuré, lequel est pourtant prohibé comme contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs²⁸⁹⁶.

En plus d'être contestable d'un point de vue général, de par sa nature fonctionnelle, la responsabilité pénale des personnes morales se révèle donc immorale, à défaut d'être illégale, et, quoi qu'il en soit, gravement contraire aux fonctions du droit criminel. Il ne peut plus être question, en effet, de protéger la société quand on autorise des individus à se servir de la personnalité morale autonomisant leur activité criminelle comme d'un bouclier contre les sanctions pénales qui devraient les frapper eux. La responsabilité pénale des personnes

²⁸⁹³ Il ne s'agit que d'un risque, et non d'une certitude. L'analyse économique du droit révélerait, en effet, que la responsabilité pénale des personnes morales inciterait, en raison de ses conséquences économiques et fiscales, « à privilégier les sociétés à responsabilité limitée, voire à renoncer à constituer une personne morale ». V. J. AMAR, « Contribution à l'analyse économique de la responsabilité pénale des personnes morales », *Dr. pénal*, 2001, Etude n° 37. Par un curieux retournement, la responsabilité pénale des groupements en viendrait à... limiter les occurrences de responsabilité pénale des groupements !

²⁸⁹⁴ En fait de responsabilité pénale des personnes morales, c'est surtout à propos de la peine d'amende qu'il faut raisonner. En pratique, les autres peines ne sont prévues que pour certaines infractions (C. pén., art. 131-37 et 131-39, al. 1) et ne seront, en pratique et pour celles, notamment, d'interdiction d'exercer une activité professionnelle (131-39, 2°), de fermeture d'établissement (131-39, 4°) et de dissolution de la personne morale (131-39, 1°), que rarement prononcées. Leurs conséquences économiques et sociales (risque pour l'équilibre économique des partenaires commerciaux, chômage des employés) dissuaderont, en effet, les magistrats d'y recourir. Sur ce point, v. Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, préc., n° 370.

²⁸⁹⁵ V. sur ce point, Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *op. cit.*, n° 369. Rapp. J.-H. ROBERT, « Les personnes physiques pénalement responsables des infractions commises à l'occasion du fonctionnement des entreprises », préc., et V. WESTER-OUISSE, « Responsabilité pénale des personnes morales et dérivés anthropomorphiques », préc.

²⁸⁹⁶ C. civ., art. 6. En ce sens, v. not. F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n° 378. Un tel reproche est en revanche inopposable à la responsabilité civile des personnes morales. Il n'y a rien de contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs dans le fait d'affecter un patrimoine à la réparation des dommages causés dans le cadre d'une activité déterminée. Un tel procédé, à l'inverse, renforce les chances pour les victimes d'être indemnisées, le patrimoine social étant souvent plus important que celui de l'auteur du fait générateur de responsabilité.

morales doit, dès lors, être condamnée et remplacée. Mais se prononcer sur cette question suppose d'approfondir encore la réflexion et d'étudier davantage les fondements de l'institution²⁸⁹⁷.

²⁸⁹⁷ Ce qui sera fait *infra* n° 559.

Conclusion du chapitre

534. Progression imparfaite de la responsabilité fonctionnelle. On a écrit que le droit contemporain s'était caractérisé par le divorce de la faute et de la responsabilité²⁸⁹⁸. Frappante, la remarque paraît excessive car, en fait de divorce, c'est peut-être plus de bigamie dont il s'agit. *La responsabilité comportementale, caractérisée par l'attribution du fait générateur à raison de sa commission par le responsable, demeure le principe. Mais, il est vrai qu'elle est de plus en plus délaissée du fait de l'essor incontestable de la responsabilité fonctionnelle, dans laquelle le titre d'attribution du fait générateur repose sur le rôle tenu par la responsable au sein de la société.* Son empire s'est étendu, et s'étend encore, à l'ensemble du droit de la responsabilité, et ce, en même temps que sa forme se modifie. *De nature originellement additive,* venant juste s'ajouter à la responsabilité comportementale de l'auteur du fait générateur, la responsabilité fonctionnelle a, en effet, changé, au gré d'une certaine conception de l'entreprise, perçue comme source de l'aliénation d'individus privés de libre arbitre et emportés par l'irrésistible courant des obligations professionnelles. *Nombre de ses émanations sont aujourd'hui de type substitutif,* c'est-à-dire qu'elles vont jusqu'à remplacer la responsabilité comportementale, l'auteur étant, lui, immunisé pour ses fautes de fonctions. C'est au regard de ces évolutions que la question de l'influence des fonctions des responsabilités de droit privé sur l'attribution du fait générateur a dû être étudiée.

Quant au droit civil de la responsabilité, en premier lieu, il s'est révélé être le terrain privilégié de la responsabilité fonctionnelle, celui sur laquelle elle pouvait harmonieusement s'épanouir. *De lege lata,* tout d'abord, c'est la responsabilité civile qui en connaît le plus de manifestations. Aux côtés de la responsabilité fonctionnelle fondée sur la direction d'autrui, qu'elle partage avec le droit pénal de la responsabilité, se trouvent aussi celles qui reposent sur la garde des choses et des personnes privées d'autonomie. De même, c'est en droit civil qu'ont été instituées les immunités fonctionnelles au profit des dirigeants sociaux, puis des préposés. La responsabilité fonctionnelle, dans sa forme additive aussi bien que substitutive, imprègne donc très fortement cette discipline. *De lege ferenda,* ensuite, la responsabilité fonctionnelle est apparue relativement adaptée à la fonction victimaire du droit de la responsabilité civile. D'une part, en effet, lorsqu'elle ne fait que compléter la responsabilité comportementale de l'auteur, la responsabilité fonctionnelle permet une indemnisation et une prévention plus efficaces des dommages de la victime en multipliant les débiteurs. Autrement dit, *les fonctions de la responsabilité fonctionnelle additive et du droit civil de la responsabilité convergent parfaitement.* Il en résulte que son développement doit être encouragé, le droit positif n'étant pas encore totalement satisfaisant à cet égard. Le retour à la garde juridique de la chose, l'abandon de la condition de cohabitation dans la responsabilité

²⁸⁹⁸ D. MAZEAUD, *Lamy Droit de la responsabilité*, préface, p. 2, cité in B. DE BERTRIER-LESTRADE, art. cit.

parentale, la généralisation de la responsabilité reposant sur la garde d'autrui et le fondement de la responsabilité des personnes morales du fait de leurs organes ou représentants sur l'article 1384, alinéa 1^{er} pourraient participer de l'amélioration de la responsabilité fonctionnelle en droit civil. D'autre part, *l'adéquation de ce modèle de responsabilité à la fonction victimaire de la responsabilité civile supposerait le rejet absolu de sa forme substitutive*. Les immunités fonctionnelles présentent beaucoup d'inconvénients dont celui, fondamental, d'augmenter les risques d'insatisfaction des victimes. Les préoccupations tenant à la protection des salariés ou des dirigeants de société se comprennent. Mais elles sont étrangères au droit de la responsabilité. La victime, au stade de l'obligation à la dette, doit pouvoir agir contre l'auteur, toujours, et contre l'attributaire fonctionnel, le cas échéant. C'est aux disciplines régissant les rapports qu'entretiennent ces derniers, soit le droit du travail et le droit des groupements, de protéger préposés et dirigeants, en organisant la contribution à la dette. *Approfondissement de la responsabilité additive, abandon de la responsabilité substitutive. C'est à ces conditions que le droit civil de la responsabilité remplira au mieux ses fonctions.*

Concernant, en second lieu, le droit criminel, les choses sont bien plus nettes : *la responsabilité fonctionnelle n'y a pas sa place*. Elle existe pourtant, c'est vrai, à travers la responsabilité du chef d'entreprise et celle des personnes morales. Face aux difficultés posées par la délinquance d'entreprise, ces mécanismes prétorien et légal ont semblé constituer une réponse juridique simple et efficace. Tel ne semble pourtant pas le cas. *En frappant une personne autre que l'auteur, la peine ne remplit aucune de ses fonctions*. Le seul intérêt de la responsabilité fonctionnelle consiste peut-être dans celui, particulièrement critiquable, de constituer un moyen évident de renflouement des caisses de l'Etat et d'apaisement de l'opinion publique. Punir celui qui est étranger à l'infraction, en effet, est inapte à produire repentance, amélioration d'un comportement tenu pour indifférent, prévention spéciale de la récidive et donc protection de la société. Tout espoir de prévention générale ou d'éducation des individus aux valeurs sociales est également perdu lorsque l'on chemine en fait, comme c'est le cas, voire en droit, comme c'est souhaité par une certaine doctrine, vers l'octroi d'immunités fonctionnelles aux préposés et aux organes et représentants des personnes morales. *D'avantage encore que la responsabilité fonctionnelle additive, celle substitutive est à bannir absolument du droit pénal de la responsabilité*. Celui-ci doit se recentrer sur la responsabilité comportementale. Cela pourrait passer par une réforme législative de la responsabilité pénale du chef d'entreprise, laquelle, en plus de conférer enfin un fondement conforme au principe de légalité à ce mécanisme, permettrait d'insister sur la nécessité d'une faute en rapport de causalité avec le résultat légal. Quant à la responsabilité pénale des personnes morales, elle devrait être abandonnée. Car, outre sa nature forcément fonctionnelle, et par conséquent contraire aux fonctions du droit pénal de la responsabilité, on verra qu'elle se heurte aussi à ces dernières en ce qu'elles posent une exigence de réprobation du fait générateur.

C'est autrement dire que les fonctions des responsabilités de droit privé ne font pas qu'influencer les modalités d'attribution du fait générateur. Elles conditionnent aussi le principe même du jeu de la fonction réprobative de l'imputation.

Chapitre second

L'influence des fonctions des responsabilités sur la réprobation du fait générateur

535. Dualité de la réprobation en droit de la responsabilité. Une fois le fait générateur attribué, la personne du responsable, qu'elle soit désignée en vertu de son comportement ou à raison de sa fonction sociale, est d'ores et déjà identifiée. L'effet juridique pourrait donc très bien se produire sans autre exigence : le lien de responsabilité pourrait se nouer et la sanction qu'il incombe au responsable de subir s'abattre sur lui. Toutefois, il a été expliqué depuis FAUCONNET que le phénomène sociologique de responsabilité a été progressivement gagné par une spiritualisation et une subjectivisation aboutissant à en limiter le champ²⁸⁹⁹. Juridiquement, cela se traduit par l'*insuffisance de l'imputation attributive*. Le droit de la responsabilité requiert davantage. Après le jugement de réalité intervient le jugement de valeur. C'est là qu'entre en scène l'imputation réprobative. Une fois déterminé qui est susceptible de se voir déclarer responsable du fait générateur, il faut en effet parfois qu'on puisse lui faire reproche de ce dernier. Et ce reproche, cette réprobation, peut être de deux sortes.

On pourrait, avec certains auteurs, s'inspirer de la doctrine allemande qui distingue la « *réprobation (objective)* » et la « *reprochabilité (subjective)* »²⁹⁰⁰. Néanmoins, parce que les termes de réprobation et de reprochabilité, comme ceux d'imputation et d'imputabilité, semblent simplement opposer les deux aspects d'un même processus : le reproche, la terminologie retenue sera modifiée. On parlera donc de la *réprobation*, prise comme action de reprocher, et de la *reprochabilité*, entendue comme condition pour reprocher. Mais qu'il s'agisse de l'un ou de l'autre, il reste qu'il est possible d'en identifier un aspect objectif et un aspect subjectif. C'est que *les conditions de la réprobation, soit la reprochabilité, peuvent s'appliquer aussi bien au fait générateur objet de l'opération qu'au sujet appelé à en devenir responsable*²⁹⁰¹. On peut donc séparer, au sein du mécanisme de l'imputation réprobative, la *réprobation objective*²⁹⁰² de la *réprobation subjective*. La première a trait au fait générateur de responsabilité dont on peut exiger davantage que la simple constitution, soit plus que la simple réunion de ses éléments constitutifs. Il faut parfois vérifier que ce fait n'est pas, exceptionnellement, justifié par des circonstances particulières. En leur présence, l'infraction ou l'acte de complicité ne pourra plus être reproché à celui à qui il est attribué : il y aura

²⁸⁹⁹ In *La responsabilité. Etude de sociologie*, préc., pp. 302 et s., et 345 et s.

²⁹⁰⁰ V. M. LACAZE, « La réprobation objective en droit pénal », préc.

²⁹⁰¹ V. not. P. JOURDAIN, *Recherche sur l'imputabilité en matière de responsabilité civile et pénale*, préc., n° 5.

²⁹⁰² C'est donc une conception beaucoup plus restrictive de la réprobation objective qui est utilisée ici. Elle ne renvoie qu'à la question de la justification, et non à celle de l'antijuridicité matérielle positive de l'acte et du résultat. Sur ces questions, v. M. LACAZE, art. *cit.* Il ne s'agit donc que de s'inspirer de la doctrine allemande, et non de la retenir telle quelle.

absence de reprochabilité objective. Quant à la seconde, elle ressortit aux conditions subjectives extérieures à l'élément moral, à la culpabilité, c'est-à-dire qu'elle touche à l'imputabilité au sens classique du terme. C'est une exigence tenant à l'idée qu'un certain libre arbitre est nécessaire à l'engagement de la responsabilité, que le mal causé doit avoir été décidé librement et en conscience. A défaut, il n'y aura pas de reprochabilité subjective.

536. Identité de l'influence de la fonction des responsabilités sur la réprobation.

Quoi qu'il en soit de cette distinction, c'est la même question qui se pose à qui veut organiser rationnellement et efficacement le système général de responsabilité juridique : l'imputation réprobative a-t-elle sa place dans toutes ses applications techniques ? La réponse doit évidemment être apportée en contemplation de la fonction propre de chacune.

Le droit pénal tend à la protection de la société, c'est-à-dire qu'il s'agit d'assurer la sauvegarde des valeurs essentielles à la société, de manière à la fois objective et subjective²⁹⁰³. C'est dire que pour qu'il y ait lieu à responsabilité pénale, il faut deux conditions. D'une part, il est nécessaire que l'infraction ou l'acte de complicité puissent être estimés contraires aux intérêts de la société. D'autre part, le responsable doit être psychologiquement et moralement réceptif à l'interdit pénal et accessible à la peine. A défaut, la protection sociale apparaîtrait à la fois hors de propos et hors d'atteinte. Le droit de la responsabilité civile, en revanche, entend pour sa part assurer la protection des intérêts particuliers des sujets de droit, soit par la réparation des atteintes, *de lege lata*, soit par leur anticipation, *de lege ferenda*. L'approche civiliste, pour être efficace, doit demeurer objective afin d'optimiser les possibilités d'indemnisation des victimes, voire de prévention de leurs dommages. Dès lors, on sent d'ores et déjà que *l'exigence de reprochabilité du fait générateur n'a pas à intervenir dans ces deux applications de la responsabilité juridique. Là où elle semble parfaitement correspondre à la fonction du droit pénal de la responsabilité, l'infraction justifiée ou commise sans imputabilité classico sensu paraissant rendre inutile et illégitime la protection de l'ordre social, la réprobation paraît inadaptée à la fonction de son homologue civil.* L'érection de conditions supplémentaires à l'engagement de la responsabilité peut en effet nuire à l'efficacité de cette sanction moralement neutre qu'est la réparation.

Pour autant, il serait trop simple de se borner à opposer l'exigence de la réprobation en droit pénal de la responsabilité à son indifférence en matière civile. En effet, l'étude de la l'imputabilité au sens classique et celle de la justification témoignent de ce que chacune de ces notions s'articulent de manière spécifique avec les fonctions des responsabilités civile et pénale. Dès lors, il semble plus opportun de les étudier successivement. L'imputabilité *classico sensu* étant plus classiquement présentés comme rattachée à la reprochabilité que la justification, on envisagera plus précisément l'influence de la fonction des responsabilités sur la réprobation subjective, d'abord (Section 1), et objective, ensuite (Section 2).

²⁹⁰³ V. *supra* n° 340.

Section 1. L'influence des fonctions des responsabilités sur la réprobation subjective du fait générateur

537. Définition et contenu de la réprobation subjective. La réprobation subjective peut être définie comme *l'action de reprocher le fait générateur de responsabilité à son titulaire en raison de caractères qui sont propres à sa personne, soit les conditions de reprochabilité subjective*. Elle renvoie à la notion d'imputabilité prise au sens classique du terme.

Quant à son contenu, celle-ci comprend l'ensemble des éléments liés à la valeur morale du geste accompli²⁹⁰⁴. L'exigence de reprochabilité subjective est, en effet, un témoin des liens qui peuvent unir responsabilité juridique et responsabilité morale. *Un sujet de droit, pour être reprochable, doit ainsi jouir parfois de certaines facultés : la liberté et une certaine forme de discernement, lesquelles traduisent son adhésion à un fait dont il a conscience de la signification immorale ou antisociale, dont il sait qu'il est réprouvé*. Plus précisément, l'agent doit, en premier lieu, être *libre*. Il n'est pas question de libre arbitre au sens philosophique du terme mais d'une liberté humaine²⁹⁰⁵, témoignant de ce que le fait générateur de responsabilité n'a pas seulement été voulu mais qu'il l'a été sans l'influence de pressions extérieures propres à ruiner la valeur de la volonté émise²⁹⁰⁶. Pratiquement, tel peut être le cas dans l'hypothèse d'une *contrainte morale externe*, aboutissant à la commission de faits peut-être socialement néfastes mais imposés par des provocations, une contrainte ou un chantage tellement inhumains qu'on ne saurait faire reproche des actes commis à leur auteur²⁹⁰⁷. Ainsi du meurtre de plusieurs individus commis par un père pour sauver d'un viol son unique enfant, par exemple. De même, la *contrainte morale interne* semble pouvoir altérer, voire détruire la liberté conditionnant la réprobation du responsable. On enseigne classiquement que le droit doit punir ceux qui ne savent pas résister à leurs passions ou à leurs tendances naturelles²⁹⁰⁸. Toutefois, on peut penser qu'à un certain degré, elles peuvent devenir tellement incontrôlables que toute liberté est exclue et que, faute de reprochabilité subjective, il ne doit pas y avoir responsabilité²⁹⁰⁹. Ce paroxysme pourrait être considéré comme atteint, par exemple, dans les situations de "maladies de la volonté"²⁹¹⁰, telles que la kleptomanie, la

²⁹⁰⁴ V. *supra* n° 390 et s.

²⁹⁰⁵ V. ainsi, P. JOURDAIN, *Recherche sur l'imputabilité en matière de responsabilités civile et pénale*, préc., n° 116 et s., et « Retour sur l'imputabilité », préc. Sur la question, *adde* C. MARGAINE, *La capacité pénale*, préc., n° 309 et s.

²⁹⁰⁶ Il s'agit de la volonté-liberté, affectant la qualité de la volonté, et non plus de la volonté-désir qui, relative à son existence même, concerne la culpabilité, et non l'imputabilité. Sur cette distinction, v. *supra* n° 397 et s.

²⁹⁰⁷ Pour une conception proche, v. J. ABRAS, « Etat de nécessité : le juge pénal à l'épreuve de la leçon du mythe de Prométhée », préc. *Adde infra* n° 605.

²⁹⁰⁸ V. not. Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, préc., n° 365, Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, préc., n° 456, et X. PIN, *Droit pénal général*, préc., n° 257.

²⁹⁰⁹ Comp. B. BOULOC, *Droit pénal général*, préc., n° 461, et P. JOURDAIN, *op. cit.*, n° 301.

²⁹¹⁰ Sur lesquelles, v. not. P. BOUZAT et J. PINATEL, *Traité de droit pénal et de criminologie*, préc., n° 248, A.-Ch. DANA, *Essai sur la notion d'infraction pénale*, préc., n° 107, R. GARRAUD, *Traité théorique et*

pyromanie ou en présence de certaines phobies, comme la claustrophobie ou l'arachnophobie. Celles-ci pourraient respectivement empêcher la réprobation subjective d'un voleur, d'un pyromane, d'un évadé ou de celui qui, pris de panique, aura détruit les œufs d'une espèce protégée d'araignée. En second lieu, la reprochabilité subjective requiert que le responsable ait *conscience de ce qui doit être*, condition qui se dédouble²⁹¹¹. D'une part, il doit jouir de *discernement moral*, être apte à distinguer le bien du mal, ce qui peut être affecté par l'âge, l'enfant ne parvenant que progressivement à comprendre la portée symbolique de l'ensemble de ses actes, ou par certains *troubles psychiques ou neuropsychiques* affectant le sens moral des individus. D'autre part, le responsable doit également être doué de *discernement légal*, être en mesure de distinguer ce qui est légal de ce qui ne l'est pas. C'est la question de l'*erreur de droit* qui, connue du droit pénal, est soumise à des conditions strictes interprétées de façon particulièrement restrictive par la jurisprudence²⁹¹².

538. Déclin général de la réprobation subjective. L'ensemble de ces questions ne sera pas abordé en détail ici. Au regard de notre étude, le principal réside en effet dans ce que l'étude du droit positif de la responsabilité révèle une certaine évolution de l'exigence de reprochabilité subjective : celle de son déclin général. Toutes les conditions de la réprobation ne sont certes pas concernées mais la tendance n'en est pas moins nette d'une diminution du rôle de l'imputabilité *classico sensu* en droit de la responsabilité. Le mouvement est réel et concerne tant le droit de la responsabilité civile que le droit pénal (§1). Sa valeur n'est pas toujours la même néanmoins, qui dépend nécessairement des fonctions propres à chacune de ces applications techniques de la responsabilité juridique. Selon qu'il s'agit de protéger les intérêts personnels des sujets de droit par le retour au *statu quo ante* ou bien de protéger, objectivement et subjectivement, la société par le biais d'une peine, le déclin de la réprobation subjective ne saurait, en effet, être toujours légitime (§2).

§1. La réalité du déclin de la réprobation subjective en droit de la responsabilité

539. Responsabilité des sujets de droit non imputables. Si l'exigence d'imputabilité en droit de la responsabilité est *a priori* classique, elle n'est pourtant pas de l'essence de cette dernière. Il a en effet été démontré et rappelé par plusieurs auteurs qu'elle ne s'est imposée que par un processus long et progressif de subjectivisation et de spiritualisation du droit, lequel n'a atteint son apogée qu'au XIX^e siècle : celui du triomphe de la responsabilité pour

pratique du droit pénal français, préc., n° 320, H. DONNEDIEU DE VABRES, *Traité élémentaire de droit criminel et de législation comparée*, préc., n° 339, J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., n° 477, et s., et G. VIDAL et J. MAGNOL, *Cours de droit criminel et de science pénitentiaire*, préc., n° 168.

²⁹¹¹ Sur la notion de discernement, v. aussi *supra* n° 391 et s.

²⁹¹² Sur cette question, v. not. Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, préc., n° 397 et s., E. DREYER, *Droit pénal général*, préc., n° 268 et s., V. MALABAT, *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit pénal*, préc., n° 474 et s., et R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, préc., n° 582 et s.

faute²⁹¹³. Mais ce temps est aujourd'hui révolu, ce qui n'est pas sans conséquence sur le réquisit de réprobation subjective. Les sujets de droit non imputables, dépourvus de libre arbitre et de discernements légal et moral, ne sont plus désormais automatiquement irresponsables, ni civilement ni pénalement. Cela peut se vérifier par l'étude de l'admission de la responsabilité des personnes morales tout d'abord (A), et par celle de la répugnance croissante du droit positif à l'égard de l'irresponsabilité des personnes physiques non imputables ensuite (B).

A- L'admission commune de la responsabilité des personnes morales

540. Responsabilité et non-imputabilité des personnes morales. L'admission de la responsabilité des personnes morales n'est plus à démontrer. Les juges civils, à la fin du XIX^e siècle²⁹¹⁴, et le législateur pénal, à la fin du suivant²⁹¹⁵, s'y sont montrés successivement favorables. Il s'agit d'*une responsabilité non comportementale fondée, qui sur les fonctions spéciales de gardien, d'une chose ou de l'auteur du fait générateur, de commettant ou de débiteur, qui sur celle générale de personne morale*²⁹¹⁶. Une telle évolution du droit positif de la responsabilité apparaît comme le meilleur exemple de la dissociation contemporaine de ce dernier et de l'exigence classique de reprochabilité subjective.

Il est vrai que certains soutiennent que les personnes morales sont douées d'une volonté propre²⁹¹⁷ et qu'il est soutenu qu'elles sont accessibles, sinon à l'*infantia* et à la démence, du moins à la contrainte et à l'erreur de droit²⁹¹⁸. Une telle thèse, même réduite en ces termes, n'emporte toutefois pas la conviction. On a vu, en effet, combien l'idée d'une volonté du groupement est critiquable, comme contraire à la réalité matérielle et inutile à la technique juridique²⁹¹⁹. Il faut en dire de même, *a fortiori*, de tout ce qui touche à l'imputabilité au sens classique du terme. La question de la liberté des personnes morales, d'une part, n'a pas de sens, dès lors qu'elles sont dépourvues de volonté et que la liberté n'est, finalement, qu'une qualité de la volonté²⁹²⁰. Simples réalités juridiques dénuées de tout psychisme, d'autre part, les personnes morales ne sauraient pas davantage jouir de discernements légal et moral. En réalité, l'erreur de droit ou la contrainte subies, au même titre qu'un éventuel trouble mental, ne seront jamais que ceux de la personne physique agissant pour le compte du groupement. Dans l'exemple cité d'ailleurs, il n'est pas certain qu'il y ait contrainte dès lors que l'organe

²⁹¹³ V. P. FAUCONNET, *op. cit.*, pp. 302 et s., et 345 et s., et P. JOURDAIN, *op. cit.*, spéc. n° 17 et s., et art. cit. Rapp. C. EDON-LAMBALLE, *Conscience et responsabilité civile*, préc., 17 et s.

²⁹¹⁴ V. références citées *supra* n° 504 note 2685.

²⁹¹⁵ C. pén., art. 121-2.

²⁹¹⁶ V. *supra* n° 504 et s.

²⁹¹⁷ V. les références citées *supra* aux notes du n° 510.

²⁹¹⁸ V. not. B. BOULOC, « Existe-t-il une responsabilité pénale du fait d'autrui ? », préc., et C. MARGAINE, *op. cit.*, n° 327 et s.

²⁹¹⁹ V. *supra* n° 510.

²⁹²⁰ V. *supra* n° 397 et s.

délibérant agit précisément, tout comme le dirigeant, dans l'intérêt de la personne morale, permettant ainsi que l'infraction, en vertu de l'article 121-2 du Code pénal, soit attribuée au groupement. *Une telle personne juridique reste donc absolument étrangère à toute reprochabilité subjective*²⁹²¹, signe d'un déclin de cette dernière au sein des droits civil et pénal de la responsabilité.

Mais, plus grave encore, ce mouvement se manifeste autrement, en ce qu'il s'étend aussi à la responsabilité des personnes physiques.

B- La répugnance commune à l'irresponsabilité des personnes physiques non imputables

541. Déclin de la sympathie sociale. Les progrès de l'exigence de reprochabilité subjective sont, historiquement et sociologiquement, dus à une sensibilisation du genre humain au sort du sujet de la sanction. Par sympathie, sinon par empathie, on a éprouvé de plus en plus de scrupules à admettre qu'une société civilisée frappe de peine ou même de dommages et intérêts une personne qui n'avait pas eu conscience ou qui n'avait pas eu le choix de commettre le fait générateur de responsabilité reproché²⁹²². Mais ce temps est révolu et il n'est plus maintenant question de faire montre d'autant de clémence. La sympathie profite désormais aux victimes. L'accroissement de la sécurité générale a conduit à une société du risque, dominée par l'idée de précaution et dont les membres ne supportent plus ni la lésion ni même le danger. L'on vit aujourd'hui dans l'illusion qu'il serait possible d'atteindre le fameux "risque zéro"²⁹²³. Il n'y a donc rien d'étonnant à ce que l'imputabilité

²⁹²¹ V. not. en ce sens, R. BERNARDINI, *L'intention coupable en droit pénal*, préc., n° 117, A. BORIES, « La responsabilité civile des personnes morales », préc., B. BOULOC, art. cit., J. CARBONNIER, *op. cit.*, *Droit civil. Les biens. Les obligations*, préc., n° 1139, A. COLIN et H. CAPITANT par L. JULLIOT DE LA MORANDIERE, *Traité de droit civil*, préc., n° 1121, Ph. CONTE, « La responsabilité pénale des personnes morales au regard de la philosophie du droit pénal », préc., Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *op. cit.*, n° 367 et s., C. EDON-LAMBALLE, *op. cit.*, n° 7 et s., M. FAVERO, « Responsabilité pénale des personnes morales et responsabilité des dirigeants : responsabilité alternative ou cumulative ? », préc., R. GARRAUD, *op. cit.*, n° 257 et s., Ph. LE TOURNEAU *et alii*, *Droit de la responsabilité et des contrats*, préc., n° 1378, C. MARGAINE, *op. cit.*, n° 187 et s., et 326 et s., Y. MAYAUD, « La volonté à la lumière du nouveau Code pénal », préc., R. MORTIER, « L'instrumentalisation de la personne morale », préc., J. ORTOLAN, *Eléments de droit pénal*, préc., n° 448 et s., et 492, M. PUECH, *L'illicéité dans la responsabilité civile extracontractuelle*, préc., n° 91, J.-F. QUIEVY, *Anthropologie de la personne morale*, préc., n° 181, B. STARCK, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, préc., pp. 250 et s., B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Obligations. I. Responsabilité délictuelle*, préc., n° 394, N. STONESTREET, *La notion d'infraction pénale*, préc., n° 280 et s., et 332 et s., A. TEANI, *La responsabilité pénale du fait d'autrui*, préc., n° 400 et s., F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, préc., n° 725, G. VIDAL et J. MAGNOL, *op. cit.*, n° 65-1 et s., G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil. Les conditions de la responsabilité*, préc., n° 444-1, et V. WESTER-OUISSE, « Responsabilité pénale des personnes morales et dérivées anthropomorphiques », préc.

²⁹²² V. spéc. P. FAUCONNET, *op. et loc. cit.*, et P. JOURDAIN, *op. et loc. cit.*

²⁹²³ V. *supra* n° 73 et s. Adde J. ALLIX, « Une liaison dangereuse. Dangerosité et droit pénal en France », *La dangerosité saisie par le droit pénal. Etude de droit comparé*, dir. G. GIUDICELLI-DELAGE et Ch. LAZERGES, PUF/IRJS Editions, coll. Les voies du droit, 2011, pp. 49 et s., J.-F. BERT, « Evolution et critique du concept de dangerosité dans la criminologie : la mise en perspective foucauldienne », préc., pp. 157 et s., P.

classico sensu soit de moins en moins tenue pour nécessaire à l'engagement d'une responsabilité. Il faut nous protéger tous, et tant pis pour ceux qui, certes humains comme nous et non imputables, sont néanmoins à l'origine matérielle du péril ! Il y a bel et bien une certaine répugnance à l'idée qu'ils puissent demeurer tout à fait irresponsables de leurs actes²⁹²⁴. Le droit positif en témoigne. La réprobation subjective est ainsi d'ores et déjà indifférente en droit civil (1) qui admet, en tant que terrain privilégié de la préoccupation victimaire, la responsabilité des personnes atteintes de troubles mentaux et des *infantes*. Mais elle tend à perdre de l'importance jusqu'en droit criminel, lequel connaît depuis quelques années un déclin relatif de l'irresponsabilité pénale des personnes physiques non imputables (2).

1. Le rejet général de l'irresponsabilité civile des personnes physiques non imputables

542. De l'extériorité de l'imputabilité à la faute civile à son extériorité à la responsabilité civile. A compter de la rédaction du code de 1804, il était enseigné que toute responsabilité était fondée sur la faute et que toute faute supposait l'imputabilité de son auteur. Le lien entre reprochabilité subjective et responsabilité civile demeura une condition classique de la responsabilité des personnes physiques pendant longtemps, et ce, nonobstant la reconnaissance jurisprudentielle de celle des personnes morales et de la responsabilité générale du fait des choses²⁹²⁵. En témoigne l'arrêt *Escoffier* du 28 avril 1947 aux termes duquel « *tant l'usage et les pouvoirs de direction et de contrôle de l'obligation de garde au sens de l'article (1384, alinéa 1^{er} du Code civil), que l'imputation d'une responsabilité*

BOUDOU et S. CHENE, « D'une société du risque à une société du danger ? », préc., P. BRUSTON, « La rétention de sûreté est-elle une modalité d'application des peines ? », préc., J.-Y. CHEVALLIER, « Plaidoyer pour la "rétention de sûreté" », *RPDP*, 2008, pp. 1 et s., M. DELMAS-MARTY, « Introduction » et « Comment sortir de l'impasse ? », *Les politiques sécuritaires à la lumière de la doctrine pénale du XIX^e au XXI^e siècle*, *Rev. sc. crim.*, 2010, pp. 5 et s., et pp. 107 et s., E. DREYER, *op. cit.*, n° 737, V. GAUTRON, « De la société de surveillance à la rétention de sûreté. Etapes, faux-semblants, impasses et fuites en avant », préc., Ch. LAZERGES, « Le choix de la fuite en avant au nom de la dangerosité. Les lois 1, 2, 3, 4, 5, etc. sur la prévention et la répression de la récidive », *Rev. sc. crim.*, 2012, pp. 274 et s., et « L'irruption de la dangerosité dans les décisions du Conseil constitutionnel », *La dangerosité saisie par le droit pénal. Etude de droit comparé*, préc., pp. 79 et s., F. ROUSSEAU, *L'imputation dans la responsabilité pénale*, préc., n° 8, et C. SEVELY-FOURNIE, « L'"inquiétante étrangeté" de la rétention de sûreté », *RRJ*, 2008, pp. 2019 et s.

²⁹²⁴ Comp. J. DANET et C. SAAS, « Le fou et sa "dangerosité", un risque spécifique pour la justice pénale », *Rev. sc. crim.*, 2007, pp. 779 et s., E. DREYER, *op. et loc. cit.*, et F. JULITTE, *L'approche pénale de la folie*, préc., n° 140 et s.

²⁹²⁵ V. par exemple, A. COLIN et H. CAPITANT par L. JULLIOT DE LA MORANDIERE, *op. cit.*, n° 1116 et s., R. DEMOGUE, *Traité des obligations*, t. 5, préc., n° 242 et s., G. RIPERT et J. BOULANGER, *Traité de droit civil d'après le traité de Planiol*, préc., n° 955, et R. SAVATIER, *Traité de la responsabilité en droit français civil, administratif, professionnel, procédural*, préc., n° 161 et s. *Adde* sur la conception classique, Ph. BRUN, *Responsabilité extracontractuelle*, préc., n° 294 et s., J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil. Les obligations. 2. Le fait juridique*, préc., n° 99 et 261, A. SERIAUX, *Manuel de droit des obligations*, préc., n° 107 et s., et 129, B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *op. cit.*, n° 396 et s., F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n° 731 et s., très opposés à l'évolution du droit positif, et G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. cit.*, n° 444 et s.

présumée, impliquent la faculté de discernement »²⁹²⁶, interdisant dès lors d'agir en responsabilité à l'encontre d'une personne atteinte de troubles psychiques prise en tant que gardien d'une chose inanimée. La reprochabilité subjective était alors conçue comme une condition générale du droit civil de la responsabilité. Depuis lors, les choses ont bien changé, le droit positif retenant une solution diamétralement opposée.

Quant à la responsabilité comportementale d'une part, on a vu que l'imputabilité avait d'abord été progressivement considérée, en doctrine, comme extérieure à la notion de faute. Puis, par la loi du 3 janvier 1968 pour les malades mentaux²⁹²⁷ et par les arrêts *Lemaire* et *Derguini* de 1984 pour les *infantes*²⁹²⁸, l'imputabilité *classico sensu* fut chassée, non seulement de la notion de faute mais encore du régime même de la responsabilité du fait personnel²⁹²⁹. Mais ces atteintes portées à l'exigence d'imputabilité ne furent pas les seules. A vrai dire, elles ne furent même pas les premières. En effet, le déclin de la réprobation subjective avait en fait déjà commencé, d'autre part, en matière de responsabilité fonctionnelle. L'évolution se fit, en premier lieu, dans le cadre du régime général de responsabilité du fait des choses. Mettant un terme à la jurisprudence *Escoffier*, la Cour de cassation admit ainsi dès 1964 qu'une personne atteinte de troubles mentaux puisse être tenue pour responsable d'une chose dont elle avait la garde²⁹³⁰ et la solution fut appliquée, vingt ans plus tard, à un jeune enfant dans l'arrêt *Gabillet*²⁹³¹. Ensuite, c'est la responsabilité du fait d'autrui qui manifesta son indifférence à l'imputabilité. Explicitement dans l'arrêt *Fullenwarth*, qui autorisa l'engagement de la responsabilité des parents du fait de leur *infans*²⁹³². Et implicitement dans l'arrêt *Blieck*, par l'admission de la responsabilité des associations organisant et dirigeant le mode de vie de personnes mentalement handicapées et susceptibles, donc, d'être privées de discernement ou de libre arbitre²⁹³³.

²⁹²⁶ Civ., 28 avr. 1947 : *D.*, 1947, concl. LENOAN, et note H. LALOU, p. 329. V. également, au sujet d'un *infantes*, Civ. 2, 14 mars 1963, *Bonnetti* : *D.*, 1963, p. 500 ; et *Gaz. Pal.*, 1963, 2, p. 117.

²⁹²⁷ C. civ., art. 414-3.

²⁹²⁸ Ass. plén. 9 mai 1984 : *Bull. civ.*, n° 2 et 3 ; *D.*, 1984, concl. CABANNES, note F. CHABAS, p. 525 ; et *JCP*, 1984, II, 20256, note P. JOURDAIN.

²⁹²⁹ Sur cette question, v. *supra* n° 385 et s.

²⁹³⁰ Civ. 2, 18 déc. 1964, *Trichard* : *D.*, 1965, concl. SCHMELCK, note P. ESMEIN, p. 191 ; *JCP*, 1965, II, 14304, N. DEJEAN DE LA BÂTIE ; et *RTD Civ.*, 1965, note R. RODIERE, p. 351.

²⁹³¹ Ass. plén. 9 mai 1984 : *Bull. civ.*, n° 1 ; *D.*, 1984, concl. CABANNES, note F. CHABAS, p. 525 ; et *JCP*, 1984, II, 20255, note N. DEJEAN DE LA BÂTIE. *Adde* sur la question, Ph. BONFILS et A. GOUTTENOIRE, *Droit des mineurs*, préc., n° 1200 et s., C. EDON-LAMBALLE, *op. cit.*, n° 62, et 155 et s., J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *op. cit.*, n° 261, P. JOURDAIN, *op. cit.*, n° 426 et s., R. LEGEAIS, « Un gardien sans discernement. Progrès ou régression dans le droit de la responsabilité civile ? », préc., N. RIAS, *Aspects actuels des liens entre les responsabilités civile et pénale*, préc., n° 272, B.. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *op. cit.*, n° 537 et s., et F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n° 791.

²⁹³² Ass. plén., 9 mai 1984 : *Bull. civ.*, n° 4 ; *D.*, 1984, concl. CABANNES, note F. CHABAS, p. 525 ; et *JCP*, 1984, II, 20255, note N. DEJEAN DE LA BÂTIE.

²⁹³³ Ass. plén., 29 mars 1991 : *Bull. civ.*, n° 1 ; *D.*, 1991, note Ch. LARROUMET, p. 324, et chron. G. VINEY, p. 157 ; *Gaz. Pal.*, 1992, 2, note F. CHABAS, p. 513 ; *JCP*, 1991, II, 21673, concl. DONTEVILLE, note J. GHESTIN ; et *RTD Civ.*, 1991, obs. J. HAUSER, p. 312, et obs. P. JOURDAIN, p. 541.

Le droit positif est donc clair et adopte une solution générale : *la responsabilité civile des personnes, physiques ou morales, insusceptibles de faire l'objet d'une réprobation subjective*. Allant dans le même sens au sujet des groupements, le droit pénal de la responsabilité est en revanche plus ambigu au sujet des personnes physiques, et tout particulièrement de celles atteintes de troubles psychiques ou neuropsychiques.

2. Le déclin partiel de l'irresponsabilité pénale des personnes physiques non imputables

543. Résistance de l'exigence de reprochabilité subjective. L'imputabilité au sens classique du terme était et est toujours considérée comme étant le fondement même de la responsabilité pénale²⁹³⁴. Il est pourtant plus difficile d'en être aussi certain aujourd'hui qu'hier si l'on prend en compte les évolutions récentes du droit positif. Certes, l'alliance du droit pénal de la responsabilité et de la condition de reprochabilité subjective n'est pas encore tout à fait brisée, les deux causes classiques de non-imputabilité que sont le trouble mental et l'enfance n'ayant pas été répudiées l'une et l'autre. Mais le changement reste tout de même considérable. Ainsi, tandis que l'*infantia* continue d'exclure toute responsabilité pénale (a), il n'en est plus vraiment de même de la folie, l'année 2008 ayant vu l'avènement d'une quasi-responsabilité pénale des personnes atteintes d'affections mentales (b).

a- La persistance de l'irresponsabilité pénale des *infantes*

544. Classicisme de la génération de la responsabilité pénale des mineurs. Contrairement à une opinion répandue²⁹³⁵, le mineur ne bénéficie d'aucune présomption d'irresponsabilité. La minorité n'est pas une cause d'irresponsabilité pénale. *Les mineurs engagent leur responsabilité, en matière criminelle, dans les mêmes conditions qu'un majeur*. Mais dire cela ne revient pas pour autant à nier la particularité du droit pénal des mineurs. Pour bien le comprendre, il faut encore prendre le soin de bien distinguer deux questions souvent confondues : celle de la génération et celle de la réalisation de leur responsabilité.

Concernant ce dernier aspect d'une part, qui touche au régime répressif qui leur est applicable, sa spécificité est indéniable. Qu'il s'agisse de la procédure, des juridictions ou des sanctions qu'ils auront à rencontrer, elles se distinguent, qui dans leur nature, qui dans leur conditions d'application, de celles connues des majeurs, et ce, en raison de l'imaturité et de

²⁹³⁴ V. not. A. CHAUVEAU et F. HELIE, *Théorie du Code pénal*, préc., n° 347 et s., Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *op. cit.*, n° 350 et s., P.-J. DELAGE, « La dangerosité comme éclipse de l'imputabilité et de la dignité », *Rev. sc. crim.*, 2007, pp. 797 et s., E. DREYER, *op. cit.*, n° 737 et s., R. GARRAUD, *op. cit.*, n° 275, J. ORTOLAN, *op. cit.*, n° 221, et 327 et s., X. PIN, « L'irresponsabilité pénale (réflexions sur le sens des articles 122-1, 112-2, 122-3 et 122-8 du Code pénal) », préc., et P. ROSSI, *Traité de droit pénal*, préc., pp. 319 et s.

²⁹³⁵ V. à cet égard, B. BOULOC, *op. cit.*, n° 400, Ch. LAPOYADE-DESCHAMPS, « Les petits responsables (responsabilité civile et responsabilité pénale de l'enfant) », préc., et Y. PICOD, « Conscience et responsabilité pénale », préc. Rapp. P. JOURDAIN, art. *cit.*

la vulnérabilité des jeunes²⁹³⁶. Si la rengaine incessante de l'aggravation, réelle ou supposée, de la délinquance juvénile²⁹³⁷ conduit à un durcissement constant de leur sort et à un rapprochement progressif du droit pénal des mineurs avec le droit pénal commun²⁹³⁸, la singularité du premier demeure malgré tout. La spécificité du droit pénal des mineurs est inscrite au Code pénal²⁹³⁹ et l'emblématique Ordonnance du 2 février 1945, malgré les assauts fréquents des partis politiques conservateurs, n'a toujours pas été abrogée. Mieux, l'originalité de cette branche importante du droit criminel a été hissée au rang de principe fondamental reconnu par les lois de la République en 2002²⁹⁴⁰, le Conseil constitutionnel ayant souvent l'occasion de le rappeler²⁹⁴¹. Par ailleurs, ce regain de sévérité à l'égard des mineurs n'a pas affecté la question de la génération de leur responsabilité.

Celle-ci, d'autre part, est en tout point conforme au droit commun de la responsabilité pénale tel qu'il est classiquement conçu. Comme tout individu en effet, le mineur est responsable pénalement des infractions qui lui sont imputables. L'article 122-8, suivant en cela l'arrêt *Laboube*²⁹⁴² de presque cinquante ans, le confirme, qui dispose que « *les mineurs capables de discernement sont pénalement responsables des crimes, délits ou contraventions dont ils ont été reconnus coupables* ». Le mineur est donc responsable, en droit, exactement comme le sont les adultes²⁹⁴³. Quant au fond du droit tout d'abord, il ne l'est que s'il est

²⁹³⁶ Sur le droit pénal des mineurs, v. not., outre les ouvrages généraux, Ph. BONFILS et A. GOUTTENOIRE, *op. cit.*, n° 1233 et s., Ph. BONFILS, « La primauté de l'éducation sur la répression », *Dr. pénal*, 2012, Etude n° 18, A.-Ch. DANA, *op. cit.*, n° 72 et s., M.-C. GUERIN, « Le juge des enfants : pièce maîtresse ou simple juge spécialisé de la justice pénale des mineurs », *Dr. pénal*, 2012, Etude n° 21, P. JOURDAIN, *op. cit.*, n° 273bis et s., E. LETOUZEY, « La spécialisation des juridictions et des procédures dans les affaires de mineurs », *Dr. pénal*, 2012, Etude n° 20, V. MALABAT, « Le statut pénal du mineur. Etude des règles de fond de la responsabilité pénale des mineurs après la loi du septembre 2002 », *La condition juridique du mineur. Aspects internes et internationaux. Questions d'actualités*, dir. J.-J. LEMOULAND, Litec, 2004, pp. 25 et s., C. MARGAINE, *op. cit.*, n° 470 et s., et « L'atténuation de la responsabilité pénale des mineurs », *Dr. pénal*, 2012, Etude n° 19, et J.-Ch. SAINT-PAU, « La capacité pénale de l'enfant », préc.

²⁹³⁷ V. par exemple, Ph. BONFILS et A. GOUTTENOIRE, *op. cit.*, n° 1236, Ph. CONTE, « Remarques sur la conception contemporaine de l'ordre public pénal », préc., et J. LEROY, « Quelle responsabilité pénale pour les enfants et les malades mentaux », *Droit pénal : le temps des réformes*, préc., pp. 111 et s. V. déjà R. GARRAUD, *op. cit.*, n° 371 et s.

²⁹³⁸ Sur cette tendance, v. not. Ph. BONFILS, « Le discernement en droit pénal », préc., « La réforme du droit pénal des mineurs par la loi du 10 août 2011 », *D.*, 2011, chron., pp. 2286 et s., et « L'autonomie substantielle du droit pénal des mineurs. Entre consécration et affaiblissement », *AJ pénal*, 2012, Dossier, pp. 312 et s., Ph. BONFILS et A. GOUTTENOIRE, *op. cit.*, n° 1237, B. BOULOC, « La politique pénale actuelle, fille de Lombroso ? », *Peine. Dangerosité. Quelles certitudes ?*, préc., pp. 179 et s., J. CASTAIGNEDE, « Les petits responsables. Réflexions sur la responsabilité pénale et la responsabilité civile du mineur », *Mél. Ch. Lapoyade-Deschamps*, préc., pp. 119 et s., V. MALABAT, art. *cit.*, X. PIN, *op. cit.*, n° 245, et art. *cit.*, et J.-H. ROBERT, « Les quatre cents coups des mineurs leur seront rendus au centuple », *JCP*, 2012, 346.

²⁹³⁹ C. pén., 122-8.

²⁹⁴⁰ Cons. const., 29 août 2002, n° 2002-461 DC : *D.*, 2003, obs. L. DOMINGO et S. NICOT, p. 1127 ; et *Rev. sc. crim.*, 2003, obs. V. BÜCK, p. 606. *Adde* Ph. BONFILS et A. GOUTTENOIRE, *op. cit.*, n° 1246, Ph. BONFILS, « La primauté de l'éducation sur la répression », préc., et C. MARGAINE, art. *cit.*

²⁹⁴¹ V. récemment Cons. const., 10 mars 2011, n° 2011-625 DC, Cons. const., 8 juill. 2011, n° 2011-147 DC, et Cons. const., 4 août 2011, n° 2011-635 QPC, sur lesquelles v. *Rev. sc. crim.*, 2012, obs. B. DE LAMY, p. 227.

²⁹⁴² *Crim.*, 13 déc. 1956 : *D.*, 1957, jur., note M. PATIN, p. 349.

²⁹⁴³ En ce sens, rapp. Ph. BONFILS et A. GOUTTENOIRE, *op. cit.*, n° 1249, J. CASTAIGNEDE, art. *cit.*, Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *op. cit.*, n° 358 et s., A.-Ch. DANA, *op. cit.*, n° 90 et s., F. DESPORTES et F. LE GUNEHEC, *Droit pénal général*, préc., n° 659, M.-L. LANTHIEZ, « Minorité de l'agent et caractère objectif de l'infraction pénale », préc., Ch. LAZERGES, « De l'irresponsabilité à la responsabilité

suffisamment libre et discernant. Il en résulte que, si la minorité n'est pas une cause d'irresponsabilité pénale, l'*infantia*, quant à elle, en est bien une. Quant à la preuve de la reprochabilité subjective ensuite, il n'y a pas vraiment de différence non plus avec la situation des majeurs. L'article 122-8 insiste, certes, sur le discernement comme condition de la responsabilité pénale. Pourtant, en retirer une conséquence sur le plan probatoire paraît excessif tant il est vrai que cette exigence est aussi posée en droit pénal des majeurs. En l'absence de présomption légale de discernement fixant un âge de minorité pénale par ailleurs, la détermination de la sortie de l'*infantia* est exclusivement judiciaire et procède de simples présomptions de fait. Dès lors, la différence entre mineurs et majeurs, en ce qui concerne la génération de leur responsabilité en général et la preuve du discernement en particulier, semble être, en dernière analyse, de pur fait. L'*infantia* est une cause de non-reprochabilité subjective qui, par nature, s'étend dans le temps, à l'inverse d'un trouble mental ou d'une contrainte morale externe qui sont plus rares et, même pour le premier, non forcément permanents. Il est donc tellement facile à établir qu'il s'en suit que jusqu'à un certain âge, la réprobation subjective d'un mineur est interdite, de fait, aux juges, qui ne pourront prononcer aucune mesure pénale et devront se borner, si possible, à prendre des mesures d'assistance éducative²⁹⁴⁴.

On voit donc que, *du point de vue des infantes, la reprochabilité subjective demeure bel et bien une condition de la responsabilité pénale*. Le déclin de cette exigence n'est donc pas absolu en matière criminelle, ce qui fait sa différence avec le droit civil de la responsabilité. Il n'en reste pas moins qu'il y a effectivement déclin de l'imputabilité *classico sensu*, ce dont témoigne la naissance récente d'une quasi-responsabilité pénale des personnes atteintes d'un trouble mental.

b- La naissance d'une quasi-responsabilité pénale des malades mentaux

545. Loi n° 2008-174 du 25 février 2008. Face à la pression d'une certaine part de l'opinion publique et de certaines victimes, le législateur, qui est avant tout un politicien, a profité de l'occasion que lui donnait alors un fait divers pour adopter une loi malheureuse, celle du 25 février 2008²⁹⁴⁵, qui a marqué un tournant capital pour le droit pénal français

pénale des mineurs délinquants ou relecture des articles 1 et 2 de l'Ordonnance du 2 février 1945. A l'occasion du cinquantième anniversaire de l'Ordonnance du 2 février 1945 », *Rev. sc. crim.*, 1995, pp. 149 et s., Y. MAYAUD, *op. cit.*, n° 441, X. PIN, *op. cit.*, n° 247 et s., J.-H. ROBERT, *op. cit.*, p. 304, J.-Ch. SAINT-PAU, *art. cit.*, et V. MALABAT, *art. cit.*

²⁹⁴⁴ C. civ., art. 375 et s.

²⁹⁴⁵ Sur laquelle, v., outre les références citées *supra* n° 54 note 350, Ph. BONFILS, *chron. législ.*, *Rev. sc. crim.*, 2008, pp. 392 et s., S. COYE, « Remise en cause de l'irresponsabilité pénale. Jusqu'où ira-t-on ? », *Dedans dehors*, févr. 2008, pp. 30 et s., J. DANET, « La rétention de sûreté au prisme de la politique criminelle : une première approche », *préc.*, E. DREYER, « La subsidiarité du droit pénal », *préc.*, E. GARÇON et V. PELTIER, *Droit de la peine*, LexisNexis, coll. Manuels, 2010, n° 1505 et s., L. GREGOIRE, « Quel avenir pour les mesures de sûreté ? Analyse au regard de deux ans d'application de la loi du 25 février 2008 », *RPDP*, 2011, pp. 311 et s., S. JACOPIN, « La dangerosité saisie par le droit pénal », *préc.*, pp. 225 et s., J. LEBLOIS-HAPPE, « Y a-t-il encore une fin à la répression ? », *Mél. J.-H. Robert*, *préc.*, pp. 389 et s., J. LEROY, *art. cit.*, et « L'aliéné

contemporain. Et ce, du fait de deux institutions : la déclaration d'irresponsabilité pour cause de trouble mental (α) et les rétention et surveillance de sûreté (β), qui peuvent être interprétées comme aboutissant l'une et l'autre à l'instauration d'une quasi-irresponsabilité pénale des personnes physiques non subjectivement reprochables²⁹⁴⁶.

α - Quasi-responsabilité pénale et déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental

546. Présentation de l'institution. La déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental est régie par le titre XXVI de la partie II du Code de procédure pénale, composé des articles 706-119 et s. Dans l'hypothèse où la personne poursuivie aurait été atteinte, au moment de la commission des faits, d'un trouble psychique ou neuropsychique abolissant son discernement, les juges étaient traditionnellement tenus de rendre soit une ordonnance ou un arrêt de non-lieu, au stade de l'instruction, soit un jugement ou un arrêt de relaxe ou d'acquiescement, au stade du jugement. Face à l'incompréhension et à la douleur de victimes, le législateur a introduit une procédure particulière tendant, en quelque sorte, à juger les fous. Dorénavant en effet, la chambre de l'instruction²⁹⁴⁷, la cour d'assises²⁹⁴⁸ et le tribunal

criminel, simplement coupable ou pleinement responsable ? », préc., C. MARGAINE, *op. cit.*, n° 255 et s., 578 et 592, H. MATSOPOULOU, « Le développement des mesures de sûreté justifiées par la "dangerosité" et l'inutile dispositif applicable aux malades mentaux. Commentaire de la loi n° 2008-174 du 25 février 2008 relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental », *Dr. pénal*, 2008, Etude n° 5, P. MISTRETTA, « De la répression à la sûreté, les derniers subterfuges du droit pénal. A propos de la loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental », préc., X. PIN, art. *cit.*, J. PRADEL, « Une double révolution du droit pénal français avec la loi du 25 février 2008 sur les criminels dangereux », préc., Ph. SALVAGE, « Le contrôle du délinquant après l'exécution de sa peine privative de liberté », *Mél. J.-H. Robert*, préc., pp. 697 et s.

²⁹⁴⁶ Outre cette innovation juridique, on pourra aussi évoquer l'accroissement de fait de la répression des personnes affectées de troubles mentaux, comme en témoigne l'augmentation statistique de la proportion de la population carcérale qui en est atteinte (v. S. COYE, art. *cit.*, J. DANET et C. SAAS, art. *cit.*, F. JULITTE, *op. cit.*, n° 10, et 47 et s., P. MBANZOULOU, « La dangerosité des détenus. Un concept flou aux conséquences bien visibles : le PSEM et la rétention de sûreté », *AJ pénal*, 2008, Dossier, pp. 171 et s., L. PERDRIX, *La garde d'autrui*, préc., n° 441 et s., X. PIN, art. *cit.*, et J. PRADEL, art. *cit.*). Cela s'explique, outre le caractère pathogène de l'incarcération, par l'existence d'une tendance chez les experts psychiatriques et psychologiques, du fait des conséquences sociales que peut avoir la remise en liberté d'un malade mental pour la sécurité publique, à préférer conclure à l'altération plutôt qu'à l'abolition du discernement ou de la volonté du patient. V. not. sur ce point, F. JULITTE, *op. et loc. cit.*, Y. PICOD, art. *cit.*, J. PRADEL, *op. cit.*, n° 476, et G. VIDAL et J. MAGNOL, *op. cit.*, n° 175. Sur les doutes pouvant exister quant à l'objectivité, l'indépendance et les compétences des experts judiciaires, *adde* spéc. J.-F. BERT, art. *cit.*, J.-P. BOUCHARD, « L'expertise mentale en France entre "pollution de la justice" et devoir d'objectivité », *Dr. pénal*, 2006, Etude n° 3, E. DREYER, *op. cit.*, n° 749, et Y. PICOD, art. *cit.* Rapp. A. COCHÉ, *La détermination de la dangerosité des délinquants en droit pénal. Etude de droit français*, PU.A.M., 2005, n° 532.

²⁹⁴⁷ C. proc. pén., art. 706-125. Le juge d'instruction, quant à lui, peut rendre une ordonnance d'irresponsabilité pénale (C. proc. pén., art. 706-120 et s.) qui ne lui permet pas, à l'inverse des autres décisions de justice instituées par la réforme, d'aller plus loin qu'une simple précision de ce « *qu'il existe des charges suffisantes établissant que l'intéressé a commis les faits qui lui sont reprochés* ». Sur la distinction de cette décision et des ordonnances et arrêts de déclaration d'irresponsabilité pour cause de trouble mental, v. not. J. BUISSON, « La déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental : loi du 25 février 2008 », *Procédures*, 2008, Etude n° 4, et S. DETRAZ, « La création d'une nouvelle décision de règlement de l'instruction : la décision d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental », *Rev. sc. crim.*, 2008, pp. 873 et s.

²⁹⁴⁸ C. proc. pén., art. 706-129 et s.

correctionnel²⁹⁴⁹ seront tenus, lorsqu'il résultera de la procédure qu'il existe des charges ou des preuves suffisantes pour les convaincre que le prévenu ou l'accusé aura bien commis les faits, de rendre un arrêt ou un jugement de déclaration d'irresponsabilité pour cause de trouble mental.

En dépassant cette première présentation et entrant dans les détails de cette nouvelle procédure, il semble possible d'y voir la source d'une quasi-responsabilité pénale des personnes atteintes de troubles mentaux.

547. Analyse de l'institution. Quant à ses sujets, d'une part, il est indéniable qu'il s'agit de personnes classiquement considérées comme irresponsables car subjectivement irréprochables. En effet, l'applicabilité ou l'application de l'article 122-1, alinéa 1^{er} du Code pénal apparaît comme une condition préalable à la mise en œuvre de ces procédures et à la reddition de ces décisions²⁹⁵⁰.

Concernant, d'autre part, la nature pénale du traitement dont elles font l'objet, il se manifeste à plusieurs égards. Tout d'abord, la procédure qui leur est appliquée est très proche, lorsqu'elle n'est pas identique, à la procédure de jugement pénal classique²⁹⁵¹. Elle l'est forcément quand la décision portant déclaration d'irresponsabilité pour cause de trouble mental est prise par une cour d'assises ou un tribunal correctionnel dont la procédure n'a pas été aménagée pour prendre acte de ce que ces juridictions ont alors à faire à un sujet, en principe, étranger au droit criminel. Elle l'est encore pour celle qui a cours devant la chambre de l'instruction. L'article 706-122 prévoit des règles d'audition, d'interrogatoire et de publicité, qui en font une véritable audience de jugement. Ensuite, la décision rendue se rapproche également d'une décision de condamnation ordinaire²⁹⁵². Elle comprend ainsi une sorte de déclaration de "culpabilité matérielle" de la personne poursuivie, lui attribuant la participation aux faits de la prévention en cas de preuves ou de charges suffisantes en ce sens²⁹⁵³, ainsi que, le cas échéant, la condamnation à diverses mesures, qui donneront lieu à une inscription au bulletin n° 1 du casier judiciaire et dont la nature juridique peut être discutée. Hormis l'hospitalisation d'office²⁹⁵⁴ qui apparaît bien comme exclusive de toute connotation punitive²⁹⁵⁵, l'article 706-136 prévoit diverses sanctions, à savoir les interdictions

²⁹⁴⁹ C. proc. pén., art. 706-133 et s.

²⁹⁵⁰ C. proc. pén., art. 706-123 et s., 706-129 et s., et 706-133 et s.

²⁹⁵¹ En ce sens, v. J. BUISSON, art. *cit.*, et S. DETRAZ, art. *cit.*, lequel fait également état d'une certaine autorité de la chose jugée de ces décisions. Comp. E. DREYER, art. *cit.*, et F. ROUSSEAU, « L'application dans le temps des nouvelles dispositions du 25 février 2008 relatives à l'irresponsabilité pénale pour cause de troubles mentale (à propos de l'arrêt de la chambre criminelle du 21 janvier 2009) », *Dr. pénal*, 2009, Etude n° 9.

²⁹⁵² Dans le même sens, v. X. PIN, « Politique criminelle et frontières du droit pénal : enjeux et perspectives », préc. Rapp. S. DETRAZ, « La notion de condamnation pénale : l'arlésienne de la science criminelle », *Rev. sc. crim.*, 2008, pp. 41 et s.

²⁹⁵³ C. proc. pén., art. 706-125, 1°, 706-129 et s., et 706-133, 2°.

²⁹⁵⁴ C. proc. pén., art. 706-135.

²⁹⁵⁵ V. not. J. LEROY, articles précités, H. MATSOPOULOU, art. *cit.*, « L'application des "peines", puis des "mesures de sûreté", aux personnes atteintes de troubles mentaux : l'incohérence jurisprudentielle et ses conséquences (à propos de l'arrêt de la chambre criminelle du 16 décembre 2009) », *Dr. pénal*, 2010, Etude n° 4,

d'entrer en relation avec la victime de l'infraction ou certaines personnes ou catégories de personnes, et notamment les mineurs, spécialement désignées, de paraître dans tout lieu spécialement désigné, de détenir ou de porter une arme, d'exercer une activité professionnelle ou bénévole spécialement désignée, dans l'exercice de laquelle ou à l'occasion de laquelle l'infraction a été commise ou impliquant un contact habituel avec les mineurs, sans faire préalablement l'objet d'un examen psychiatrique déclarant la personne apte à exercer cette activité, la suspension du permis de conduire ou son annulation avec interdiction d'en solliciter la délivrance d'un nouveau. Bien que qualifiées de mesures de sûreté par la loi²⁹⁵⁶ et par la jurisprudence²⁹⁵⁷, et nonobstant le fait qu'elles ne puissent être prononcées qu'après une expertise psychiatrique, cette qualification peut être remise en cause, et ce, pour deux raisons. Non seulement ces mesures sont en tout point identiques à certaines peines, telles que les peines de substitution ou complémentaires respectivement prévues aux articles 131-6 et 131-10 du Code pénal, mais en outre leur quantum maximum – dix ans en matière correctionnelle et vingt ans en cas de crime ou de délit puni de dix ans d'emprisonnement – est déterminé au regard de la gravité de l'infraction éventuellement²⁹⁵⁸ constituée, ce qui procède d'une logique purement rétributive, consubstantiellement liée à l'idée de peine et non à celle de mesure de sûreté. Comme l'avait fait la Chambre criminelle dans un premier temps²⁹⁵⁹, comme pourrait

et « L'application non-rétroactive des "peines" frappant désormais les délinquants aliénés », note sous Crim., 21 janv. 2009, *D.*, 2009, pp. 1111 et s., P. MISTRETTA, art. *cit.*, et D. ROETS, « L'épineuse question de l'application dans le temps des mesures de sûreté », note sous Crim., 16 déc. 2009, *Gaz. Pal.*, 10-11 mars 2010, pp. 10 et s.

²⁹⁵⁶ Sur les progrès, en législation, des mesures de sûreté, v. not. J. ALLIX, art. *cit.*, S. DETRAZ, « La création d'une nouvelle décision de règlement de l'instruction : la décision d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental », préc., E. GARÇON et V. PELTIER, *op. cit.*, n° 10, A. GIUDICELLI, « L'irresponsabilité pénale des malades mentaux face à l'hypothèse du droit pénal post-moderne », *RPDP*, 2007, pp. 773 et s., L. GREGOIRE, art. *cit.*, Ch. LAZERGES, art. *cit.*, J. LEBLOIS-HAPPE, art. *cit.*, J. LEROY, « L'aliéné criminel, simplement coupable ou pleinement responsable ? », préc., H. MATSOPOULOU, articles et note précités, et « Le renouvellement des mesures de sûreté », *D.*, 2007, pp. 1607 et s., C. MARGAINE, *op. cit.*, n° 574 et s., Y. MAYAUD, « La mesure de sûreté après la décision du Conseil constitutionnel n° 2008-562 DC du 21 février 2008 », préc., X. PIN, art. *cit.*, J. PRADEL, note sous Crim., 16 déc. 2009, *D.*, 2010, pp. 471 et s., F. ROUSSEAU, « Dangerosité et sanctions pénales », *Peine. Dangerosité. Quelles certitudes ?*, préc., pp. 265 et s., M.-Ch. SORDINO, « De la proportionnalité en droit pénal », préc., et V. PELTIER, « Expertise et dangerosité : le nouveau statut juridique de l'expertise en matière de lutte contre la récidive », *Mél. J.-H. Robert*, préc., pp. 563 et s.

²⁹⁵⁷ V. Crim., 16 déc. 2009 : *D.*, 2010, act. jur., obs. M. LEA, p. 144, et note J. PRADEL, p. 471 ; *Gaz. Pal.*, 10-11 mars 2010, note D. ROETS, p. 10 ; et *JCP*, 2010, 117, note P. MISTRETTA. *Adde* H. MATSOPOULOU, « L'application des "peines", puis des "mesures de sûreté", aux personnes atteintes de troubles mentaux : l'incohérence jurisprudentielle et ses conséquences (à propos de l'arrêt de la chambre criminelle du 16 décembre 2009) », préc.

²⁹⁵⁸ Le texte évoque bien une infraction et non seulement des faits. Cela correspond bien à la réalité lorsque le trouble n'affecte que les discernements légal ou moral ou la liberté de la volonté. En revanche, il n'y a pas infraction lorsque c'est le principe même de la volonté ou le discernement matériel qui sont atteints (v. *supra* n° 398). Il est probable que, le droit positif ne distinguant pas quant aux effets des troubles psychiques et neuropsychiques (v. *supra* n° 391 et s.), les praticiens ne se posent pas la question (v. S. DETRAZ, art. *cit.*). Pourtant, une appréhension réaliste de la maladie mentale imposerait de le faire, ce qui poserait la question de l'applicabilité de ces mesures aux personnes inaptes à vouloir ou à percevoir leur environnement, faute alors d'infraction constituée.

²⁹⁵⁹ Crim., 21 janv. 2009 : *D.*, 2009, act. jur., p. 374, et note H. MATSOPOULOU, p. 1111 ; *JCP*, 2009, 10043, note S. DETRAZ ; et *RPDP*, 2009, obs. X. PIN, p. 148. *Adde* P.-J. DELAGE, « Vérité et ambiguïté autour de l'imputabilité morale. A propos de Crim. 21 janvier 2009 », *Rev. sc. crim.*, 2009, pp. 69 et s., et F. ROUSSEAU, art. *cit.*

le faire la Cour européenne des droits de l'Homme²⁹⁶⁰, et comme l'estime une doctrine majoritaire²⁹⁶¹, il est ainsi possible d'y voir de véritables peines. Des « *peines déguisées* »²⁹⁶², certes, mais des peines tout de même.

On le voit donc : une personne non imputable à raison de l'abolition de son discernement au moment des faits peut donc être soumise à une procédure de type pénale, faire l'objet d'une sorte de déclaration de culpabilité et être condamnée à des peines qui ne disent pas leur nom. On peut donc difficilement affirmer que de telles personnes échappent encore à l'emprise du droit pénal de la responsabilité. Elles peuvent au moins faire l'objet d'une quasi-responsabilité pénale dans le cadre des nouvelles procédures de déclaration d'irresponsabilité pour cause de trouble mental²⁹⁶³. Il semble que l'on en vienne à la même chose avec la rétention de sûreté.

β- Quasi-responsabilité pénale et rétention de sûreté

548. Présentation de la rétention et de la surveillance de sûreté. La rétention et la surveillance de sûreté, mise en place dans le cadre de l'obsession législative de lutte contre la récidive²⁹⁶⁴ conjuguée à l'alarme sociale née d'un fait divers de l'époque, trouvent leur siège aux articles 706-53-13 et suivants du Code de procédure pénale. Le premier d'entre eux prévoit qu'« *à titre exceptionnel, les personnes dont il est établi, à l'issue d'un réexamen de leur situation intervenant à la fin de l'exécution de leur peine, qu'elles présentent une particulière dangerosité caractérisée par une probabilité très élevée de récidive parce qu'elles souffrent d'un trouble grave de la personnalité, peuvent faire l'objet à l'issue de cette peine d'une rétention de sûreté (...), à la condition qu'elles aient été condamnées à une peine de réclusion criminelle d'une durée égale ou supérieure à quinze ans pour les crimes, commis sur une victime mineure, d'assassinat ou de meurtre, de torture ou actes de barbarie, de viol, d'enlèvement ou de séquestration* »²⁹⁶⁵. Cette mesure consiste dans « *le placement de la*

²⁹⁶⁰ V. en ce sens, J. PRADEL, note *cit.*, et F. ROUSSEAU, art. *cit.* Plus mitigé, v. D. ROETS, note *cit.*

²⁹⁶¹ V. ainsi Ph. BONFILS, chron. *cit.*, S. COYE, art. *cit.*, P.-J. DELAGE, art. *cit.*, F. DESPORTES et F. LE GUNEHÉC, *op. cit.*, n° 640 et 643-1, E. DREYER, *op. cit.*, n° 781, G. GIUDICELLI-DELAGE, « Droit pénal de la dangerosité, droit pénal de l'ennemi », *Rev. sc. crim.*, 2010, pp. 69 et s., J. LEROY, articles précités, C. MARGAINE, *op. cit.*, n° 255 et s., et 592, H. MATSOPOULOU, articles et note précités, X. PIN, art. *cit.*, obs. *cit.*, et « L'irresponsabilité pénale (réflexions sur le sens des articles 122-1, 112-2, 122-3 et 122-8 du Code pénal) », préc., D. ROETS, note *cit.*, F. ROUSSEAU, art. *cit.*, M.-Ch. SORDINO, art. *cit.* Plus nuancés, v. J. ALLIX, art. *cit.*, S. DETRAZ, art. *cit.*, J.-H. ROBERT, « La victoire posthume de Lombroso et Ferri », préc., et F. ROUSSEAU, art. *cit.* *Contra* Ph. CONTE, « Aux fous ? », *Dr. pénal*, 2008, Repère n° 4, L. GREGOIRE, art. *cit.*, et J. PRADEL, note préc.

²⁹⁶² H. MATSOPOULOU, articles et note précités.

²⁹⁶³ Adhérant, en des termes variés, à l'idée d'une quasi-responsabilité pénale des malades mentaux depuis l'instauration de cette procédure et de ces décisions, v. not. L. GREGOIRE, art. *cit.*, J. LEROY, articles précités, H. MATSOPOULOU, note *cit.*, X. PIN, *op. cit.*, n° 253, et N. STONESTREET, *op. cit.*, n° 232.

²⁹⁶⁴ Sur ce point, v. not. J. ALLIX, art. *cit.*, E. GARÇON et V. PELTIER, *op. cit.*, n° 25, S. JACOPIN, art. *cit.*, Ch. LAZERGES, « Le choix de la fuite en avant au nom de la dangerosité. Les lois 1, 2, 3, 4, 5, etc. sur la prévention et la répression de la récidive », préc., et V. PELTIER, art. *cit.*

²⁹⁶⁵ Quant aux conditions du prononcé de la rétention de sûreté, le texte poursuit de la sorte : « *Il en est de même pour les crimes, commis sur une victime majeure, d'assassinat ou de meurtre aggravé, de torture ou actes de*

personne intéressée en centre socio-médico-judiciaire de sûreté dans lequel lui est proposée, de façon permanente, une prise en charge médicale, sociale et psychologique destinée à permettre la fin de cette mesure ». Quant à la surveillance de sûreté²⁹⁶⁶, elle prend nécessairement le relai d'une autre mesure, qui d'une rétention de sûreté prenant fin ou n'étant pas prolongée²⁹⁶⁷, qui d'une surveillance judiciaire²⁹⁶⁸, qui d'un suivi socio-judiciaire²⁹⁶⁹. Si cette nouvelle mesure, réserve faite de son caractère potentiellement perpétuel et de sa participation à la tendance générale du droit pénal à permettre la mise en place d'une véritable société de surveillance et de contrôle²⁹⁷⁰, n'a pas été discutée outre mesure, il est très loin d'en être de même de la rétention de sûreté qui a été, à bien des égards, très vivement critiquée²⁹⁷¹. Cela se comprend, notamment si l'on veut bien admettre qu'elle institue une forme de quasi-responsabilité pénale des personnes physiques non imputables.

549. L'instauration d'une quasi-responsabilité pénale. Concernant d'abord l'idée de quasi-responsabilité pénale qu'instituerait la mesure, elle résulte de la convergence d'un ensemble d'éléments.

D'une part, le prononcé de la rétention de sûreté résulte d'un processus revêtant une connotation répressive marquée²⁹⁷². Il n'est en effet possible qu'à la suite d'une véritable procédure pénale, la rétention de sûreté ne pouvant frapper qu'un condamné à une peine de réclusion criminelle²⁹⁷³, et ce, à la condition supplémentaire que l'éventualité de son prononcé ait été expressément prévue par la cour d'assises à l'origine de cette peine privative de

barbarie aggravés, de viol aggravé, d'enlèvement ou de séquestration aggravé, prévus par les articles 221-2, 221-3, 221-4, 222-2, 222-3, 222-4, 222-5, 222-6, 222-24, 222-25, 222-26, 224-2, 224-3 et 224-5-2 du code pénal ou, lorsqu'ils sont commis en récidive, de meurtre, de torture ou d'actes de barbarie, de viol, d'enlèvement ou de séquestration. La rétention de sûreté ne peut toutefois être prononcée que si la cour d'assises a expressément prévu dans sa décision de condamnation que la personne pourra faire l'objet à la fin de sa peine d'un réexamen de sa situation en vue d'une éventuelle rétention de sûreté ».

²⁹⁶⁶ Elle « comprend des obligations identiques à celles prévues dans le cadre de la surveillance judiciaire mentionnée à l'article 723-30, en particulier une injonction de soins prévue par les articles L. 3711-1 à L. 3711-5 du code de la santé publique et, après vérification de la faisabilité technique de la mesure, le placement sous surveillance électronique mobile dans les conditions prévues par les articles 763-12 et 763-13 » du Code de procédure pénale (C. proc. pén., art. 706-53-19).

²⁹⁶⁷ C. proc. pén., art. 706-53-19, al. 1^{er}, et R. 53-8-44, al. 1^{er}.

²⁹⁶⁸ C. proc. pén., art. 723-37.

²⁹⁶⁹ C. proc. pén., art. 763-8.

²⁹⁷⁰ V. sur la question, V. GAUTRON, art. cit., Ch. LAZERGES, « La tentation du bilan 2002-2009 : une politique criminelle du risque au gré des vents », *Rev. sc. crim.*, 2009, pp. 689 et s., C. MARGAINE, *op. cit.*, n° 581, et Ph. SALVAGE, art. cit.

²⁹⁷¹ Pour une critique, v. not. J.-F. BERT, art. cit., P. BRUSTON, art. cit., S. COYE et H. DE SUREMAIN, « Relégation perpétuelle », préc., V. GAUTRON, art. cit., M. HERZOG-EVANS, « La loi n° 2008-174 du 25 février 2008 ou la mise à mort des "principes cardinaux" de notre droit », préc., et B. LAVIELLE, « Une peine infinie (libres propos sur la rétention de sûreté) », préc. Favorable à cette mesure, v. not. J.-Y. CHEVALLIER, art. cit., Y. MAYAUD, art. cit., et J. PRADEL, art. cit. Rapp. H. MATSOPOULOU, « Le développement des mesures de sûreté justifiées par la "dangerosité" et l'inutile dispositif applicable aux malades mentaux. Commentaire de la loi n° 2008-174 du 25 février 2008 relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental », préc.

²⁹⁷² V. en ce sens, J. ALLIX, art. cit., et E. GARÇON et V. PELTIER, *op. cit.*, n° 1508.

²⁹⁷³ C. proc. pén., art. 706-53-13, al. 1^{er}.

liberté²⁹⁷⁴. Quant à la rétention de sûreté proprement dite, il est vrai qu'elle n'est pas prononcée par le juge de l'application des peines mais par des juridictions spéciales, les juridictions régionales de la rétention de sûreté. Celles-ci conservent toutefois une proximité réelle avec l'ordre juridictionnel répressif²⁹⁷⁵ et il n'est pas impossible qu'à l'instar des anciennes juridictions régionales de la libération conditionnelle²⁹⁷⁶, elles soient à l'avenir absorbée par les juridictions de l'application des peines.

D'autre part, c'est la mesure même de rétention de sûreté qui permet de conclure à l'idée que celui qui l'encourt fait l'objet d'une quasi-responsabilité pénale. Elle a effectivement été conçue par le législateur comme une simple mesure de sûreté²⁹⁷⁷. Mais une telle qualification ne s'impose pas pour autant avec la force de l'évidence. Le Conseil constitutionnel a lui-même adopté une attitude ambiguë à son endroit, niant dans un premier temps qu'elle soit une peine ou une sanction à caractère punitif, pour, dans un second temps, refuser son application rétroactive aux motifs qu'elle ne serait pas, par sa nature privative de liberté, totalement étrangère à la logique répressive²⁹⁷⁸. La Cour européenne des droits de l'homme, quant à elle, n'a pas encore eu à se prononcer sur la rétention de sûreté française. En revanche, on peut tirer de sa jurisprudence qu'elle y verra une peine, au sens de l'article 7 de la Convention européenne tel que dégagé par les arrêts *Welch c/ Royaume-Uni* et *Jamil c/ France*²⁹⁷⁹. C'est ce qui résulte en effet de son arrêt *Mucke c/ Allemagne*²⁹⁸⁰ par lequel elle attribue cette qualification à la détention de sûreté allemande, la *Sicherungsverwahrung*, qui est très proche de la rétention de sûreté²⁹⁸¹. La raison en est à la fois sa sévérité, puisqu'elle entraîne une

²⁹⁷⁴ C. proc. pén., art. 706-53-13, al. 3.

²⁹⁷⁵ V. not. E. GARÇON et V. PELTIER, *op. et loc. cit.*

²⁹⁷⁶ Pour un tel parallèle, v. not. M. HERZOG-EVANS, art. *cit.*

²⁹⁷⁷ Elle doit, à ce titre, être proposée par la commission pluridisciplinaire des mesures de sûreté prévue à l'article 763-10 du Code de procédure pénale (C. proc. pén., art., 706-53-14).

²⁹⁷⁸ Cons. const., 21 févr. 2008, n° 2008-562 DC. Sur cette décision, v. spéc. J. ALLIX, art. *cit.*, Ph. CONTE, art. *cit.*, B. DE LAMY, « La rétention de sûreté : pénal or not pénal ? », *Rev. sc. crim.*, 2009, pp. 166 et s., E. DREYER, « Le Conseil constitutionnel et la "matière" pénale. La QPC et les attentes déçues... », *JCP*, 2011, 976, Ch. LAZERGES, « L'irruption de la dangerosité dans les décisions du Conseil constitutionnel », *préc.*, et Y. MAYAUD, art. *cit.*

²⁹⁷⁹ CEDH, 9 févr. 1995, *Welch c/ Royaume-Uni* ; *Rev. sc. crim.*, 1996, obs. R. KOERING-JOULIN, p. 470, et 8 juin 1995, *Jamil c/ France* ; *JCP*, 1996, II, 22677, note BOURDEAUX ; et *Rev. sc. crim.*, 1995, obs. MESNIL DU BUISSON, p. 855, et 1996, obs. R. KOERING-JOULIN, p. 471, obs. J.-P. DELMAS-SAINT-HILAIRE, p. 662, et obs. B. BOULOC, p. 851. Sur la notion européenne de peine, v. not. E. GARÇON et V. PELTIER, *op. cit.*, n° 188 et s.

²⁹⁸⁰ CEDH, 17 déc. 2009 : *D.*, 2010, act. jur., note M. LENA, p. 209, et note J. PRADEL, p. 737. Adde L. GREGOIRE, « La détention de sûreté est une peine ! Qualification et conséquences. A propos de CEDH, 17 décembre 2009, *M. c/ Allemagne* », *Droit pénal*, 2010, Etude n° 9, et J. LEBLOIS-HAPPE, « La détention de sûreté du droit allemand et la Convention européenne des droits de l'homme : des condamnations à la réforme », *RPDP*, 2010, pp. 773 et s. V. dans le même sens, CEDH, 13 janv. 2011, *Kallweit c/ Allemagne*, *Mautes c/ Allemagne*, et *Schummer c/ Allemagne*, et 14 avr. 2011, *O. H. c/ Allemagne*, sur lesquels v. *Dr. pénal*, 2012, chron. n° 2, E. GARÇON et V. PELTIER.

²⁹⁸¹ Sur ce point, v. not. Ch. A. KUPFERBERG, « La *Sicherungsverwahrung* ou la rétention de sûreté allemande », *Dr. pénal*, 2008, Etude n° 8, et J. LEBLOIS-HAPPE, « Rétention de sûreté vs *Unterbringung in die Sicherungsverwahrung* : les enseignements d'une comparaison franco-allemande », *préc.* La seule conclusion qu'il est possible de tirer de cette proximité des institutions et de la décision de la CEDH quant à la rétention de sûreté est qu'elle sera qualifiée de peine. En revanche, la question de sa conventionnalité reste en suspens, dès lors que les juges européens n'ont pas manifesté d'hostilité au principe même de la détention de sûreté (v.

privation de liberté éventuellement illimitée, et le fait qu'elle est, en partie, appliquée à la suite, en vertu et en raison d'une condamnation pénale d'une certaine gravité²⁹⁸² prononcée à l'encontre de l'auteur d'une infraction ayant elle-même une certaine gravité²⁹⁸³. On ajoutera à cela que le régime d'exécution de la mesure ne se démarque qu'assez peu de ceux des peines privatives de liberté. A titre d'exemple, on notera que les centres socio-médico-judiciaires de sûreté sont placés « sous l'autorité conjointe du ministre chargé de la santé et du ministre de la Justice »²⁹⁸⁴ et sous celle, également conjointe, d'un directeur d'établissement public de santé et d'un directeur des services pénitentiaires. Dans le même ordre d'idée, il faut remarquer que le personnel qui y officie est, lui aussi, partagé entre soignants et agents de l'administration pénitentiaire²⁹⁸⁵. De même, les droits des retenus, s'ils sont supérieurs à ceux des détenus, restent tout de même limités, puisqu'il est possible de prendre connaissance de leurs correspondances épistolaire et téléphonique, cette dernière paraissant même pouvoir faire l'objet d'enregistrements²⁹⁸⁶, et ce, alors même que les personnes faisant l'objet d'une rétention de sûreté ont exécuté l'intégralité de leur peine. On comprendra donc la division de la doctrine au sujet de la nature, peine²⁹⁸⁷ ou mesure de sûreté²⁹⁸⁸, de cette mesure. Fort de ces éléments, il paraît néanmoins possible de tirer deux conclusions. Une chose est certaine : il

CEDH, 21 oct. 2010, *Grosskopf c/ Allemagne* : AJ pénal, 2011, obs. J.-P. CERE, p. 45. Adde J. ALLIX, art. cit., et Ch. LAZERGES, art. cit.). Les auteurs sont partagés sur la question. Alors que certains affirment que la rétention de sûreté serait *a priori* conforme à la convention (J.-P. CERE, « La rétention de sûreté à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme », AJ pénal, 2008, Dossier, pp. 220 et s., et D. ROETS, « La rétention de sûreté à l'aune du droit européen des droits de l'homme », préc.), d'autres sont moins pessimistes, jugeant notamment qu'en tant que peine, la rétention de sûreté devrait se fonder sur une infraction à sanctionner, ce qui n'est pas le cas puisqu'il s'agit précisément d'empêcher la récidive du retenu. V. en ce sens, M. LACAZE, « La rétention de sûreté prononcée à la suite de la méconnaissance des obligations de la surveillance de sûreté et l'article 5 de la Convention européenne », RPD, 2012, pp. 79 et s., et R. PARIZOT, « CEDH, X contre France : la rétention de sûreté devant la Cour européenne des droits de l'homme », La dangerosité saisie par le droit pénal. Etude de droit comparé, préc., pp. 97 et s. Adde J. ALLIX, art. cit., qui voit dans cette institution une atteinte au principe de prévisibilité et d'accessibilité de la loi pénale, du fait de l'utilisation de la notion de dangerosité (sur laquelle v. *infra* n° 558 et s.).

²⁹⁸² C. proc. pén., art. 706-53-13, al. 1^{er} : « Une peine de réclusion criminelle d'une durée égale ou supérieure à quinze ans ».

²⁹⁸³ C. proc. pén., art. 706-53-13, al. 1 et 3 : « Les crimes, commis sur une victime mineure, d'assassinat ou de meurtre, de torture ou actes de barbarie, de viol, d'enlèvement ou de séquestration », et ceux, « commis sur une victime majeure, d'assassinat ou de meurtre aggravé, de torture ou actes de barbarie aggravés, de viol aggravé, d'enlèvement ou de séquestration aggravé, prévus par les articles 221-2, 221-3, 221-4, 222-2, 222-3, 222-4, 222-5, 222-6, 222-24, 222-25, 222-26, 224-2, 224-3 et 224-5-2 du code pénal ou, lorsqu'ils sont commis en récidive, de meurtre, de torture ou d'actes de barbarie, de viol, d'enlèvement ou de séquestration ».

²⁹⁸⁴ C. proc. pén., art. R. 53-8-55.

²⁹⁸⁵ C. proc. pén., art. R. 53-8-55 et s. Sur ces points, v. not. E. GARÇON et V. PELTIER, *op. cit.*, n° 1536 et s.

²⁹⁸⁶ C. proc. pén., art. R. 53-8-66 et s. Sur ces questions, v. M. HERZOG-EVANS, « Les textes d'application de la loi rétention de sûreté. L'enracinement des nouvelles orientations de l'exécution des peines », D., 2008, chron., pp. 3098 et s.

²⁹⁸⁷ En ce sens, v. not. Ph. CONTE, art. cit., P.-J. DELAGE, « La dangerosité comme éclipse de l'imputabilité et de la dignité », préc., B. DE LAMY, art. cit., E. DREYER, art. cit., M. HERZOG-EVANS, « La loi n° 2008-174 du 25 février 2008 ou la mise à mort des "principes cardinaux" de notre droit », préc., S. JACOPIN, art. cit., M. LACAZE, art. cit., B. LAVIELLE, art. cit., R. PARIZOT, art. cit., et F. ROUSSEAU, art. cit. Rapp. J. ALLIX, art. cit.

²⁹⁸⁸ V. not. L. GREGOIRE, « Quel avenir pour les mesures de sûreté ? Analyse au regard de deux ans d'application de la loi du 25 février 2008 », préc., J. PRADEL, art. cit., Y. MAYAUD, art. cit., et M.-Ch. SORDINO, art. cit.

s'agit d'une sanction pénale. Une autre peut-être admise : elle ressemble beaucoup à une peine. *Issue d'une procédure de nature pénale, revêtant la nature d'une sanction pénale potentiellement qualifiable de peine, la rétention de sûreté peut ainsi être tenue pour l'effet de la quasi-responsabilité pénale qui engage celui qui la subit.*

550. L'instauration d'une quasi-responsabilité pénale de personnes non subjectivement reprochables. C'est d'ailleurs à cet individu, ensuite, qu'il faut maintenant s'intéresser. Peut-on vraiment affirmer qu'il est non imputable au sens classique du terme ? *A priori*, il pourrait sembler que non. Les individus susceptibles de se voir appliquer la rétention de sûreté ne paraissent pas être dans la même situation que ceux appelés à faire l'objet d'une déclaration d'irresponsabilité pour cause de trouble mental. Tout d'abord, ils ont été pénalement condamnés, ce qui est de nature à exclure l'existence d'une telle affection au moment où la possibilité ultérieure d'une rétention de sûreté est prévue par la cour d'assises. Le législateur, ensuite, a pris soin de faire la distinction, l'article 706-53-13, alinéa 1^{er}, du Code de procédure pénale évoquant ainsi de simples troubles de la personnalité et non un trouble psychique ou neuropsychique. Enfin, on pourrait suivre la doctrine qui affirme que la rétention de sûreté est fondée sur la notion de dangerosité criminologique, liée à la probabilité de réitérer la commission d'infractions graves contre les personnes, et non sur celle de dangerosité psychiatrique, intéressant le risque de passage à l'acte lié à l'existence d'un trouble mental²⁹⁸⁹. Le texte se réfère en effet à la « *probabilité très élevée de récidive* » du sujet de la mesure.

Toutefois, il semble possible de douter, en définitive, de cette analyse. Plusieurs arguments permettent en effet de conclure en faveur de la non-imputabilité des retenus. Pour commencer, l'absence de trouble mental de ce dernier au moment de sa condamnation à la réclusion criminelle ne démontre rien de son état psychique lors du prononcé de la rétention. Le monde carcéral est potentiellement pathogène et peut entraîner l'aggravation, voire l'apparition, de tels troubles²⁹⁹⁰. Or, une telle hypothèse n'a absolument pas été prévue par le législateur, trop occupé à trouver un moyen d'empêcher la remise en liberté de ceux qu'il qualifie de « *monstres* »²⁹⁹¹. Mais, pour continuer, ce qui fait pencher pour la non-reprochabilité subjective des retenus est, avant toute autre chose, la référence même à la notion de dangerosité. En fondant principalement la rétention de sûreté sur le fait que le condamné présente « *une particulière dangerosité caractérisée par une probabilité très élevée de récidive parce qu'elles souffrent d'un trouble grave de la personnalité* », la loi du 25 février 2008 a principalement eu pour objet de traiter pénalement un public particulier : les personnes qui, en raison des troubles dont elles sont victimes, sont considérées comme inaptes à

²⁹⁸⁹ V. à cet égard, L. GREGOIRE, art. *cit.*, S. JACOPIN, art. *cit.*, M. LACAZE, art. *cit.*, J. LEBLOIS-HAPPE, art. *cit.*, et H. MATSOPOULOU, art. *cit.* Sur la et les notion(s) de dangerosité, v. *infra* n° 558 et s.

²⁹⁹⁰ V. à cet égard, P. MBANZOULOU, art. *cit.*

²⁹⁹¹ Propos tenus par M. Nicolas Sarkozy en marge de sa visite du salon de l'agriculture le 25 mars 2008. Sur ce discours de déshumanisation, v. *infra* n° 563.

s'empêcher de passer à l'acte et de commettre encore et encore des faits particulièrement horribles et choquants pour l'opinion publique et, à ce titre, tenus pour anormaux et distincts des êtres humains ordinaires, criminels compris²⁹⁹². Un auteur l'a écrit : une telle mesure est absolument nécessaire car « *un bracelet électronique n'empêchera jamais un violeur d'enfants de laisser libre cours à sa perversité, surtout lorsqu'elle résulte d'une pulsion subite et irrésistible* »²⁹⁹³. Quelle meilleure manière de dire que les personnes amenées à faire l'objet d'une rétention de sûreté sont en réalité des individus dont la volonté n'est plus vraiment libre, si tant est qu'elle existe encore, et qui, sur ce fondement, devrait bénéficier de la contrainte morale interne et échapper totalement au droit pénal ! Car c'est là où se cristallise une des critiques principales qui peuvent être adressées à la rétention de sûreté. Elle repose sur un paradoxe au regard de la question du libre arbitre²⁹⁹⁴. De deux choses l'une en effet : soit le retenu est imputable, discernant et libre, et il doit alors échapper au droit criminel, sauf à nier le principe même de la liberté qui est, par essence, imprévisibilité, spontanéité et surprise, à l'inverse même de ce que postule le recours à la notion de dangerosité ; soit il est, du fait de la gravité des troubles de la personnalité dont il souffre, absolument incapable de s'empêcher de tuer, de torturer ou de violer, et il faut par conséquent le considérer comme irresponsable pénalement et, partant, étranger au droit criminel. A ne pas choisir entre ces deux voies, on en arrive à un système "bâtard" : une quasi-responsabilité pénale.

551. Bilan. Le phénomène de déclin de l'imputabilité *classico sensu* est ainsi indéniable et important. Partout où il se manifeste, il est dû à une volonté de prendre en compte le besoin de protection et de réconfort des victimes et de leur famille. *En matière civile, il n'existe plus un seul sujet non imputable, personne physique ou personne morale, qui n'est pas tenu de réparer les dommages qui lui sont attribués du fait de son comportement ou de sa fonction. En matière pénale, la tendance est également bien réelle. Non seulement les personnes morales sont aujourd'hui pleinement responsables, nonobstant leur inaptitude naturelle à vouloir et à discerner, mais les malades mentaux eux-mêmes font, depuis la loi du 25 février 2008, l'objet d'une quasi-responsabilité pénale.* Seule l'*infantia*, l'erreur de droit et la contrainte morale externe peuvent encore exclure la responsabilité pénale de l'attributaire pour cause de non-reprochabilité subjective. Quand on sait à quel point l'admission des deux dernières est rare, on prend toute la mesure de la perte d'importance du rôle de l'imputabilité au sens classique du terme en matière pénale, d'une part, et en droit de la responsabilité en général, d'autre part.

²⁹⁹² En cela, la rétention de sûreté, comme l'ensemble de la réforme de 2008, ressortit, d'une certaine manière, à la doctrine du droit pénal de l'ennemi, comme il sera approfondi *infra* n° 563.

²⁹⁹³ J.-Y. CHEVALLIER, art. *cit.*

²⁹⁹⁴ V. ainsi C. SEVELY-FOURNIE, art. *cit.*, et « La rétention de sûreté à l'origine d'un nouveau risque d'erreur judiciaire ? », *AJ pénal*, 2011, Dossier, pp. 334 et s.

Pourtant, ses applications techniques, en droit civil et en droit criminel, n'ont pas la même fonction, si bien que le déclin de la réprobation subjective ne peut pas avoir la même valeur dans l'une et l'autre de ces disciplines. C'est ce qui va maintenant être démontré.

§2. La légitimité du déclin de la réprobation subjective en droit de la responsabilité

552. Conformité relative du déclin de la réprobation subjective aux fonctions des responsabilités de droit privé. *Général en matière civile, croissant en droit pénal, le déclin de la réprobation subjective est ainsi indéniable.* L'évolution paraît choquante au regard de la conception classique de la responsabilité, en même temps que compréhensive du point de vue des velléités victimaires contemporaines. Il faut donc se garder de la rejeter en bloc, aussi bien que de la défendre systématiquement. En réalité, c'est au regard des fonctions propres à chaque application technique de la responsabilité en droit privé qu'il faut en apprécier la valeur. C'est qu'en effet, on verra qu'absolument légitime compte tenu de la fonction viciminaire du droit civil de la responsabilité (A), le déclin de la réprobation subjective apparaît, à l'inverse, totalement condamnable en matière pénale (B).

A- La légitimité du déclin de la réprobation subjective en droit civil de la responsabilité

553. L'indifférence de la réprobation subjective aux fonctions du droit civil de la responsabilité. L'exclusion de la condition de reprochabilité subjective du droit civil de la responsabilité apparaît comme une bonne chose, et ce, pour deux raisons.

En premier lieu, les réquisits de liberté et de discernements légal et moral de l'agent semblent indifférents à la fonction viciminaire du droit de la responsabilité civile²⁹⁹⁵. La réprobation subjective consiste à reprocher à celui qui est rendu responsable le fait d'avoir adopté un comportement sans y avoir été contraint par une pression inhumaine et en toute connaissance de cause de son caractère socialement, voire moralement, condamnable. La réprobation poursuit ainsi une fonction morale, liée à une conception également morale de la responsabilité de laquelle s'est aujourd'hui éloignée son application juridico-civile, incitée qu'elle y a été par sa logique fonctionnelle : la satisfaction de l'intérêt particulier des sujets de droit. En effet, dès lors qu'il ne s'agit que de réparer les dommages causés ou de prévenir ceux qui pourraient l'être – et surtout si l'on veut le faire au mieux –, il n'est plus besoin de – et surtout il ne faut plus – s'assurer de l'adhésion morale du responsable à la réalisation ou à la sanction du fait générateur qui lui est attribué. Cela est vrai pour l'auteur du fait et, à plus forte raison encore, pour l'attributaire fonctionnel. En effet, ce dernier n'ayant pris aucune

²⁹⁹⁵ V. en ce sens, L. GREGOIRE, art. *cit.*, Y. MAYAUD, art. *cit.*, J. PRADEL, art. *cit.*, et M.-Ch. SORDINO, art. *cit.*

part au fait dommageable, il ne l'a, par définition, pas commis en liberté et en conscience²⁹⁹⁶. De même, dès lors que son comportement est tenu pour indifférent, il n'importe pas davantage que le responsable fonctionnel ne comprenne ni le mal que représente juridiquement le fait qui lui est attribué ni la sanction qui lui est infligée. Un non imputable, personne morale, *infans* ou malade mental, paraît donc pouvoir parfaitement être tenu à indemnisation.

554. La nocivité de la réprobation subjective aux fonctions du droit civil de la responsabilité. En plus d'être indifférente aux fonctions du droit civil de la responsabilité, la réprobation subjective se révèle, en second lieu, particulièrement nuisible à l'efficacité de ces dernières²⁹⁹⁷. Cela se comprend aisément. Cette fonction du processus d'attribution du fait générateur de responsabilité est soumise à la satisfaction de conditions, celles de reprochabilité subjective, soit la liberté et les discernements légal et moral. Ces exigences viennent s'ajouter aux précédentes, c'est-à-dire aux éléments constitutifs du fait générateur de responsabilité. Partant, elles entraînent ce que FAUCONNET a appelé une régression de la responsabilité, en ce qu'elles diminuent le champ des responsables²⁹⁹⁸. Personnes morales et personnes physiques non imputables échappent logiquement à toute responsabilité et à toute sanction correspondante, qu'elle soit civile ou pénale. Or, cela a pour conséquence immédiate de réduire le nombre des débiteurs de réparation ou de prévention dont pourraient jouir les victimes de préjudices avérés ou en germe et, de la sorte, de porter atteinte à la fonction victimaire de la responsabilité civile. Dès lors qu'il semble légitime que le support du poids juridique final du résultat légal ne soit pas laissé à la victime, ce qui est le cas lorsqu'aura été relevé une anormalité objective causale à la charge d'un sujet de droit²⁹⁹⁹, tout autre obstacle à la génération de sa responsabilité apparaît en effet comme excessif. Rien ne paraît pouvoir justifier qu'une personne dont la situation juridique a été anormalement dégradée ne puisse obtenir un retour au *statu quo ante*, soit en nature, soit par équivalent. Surtout pas un impératif moral lié au libre arbitre ou à la conscience du responsable qui est sans rapport avec des sanctions aussi neutres que sont la réparation et l'anticipation des lésions. C'est dire que *la responsabilité civile des personnes morales et des personnes physiques non imputables se révèle être, certes, une possibilité offerte par l'indifférence de la réprobation subjective à la fonction victimaire du droit civil, mais, aussi et surtout, une nécessité imposée par la nocivité de la première à la seconde*. Il en va de l'efficacité même de cette application technique de la responsabilité juridique. En évoluant en ce sens, le droit positif a ainsi poursuivi et permis

²⁹⁹⁶ Comp. P. JOURDAIN, *op. cit.*, n° 114, 217 et s., 238 et s., et 245 et s., qui estime que l'imputabilité est une considération propre aux régimes de responsabilité du fait personnel.

²⁹⁹⁷ V. not. A. BENABENT, *Droit civil. Les obligations*, préc., Ph. BRUN, *op. et loc. cit.*, P. JOURDAIN, *op. cit.*, n° 412 et s., Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit civil. Les obligations*, préc., n° 41, et G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. et loc. cit.*, et n° 593-1. Rappr. L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, préc., n° 455.

²⁹⁹⁸ *In op. cit.* Adde P. JOURDAIN, art. *cit.*, F. JULITTE, *op. cit.*, n° 24 et s., et F. ROUSSEAU, *op. cit.*, n° 5.

²⁹⁹⁹ V. *supra* n° 146 et s.

l'optimisation de la satisfaction du besoin social auquel répond le droit de la responsabilité civile. A ce titre, il est parfaitement légitime et doit être approuvé.

Il est loin d'en être de même, en revanche, en droit criminel, au sein duquel la condition de reprochabilité subjective doit être maintenue et défendue avec force.

B- L'illégitimité du déclin de la réprobation subjective en droit pénal de la responsabilité

555. Inadaptation de la réponse pénale à la dangerosité. Le déclin de la réprobation subjective en droit pénal de la responsabilité s'explique par une montée en force de considérations purement sécuritaires – car pour beaucoup victimaires – en la matière. Le législateur est obsédé par le risque non seulement de récidive mais, plus encore, de toutes les atteintes qui peuvent être causées par des comportements que les principes du droit pénal moderne ne peuvent appréhender. Ainsi, c'est la dangerosité des non imputables qui motive la plupart des réformes du droit criminel, de fond comme de forme, chaque faits divers appelant une réaction sociale en forme de loi. La réponse pénale à cette réalité sociale est toutefois inadaptée. C'est ce qui sera démontré par la critique de la responsabilité pénale des non imputables (1), pour commencer, puis par l'exposé des alternatives à cette responsabilité, pour conclure (2).

1. Critique de la responsabilité pénale des non imputables

556. Dualité de la critique. Deux ordres de raison fondent la contestation de la responsabilité pénale des non imputables dangereux. D'un point de vue général d'une part, c'est le principe même d'une responsabilité pénale des individus inaccessibles à la réprobation subjective qui semble devoir être rejeté par principe, tant les fonctions du droit criminel peinent à y trouver leur compte (a). Plus précisément d'autre part, c'est le fondement apparemment choisi pour pallier le défaut d'imputabilité *classico sensu*, soit la dangerosité, qui paraît éminemment discutable (b).

a- Critique du principe de la responsabilité pénale des non imputables

557. Inadaptation aux fonctions du droit pénal de la responsabilité. Le droit pénal tend à protéger les valeurs fondamentales de la société. Cette protection s'exerce à la fois de manière objective et de manière subjective³⁰⁰⁰.

³⁰⁰⁰ V. *supra* n° 340.

En premier lieu, la reprochabilité subjective ne semble pas s'imposer *a priori*. En effet, et au titre de la protection objective de la société tout d'abord, il apparaît parfaitement possible de se passer du libre arbitre et des discernements légal et moral de l'attributaire pour éviter les atteintes aux biens juridico-pénaux. A l'inverse, on pourrait même affirmer que l'imputabilité *classico sensu* est plutôt un obstacle à l'anticipation des lésions ou des dangers dont ils peuvent faire l'objet. Une fois le fait attribué, on pourrait très bien ne pas aller plus loin et se contenter de la commission d'un fait générateur par une personne pour la soumettre à un contrôle permanent ou à une mesure d'élimination plus forte encore, l'enfermement perpétuel offert par la rétention de sûreté, afin de protéger effectivement la société. On pourrait en dire de même, ensuite, de l'objectif de prévention générale servant à la protection subjective de l'ordre social. Lorsqu'il s'agit d'impressionner le public pour le détourner du crime et lui signifier l'importance de la valeur lésée, il importe peu, pourrait-on croire, que le sujet de la sanction soit subjectivement reprochable dès lors que les autres, quant à eux, le sont bien. Mais tout cela ne suffit pas à convaincre de l'adéquation du déclin de la reprochabilité subjective aux fonctions du droit pénal de la criminalité.

C'est que la protection subjective de la société s'oppose très fermement, en second lieu, à cette évolution du droit positif. D'une part, on peut contester l'argument tiré de la satisfaction de la prévention générale. Premièrement, à supposer qu'elle soit effectivement respectée, cela ne suffirait pas à fonder une responsabilité pénale sans imputabilité dès lors que la peine, si elle peut également poursuivre une fonction d'éducation et d'intimidation générale, ne peut pas consister en cela uniquement. La raison en est qu'elle doit avant tout intéresser son sujet. Quelle serait cette sanction, en effet, qui s'adresserait à tout autre personne qu'à celui qui la subit ? Ensuite, on peut aller plus loin et remettre en cause la supposée adéquation du déclin de la réprobation subjective à la prévention générale. Les sujets pénaux dont l'imputabilité *classico sensu* est devenue indifférente sont au nombre de deux : les personnes morales et les personnes dont les facultés mentales sont affectées. Autrement dit, il s'agit de personnes qui appellent peu ou pas du tout l'empathie ou même seulement la sympathie du *quidam*. La plupart des individus ne s'identifieront jamais à une société ou à une commune, et ne sentiront que rarement proches d'un malade mental ou d'un condamné dangereux atteint de troubles de la personnalité. Par conséquent, ils ne se mettront pas à leur place et l'effet préventif général de leur sanction fera défaut. D'autre part, la protection subjective de la société est totalement exclue pour ce qui est de l'individu subjectivement non reprochable qui est rendu responsable. Cette fonction du droit criminel est pourtant fondamentale, car protéger efficacement la société, ce n'est pas seulement empêcher les atteintes aux valeurs qui la fondent en écartant de la vie sociale ceux qui lui nuisent ou qui peuvent le faire. C'est aussi, et surtout, les éduquer à ces valeurs pour les faire adhérer à cette société, sinon la leur faire aimer. Il s'agit de provoquer la repentance par la rétribution et la correction par l'éducation et la resocialisation des condamnés. Or, tout cela suppose que ceux-ci puissent se sentir responsable, au sens commun du terme, de ce qu'ils ont fait. Mais cela n'est possible qu'autant qu'ils peuvent

s'approprier le fait qui leur est reproché, appropriation qui implique, quant à elle, que les attributaires aient librement choisi de commettre ce fait en parfaite conscience de ce qu'ils optaient ainsi pour le mal et l'illégalité, soit la reprochabilité subjective³⁰⁰¹. Celle-ci est encore nécessaire pour que les condamnés sentent la peine et puissent en comprendre le sens, dès lors que l'on ne pourra ni se repentir ni changer si l'on n'a pas conscience, si l'on n'est pas apte à comprendre, que l'on s'est mal comporté et que l'on a nuit à la société qui est la nôtre³⁰⁰².

Dès lors, toute personne juridique dépourvue des facultés de liberté et de discernements légal et moral sera étrangère à l'acte qui lui est attribué, rendant toute réprobation injuste. Une telle personne sera, au surplus, inaccessible à la peine, privant ainsi toute réprobation subjective et toute punition inutiles. On le voit : *l'imputabilité classico sensu est imposée par la fonction du droit pénal de la responsabilité. On ne saurait donc la faire disparaître*. Encore moins si l'on entend la remplacer par une notion aussi contestable que celle de dangerosité.

b- Critique du fondement de la responsabilité pénale des non imputables

558. Grandeur et décadence de la dangerosité en droit pénal. La dangerosité, expression héritée du vocabulaire des doctrines pénales positivistes³⁰⁰³ et de la défense sociale³⁰⁰⁴ – ce qui ne signifie pas qu'elle est sans lien avec le droit civil de la responsabilité, ne serait-ce qu'au travers de la théorie du risque, est un thème à la mode³⁰⁰⁵. Le terme se retrouve ainsi de plus en plus fréquemment dans la bouche du législateur et, partant, dans les textes de loi³⁰⁰⁶. Davantage se manifeste-t-elle encore dans l'esprit même du système juridico-

³⁰⁰¹ V. P. ROSSI, *op. cit.*, p. 319.

³⁰⁰² V. F. DESPORTES et F. LE GUNHEC, *op. cit.*, n° 631, E. DREYER, *op. cit.*, n° 744, et R. GARRAUD, *op. cit.*, n° 320.

³⁰⁰³ V. à cet égard, Ch. BONFILS, *chron. cit.*, B. BOULOC, *art. cit.*, E. BURGAUD, « La variabilité du concept de dangerosité en droit pénal des origines à la fin du XIX^e siècle », *Peine. Dangerosité. Quelles certitudes ?*, préc., pp. 207 et s., J. DANET et C. SAAS, *art. cit.*, P.-J. DELAGE, *art. cit.*, M. DELMAS-MARTY, « Introduction », préc., E. GARÇON et V. PELTIER, *op. cit.*, n° 11 et s., V. GAUTRON, *art. cit.*, A. GIUDICELLI, *art. cit.*, L. GREGOIRE, *art. cit.*, X. LAMEYRE, « Les dangers de la notion de dangerosité », *Peine. Dangerosité. Quelles certitudes ?*, préc., pp. 311 et s., Ch. LAZERGES, « La tentation du bilan 2002-2009 : une politique criminelle du risque au gré des vents », préc., J. LEBLOIS-HAPPE, *art. cit.*, J. LEROY, « Quelle responsabilité pénale pour les enfants et les malades mentaux », préc., P. JOURDAIN, *op. cit.*, n° 76 et s., F. JULITTE, *op. cit.*, n° 92 et s., C. MARGAINE, *op. cit.*, n° 360 et s., et 583, V. PELTIER, *art. cit.*, J.-H. ROBERT, *op. cit.*, p. 289, et *art. cit.*, F. ROUSSEAU, *art. cit.*, F. SEVELY-FOURNIE, « L'"inquiétante étrangeté" de la rétention de sûreté », préc., et M.-Ch. SORDINO, *art. cit.*

³⁰⁰⁴ V. not. J. ALLIX, *art. cit.*, J. DANET, *art. cit.*, et « Les politiques sécuritaires à la lumière de la doctrine de la défense sociale nouvelle », *Rev. sc. crim.*, 2010, pp. 49 et s., J. DANET et C. SAAS, *art. cit.*, V. GAUTRON, *art. cit.*, et C. MARGAINE, *op. cit.*, n° 405 et s.

³⁰⁰⁵ V. not., outre les références citées *infra*, A. COCHE, *op. cit.*, *La dangerosité saisie par le droit pénal. Etude de droit comparé*, dir. G. GIUDICELLI-DELAGE et Ch. LAZERGES, *Les nouvelles figures de la dangerosité*, dir. P. MBANZOULOU, H. BATEX, O. RAZAC et J. ALVAREZ, préc., *Peine. Dangerosité. Quelles certitudes ?*, ouvrage collectif préc., et *Prévenir la récidive, évaluer la dangerosité*, *AJ pénal*, févr. 2012, Dossier.

³⁰⁰⁶ Le terme apparaît dans les codes pénaux avec la loi du 1^{er} février 1994 instituant une peine incompressible, relative à la période de sûreté, et a depuis été repris à plusieurs occasions par le législateur. Ainsi figure-t-il, par exemple, dans la loi d'orientation et de programmation pour la justice du 9 septembre 2002, dans celle dite de traitement de la récidive des infractions pénales du 12 décembre 2005, dans celle du 10 août 2007 renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs, dans la loi du 25 février 2008 précitée, et, très récemment

pénal, à la manière d'une marée montante prête à tout engloutir des principes fondamentaux du droit pénal moderne hérité de BECCARIA et qui s'était maintenu, à travers les criminalistes classiques et néo-classiques, jusqu'au Code pénal de 1992. Aujourd'hui, en effet, *la dangerosité apparaît comme un fondement, alternatif à l'imputabilité prise au sens classique, de la responsabilité pénale* (α). Pourtant, eu égard aux risques inhérents au concept même de dangerosité, on peut très fortement douter de l'opportunité d'une telle évolution en forme de sape des fondements classiques du droit criminel (β).

α - La dangerosité comme fondement de la responsabilité pénale des non imputables

559. La dangerosité comme fondement exclusif de la responsabilité pénale des personnes morales. La reprochabilité subjective n'est plus désormais une condition essentielle de la responsabilité pénale. Elle est désormais très largement concurrencée par la dangerosité puisque celle-ci constitue, en premier lieu, le fondement exclusif de la responsabilité pénale de personnes morales. En tant que réalités techniques purement juridiques, elles sont étrangères à toute vie psychologique et morale et, par conséquent, insusceptibles de se voir reprocher une infraction ou un fait de complicité³⁰⁰⁷. Dès lors, c'est ailleurs qu'il faut rechercher le fondement de leur responsabilité pénale. Or, hormis les considérations pécuniaires et victimaires qui paraissent irrecevables³⁰⁰⁸, et une fois écartée la volonté étrange du législateur de protéger les décideurs de toute sorte³⁰⁰⁹, il apparaît bien que c'est la dangerosité qui constitue l'assise de l'institution.

D'un point de vue politique d'une part, il semble bien que ce soit la criminalité d'entreprise qui ait motivé les rédacteurs du code de 1992. Plus précisément, c'est le risque d'entreprise qui était en vue, soit les conséquences dommageables induites de certaines activités socio-économiques dont la réalisation passait, de plus en plus souvent, par le choix de la personnalité juridique en tant que technique d'exploitation. La personnalité morale se révèle ainsi être une technique d'agrégation de prérogatives et de charges juridiques autour d'un centre d'intérêts spéciaux et homogènes servant, dans l'ordre des faits, à optimiser les ressources juridiques et économiques qu'un ou plusieurs individus entendent mettre au service d'une activité, le plus souvent commerciale. Or, il est certain qu'une telle technique, de par la faculté de regroupement qu'elle offre aux êtres humains et par la dilution des comportements individuels au sein de l'activité mise en œuvre qui en découle, peut être particulièrement dangereuse, comme sources de dommages et de mises en danger multiples auxquels le droit pénal classique peut avoir du mal à répondre. Responsabiliser les personnes morales, la

encore, dans celles du 10 mars 2010 tendant à amoindrir le risque de récidive criminelle et du 27 mars 2012 de programmation relative à l'exécution des peines.

³⁰⁰⁷ V. *supra* n° 510.

³⁰⁰⁸ V. *supra* n° 533, y compris note 2892.

³⁰⁰⁹ V. *supra* n° 517.

doctrine en convient très majoritairement³⁰¹⁰, c'est donc opter pour une technique juridique mise au service d'un choix politique consistant en la volonté de répondre à un tel risque social. Il s'agit d'engager la responsabilité pénale d'un instrument en raison du fait qu'il peut être mal utilisé³⁰¹¹, et à condition qu'il l'ait été, comme peut l'être un marteau transformé en arme par destination par l'auteur d'une infraction³⁰¹².

D'autre part, il peut être plus difficile, en revanche, d'établir que la dangerosité fonde techniquement la responsabilité pénale des personnes morales³⁰¹³. *A priori*, en effet, celle-ci ne se manifeste pas par une condition particulière au sein de l'article 121-2 du Code pénal. Pourtant, il n'est pas interdit de penser que, pour le législateur, la dangerosité de la personne morale se manifeste suffisamment dans l'effectivité de l'infraction même qui aura été commise pour son compte. Par ailleurs, certaines des peines qui leur sont applicables ne sont pas très éloignées de ce qui est considéré comme des mesures de sûreté³⁰¹⁴, en ce qu'elles ont souvent pour objectif d'assurer une bonne utilisation de l'instrument qu'elles sont³⁰¹⁵ ou de protéger les tiers des dangers de leur activité³⁰¹⁶. Dès lors, *la dangerosité semble effectivement constituer le fondement de la responsabilité pénale des personnes morales*.

³⁰¹⁰ V. ainsi not. N. BARUCHEL, *La personnalité morale. Eléments pour une théorie*, préc., n° 109, R. BERNARDINI, *op. cit.*, n° 120, qui parle d'état dangereux des personnes morales, P. BOUZAT et J. PINATEL, *op. cit.*, n° 210, F. DESPORTES et F. LE GUNEHÉC, *op. cit.*, n° 576, C. DONNADIEU-FORNAROLI, *Le droit pénal et la répartition des pouvoirs dans l'entreprise privée*, préc., n° 33, E. DREYER, *op. cit.*, n° 1076, se référant notamment à l'objectif de lutte contre la criminalité organisée, M. LABORDE-LACOSTE, *De la responsabilité pénale dans ses rapports avec la responsabilité civile et la responsabilité morale. Evolution des idées en France au XIX^e siècle*, préc., p. 184, C. MARIE, « La responsabilité pénale des personnes morales », préc., C. MAURO, « Responsabilité sociale des entreprises et droit pénal », préc., Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, préc., n° 341, D. MAYER, « Essai d'analyse de la responsabilité pénale des personnes morales à partir de la conception fonctionnelle des sociétés commerciales adoptée par Michel Jeantin », préc., R. MERLE, *op. cit.*, p. 278, R. MERLE et A. VITU, *op. cit.*, n° 638, A. NIETO MARTIN, « Eléments pour un droit international pénal de l'environnement », préc. X. PIN, *op. cit.*, n° 298, J.-C. PLANQUE, *La détermination de la personne morale pénalement responsable*, préc., n° 13, et 84 et s., J. PRADEL, *op. cit.*, n° 535, M.-L. RASSAT, *Droit pénal général*, préc., n° 404, N. RIAS, *Aspects actuels des liens entre les responsabilités civile et pénale*, préc., n° 37, J.-H. ROBERT, *op. cit.*, pp. 374 et s., qui parle explicitement d'un héritage du positivisme italien, F. ROUSSEAU, *op. cit.*, n° 357, J.-Ch. SAINT-PAU, « L'évolution de la responsabilité des personnes morales : d'une responsabilité par représentation à une responsabilité sans représentation », préc., J. TRICOT, « Le droit pénal à l'épreuve de la responsabilité pénale des personnes morales : l'exemple français », préc., et G. WICKER, *Les fictions juridiques. Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, préc., n° 226, note 104, et *Personne morale*, préc., n° 82. V. déjà R. GARRAUD, *op. cit.*, n° 260. Rapp. A. COCHE, *op. cit.*, n° 602 et s.

³⁰¹¹ V. en ce sens, G. WICKER, *op. et loc. cit.*, et art. *et loc. cit.*, selon qui « la volonté du législateur est moins de punir une personne que de réprimer un instrument technique devenu dangereux ».

³⁰¹² Pour une telle comparaison, v. A. COCHE, *op. cit.*, n° 603.

³⁰¹³ *Pro*, v. D. MAYER, art. *cit.* Comp. au sujet de la responsabilité civile des personnes morales qu'ils font reposer sur la théorie du risque, A. BORIES, art. *cit.*, R. DEMOGUE, *op. cit.*, t. 3, n° 344, et R. GARRAUD, *op. et loc. cit.* Contra N. STONESTREET, *op. cit.*, n° 352 et s., qui préfère fonder la responsabilité pénale des personnes morales sur la théorie de la garantie de STARCK, en raison du fait que c'est à l'occasion de l'exercice des droits du groupement que l'infraction est commise.

³⁰¹⁴ En ce sens, v. A. COCHE, *op. cit.*, n° 602, et C. MARGAINE, *op. cit.*, n° 455.

³⁰¹⁵ Comme le placement sous surveillance judiciaire prévue par l'article 131-39, 3° du Code pénal.

³⁰¹⁶ Ainsi notamment de la dissolution (C. pén., art. 131-39, 1°), de l'interdiction d'exercer une activité professionnelle ou sociale (C. pén., art. 131-39, 2°), d'émettre des chèques (C. pén., art. 131-39, 7°) ou de procéder à une offre au public de titres financiers (C. pén., art. 131-39, 6°), de la fermeture définitive d'établissement (C. pén., art. 131-39, 4°) ou de l'exclusion des marchés publics (C. pén., art. 131-39, 5°).

560. La dangerosité comme fondement alternatif de la responsabilité pénale des personnes physiques. La dangerosité, en second lieu, est une notion plus fréquemment et plus explicitement utilisée au sujet des personnes physiques. A leur égard, soit l'imputabilité *classico sensu* peut être caractérisée, et il y a réprobation subjective et, par conséquent, responsabilité pénale comme de droit commun, soit cela est impossible, et la dangerosité prend alors le relai comme fondement alternatif et subsidiaire de la responsabilité pénale. Mais, à vrai dire, c'est plutôt des dangerosités dont il faudrait parler, tant les sciences criminelles en connaissent des acceptions variées³⁰¹⁷. Si les plus connues sont la dangerosité criminologique³⁰¹⁸, attachée au risque de récidive ou de réitération d'une infraction plus ou moins grave que présente une personne, et la dangerosité psychiatrique³⁰¹⁹, qui consiste dans le risque de passage à l'acte d'un malade du fait du trouble mental dont il souffre, ce ne sont pas les seules qui existent. On connaît aussi, en effet, la dangerosité pénitentiaire ou carcérale³⁰²⁰, liée aux dangers que présente un détenu pour lui-même, pour ses codétenus ou pour le personnel pénitentiaire, ainsi qu'en termes d'évasion, ou encore la conception néo-positiviste du terme³⁰²¹, qui postule une sorte de déterminisme individuel et prône un repérage précoce des individus à risque. Et tout cela sans compter la dangerosité neurobiologique³⁰²², qui pourrait résulter des progrès des neurosciences et de leur réception en droit pénal français, et les propositions doctrinales tendant à instaurer une conception proprement juridico-pénale de la dangerosité³⁰²³.

³⁰¹⁷ Sur les différentes dangerosités, v. not. M. AGRAPART, « La dangerosité criminologique : un concept à la mode », *Peine. Dangerosité. Quelles certitudes ?*, préc., pp. 301 et s., P. BOUDOU et S. CHENE, « D'une société du risque à une société du danger ? », préc., P. BRUSTON, art. cit., E. GARÇON et V. PELTIER, « Commentaire de la loi n° 2012-409 du 27 mars 2012 de programmation relative à l'exécution des peines », *Dr. pénal*, 2102, Etude n° 11, A. GIUDICELLI, art. cit., L. GREGOIRE, art. cit., S. JACOPIN, art. cit., M. LACAZE, art. cit., X. LAMEYRE, art. cit., Ch. LAZERGES, art. cit., et « Le choix de la fuite en avant au nom de la dangerosité. Les lois 1, 2, 3, 4, 5, etc. sur la prévention et la répression de la récidive », préc., J. LEBLOIS-HAPPE, art. cit., J. LEROY, articles précités, C. MARGAINE, *op. cit.*, n° 583, H. MATSOPOULOU, art. cit., P. MBANZOULOU, art. cit., J.-C. MONIER, « Les situations à risque au regard de la criminologie », *Peine. Dangerosité. Quelles certitudes ?*, préc., pp. 101 et s., V. PELTIER, art. cit., J.-L. SENON et C. MANZANERA, « Psychiatrie et justice : de nécessaires clarifications à l'occasion de la loi relative à la rétention de sûreté », *AJ pénal*, 2008, Dossier, pp. 176 et s., et F. SEVELY-FOURNIE, articles précités.

³⁰¹⁸ Sur laquelle v. spéc. M. AGRAPART, art. cit., P. BOUDOU et S. CHENE, art. cit., F. FIECHTER-BOULVARD, « La dangerosité : encore et toujours... », *AJ pénal*, 2012, Dossier, pp. 67 et s., S. JACOPIN, art. cit., Ch. LAZERGES, articles précités, et F. ROUSSEAU, art. cit.

³⁰¹⁹ V. not. P. BOUDOU et S. CHENE, art. cit., L. GREGOIRE, art. cit., Ch. LAZERGES, « La tentation du bilan 2002-2009 : une politique criminelle du risque au gré des vents », préc., et F. ROUSSEAU, art. cit.

³⁰²⁰ V. spéc. A. COCHE, *op. cit.*, n° 9, J.-Ph. DUROCHE, « Les dangerosités pénitentiaires », *Peine. Dangerosité. Quelles certitudes ?*, préc., pp. 281 et s., et P. MBANZOULOU, art. cit., .

³⁰²¹ Sur cette conception, v. P. BOUDOU et S. CHENE, art. cit.

³⁰²² V. A. AUBERT et E. COUDRET, « Prédicibilité du comportement : neuro-sciences et neuro-mythes », *AJ pénal*, 2012, Dossier, pp. 80 et s., et P. LARRIEU, « La réception des neurosciences par le droit », *AJ pénal*, 2011, Dossier, pp. 231 et s.

³⁰²³ M. Coche propose ainsi dans sa thèse (*op. cit.*, n° 9) de définir les délinquants dangereux comme « ceux risquant très fortement de commettre une nouvelle infraction pénale, autre que l'évasion ou une infraction violant les règles de sécurité que l'administration pénitentiaire a pour mission de faire respecter ».

Concernant les innovations instituées par la loi du 25 janvier 2008, il se pourrait bien qu'elles aient précisément pour base cette idée de dangerosité, comme semble l'avoir compris la doctrine qui a rebaptisé la réforme du nom de loi « *sur les criminels dangereux* »³⁰²⁴. Selon certains, alors que les mesures susceptibles d'être prononcées à la suite d'une décision de déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental seraient justifiées par la dangerosité psychiatrique de leur sujet³⁰²⁵, la rétention de sûreté reposerait, quant à elle, sur la notion de dangerosité criminologique déjà évoquée. Au-delà de ces distinctions, les deux types de mesures se rejoignent cependant à plusieurs égards. Tout d'abord, la dangerosité des personnes physiques non imputables repose, comme celle des personnes morales, sur la commission d'une infraction³⁰²⁶ – ou de son élément matériel³⁰²⁷ – dont on exige en outre une certaine gravité³⁰²⁸, ce à quoi on ajoute leur trouble, soit psychique ou neuropsychique pour les mesures faisant suite à une déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental³⁰²⁹, soit grave de la personnalité pour la rétention de sûreté³⁰³⁰. Et dans les deux cas, implicitement³⁰³¹ ou explicitement³⁰³², c'est un risque de récidive ou, plus largement, de réitération qui est l'objet du danger qui est la cause finale et efficiente de ces sanctions.

561. Bilan. La conclusion à tirer paraît donc assez nette : si l'on assiste à une « *éclipse de l'imputabilité* », c'est au nom de la dangerosité³⁰³³. *Fondement unique de la responsabilité pénale de personnes morales inaccessibles à la réprobation subjective, elle vient également pallier la non-imputabilité au sens classique du terme des personnes physiques sorties de*

³⁰²⁴ J. PRADEL, art. *cit.*

³⁰²⁵ V. ainsi G. LUDIVINE, art. *cit.*, et F. ROUSSEAU, art. *cit.*

³⁰²⁶ Quant aux mesures applicables aux déclarés irresponsables, on a vu qu'elles supposaient une déclaration que ceux-ci ont commis les faits ou qu'il existe des charges suffisantes en ce sens et que l'article 706-136 du Code de procédure pénale visait des crimes et des délits. Concernant la rétention de sûreté, seules les personnes ayant été condamnées pour les infractions visées à l'article 706-53-13 du même code peuvent en faire l'objet.

³⁰²⁷ Dans le cas où le trouble mental ayant motivé la décision ne fait pas seulement obstacle à la reprochabilité subjective mais bien à la culpabilité même de l'agent.

³⁰²⁸ L'article 706-136 ne se réfère qu'à des délits et à des crimes. De même, en réservant ces décisions d'irresponsabilité pénale aux juridictions d'instructions, à la cour d'assises et au tribunal correctionnel, le législateur paraît avoir exclu la matière contraventionnelle, réservant l'innovation aux comportements les plus graves. Pour ce qui est de la rétention de sûreté, elle n'est applicable qu'en matière criminelle.

³⁰²⁹ Ces mesures ne peuvent être prononcées qu'après expertise psychiatrique (C. proc. pén., art. 706-136, al. 8).

³⁰³⁰ C. proc. pén., art. 706-53-13, al. 1.

³⁰³¹ Pour les mesures frappant le déclaré irresponsable. Il suffit d'en consulter la liste pour voir qu'elles tendent à éviter un passage à l'acte en évitant tout contact de l'agent avec la victime effective ou une victime potentielle (C. proc. pén., art. 706-136, 1°, 2° et 4°) ou avec un instrument propre à permettre la réalisation d'un préjudice (C. proc. pén., art. 706-136, 3°, 5° et 6°).

³⁰³² Pour la rétention de sûreté, comme il découle de l'article 706-53-13, alinéa 1^{er} du Code de procédure pénale.

³⁰³³ P.-J. DELAGE, art. *cit. Adde*, dans le même sens, J. ALLIX, art. *cit.*, B. DE LAMY, art. *cit.*, M. DELMAS-MARTY, art. *cit.*, E. DREYER, *op. cit.*, n° 744, A. GIUDICELLI, art. *cit.*, G. GIUDICELLI-DELAGE, art. *cit.*, Ch. LAZERGES, art. *cit.*, et « L'irruption de la dangerosité dans les décisions du Conseil constitutionnel », préc., J. LEROY, « L'aliéné criminel, simplement coupable ou pleinement responsable ? », préc., V. PELTIER, art. *cit.*, H. PY-LEBRUN, *Essai sur la théorie de la culpabilité*, préc., n° 133 et s., Ph. SALVAGE, « La grande délinquance est-elle une maladie ? », *Dr. pénal*, 2010, Etude n° 3, N. STONESTREET, *op. cit.*, n° 219 et s., Rapp. X. LAMEYRE, art. *cit.*, J. LEBLOIS-HAPPE, art. *cit.*, C. MARGAINE, *op. cit.*, n° 592 et s., F. ROUSSEAU, art. *cit.* Sur la constance historique du recours à la dangerosité comme palliatif de l'imputabilité classique, v. E. BURGAUD, art. *cit.*, et J. DANET et C. SAAS, art. *cit.*

l'infantia pour fournir une assise utile à une répression perçue comme la meilleure, voire peut-être la seule, réponse juridique possible au risque social qu'elles représentent. Mais le remède pourrait bien être pire que le mal. C'est en tous cas ce que semble penser tous ceux qui dénoncent la dangerosité... du concept de dangerosité.

β- La dangerosité du fondement de la responsabilité pénale des non imputables

562. Critique générale de la dangerosité comme fondement de la responsabilité pénale des non imputables. Remplacer la reprochabilité subjective par la dangerosité de l'attributaire du fait est risqué et présente de nombreux inconvénients.

D'un point de vue général en premier lieu, c'est le principe même du recours à la notion de dangerosité qui doit être contesté, tant celui-ci est avare en garanties au regard des exigences d'un véritable Etat de droit. D'une part en effet, le concept même de dangerosité est insaisissable. Ainsi, il n'en existe pas de définition légale³⁰³⁴. Et pour cause, il ne s'agit pas d'une notion juridique. Elle n'est pas vraiment non plus une notion scientifique. Non seulement la dangerosité est-elle plurale, en effet, mais encore chacune de ses acceptions paraît-elle en outre difficile à cerner³⁰³⁵. Il en résulte que l'on ne sait jamais très bien de quoi l'on parle quand il est question de dangerosité, avec pour conséquence de ne pas satisfaire parfaitement aux exigences du principe de légalité. Et ce, alors même que les mesures qu'elle vise à fonder peuvent aller, avec la rétention de sûreté, jusqu'à la privation perpétuelle de liberté ! On peut, certes, trouver des critères, on vient de le voir. Le législateur semble ainsi s'intéresser, tout d'abord, à la gravité de l'infraction, laquelle peut tenir aussi bien à la nature de l'acte, au *modus operandi* de l'auteur, qu'à son mobile³⁰³⁶. Mais voir dans la commission d'une infraction le signe de l'état dangereux de son auteur est un peu léger, qui tend à confondre dangerosité et criminalité³⁰³⁷. A la limite, ne pourrait-on pas objecter alors que tout

³⁰³⁴ V. J. ALLIX, art. cit., A. COCHE, *op. cit.*, n° 1, et F. ROUSSEAU, art. cit.

³⁰³⁵ Sur ce point, v. not. J.-F. BERT, art. cit., Ph. BONFILS, *chron. cit.*, P. BOUDOU et S. CHENE, art. cit., P. BRUSTON, art. cit., E. BURGAUD, art. cit., J. DANET, « La rétention de sûreté au prisme de la politique criminelle : une première approche », préc., B. DE LAMY, art. cit., F. FIECHTER-BOULVARD, art. cit., E. GARÇON et V. PELTIER, art. cit., L. GREGOIRE, art. cit., M. HERZOG-EVANS, « La loi n° 2008-174 du 25 février 2008 ou la mise à mort des "principes cardinaux" de notre droit », préc., Ch. LAZERGES, articles précités, qui y voit des « sables mouvants balayés par les peurs individuelles et collectives et soumis à tous les vents porteurs de populisme et d'arbitraire au nom d'un principe de précaution perverti » (in « L'irruption de la dangerosité dans les décisions du Conseil constitutionnel », préc.), J. LEBLOIS-HAPPE, art. cit., J. LEROY, « Quelle responsabilité pénale pour les enfants et les malades mentaux », préc., C. MARGAINE, *op. cit.*, n° 583, H. MATSOPOULOU, art. cit., P. MBANZOULOU, art. cit., V. PELTIER, art. cit., X. PIN, art. cit., F. ROUSSEAU, art. cit., F. SEVELY-FOURNIE, articles précités, N. STONESTREET, *op. cit.*, n° 224 et s. Estimant, au contraire, que la notion est facilement définissable, v. not. X. BEBIN, « La neutralisation sélective : une arme contre la criminalité », *Peine. Dangerosité. Quelles certitudes ?*, préc., pp. 113 et s., J.-Y. CHEVALLIER, art. cit., et J. PRADEL, art. cit.

³⁰³⁶ Sur ces différents critères possibles de la dangerosité, v. spéc. A. COCHE, *op. cit.*, n° 171 et s., et 564 et s. Adde E. BURGAUD, art. cit., A. GIUDICELLI-DELAGE, art. cit., P. MBANZOULOU, art. cit., et F. ROUSSEAU, art. cit.

³⁰³⁷ Comp. M. AGRAPART, art. cit., J. ALLIX, art. cit., A. COCHE, *op. cit.*, n°, B. CORDIER, « La dangerosité vue par le psychiatre », *Peine. Dangerosité. Quelles certitudes ?*, préc., pp. 309 et s., et F.

un chacun devrait être tenu pour dangereux ? « *Qui peut prétendre n'avoir jamais violé la loi pénale* »³⁰³⁸ en effet ? Il faudrait alors se limiter à certaines infractions. Mais lesquelles ? Ensuite, la loi se réfère, quant aux personnes physiques, aux troubles dont elles doivent faire l'objet. On penche toutefois ainsi vers une assimilation de la dangerosité et de l'affection mentale, et ce, alors même que les malades mentaux ne commettent pas plus d'infractions que les autres³⁰³⁹. Ne reste, à ce stade, que le critère du risque de récidive³⁰⁴⁰, qui est toujours là, patent ou latent, mais qui n'est pas plus clair à identifier. S'agit-il de récidive légale ou de toute forme de réitération ou de renouvellement d'infraction ? Le fait dont on craint la réapparition doit-il consister en la même infraction, en certaines infractions ou en n'importe quelle infraction ? Et, dans les deux premiers cas, pourquoi choisir ? Dans le second cas, quelles infractions ? Comment choisir ? La définition de la dangerosité soulève donc nombre de questions qui restent encore sans réponse.

A ces défauts majeurs, on peut ajouter, d'autre part, ceux liés à l'évaluation de la dangerosité. Elle affiche des aspects scientifiques et consiste *a priori* en une approche méthodique et objective de la question³⁰⁴¹. Mais, sous ces apparences, nécessaires pour fournir une assise légitime au recours à une dangerosité fondant des atteintes graves aux libertés individuelles des personnes tenues pour dangereuse, se cache, en réalité, une dérive scientifique conduisant à octroyer aux experts judiciaires un pouvoir dont ils ne veulent pas eux-mêmes³⁰⁴². Nombre d'entre eux, accompagnés de magistrats et de juristes, dénoncent ainsi en

ROUSSEAU, art. cit. Rapp. Ph. CONTE : « *Ouvrez le Code pénal à n'importe quel endroit vous y rencontrerez un cas de dangerosité* » in « Dangerosité et droit pénal », cité in S. JACOPIN, art. cit.

³⁰³⁸ F. ROUSSEAU, art. cit.

³⁰³⁹ V. par exemple, J. DANET et C. SAAS, art. cit., et J.-L. SENON et C. MANZANERA, « Psychiatrie et justice : de nécessaires clarifications à l'occasion de la loi relative à la rétention de sûreté », préc.

³⁰⁴⁰ Sur ce critère de la dangerosité, v. spéc. A. COCHE, *op. cit.*, n° 209 et s., et 579 et s. Adde E. BURGAUD, art. cit., A. GIUDICELLI-DELAGE, art. cit., S. JACOPIN, art. cit., P. MBANZOULOU, art. cit., et F. ROUSSEAU, art. cit.

³⁰⁴¹ On distingue essentiellement deux méthodes d'évaluation de la dangerosité. La première, la méthode clinique, repose principalement sur des entretiens avec le sujet et sur une lecture psychanalytique des raisons de son passage à l'acte. Quant aux secondes, les méthodes actuarielles, il s'agit de méthodes formelles recourant à des équations, des formules, des graphiques ou à des tables actuarielles faisant apparaître le risque de récidive. C'est une approche statistique se fondant sur différents facteurs de passage à l'acte dont on vérifie la satisfaction par le sujet de l'analyse. Sur ces méthodes d'évaluation de la dangerosité, v. not. M. HERZOG-EVANS, art. cit., et les références citées. La question de l'évaluation de la dangerosité a fait d'ailleurs l'objet d'un rapport annexé à la récente Loi n° 2012-409 du 27 mars 2012 sur laquelle, v. par exemple, F. FIECHTER-BOULVARD, art. cit., E. GARÇON et V. PELTIER, art. cit., M. HERZOG-EVANS, « Outils d'évaluation : sortir des fantasmes et de l'aveuglement idéologique », *AJ pénal*, 2012, Dossier, pp. 75 et s., et Ch. LAZERGES, « Le choix de la fuite en avant au nom de la dangerosité. Les lois 1, 2, 3, 4, 5, etc. sur la prévention et la répression de la récidive », préc. Le texte propose la généralisation du diagnostic à visée criminologique, pratique élaborée par les professionnels de l'insertion et de la probation, et qui consiste à améliorer la prise en charge du condamné par le biais d'entretien avec lui au sujet de sa situation sociale, professionnelle ou administrative, de sa perception de l'acte qu'il a commis et de la condamnation qui a en découlé. Elle se rapproche donc de la méthode clinique. Le rapport préconise tout de même le recours aux méthodes actuarielles.

³⁰⁴² Sur ces points, v. not. J. ALLIX, art. cit., J.-F. BERT, art. cit., A. COCHE, *op. cit.*, n° 423 et s., 449 et s., et 485 et s., et « Faut-il supprimer les expertises de dangerosité ? », *Rev. sc. crim.*, 2011, pp. 21 et s., J. DANET, art. cit., J. DANET et C. SAAS, art. cit., E. GARÇON et V. PELTIER, art. cit., V. GAUTRON, art. cit., X. LAMEYRE, art. cit., P. LARRIEU, art. cit., V. PELTIER, art. cit., X. PIN, art. cit., F. ROUSSEAU, art. cit., et Ph. SALVAGE, art. cit. *Contra* X. BEBIN, art. cit., J.-Y. CHEVALLIER, art. cit., M. HERZOG-EVANS, art. cit., J.-C. MONIER, art. cit., et J. PRADEL, art. cit.

chœur l'illusion de ceux qui croient en la possibilité de prédire et, partant, de prévenir parfaitement la récidive. Une telle chose est impossible et quand on en parle, c'est pour la décrire, pêle-mêle, en termes de magie, d'astrologie ou de science-fiction³⁰⁴³. C'est la raison pour laquelle l'évaluation de la dangerosité se révèle être critiquable, critique qui se communique nécessairement à son objet. Plus précisément, il est possible de détailler, outre l'impossibilité absolue de prévoir scientifiquement un comportement individuel, les vices dont est affectée une telle évaluation. Premièrement, les experts rencontrent de nombreux problèmes pratiques. Insuffisamment formés en criminologie et à la prise en charge de patients potentiellement violents et transgressifs, ils sont, en outre, en effectif insuffisant et confrontés à des individus pouvant être manipulateurs ou hors de leur état normal, du fait de la consommation des psychotropes souvent fournis en milieu pénitentiaire³⁰⁴⁴. Ensuite, les erreurs commises sont importantes. On ne compte que 30 % de prévisions valables, pour un taux de faux positif, c'est-à-dire de diagnostics erronés de dangerosité³⁰⁴⁵, pouvant aller de 60 à 85 %³⁰⁴⁶. C'est autant de risque d'erreurs judiciaires qu'il sera impossible de réparer, puisque s'il n'y a pas récidive, on pourra toujours affirmer que c'est que la mesure aura fonctionné, et qu'à l'inverse, si tel est le cas, on n'aura qu'à prétendre que cela ne tient qu'à la contrainte insuffisante de la mesure adoptée. Dans tous les cas, la dangerosité étant évolutive, la personne sanctionnée ne pourra jamais établir qu'elle n'était pas dangereuse lors du prononcé de la sanction³⁰⁴⁷. On notera d'ailleurs qu'un tel risque n'est pas prêt de diminuer, bien au contraire, étant donné le poids de la responsabilité sociale que le législateur tend à faire peser sur les experts mais aussi sur les juges. Lequel d'entre eux, en effet, osera prendre le risque de ne pas envisager la possibilité que l'individu qui leur est présenté puisse récidiver ? Et s'il existe un tel risque, ne seront-ils pas tentés de conclure systématiquement à la dangerosité et de prononcer une sanction appropriée, afin de ne pas subir les foudres des discours politiques et de l'opinion publique³⁰⁴⁸ ? Ce danger existe et est suffisamment grave pour justifier à lui seul l'abandon de tout recours à la dangerosité. Enfin, si l'on se penche particulièrement sur la commission pluridisciplinaire des mesures de sûreté appelée à se prononcer sur l'opportunité d'une rétention de sûreté, on peut en critiquer la peu scientifique

³⁰⁴³ V. ainsi, M. AGRAPART, art. *cit.*, A. AUBERT et E. COUDRET, art. *cit.*, A. COCHE, *op. cit.*, n° 30 et s., 166 et s., 288 et s., 340 et s., 421 et s., et 485 et s., et art. *cit.*, B. CORDIER, art. *cit.*, E. DREYER, « La subsidiarité du droit pénal », préc., E. GARÇON et V. PELTIER, art. *cit.*, V. GAUTRON, art. *cit.*, X. LAMEYRE, art. *cit.*, B. LAVIELLE, art. *cit.*, J. LEBLOIS-HAPPE, art. *cit.*, C. MARGAINE, *op. cit.*, n° 586, P. MBANZOULOU, art. *cit.*, Ph. SALVAGE, art. *cit.*, et F. SEVELY-FOURNIE, articles précités.

³⁰⁴⁴ Sur ce point, v. M. AGRAPART, art. *cit.*, A. COCHE, art. *cit.*, et V. PELTIER, art. *cit.*

³⁰⁴⁵ On les oppose aux faux négatifs, diagnostics erronés d'innocuité, qui présentent, quant à eux d'autres risques consistant en une mise en danger de la population.

³⁰⁴⁶ V. not. à cet égard, M. AGRAPART, art. *cit.*, P. BOUDOU et S. CHENE, art. *cit.*, P. BRUSTON, art. *cit.*, A. COCHE, *op. cit.*, n° 334, et 487 et s., et 494, et art. *cit.*, S. COYE et H. DE SUREMAIN, art. *cit.*, V. GAUTRON, art. *cit.*, et M. HERZOG-EVANS, art. *cit.*

³⁰⁴⁷ V. A. COCHE, art. *cit.*, et F. SEVELY-FOURNIE, articles précités.

³⁰⁴⁸ Sur cet aspect de la question, v. not. M. AGRAPART, art. *cit.*, P. BRUSTON, art. *cit.*, A. COCHE, art. *cit.*, S. COYE et H. DE SUREMAIN, art. *cit.*, J. DANET et C. SAAS, art. *cit.*, B. DE LAMY, art. *cit.*, B. LAVIELLE, art. *cit.*, V. GAUTRON, art. *cit.*, P. MBANZOULOU, art. *cit.*, F. SEVELY-FOURNIE, « L'"inquiétante étrangeté" de la rétention de sûreté », préc.

composition. Hormis le psychiatre et le psychologue, elle ne comprend pas de scientifiques. Elle compte un juge et un avocat, certes praticiens du monde judiciaire et coutumiers du public criminel, mais point de criminologue. On y trouve, en revanche, un représentant des associations de victimes, dont voit mal pourtant en quoi il serait compétent pour apprécier la dangerosité d'un individu. A la vérité, il ne faut pas être dupe de ce qu'il n'a été invité au sein de la commission que dans le seul but de faire du *lobbying* au profit des velléités sécuritaires des personnes dont il défend les intérêts. Comme le soutient la doctrine, cette commission opère donc plus une confrontation stérile de points de vue et d'intérêts plus ou moins opposés qu'une conjugaison utile de compétences variées³⁰⁴⁹. On comprendra dès lors ceux qui proposent jusqu'à la suppression des expertises de dangerosité³⁰⁵⁰.

563. Critique spéciale de la dangerosité comme fondement de la responsabilité pénale des personnes physiques non imputables. D'un point de vue plus particulier en second lieu, rendre pénalement responsables des sujets de droit subjectivement irréprochables en raison de leur dangerosité paraît constituer une réponse très contestable du droit positif aux problèmes sociaux qui peuvent en résulter, et ce, que l'on s'intéresse aux personnes physiques concernées ou aux personnes morales.

Cela est vrai, d'une part, de la dangerosité comme fondement de la quasi-responsabilité pénale des personnes physiques souffrant d'une affection mentale. On peut bien sûr comprendre le besoin de sécurité et de compassion qu'éprouvent les victimes et leurs proches³⁰⁵¹. Mais il n'est pas certain qu'il faille toujours y répondre et, encore moins, qu'il faille le faire en instituant une quasi-responsabilité pénale des personnes atteintes de troubles mentaux. Cela paraît assez dangereux en effet. Tout d'abord, à suivre la pente de ces plaintes, on risque fort, celles-ci étant sans fin par essence, de se laisser entraîner, sans jamais pouvoir en sortir, dans le puits sans fond des dérives victimaires³⁰⁵². Ensuite surtout, se référer à la dangerosité d'un individu conduit à réduire sa personne à ce caractère, à ne plus voir en lui que cette dangerosité. On ne répond plus à un acte dangereux mais à une personne dangereuse, que l'on vient vite à traiter de "bête", de "prédateur" ou de "monstre"³⁰⁵³. C'est le

³⁰⁴⁹ Pour une critique de cette commission, v. J. ALLIX, art. *cit.*, M. HERZOG-EVANS, art. *cit.*, C. MARGAINE, *op. cit.*, n° 584 et s., P. MBANZOULOU, art. *cit.*, V. PELTIER, art. *cit.*, F. ROUSSEAU, art. *cit.*, et F. SEVELY-FOURNIE, « La rétention de sûreté à l'origine d'un nouveau risque d'erreur judiciaire ? », préc.

³⁰⁵⁰ A. COCHE, *op. cit.*, n° 535, qui réserve toutefois le cas des personnes atteintes d'un trouble psychique ou neuropsychique, ce qu'il ne fait plus *in art. cit.*, où le souhait de suppression se fait plus général.

³⁰⁵¹ V. ainsi F. DESPORTES et F. LE GUNEHÉC, *op. cit.*, n° 640 et s., F. JULITTE, *op. cit.*, n° 144 et s., 269 et s., J. LEROY, articles précités, Y. MAYAUD, *op. cit.*, n° 444, et « Les malades mentaux entre non-imputabilité et imputation », *AJ pénal*, 2004, Dossier, pp. 303 et s., J. PRADEL, *op. cit.*, n° 474, et art. *cit.*, H. PY-LEBRUN, *op. cit.*, n° 472 et s., et M.-L. RASSAT, *op. cit.*, n° 308.

³⁰⁵² V. en ce sens, Ph. BONFILS, *chron. cit.*, E. DREYER, *op. cit.*, n° 748, et A. GIUDICELLI, art. *cit.*

³⁰⁵³ Sur ce type de propos légitimant les atteintes portées aux principes classiques du droit pénal, voire aux droits de l'homme, v. spéc. J.-F. BERT, art. *cit.*, P.-J. DELAGE, art. *cit.*, et G. GIUDICELLI-DELAGE, art. *cit.* Un tel discours n'a, d'ailleurs, rien de nouveau. V. à ce titre l'extrait, rapporté par A. LAINGUI *in* « L'"homme criminel" avant Lombroso », *Peine. Dangerosité. Quelles certitudes ?*, préc., pp. 129 et s., d'une lettre écrite par TAINE à LOMBROSO en 1887 : « Vous nous avez montré des orangs-outangs lubriques, féroces, à face humaine ; certainement, étant tels, ils ne peuvent agir autrement qu'ils ne font ; s'ils violent, s'ils tuent, c'est en

premier pas vers un rejet de cette personne hors de l'humanité, rejet qui autorise à la fois sa stigmatisation³⁰⁵⁴ et les atteintes portées à sa dignité³⁰⁵⁵.

D'un point de vue juridique, on autorise ainsi le contournement de tous les acquis du droit pénal classique et, plus généralement, de ceux de ce que l'on avait cru constituer les progrès de la civilisation juridique : l'irresponsabilité pénale des non imputables. On instrumentalise le malade dans des pseudos procès organisés pour contenter les victimes et où, pourtant, le premier, soit ne comparaitra pas à raison de son trouble³⁰⁵⁶, soit sera présent mais ne comprendra rien au fait qu'on lui reproche, pour avoir été étranger à sa commission. Alors, il n'est plus sujet de son procès mais seulement objet, offrande sacrifiée sur l'autel des larmes et des cris de l'opinion publique³⁰⁵⁷. On le sanctionne pénalement aussi, non pour ce qu'il a fait mais pour ce qu'il pourrait faire en raison de ce qu'il est, portant atteinte au principe selon lequel il ne saurait y avoir de répression sans infraction ou fait de complicité personnellement perpétré. C'est le passage à un droit pénal d'auteur au détriment d'un droit pénal de comportement³⁰⁵⁸. Et le pire est que cette évolution du droit positif n'est pas qu'une simple tendance politique. Elle est, en outre, confortée par une certaine doctrine juridique, descriptive de ce phénomène mais pas uniquement puisqu'elle participe de sa légitimation : la doctrine du droit pénal de l'ennemi³⁰⁵⁹. Selon cette doctrine, la personnalité juridique étant accordée par le droit objectif et n'ayant jamais imposé l'octroi de droits identiques à toutes les personnes juridiques, il serait possible de considérer que l'Etat, en vertu d'une sorte de *capitis diminutio*, puisse priver certains individus de leurs droits fondamentaux à raison des dangers qu'ils lui

vertu de leur naturel et de leur passé, infailliblement. Raison de plus pour les détruire aussitôt qu'on a constaté qu'ils sont et resteront des oranges-outangs. A leur endroit, je n'ai aucune objection contre la peine de mort, si la société y trouve son profit ».

³⁰⁵⁴ Ce qui est particulièrement vrai au sujet des malades mentaux, les fous étant de plus en plus assimilés à des personnes dangereuses qu'il faut bannir de la société pour préserver les êtres humains "normaux". V. not. à cet égard X. LAMEYRE, art. *cit.*, F. ROUSSEAU, art. *cit.*, Ph. SALVAGE, art. *cit.*, et S. TZITZIS, « Lombroso et les enjeux de l'humanitarisme pénal postmoderne », *Peine. Dangerosité. Quelles certitudes ?*, préc., pp. 189 et s. La confusion va si loin qu'elle aboutit à l'utilisation d'expressions oxymoriques telles que celles de "fou criminel" ou d'"aliéné criminel" (v. en dernier lieu J. LEROY, « L'aliéné criminel, simplement coupable ou pleinement responsable ? », préc.). Pour une critique de cette terminologie, juridiquement douteuse, v. P.-J. DELAGE, « Vérité et ambiguïté autour de l'imputabilité morale. A propos de Crim. 21 janvier 2009 », préc. Une telle assimilation est particulièrement grave en ce qu'elle aboutit à stigmatiser certains malades mentaux à raison de l'apparence criminelle de leur comportement et, par contagion, à jeter l'anathème sur l'ensemble des personnes souffrant de tels troubles, qu'elles soient ou non dangereux.

³⁰⁵⁵ V. en ce sens, P.-J. DELAGE, « La dangerosité comme éclipse de l'imputabilité et de la dignité », préc., G. GIUDICELLI-DELAGE, art. *cit.*, X. LAMEYRE, art. *cit.*, et H. MATSOPOULOU, « Le développement des mesures de sûreté justifiées par la "dangerosité" et l'inutile dispositif applicable aux malades mentaux. Commentaire de la loi n° 2008-174 du 25 février 2008 relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental », préc.

³⁰⁵⁶ C. proc. pén., art. 706-122, al. 1.

³⁰⁵⁷ V. en ce sens, S. COYE, art. *cit.*, P.-J. DELAGE, art. *cit.*, E. DREYER, art. *cit.*, et F. ROUSSEAU, « L'application dans le temps des nouvelles dispositions du 25 février 2008 relatives à l'irresponsabilité pénale pour cause de troubles mental (à propos de l'arrêt de la chambre criminelle du 21 janvier 2009) », préc.

³⁰⁵⁸ V., outre les références citées *supra* n° 54 note 350, v. J. ALLIX, art. *cit.*, P. BOUDOU et S. CHENE, art. *cit.*, R. PARIZOT, art. *cit.*, et X. PIN, art. *cit.* Sur le droit pénal d'auteur, v. spéc. G. GIUDICELLI-DELAGE, art. *cit.*, et M. LACAZE, *Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, préc., n° 90 et .

³⁰⁵⁹ Sur cette théorie élaborée principalement par Günther JAKOBS dès les années 1990, v. spéc. G. GIUDICELLI-DELAGE, art. *cit.*, et M. LACAZE, *op. cit.*, n° 395 et s., .

font courir. Il pourrait ainsi être institué légitimement une certaine gradation entre les différents sujets pénaux. Il oppose ainsi les citoyens, sujets d'application du droit pénal classique, et les ennemis, qui se verraient appliquer le droit pénal de l'ennemi avec une altération plus ou moins importante de leurs droits de l'homme et de leurs libertés fondamentales en fonction du danger qu'ils représenteraient pour la société. Le pire des ennemis demeure, dans cette doctrine, le terroriste à qui toutes les garanties procédurales et substantielles pourraient, voire devraient, être retirées. On mesure donc à quel point l'évolution de la notion de dangerosité comme base de la responsabilité pénale, au détriment de l'imputabilité *classico sensu*, est dangereuse non seulement pour les fondements classiques du droit pénal, d'une part, mais aussi pour les droits de l'homme et pour la dignité humaine des personnes qui en font les frais, d'autre part. Le mouvement doit absolument être inversé et les dernières réformes être abandonnées le plus rapidement possible, et ce, en commençant par l'abrogation de la loi du 25 février 2008³⁰⁶⁰. Soit l'individu n'est pas reprochable subjectivement et le droit pénal est hors de cause, d'autres disciplines juridiques devant alors être mises en œuvre pour répondre à son éventuelle dangerosité, soit il est libre et discernant et, à ce titre, dangereux par essence, comme imprévisible et susceptible de comportements spontanés, bons ou mauvais³⁰⁶¹. Dans un tel cas, rien ne peut justifier de le priver de liberté pour ce qu'il pourrait peut-être faire. A défaut, c'est la majorité des êtres humains qu'il faudrait retenir à vie, la possibilité qu'ils nuisent à la société ne pouvant jamais être absolument écartée.

564. Critique spéciale de la dangerosité comme fondement de la responsabilité pénale des personnes morales. Inaptes à la réprobation subjective, les personnes morales, d'autre part, sont, avant tout, sujets pénaux à raison de leur dangerosité. Mais cette notion et la responsabilité pénale qu'elle fonde sont, en réalité, terriblement critiquables. En effet, la nocivité sociale des groupements, non seulement, n'est pas tout ce qui est pris en compte mais n'est pas, non plus, appréhendée de la manière la plus efficace.

La dangerosité n'est, tout d'abord, pas la seule assise de la responsabilité pénale des personnes morales, dès lors qu'à travers elle, ce sont aussi les personnes physiques qui agissent en son nom et pour son compte que l'on espère toucher³⁰⁶². A qui reproche-t-on en effet d'avoir mal agi ? Qui veut-on intimider et impressionner sinon les organes et les

³⁰⁶⁰ Il serait d'ailleurs prévu de supprimer, au moins, la rétention de sûreté. V. l'entretien donné par Mme Christiane Taubira *Le Parisien* du 22 juin 2012. Des propositions de loi ont été déposées en ce sens par Mme Nicole BORVO COHEN-SEAT et M. Jacques MENARD et ont été respectivement enregistrées à la Présidence du Sénat le 23 mai et le 31 juillet 2012.

³⁰⁶¹ V. B. CORDIER, art. *cit.*, et P.-J. DELAGE, « Vérité et ambiguïté autour de l'imputabilité morale. A propos de Crim. 21 janvier 2009 », préc.

³⁰⁶² En ce sens, v. E. DREYER, *op. cit.*, n° 1075, M. LABORDE-LACOSTE, *op. et loc. cit.*, M.-L. RASSAT, *op. cit.*, n° 407, et J.-H. ROBERT, « La responsabilité pénale des personnes morales en droit anglais », préc. Comp. G. WICKER, « La théorie de la personnalité morale depuis la thèse de Bruno Oppetit », préc. : « *Le groupement doit également être envisagé en lui-même à partir de cette idée que les droits et obligations qui lui sont imputés ont pour destinataires finaux des individus* ».

représentants du groupement puni et ceux des personnes morales qui pourraient l'être ? A qui veut-on rappeler l'importance des valeurs lésées ? Chez qui veut-on provoquer la contrition et l'amendement ? Qui espère-t-on voir modifier son comportement ? Le groupement ou bien ceux qui s'en servent ? De qui veut-on protéger la société ? De l'instrument ou bien de son utilisateur ? Ce sont les personnes physiques évidemment, en tant que personnes humaines agissant dans le monde sensible, que l'on veut atteindre à travers la responsabilité pénale des personnes morales, et ce, afin d'obtenir d'elles une meilleure utilisation des personnes morales que le système juridique met à leur disposition.

Ensuite, appréhender le phénomène social des groupements dangereux à travers cette institution est forcément insuffisant, obligé que l'on est alors de passer par la notion de personnalité juridique. Cette notion est ainsi à la fois plus large et plus étroite que celle de groupements dangereux, ce qui rend la technique utilisée particulièrement inadaptée à l'objectif politique visé. Elle est plus large, en effet, lorsque, derrière la personne morale, ne se trouve pas un groupement mais un individu isolé ayant simplement entendu spécialiser un aspect de son activité. Ainsi, en cas de personne juridique unipersonnelle, on voit mal l'intérêt de la responsabilité pénale des personnes morales. Soit la personne physique est la seule poursuivie, et alors cette responsabilité n'aura pas été mise en œuvre. Soit la personne morale est la seule mise en cause, et la personne physique aura, à ce moment, bénéficié d'une protection à la légitimité douteuse³⁰⁶³. Soit les deux sont poursuivies, et on peut dès lors se demander si, en fait, cela ne revient pas à punir deux fois le même individu sous couvert d'une pluralité de personnalités juridiques. Mais la notion de personne juridique est surtout plus étroite que celle de groupement dangereux, car tous les groupements socialement néfastes ne sont pas nécessairement dotés de la personnalité juridique³⁰⁶⁴. Et l'efficacité de l'appréhension pénale des groupements, fatalement, ne peut que s'en ressentir. Quant à l'attribution de la personnalité juridique, premièrement, elle est terriblement aléatoire une fois sortie des sentiers battus par le législateur. Nombre de groupements, tels que l'indivision, la famille, la communauté conjugale, l'entreprise, la fiducie, etc., soulèvent de nombreuses discussions doctrinales³⁰⁶⁵. La question des groupes de sociétés, notamment, pose un problème particulièrement pointu au regard de l'importance des nuisances sociales qui peuvent découler de l'activité de ces groupements aujourd'hui dépourvus de la personnalité juridique et qui, partant, échappent au droit pénal de la responsabilité³⁰⁶⁶. Par ailleurs, la personnalité morale est un fondement particulièrement fragile, un piège qui se referme sur

³⁰⁶³ V. *supra* n° 531.

³⁰⁶⁴ Rappr. not. sur ce point M. VIRALLY, *La pensée juridique*, préc., pp. 129 et s.

³⁰⁶⁵ Comp. par exemple, N. BARUCHEL, *op. cit.*, n° 582 et s., 649 et s., 654 et s., et 659 et s., S. BROS, « La quasi-personnalité morale », préc., E. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, préc., n° 258 et s., et 290 et s., R. OLLARD, « La fiducie : aspects de droit pénal », préc., et G. WICKER, *op. cit.*, n° 226, art. *cit.*, et *Personne morale*, préc., n° 4, 25 et s., 32, et 39.

³⁰⁶⁶ Sur la question de la responsabilité pénale des groupes de sociétés, v. not. M. BENEJAT, *La responsabilité pénale professionnelle*, préc., n° 373, C. DONNADIEU-FORNAROLI, *op. cit.*, n° 656 et s., M. PARIENTE, « Les groupes de sociétés et la responsabilité pénale des personnes morales », *Rev. sociétés*, 1993, pp. 247 et s., et J.-C. PLANQUE, *op. cit.*, n° 195 et s., et 222.

l'institution même de la responsabilité pénale des personnes morales, tant il est vrai qu'elle peut, pour les groupements de droit privé, disparaître par la seule volonté de ses organes ou représentants³⁰⁶⁷. La dissolution de la personne morale, sa scission en divers groupements ou son absorption par une autre structure juridique personnalisée, protégeront le groupement de toute poursuite pénale³⁰⁶⁸. Frapper une telle entité, qui peut disparaître à tout instant, plutôt que ses membres est donc tout à fait inadapté au but poursuivi, sauf à recourir à l'autonomie du droit pénal dans la définition de la personnalité morale³⁰⁶⁹. Mais une telle idée est intrinsèquement insuffisante, qui n'explique rien³⁰⁷⁰ et qui révèle simplement qu'en fin de compte, la personnalité juridique des groupements est indifférente et n'est qu'un prétexte... Mais un prétexte qui doit néanmoins s'imposer à raison du principe de légalité³⁰⁷¹. Reste pourtant qu'il est vrai que ce sont les personnes physiques, en tant qu'êtres humains rassemblés dans un groupe, que l'on devrait atteindre, et non la personnalité juridique dont ce dernier peut éventuellement jouir. Car, lorsqu'une personne utilise une arme par destination, un marteau par exemple, réprime-t-on l'engin ou réprime-t-on l'agent ? La réponse est évidente. Dès lors, il est possible d'affirmer que la responsabilité pénale des personnes morales, toute considération patrimoniale mise à part, n'est pas très éloignée de l'institution qui consisterait à rendre responsable un marteau ! Et la première, de surcroît, n'est même pas plus efficace que le serait la seconde. L'individu demeure, qui peut faire disparaître l'instrument, l'utiliser selon une technique juridique échappant aux termes de la loi ou en utiliser un autre pour renouveler ses méfaits.

La responsabilité pénale des personnes morales est, certes, une solution plus rentable financièrement et plus simple que la réflexion qu'impliqueraient une identification et une répression précises et justes des personnes physiques à l'origine des infractions commises. Reste qu'elle est absolument critiquable comme contraire, à la fois, au principe de responsabilité du fait personnel³⁰⁷² et à l'exigence classique de reprochabilité subjective. Car cette dernière, en définitive, ne fait que révéler la dimension éminemment humaine du droit criminel, laquelle transparaît de ses fonctions comme de son attachement traditionnel à la

³⁰⁶⁷ V. à cet égard, N. BARUCHEL, *op. cit.*, n° 632 et s., M. BENEJAT, *op. cit.*, n° 372 et s., S. BROS, *art. cit.*, C. DONNADIEU-FORNAROLI, *op. cit.*, n° 657 et s., J. HAMEL, « La personnalité morale et ses limites », préc., R. MERLE et A. VITU, *op. cit.*, n° 642, M. PARIENTE, *art. cit.*, J.-C. PLANQUE, *op. cit.*, n° 27 et s., J.-H. ROBERT, *op. cit.*, p. 376, et O. SAUTEL, « La responsabilité pénale des personnes morales », préc., M. SEGONDS, « Frauder l'article 121-2 du Code pénal », *Dr. pénal*, 2009, Etude n° 18. Comp. H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, *op. cit.*, n° 1978.

³⁰⁶⁸ V. *Crim.*, 14 oct. 2003 (absorption) : *Bull. crim.*, n° 189 ; *Dr. pén.*, 2004, comm. n° 20, obs. M. VERON ; et *Rev. sc. crim.*, 2004, obs. E. FORTIS, p. 339, et 15 nov. 2005 (dissolution) : *RPDP*, 2006, obs. X. PIN, p. 380. *Rapp. Com.*, 15 juin 1999 (scission) : *Bull. civ.*, n° 127.

³⁰⁶⁹ V. en ce sens, C. DONNADIEU-FORNAROLI, *op. cit.*, n° 657 et s., E. DREYER, *op. cit.*, n° 1080, R. OLLARD, *art. cit.*, J.-C. PLANQUE, *op. cit.*, n° 50, 186 et s., et 212 et s., et F. ROUSSEAU, *op. cit.*, n° 356 et s. *Rapp. N. BARUCHEL, op. cit.*, n° 632 et s., et G. ROUJOU DE BOUBEE, « La responsabilité pénale des personnes morales. Essai d'un bilan », préc.

³⁰⁷⁰ V. *supra* n° 506 note 2717.

³⁰⁷¹ V. not. S. BROS, *art. cit.*, F. DESPORTES et F. LE GUNEHEC, *op. cit.*, n° 588, M.-L. RASSAT, *op. cit.*, n° 417, et M. SEGONDS, *art. cit.*

³⁰⁷² V. *supra* n° 504 et s., et 533.

responsabilité morale³⁰⁷³. Le droit pénal de la responsabilité, historiquement, a toujours frappé les hommes, indépendamment de leur personnalité juridique³⁰⁷⁴, et il doit continuer à ne frapper qu'eux, nonobstant le dépassement par cette dernière notion du strict domaine des personnes humaines. La conclusion à tirer ne peut donc être que la suivante : *la responsabilité pénale des personnes morales, comme celle de tous les êtres inaptes à la réprobation subjective, doit donc être dénoncée et abandonnée au bénéfice d'autres mécanismes juridiques de réponse à la dangerosité des personnes juridiques non imputables*³⁰⁷⁵.

2. Alternatives à la responsabilité pénale des non imputables dangereux

565. Affinement de la réponse juridique à la dangerosité des non imputables. Si la non-reprochabilité subjective des personnes morales et des personnes physiques dont les facultés mentales sont affectées s'oppose à ce que leur responsabilité pénale soit engagée, il n'en demeure pas moins qu'elles peuvent présenter une certaine dangerosité, appelant une réaction légitime du système juridique. Exclure le recours au droit pénal ne doit donc pas conduire à se bander les yeux. Il ne s'agit pas d'être aveugle mais, au contraire, de viser juste. La réponse juridique à la responsabilité doit en effet être affinée. C'est donc à une recherche d'alternatives à la responsabilité pénale des non imputables dangereux qu'il faut se livrer, en distinguant le cas des personnes physiques (a) et celui des personnes morales (b).

³⁰⁷³ V. à cet égard, A.-Ch. DANA, *op. cit.*, spéc. n° 45, R. GARRAUD, *op. cit.*, n° 257, J. ORTOLAN, *op. cit.*, n° 488 et s., A. TEANI, *op. cit.*, n° 437, et G. VIDAL et J. MAGNOL, *op. cit.*, n° 65-1. Rapp. V. MALABAT, *op. cit.*, n° 499. La remarque paraît si vraie qu'il est souvent question, s'agissant des personnes morales, d'un droit pénal spécial, nouveau, propre à ces dernières et distincts du droit pénal appliquée aux personnes humaines. V. à ce titre, Ph. CONTE, « La responsabilité pénale des personnes morales au regard de la philosophie du droit pénal », préc., C. MARGAINE, *op. cit.*, n° 189, et J.-C. PLANQUE, *op. cit.*, n° 23. Sur l'aspect historique de la question, v. P. FAUCONNET, *op. cit.*, pp. 67 et s., et pp. 157 et s., et A. LAINGUI, « Sur quelques sujets non-humains des anciens droits pénaux », préc.

³⁰⁷⁴ C'est ainsi que l'absence de personnalité juridique des esclaves n'a jamais empêché qu'on les tienne, en tant qu'êtres humains doués de libre arbitre et discernants, pénalement responsables de leurs actes. V. sur ce point, R. GARRAUD, *op. cit.*, n° 257, note 2.

³⁰⁷⁵ On oppose, à juste titre, le fait que certaines engagements internationaux recommanderaient, voire imposeraient, à la France de reconnaître la responsabilité pénale des personnes morales (v. not. la Recommandation R (88)-18 du Comité des ministres du Conseil de l'Europe du 20 octobre 1988). On peut toutefois rétorquer que l'obligation ne doit pas être aussi stricte, qui n'a pas empêché que le droit allemand pose le principe de l'irresponsabilité pénale des groupements au nom du principe constitutionnel de culpabilité (*Schuldprinzip*) dont on pourrait rapprocher certaines décisions du Conseil constitutionnel français (v. Cons. const., 16 juin 1999 : D., 1999, jur., comm. Y. MAYAUD, p. 589). Ce système juridique a en effet préféré rendre responsable ses représentants personnes physiques (§14 St GB) et institué une forme de responsabilité de type administratif ne pouvant aboutir qu'à des sanctions pécuniaires (§30 de l'*Ordnungswidrigkeiten Gesetz*). V. sur cette question, R. LEGAIS, *Grands systèmes de droit contemporains. Approche comparative*, préc., n° 570, et « Les réponses du droit anglais et du droit allemand aux problèmes de la responsabilité pénale des personnes morales », préc., et J. PRADEL, *Droit pénal comparé*, préc., n° 121 et s. On ajoutera à cet exemple tiré du droit comparé, un arrêt *Vandevenne* de la CJCE en date du 2 octobre 1991 suivant lequel « ni l'article 5 du Traité CEE ni l'article 17§1 du règlement n° 3820-85 n'obligent un Etat membre à introduire dans son droit national (...) la responsabilité pénale des personnes morales » (C-7/90 cité par J. PRADEL, *in op. cit.*, n° 119).

a- Alternatives à la responsabilité pénale des personnes physiques non imputables

566. Prévalence des réponses extrapénales. Il est évident que certaines personnes souffrent d'affections mentales les rendant dangereuses en même temps qu'elles les éloignent des exigences du droit pénal de la responsabilité. Les laisser en liberté, sans surveillance aucune, peut être particulièrement nuisible à la société et exposer de nombreuses personnes à toutes sortes de risques et de lésions. Il est impossible de ne rien faire sous prétexte d'irresponsabilité pénale³⁰⁷⁶. Or, exclure la répression ne signifie pas pour autant que le droit objectif est impuissant face à de telles situations. Simplement, *ce n'est plus au droit criminel d'intervenir à leur égard mais au droit des personnes et au droit sanitaire*. Au droit des personnes d'une part, car toute privation ou restriction de droits ou de libertés pose une question qui intéresse cette discipline en tant que facette du droit des droits de l'homme³⁰⁷⁷. Au droit sanitaire d'autre part, car c'est de malades dont il est question, de malades à qui il faut donc apporter des soins appropriés à leur état. *Si des sortes de "mesures de sûreté" pouvant aller jusqu'à la privation de liberté peuvent, par conséquent, être envisagées, c'est à condition que le processus soit expurgé de toute connotation pénale et à condition que soient respectés les droits fondamentaux du malade, que l'on doit tendre avant tout à soigner*.

Il en résulte, tout d'abord, que la procédure empruntée ne doit pas comporter d'aspect répressif. S'il apparaît, en cours de procédure pénale, que c'est un trouble psychique ou neuropsychique ou un trouble de la personnalité suffisamment grave pour priver l'agent de libre arbitre qui est à l'origine du passage à l'acte, celle-ci doit être immédiatement interrompue et transmise à une autre juridiction, plus adaptée, animée d'une autre logique et suivant une procédure dépourvue de tout caractère infamant. C'est, certes, à une juridiction relevant de l'ordre judiciaire, en tant que gardienne des libertés individuelles, qu'il doit alors revenir de connaître du problème. Il est en effet question des droits et de la liberté d'une personne humaine. La Loi n° 2011-803 du 5 juillet 2011 relative aux droits et à la protection des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques et aux modalités de leur prise en charge a d'ailleurs bien amélioré le droit positif sur ce point en renforçant l'ampleur de l'intervention judiciaire, comme le réclamait depuis longtemps nombre de juristes³⁰⁷⁸. Ayant suivi la

³⁰⁷⁶ V. Ph. BONFILS, *chron. cit.*, B. BOULOC, *op. cit.*, n° 446, A. CHAUVEAU et F. HELIE, *op. cit.*, pp. 369 et s., F. DESPORTES et F. LE GUNEHEC, *op. cit.*, n° 638-2, H. DONNEDIEU DE VABRES, *op. cit.*, n° 350, P. JOURDAIN, *op. cit.*, n° 346 et 386, F. JULITTE, *op. cit., passim.*, A. PROTHAIS, « La loi du 30 juin 1883 à l'aune du droit pénal », *D.*, 1990, *chron.*, pp. 51 et s., M.-L. RASSAT, *op. cit.*, n° 308 et s., et Ph. SALVAGE, *art. cit.*

³⁰⁷⁷ V. L. PERDRIX, *op. cit.*, n° 96 et s., 245 et s., 365 et s., et 439 et s.

³⁰⁷⁸ Sur la judiciarisation nécessaire de l'internement psychiatrique, v. not. J.-M. AUBY, « La loi n° 90-527 du 27 juin 1990 relative aux droits et à la protection des personnes hospitalisées en raison de troubles mentaux et à leurs conditions d'hospitalisation », *JCP*, 1990, I, 3463, A. CHAUVEAU et F. HELIE, *op. cit.*, p. 369, H. DONNEDIEU DE VABRES, *op. et loc. cit.*, A. GIUDICELLI, *art. cit.*, P. JOURDAIN, *op. cit.*, n° 388 et s., F. JULITTE, *op. cit.*, n° 143, J. LEROY, « Quelle responsabilité pénale pour les enfants et les malades mentaux », *préc.*, L. PERDRIX, *op. cit.*, n° 382 et s., Y. PICOD, *art. cit.*, X. PIN, « L'irresponsabilité pénale (réflexions sur le sens des articles 122-1, 112-2, 122-3 et 122-8 du Code pénal) », *préc.*, A. PROTHAIS, *art. cit.*, et M.-L. RASSAT, *op. et loc. cit.* La doctrine n'était pas la seule à solliciter ce renforcement de l'intervention de

fameuse loi du 30 juin 1838³⁰⁷⁹ et à celle du 27 juin 1990³⁰⁸⁰, cette réforme de l'internement psychiatrique permet une intervention plurielle d'un magistrat de l'ordre judiciaire³⁰⁸¹. Ainsi peut-il être saisi à tout instant pour ordonner la mainlevée d'une mesure d'hospitalisation d'office³⁰⁸² et doit-il statuer sur une telle mesure « 1° avant l'expiration d'un délai de quinze jours à compter de l'admission (...) ; 2° avant l'expiration d'un délai de quinze jours à compter de la décision par laquelle le directeur de l'établissement ou le représentant de l'Etat a modifié la forme de la prise en charge du patient en procédant à son hospitalisation », puis tous les six mois après chacune de ses interventions, à peine de mainlevée de l'internement psychiatrique³⁰⁸³. Mais, ce juge ne pouvant être un juge répressif, il faut que ce soit une juridiction civile ou de nature mixte qui intervienne. Aujourd'hui, il s'agit du juge des libertés et de la détention³⁰⁸⁴. On aurait cependant pu tout aussi bien désigner le juge des tutelles³⁰⁸⁵, voire imaginer la création d'une juridiction compétente pour statuer sur toutes les privations et restrictions de droits et de libertés hors condamnation, afin de bien marquer la différence entre les détenus et les reclus, d'un côté, et les autres personnes dont la liberté peut être limitée, d'un autre côté. A plus forte raison, il ne devrait pas y avoir de déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental. Pourquoi d'ailleurs y en aurait-il une lorsque l'irresponsabilité serait ainsi motivée et non lorsqu'elle reposerait sur un cas de contrainte, d'erreur de droit, de fait justificatif ou de défaut d'élément moral ? Pareillement la victime et sa famille peuvent avoir alors souffert, qui auront également subi un préjudice... De la même manière, il n'y a aucune raison que le tribunal correctionnel puisse être saisi afin de statuer sur l'action civile alors que l'action publique est éteinte³⁰⁸⁶. Une navette vers une autre juridiction pourrait fort bien être instituée mais au profit du tribunal de grande instance, juge de droit commun de la responsabilité civile, ou du juge chargé de statuer sur le sort des malades dangereux³⁰⁸⁷.

l'autorité judiciaire dans la procédure d'hospitalisation contrainte des malades mentaux. La réforme a surtout été accélérée par des condamnations constitutionnelles et européennes de la législation française. V. CE, 24 sept. 2010, renvoi QPC, Cons. const., 26 nov. 2010 QPC (inconstitutionnalité de la procédure d'hospitalisation sur demande d'un tiers en raison de l'absence de recours effectif à une autorité judiciaire), CEDH, 8 nov. 2010, *Baudouin c/ France* (condamnation de la France à raison de la complexité de la procédure d'accès à un juge dans le cadre de l'hospitalisation d'office) : *RTD Civ.*, 2011, obs. J. HAUSER, p. 101, et CEDH, 14 avr. 2011, *Patoux c/ France* : *RTD Civ.*, 2011, obs. J. HAUSER, p. 514.

³⁰⁷⁹ Sur laquelle, v. not. A. PROTHAIS, art. *cit.*

³⁰⁸⁰ Sur laquelle, v. spéc. J.-M. AUBY, art. *cit.*

³⁰⁸¹ Il ne faut pas croire, pour autant, que les progrès opérés par la loi nouvelle soit suffisants, ainsi qu'en témoignent les nombreux recours et condamnations dont elle a déjà fait l'objet. V. not. Cons. const., 6 oct. 2011, n° 2011-174 QPC, 21 oct. 2011, n° 2011-185 QPC, et 20 avr. 2012, n° 2012-235 QPC.

³⁰⁸² C. santé publ., art. 3211-12. Il peut d'ailleurs se saisir d'office d'une telle question. V. *ibid.*, al. 10.

³⁰⁸³ C. santé publ., art. L. 3211-12-1.

³⁰⁸⁴ V. textes précités du Code de la santé publique.

³⁰⁸⁵ V. L. PERDRIX, *op. cit.*, n° 383.

³⁰⁸⁶ C. proc. pén., art. 706-125, al. 4.

³⁰⁸⁷ V. not. S. COYE, art. *cit.*, et E. DREYER, art. *cit.*

Ensuite, il faut aussi rejeter toutes mesures mixtes, mi-répressives, mi-curatives, à l'endroit de ces derniers. D'aucuns sont favorables à de telles mesures ou à la création d'asiles spéciaux pour les criminels aliénés³⁰⁸⁸. Mais une telle proposition paraît très discutable. Outre le caractère critiquable de l'expression "criminel aliéné", une telle mesure est porteuse de ségrégation sociale et participe de l'assimilation spacieuse de la folie et de la délinquance. Il est donc préférable que les personnes physiques atteintes de troubles les excluant du droit pénal de la responsabilité soient soumises au droit sanitaire commun et au régime général de l'internement psychiatrique³⁰⁸⁹, lequel offre plus de droits que la rétention de sûreté³⁰⁹⁰. Ce sont des mesures d'accompagnement social et de soins, prononcées par un juge civil et mises en œuvre par des spécialistes et non par des agents de l'administration pénitentiaire, qui doivent leur être appliquées. De la même manière, en cas d'hospitalisation non consentie³⁰⁹¹, c'est au sein d'asiles ordinaires que ces personnes ont leur place. Rien n'empêcherait, du reste, d'apporter une réponse adéquate à la dangerosité des malades mentaux. Celle-ci fonde d'ailleurs le placement en établissement psychiatrique sur décision du représentant de l'Etat. Non seulement l'article L. 3213-1 du Code de la santé publique exige que cette décision soit motivée par « *les troubles mentaux (du patient) nécessitent des soins et compromettent la sûreté des personnes ou portent atteinte, de façon grave, à l'ordre public* »³⁰⁹² mais il existe, en outre, une procédure dérogatoire permettant « *en cas de danger imminent pour la sûreté des personnes, attesté par un avis médical, (que) le maire et, à Paris, les commissaires de police arrêtent, à l'égard des personnes dont le comportement révèle des troubles mentaux manifestes, toutes les mesures provisoires nécessaires, à charge d'en référer dans les vingt-quatre heures au représentant de l'Etat dans le département qui statue sans délai et prononce, s'il y a lieu, un arrêté d'admission en soins psychiatriques* »³⁰⁹³. De plus, il est toujours possible de placer les intéressés dans des unités adaptées, comme les Unités pour Malades

³⁰⁸⁸ En ce sens, v. par exemple, P. BOUZAT et J. PINATEL, *op. cit.*, n° 232, A. CHAUVEAU et F. HELIE, *op. et loc. cit.*, H. DONNEDIEU DE VABRES, *op. et loc. cit.*, R. GARRAUD, *op. cit.*, n° 315, P. JOURDAIN, *op. cit.*, n° 346, et n° 379 et s., R. MERLE et A. VITU, *op. cit.*, n° 628, J. ORTOLAN, *op. cit.*, n° 332, J. PRADEL, *op. cit.*, n° 476 et s., A. PROTHAIS, *art. cit.*, et G. VIDAL et J. MAGNOL, *op. cit.*, n° 175.

³⁰⁸⁹ C. santé publ., art. L. 3212-1 et s.

³⁰⁹⁰ Sur les atteintes portées aux droits des individus condamnés à la rétention de sûreté, v. *supra* n° 549. Quant à ceux des personnes hospitalisées d'office, l'article L. 3211-3, alinéa 1 dispose que « *les restrictions à l'exercice de ses libertés individuelles doivent être adaptées, nécessaires et proportionnées à son état mental et à la mise en œuvre du traitement requis. En toutes circonstances, la dignité de la personne doit être respectée et sa réinsertion recherchée* ». Il est, en outre, prévu qu'« *en tout état de cause, elle dispose (notamment) du droit (...) 3° de porter à la connaissance du Contrôleur général des lieux de privation de liberté des faits ou situations susceptibles de relever de sa compétence ; 4° de prendre conseil d'un médecin ou d'un avocat de son choix ; 5° d'émettre ou de recevoir des courriers ; 6° de consulter le règlement intérieur de l'établissement et de recevoir les explications qui s'y rapportent ; 7° d'exercer son droit de vote ; 8° de se livrer aux activités religieuses ou philosophiques de son choix* ».

³⁰⁹¹ Sur l'hospitalisation d'office en particulier, v. not. J.-M. AUBY, *art. cit.*, F. JULITTE, *op. cit.*, n° 152 et s., L. PERDRIX, *op. cit.*, n° 106, et 371 et s., et A. PROTHAIS, *art. cit.*

³⁰⁹² C'est aux mêmes conditions que les juges pénaux qui constatent un trouble mental chez la personne poursuivie peuvent, depuis la loi du 28 février 2005, décider d'une hospitalisation non consentie à la suite d'une déclaration d'irresponsabilité. V. C. proc. pén., art. 706-135.

³⁰⁹³ C. santé publ., art. L. 3213-2. Ces mesures sont caduques au bout de vingt-quatre heures à défaut d'intervention du représentant de l'Etat.

Difficiles qui existent déjà³⁰⁹⁴, sans regard pour l'aspect infractionnel ou non de leur comportement.

567. Existence de réponses pénales. Ce n'est pas dire, toutefois, que le droit pénal devrait ignorer totalement le problème, à condition, cependant, de bien conserver à l'esprit qu'il ne saurait s'appliquer aux malades mais seulement à ceux qui en ont la charge. La question est souvent envisagée en termes de protection pénale des malades contre ces derniers, tantôt en termes de protection contre l'internement arbitraire dont ils pourraient être victimes³⁰⁹⁵, tantôt à raison des risques qu'ils encourent pour leur intégrité physique et morale du fait des mauvais traitements éventuels de leurs soignants ou gardiens³⁰⁹⁶.

Mais c'est également du point de vue de la protection de la société et des tiers qu'il convient d'envisager la responsabilité pénale de ces derniers. *De lege lata*, en premier lieu, certaines qualifications pourraient être appliquées. Il pourrait s'agir d'infractions matérielles d'une part, comme l'homicide ou les atteintes involontaires à l'intégrité corporelle d'autrui³⁰⁹⁷. D'autre part, il semblerait envisageable d'appliquer certaines infractions formelles. Le délit d'exposition d'autrui à un risque pourrait peut-être être retenu, à supposer que ses conditions restrictives de constitution soient respectées évidemment. *De lege ferenda*, en second lieu, une infraction plus large de mise en danger d'autrui appréhendant toute exposition consciente d'autrui à un risque pour la vie ou l'intégrité corporelle d'autrui³⁰⁹⁸ pourrait, à titre général, permettre la répression d'un tel comportement. D'un point de vue plus spécial, il serait tout à fait possible de ressusciter l'infraction de divagation de fous et de furieux, qui existait dans l'ancien code pénal, à condition toutefois d'en changer le nom peu respectueux de la dignité des personnes atteintes d'affection mentale³⁰⁹⁹.

³⁰⁹⁴ Ces unités, malheureusement séparées des autres établissements de soins psychiatriques, sont précisément destinées aux personnes placées sur décision du représentant de l'Etat ou en application de l'article 706-135 du Code de procédure pénale, soit à raison de la dangerosité de leurs troubles pour la sécurité publique. V. C. santé publ., art. L. 3222-3, et R. 3222-1 et s.

³⁰⁹⁵ L'article L. 3215-1 du Code de la santé publique punit, par exemple, d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende, « le fait pour le directeur d'un établissement (...) de maintenir la mesure de soins psychiatriques dont une personne fait l'objet, quelle qu'en soit la forme, lorsque la levée de la mesure est ordonnée par le représentant de l'Etat dans le département ou, à Paris, le préfet de police (...), ou par le juge des libertés et de la détention » ou « le fait pour le directeur ou pour tout médecin d'un établissement (...) de supprimer ou de retenir une requête ou une réclamation adressée à l'autorité judiciaire ou administrative par une personne faisant l'objet de soins psychiatriques » non consentis. Adde C. santé publ., art. L. 3215-2 et s. Sur la question, v. J.-M. AUBY, art. cit., et A. PROTHAIS, art. cit.

³⁰⁹⁶ Sur ce point, v. spéc. L. PERDRIX, *op. cit.*, n° 855 et s., qui envisage les qualifications de non-assistance à personne en danger mais propose l'élaboration d'une infraction spécifique afin de protéger les majeurs vulnérables faisant l'objet d'une garde aussi bien que le sont les mineurs.

³⁰⁹⁷ Sur les difficultés d'application de ces qualifications, v. Crim., 4 mars 2008 : *JCP*, 2008, II, 10098, note M. BENILLOUCHE.

³⁰⁹⁸ V. *supra* n° 473.

³⁰⁹⁹ Son article 475, alinéa 8, disposait ainsi que « seront punis d'amende, depuis six francs jusqu'à dix francs inclusivement, (...) ceux qui auraient laissé divaguer des fous ou des furieux étant sous leur garde ». Le texte les assimilait toutefois aux « animaux malfaisants ou féroces ». A supposer qu'une incrimination spéciale soit instituée, il va de soi qu'une confusion aussi infame devrait être évitée.

La quasi-responsabilité pénale des malades mentaux apparaît, par conséquent, comme étant tout sauf nécessaire à la protection de la société contre les dangers qu'ils peuvent lui faire courir. Il en est exactement de même de la responsabilité pénale des personnes morales.

b- Alternatives à la responsabilité pénale des personnes morales

568. Réponses à la dangerosité du phénomène de la criminalité de groupe. La responsabilité pénale des personnes morales a été une réponse apportée à un problème récurrent du droit criminel : celui du phénomène de la criminalité de groupe, dont la dangerosité sociale est évidente³¹⁰⁰. La concentration de plusieurs individus au sein d'un groupe, en effet, renforce leur puissance juridique, matérielle, économique et humaine. Mais rendre pénalement responsables les groupements eux-mêmes, qu'ils soient ou non dotés de la personnalité juridique, s'est pourtant révélé être une technique particulièrement inadaptée au but poursuivi. L'exigence même de la personnalité juridique est apparue comme pouvant se retourner contre les besoins de la répression. La responsabilité pénale des personnes morales doit donc être abandonnée au profit de solutions alternatives qui peuvent être extrapénales³¹⁰¹, certes, mais pas seulement. Le droit pénal, en effet, conserve un rôle à jouer dans la lutte contre les dangers de la criminalité de groupe, et ce, en n'en sanctionnant que les seuls membres.

D'une part, il est possible d'y répondre en reconnaissant la fonction véritable des groupements, personnalisés ou non³¹⁰², c'est-à-dire le fait qu'il ne s'agit que d'instruments aux mains des individus. A ce titre, c'est la technique de la circonstance aggravante qu'il semble préférable de mettre en œuvre. Lorsqu'un outil est détourné de sa destination première pour causer du tort à autrui, on parle d'arme par destination et, en matière criminelle, celui qui utilise une telle arme pour commettre une infraction peut ainsi voir sa peine être aggravée³¹⁰³. De même, certaines manifestations du phénomène de la criminalité de groupe sont d'ores et déjà appréhendées par le même biais des circonstances aggravantes. Ainsi en est-il, par exemple, de celles de réunion³¹⁰⁴ ou de bande organisée³¹⁰⁵. Par conséquent, il n'apparaît pas tout à fait impensable de réprimer plus largement le phénomène au moyen de cette technique. On pourrait ainsi envisager d'ériger en circonstance aggravante le fait de commettre une

³¹⁰⁰ Sur ce point, v. récemment H. DUMONT, « Criminalité collective et impunité des principaux responsables : est-ce la faute du droit pénal ? Introduction : un état de la question », préc.

³¹⁰¹ V. not. Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *op. cit.*, n° 268 et 370, F. ROUSSEAU, *op. cit.*, n° 357, et J.-Ch. SAINT-PAU, « La responsabilité des personnes morales : réalité et fiction », préc.

³¹⁰² La question d'une responsabilité des groupes de fait a pu être envisagée, elle aussi, pour être néanmoins refusé pour des raisons évidentes : il ne s'agit ni d'individus ni mêmes de personnes juridiques. Sur la question, v. F. DESPORTES et F. LE GUNHEC, *op. cit.*, n° 588, D. MAYER, *art. cit.*, M. PARIENTE, *art. cit.*, et M.-L. RASSAT, *op. cit.*, n° 417.

³¹⁰³ C. pén., art. 132-75.

³¹⁰⁴ V. par exemple C. pén., art. 222-3, 8° (tortures et actes de barbarie), 311-4, ° (vol), 227-26, 3° (atteintes sexuelles sur mineur) ou 225-12-9, 7° (exploitation de la vente à la sauvette).

³¹⁰⁵ C. pén., art. 132-71.

infraction en agissant pour le compte ou au moyen d'un groupement dont on est membre ou à l'occasion de l'activité de ce dernier³¹⁰⁶.

En termes de sanction, d'autre part, il ne faut pas croire que ne punir que les membres du groupement priverait le système répressif de peines aptes à protéger efficacement la société. Au contraire, non seulement il serait possible de frapper les individus membres de groupements non dotés de la personnalité morale mais encore les peines viseraient les responsables de façon plus juste, plus affinée et équilibrée. De deux choses l'une en effet : soit l'utilisation du groupement sera le fait de quelques individus, et ils seront alors les seuls à être punis, ce qui aura le double mérite de débarrasser la structure collective de parasites qui la détournent de son objet³¹⁰⁷ et d'en préserver les membres innocents ainsi que les salariés, clients et partenaires économiques³¹⁰⁸ ; soit le groupe aura été formé pour une activité essentiellement criminelle ou l'ensemble de ses membres l'aura détourné en ce sens, et il sera dès lors possible de les punir, notamment par des sanctions réelles telles que la fermeture d'établissement³¹⁰⁹, la mise sous surveillance judiciaire du groupement³¹¹⁰ ou la dissolution de celui-ci³¹¹¹.

569. Réponses à l'opacité du phénomène de la criminalité de groupe. Néanmoins, une des raisons ayant motivé l'institution de la responsabilité pénale des personnes – et qui fonde aujourd'hui les revendications en faveur d'une responsabilité directe de ces dernières – réside également dans la difficulté, voire l'impossibilité qu'il peut y avoir à identifier les vrais auteurs des infractions qui leur sont imputées et à démêler le déroulement exact des faits³¹¹². On peut bien proposer, en effet, des alternatives juridiques à la responsabilité pénale des groupements qui permettent de répondre à leur dangerosité. Mais demeure une question : à quoi bon s'il est impossible d'identifier les personnes physiques responsables ? C'est que les groupements posent, outre un problème de dangerosité, une autre difficulté tenant à leur opacité. Mais celle-ci n'est pas insurmontable, le droit pénal de la responsabilité ayant les moyens de la pallier. Les possibilités sont nombreuses. Aussi, il ne sera pas question ici de se montrer exhaustif mais simplement d'illustrer que le risque d'anonymat de la criminalité de

³¹⁰⁶ Pour des propositions en ce sens, v. V. WESTER-OUISSSE, art. *cit.*, et J.-A. ROUX, cité par J. PRADEL, *op. cit.*, n° 534.

³¹⁰⁷ Par le biais d'interdictions diverses, professionnelles ou non, de celles qui frappent actuellement les personnes morales (C. pén., art. 131-39, 2°, 5°, 6°, 7° et 11°).

³¹⁰⁸ Sur les conséquences inverses de la solution retenue par le droit positif, v. *supra* n° 303.

³¹⁰⁹ C. pén., art. 131-39, 4°.

³¹¹⁰ C. pén., art. 131-39, 3°.

³¹¹¹ C. pén., art. 131-39, 1°. Une telle sanction donnera d'ailleurs lieu à une liquidation permettant à l'Etat de procéder à des confiscations (C. pén., art. 131-39, 8° et 10°) ou au recouvrement d'amende sur le patrimoine propre de chacun des membres. Tout le patrimoine social pourra donc, une fois recueilli par les membres du groupement, être appréhendé par l'Etat, diminuant ainsi l'intérêt financier de la responsabilité pénale des personnes morales.

³¹¹² V. *supra* n° 508 et références citées.

groupe n'est pas une fatalité³¹¹³. On peut se borner à faire quelques propositions en distinguant les infractions intentionnelles de celles qui ne le sont pas.

Concernant les secondes, tout d'abord, on peut faire deux types de suggestions. D'une part, il est possible de mobiliser le droit pénal spécial qui peut offrir, par le biais d'infractions formelles, le moyen d'atteindre les personnes physiques agissant dans le cadre d'une activité collective. Il suffit, en effet, de multiplier les infractions formelles attitrées pour mieux identifier le fautif par détermination légale de celui à qui l'obligation pénale d'agir ou de ne pas agir s'imposait. En obligeant le maire, l'employeur ou le dirigeant social à agir en personne, il devient effectivement plus facile d'identifier l'auteur de l'infraction. Mais, un tel procédé pourrait trouver une application plus large si l'on se place, d'autre part, sur le terrain du droit pénal général. Car de telles infractions formelles n'apparaissent, en fin de compte, que comme des applications spéciales de ce qui pourrait être un mode nouveau de participation criminelle : la subordination, qui consisterait, pour un individu, à ne pas exercer, par imprudence, une influence sur les personnes pouvant être placées sous son autorité³¹¹⁴. Plus simplement, il serait encore envisageable de généraliser les présomptions déjà pratiquées en cas de dommage causé par le membre indéterminé d'un groupe déterminé de personnes³¹¹⁵.

En matière d'infractions intentionnelles, ensuite, une même distinction peut être opérée. Le droit pénal spécial, d'une part, connaît certaines infractions réprimant certaines formes de participation à un groupe à objet criminel. L'association de malfaiteurs³¹¹⁶, le complot³¹¹⁷, la participation à un groupe de combat³¹¹⁸ ou à un groupement terroriste³¹¹⁹ ou encore la récente participation à une bande violente³¹²⁰ en sont quelques exemples. Mais le droit pénal général, d'autre part, n'est pas en reste, qui pourrait être sollicité dans le sens de l'instauration de nouveaux modes de participation criminelle. Ainsi serait-il possible d'incriminer l'instigation à titre général, ce qui consisterait à réprimer le fait de provoquer autrui à la commission d'infractions, sans regard pour leur réalisation effective. Dans le même ordre d'idées, il serait tout à fait possible de consacrer la proposition faite par certains d'instaurer la coaction en tant que mode de participation, distinct de la juxtaposition d'actions, de plusieurs personnes à la commission d'une infraction unique dont ils n'auraient pas tous à avoir commis l'ensemble

³¹¹³ Les réponses à ce problème, d'ailleurs, n'auraient pas forcément à être formulées par le droit criminel. Rien, sinon des raisons politiques, ne semblent s'opposer à ce que le droit objectif impose aux personnes morales ou aux groupes de personnes morales une certaine transparence quant à leur organisation interne, permettant dès lors d'identifier qui fait quoi et qui prend telle ou telle décision. Il en est de même des décisions prises par les organes collégiaux dont il est envisageable d'imposer la consignation sur procès-verbaux que les personnes morales seraient tenues de conserver et de contraindre ces dernières, le cas échéant, à les transmettre aux autorités répressives chargés d'une enquête policière ou judiciaire.

³¹¹⁴ V. *supra* n° 499.

³¹¹⁵ V. *supra* n° 508.

³¹¹⁶ C. pén., art. 450-1.

³¹¹⁷ C. pén., art. 412-2.

³¹¹⁸ C. pén., art. 431-14.

³¹¹⁹ C. pén., art. 421-2-1.

³¹²⁰ C. pén., art. 222-14-2.

des éléments constitutifs³¹²¹. Le procédé correspondrait particulièrement bien à la répression de la criminalité de société, en ce sens qu'elle permettrait d'appréhender comme auteurs d'une même infraction les associés délibérants, chez qui l'on trouverait l'élément moral, et les associés exécutants, qui auraient, quant à eux, réalisé l'élément matériel, et ce, sur un pied d'égalité³¹²².

570. Bilan. On le voit donc, les potentialités offertes par le droit sont formidables. Si, comme l'a écrit GIRAUDOUX, « *le droit est la plus puissante des écoles de l'imagination* »³¹²³, ce n'est pas toujours parce que le juriste peut interpréter la réalité plus librement encore qu'un poète ; il devrait au contraire s'en garder autant que possible. C'est, à la vérité, surtout parce que la technique juridique est une source presque inépuisable de solutions aux problèmes sociaux qui se posent au législateur. Il suffit de faire l'effort de les chercher, de ne pas se contenter de ce qui est bien, pour parfois rechercher ce qui est mieux. *Au sujet de la reprochabilité subjective* plus précisément, il est possible de conclure ainsi : *si la fonction victimaire du droit de la responsabilité civile peut fort bien s'en passer, il n'en est pas de même de la fonction de protection du droit criminel. Et il n'est pas nécessaire de violer les principes du droit pénal classique pour relever le défi de la dangerosité des non-imputables. Il y a mieux que leur responsabilité pénale.* Il y a mieux, en effet, que la quasi-responsabilité pénale des personnes physiques souffrant d'affection mentale choisie par le législateur en 2008, car il existe le droit des personnes et le droit sanitaire pour les malades mentaux et la responsabilité pénale des personnes imputables qui en ont la charge. Et il y a mieux, également, que la responsabilité pénale des personnes morales. Il y a celle des personnes physiques qui agissent pour leur compte, solution plus juste et plus efficace que celle pour laquelle ont malheureusement opté les rédacteurs du code de 1992.

Section 2. L'influence des fonctions des responsabilités sur la réprobation objective du fait générateur

571. Réprobation objective et théorie de la justification. La réprobation objective suppose que le fait générateur objet de l'opération soit susceptible d'être reproché et réprouvé. On pourrait croire que tel est le cas dès le moment où il est constitué et, partant, techniquement parfait et prêt à produire des effets de droit. Il est vrai que la constitution suppose un comportement anormal, et donc qu'un acte ait été désigné comme tel par le

³¹²¹ Pour une telle proposition, v. principalement E. BARON, *La coaction en droit pénal*, préc. Adde M.-A. RAYMOND, *Les infractions de résultat*, préc., n° 269, et F. ROUSSEAU, *op. cit.*, n° 237 et s.

³¹²² Il existe, en effet, en droit des sociétés un principe d'égalité des associés, lequel peut-être attaché à l'*affectio societatis*, condition de formation du contrat de société. Sur ces questions, v. M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, préc., n° 142 et s., 348, 387, 395, et 504.

³¹²³ *La Guerre de Troie n'aura pas lieu*, Acte 2, scène V, éd. Le livre de poche, coll. Classiques modernes, p. 512.

législateur, le juge ou un contrat. Autrement dit, il y a déjà, dans le fait générateur, un acte ayant fait l'objet d'une certaine réprobation *a priori*. En outre, de par la dégradation qu'il cause à un bien juridiquement protégé, le fait générateur de responsabilité paraît pouvoir être doublement réprouvé³¹²⁴. La question de la réprobation objective pourrait donc se révéler sans aucun intérêt. Toutefois, celle-ci peut tout de même renvoyer à quelque chose de plus et à une situation bien concrète. Quittant le domaine de l'abstrait, elle consiste à vérifier, à l'occasion d'un cas d'espèce, qu'aucune circonstance rare, sinon exceptionnelle, et étrangère au processus de constitution de l'infraction ne vient faire obstacle à la réprobation du comportement, et cela, *a posteriori* de l'incrimination et de la commission de l'infraction. Ces circonstances, ce sont celles que l'on qualifie habituellement de faits justificatifs, situations spéciales qui font qu'un fait générateur de responsabilité, bien que parfaitement constitué, n'entraînera aucune charge juridique pour la personne à qui il pourrait être attribué.

La réprobation objective renvoie donc à la théorie de la justification³¹²⁵. Plus précisément, il y a reprochabilité objective, c'est-à-dire du fait générateur, lorsque celui-ci n'est pas justifié. Mais cette théorie, aussi belle soit-elle au demeurant, est particulièrement complexe et controversée, ce qui n'est pas sans retentir sur la question de son champ d'application.

572. Théorie de la justification et droit pénal de la responsabilité. La théorie de la justification est une théorie pénaliste³¹²⁶. Elle l'est par son origine et s'il est acquis depuis longtemps que le droit civil de la responsabilité en fait application³¹²⁷, il faut également admettre qu'il s'agit d'une importation pure et simple. C'est même d'importation intégrale dont il est question, dès lors que ce n'est pas seulement le principe même des faits justificatifs sources d'irresponsabilité qui a été intégré en droit de la responsabilité civile mais bien l'ensemble de leur régime juridique et des solutions admises par le droit criminel en la matière. En fait de justification, le droit civil fait ainsi montre d'une absence totale d'originalité³¹²⁸.

³¹²⁴ Rappr. la doctrine allemande qui distingue la réprobation de l'acte et la réprobation du résultat. V. M. LACAZE, « La réprobation objective en droit pénal », préc. On verra, par ailleurs, que certaines théories doctrinales tendent à assimiler la théorie de la justification à l'absence d'anormalité objective (v. *infra* n°591 et s.) ou de bien juridique (v. *infra* n° 590).

³¹²⁵ Comp. Y. MAYAUD, *op. cit.*, n° 399.

³¹²⁶ Aussi le vocabulaire employé, le long du premier paragraphe de cette section du moins, s'en ressentira-t-il nécessairement.

³¹²⁷ Par exemple, la légitime défense exclut aussi bien la responsabilité du fait personnel (v. Crim., 13 déc. 1989 : *Bull. crim.*, n° 478) que la responsabilité générale du fait des choses (v. Civ. 2, 2 avr. 1992 : *Bull. civ.*, n° 127).

³¹²⁸ Sur la question et en ce sens, v. Ch. AUBRY et Ch. RAU par N. DEJEAN DE LA BATIE, *Droit civil français*, t. VI-2, préc., n° 39 et s., Ph. BRUN, *op. cit.*, n° 333 et 336, Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *La responsabilité civile délictuelle*, préc., n° 51, R. DEMOGUE, *op. cit.*, t. 3, n° 232, G. DINGOME, *Le fait justificatif en matière de responsabilité civile*, thèse Paris, 1979, *passim.*, M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations. 2- Responsabilité civile et quasi-contrats*, préc., p. 93, J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *op. cit.*, n° 116, Ph. MALAURIE, L. AYNES et E. SAVAUX, *op. cit.*, n° 117 et s., F. ROUSSEAU, *op. cit.*, n° 169, et « L'introduction des faits justificatifs dans le Code civil par l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription », *RPDP*, 2008, pp. 539 et s., N. STONESTREET, *op. cit.*, n° 155, F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n° 730 et 734, et G. VINEY et P. JOURDAIN, *op.*

Rien d'étonnant donc à ce que la théorie soit également pénale par son fonctionnement. Puisque le droit civil la transporte à l'identique en son domaine, l'identification de la nature et du mécanisme de la justification en droit pénal se révèle d'une importance fondamentale pour les civilistes, lesquels ne se privent d'ailleurs pas de participer à la discussion. Elle est d'un intérêt d'autant plus déterminant que, selon la nature attribuée aux faits justificatifs, il pourrait bien apparaître que la théorie de la justification est également pénale de par son champ d'application, et ce, à l'exclusion du droit civil de la responsabilité.

Pour en être certain cependant, il faut nécessairement prendre parti sur la nature de la justification (§1). Ce n'est qu'ensuite que l'on pourra délimiter son domaine et, par là même, apprécier la pertinence de l'application en droit civil de cette théorie, ainsi que la légitimité du droit positif (§2). Or, parce que les faits justificatifs semblent témoigner du défaut d'une condition de reprochabilité objective de la responsabilité, son domaine paraît justement devoir être réduit au seul droit pénal.

§1. L'identification de la nature de la justification

573. La justification comme condition objective de l'imputation réprobative du fait générateur de responsabilité. La question de la nature exacte des faits justificatifs, et donc du fondement et du mécanisme de la justification, est l'une des plus controversée du droit pénal général. S'il est entendu qu'elle entraîne l'irresponsabilité de celui à qui est attribué le fait juridique, l'unanimité ne se fait pas sur le point de savoir pourquoi et comment elle l'entraîne. En d'autres termes, l'effet final de la justification ne fait pas de doute. En revanche, le vecteur technique qui produit ce résultat ne fait pas consensus. Le fondement de la justification est-il subjectif, objectif ou même mixte ? L'irresponsabilité s'explique-t-elle par l'impossible constitution, qualification ou imputation du fait générateur de responsabilité ? Les thèses les plus diverses ont été défendues, les solutions proposées étant tantôt générales, tantôt propres à chaque fait justificatif.

Si l'on s'intéresse aux principales, il apparaît qu'il faille, pour donner une véritable autonomie et une réelle efficacité à la justification, la considérer à l'instar de la doctrine majoritaire comme une notion objective (§1) mais aussi, et à l'inverse de la plupart des auteurs, comme une condition d'imputation du fait générateur de responsabilité (§2).

cit., n° 557. Le législateur ne semble d'ailleurs rien vouloir y changer. Aucune disposition du Code civil n'intéresse les faits justificatifs et les projets de réforme continuent de se référer au droit pénal. V. ainsi l'article 1352, alinéa 3, de l'avant-projet Catala, préc., qui renvoie expressément aux articles 122-4 à 122-7 du Code pénal et l'article 45 du projet Terré qui utilisent l'expression « *conformément aux dispositions du Code pénal* ». Quant à la proposition sénatoriale n° 657 de loi portant réforme de la responsabilité civile, elle n'évoque même pas la question. Ce manque d'autonomie du droit civil n'est pourtant pas accueilli favorablement par la totalité de la doctrine. V. par exemple, G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. et loc. cit.*, qui estiment que la fonction particulière de la responsabilité civile devrait se faire sentir sur la théorie de la justification. *Adde* J. PELISSIER, « Faits justificatifs et action civile », *D.*, 1963, chron., pp. 121 et s.

Autrement dit, il sera démontré que la théorie de la justification renvoie à l'étude d'une condition objective de l'imputation réprobative d'un tel fait.

A- La justification comme notion objective

574. Démarche. Présenter la justification comme une notion objective suppose une double démonstration. Négative tout d'abord, puisqu'il faut commencer par établir l'inadéquation des conceptions subjectives de la justification (A). Positive ensuite, dès lors qu'il faut aussi convaincre de la pertinence de la conception objective, et même d'une conception objective en particulier (B).

1. Le rejet des conceptions subjectives de la justification

575. Paradoxe des conceptions subjectives. Il existe de nombreuses manières de concevoir subjectivement la justification. Pour autant, il est possible d'isoler au sein de la doctrine subjectiviste deux tendances antinomiques. Selon certains, le fait justificatif supposerait une *intensité de la volonté* : c'est la thèse du mobile justificatif. Pour d'autres, c'est au contraire l'*inanité de la volonté* qui serait le fondement de la justification. Elle est alors assimilée à la contrainte morale. Indépendamment de ce paradoxe qui n'enlève rien à la valeur respective de ces conceptions, l'une comme l'autre doivent être rejetées. La justification ne saurait en effet être réduite à un mobile (a), pas plus qu'assimilée à la contrainte morale (b).

a- Le rejet de la réduction de la justification à un mobile

576. Intensité de la volonté et dualité de la conception. Selon certains auteurs, la justification résulterait de la légitimité du but poursuivi par l'auteur. Au-delà de cet accord de départ, les conclusions qu'ils en tirent peuvent différer. Alors que d'aucuns voient dans le mobile légitime une condition de l'existence même du fait générateur de responsabilité (α), d'autres ne le considèrent que comme une condition de sa réprobation subjective (β). Aucune des deux thèses n'emporte toutefois la conviction.

α - L'absence d'un mobile légitime obstacle à la constitution du fait générateur de responsabilité

577. Présentation de la conception. Selon une part minoritaire de la doctrine, l'auteur agissant dans le cadre d'un fait justificatif ne commettrait pas d'infraction dans la mesure où il poursuivrait un objectif louable, légitime, noble. C'est donc en agissant sur la culpabilité, sur

l'élément moral requis aux fins de constitution du fait générateur de responsabilité, que se produirait l'effet justificatif source d'irresponsabilité³¹²⁹.

Il est vrai que certains textes d'incrimination comportent l'exigence d'un mobile légitime³¹³⁰. De même, certains arrêts, dans les premiers temps de la consécration de l'état de nécessité par la jurisprudence, ont pu accréditer cette conception³¹³¹. Pour autant, reste qu'elle doit tout de même être écartée.

578. Contestation de la conception. La critique de cette conception repose sur deux points. Tout d'abord, dire que le mobile légitime exclut l'élément moral de l'infraction repose sur une confusion conceptuelle entre le mobile et l'intention³¹³². Celui qui tue son agresseur pour échapper à la mort est bien animé de l'*animus necandi*. De même, l'huissier qui opère une saisie en vertu d'un jugement a bien la volonté de soustraire une chose qu'il sait appartenir à autrui. L'élément moral, qui du meurtre, qui du vol, est donc présent. La seule différence tient au mobile qui anime ces personnes et qu'on peut éventuellement qualifier de noble. Ensuite, une fois acquis qu'il ne s'agit que d'une tension de volonté qui ajoute à l'intention sans pouvoir en rien la faire disparaître, la proposition reste inacceptable en ce qu'elle s'oppose au principe d'indifférence pénale des mobiles. Sauf précision textuelle contraire posant l'exigence d'un dol spécial, l'intention est en effet tout ce qui est requis pour la constitution d'une infraction intentionnelle³¹³³. *A fortiori*, en matière d'infraction non intentionnelle, le mobile devrait rester sans incidence, ce qui limiterait alors le champ de la justification aux seules infractions intentionnelles³¹³⁴. Est donc critiquable la thèse du mobile

³¹²⁹ Sur cette conception, v. not. Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, préc., n° 241, H. DONNEDIEU DE VABRES, *op. cit.*, n° 379, E. DREYER, *op. cit.*, n° 1143, R. MERLE et A. VITU, *op. cit.*, n° 436, J. PRADEL, *op. cit.*, n° 307, et G. VIDAL et J. MAGNOL, *op. cit.*, n° 185. Adde E. GARÇON, *Code pénal annoté*, préc., art. 64, n° 158, qui, en raison de sa conception très abstraite et très juridique du dol général, semble fonder la justification sur la bonne foi de l'agent.

³¹³⁰ V. par exemple l'article R. 624-7 du Code pénal relatif au manquement à l'obligation d'assiduité scolaire ou l'article 227-17 du même code ayant trait à l'abandon de famille. Mais on en trouve surtout des exemples hors Code pénal. V. ainsi les articles L. 324-11 du Code de la justice militaire (refus d'assistance navale), R. 121-13 du Code de la consommation (refus de vente) ou L. 123-3 du Code de la construction et de l'habitation relatif à la protection contre les risques d'incendie et de panique dans les immeubles recevant du public.

³¹³¹ V. not. Amiens, 22 avr. 1898 : S., 1899, 2, note J.-A. ROUX, p. 1, et T. corr. Cherbourg, 6 févr. 1945 : S., 1945, 2, p. 81.

³¹³² V. en ce sens, J.-M. AUSSEL, « La contrainte et l'état de nécessité en droit pénal », *Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal*, préc., pp. 254 et s., J.-Y. CHEVALLIER, « L'état de nécessité (Le rôle du Doyen P. Bouzat dans la reconnaissance de l'infraction nécessaire en droit positif) », *Mél. P. Bouzat*, Pédone, 1980, pp. 117 et s., E. LEPOINTE, « Le diagnostic judiciaire des faits justificatifs », *Rev. sc. crim.*, 1969, pp. 547 et s., R. MERLE, *Droit pénal général complémentaire*, préc., p. 121, et R. MERLE et A. VITU, *op. cit.*, n° 467. Sur la distinction de l'intention et du mobile, v. *supra* n° 424 et s.

³¹³³ V. not. J.-M. AUSSEL, art. *cit.*, R. BERNARDINI, *op. cit.*, n° 421, J.-Y. CHEVALLIER, art. *cit.*, H. DONNEDIEU DE VABRES, *op. cit.*, n° 379, E. LEPOINTE, art. *cit.*, V. MALABAT, *op. cit.*, n° 403, R. MERLE et A. VITU, *op. et loc. cit.*, G. RABUT, « Plaidoyer en faveur de l'élément injuste. Pour l'intégration du concept d'antijuridicité dans la théorie française de l'infraction », *Travaux de l'institut de sciences criminelles et de la justice*, n° 1, préc., pp. 63 et s., G. ROUJOU DE BOUBÉE, « Essai d'une théorie générale de la justification », *Annales de l'Université des sciences sociales de Toulouse*, t. 30, 1982, pp. 11 et s., F. ROUSSEAU, *op. cit.*, n° 161, et N. STONESTREET, *op. cit.*, n° 176.

³¹³⁴ V. J.-Y. CHEVALLIER, art. *cit.*

légitime obstacle à la constitution du fait générateur de responsabilité. Elle est d'ailleurs rejetée par la quasi-unanimité de la doctrine³¹³⁵. Cependant, ces arguments ne suffisent pas à condamner le principe même de la réduction de la justification à un mobile.

β- L'absence d'un mobile moral obstacle à la réprobation subjective du fait générateur de responsabilité

579. Présentation de la conception. Un auteur a entrepris de reprendre la thèse du mobile légitime fondement des faits justificatifs sans pour autant en faire un obstacle à la constitution de l'infraction. Selon lui, les faits justificatifs seraient bien à analyser en un mobile légitime mais qui conditionnerait l'imputation, et plus précisément la réprobation subjective, du fait générateur. Il faudrait y voir une « *nouvelle catégorie de causes de non-imputation à l'agent* »³¹³⁶, une condition morale de l'imputation. Pour être responsable, l'individu devrait être animé d'un état d'esprit antisocial qui ferait défaut en cas de mobile justificatif, c'est-à-dire en cas « *volonté de servir l'intérêt social* »³¹³⁷. Il fonde son argumentation sur l'assimilation jurisprudentielle des faits justificatifs vraisemblables aux faits justificatifs véritables³¹³⁸ et sur l'exigence d'une « *conscience justificative* » qui conditionnerait le jeu de la justification³¹³⁹. En justifiant des infractions alors que les conditions de la légitime défense ou de l'état de nécessité, par exemple, ne sont remplies qu'en apparence, le juge pénal mettrait en effet l'accent sur l'état d'esprit de l'agent. En outre, celui-là exigerait que celui-ci ait eu « *conscience, au moment des faits, des circonstances entourant la commission de l'infraction et propres à (...) constituer* » le fait justificatif³¹⁴⁰. Cela se traduirait notamment par la possibilité de renverser les présomptions de légitime défense de l'article 122-6 du Code pénal et la présomption de légalité du commandement de l'autorité légitime par la preuve de la connaissance effective de l'inexistence des conditions du premier fait justificatif ou de l'illégalité du commandement³¹⁴¹.

580. Contestation de la conception. La conception défendue par l'auteur peut toutefois être remise en cause. D'un point de vue spécial en premier lieu, les arguments de l'auteur n'emportent pas la conviction. Elle repose tout entière sur la justification des faits justificatifs vraisemblables. En effet, les hypothèses de présomptions de légitime défense et de légalité du commandement de l'autorité légitime peuvent être considérées comme des applications de ces

³¹³⁵ Outre les références citées notes précédentes, v. ainsi R. GARRAUD, *op. cit.*, n° 366, J. PRADEL, *op. et loc. cit.*, F. ROUSSEAU, *op. cit.*, n° 160 et s., et G. VIDAL et J. MAGNOL, *op. cit.*, n° 185.

³¹³⁶ F. ROUSSEAU, *op. cit.*, n° 165 et s.

³¹³⁷ *Ibid.*, n° 156, et plus généralement n° 132 et s.

³¹³⁸ *Ibid.*, n° 135 et s. Rapp. L. BLOCH, *L'exonération en droit de la responsabilité civile*, préc., n° 53 et s. Sur la question, v. *infra* n° 610 et s.

³¹³⁹ V. F. ROUSSEAU, *op. cit.* n° 144 et s.

³¹⁴⁰ *Ibid.*, n° 144.

³¹⁴¹ *Ibid.*, n° 145 et s.

cas particuliers. L'article 122-6 vise en effet des situations dont on peut légitimement penser qu'elles créent simplement l'apparence d'une agression rendant nécessaire et proportionnée toute défense³¹⁴² : ce sont donc des présomptions, non pas simplement de légitime défense mais de légitime défense vraisemblable. De même, la présomption de légalité du commandement de l'autorité légitime n'a d'intérêt véritable qu'en cas d'illégalité de l'ordre de l'autorité. Elle ne fait que faciliter l'identification du commandement apparemment légal au commandement véritablement légal. Elle vient simplement compléter, sur le plan de la preuve, l'assimilation substantielle d'un fait justificatif vraisemblable, le commandement non manifestement illégal de l'autorité, à un fait justificatif véritable, le commandement légal de cette autorité³¹⁴³. Toute l'argumentation de l'auteur peut donc être réduite à la prise en compte par le législateur des faits justificatifs vraisemblables, lesquels témoigneraient de la nature subjective de la justification puisque la preuve de la connaissance effective de l'inexactitude des apparences exclurait alors l'effet justificatif³¹⁴⁴. Pourtant, l'extension de la justification aux faits justificatifs apparents repose sur une appréciation *in abstracto*³¹⁴⁵ ne semblant pas compatible avec l'idée d'une conscience justificative qu'il conviendrait non d'apprécier mais, au contraire, de constater. L'approche semble donc rester plutôt objective et le rejet de cette extension en cas de connaissance de l'absence de circonstances justificatives ne remet pas en cause cette impression, ladite connaissance détruisant tout bonnement l'apparence objective de justification³¹⁴⁶. En tout état de cause, une conception subjective de la question devrait exclure toute distinction entre faits justificatifs vraisemblables et faits justificatifs imaginaires, dès lors que la légitimité ou l'honorabilité du mobile aura été établie. Mais une telle solution n'a jamais été défendue, ce qui renvoie aux critiques qui sont adressées au principe même de la réduction de la justification à un mobile.

D'un point de vue général en second lieu, c'est l'adhésion même de la thèse à cette tendance doctrinale plus générale qui peut en effet être contestée. Nombreux sont les auteurs qui mettent en avant les dangers de la théorie du mobile justificatif, laquelle permettrait

³¹⁴² Le texte dispose qu'« est présumé avoir agi en état de légitime défense celui qui accomplit l'acte : 1° Pour repousser, de nuit, l'entrée par effraction, violence ou ruse dans un lieu habité ; 2° Pour se défendre contre les auteurs de vols ou de pillages exécutés avec violence ». Alors que la première hypothèse est un cas de nécessité apparente de l'infraction, la seconde peut ainsi être considérée comme un cas de proportionnalité apparente. En ce sens, v. aussi J.-H. ROBERT, *op. cit.*, p. 262.

³¹⁴³ Sur la conception du commandement manifestement illégal de l'autorité comme un fait justificatif vraisemblable, v. not. P. ROSSI, *op. cit.*, pp. 11 et s. Rapp. G. ROUJOU DE BOUBEE, *art. cit.*, et F. ROUSSEAU, *op. cit.*, n° 142 et s. *Adde infra* n° 610.

³¹⁴⁴ V. not. Crim., 19 févr. 1959 : *D.*, 1959, jur., note M.R.M.P., p. 161, qui refuse le bénéfice de la légitime défense à celui qui tire, de nuit, sur un individu ayant pénétré dans son domicile par escalade en sachant que ce dernier venait simplement rendre visite à une domestique, et 12 oct. 1993 : *Dr. pénal*, 1994, comm. n° 35, note M. VERON.

³¹⁴⁵ V. not. Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *op. cit.*, n° 256, E. DREYER, *op. cit.*, n° 1184, M. LACAZE, *op. cit.*, n° 560, et *art. cit.*, V. MALABAT, *op. cit.*, n° 421, et J. PRADEL, *op. cit.*, n° 326. Rapp. R. GARRAUD, *Traité pratique et théorique de droit pénal français*, t. 2, Sirey, 1914, n° 446, et X. PIN, *op. cit.*, n° 221.

³¹⁴⁶ On verra (*infra* n° 610 et s.) que la prise en compte des faits justificatifs vraisemblables peut très bien aller de pair avec une conception objective de la justification.

juridiquement de justifier tout comportement animé d'une bonne intention et pourrait, d'un point de vue social, encourager les excès dans la défense privée³¹⁴⁷. Si beaucoup admettent que le mobile joue parfois un rôle dans la théorie de la justification, ils insistent cependant sur le fait que ce sont avant tout les circonstances objectives qui légitiment le comportement³¹⁴⁸. La qualité du mobile ne change rien à l'antisocialité du fait³¹⁴⁹. L'auteur tente d'ailleurs lui-même de modérer sa position en proposant de recourir à une appréciation sociale et non pas personnelle de la légitimité du mobile. Ce serait à la société, et non à l'auteur ou au juge, de déterminer l'honorabilité du but poursuivi par l'agent³¹⁵⁰. Toutefois, on ne voit toujours pas alors comment exclure la justification de celui qui, de manière totalement imaginaire mais très sincèrement, aura cru agir conformément à ce que la société considère comme légitime. De plus, l'auteur en vient très vite à imposer la preuve de cette légitimité du mobile par le biais d'éléments objectifs, à savoir la proportionnalité et la nécessité du comportement au regard des circonstances³¹⁵¹. On en revient donc à une alternative : soit une conception vraiment subjective mais dangereuse ; soit une conception modérée par l'exigence de nécessité et de proportionnalité mais, nonobstant le recours à l'idée de règle de preuve, faussement subjective.

On peut donc conclure au rejet des thèses fondant la justification sur un mobile. Et tel semble devoir être le cas de l'ensemble des conceptions subjectives puisqu'on peut aussi exclure l'assimilation de la justification à la contrainte morale.

b- Le rejet de l'assimilation de la justification à la contrainte morale

581. Présentation de la conception. Pour d'autres auteurs, les faits justificatifs ne seraient rien d'autre que des applications particulières de la contrainte et se révéleraient, comme notion autonome, totalement inutiles³¹⁵². L'irresponsabilité de l'auteur s'expliquerait précisément par un défaut d'imputabilité, prise au sens classique du terme, tirée de l'anéantissement de son libre arbitre. La justification serait donc liée à la condition de reprochabilité subjective. Toutefois, la notion de contrainte est hétérogène en ce qu'elle renvoie tant à la contrainte physique qu'à la contrainte morale, chacune pouvant en outre être interne ou externe³¹⁵³. Il faut par conséquent apporter quelques précisions sur la forme de contrainte dont il est ici question. La conception étant subjective, il faut exclure de son champ

³¹⁴⁷ V. not. R. BERNARDINI, *op. cit.*, n° 400 et s.

³¹⁴⁸ *Ibid.*, n° 395 et s. Adde G. DINGOME, *op. cit.*, n° 485, et N. STONESTREET, *op. cit.*, n° 178. Adde J. PRADEL, *op. cit.*, n° 307.

³¹⁴⁹ V. G. DINGOME, *op. cit.*, n° 486, E. DREYER, *op. cit.*, n° 1143, et R. MERLE et A. VITU, *op. cit.*, n° 436.

³¹⁵⁰ V. F. ROUSSEAU, *op. cit.*, n° 153 et s.

³¹⁵¹ *Ibid.*, n° 157.

³¹⁵² V. tout particulièrement A.-Ch. DANA, *Essai sur la notion d'infraction*, préc., n° 144 et s. Comp. Ph. LE TOURNEAU *et alii*, *op. cit.*, n° 1973, qui rapproche l'état de nécessité de la force majeure, conçue comme une cause d'abolition de la volonté.

³¹⁵³ Sur ces distinctions classiques, v. par exemple, J.-M. AUSSEL, *art. cit.*, B. BOULOC, *op. cit.*, n° 457 et s., Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *op. cit.*, n° 365, Y. MAYAUD, *op. cit.*, n° 452 et s., et X. PIN, *op. cit.*, n° 256 et s.

la contrainte physique, qui agit sur la causalité, condition objective de la responsabilité, en imposant un mouvement au corps de l'auteur apparent³¹⁵⁴. De même, si c'est le libre arbitre qui est affectée, c'est donc que c'est la qualité de la volonté et non son principe même qui est en cause. Toutes les situations de maladies physiques entraînant perte de conscience ou incapacité de mettre en œuvre sa volonté doivent aussi être mises de côté³¹⁵⁵. Supposé agir sur la liberté de vouloir, les faits justificatifs seraient donc de simples cas de contrainte morale externe³¹⁵⁶.

Selon la terminologie du principal tenant de cette théorie, il y aurait très précisément « *contrainte indirecte* » du fait de l'« *obligation de choisir* » entre l'infraction et le péril qui s'impose à l'agent³¹⁵⁷. Tel serait le cas spécialement de l'état de nécessité et de la légitime défense. Pour l'auteur, dans toutes ces hypothèses, un poids insupportable pèserait sur les épaules de celui qui décide d'accomplir les actes incriminés. Il y aurait une véritable irrésistibilité. Dès lors, la volonté de l'agent n'aura pas été totalement libre.

582. Contestation de la conception. Il est vrai que la thèse pouvait se revendiquer de certaines illustrations jurisprudentielles³¹⁵⁸. Cependant, celles-ci restent limitées à l'hypothèse de l'état de nécessité et sont, au surplus, trop anciennes pour être déterminantes. Elles datent en effet du temps de l'ancien Code pénal qui n'avait pas reconnu ce fait justificatif³¹⁵⁹. Les tribunaux peinaient alors à fonder l'irresponsabilité au point qu'on avait justement pu leur reprocher l'extension de la notion de contrainte à cette fin³¹⁶⁰. C'est dire qu'à l'époque déjà, l'assimilation de la justification à la contrainte morale ne convainquait pas³¹⁶¹. Depuis l'entrée en vigueur du Code pénal de 1992, elle semble en outre avoir été rejetée par le législateur qui distingue clairement la contrainte des différents faits justificatifs, état de nécessité compris. On notera d'ailleurs que le texte le consacrant – article 122-7 – le rapproche formellement de la légitime défense – articles 122-5 et 122-6 – et non de la contrainte – article 122-2. L'opinion majoritaire n'a pas changé qui est encore aujourd'hui plutôt hostile à cette conception.

³¹⁵⁴ V. *supra* n° 325. Mais certains auteurs identifient également les faits justificatifs à la force majeure, de telle sorte que l'on retrouvera la contrainte physique externe *infra* n° 584 et s.

³¹⁵⁵ Dans ce cas, l'irresponsabilité s'explique par la non-culpabilité de l'agent. Sur ce point, v. *supra* n° 396 et s.

³¹⁵⁶ La contrainte morale interne, assimilée aux penchants criminels et aux élans émotionnels, n'étant pas considérée comme source d'irresponsabilité. V. not. Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *op. et loc. cit.*, Y. MAYAUD, *op. cit.*, n° 456, et X. PIN, *op. cit.*, n° 257. V. toutefois, plus nuancé, B. BOULOC, *op. cit.*, n° 461.

³¹⁵⁷ A.-Ch. DANA, *op. cit.*, n° 190 et s..

³¹⁵⁸ V. par exemple, Trib. Château-Thierry, 4 mars 1898, sous Amiens, 22 avr. 1898, préc., et Paris, 5 janv. 1945 : S., 1945, 2, p. 81.

³¹⁵⁹ On comprend dès lors que certains criminalistes classiques assimilent l'état de nécessité à la contrainte. V. ainsi H. DONNEDIEU DE VABRES, *op. cit.*, n° 385, et R. GARRAUD, *op. cit.*, t. 1, préc., n° 364.

³¹⁶⁰ *Ibid.*, n° 157.

³¹⁶¹ Sur ce point, v. not. M.-E. CARTIER, « Contrainte et nécessité », préc., et E. LEPOINTE, « Justifié, donc irresponsable. Contribution à la théorie darwinienne de la variation des espèces », *D.*, 1996, chron., pp. 247 et s.

Et pour cause, nombreux sont les arguments qui permettent de la remettre en question. D'une part, elle repose sur une conception très libérale de l'irrésistibilité, qui éclate dans l'expression quasiment oxymorique d'« obligation de choisir »³¹⁶². Admettre qu'il y a irrésistibilité dès lors que la volonté est influencée, c'est s'abandonner à une conception très dogmatique et extrémiste du libre arbitre propre à entraîner une irresponsabilité de principe³¹⁶³. Tout choix est forcément influencé par des événements extérieurs qui déterminent l'individu à agir. A ce titre, aucune décision n'est vraiment prise en toute indépendance. Faut-il admettre dès lors qu'on ne saurait jamais être responsables de nos actes ? Si oui, comment déterminer le seuil à compter duquel le choix aura été suffisamment imposé pour que manque l'imputabilité ? S'agissant plus spécifiquement des faits justificatifs d'autre part, estimer qu'ils ne laissent aucune place à la liberté semble très discutable. La quasi-unanimité de la doctrine soutient l'inverse³¹⁶⁴. Elle admet certes que, dans certains cas, c'est bien de manière irréfléchie, comme par un réflexe guidé par l'instinct de survie, que sont accomplis les faits justifiés par l'état de nécessité ou la légitime défense³¹⁶⁵. Mais cette identité factuelle potentielle n'implique pas identité juridique automatique. Des situations matériellement proches peuvent très bien être appréhendées par différentes qualifications juridiques. Et de fait, il faut bien reconnaître que ces hypothèses ne sont pas systématiques. La mère qui vole du pain pour nourrir ses enfants ou le père qui force la porte d'un logement inhabité pour les y abriter n'agissent pas sur un coup de tête et sans avoir longtemps hésité et réfléchi à accomplir un acte dont ils ont souvent conscience, sinon de l'illégalité, au moins de l'immoralité. A défaut, les boulangers et les propriétaires auraient certainement à se plaindre plus souvent de tels comportements. De même, rien n'empêche l'agressé de se laisser faire. L'altération du libre arbitre résultant des circonstances est une pure question de fait qui peut être juridiquement pertinente – dans le cas de la contrainte morale – ou non – dans la théorie de la justification³¹⁶⁶. D'ailleurs, certains auteurs notent que les conditions classiques de nécessité et de proportionnalité imposées par cette dernière traduisent une exigence de mesure dans le comportement qui se marie mal avec l'idée d'irrésistibilité, de contrainte ou de perte de contrôle³¹⁶⁷.

³¹⁶² En ce sens, v. not. J. PELISSIER, art. cit., G. RABUT, art. cit., et N. STONESTREET, *op. cit.*, n° 171.

³¹⁶³ Sur la critique d'une conception trop absolue du libre arbitre et pour la défense d'une conception plus modeste de la liberté, v. P. JOURDAIN, *op. cit.*, n° 116 et s.

³¹⁶⁴ V. ainsi J.-M. AUSSEL, art. cit., R. BERNARDINI, *op. cit.*, n° 419, M.-E. CARTIER, art. cit., J.-Y. CHEVALLIER, art. cit., Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *op. cit.*, n° 283, H. DONNEDIEU DE VABRES, *op. cit.*, n° 379, R. GARRAUD, *op. cit.*, t. 2, préc., n° 434, les deux derniers faisant toutefois exception pour la contrainte, Y. MAYAUD, *op. cit.*, n° 458, R. MERLE, *op. cit.*, p. 121, R. MERLE et A. VITU, *op. cit.*, n° 467, J. PRADEL, *op. et loc. cit.*, P. ROSSI, *op. cit.*, p. 10, G. ROUJOU DE BOUBEE, art. cit., et G. VIDAL et J. MAGNOL, *op. cit.*, n° 185,

³¹⁶⁵ V. ainsi J.-Y. CHEVALLIER, art. cit., et E. LEPOINTE, « Le diagnostic judiciaire des faits justificatifs », préc. Rapp. M.-E. CARTIER, art. cit.

³¹⁶⁶ Sur l'articulation des faits justificatifs et de la contrainte morale, v. *infra* n° 605.

³¹⁶⁷ V. F. ROUSSEAU, *op. cit.*, n° 164.

En réalité, il semble même que ni la contrainte morale ni les faits justificatifs ne soient caractérisés par une véritable irrésistibilité, qui consisterait, non en une obligation de choisir mais en une impossibilité de choisir ou en une « *obligation de subir* » selon la terminologie de l'auteur³¹⁶⁸. La thèse de l'assimilation des seconds à la première, trop fragile, paraît donc devoir être rejetée. La justification ne passe donc ni par une annihilation de l'intention ni par une perte systématique de libre arbitre. Elle n'affecte ni la culpabilité ni l'imputabilité, si bien que c'est donc vers les thèses objectives qu'il faut se diriger pour en identifier la nature.

2. L'admission d'une conception objective de la justification

583. Pluralité des conceptions objectives de la justification. Hormis la thèse proposant l'assimilation des faits justificatifs à la force majeure (a), les conceptions objectives de la justification convergent toutes vers le même fondement : l'indifférence sociale du comportement (b). C'est après la démonstration du mal-fondé de la première qu'il sera proposé de retenir la seconde.

a- Le rejet de l'assimilation des faits justificatifs à la force majeure

584. Présentation de la conception. L'assimilation des faits justificatifs à des événements de force majeure n'est pas rare en doctrine. Elle est opérée tantôt de manière générale³¹⁶⁹, tantôt de façon plus précise relativement à certains faits justificatifs. C'est ainsi que cette identification n'est parfois défendue qu'au sujet de l'ordre de la loi ou du commandement de l'autorité légitime, qui rappellent en effet la notion de fait du prince³¹⁷⁰. Par ailleurs, c'est au sujet de ces deux faits justificatifs qu'un auteur estime qu'il y a « *obligation de subir* »³¹⁷¹. Face à une injonction émanant de l'ordre juridique ou de l'autorité publique agissant en vertu et pour le compte de celui-ci, l'agent n'aurait pas d'autre choix que de s'exécuter, le mouvement de son corps ne lui appartenant désormais plus. D'autres réduisent l'assimilation à l'état de nécessité, qui imposerait l'acte à son auteur, satisfaisant ainsi au critère de l'irrésistibilité caractéristique de la force majeure³¹⁷². Si une telle conception a l'avantage de donner une explication de l'application généralisée qui est faite de la justification dans le droit positif de la responsabilité, la force majeure ayant vocation à s'appliquer en tout régime de responsabilité, elle doit malgré tout être rejetée.

³¹⁶⁸ A.-Ch. DANA, *op. cit.*, n° 167 et s.

³¹⁶⁹ V. par exemple P.-A. ANTONMATTEI, *Contribution à l'étude de la force majeure*, préc., n° 143 et s.

³¹⁷⁰ V. not. Ph. LE TOURNEAU *et alii*, *op. cit.*, n° 1846.

³¹⁷¹ A.-Ch. DANA, *op. et loc. cit.*

³¹⁷² V. not. G. DINGOME, *op. cit.*, n° 157 et s., et cela, après avoir commencé à soutenir l'assimilation généralisée (*ibid.*, n° 64 et s.). Rapp. J. PELISSIER, *art. cit.*

585. Contestation de la conception. Tout d'abord, on peut dire que s'il n'est pas impossible, en fait, qu'un événement puisse être qualifié à la fois de cas de force majeure et de fait justificatif, tel n'est pas toujours le cas. Ainsi, un commandement de l'autorité légitime peut bien revêtir les caractères de la force majeure et être qualifié de fait du prince. Si, à l'occasion de la venue dans une ville d'un chef d'Etat, certains quartiers sont matériellement fermés pour des raisons de sécurité, le commerçant qui s'est engagé à venir y livrer des marchandises sera dans l'impossibilité physique d'y pénétrer. Il pourra alors se prévaloir d'un cas de force majeure empêchant de considérer qu'il est la cause juridique du dommage qui pourrait résulter de son engagement contractuel. Pour autant, il ne faut pas en conclure que tout ordre de la loi ou d'une autorité légitime soit à la source d'une véritable obligation de subir. L'individu qui commet un délit de fuite malgré les sommations de s'arrêter que lui adressent les forces de l'ordre le démontre très bien. On est toujours libre, en fait, de violer la loi³¹⁷³. A défaut, il n'y aurait pas besoin de prévoir de sanction juridique... De même, une situation de nécessité n'impose pas à celui qui commet une infraction de le faire. Il pourrait très bien ne pas mettre un terme au péril qui le menace ou menace autrui dans sa personne ou ses biens. Quelle force physique pousse l'affamé qui vole de la nourriture à le faire ? Aucune. Sa main aurait très bien pu rester dans sa poche et c'est en vertu d'un choix, même difficile à ne pas faire, que l'auteur a agi. C'est donc le fait que la liberté de mouvement puisse demeurer à l'auteur d'un comportement justifié qui permet de distinguer les faits justificatifs de la force majeure.

Ensuite, ce qui est souvent le cas pour la plupart des faits justificatifs l'est toujours pour l'autorisation de la loi³¹⁷⁴. Comment affirmer que celui qui est simplement autorisé à commettre une infraction avait l'obligation de le faire ? Il est manifeste que, dans une telle hypothèse, l'agent reste totalement libre. Non seulement il conserve, comme dans les autres cas, sa liberté de mouvement, mais encore il ne s'expose à aucune sanction, et ce, quel que soit son choix. Or, il ne semble pas impossible de prétendre que la plupart, sinon tous les faits justificatifs, peuvent être analysés comme des formes d'autorisation de la loi. Ainsi l'article 112-5 du Code pénal peut se comprendre comme une autorisation d'accomplir une infraction en cas d'atteinte injustifiée envers soi-même ou autrui et l'article 122-7 comme une faculté d'en commettre une dans l'hypothèse où « *un danger actuel ou imminent* » menacerait l'auteur ou une autre personne³¹⁷⁵. A la limite, l'article 122-4 lui-même pourrait être conçu comme donnant la faculté d'accomplir un acte en principe prohibé sur ordre de la loi ou de l'autorité légitime. Partant, il devient impossible de parler d'obligation de subir et d'assimiler faits justificatifs et force majeure. Juridiquement, l'irrésistibilité ne conditionne que la

³¹⁷³ Sur ce point, v. spécialement Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *op. cit.*, n° 283, et E. GARÇON, *op. cit.*, n° 156.

³¹⁷⁴ V. ainsi J. PELISSIER, art. cit. Adde P.-A. ANTONMATTEI, *op. et loc. cit.*

³¹⁷⁵ En ce sens, v. Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *op. et loc. cit.*, et J. PRADEL, *op. cit.*, n° 317 et s.

dernière. C'est donc vers une autre conception objective de la justification qu'il faut se tourner.

b- Le fondement de la justification sur l'indifférence sociale du fait générateur de responsabilité

586. Importance de la conception. En doctrine, il existe un certain consensus sur le fondement de la justification. L'irresponsabilité qui en découle ne tiendrait ni à l'intention, ni au manque de libre arbitre de l'agent, ni à l'absence de causalité juridique entre son acte et le résultat légal, mais à l'indifférence sociale de son attitude³¹⁷⁶. Celle-ci pourrait, d'une part, être utile à la société lorsque, quoique portant atteinte à un intérêt, elle aura permis d'en sauvegarder un autre considéré comme supérieur. L'agent rendrait alors « *service à la société* »³¹⁷⁷. Le comportement de l'agent pourrait, d'autre part, être socialement indifférent quand l'intérêt lésé serait équivalent à l'intérêt sauvegardé. « *La société (n'aurait alors) aucun intérêt à prendre parti* »³¹⁷⁸. Ainsi, le pompier qui enfonce la porte d'un appartement pour y sauver son occupant porte, certes, atteinte à son droit de propriété mais c'est pour mieux lui sauver la vie. De même, lorsque l'auteur d'une tentative de meurtre a été tué par sa proie, l'intérêt commun n'est en rien affecté. La société a perdu une vie, il est vrai, mais en a conservé une autre. Les exemples se déclinent à l'infini. Les multiplier serait inutile.

Illégitime de par l'absence de trouble à l'ordre public résultant de cette infraction conforme à l'intérêt général³¹⁷⁹, la répression serait en outre inutile, voire néfaste. Elle pourrait, en effet, aboutir à empêcher l'accomplissement d'actes, certes, prohibés par principe mais qui, exceptionnellement, pourrait bénéficier au Bien commun³¹⁸⁰.

³¹⁷⁶ V. not. En ce sens, J.-M. AUSSEL, art. cit., M.-E. CARTIER, art. cit., J.-Y. CHEVALLIER, art. cit., Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, op. cit., n° 241, H. DONNEDIEU DE VABRES, op. cit., n° 328 et 380, M. LACAZE, op. cit., n° 552 et s., Y. MAYAUD, op. cit., n° 398 et s., R. MERLE et A. VITU, op. cit., n° 434 et s., X. PIN, op. cit., n° 212, « La nécessité et le droit pénal » et « L'irresponsabilité pénale », articles précités, M.-L. RASSAT, op. cit., p. 370, J.-H. ROBERT, op. cit., pp. 249 et s., et G. ROUJOU DE BOUBÉE, art. cit. Adde sur la question R. BERNARDINI, op. cit., n° 394 et s., G. DINGOME, op. cit., n° 503 et s., E. DREYER, op. cit., n° 1129 et s., P. BOUZAT et J. PINATEL, op. cit., n° 282 et s., G. VIDAL et J. MAGNOL, op. cit., n° 222 et s.

³¹⁷⁷ P. BOUZAT et J. PINATEL, op. cit., n° 282.

³¹⁷⁸ G. VIDAL et J. MAGNOL, op. cit., n° 225.

³¹⁷⁹ V. Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, op. et loc. cit. Rappr. J.-Y. CHEVALLIER, art. cit. Contra V. N. STONESTREET, op. cit., n° 152 : « *La justification en droit pénal ne correspond pas à la disparition de l'atteinte à l'intérêt général* ». V. cependant *Ibid.*, n° 188.

³¹⁸⁰ V. not. J.-M. AUSSEL, art. cit., P. BOUZAT et J. PINATEL, op. cit., n° 294 et s., M.-E. CARTIER, art. cit., J.-Y. CHEVALLIER, art. cit., H. DONNEDIEU DE VABRES, op. cit., n° 380, E. DREYER, op. cit., n° 1144, R. GARRAUD, op. cit., t. 1, préc., n° 361 et s., G. VIDAL et J. MAGNOL, op. cit., n° 220, et G. VINEY et P. JOURDAIN, op. cit., n° 570. Rappr. M.-L. RASSAT, op. cit., n° 349. Des auteurs ajoutent que la peine serait inutile car la sanction frapperait alors, individuellement, un individu non dangereux et, collectivement, un comportement insusceptible d'être prévenu. V. not. J.-M. AUSSEL, art. cit., M.-E. CARTIER, art. cit., et J.-Y. CHEVALLIER, art. cit. Un tel argument est critiquable, non seulement parce qu'il suppose de retenir une conception subjective de la justification mais encore parce que le fait qu'une personne accomplisse un jour une infraction socialement indifférente ne préjuge pas de l'antisocialité générale de sa personnalité. En ce sens, v. R. BERNARDINI, op. cit., n° 422.

587. Pertinence de la conception. Cette conception de la justification comme fondée sur l'indifférence, voire l'utilité sociale de l'acte, paraît devoir être retenue. En premier lieu, cette conception permet d'asseoir et d'expliquer l'autonomie qui est conférée aux faits justificatifs. Conformément au Code pénal, elle s'oppose à ce que ceux-ci soient fondus dans la culpabilité – sans quoi l'article 121-3 en aurait été le siège – ou dans celle de la contrainte morale ou de la force majeure – dans lequel cas, les articles 121-3, alinéa 5 et 122-2 auraient suffi. S'ils font l'objet de textes distincts, c'est qu'ils répondent à une réalité juridique différente qui ne peut être réduite, à peine de tenir les efforts des codificateurs pour indifférents, à d'autres institutions. En second lieu, elle assure aux faits justificatifs une certaine cohérence d'ensemble en leur offrant un fondement commun qui peut expliquer la proximité, sinon l'identité, de leur régime juridique³¹⁸¹. Il n'y a plus à opposer ceux qui tirent leur légitimité d'un devoir à ceux qui découlent de l'exercice d'un droit³¹⁸². Tous sont fondés sur leur conformité à l'intérêt général. En résulte une double exigence de nécessité et de proportionnalité dont on verra qu'elle est générale³¹⁸³.

Il ne faudrait pas, cependant, s'arrêter à la formulation de ce fondement. S'il permet d'adhérer à une conception objective de la justification, il ne suffit pas à identifier avec suffisamment de précision sa nature juridique³¹⁸⁴. La démonstration doit donc être poursuivie afin d'établir que les faits justificatifs sont à analyser comme un obstacle à l'imputation d'un fait générateur de responsabilité pleinement constitué.

B- La justification comme obstacle à l'imputation

588. Cause de non-constitution ou de non-imputation du fait générateur de responsabilité ? Si l'entente est réalisée au sujet du fondement social et de la nature objective de la justification, il y a moins d'unanimité sur la question du comment de l'effet justificatif. Il y a au moins deux possibilités. La justification peut s'opposer à ce qu'il y ait constitution du fait générateur, d'une part (1), ou empêcher qu'une fois parfait, celui-ci soit imputé à la personne dont on recherche la responsabilité, d'autre part (2). De ces cas de figure, c'est le second qui paraît le mieux rendre compte du mécanisme de la justification.

³¹⁸¹ Et la proximité formelle des articles relatifs à la question au sein du code.

³¹⁸² Pour une telle présentation, v. par exemple, R. MERLE, *op. cit.*, pp. 112 et s., R. MERLE et A. VITU, *op. cit.*, n° 443 et s., et X. PIN, *op. cit.*, n° 213. Pour une critique, v. E. DREYER, *op. cit.*, n° 1143.

³¹⁸³ *Infra* n° 606 et s. Ce fondement explique et légitime également le rapprochement opéré par certains auteurs entre les faits justificatifs et l'amnistie réelle, qui s'apparente en effet à une sorte de justification politique et *a posteriori* d'une infraction. Pour un tel rapprochement, v. not. B. BOULOC, *op. cit.*, n° 399, note 2, Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *op. cit.*, n° 293, et Y. MAYAUD, *op. cit.*, n° 396.

³¹⁸⁴ Il en est de même de l'expression répandue selon laquelle le comportement justifié devient conforme au droit. S'agit-il en effet de dire que l'acte, distingué du résultat, est conforme à la normalité, que le fait pris en son entier est conforme à la règle de justification ou de dire que le fait générateur de responsabilité, bien que contraire à la normalité, est licite car conforme aux fins du système juridique ? Imprécise, elle est insuffisante, et donc à bannir. Il faut nécessairement pousser plus avant l'analyse.

1. Le rejet de la justification comme obstacle à la constitution du fait générateur de responsabilité

589. Pluralité des conceptions. L'obstacle à la constitution du fait générateur peut, abstraitement, emprunter deux voies. Soit c'est le résultat légal qui est affecté, soit c'est le fait causal. La justification, dès lors qu'elle se fonde sur l'indifférence sociale du fait, peut donc s'expliquer techniquement de deux manières. Ou bien c'est le résultat légal qui fait défaut, faute de protection de l'intérêt dégradé (a). Ou bien c'est l'anormalité objective qui est absente, en raison de la conformité au droit de la dégradation de l'intérêt (b). L'une comme l'autre de ces conceptions peuvent néanmoins être discutées.

a- Le rejet de la thèse de l'absence de résultat légal

590. Absence prétendue de protection de l'intérêt dégradé. Selon une certaine partie de la doctrine, il y aurait irresponsabilité, malgré la dégradation d'un intérêt, en raison du fait que la protection ordinairement apportée par l'ordre juridique à celui-ci disparaîtrait en présence d'un fait justificatif³¹⁸⁵. La justification découlerait donc de l'absence de protection d'un bien qui ne serait alors plus légitime et, partant, de l'absence de résultat légal. Plus précisément, c'est la légitimité de l'intérêt qui ferait défaut. Par exemple, celui qui, en état de légitime défense, cause la mort de son agresseur ne sera pas responsable parce que la vie de ce dernier n'était plus alors un bien juridique. De même, dans le cas où un médecin violerait le secret professionnel pour assurer sa défense en justice³¹⁸⁶, il ne saurait être puni dès lors que la confiance publique et son corps professionnel n'étaient plus protégés par l'ordre juridique.

Une telle proposition est assez rare et elle n'est d'ailleurs jamais présentée comme l'explication unique du mécanisme de la justification. Et pour cause, elle semble assez contestable. L'érection d'un intérêt ou d'une valeur au rang de bien juridique semble être une opération abstraite menée *a priori*. Dès lors, si la protection qui leur est assurée est relative, cela ne tient pas à la qualité de bien juridique de ces intérêts mais au seul fait qu'une autre des conditions de la règle de protection aura fait défaut. Si celui qui s'empare de la chose d'autrui n'est pas pénalement responsable, ce n'est pas parce que le droit de propriété ne serait un bien juridique qu'en cas d'atteinte intentionnelle mais simplement parce que la faute requise par l'article 311-1 du Code pénal aura fait défaut. Prétendre l'inverse serait confondre la partie avec le tout. Un bien juridique reste un bien juridique, peu importe le reste. C'est ce qui découle de la jurisprudence civile relative à la légitimité de l'intérêt lésé : c'est de la nature de l'intérêt qu'on tire cette légitimité, pas des circonstances dans lesquelles la victime a subi son

³¹⁸⁵ V. par exemple, Ch. AUBRY et Ch. RAU par N. DEJEAN DE LA BATIE, *op. cit.*, n° 40, G. DINGOME, *op. cit.*, n° 166 et s., J.-H. ROBERT, *op. cit.*, p. 249.

³¹⁸⁶ V. Paris, 16 févr. 1966 : *D.*, 1966, p. 618, et Crim., 24 avr. 2007 : *Bull. crim.*, n° 108 ; *AJ Pénal*, 2007, obs. C. SAAS, p. 331 ; et *Rev. sc. crim.*, 2007, obs. Y. MAYAUD, p. 815.

dommage³¹⁸⁷. La même logique devrait prévaloir ici. L'existence de circonstances justificatives ne saurait remettre en cause le fait que la vie, l'intégrité corporelle, la liberté sexuelle, la propriété, la confiance publique, l'environnement ou la famille, par exemple, soient des biens juridiques. Cette thèse doit donc être rejetée³¹⁸⁸, tout comme celle défendant l'absence d'anormalité objective.

b- Le rejet de la thèse de l'absence d'anormalité objective

591. Dualité de la conception. La majorité de la doctrine estime qu'étant donné que la justification se fonde sur la conformité du comportement à l'intérêt de la société, c'est que ce comportement est conforme au droit et donc qu'il n'y a pas d'anormalité objective. Toutefois, au sein de cette tendance doctrinale, deux courants peuvent être isolés. Cela résulte du fait que l'absence d'anormalité objective peut s'expliquer de deux manières : soit on estime qu'il n'y a pas eu de devoir à violer (α), soit on considère qu'il n'y a pas eu violation d'un devoir (β). Mais aucune de ces deux thèses ne paraît pouvoir être admises.

α - Le rejet de la thèse de l'absence de devoir à violer

592. Présentation de la conception. Selon une première thèse, la justification ferait obstacle à l'anormalité objective en l'empêchant à la source. S'il n'y a pas de responsabilité en cas de faits justificatifs, c'est parce qu'ils se situeraient hors du champ d'application de la règle de droit qu'on entend appliquer. Faute de devoir à respecter, il n'y aurait pas plus de devoir à violer, et donc toute anormalité serait exclue.

Dans une version sommaire de cette conception, on se borne à affirmer qu'en présence d'un fait justificatif, l'élément légal est neutralisé, supprimé ou effacé ou qu'il a disparu³¹⁸⁹, ce qui rendrait la règle de droit – texte d'incrimination ou fondement textuel d'un régime de responsabilité civile (articles 1382 et suivants du Code civil par exemple) – inapplicable ou la qualification impossible³¹⁹⁰. Dans une version plus poussée, on explique le mécanisme de la

³¹⁸⁷ V. *supra* n° 65 et s.

³¹⁸⁸ En ce sens, v. X. PIN, « L'infraction juste », *Mél. J.-H. Robert*, préc., 585 et s., et N. STONESTREET, *op. cit.*, n° 152.

³¹⁸⁹ V. ainsi J.-M. AUSSEL, art. *cit.*, R. BERNARDINI, *op. cit.*, n° 394, B. BOULOC, *op. cit.*, n° 399, Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *op. cit.*, n° 240, J. DELIYANNIS, *La notion d'acte illicite considérée en sa qualité d'élément de la faute délictuelle*, préc., n° 130 et s., E. DREYER, *op. cit.*, n° 1129, et 1126, E. LEPOINTE, articles précités, et « De l'impunité à la non-punissabilité. A propos d'une tentative de destruction de la théorie des faits justificatifs », *D.*, 1978, chron., pp. 225 et s., R. MERLE, *op. cit.*, p. 111, R. MERLE et A. VITU, *op. cit.*, n° 431, X. PIN, art. *cit.*, et « La nécessité et le droit pénal », préc., J. PRADEL, *op. cit.*, n° 307, A. RABUT, *De la notion de faute en droit privé*, préc., n° 24 et s., et G. ROUJOU DE BOUBÉE, art. *cit.* Rapp. R. SAVATIER, *op. cit.*, t. 1, n° 36.

³¹⁹⁰ V. not. B. BOULOC, *op. et loc. cit.*, Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *op. et loc. cit.*, E. DREYER, *op. cit.*, n° 1144, X. PIN, *op. et loc. cit.*, et J. PRADEL, *op. cit.*, n° 306.

justification par l'idée de dérogation³¹⁹¹. Selon un auteur qui a particulièrement approfondi la question³¹⁹², les faits justificatifs seraient une illustration du mécanisme de l'exception. Il participerait, de manière négative, à la détermination du champ d'application de la règle³¹⁹³. Ce que le droit pénal interdirait ne serait pas le fait de donner intentionnellement la mort à autrui mais le fait de donner intentionnellement la mort à autrui hors situation de légitime défense des personnes, d'état de nécessité, de commandement de l'autorité légitime ou de la loi ou d'autorisation légale. Il est intéressant de noter que cet auteur oppose ce mécanisme à celui de la dispense qui a pour fonction d'empêcher l'application d'une norme *a priori* applicable en agissant de la façon suivante : elle empêcherait, nonobstant la réunion des éléments générateurs composant le présupposé de la règle de droit, l'imputation de son effet juridique par neutralisation de la force obligatoire attachée à la règle³¹⁹⁴. Même si l'auteur exclut la qualification de dispense au sujet des faits justificatifs³¹⁹⁵, le mécanisme décrit permet, au moyen du vocabulaire des tenants de la conception structurale du droit³¹⁹⁶, de mieux comprendre la formule de neutralisation de l'élément légal. Malgré la réunion des éléments constitutifs d'une infraction par exemple, la peine ne saurait être appliquée en raison de la suppression de la force obligatoire du texte d'incrimination, laquelle serait le moyen d'assurer l'imputation de son effet juridique à son destinataire. De manière générale, l'idée

³¹⁹¹ V. en ce sens, G. DINGOME, *op. cit.*, n° 40, et 498 et s., R. MERLE et A. VITU, *op. cit.*, n° 431, G. ROUJOU DE BOUBÉE, art. *cit.*, et R. SAVATIER, *op. et loc. cit.*,

³¹⁹² Ch. BLANCHARD, *La dispense en droit privé*, Editions Panthéon-Assas/L.G.D.J., 2010.

³¹⁹³ *Ibid.*, n° 332 et s. Adde Y. MAYAUD, « *Ratio legis* et incrimination », préc., et F. ROUSSEAU, *op. cit.*, n° 100 et s., qui admettent cette conception mais pour les seuls faits justificatifs spéciaux au motif qu'ils échapperaient aux exigences de nécessité et de proportionnalité, et N. STONESTREET, *op. cit.*, n° 186.

³¹⁹⁴ Ch. BLANCHARD, *op. cit.*, n° 164 et s.

³¹⁹⁵ *Ibid.*, n° 346 et s. L'auteur semble toutefois faire une exception pour les cas d'autorisation de la loi puisqu'il estime que l'irresponsabilité de celui qui viole le secret professionnel pour témoigner en justice ou son obligation de témoigner au nom du secret professionnel s'explique par une dispense (*ibid.*, not. n° 355). De manière générale au demeurant, la distinction opérée par l'auteur entre dispense et exception ne paraît pas bien solide. Elle reposerait sur le fait qu'alors que l'exception est une règle de droit, la dispense serait une décision (*ibid.*, n° 333, 359 et s., et 422 et s.). Pourtant, cette dernière est bien prise en vertu d'une règle de droit qui prévoit la faculté de l'accorder, tout comme il est nécessaire, pour mettre en œuvre la règle exceptionnelle (par exemple pour faire bénéficier à quelqu'un d'un fait justificatif), de prendre une décision. Par conséquent, dans les deux cas, on trouve une règle portant le pouvoir d'exclure l'effet juridique et une décision qui la met en œuvre. L'auteur estime que la distinction résulte surtout du fait que chaque mécanisme intervient à un stade différent du syllogisme judiciaire. L'exception serait à prendre en compte au stade de la majeure et exclurait l'applicabilité de la règle, tandis que la dispense entrerait en scène en fin de syllogisme, pour empêcher l'application d'une règle normalement applicable (*ibid.*, n° 335 et s., et 352). Séduisante, la proposition paraît trop théorique pour être praticable. Concernant les faits justificatifs d'une part, comment savoir s'ils doivent être pris en considération dans la majeure générale d'un syllogisme tout aussi général, incluant toutes les conditions de la responsabilité, ou s'il faut distinguer le syllogisme relatif à la constitution de celui relatif à l'imputation du fait générateur. Et dans ce dernier cas, où placer les conditions relatives aux faits justificatifs ? D'un point de vue général d'autre part, on se demande ce qui justifierait que les éléments du présupposé de l'exception soient inclus dans la majeure du syllogisme et pas ceux du présupposé de la dispense. En définitive, le seul critère de distinction qui tienne est celui qui concerne la nature discrétionnaire du pouvoir d'accorder la dispense (v. *ibid.*, n° 333, et 422 et s.), simple différence de régime qui peut être au surplus nuancée dès lors que l'on sait que les faits justificatifs n'ont pas à être soulevés d'office par le juge, à l'inverse de ce qui est classiquement décidé au sujet des éléments constitutifs de l'infraction (*ibid.*, n° 348 et s.). Dès lors, rien ne s'oppose vraiment à ce qu'on considère la justification comme un mécanisme de dispense.

³¹⁹⁶ *Ibid.*, n° 72.

qui fonde finalement cette thèse est qu'il y a, en présence d'un fait justificatif, un conflit de normes entre le texte d'incrimination et la norme de justification³¹⁹⁷, conflit résolu par le biais de l'adage *specialia generalibus derogant*³¹⁹⁸ et de l'idée suivant laquelle le législateur ne saurait punir un comportement qu'il ordonne ou qu'il autorise³¹⁹⁹. Mais, et de manière tout aussi générale, cette thèse doit être rejetée comme insuffisante.

593. Contestation de la conception. Quelques critiques faciles ont été formulées à l'encontre de cette conception. Il faut les exclure. Tout d'abord, on lui a reproché de se fonder sur la notion d'élément légal, notion critiquable en ce qu'elle place au même plan le créateur et la créature³²⁰⁰. Sans remettre en cause la justesse de la remarque, il est très facile de la dépasser en faisant référence à l'expression de « *préalable légal* » pour désigner la même réalité en des termes techniquement plus admissibles³²⁰¹. Par ailleurs, il est vrai que « *l'affirmation selon laquelle les faits justificatifs ont pour conséquence de neutraliser l'élément légal n'apporte rien* »³²⁰², dès lors que l'on pourrait en dire autant pour le défaut de chacune des conditions de la responsabilité. Il est évident que le texte d'incrimination ne disparaît pas. Il reste en vigueur et de simples faits ne sauraient, juridiquement, en suspendre l'application. Toutefois, le reproche porte moins depuis que les mécanismes techniques de la dispense et de l'exception ont été expliqués de manière approfondie. Il faut donc pousser plus loin la critique.

En réalité, c'est l'aspect sèchement positiviste de la thèse qui pose problème³²⁰³. S'il paraît logique d'affirmer que le législateur ne saurait punir un comportement qu'il ordonne ou autorise, on pourrait très bien inverser le paradoxe en se demandant comment la loi pourrait valablement commander ou permettre un acte qu'elle sanctionne par ailleurs. Mieux, alors qu'un texte d'incrimination doit être interprété comme posant un devoir, les faits justificatifs, quant à eux, sont pour la plupart, sinon tous, de simples autorisations. On pourrait donc penser que, dans ce conflit de normes – si l'on borne la justification à n'être que cela –, c'est la norme impérative qui devrait l'emporter sur la faculté. Lorsque face à une règle disant "tu dois" se dresse une autre se contentant d'affirmer "tu peux", c'est en effet la première qui paraît s'imposer avec le plus de vigueur. Ne reste alors que l'adage *specialia generalibus*. Pourtant, il n'est pas toujours évident d'identifier la règle spéciale et ce raisonnement comporte nécessairement des limites. Comment admettre l'extension jurisprudentielle des

³¹⁹⁷ En ce sens, v. G. DINGOME, *op. cit.*, n° 567 et s., E. LEPOINTE, articles précités, R. MERLE, *op. et loc. cit.*, R. MERLE et A. VITU, *op. et loc. cit.*, et n° 435, J. PRADEL, *op. et loc. cit.*

³¹⁹⁸ V. G. DINGOME, *op. cit.*, n° 569, E. LEPOINTE, articles précités, et G. ROUJOU DE BOUBÉE, *art. cit.*

³¹⁹⁹ V. not. G. DINGOME, *op. cit.*, n° 292 et s., et J. PELISSIER, *art. cit.*, qui limite cependant l'explication aux cas d'ordre de la loi ou de l'autorité légitime.

³²⁰⁰ V. not. G. RABUT, *art. cit.*, et F. ROUSSEAU, *op. cit.*, n° 97 et s. *Adde supra* n° 24 et références citées.

³²⁰¹ V. F. ROUSSEAU, *op. cit.*, n° 100 et s.

³²⁰² V. MALABAT, *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit pénal*, préc., n° 401. Dans le même sens, v. J. PELISSIER, *art. cit.*

³²⁰³ V. G. ROUJOU DE BOUBÉE, *art. cit.*

causes de justification³²⁰⁴, état de nécessité hier et droits de la défense aujourd'hui³²⁰⁵ ? Un auteur a proposé de se fonder sur la *ratio legis* de la règle de principe, laquelle devrait être écartée dès lors que sa raison d'être disparaît³²⁰⁶. Si une telle conception a l'avantage de revenir quelque peu au fondement de la justification, elle ne repose plus vraiment sur l'idée de conflit de normes et n'a qu'une portée limitée. Par exemple, la *ratio legis* de l'article 311-1 du Code pénal incrimine le vol afin de protéger la propriété. Cela signifie-t-il qu'il faille n'en empêcher l'application que lorsque cela aura pour effet de mieux assurer la sauvegarde de cette valeur ? A se fonder sur le fondement politique de la seule norme écartée, on réduit fortement le domaine possible de la justification. Dans l'exemple cité, il faudrait revenir sur la jurisprudence justifiant le vol au nom des droits de la défense³²⁰⁷. Une telle conception pourrait même conduire à refuser la justification du vol de celui qui s'empare de l'arme de l'individu qui tente de le tuer... La thèse de l'absence de devoir à violer ne paraît pas, par conséquent, propre à expliquer le mécanisme de la justification. Il en est de même de la thèse de l'absence de violation d'un devoir.

β- Le rejet de la thèse de l'absence de violation d'un devoir

594. Présentation de la conception. D'après une autre thèse, la justification ne s'expliquerait pas par l'absence de norme ou par l'extériorité des comportements justifiés à son champ d'application mais par la conformité de ces derniers à la règle. Ce n'est donc pas l'"élément légal" qui serait ici en cause mais bien l'élément matériel qui manquerait. L'idée est assez simple qui repose sur la méthode de l'appréciation *in abstracto* : le bon père de famille, dans les mêmes circonstances, auraient agi de la même manière. Il se serait défendu de manière mesurée contre une agression injustifiée, aurait obéi à l'ordre de la loi ou au commandement non manifestement illégal de l'autorité légitime ou aurait accompli le même acte en cas de nécessité. La thèse peut convaincre. Beaucoup d'auteurs y sont favorables³²⁰⁸,

³²⁰⁴ V. A.-Ch. DANA, *op. cit.*, n° 148, Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *op. cit.*, n° 286, G. RABUT, *art. cit.*, et F. ROUSSEAU, *op. cit.*, n° 121.

³²⁰⁵ V. not. Crim., 11 juin 2002 : *D.*, 2004, p. 317, obs. B. DE LAMY ; *Dr. pénal*, 2002, comm. n° 135, obs. M. VERON ; *JCP*, 2002, II, 10161, note E. DREYER ; et *Rev. sc. crim.*, 2002, obs. J. FRANCILLON, p. 619, et obs., J.-F. RENUCCI, p. 881, et 2003, obs. B. BOULOC, p. 93, et Crim., 11 mai 2004 (2 arrêts) : *D.*, 2004, note H. GABA, p. 2326, et obs. G. ROUJOU DE BOUBEE, p. 2779 ; *Dr. pénal*, 2004, comm. n° 122, obs. M. VERON ; *JCP*, 2004, II, 10124, note C. GIRAULT ; *Rev. sc. crim.*, 2004, chron. E. FORTIS, p. 635, chron. G. VERMELLE, p. 866 ; et *RPDP*, 2004, chron. J.-Ch. SAINT-PAU, p. 875. Sur l'effet justificatif des droits de la défense, v. tout particulièrement Y. CAPDEPON, *Essai d'une théorie générale des droits de la défense*, préc., n° 671 et s., et « Responsabilité pénale de l'avocat et droits de la défense », *La responsabilité pénale des professionnels du droit*, Cujas, à paraître.

³²⁰⁶ G. ROUJOU DE BOUBEE, *art. cit.*

³²⁰⁷ Sur laquelle, v. Y. CAPDEPON, *op. cit.*, n° 674 et s.

³²⁰⁸ V. en ce sens, Ch. AUBRY et Ch. RAU par N. DEJEAN DE LA BATIE, *op. cit.*, n° 39, L. BLOCH., *op. cit.*, n° 55 et s., Ph. BRUN, *op. cit.*, n° 333 et s., Ph. CONTE, *Responsabilité du fait personnel*, préc., n° 54 et s., Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *La responsabilité délictuelle*, préc., n° 50, N. DEJEAN DE LA BATIE, *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit civil français*, préc., n° 58 et s., G. DINGOME, *op. cit., passim.*, et spéc. n° 19 et s., et 43 et s., M. FABRE-MAGNAN, *op. et loc. cit.*, J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *op. et loc. cit.*, L. JOSSERAND, *op. cit.*, t. 2, n° 425, Ch. LAPOYADE-

principalement les civilistes qui peuvent se prévaloir d'une certaine jurisprudence et de quelques projets de réformes militant en faveur de l'absence de faute au cas de faits justificatifs³²⁰⁹. Il faut toutefois s'en méfier. Elle repose en effet sur ce trou noir conceptuel qu'est l'appréciation abstraite.

595. Contestation de la conception. La valeur de cette conception n'est pas supérieure à celle de cette méthode d'établissement de l'anormalité. Autrement dit, elle est toute relative, ladite méthode n'étant qu'un pis-aller. De ce fait, hormis la conséquence qu'elle entraîne de priver la justification de toute autonomie, son champ d'application sera nécessairement réduit.

En cas de normalité prédéterminée en premier lieu, l'anormalité se constate et le recours à l'appréciation *in abstracto* est superflu. En effet, dans ce cas, pour conclure à l'existence d'un fait anormal ou illicite, il suffit de constater le décalage entre ce qui est décrit par une loi, un contrat ou une décision de justice et le fait de l'homme ou de la chose ou encore de déduire l'absence de précaution des efforts de l'agent tendant à la création d'un résultat légal³²¹⁰. Celui qui franchit une ligne blanche sur ordre de l'autorité légitime accomplit bien ce qui est précisément interdit par l'article R. 412-19 du Code de la route, soit un acte interdit et donc illicite. Celui qui n'exécute pas un contrat, même en vertu d'une autorisation de la loi qui résulterait, par exemple, d'un droit de repentir au profit du consommateur, n'en a pas moins commis un acte prohibé par l'acte juridique³²¹¹. Il a violé une obligation préalable et, par là même, commis une faute. De même, celui qui donne intentionnellement la mort à autrui remplit toutes les conditions posées par l'article 221-1 du Code pénal. En cela, il commet une faute qu'il suffit de constater : il n'a pas pris les précautions propres à éviter que sa victime ne meurt, au contraire. Et à cela, ni le but éventuel de défense ni les circonstances objectives

DESCHAMPS, L. BLOCH et S. MORACCHINI-ZEIDENBERG, *Droit des obligations*, préc., p. 186, Ph. LE TOURNEAU *et alii*, *op. cit.*, n° 1967 et s., V. MALABAT, *op. cit.*, n° 407 et s., H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, *op. cit.*, n° 488, F. ROUSSEAU, *op. cit.*, n° 115 et s., et art. *cit.*, B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *op. cit.*, n° 280, F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n° 730, G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. cit.*, n° 556. Cette thèse rappelle en outre l'analyse économique du droit selon laquelle il n'y a pas faute si les coûts de prévention dépassent ceux de la réparation. Sur la question, v. G. MAITRE, *La responsabilité civile à l'épreuve de l'analyse économique du droit*, préc., n° 152 et s.

³²⁰⁹ V. not., *de lege lata* en jurisprudence, Crim., 19 déc. 1817 : S., 1818, 1, p. 170, cité in G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. cit.*, note 1059, Civ. 2, 16 nov. 1956 : D., 1957, note A. PONSARD, p. 180 ; et JCP, 1957, II, 9704, note P. ESMEIN, et Crim., 27 avr. 1971 : JCP, 1971, IV, p. 146. *De lege ferenda*, v. l'article 1352, alinéa 3, de l'avant-projet Catala, préc. Le projet Terré ne fait pas référence expresse à l'absence de faute mais tel est certainement l'esprit qui l'anime. V. ainsi, C. GRARE-DIDIER, « Des causes d'exclusion ou d'exonération de la responsabilité », préc. On notera que s'il est vrai que raisonner, comme la plupart des auteurs, en termes d'absence de faute est, en effet, réducteur et a pour conséquence de limiter le champ d'application de la justification (v. not. G. DINGOME, *op. cit.*, n° 26, et 63 et s., et N. STONESTREET, *op. cit.*, n° 153 et s.), l'obstacle peut être facilement dépassé si l'on estime que celle-ci ne fait pas obstacle à la seule faute mais à l'anormalité objective en général. En droit positif et depuis l'arrêt *Levert* cependant, les faits justificatifs ne sauraient s'appliquer dans le cadre de la responsabilité parentale qui n'exige plus aucune anormalité objective. V. *supra* n° 161.

³²¹⁰ V. *supra* n° 204 et s.

³²¹¹ Sur la question, v. C. CHABAS, *L'inexécution licite du contrat*, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, t. 380, 2002, et spéc. n° 49 et s. sur le droit de repentir, et n° 159 et s. sur « l'inexécution justifiée ».

d'agression ne changent quelque chose. En cas de normalité prédéterminée permettant la constatation de l'anormalité, la thèse défendue est, par conséquent, inutile³²¹².

En second lieu, elle pourrait également être exclue des hypothèses où la normalité est indéterminée, impliquant dès lors une appréciation *in abstracto* circonstanciée que mènera le juge. *A priori*, la fusion de l'élément matériel et de la justification paraît ici inévitable³²¹³. Le comportement du bon père de famille doit être jugé en tenant compte de l'ensemble des circonstances, y compris les faits justificatifs. Pourtant, cette conclusion est peut-être un peu trop générale³²¹⁴. Prenons le cas de l'individu agressé par un groupe d'hommes munis d'armes à feu à une station de métro. Le premier, acculé, sort alors lui-même une arme à feu de plus petit calibre ou un Taser. Il tire sur un des membres du groupe, le blesse, mais le coup touche aussi un tiers qui attendait innocemment son métro. L'infraction paraît ici nécessaire. Il ne pouvait fuir, personne ne l'aidait et il était gravement menacé. La réaction paraît malgré tout mesurée : non seulement il n'a fait que blesser là où sa vie était en danger mais il a, en outre, utilisé un moyen moins dangereux que celui de ses agresseurs. Toutes les conditions de la justification semblent ainsi remplies. Pour autant, cela fait-il disparaître toute faute ? N'est-ce pas dangereux, et pour le moins imprudent, que de tirer dans un lieu public ? La jurisprudence ne semble pas totalement démentir ce point de vue lorsqu'elle juge que le simple respect d'une règle n'exempte pas l'auteur d'un dommage du devoir général de prudence³²¹⁵. Le simple respect d'un ordre de la loi ou d'un commandement de l'autorité légitime ne vaut pas blanc-seing et il semble très approximatif de se borner à dire que le bon père de famille aurait obéi, de telle sorte qu'il n'y aurait jamais faute à faire pareil. La concordance sera fréquente entre l'absence d'anormalité objective et la justification. Mais elle ne sera pas constante. Partant, il s'agit d'une question de fait, non d'une identité de droit.

La thèse de l'absence d'anormalité objective paraît donc être exclue. La justification, ne semblant pas pouvoir être réduite à l'un des éléments constitutifs du fait générateur, peut donc être située à l'extérieur de celui-ci³²¹⁶. Elle apparaît dès lors comme un obstacle à son imputation et, plus précisément, à sa réprobation objective.

³²¹² Comp. A.-Ch. DANA, *op. cit.*, n° 148, et M. LACAZE, *op. cit.*, n° 553, qui notent l'un que l'antijuridicité formelle – soit la violation du texte d'incrimination –, l'autre que la typicité – soit la conformité du comportement adopté aux faits incriminés par la loi – demeurent.

³²¹³ Mme Malabat parle d'une absorption de l'élément injuste par l'élément matériel, *in op. et loc. cit. Adde F. ROUSSEAU, op. et loc. cit.*

³²¹⁴ V. J. PELISSIER, *art. cit.*

³²¹⁵ V., parmi de nombreux exemples concernant, surtout mais pas uniquement, les cas d'autorisation administrative, Req., 19 oct. 1937 : *D.*, 1938, p. 53, Civ. 2, Req., 14 juin 1972 : *D.*, jur., 1973, note E. LEPOINTE, p. 423, et Civ. 1, 27 juin 1995 : *D.*, 1995, jur., note S. PIEDELIEVRE, p. 621.

³²¹⁶ C'est la raison pour laquelle on ne saurait que trop condamner la jurisprudence refusant la justification par légitime défense des infractions non intentionnelles (v. Crim., 16 févr. 1967 : *Bull. crim.*, n° 70 ; *JCP*, 1967, II, 15034, note COMBALDIEU ; et *Rev. sc. crim.*, 1967, obs. G. LEVASSEUR, p. 659, et obs. A. LEGAL, p. 854), d'autant plus qu'une telle position n'est pas adoptée à l'endroit des autres faits justificatifs (v. par exemple, pour le cas de l'autorisation légale de faire usage d'une arme à feu tirée de l'article 74 du décret du 20 mai 1903 relatif à la gendarmerie, Crim., 5 janv. 2000 : *Bull. crim.*, n° 3 ; *D.*, 2000, note B. DE LAMY, p. 780 ; et *Rev. sc. crim.*, 2000, obs. Y. MAYAUD, p. 606, et obs. B. BOULOC, p. 817).

2. L'admission de la justification comme obstacle à la réprobation objective du fait générateur de responsabilité

596. La justification, obstacle à l'antijuridicité matérielle. La doctrine pénaliste allemande retient une distinction mal reçue en France, celle de l'*antijuridicité formelle* et de l'*antijuridicité matérielle* du comportement³²¹⁷. Pour elle, la responsabilité pénale suppose ainsi non seulement la violation d'un texte d'incrimination mais encore l'atteinte portée à une valeur sociale. Plus encore, l'antijuridicité matérielle supposerait que l'agent ait nuit au système juridico-pénal de valeurs, et donc à la société, de par son attitude. A ce titre, ceux qui s'inspirent de cette conception distinguent l'*antijuridicité matérielle positive*, qui passe par l'exigence d'une atteinte à un bien juridico-pénal³²¹⁸, de l'*antijuridicité matérielle négative*, découlant de l'absence de justification. A suivre cette conception, celle-ci serait donc un obstacle à la caractérisation de l'antijuridicité matérielle du comportement. Elle colle parfaitement au fondement social de la justification retenu et lui assure une autonomie conforme à son originalité. Reste néanmoins à déterminer comment intégrer techniquement cette exigence d'antijuridicité matérielle au sein du système de la responsabilité juridique.

597. Le rejet de l'élément injuste comme technique de mise en œuvre de l'antijuridicité matérielle. Selon une première conception, l'antijuridicité matérielle négative devrait être prise en compte au stade de la constitution du fait générateur de responsabilité, par le biais d'un élément injuste³²¹⁹. Plusieurs auteurs se sont montrés favorables à cette notion qui a pu être définie comme l'exigence de la « *violation d'un intérêt social pénalement protégé (ou d'un bien juridique)* »³²²⁰. Elle présenterait de nombreux avantages, en fournissant un fondement à la justification, prise comme neutralisant l'élément injuste, une technique de résolution des conflits de qualification ou une raison de ne pas réprimer l'infraction impossible³²²¹. La notion, pourtant, peut ne pas convaincre, et ce, pour deux raisons.

Premièrement, pour ce qui est de l'antijuridicité matérielle positive, elle ne paraît pas utile. La notion de résultat légal telle que définie en vertu du concept de responsabilité juridique est tout à fait apte à la recevoir au sein de l'élément matériel et on a déjà vu comment, sur le

³²¹⁷ Sur laquelle, v. not. M. LACAZE, *op. cit.*, n° 551 et s., V. MALABAT, *op. cit.*, n° 404 et s., R. MERLE et A. VITU, *op. cit.*, n° 435, G. RABUT, *art. cit.*, J.-H. ROBERT, *op. cit.*, pp. 250 et s., et N. STONESTREET, *op. cit.*, n° 189 et s.

³²¹⁸ Cette exigence est satisfaite par le réquisit, découlant du concept général de responsabilité juridique lui-même, d'un résultat légal, c'est-à-dire de la dégradation d'une situation juridique. V. *supra* n° 27 et s. et *infra* n° 602.

³²¹⁹ V. en ce sens, R. GARRAUD, *op. cit.*, t. 2, n° 433, M.-L. RASSAT, *op. cit.*, n° 317 et s., et J.-H. ROBERT, *op. et loc. cit.* *Contra* V. not. Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *op. cit.*, n° 241, E. DREYER, *op. cit.*, n° 1139, G. ROUJOU DE BOUBEE, *art. cit.*, et F. ROUSSEAU, *op. cit.*, n° 120 et s. Mais la plupart de ces auteurs sont favorables à la thèse de l'absence d'élément légal auquel ils ramènent, en dernière analyse, l'élément injuste. Sur la question, v. aussi X. PIN, « L'infraction juste », préc.

³²²⁰ G. RABUT, *art. cit.* Rapp. F. ROUSSEAU, *op. cit.*, n° 119 et s.

³²²¹ V. not. G. RABUT, *art. cit.*

fondement de cette notion, il était possible de condamner la répression des infractions impossibles³²²². Pour la même raison, l'élément injuste ne semble pas indispensable à la solution des problèmes de conflit de qualifications. Deuxièmement, pour ce qui est de l'antijuridicité matérielle négative, la technique de l'élément injuste ne paraît pas adaptée. D'une part, elle impose de déformer la définition même qui a été préalablement apportée à la notion. Celui qui blesse pour éviter d'être tué porte bel et bien atteinte à un bien juridico-pénal, à savoir l'intégrité corporelle. Sauf à considérer que l'intérêt n'est plus alors protégé, ce qui a déjà été critiqué – et qui pourrait très bien alors être appréhendé par l'élément matériel *via* l'exigence d'un résultat légal, le raisonnement ne tient pas. D'autre part surtout, à s'en tenir au droit pénal, dès lors que le fait correspond en tous points à ce qui est incriminé, il semble qu'il y ait bien infraction. Encore une fois, celui qui donne intentionnellement la mort à autrui ou qui soustrait frauduleusement sa chose a bien accompli le fait prohibé par les articles 221-1 et 311-1 du Code pénal, tant du point de vue de l'élément moral que de l'élément matériel. Les exigences du texte d'incrimination semblent épuisées, le fait générateur de responsabilité parfait, l'infraction constituée.

Il apparaît donc que c'est en dehors de cette dernière, après le processus de constitution, que doit être techniquement appréhendée l'exigence d'antijuridicité matérielle à la satisfaction de laquelle font obstacle les faits justificatifs.

598. L'admission de la reprochabilité objective comme technique de mise en œuvre de l'antijuridicité matérielle. Etrangère au processus de constitution du fait générateur, la justification intervient nécessairement au stade de son imputation³²²³. Il n'est pas question d'attribution, puisqu'il n'est pas ici question de relier, de façon neutre, un fait à une personne. Quelles que soient les circonstances dans lesquelles le fait est commis, il peut être rattaché à son auteur ou à celui qui dirige sa vie ou son activité. La justification, en ce qu'elle se fonde sur l'indifférence sociale du fait générateur de responsabilité implique un jugement de valeur. Elle intéresse donc la fonction réprobative de l'imputation. Les conceptions subjectives ayant été rejetées, elle concerne plus précisément la réprobation objective du fait générateur.

Il est désormais possible de conclure sur la nature de la justification. Il s'agit, d'une part, d'un mécanisme objectif, insusceptible d'être réduit à un simple mobile, à peine de résultats sociaux dangereux, ou d'être assimilée à la contrainte morale, le comportement adopté n'étant ni systématiquement imposé ni même instinctif mais pouvant très bien être choisi après une

³²²² V. *supra* n° 53 et s.

³²²³ Une telle présentation semble d'ailleurs correspondre au mécanisme de la dispense tel que décrit par M. Blanchard dans sa thèse. Les conditions d'un texte d'incrimination étant réunies, tous les éléments générateurs décrits par le présumé de la règle de droit sont présents, ce qui devrait aboutir à la production de l'effet juridique de ce texte, à savoir, en matière pénale, la charge de subir la peine. Néanmoins, suivant la conception de l'auteur, qui propose d'ajouter à la conception structurale de la règle de droit un troisième élément (*op. cit.*, n° 72), il faudrait encore imputer l'effet juridique. C'est à ce stade que jouerait alors la justification, comme obstacle à l'imputation de cet effet. Cependant, l'auteur n'est pas en ce sens qui considère les faits justificatifs comme expression d'une exception, en raison de ce qu'ils ne relèveraient pas d'une décision discrétionnaire du juge.

réflexion approfondie. Pour la même raison, les faits justificatifs ne sauraient être confondus avec un cas de force majeure. La justification est fondée sur l'indifférence sociale d'un fait qui, soit profite, soit ne nuit pas à l'intérêt général de la société. D'autre part, ce fondement lui donne une originalité qui suppose de se manifester par une donnée technique autonome au sein du système de la responsabilité juridique. C'est notamment pour cela que l'on ne saurait la résumer à un obstacle à la constitution qui résiderait dans l'absence d'anormalité objective ou de résultat légal. Elle manifeste *a contrario* un réquisit particulier : l'antijuridicité matérielle de l'attitude adoptée par l'agent. Mais entre la possibilité d'en faire un élément constitutif supplémentaire – l'élément injuste – et celle d'y voir une condition extérieure au processus de constitution du fait générateur de responsabilité, c'est la deuxième voie qui doit être préférée. La première ne présente que peu d'intérêt et ne semble pas adaptée aux données du droit positif. *C'est donc en définitive comme un obstacle à la réprobation objective d'un fait générateur de responsabilité d'ores et déjà constitué que doit être analysée la justification, obstacle se fondant sur une indifférence sociale de ce fait, traduction d'un défaut d'antijuridicité matérielle qui apparaît quant à lui, en dernière analyse, comme la condition de reprochabilité objective de la responsabilité pénale.* Fort de cette précision, il est désormais possible de délimiter rationnellement quel devrait être le domaine de la justification.

§2. La délimitation du domaine de la justification

599. Caractère limité du domaine de la justification. La justification fait obstacle à la réprobation objective du fait générateur de responsabilité en raison d'un défaut d'antijuridicité matérielle. Son champ d'application dépend donc de savoir quelles sont les applications techniques de l'institution générale de la responsabilité juridique qui requièrent cette condition. Or, cela dépendra de l'importance pour chacune d'elle de la contrariété à l'intérêt social du fait générateur en question.

Eu égard aux fonctions respectives des responsabilités de droit privé, il apparaît alors que tandis que la justification semble naturellement en adéquation avec le droit pénal (A), elle paraît en revanche inconciliable, par principe, au droit de la responsabilité civile (B).

A- La compatibilité naturelle de la justification et du droit pénal de la responsabilité

600. Justification technique et justification politique. Fonder la justification sur l'indifférence sociale de l'infraction paraît imposer la prise en compte de la reprochabilité objective en droit pénal de la responsabilité. Toutefois, la nature objective de la justification oblige à préciser le propos. Si l'assertion se vérifie évidemment pour les véritables faits justificatifs, on peut en revanche s'interroger sur le bien-fondé de l'extension de la solution

aux faits justificatifs vraisemblables. Celle-ci semble légitime. Mais alors que la justification des premiers peut être qualifiée de purement technique, la seconde est purement politique.

En droit pénal, le champ de la justification est donc large mais elle ne s'applique pas de la même manière dans ces deux situations. Il convient dès lors de distinguer la justification des faits justificatifs effectifs (1) de celle des faits justificatifs fictifs (2).

1. Justification et faits justificatifs effectifs

601. Précisions. On entend par faits justificatifs effectifs ou véritables, ceux qui sont le reflet fidèle du fondement social de la justification. Si le principe de leur justification en droit criminel apparaît assez naturel (a), il faut apporter quelques précisions relativement à leur régime (b), et cela, notamment, pour mieux les distinguer des faits justificatifs vraisemblables.

a- Le principe de la justification des faits justificatifs véritables

602. Fondements fonctionnel et technique. La justification des faits justificatifs véritables en droit pénal de la responsabilité jouit d'un double légitimité, fonctionnelle et technique.

D'un point de vue fonctionnel d'une part, la théorie de la justification se fonde sur l'indifférence sociale de l'infraction et, le cas échéant, de la complicité. L'infraction ne peut être imputée, et plus précisément reprochée, en raison du fait qu'elle bénéficie ou du moins qu'elle ne nuit pas à la société. Or, la fonction du droit pénal consiste précisément à protéger la société au travers de la sauvegarde des biens juridiques qui lui sont essentiels. Par conséquent, on constate une adéquation absolue entre le fondement de la justification et la fonction du droit pénal de la responsabilité. La justification a donc toute sa place en la matière et on peut affirmer que la reprochabilité objective doit être tenue pour une condition de la responsabilité pénale. Le droit positif est donc irréprochable sur ce point.

Au surplus, la théorie de la justification trouve, d'autre part, un fondement technique en droit pénal, et ce, au travers du principe de nécessité. On a déjà vu que ce principe pouvait être rattaché au bloc de constitutionnalité par le biais des articles 5 et 8 de la DDHC, dont le premier dispose que « *la loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la société* ». Il en résulte notamment que l'incrimination d'un comportement suppose d'établir qu'un bien juridique puisse être dégradé par celui-ci – antijuridicité matérielle positive –, voire que ce bien soit l'émanation d'une valeur sociale essentielle et que ledit comportement soit suffisamment grave pour justifier la mise en œuvre du droit répressif, *ultima ratio* du système juridique³²²⁴. Le principe de nécessité pourrait aussi donner un fondement technique, mieux,

³²²⁴ Sur ces questions, v., avec des approches différentes, E. DREYER, « La subsidiarité du droit pénal », préc., et M. LACAZE, *op. cit.*, n° 345.

un fondement constitutionnel à la théorie de la justification en droit pénal³²²⁵. En effet, alors même que l'incrimination d'un fait pourrait satisfaire à l'exigence d'antijuridicité matérielle positive, il n'est pas certain que sa commission nuira forcément à l'intérêt social. Il faudra en outre le passer au tamis de l'antijuridicité matérielle négative, vérifier, en d'autres termes, l'absence de faits justificatifs. Car, en leur présence, l'infraction commise est un avantage du point de vue de l'intérêt général. Tout au moins est-elle neutre et donc socialement indifférente. Dans tous les cas, reste que la société ne perd rien. Aux termes de l'article 5 et conformément au principe de nécessité, la loi devrait par conséquent s'abstenir de punir une telle infraction. La justification est justement le mécanisme technique qui permet au droit pénal de remplir sa fonction : en empêchant la répression d'une infraction, elle assure malgré tout la continuité et l'« *unité de l'ordre juridique* » pénal en particulier³²²⁶, si ce n'est de l'ordre juridique en général³²²⁷. Elle a donc, techniquement aussi bien que fonctionnellement, toute sa place en la matière. Reste à en déterminer le régime pour mieux cerner ce qu'est un fait justificatif véritable.

b- Le régime de la justification des faits justificatifs véritables

603. Conditions et effets techniques de la justification. Un fait justificatif véritable est celui qui est socialement neutre, sinon utile à l'intérêt général de la société. Cela entraîne nécessairement des conséquences qui se manifestent au regard des conditions (α) aussi bien que des effets de la justification (β).

α - Les conditions de la justification

604. L'indifférence des considérations subjectives à la justification – conscience et mobile justificatifs. L'identification du fait justificatif véritable à celui qui témoigne de l'indifférence sociale d'une infraction a une première conséquence. En termes de conditions, il faut, pour commencer, faire fi de toute considération subjective, qu'elle tienne à la culpabilité, à l'imputabilité ou au mobile qui animerait l'auteur.

³²²⁵ Liant justification et nécessité, v. not. X. PIN, « La nécessité et le droit pénal », préc. Adde O. KHAN, « Le principe de nécessité en droit pénal – thèse radicale », préc., et Y. MAYAUD, art. cit.

³²²⁶ N. STONESTREET, *op. cit.*, n° 191. Rapp. Y. MAYAUD, *op. cit.*, n° 399, et art. cit. Et en cela, elle se rapproche encore du mécanisme de la dispense qui est un moyen d'écarter l'application d'une règle lorsque cela nuirait à la réalisation du droit en produisant un effet contraire à son objectif juridique propre, en atteignant cet objectif alors même qu'il n'aurait plus lieu d'être ou en portant atteinte à l'objectif poursuivi par une autre règle de droit (v. Ch. BLANCHARD, *op. cit.*, n° 120 et s., et 164 et s. On rappellera cependant que l'auteur est contre l'application de la qualification de dispense aux faits justificatifs). La justification permet d'atteindre parfois le premier objectif – ainsi de la justification de la tentative de meurtre de celui qui a défendu la vie d'autrui – et parfois le dernier – dans l'hypothèse de l'IVG par exemple, dans laquelle l'article 221-1 du Code pénal n'est pas appliqué pour mieux protéger la liberté des femmes de donner naissance.

³²²⁷ V. X. PIN, « L'infraction juste », préc.

Il en résulte tout d'abord que la conscience justificative, de même que la volonté de servir ou de ne pas nuire à la société ne doivent pas, sauf exigence spéciale du législateur³²²⁸, conditionner la mise en œuvre du mécanisme de justification. Partant, on peut en tirer deux conclusions. En premier lieu, celui qui accomplit une infraction en ignorant que sa commission était justifiée devrait tout de même être déclaré irresponsable. La reprochabilité objective du fait générateur de responsabilité pénale fait ici défaut et, de ce point de vue – qui doit être le seul à compter –, rien ne distingue l'agent de celui qui obéit ou se défend en connaissance de cause. Mieux, celui qui accomplirait un acte socialement neutre ou profitable devrait pouvoir jouir des bienfaits de la justification, y compris s'il agit en vertu d'un mobile détestable. Ainsi, par exemple, de celui qui irait défendre un tiers contre une agression injuste dans le seul but de laisser libre cours aux pulsions de violence qui l'animent. Une part de la doctrine défend l'opinion contraire³²²⁹. Toutefois, la jurisprudence, elle, ne semble pas avoir eu l'occasion de trancher la question et rien dans la législation ne l'empêcherait d'ignorer l'état d'esprit de l'agent. En second lieu, le mobile à lui seul ne saurait permettre la justification. Si, objectivement, l'infraction est socialement nuisible, son auteur devrait être en principe déclaré pénalement responsable. C'est ce qui explique que la jurisprudence refuse d'étendre la justification aux faits justificatifs imaginaires. Et s'il est vrai qu'elle ne se prive pas de le faire pour les faits justificatifs vraisemblables, on verra qu'une explication toute objective peut être donnée à cette extension particulière³²³⁰.

605. L'indifférence des considérations subjectives à la justification – libre arbitre.

De même ensuite, l'indifférence des considérations subjectives doit conduire à affirmer que l'existence d'un choix à l'origine de l'infraction ne saurait être érigée en critère d'application du mécanisme de la justification³²³¹. Pareillement, l'absence de choix ne devrait pas l'empêcher si le fait générateur de responsabilité pénale a profité à l'intérêt général. Qu'il y ait eu décision délibérée d'agir ou véritable « *obligation de choisir* »³²³², la théorie de la justification n'en a cure. Tout ce qui importe à son égard, c'est la résonance sociale de l'infraction et, le cas échéant, de l'acte du complice qui s'y est associé. Le raisonnement doit demeurer purement objectif. Le « *diagnostic judiciaire* »³²³³ doit se faire de la manière suivante. Si, d'une part, il n'y a pas eu du tout de volonté ou si la contrainte physique externe a permis d'identifier une autre cause juridique du résultat légal que le comportement du

³²²⁸ Une telle solution a l'avantage d'assurer une certaine harmonie quant au sort réservé au mobile en droit pénal.

³²²⁹ V. not. M. LACAZE, art. *cit.*, J.-H. ROBERT, *op. et loc. cit.*, et p. 263, et F. ROUSSEAU, *op. cit.*, n° 144 et s., et 167.

³²³⁰ *Infra* n° 610 et s.

³²³¹ Par conséquent, l'argument selon lequel la contrainte et l'état de nécessité se distingueraient de par la possibilité, dans le second cas, d'un choix ne doit pas être surestimé. La possibilité du choix empêche que l'on réduise le dernier à la première. Il ne permet cependant pas de qualifier l'état de nécessité, si bien que l'absence de choix ne doit pas exclure le recours à ce fait justificatif.

³²³² Selon l'expression de M. DANA, *in op. cit.*, n° 190 et s.

³²³³ Pour reprendre l'expression de M. LEPOINTE, *in* « Le diagnostic judiciaire des faits justificatifs », préc.

supposé responsable, alors il n'y a pas de fait générateur de responsabilité : la question de la réprobation objective n'a même pas à être posée. Si, d'autre part, il y a bien fait générateur de responsabilité pénale, alors le problème de l'imputation intervient par la voie de deux conditions distinctes qui peuvent manquer soit simultanément³²³⁴, soit alternativement³²³⁵. L'important reste que chacune est soumise à sa propre logique et à ses propres considérations. Si le fait est socialement indifférent en premier lieu, c'est la reprochabilité objective qui fait défaut, et ce, qu'il y ait eu libre choix ou non de le commettre. Partant, le fait devra être justifié, peu important la qualité de la volonté de l'agent. Si, en second lieu, l'infraction s'est imposée à la volonté de l'agent de manière si insupportable que sa commission apparaît compréhensible et sa répression injuste, c'est la reprochabilité subjective qui manque. Plus précisément, la contrainte morale devrait alors pouvoir être retenue, peu important la nature néfaste, neutre ou bénéfique des répercussions de l'infraction pour la société. En bref, si non-reprochabilités objective et subjective peuvent coïncider, permettant à la personne poursuivie de se défendre sur le double fondement de la justification et de la contrainte morale, il n'y a là qu'une question de fait. Tel ne sera pas toujours le cas et il faut bien comprendre que, tandis que le critère de la première réside uniquement dans cette donnée objective qu'est l'indifférence sociale de l'infraction, celui de la seconde tient dans la seule dégradation du libre arbitre de son auteur³²³⁶. La possibilité d'un choix n'est donc pas plus une condition de la justification que la nocivité sociale du fait générateur en serait une de la contrainte morale. En fin de compte, comme le souligne la doctrine, tout l'intérêt des faits justificatifs réside en qu'il n'est « *nul besoin de procéder à l'analyse toujours délicate de l'état intellectuel ou mental de l'agent* »³²³⁷.

³²³⁴ Le conducteur qui n'a d'autre choix que de foncer dans la vitrine d'un magasin pour éviter d'écraser un enfant se précipitant sur la route peut être aussi bien considéré comme ayant commis une infraction justifiée – par la sauvegarde d'une vie au prix de biens, la société s'est enrichie – que comme ayant agi sous le coup d'une contrainte morale – a-t-il vraiment agi en toute liberté ?

³²³⁵ Celui qui arrête un individu en vertu de l'article 73 du Code de procédure pénale rend service à la société ou, du moins, ne lui nuit pas, sans pour autant qu'on puisse considérer qu'il ait été poussé à agir par une pression incontrôlable. L'absence de reprochabilité objective n'exclut pas ici la reprochabilité subjective. Mais seule, la réprobation subjective devient inutile, puisqu'insuffisante à l'engagement de la responsabilité pénale. A l'inverse, le père qui tue un homme pour éviter que le barbare qui menace de violer sa fille devant ses yeux ne mette ses menaces à exécution ne paraît pas pouvoir être justifié. Si le calcul est indéniablement froid, il est difficile de contester qu'abstraitement la liberté sexuelle est une valeur inférieure à la vie humaine elle-même. La société perd dans un tel cas. La répression ne s'abattra pas pour autant sur l'auteur du meurtre. On pourrait très bien admettre en effet que celui-ci était en état de contrainte morale, n'ayant agi que sous le coup d'une pression insupportable rendant compréhensible son acte et illégitime toute punition.

³²³⁶ La distinction de la justification et de la contrainte morale externe fait ainsi écho à celle que connaissent certains systèmes étrangers, tels que les systèmes allemand, canadien ou anglais, qui opposent l'état de nécessité-justification de l'état de nécessité-excuse. Sur la question, v. J. ABRAS, « Etat de nécessité : le juge pénal à l'épreuve de la leçon du mythe de Prométhée », *RRJ*, 2009, pp. 709 et s.

³²³⁷ R. MERLE et A. VITU, *op. cit.*, n° 438. Adde E. LEPOINTE, *art. cit.*, G. RABUT, *art. cit.*, et G. VIDAL et J. MAGNOL, *op. cit.*, n° 185.

606. La consistance des conditions objectives de la justification - nécessité. Une fois précisé que la nature objective de la justification devait conduire à tenir pour indifférentes toutes les considérations subjectives qu'est amené à prendre en compte le droit de la responsabilité, reste à déterminer, pour poursuivre, quelles sont les conditions objectives générales des faits justificatifs. Pour qu'une infraction soit justifiée, il faut qu'elle ne nuise pas à la société. Cela implique que le sacrifice de l'intérêt juridique que cette infraction suppose ait été la solution propre à permettre la sauvegarde d'un bien juridico-pénal au moins aussi important. Il faut donc satisfaire à une double exigence, générale, de nécessité et de proportionnalité³²³⁸.

Concernant, d'une part, l'exigence de nécessité, elle suppose que l'infraction soit un moyen propre à sauvegarder un bien juridique. L'impératif se décompose donc en deux conditions. Tout d'abord, il faut qu'il y ait un bien juridique à sauvegarder par le biais de l'infraction, ce qui implique que ce bien doive être effectivement menacé. Derrière chaque fait justificatif, c'est un intérêt social ou une valeur morale qu'on cherche à protéger. Cet intérêt ou cette valeur doivent nécessairement encourir une dégradation, une mise en danger au minimum, pour qu'il y ait justification³²³⁹. Il n'y a ainsi pas de légitime défense véritable si l'agression est menée au moyen d'une arme déchargée, pas plus qu'il n'y a justification par les droits de la défense si les documents volés le sont dans la perspective d'un procès insusceptible de voir le jour en raison de la prescription de l'action qui pourrait l'amorcer³²⁴⁰. Ensuite, l'infraction doit être une solution propre à assurer la sauvegarde de ce bien. Plus précisément, elle doit être un procédé idoine pour y parvenir. Il faut toutefois noter qu'elle n'a donc pas à être inévitable. La nécessité n'est pas l'irrésistibilité³²⁴¹. Le réquisit est plus souple qui consiste en ce que l'infraction, pour être justifiée, ne doit pas avoir été le seul et unique mais, plus modestement, le meilleur moyen de préserver un bien juridique³²⁴². Il en résulte notamment cette conclusion classique qu'en matière de légitime défense, la fuite ne doit pas toujours être préférée à la riposte³²⁴³. Cette exigence est bien assise en droit positif. Elle apparaît explicitement aux articles 122-5 et 122-7 du Code pénal. Implicitement, on peut la discerner dans l'ordre de la loi ou de l'autorité légitime, dès lors qu'il est possible de

³²³⁸ Si ces exigences ont toujours été perçues par la doctrine pour la légitime défense ou l'état de nécessité (v. ainsi P. BOUZAT et J. PINATEL, *op. cit.*, n° 290 et 296, H. DONNEDIEU DE VABRES, *op. cit.*, n° 397 et s., R. GARRAUD, *op. cit.*, n° 446, J. ORTOLAN, *op. cit.*, n° 420 et s., et G. VIDAL et J. MAGNOL, *op. cit.*, n° 203, et 211 et s.), de plus en plus d'auteurs admettent aujourd'hui qu'il s'agit de conditions générales de la justification n'étant pas propres à tel ou tel fait justificatif. V. en ce sens E. DREYER, *op. cit.*, n° 1135 et s., R. MERLE, *op. cit.*, p. 114 et s., X. PIN, *op. cit.*, n° 231 et s., et art. *cit.*, J. PRADEL, *op. cit.*, n° 307, F. ROUSSEAU, *op. cit.*, n° 127 et s., et M.-Ch. SORDINO, « De la proportionnalité en droit pénal », préc. Rapp. M. LACAZE, art. *cit.* La loi, complétée par la jurisprudence, on le verra, semble d'ailleurs conforter cette thèse.

³²³⁹ En ce sens, v. M. LACAZE, *op. cit.*, n° 568.

³²⁴⁰ On pourrait toutefois y voir des faits justificatifs vraisemblables, sur lesquels v. *infra* n° 610 et s.

³²⁴¹ *Contra* v. not. A.-Ch. DANA, *op. cit.*, n° 145 et s., et, plus spéc., n° 195 et s., et G. DINGOME, *op. cit.*, n° 157.

³²⁴² En ce sens, v. par exemple, X. PIN, *op. cit.*, n° 231, J. PRADEL, *op. cit.*, n° 327, G. RABUT, art. *cit.*, et F. ROUSSEAU, *op. cit.*, n° 128.

³²⁴³ Sur cette question, v. not. H. DONNEDIEU DE VABRES, *op. cit.*, n° 397, R. GARRAUD, *op. cit.*, n° 446, et G. VIDAL et J. MAGNOL, *op. cit.*, n° 203.

présumer que si une source légitime de pouvoir impose la commission d'une infraction, c'est que celle-ci est nécessaire³²⁴⁴. Il est plus délicat de découvrir cette condition dans le cas de l'autorisation de la loi *stricto sensu*. Celle-ci laissant une simple faculté à l'agent, on peut se demander s'il y a jamais nécessité de commettre l'infraction. On peut l'admettre cependant, en passant par une distinction. Il y aurait, d'une part, *nécessité abstraite* d'attribuer cette faculté de commettre une infraction en vue de la satisfaction de l'intérêt général : il serait utile de permettre aux parents et aux éducateurs de corriger leurs enfants pour rendre effective l'autorité parentale ou leur mission pédagogique³²⁴⁵, d'autoriser les médecins à porter atteinte à l'intégrité corporelle de leurs patients afin de sauvegarder leur santé³²⁴⁶ ou d'admettre la pratique de sports éventuellement dangereux ou violents en raison de l'intérêt social que représente la pratique d'une activité sportive³²⁴⁷. D'autre part, il y aurait une *nécessité concrète* de commettre l'infraction et qui serait à déterminer par son auteur sous le contrôle plus ou moins poussé des juges. Ce serait ainsi à tel parent déterminé de décider s'il est nécessaire ou pas de donner une fessée pour telle ou telle bêtise, à tel chirurgien précis de juger de la nécessité de telle ou telle opération au regard de la situation particulière du malade, et au sportif d'apprécier la nécessité, au regard de la partie spéciale qui se joue, d'adopter tel ou tel comportement autorisé par les règles du jeu. Au-delà de la loi, la jurisprudence montre spontanément son attachement à l'exigence de nécessité, qu'elle rappelle parfois expressément lorsque le législateur ne l'a pas fait lui-même. Il n'est que de citer la jurisprudence relative au fait justificatif tiré des droits de la défense, qui ne légitime l'infraction que si elle est « *strictement nécessaire à l'exercice des droits de la défense* »³²⁴⁸, ou de l'article 73 du Code de procédure pénale, qui ne jouera que si l'usage de la force a été nécessaire à l'arrestation de l'auteur supposé de l'infraction flagrante³²⁴⁹.

Cet attachement jurisprudentiel va même parfois trop loin lorsque les juges refusent d'admettre l'état de nécessité en raison d'une faute antérieure de l'auteur de l'infraction qui aurait été à l'origine de la situation de nécessité³²⁵⁰. Compréhensible au regard du lien

³²⁴⁴ Dans le même sens, v. X. PIN, art. *cit.*

³²⁴⁵ Il en résulte que des atteintes à l'intégrité physique peuvent être justifiées sur ce fondement (v. Crim., 4 déc. 1908 : *Gaz. Pal.*, 1909, 1, p. 45, et T. pol. Bordeaux, 18 mars 1981 : *D.*, 1982, note D. MAYER, p. 182), tandis que des atteintes à la dignité humaine qui passeraient par des traitements inhumains et dégradants ne sauraient l'être (v. en ce sens, Crim., 21 févr. 1990 (plonger la tête d'un enfant dans les toilettes et tirer la chasse d'eau) : *Dr. pénal*, 1990, p. 216 ; et *Rev. sc. crim.*, 1990, obs. G. LEVASSEUR, p. 785, et Crim., 2 déc. 1998 (privations de repas, enfermements dans un placard, administration de douches froides imposées à des enfants autistes) : *Bull. crim.*, n° 327 ; et *Dr. pénal*, 1999, obs. M. VERON, p. 83).

³²⁴⁶ V. not. Crim., 30 mai 1991 : *Bull. crim.*, n° 232 ; *Dr. pénal*, 1991, obs. M. VERON, p. 255 ; *Gaz. Pal.*, 1992, 1, p. 17 ; et *Rev. sc. crim.*, 1992, obs. G. LEVASSEUR, p. 74.

³²⁴⁷ V. Poitiers, 3 mai 1974 : *Gaz. Pal.*, 1974, obs. G. LEVASSEUR, p. 784.

³²⁴⁸ V. not. Crim., 11 mai 2004, préc.

³²⁴⁹ V. par exemple, Crim., 13 avr. 2005 : *Bull. crim.*, n° 131 ; *D.*, 2005, note LENNON, p. 2920 ; *Dr. pénal*, 2005, obs. A. MARON, p. 117 ; *Gaz. Pal.*, 2005, 2, note MONNET, p. 3485 ; et *Rev. sc. crim.*, 2006, obs. J. BUISSON, p. 419.

³²⁵⁰ V. not. Rennes, 12 avr. 1954 : *S.*, 1954, 2, p. 185, note P. BOUZAT, et Crim., 22 sept. 1999 : *Bull. crim.*, n° 193 ; *D.*, 2000, somm., p. 114, obs. G. ROUJOU DE BOUBEE ; et *Rev. sc. crim.*, 2000, p. 385, obs. B. BOULOC. Liant exigence de nécessité et faute antérieure, v. not. E. DREYER, *op. cit.*, n° 1164, et X. PIN, *op. et loc. cit.*

historique opéré entre ce fait justificatif et la contrainte, une telle solution pourrait *a priori* sembler techniquement justifiée. En effet, s'il apparaît que, sans la faute antérieure de l'agent, il n'y aurait pas eu ce « *danger actuel ou imminent* » dont parle l'article 122-7 du Code pénal, on peut douter que l'infraction commise pour y remédier soit vraiment nécessaire³²⁵¹. Après tout, s'il n'avait pas commis cette erreur, son auteur n'aurait pas eu à violer la loi pénale : si le conducteur avait gardé les yeux sur la route au lieu de les avoir rivés à son GPS, il aurait pu freiner à temps pour éviter d'écraser la vieille dame qui traversait sans avoir à défoncer le mur de la maison dans lequel il a fini sa course. Pourtant, une telle analyse semble à la vérité discutable. Les événements antérieurs n'enlèvent rien en effet à ce qu'à l'instant où elle est commise, l'infraction apparaît comme le meilleur moyen pour sauvegarder le bien juridique effectivement en danger. Faire une embardée et détruire le bien d'autrui était, dans l'exemple proposé, le moyen le plus adapté, au moment de la commission de l'infraction, pour sauvegarder la vie de la vieille dame. Elle devrait donc être justifiée³²⁵². La seule chose qui n'est pas nécessaire en fin de compte, c'est la faute antérieure. Or, à supposer qu'elle soit pénalement qualifiable à titre autonome, il serait toujours envisageable de la réprimer à ce titre³²⁵³. Un revirement de jurisprudence sur la question serait donc appréciable.

607. La consistance des conditions objectives de la justification – proportionnalité.

Quant à la proportionnalité, d'autre part, elle est assez bien admise en doctrine qui estime que le mécanisme de la justification suppose une certaine pondération d'intérêts. L'exigence apparaît d'ailleurs dans la loi. Celle-ci en témoigne soit expressément aux articles 122-5 et 122-7 du Code pénal, soit implicitement, dès lors que lorsqu'elle autorise ou commande, directement ou par l'intermédiaire de l'autorité légitime, la commission d'une infraction, on peut y voir le résultat d'une balance des intérêts opérée *ab initio* par le législateur. Au besoin, la jurisprudence se charge d'ailleurs de réaffirmer cette condition lorsque ce dernier s'est fait trop silencieux³²⁵⁴. Reste que la proportionnalité pose au juriste deux problèmes.

En premier lieu, il faut déterminer le sens exact à donner à cette exigence. Que faut-il proportionner ? Et par rapport à quoi ? Plusieurs courants s'opposent. Certains estiment que c'est l'infraction commise, entendue comme un moyen, qui doit être adapté au but poursuivi, la sauvegarde de l'intérêt protégé. Peu importe le résultat finalement produit par l'infraction si, *a priori*, la voie choisie par l'auteur paraissait adaptée à son objectif³²⁵⁵. Ainsi, si

³²⁵¹ En ce sens, v. B. BOULOC, *op. cit.*, n° 430.

³²⁵² V. not. en ce sens, P. BOUZAT et J. PINATEL, *op. cit.*, n° 299, H. DONNEDIEU DE VABRES, *op. cit.*, n° 382, E. DREYER, *op. cit.*, n° 1182, M. LACAZE, *op. cit.*, n° 569 et s., R. MERLE, *op. cit.*, p. 123, J. PRADEL, *op. cit.*, n° 348, M.-L. RASSAT, *op. cit.*, n° 343, et G. VIDAL et J. MAGNOL, *op. cit.*, n° 226.

³²⁵³ V. ainsi, P. BOUZAT et J. PINATEL, *op. et loc. cit.*, M. LACAZE, *op. et loc. cit.*, J. PRADEL, *op. et loc. cit.*, et G. VIDAL et J. MAGNOL, *op. et loc. cit.*

³²⁵⁴ V. ainsi Crim., 18 févr. 2003 : *Bull. crim.*, n° 41, Crim., 23 mars 2004 : *Bull. crim.*, n° 77, et Crim., 13 avr. 2005, préc., relativement à l'usage de la force par un gendarme.

³²⁵⁵ En ce sens, v. not. P. BOUZAT et J. PINATEL, *op. cit.*, n° 290, E. DREYER, *op. cit.*, n° 1137, M. LACAZE, *op. cit.*, n° 563 et 577, et art. *cit.*, R. MERLE et A. VITU, *p. cit.*, n° 461, X. PIN, *op. cit.*, n° 232, G.

l'homicide apparaît comme le meilleur moyen pour éviter un viol, l'exigence de proportionnalité serait satisfaite. Ce courant doctrinal semble d'ailleurs pouvoir se revendiquer du droit positif puisque la loi, lorsqu'elle aborde explicitement la question, se réfère à l'adéquation des moyens à la menace encourue par le bien sauvegardé³²⁵⁶. Pourtant, nombreux sont les auteurs qui retiennent une conception différente et qui considèrent qu'il faut se livrer à une comparaison objective de l'intérêt sacrifié et de l'intérêt préservé³²⁵⁷. La liberté sexuelle étant un bien inférieur à la vie, la personne qui tue pour ne pas être violée devrait être pénalement responsable. S'il est manifeste que le droit positif n'adopte pas cette position en matière de légitime défense des personnes et d'état de nécessité, on peut néanmoins en trouver quelques traces en législation. Ainsi en est-il de la légitime défense des biens qui ne justifie jamais l'homicide³²⁵⁸. De même, lorsqu'il y a autorisation ou ordre de la loi *stricto sensu*, le choix opéré par le législateur est forcément abstrait et donc déconnecté de toute appréhension concrète des moyens employés. Le jugement de proportionnalité n'a pu s'opérer qu'entre biens juridiques, envisagés *in abstracto*. Tel est le cas lorsque le législateur autorise l'IVG : la préférence pour la liberté des femmes de devenir mère ou non est nettement affirmée au détriment de la vie de l'enfant à naître³²⁵⁹. De même, ces faits justificatifs et celui tiré du commandement de l'autorité légitime ne peuvent jamais autoriser une atteinte à la valeur humanité, et ce, en vertu de l'article 213-4 du Code pénal. Une telle conception, en outre, s'approche davantage de la justification conçue comme fondée sur l'indifférence sociale de l'infraction. La perte ou le profit que retire la société dépend en effet de l'importance de l'intérêt lésé comparé à celle de l'intérêt sauvé. La société perd davantage en cas de meurtre qu'en cas de vol. Il semble toutefois possible de concilier les deux courants. En effet, si prendre en compte les seuls moyens mis en œuvre éloigne du fondement de la justification, il peut s'agir d'un bon outil de mesure de la dégradation évitée³²⁶⁰. Le comportement de l'agresseur qui tente de violer une femme peut en effet, selon les circonstances, créer aussi un risque plus grave qu'une simple atteinte à la liberté sexuelle d'autrui. Si l'agent se montre particulièrement violent et difficile à repousser, il est possible

VIDAL et J. MAGNOL, *op. cit.*, n° 203, J.-H. ROBERT, *op. cit.*, p. 269, et F. ROUSSEAU, *op. cit.*, n° 129. Rapp. M.-Ch. SORDINO, art. *cit.*

³²⁵⁶ V. les articles 122-5 et 122-7 du Code pénal. Sur ce point, v. not. M. LACAZE, *op. et loc. cit.*, art. *cit.*, et F. ROUSSEAU, *op. et loc. cit.*

³²⁵⁷ V. ainsi M.-E. CARTIER, art. *cit.*, J.-Y. CHEVALLIER, art. *cit.*, G. DINGOME, *op. cit.*, n° 280, E. DREYER, *op. cit.*, n° 1144 et 1183, R. MERLE et A. VITU, *op. cit.*, n° 461, J. PRADEL, *op. cit.*, n° 307, G. RABUT, art. *cit.*, P. ROSSI, *op. cit.*, 422 et s., et G. ROUJOU DE BOUBEE, art. *cit.* Rapp. J.-M. AUSSEL, art. *cit.*, et Y. MAYAUD, art. *cit.*

³²⁵⁸ L'article 122-5, alinéa 2 précise, il est vrai, « homicide volontaire ». Mais de quel autre homicide pourrait-il s'agir puisque la jurisprudence refuse d'appliquer la légitime défense à l'homicide non intentionnelle ? V. Crim., 16 févr. 1967, préc.

³²⁵⁹ Et force est de constater que les juges du fond ne pensent pas autrement si l'on compare deux décisions de justice entre lesquelles est intervenue la loi du 17 janvier 1975. V. T. corr. Bobigny, 22 nov. 1972 : *Gaz. Pal.*, 1972, 2, p. 890, et T. corr. Le Puy-en-Velay, 14 mars 1995 : *Gaz. Pal.*, 1995, 2, somm., p. 326.

³²⁶⁰ V. en ce sens, R. BERNARDINI, *op. cit.*, n° 414 et 431. Comp. M. LACAZE, *op. cit.*, n° 552, R. MERLE et A. VITU, *op. cit.*, n° 461, X. PIN, *op. cit.*, n° 222, J.-H. ROBERT, *op. cit.*, p. 269 et s., et P. ROSSI, *op. et loc. cit.*

de considérer qu'il existe un risque effectif pour la vie de sa victime. Le tuer permet donc de faire disparaître un tel risque et, en définitive, ce sont bien deux valeurs équivalentes, deux vies, qui auront été en balance. Au final, il apparaît donc plus cohérent au regard du fondement de la justification d'adhérer à la thèse de la comparaison des biens juridiques, sauf à reconnaître que le recours aux moyens employés, le cas échéant, par les protagonistes peut être utile à la détermination des intérêts qu'il s'agit précisément de mettre en balance.

En second lieu, toutefois, reste à savoir comment hiérarchiser les valeurs sociales qui sont érigées en biens juridico-pénaux. C'est souvent sur ce point que porte la critique doctrinale qui estime qu'il est trop difficile, sinon impossible, de procéder à l'arbitrage entre les intérêts en présence³²⁶¹. Le reproche paraît exagéré. Quelques propositions de méthode peuvent ainsi être formulées qui contribueront à en réduire la portée³²⁶². D'une part, si les biens en conflit sont de même nature – vie contre vie, propriété contre propriété, confiance contre confiance – on pourrait être tenté de considérer que le sacrifice de l'un conduira forcément à une justification pour cause de neutralité sociale. Tel n'est pas forcément le cas et il peut ne pas y avoir équivalence. Par conséquent, l'infraction commise pourra tout aussi bien être justifiée pour cause d'utilité sociale ou bien même être pénalement réprimée. Il est encore possible, en effet, de distinguer selon l'importance de la dégradation, si bien qu'il n'y aura justification que si l'intérêt a été sauvé d'une dégradation plus grave que celle qui lui aura été infligée. La comparaison peut dès lors se faire en fonction de deux critères. Tout d'abord, on peut mettre en balance les formes de la dégradation : risque contre lésion³²⁶³. Il en résulte que celui qui crée un risque pour la vie d'autrui devrait être justifié si l'infraction ainsi commise a finalement permis de sauver une vie humaine. Ainsi de celui qui brûle un feu rouge pour conduire une personne en danger de mort à l'hôpital. Ensuite, c'est l'intensité de chaque forme de dégradation qui peut être mise en balance. Une infraction sera justifiée si elle a pour résultat légal un risque moins grave que le danger qui aurait pu résulter de l'inaction de son auteur. Tel serait le cas de celui qui franchirait une ligne continue pour éviter le risque de heurter des piétons titubant le long de la route³²⁶⁴. De même, à supposer que le bien juridique puisse être lésé sans être *ipso facto* détruit³²⁶⁵, il faut admettre qu'une infraction sera justifiée

³²⁶¹ V. not. G. DINGOME, *op. cit.*, n° 281, M. LACAIZE, art. *cit.*, R. MERLE et A. VITU, *op. cit.*, n° 470, et G. VIDAL et J. MAGNOL, *op. cit.*, n° 222.

³²⁶² Du reste, le droit positif est tout à fait coutumier du fait, comme en témoigne la technique du bilan utilisé en droit administratif en matière d'expropriation pour cause d'utilité publique. Depuis l'arrêt *Ville Nouvelle Est* (CE, 28 mai 1971 : *RDP*, 1972, note M. WALINE, p. 454), le juge administratif contrôle l'utilité d'une expropriation en mesurant concrètement la nécessité et la proportionnalité de l'opération, par la comparaison des avantages et inconvénients pouvant en résulter. La balance des intérêts se fait aussi en tenant compte de ses répercussions éventuelles sur d'autres intérêts publics que ceux poursuivis (CE, 20 oct. 1972, *Société civile Sainte-Marie de l'Assomption* : *Rec. Lebon*, concl. M. MORISOT, p. 657). Sur l'expropriation pour cause d'utilité publique, v. spéc. V. R. CHAPUS, *Droit administratif général*, t. 2, Montchrestien, coll. Domat, 15^e éd., 2001, n° 840 et s., spéc. n° 849 et s., et n° 902 et s., et Y. GAUDEMET, *Traité de droit administratif. Droit administratif des biens*, L.G.D.J., 14^e éd., 2011, n° 708 et s., et spéc. n° 792 et s. *Adde infra* n° 625.

³²⁶³ Sur ces deux formes de dégradation, v. *supra* n° 71 et s.

³²⁶⁴ Comp. T. pol. Avesnes-sur-Heppe, 12 déc. 1964 : *Gaz. Pal.*, 1965, 1, p. 91.

³²⁶⁵ Ce qui exclut certaines valeurs qui ne se prêtent pas à la nuance, comme la vie.

si l'atteinte évitée aurait été supérieure à celle causée. Des violences entraînant une ITT supérieure à 8 jours ne devraient ainsi bénéficier de l'effet justificatif que si elles ont été nécessaires à l'évitement de violences sources d'infirmité permanente ou de mutilation. Il est vrai qu'il peut parfois être difficile de faire un choix : par exemple, qu'y a-t-il de plus grave entre une atteinte juridique et une atteinte matérielle à la propriété ? Dans un tel cas, il faut soit chercher ce qui ressort du système juridique en se fondant notamment sur l'échelle des peines, laquelle devrait logiquement retranscrire la hiérarchie des valeurs telle que le législateur la conçoit, soit, en cas de recherche infructueuse, conclure à l'équivalence de valeur juridique. D'autre part, les biens en conflit peuvent être de nature différente. Cela rend parfois plus simple la résolution du problème. Il en est ainsi lorsque la valeur supérieure est évidente. Qui nierait que la vie humaine doit être préférée à la propriété ? Que la probité publique doit primer sur la dignité animale ? Si tel n'est pas toujours le cas, le choix n'est pas pour autant impossible, dès lors que le législateur affirme clairement sa préférence. Lorsque l'autorisation ou l'ordre de la loi *stricto sensu* sont précis, les choses sont claires et il n'y a pas à hésiter. L'IVG témoigne de ce que, pour le législateur, la liberté de la femme de devenir mère est socialement au moins aussi valable que la vie de l'enfant à naître. De même, le fait justificatif tiré de l'*exceptio veritatis* traduit que, pour le législateur, la vérité vaut au moins autant que l'honneur et la considération de celui qui fait les frais d'une diffamation³²⁶⁶. En l'absence de précision, il faut encore une fois se livrer à une analyse du droit positif pour essayer d'en déduire le système de valeurs auxquels adhère l'ordre juridico-pénal institué par le législateur. Il faut pour cela comparer l'étendue des incriminations aussi bien que la gravité des peines encourues. On peut arriver à des conclusions à peu près certaines. Si la propriété est plus largement protégée que le droit de créance, c'est que la première a plus de valeurs, aux yeux du législateur, que le second. Si les infractions des articles 226-1 et suivants sont punies moins sévèrement que celles prévues aux articles 225-1 et suivants, c'est que la dignité de la personne prime sa personnalité. La recherche peut se faire plus concrète encore en comparant la peine encourue pour l'infraction effectivement commise et celle qui était prévue pour l'infraction évitée. Ces propositions sont certes insuffisantes à régler l'ensemble des difficultés qui se dressent, finalement, avant tout face aux magistrats, ces derniers devant les résoudre au cas par cas. Mais ces problèmes sont aussi fondamentalement ceux du législateur. C'est en effet à lui qu'il revient de se montrer suffisamment clair dans la détermination des valeurs sociales pénalement protégées et assez cohérent dans leur hiérarchisation. En tout état de cause, on conviendra qu'il apparaît très excessif de rejeter en bloc une balance des intérêts qui est impliquée par le fondement même de la justification, et ce, à l'instar de son effet *in rem*.

³²⁶⁶ Loi du 29 juill. 1881, art. 35.

608. Réaffirmation de l'effet *in rem* des faits justificatifs. La conséquence de la nature objective de la justification au regard de l'effet justificatif est très naturellement tiré par la majorité de la doctrine : ils produisent un effet *in rem*, c'est-à-dire qu'il profite à tous les coparticipants à l'infraction³²⁶⁷. Très généralement, la chose est simplement affirmée, sans être ni démontrée ni même expliquée. Et pour cause, pour les auteurs qui estiment qu'en présence d'un fait justificatif il n'y a plus d'infraction, il va de soi qu'il ne saurait y avoir complicité, faute de fait principal punissable. Pour autant, il ne paraît pas inutile d'approfondir un peu la question. Tout d'abord, il est apparu que plutôt qu'un obstacle à la constitution du fait générateur de responsabilité, la justification venait plutôt empêcher son imputation. Ensuite, certains auteurs continuent de remettre en cause la réalité ou la pertinence de l'effet *in rem* des faits justificatifs. Il faut donc répondre à ceux-ci. Mais cela ne saurait être fait sans qu'ait été préalablement précisé comment pouvait se justifier cet effet dans le cadre d'une justification comprise comme obstacle à la réprobation objective de l'infraction.

En premier lieu, il faut par conséquent réaffirmer l'effet *in rem*. Concevoir la justification comme extérieure au processus de constitution de l'infraction n'enlève rien à la nature objective de l'institution et au fait que la cause de l'irresponsabilité est bel et bien tirée des circonstances de commission du fait générateur de responsabilité. Reste qu'il n'est plus possible de se fonder sur la notion de fait principal punissable pour expliquer la justification de l'acte du complice. Il faut donc apporter quelques précisions. Les choses sont à la vérité assez simples. Premier élément : la justification d'une infraction est fondée sur l'indifférence sociale de cette dernière. L'acte accompli, quoiqu'incriminé, objectivement anormal, coupable et à l'origine de la dégradation d'une situation juridique, a finalement profité à l'intérêt général. Tout au moins n'a-t-il pas été un inconvénient pour la société. Second élément : la complicité a pour résultat légal la commission d'une infraction tentée ou consommée par autrui³²⁶⁸. C'est là le fondement de sa répression. L'acte du complice est une des causes de la criminalité d'autrui, soit qu'elle y a donné naissance, soit qu'elle l'a amplifiée. Par conséquent, lorsque l'infraction d'autrui s'est révélée neutre ou profitable à la société, il faut en dire autant de l'acte de complicité. Si l'infraction a été socialement indifférente, alors l'acte du complice n'a lui-même entraîné aucune perte pour le Bien commun. Nul besoin de sanctionner son auteur. Si la première a été socialement utile, alors le second a lui aussi été bénéfique à l'intérêt général. Le complice pourrait même, à la rigueur,

³²⁶⁷ V. not. Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *op. cit.*, n° 241 et 288, R. MERLE et A. VITU, *op. cit.*, n° 438, et J.-H. ROBERT, *op. cit.*, p. 356.

³²⁶⁸ V. *supra* n° 96 et s.

être récompensé³²⁶⁹. Dans les deux cas, quoi qu'il en soit, la reprochabilité objective de l'acte de complicité fait défaut, si bien que le complice doit être tenu pour pénalement irresponsable³²⁷⁰. C'est la manière dont, techniquement, on peut expliquer l'effet *in rem* de la justification.

609. Défense de l'effet *in rem* des faits justificatifs. Cela n'empêche pourtant pas certains d'en contester la réalité ou la pertinence³²⁷¹. C'est pourquoi, en second lieu, il faut défendre l'effet *in rem*. La position de ces auteurs tient à deux choses. D'une part, ils retiennent une conception subjective des faits justificatifs et l'effet *in personam* n'est alors qu'une conséquence toute logique de cette conception. Néanmoins, il a déjà été vu pourquoi les théories subjectivistes de la justification devaient être rejetées. On n'y reviendra pas. D'autre part, les contempteurs de l'effet *in rem* s'appuient sur un certain nombre de situations qui, selon eux, ne devraient pas donner lieu à une communication de l'effet justificatif à l'ensemble des coparticipants. Ces situations sont de deux types. Premièrement, il y a l'exemple des deux personnes qui tirent sur un individu les menaçant avec une arme que seul l'un des tireurs sait être factice ou celui de l'agent de police judiciaire qui accomplit un acte non manifestement illégal sur commandement d'un officier sachant très bien qu'il donne un ordre illicite. Dans ce cas, seul celui ayant agi de bonne foi devrait, selon les auteurs, bénéficier de l'effet justificatif. Deuxièmement, il y a l'hypothèse de deux voleurs qui soustraient de la nourriture alors que seul l'un d'eux a des enfants à nourrir ou de deux personnes se défendant contre une agression, l'une d'entre elle continuant seule à poursuivre et frapper les agresseurs alors qu'ils ont pris la fuite. Ici, la justification ne devrait profiter qu'à celui guidé par le souci de nourrir ses enfants ou à celui qui n'a manifestement agi que pour se défendre³²⁷².

Ces conclusions ne paraissent pas devoir être remises en cause. Mais on ne saurait pour autant en venir à renier l'effet *in rem* de la justification ou à lui reconnaître un effet *in personam*. Une autre explication est possible. D'un point de vue général pour commencer, tous ces exemples sont des cas de coaction, c'est-à-dire qu'il y a plusieurs infractions autonomes. C'est donc de manière tout aussi autonome qu'il faut se demander si, pour chacune d'entre elles, les conditions de la justification sont ou non réunies. Il n'est pas possible, techniquement, de déduire la nocivité ou l'indifférence sociale de l'une de l'impact social d'une autre. Ce n'est pas parce que deux vols sont commis en même temps et au même endroit par deux personnes différentes que les deux auront le même retentissement pour la société. Plus spécifiquement pour continuer, on peut distinguer suivant les deux séries

³²⁶⁹ Comp. J. ORTOLAN, *op. cit.*, n° 416, qui estime qu'en cas de fait justificatif, le fait de l'agent lui est « imputable à bien, imputable à éloge ou à honneur ».

³²⁷⁰ Et ce, nonobstant l'éventuelle immoralité de sa motivation ou son absence de conscience justificative.

³²⁷¹ V. not. A.-Ch. DANA, *op. cit.*, n° 161 et s., et F. ROUSSEAU, *op. cit.*, n° 167 et s.

³²⁷² Les exemples sont empruntés à MM. Desportes et Le Gunehec, *in op. cit.*, n° 693, et à M. Rousseau, *in op. cit.*, n° 167.

d'hypothèses envisagées. Dans la dernière, il s'agit simplement de tirer les conséquences de l'autonomie des deux infractions. Dans le cas du double vol, la nécessité n'existe que pour celui qui veut nourrir ses enfants. L'autre, à admettre toutefois que ce premier vol exclut la possibilité de retenir la circonstance d'état de nécessité d'autrui, commet une infraction non nécessaire et donc socialement néfaste. Seul le premier doit être justifié. Dans le cas des personnes agressées, les deux infractions ont peut-être été nécessaires pour repousser l'attaque. Seulement, celui qui poursuit l'agresseur après sa fuite n'agit pas de manière proportionnée. Son infraction n'est, dès lors, pas plus socialement utile que socialement indifférente. Il ne bénéficiera donc pas de la justification, à l'inverse de son comparse qui, lui, aura su se borner à se défendre. Dans la première série d'hypothèses, une explication supplémentaire de l'absence de généralité de la justification peut être fournie. L'exécution d'un acte non manifestement illégal, mais qui l'est malgré tout, et la défense contre une personne munie d'une arme factice ne correspondent pas, en effet, à de véritables faits justificatifs. Il ne s'agit que de faits justificatifs vraisemblables. Or, ces derniers devraient, on va le voir immédiatement, être soumis à un statut très particulier se manifestant notamment par leur effet *in personam*.

2. Justification et faits justificatifs fictifs

610. Notion et justification des faits justificatifs vraisemblables. Lorsque les conditions de la justification ne sont pas remplies, soit que l'infraction n'était pas nécessaire – en raison de l'absence de besoin de sauvegarde d'un bien juridique ou de la possibilité de recourir à un meilleur moyen pour le préserver –, soit qu'elle n'ait pas été proportionnée – du fait de l'infériorité de l'intérêt sauvé à l'intérêt sacrifié –, il devrait normalement y avoir responsabilité pénale. Socialement nuisible, l'infraction devrait pouvoir faire l'objet de réprobation objective. Cette conséquence paraît néanmoins excessive à tous. Aussi, on propose d'étendre les bienfaits de la justification aux faits justificatifs vraisemblables, c'est-à-dire aux hypothèses dans lesquelles l'apparence pouvait objectivement, et donc légitimement, laisser croire à la réunion des conditions de la justification³²⁷³. Ainsi, l'individu croyant qu'il y a péril pour sa vie alors qu'il n'est menacé que par un jouet, celui qui estime pouvoir agir en vertu d'un ordre donné par un agent de police judiciaire dont il ignore l'illégalité ou la personne qui considère avoir réagi de façon mesurée là où il a en fait sacrifié un bien socialement plus important que celui sauvegardé n'engageraient pas leur responsabilité pénale.

³²⁷³ On retiendra l'expression de faits justificatifs vraisemblables que l'on opposera à celle de faits justificatifs imaginaires. En revanche, celle de faits justificatifs putatifs paraît devoir être abandonnée dans la mesure où, en fonction des auteurs, elle est utilisée pour renvoyer aux premiers (v. not. E. DREYER, *op. cit.*, n° 1184 et s., M. LACAZE, *art. cit.*, J. PRADEL, *op. cit.*, n° 326, et J.-H. ROBERT, *op. cit.*, p. 261 et s.) ou aux deuxièmes (v. ainsi R. MERLE et A. VITU, *op. cit.*, n° 455, et X. PIN, *op. cit.*, n° 221), voire aux deux hypothèses (v. Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *op. cit.*, n° 263).

Le droit positif est assez franchement en ce sens. La loi en consacre certaines occurrences au travers de l'extension de la justification au commandement non manifestement, mais malgré tout, illégal de l'autorité légitime et aux cas particuliers de l'article 122-6 du Code pénal déjà étudiées. Elles sont, au surplus, renforcées par des présomptions, légales pour les dernières, et du fait de l'homme pour les premières. La doctrine, quant à elle, se montre assez favorable à la tendance et propose une extension absolue de la solution, notamment au profit de l'état de nécessité³²⁷⁴. Les tenants de la conception objective manifestent néanmoins un certain embarras à admettre une solution qui s'éloigne des conséquences logiques du fondement social de la justification : les faits justificatifs vraisemblables, en effet, ne sont pas socialement indifférents³²⁷⁵. Il faut donc réfléchir davantage pour déterminer comment, dans le cadre d'une démarche objective, il serait possible d'admettre le principe de l'extension de la justification à ces faux faits justificatifs (a), puis, cela fait, en tirer les conséquences quant à l'étendue de cette extension (b).

a- Le principe de l'extension de la justification aux faits justificatifs vraisemblables

611. La fonction d'incitation comme fondement de l'extension. La première question qui se pose est celle de savoir pourquoi admettre l'extension de la justification à des situations qui n'ont de faits justificatifs que l'apparence. Les auteurs invoquent souvent le fait qu'à l'instant où il agit, l'auteur de l'infraction doit si vite prendre une décision qu'il n'est pas apte à juger très exactement de la réunion des conditions objectives de la justification. Il serait donc dans l'impossibilité de réfléchir correctement aux actes qu'il accomplit, de telle sorte qu'il faudrait se montrer souple et admettre quelques incartades au détriment de la logique juridique³²⁷⁶. Pourtant, raisonner de la sorte, c'est quasiment revenir à la théorie de l'assimilation de la justification et de la contrainte. Par ailleurs, si l'état de panique de l'agent devient la seule explication, il devient difficile d'expliquer l'impunité des faits justificatifs imaginaires. La réflexion doit donc être poussée plus avant en remontant au fondement de la justification.

Celle-ci repose sur le retentissement social de l'acte. Réprimer une infraction commise dans le cadre d'un fait justificatif serait socialement inutile, voire nuisible dès lors qu'elle pourrait décourager l'adoption de comportements *in fine* bénéfiques à l'intérêt général. De la sorte, il apparaît que *la théorie de la justification a non seulement un fondement social mais*

³²⁷⁴ V. not. Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *op. cit.*, n° 263 et 271, E. DREYER, *op. et loc. cit.*, R. MERLE et A. VITU, *op. et loc. cit.* *Contra* M.-E. CARTIER, *art. cit.*, qui propose de passer par la contrainte si la condition d'irrésistibilité est satisfaite. On pourrait également émettre des doutes quant à l'extension de la justification à l'ordre ou autorisation *stricto sensu* apparents de la loi, qui permettrait peut-être de contourner trop facilement les conditions strictes de l'erreur de droit.

³²⁷⁵ V. ainsi Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *op. cit.*, n° 286, E. DREYER, *op. et cit.*, n° 1184, et N. STONESTREET, *op. cit.*, n° 177.

³²⁷⁶ V. spécialement H. DONNEDIEU DE VABRES, *op. cit.*, n° 399, M.-L. RASSAT, *op. cit.*, n° 331, et J.-H. ROBERT, *op. et loc. cit.*

aussi une fonction sociale : l'incitation à commettre des infractions qui, exceptionnellement, ne nuisent pas à la société. C'est sur ces bases qu'il est possible de légitimer l'extension de la justification aux faits justificatifs vraisemblables. Si, dans le feu de l'action, l'agent peut tout de même conserver une possibilité de réfléchir et de choisir de commettre ou non une infraction, il reste que sa décision sera prise dans des circonstances particulières. A supposer que les faits justificatifs vraisemblables ne soient pas assimilés aux véritables faits justificatifs, on peut penser que l'individu dans l'impossibilité de savoir dans laquelle des deux catégories il se situe pourrait hésiter à commettre l'infraction. Dans la plupart des cas, vu le risque qu'il encourt d'engager sa responsabilité pénale, il préférera sûrement ne pas agir, surtout lorsque ce ne sont pas ses intérêts propres qui seront en jeu. Il en résulte que, même en cas de faits justificatifs véritables, des infractions ne seront pas commises, ce qui pourrait nuire à la société. La justification ne remplirait plus dès lors sa fonction incitative. En cas de faits justificatifs vraisemblables, on peut donc dire que si, d'un point de vue spécial, l'infraction n'est pas socialement indifférente, d'un point de vue général en revanche, l'extension de la justification à son endroit peut donc se révéler socialement utile. Voilà donc le fondement politique qui semble présider à cette extension : l'incitation à la commission d'infractions justifiées.

612. La fiction juridique comme moyen de l'extension. Il faut ensuite déterminer comment, techniquement, procéder à une telle extension. Il s'agit ici d'étendre un effet juridique, nonobstant le défaut des conditions normalement requises pour qu'il ne se réalise. Il s'agit de permettre que l'on fasse "comme si", comme s'il y avait véritablement nécessité et proportionnalité de l'infraction commise. C'est typiquement la fonction que remplit la fiction juridique³²⁷⁷. Celle-ci se définit en effet comme la technique juridique permettant « *l'altération d'un ou plusieurs concepts juridiques par la méconnaissance soit des conditions logiques, soit des effets logiques de leur application* »³²⁷⁸. Ici, il s'agit d'étendre l'irresponsabilité pénale découlant de l'obstacle à la réprobation objective opéré par la justification, et ce, en vertu de l'apparence socialement neutre d'une infraction se révélant en réalité nuisible au Bien commun. *Les faits justificatifs vraisemblables sont donc des faits justificatifs fictifs*³²⁷⁹.

Si le pourquoi et le comment de la justification de ce type d'infraction sont désormais identifiés, il reste à en tirer toutes les conséquences. Car la fiction juridique, comme toute technique juridique, est un moyen au service d'une fin. A ce titre, elle n'est pas infiniment

³²⁷⁷ V. G. WICKER, *op. cit.* Adde F. GENY, *Science et technique en droit privé positif*, t. 3, préc., n° 240 et s.

³²⁷⁸ G. WICKER, *op. cit.*, n° 2-2.

³²⁷⁹ A ceux qui invoqueraient le réalisme du droit pénal pour contester l'utilisation de toute fiction en la matière, on répondra que si celui-ci peut justifier que l'on s'oppose, en droit criminel, à la prise en compte de celles qui lui sont extérieures, il n'interdit pas en revanche l'institution de fictions proprement pénales qui lui seraient spécialement dédiées. En ce sens, v. E. PALVADEAU, *Le contrat en droit pénal*, préc., n° 162, note 771. Favorable à l'emploi de fictions en matière criminelle, adde C. HARDOUIN-LE GOFF, « Les fictions légales en droit pénal », préc.

extensible et on ne peut l'utiliser n'importe comment. Elle est régie par l'adage *fictio non operatur ultra casum*, selon lequel la fiction ne peut jouer au-delà de sa raison d'être³²⁸⁰. Cela ne saurait rester sans implications quant au domaine de l'extension de la justification aux faits justificatifs vraisemblables.

b- L'étendue de l'extension de la justification aux faits justificatifs vraisemblables

613. Le domaine matériel de l'extension : l'infraction apparemment utile à la société. Le domaine de la justification des faits justificatifs est forcément limité, conformément à l'adage *fictio non operatur ultra casum*, à l'objectif politique que poursuit l'extension de ladite justification, à savoir : l'incitation aux infractions justifiées.

En premier lieu, c'est le domaine matériel de l'extension qui s'en ressent, c'est-à-dire les infractions qui vont pouvoir en bénéficier. Le but poursuivi est de ne pas décourager, d'un point de vue général, la commission d'infractions justifiées en raison de ce qu'une infraction particulière se serait révélée, contrairement aux apparences, socialement nocive. La question est donc de savoir quelles sont les infractions que la société a intérêt à ne pas décourager. La réponse est simple : il s'agit des infractions qui semblent socialement utiles. Cela emporte deux conséquences. D'une part, il est question d'utilité. Il importe peu en effet que l'on hésite à commettre des infractions qui paraîtraient socialement neutres et que l'on n'encourage pas la commission d'infractions véritablement indifférentes à la société. Par définition, celle-ci se moque bien qu'on adopte de telles attitudes. Elle n'y perdrait rien et n'y gagnerait pas davantage. Elle n'a donc pas à les encourager, et encore moins au prix de l'irresponsabilité pénale des auteurs d'infractions socialement nuisibles, comme c'est le cas avec les faits justificatifs vraisemblables. Seules les infractions paraissant socialement utiles devraient donc être assimilées aux véritables faits justificatifs et celles qui ne semblent que socialement indifférentes devraient être réprimées³²⁸¹. D'autre part, préciser que ce que la société n'a pas intérêt à décourager consiste en des infractions semblant socialement utiles, c'est aussi évoquer l'idée d'apparence. Ainsi, ce sont uniquement les infractions vraisemblablement utiles à la société qui devraient être justifiées, à l'exclusion des infractions qui l'ont été dans la seule imagination de l'auteur. L'extension de la justification a une fonction sociale, il est question de ne pas décourager la commission d'infractions utiles au Bien commun, et cela, dans le cadre d'une politique générale. Par conséquent, c'est le critère de l'appréciation *in abstracto* qu'il faut continuer d'utiliser pour étendre la justification hors de son domaine technique. L'extension ne saurait valoir que lorsque les circonstances auraient fait croire à un individu standard placé dans la même situation que commettre telle ou telle infraction serait nécessaire et profitable à la société. La justification ne saurait bénéficier à celui qui imagine

³²⁸⁰ V. F. GENY, *op. cit.*, n° 247.

³²⁸¹ Sur la distinction de l'infraction socialement utile et de l'infraction socialement indifférente qui repose sur la supériorité ou l'équivalence de la valeur sauvegardée à celle sacrifiée, v. *supra* n° 607.

agir dans l'intérêt général, là où le bon père de famille aurait compris qu'il n'y avait pas d'utilité à commettre une infraction pénale. Celui qui est seul à être persuadé qu'il vole pour éviter un génocide, par exemple, n'échappera pas à la répression pénale. Il s'agit en effet de ne pas décourager des comportements utiles, non d'encourager les plus farfelus des justiciers privés.

614. Le domaine personnel de l'extension : l'effet *in personam* des faits justificatifs vraisemblables. Le domaine personnel de l'extension, en second lieu, est lui aussi limité par la nature fictive et par la fonction sociale de l'extension de la justification aux faits justificatifs vraisemblables. L'effet justificatif, ici, ne saurait profiter à n'importe qui. L'extension de la justification est fondée sur le fait que celui qui passe à l'acte peut hésiter quant à savoir si l'infraction qu'il va commettre est ou non nécessaire et proportionnée. Partant, il peut préférer ne pas commettre une infraction qui aurait finalement pu être justifiée, au détriment parfois des intérêts bien compris de la société. Il semble donc logique de n'étendre l'effet justificatif qu'à celui qui, de bonne foi, a légitimement cru accomplir un acte socialement utile. De cela découlent deux conséquences.

Tout d'abord, l'extension de la justification n'est valable qu'à condition que l'agent ait agi de bonne foi, légitimement trompé par les apparences. Par conséquent, celui qui a su voir à travers l'illusion, qui a pu la dépasser, ne saurait se prévaloir de la justification. C'est la raison pour laquelle celui qui exécute, sur commandement de l'autorité légitime, un acte dont il connaît l'illégalité doit être tenu pour pénalement responsable, nonobstant par ailleurs l'absence d'illégalité manifeste de l'infraction. C'est aussi pour cela que celui qui sait que l'individu qui entre de nuit chez lui par effraction pour rendre visite à une domestique ne profitera pas de la présomption de légitime défense vraisemblable de l'article 122-6 du Code pénal³²⁸². En matière de faits justificatifs vraisemblables, il faut donc que l'on ait pu croire à l'irréprochabilité objective de l'infraction. A défaut, l'apparence se dissipe qui laisse place à la responsabilité pénale. D'un point de vue social, la solution est salvatrice. Elle interdit en effet aux malhonnêtes de se cacher derrière une apparence dont ils n'ont jamais été dupes sans pour autant décourager les gens de bonne foi d'accomplir des infractions socialement utiles.

Ensuite, la justification n'est valable qu'à l'égard de celui qui a agi de bonne foi. La chose est logique, si l'apparence est objective et invocable par tous, la croyance légitime qu'elle peut provoquer est subjective et propre à chacun. Si un braqueur pénètre dans une banque armé de jouets très ressemblants, tout un chacun est fondé à croire qu'il est utile de l'arrêter, y compris en le tuant. En revanche, si parmi les clients ou les employés de l'établissement, quelqu'un se rend compte qu'il ne s'agit pas de véritables armes à feu, parce que, par exemple, il aurait les mêmes imitations à la maison, il ne devrait plus dès lors pouvoir se prévaloir de l'apparence. A supposer qu'il s'agisse d'un officier de police judiciaire venu faire

³²⁸² V. Crim., 19 févr. 1959, préc.

un retrait d'argent, il pourrait très bien ordonner à l'agent de sécurité de faire usage de la force pour neutraliser le braqueur. Qui pourra alors se prévaloir d'une justification qui ne serait étendue que par fiction, faute de nécessité et de proportionnalité de l'infraction commise ? L'agent de sécurité, quant à lui, a agi de bonne foi, ignorant le caractère factice des armes. Il peut très certainement échapper à la répression pénale. L'officier de police, en revanche, a donné un ordre qu'il savait illégal, faute de véritable péril. Il n'a donc pas été de bonne foi et ne saurait se prévaloir d'une apparence qui ne l'a pas trompé. Son acte de complicité par provocation pourrait dès lors lui être reproché et sa responsabilité pénale être engagée. C'est autrement dire qu'en cas de faits justificatifs vraisemblables, mais seulement dans ce cas, l'effet justificatif devrait jouer *in personam* et non *in rem*. Faute d'utilité de l'infraction et faute d'avoir été dupé par l'apparence d'utilité de cette infraction, celui qui y incite ne saurait bénéficier de l'extension de la justification aux faits justificatifs vraisemblables.

615. Bilan. Le domaine de la justification s'étend donc premièrement au droit pénal. Il y a en effet une convergence naturelle entre le fondement social de la première, qui s'explique par l'indifférence, voire par l'utilité de l'infraction pour la société, et la fonction du second, c'est-à-dire la protection des valeurs sociales essentielles. Il ne saurait en effet y avoir répression d'un comportement qui, bien qu'il soit pénalement qualifiable, profite ou ne nuit pas à l'intérêt général. Dans cette application technique de la responsabilité juridique, le domaine de la justification est d'ailleurs particulièrement large. En effet, à côté d'un domaine technique où le mécanisme s'applique logiquement à toutes les infractions répondant aux conditions de nécessité et de proportionnalité, la justification pénale connaît aussi une extension politique de son champ d'application. Son bénéfice est ainsi étendu aux situations dans lesquelles ces conditions objectives ne sont pas remplies mais semblent pourtant l'être. A supposer d'en adapter l'effet, pour le faire produire *in personam* et non plus *in rem*, le souci de ne pas décourager la commission d'infractions qui pourraient profiter au Bien commun fonde l'extension de la justification, au moyen d'une fiction juridique, aux infractions que l'on peut légitimement croire socialement bénéfiques.

Il en ressort par conséquent que l'efficacité de la justification des infractions pénales suppose que la théorie déborde un peu de son champ technique d'application pour étendre un peu plus son influence. Cela s'en ressent aussi en matière civile avec laquelle la justification n'est incompatible qu'en principe et dans une certaine mesure.

B- L'incompatibilité de principe de la justification et du droit civil de la responsabilité

616. Théorie de la justification et droit civil de la responsabilité. La question de l'application des faits justificatifs en droit civil de la responsabilité est source de paradoxe³²⁸³. D'un côté, les auteurs sont quasiment unanimes pour en admettre l'importation pure et simple du droit pénal, et ce, en vertu de la thèse selon laquelle fait justificatif et faute seraient incompatibles³²⁸⁴. De l'autre, les résultats qui découlent de la justification, soit l'irresponsabilité civile, ne satisfont pas toujours l'esprit d'équité des civilistes, influencé qu'il est, en la matière, par le souci d'indemnisation des victimes³²⁸⁵. Le dilemme s'est principalement cristallisé autour de la question classique de la victime de l'état de nécessité qui a suscité une attention doctrinale toute particulière, les auteurs rivalisant d'inventivité pour trouver une solution à ce problème techniquement insolvable : comment assurer en toutes circonstances l'indemnisation d'une victime qui n'a subi de dommage qu'en vertu d'un comportement non fautif³²⁸⁶ ?

Une approche différente pourrait être envisagée si l'on veut bien tirer toutes les conséquences de la conception de la justification ici retenue, à savoir celle d'une justification fondée sur l'indifférence du fait générateur de responsabilité aux intérêts de la société. Elle pose la question de savoir si l'engagement de la responsabilité civile doit être ou non subordonné à une condition de reprochabilité objective, l'antijuridicité matérielle du fait générateur. Conçue en ces termes, la justification soulève en droit de la responsabilité civile

³²⁸³ Sur la question, v. outre les manuels généraux, G. DINGOME, *op. cit.*, J. PELISSIER, *art. cit.*, et F. ROUSSEAU, *art. cit.*

³²⁸⁴ V. *supra* n° 594 et s.

³²⁸⁵ La jurisprudence a elle aussi du mal à tirer toutes les conséquences de l'absence de faute qui découlerait d'un dommage causé par nécessité. V. Trib. com. Seine, 1^{er} avr. 1936 : *Gaz. Pal.*, 1936, 1, p. 877, Civ. 1, 16 nov. 1955 : *JCP*, 1956, II, 9087, note P. ESMEIN, et Grenoble, 7 déc. 1959 : *D.*, jur., 1960, note F. GORE, p. 213 ; et *JCP*, 60, II, 11598, note P. ESMEIN.

³²⁸⁶ Beaucoup de propositions ont été avancées parmi lesquelles on trouve les récurrentes références à la gestion d'affaire (v. not. Ph. BRUN, *op. cit.*, n° 338, H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, *op. cit.*, n° 488-2, B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *op. cit.*, n° 289, et G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. cit.*, n°) ou à l'enrichissement sans cause (v. par exemple, Ph. BRUN, *op. et loc. cit.*, R. DEMOGUE, *op. cit.*, n° 240, J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *op. et loc. cit.*, Ph. LE TOURNEAU *et alii*, *op. cit.*, n° 1976, H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, *op. et loc. cit.*, F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n° 734, B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *op. et loc. cit.*, et G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. et loc. cit.*). Si la jurisprudence a pu accorder réparation sur ces fondements (v. not. Trib. corr. Seine, 1^{er} avr. 1936, et Civ. 1, 16 nov. 1955, précités), ils ont tous l'inconvénient de ne pas offrir une voie toujours efficace dans la mesure où les conditions de ces quasi-contrats ne seront pas forcément remplies à chaque fois qu'un dommage aura été causé en situation de nécessité. Certains ont formulé des idées plus originales, à l'instar du doyen SAVATIER qui parle « *droit de nuire contre indemnité* » qu'il développe dans son traité (*op. cit.*, n° 98 et s.). L'idée a été approfondie in « *L'état de nécessité et la responsabilité civile extracontractuelle* », *Mél. H. Capitant*, préc., pp. 729 et s., où l'auteur estime que s'il n'y a certes pas faute à causer un dommage à autrui en cas de nécessité, il y en aurait une, en revanche, dans le fait de laisser sans indemnisation la victime dès lors que cet abandon ne serait absolument pas nécessaire. *A priori* ingénieuse, l'argumentation paraît à l'analyse très contestable. Hormis le fait que son idée pourrait fonder une obligation d'indemnisation pour tout auteur non fautif d'un dommage, lequel n'est jamais tenu de laisser la victime seule face à son préjudice, l'auteur propose ici de retenir une faute ultérieure à la lésion, ce qui exclut toute possibilité d'établir un lien de causalité entre les deux. Par conséquent, nulle responsabilité civile ne saurait logiquement résulter d'une telle faute.

une difficulté *a priori* plus générale. C'est en effet l'ensemble des victimes de faits générateurs de responsabilité civile accomplis dans des circonstances justificatives qui semble concerné, et non pas la seule victime de l'état de nécessité³²⁸⁷. Le problème est pourtant beaucoup plus facilement solvable, puisque c'est la fonction du droit civil de la responsabilité qui lui donnera solution. On verra en effet que la confrontation de la justification et de la fonction de cette application technique de la responsabilité juridique aboutit au constat, évidemment contraire à la jurisprudence la plus constante, de leur incompatibilité (1). Néanmoins, cette incompatibilité n'est qu'un principe qui devrait parfois être limité, et ce, pour assurer l'efficacité même du mécanisme de la justification (2). Par conséquent, une certaine influence de la justification sur le droit civil de la responsabilité pourrait malgré tout être conservée.

1. Le principe de l'incompatibilité

617. L'opposition des logiques de la justification et du droit civil de la responsabilité. La justification d'un fait générateur de responsabilité civile paraît, à partir du moment où l'on retient la conception ici défendue, tout simplement impossible. Il y a deux raisons à cela.

En premier lieu, le fondement et la fonction de la justification sont totalement opposés à la fonction du droit civil de la responsabilité. Malgré sa perfection juridique, laquelle suppose notamment l'anormalité du fait et la dégradation d'une situation juridique, la justification empêche qu'un fait générateur de responsabilité ne soit imputé à celui dont on recherche la responsabilité. Plus précisément, l'effet de la justification est de faire obstacle à la réprobation objective de ce fait, c'est-à-dire qu'elle interdit qu'il ne soit reproché à qui que ce soit. En termes de fondement, cette absence de reproche s'explique par la neutralité ou l'utilité sociale du comportement adopté. On ne saurait s'opposer juridiquement à des actes qui, profitant au Bien commun, devraient même, pour certains d'entre eux, être encouragés. De son côté, le droit civil de la responsabilité est toute entier dévoué à la protection de l'intérêt privé des personnes juridiques, c'est-à-dire à la protection des victimes. La satisfaction de cet objectif passe idéalement par deux types de sanction, toutes deux neutres et ne poursuivant que le rétablissement du *statu quo ante* : l'indemnisation des dommages causés *de lege lata* ; et l'anticipation des préjudices menaçants *de lege ferenda*³²⁸⁸. On voit donc à quel point l'esprit animant la justification et la responsabilité civile sont parallèles : l'une et l'autre ne sauraient se rencontrer. D'une part, la nature neutre des sanctions poursuivant l'objectif du droit civil de la responsabilité civile conduit à tenir pour indifférente toute reprochabilité sociale du fait qui s'ajouterait à la condition d'anormalité objective. Dès lors qu'une situation juridique a été anormalement perturbée, la réparation doit être tenue pour légitime, et ce, que l'acte soit

³²⁸⁷ V. A.-Ch. DANA, *op. cit.*, n° 160.

³²⁸⁸ V. *supra* n° 112 et s.

reprochable ou non du point de vue de l'intérêt général. D'autre part, on peut d'ailleurs s'interroger : qu'importe à la protection des intérêts privés la neutralité ou même l'utilité sociale de la faute, du fait anormal de la chose ou de la violation contractuelle qui les a lésés ? Les voisins de la maison sauvée des flammes qui auront vu leurs bégonias piétinés par les pompiers seront bien heureux de savoir que leur parterre de fleurs aura été sacrifié pour la bonne cause, de même que le commerçant dont la vitrine aura été brisée par une voiture pour la raison louable que son conducteur a ainsi sauvé la vie du piéton qui traversait sans regarder. Ils ont subi une dégradation de leur situation juridique en raison d'un fait anormal et l'on voit mal en quoi le fait que l'intérêt général se satisfasse de ce sacrifice ou le tienne pour indifférent changerait quoi que ce soit du point de vue de la fonction victimaire du droit civil. On opposera certes que, derrière les intérêts particuliers, c'est, comme chaque branche du droit, l'intérêt commun que poursuit la responsabilité civile³²⁸⁹. Mais l'argument ne paraît pas convaincant. S'il est certain que la satisfaction des premiers participe à la réalisation du second, on ne comprend pas pourquoi il faudrait en conclure que le Bien commun devrait légitimer qu'on se désintéresse du sort des sujets de droit. A exclure la responsabilité civile pour cause de justification, on « sacrifie par trop l'intérêt du lésé à l'intérêt général »³²⁹⁰.

618. La nocivité de l'effet justificatif à la fonction du droit civil de la responsabilité.

Outre l'indifférence du fondement de la justification au droit civil de la responsabilité, c'est en effet, en second lieu, la nocivité de l'effet justificatif à la fonction de ce dernier qui permet de proclamer l'incompatibilité de l'un avec l'autre.

En effet, la justification traduit l'exigence d'une condition autonome de l'engagement d'une responsabilité : la reprochabilité objective ou antijuridicité matérielle. Un ordre de responsabilité qui en demanderait la satisfaction rendrait donc plus difficile le prononcé de la sanction qu'il prévoit. En matière pénale, la peine ne saurait être prononcée en présence d'un fait justificatif. Prendre en compte une telle condition en droit civil de la responsabilité aboutirait de la même manière à rendre plus rare l'indemnisation des victimes. Or, si le droit criminel doit, en raison de sa fonction et de la gravité des sanctions qu'il prononce en conséquence, ainsi que de leur signification sociale particulière, s'assurer qu'une infraction puisse être reprochée pour qu'elle soit punie, la fonction du droit civil commande l'inverse. Moins il y a d'obstacles à la réparation, mieux la protection des victimes est assurée. Par conséquent, une efficacité optimale de la responsabilité civile suppose de faciliter l'engagement de cette dernière en excluant toutes les conditions qui n'y sont ni nécessaires – à l'instar de ces éléments constitutifs³²⁹¹ – ni utiles – à l'image des mécanismes de la

³²⁸⁹ V. not. J. PELISSIER, art. cit.

³²⁹⁰ R. DEMOGUE, *op. et loc. cit.*, à propos de l'état de nécessité. *Adde* J. ABRAS, art. cit. V. également, défavorable à l'importation intégrale des solutions du droit pénal en responsabilité civile en raison de l'indifférence, en cette matière, de la résonance sociale du comportement, G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. cit.*, n° 57 et 570.

³²⁹¹ V. *supra* n° 22 et s.

responsabilité fonctionnelle³²⁹². La justification conduisant à exclure la responsabilité pour des raisons étrangères à la fonction de son application civile, elle s'y oppose inutilement et illégitimement et doit donc être exclue de ses conditions d'imputation.

La justification telle que conçue comme une entrave à la réprobation objective d'un fait générateur de responsabilité fondée sur l'indifférence sociale de ce dernier s'oppose donc à la fonction de la responsabilité civile. Elle s'en démarque en tous points, tant par l'extranéité de son fondement et de sa fonction que par la nocivité de ses effets à l'objectif de protection des victimes. Les deux se révèlent ainsi techniquement incompatibles. Mais cette incompatibilité n'est pas sans limites, l'efficacité de la justification en matière pénale impliquant qu'elle exerce une certaine influence sur le droit civil de la responsabilité.

2. Les limites de l'incompatibilité

619. Technique contre politique. Si, d'un point de vue technique, la divergence fonctionnelle radicale de la justification et du droit civil de la responsabilité conduit à conclure à leur incompatibilité de principe, il semble en revanche politiquement nécessaire d'assurer une certaine influence de l'une sur l'autre (a). Une fois cette nécessité démontrée, il sera envisagé comment cette influence pourrait être techniquement organisée afin que les fonctions de la justification et de la protection des victimes soient toutes deux efficacement assurées (b).

a- La nécessité politique d'une influence de la justification sur le droit civil de la responsabilité

620. La nécessité d'une conciliation de la protection des victimes et de la justification. Le droit civil de la responsabilité et la théorie de la justification assurent la poursuite d'objectifs aussi légitimes l'un que l'autre. D'une part, la responsabilité civile vise à satisfaire une finalité qui tend à devenir de plus en plus importante, tout particulièrement depuis la fin du XIX^e siècle : l'indemnisation, voire plus généralement, la protection des victimes. Dès lors que celles-ci se trouvent face à une modification anormale de leur situation juridique, il est légitime d'assurer un rééquilibrage en opérant à leur profit un retour au *statu quo ante*. Peu importe à cet égard l'irréprochabilité objective, l'absence d'antijuridicité matérielle du fait générateur de responsabilité. L'objectif social assuré par la fonction victimaire de la responsabilité civile doit être garanti et on ne saurait la remettre en cause sous peine de faire supporter à un sujet de droit un sacrifice injuste au nom de la non-contrariété de sa souffrance à l'intérêt général. D'autre part, la justification permet la réalisation de comportements non nuisibles, voire tout à fait favorables à la société. Elle poursuit donc, elle aussi, un objectif valable : elle fournit une tranquillité d'esprit à ceux qui agissent pour le Bien

³²⁹² V. *supra* n° 479 et s.

commun. On l'a dit, elle remplit une fonction d'incitation à la commission de faits générateurs de responsabilité socialement indifférents³²⁹³.

Or, il semble *a priori* impossible de concilier ces deux nécessités sociales. En effet, on vient de voir comment la justification, de par son effet, pouvait nuire à la fonction victimaire de la responsabilité civile. Il faut également dire que l'engagement de cette dernière nonobstant la présence d'un fait justificatif, s'il est techniquement et fonctionnellement fondé, peut toutefois aller jusqu'à remettre en cause l'efficacité de la théorie de la justification, et ce, même en dehors du champ civil. Une telle solution peut ainsi conduire à des résultats à la fois injustes et inutiles. Injustes, tout d'abord, car aboutissant finalement à ce que ce soit l'auteur du fait générateur justifié qui supportera le poids juridique et financier d'un comportement qui n'aura rien enlevé à l'intérêt général de la société, voire qui lui aura apporté. Comme dans la solution inverse, un intérêt privé sera illégitimement sacrifié à l'intérêt de tous. Plus celui de la victime, certes, mais celui de l'auteur. Une telle solution pourrait produire des résultats inutiles, ensuite, en ce que la menace de la responsabilité civile sur l'auteur potentiel d'une infraction justifiée peut avoir des effets contreproductifs pour la société. En effet, celui qui craint la condamnation civile injuste qui l'attend va hésiter à commettre un fait générateur de responsabilité qui pourrait être utile au Bien commun. L'intérêt général y perdrait alors³²⁹⁴.

Concilier justification et protection des victimes revient donc à résoudre le problème suivant : comment assurer la commission d'infractions dont l'intérêt général pourrait tirer profit sans empêcher la protection des intérêts de leurs victimes ?

621. La possibilité de la conciliation de la protection des victimes et de la justification. Le problème n'est à la vérité insoluble qu'en apparence. Une réflexion plus poussée et une analyse plus précise des objectifs dont la garantie est socialement indispensable permettent de défendre la thèse d'une influence nécessaire de la justification sur le droit civil de la responsabilité.

Du point de vue de la justification et de l'intérêt général en premier lieu, ce qu'il faut absolument assurer est l'accomplissement de faits générateurs de responsabilité qui pourront être socialement utiles. Ce sont eux qu'il faut provoquer et ne surtout pas décourager par la menace d'une dette de responsabilité pour qui les commettra. On peut y assimiler les comportements qui n'en ont que l'apparence, à savoir les infractions vraisemblablement utiles à la société, et cela, dans les mêmes termes et pour les mêmes raisons qu'en matière criminelle. En revanche, les actes socialement indifférents peuvent très bien ne pas être réalisés : l'intérêt général n'y perdra rien, de telle sorte que celui qui fait le choix de les commettre n'a pas à susciter de sollicitude particulière d'un système juridique qui lui épargne déjà la sanction pénale. L'influence de la justification sur le droit civil de la responsabilité,

³²⁹³ V. *supra* n° 611.

³²⁹⁴ En ce sens, v. J. PELISSIER, art. *cit.*

politique, doit donc être réservée aux faits générateurs qui sont ou qui semblent utiles à la société et qu'il s'agit donc d'encourager³²⁹⁵.

Du point de vue de la protection des victimes et de leur intérêt particulier en second lieu, c'est l'indemnisation qu'il faut assurer avant tout. Cela appelle deux précisions. Ce qu'il faut assurer d'abord, c'est l'indemnisation seulement. En revanche, l'anticipation des lésions ne semblent pas pouvoir empêcher la justification, si bien qu'une activité qui ne nuit pas à l'intérêt social ne saurait, par principe, être arrêtée au seul motif qu'elle risque de causer un dommage à un sujet de droit particulier. La prévention n'étant pas, en droit positif, une fonction du droit de la responsabilité civile³²⁹⁶, on voit mal *a fortiori* comment elle permettrait de faire obstacle à l'accomplissement d'un comportement justifié. En l'absence de dispositions légales contraires, il apparaît impossible d'envisager que la victime potentielle d'une perquisition obtienne d'un juge qu'il l'interdise avant son accomplissement sous prétexte qu'elle comporte un risque de lésion de son droit de propriété ou à l'intimité de sa vie privée. En revanche, les conséquences préjudiciables d'un tel fait générateur de responsabilité devraient pouvoir donner lieu à indemnisation. Celui qui voit sa porte défoncée à l'occasion d'une perquisition n'a aucune raison de supporter la charge financière de ce préjudice matériel. Ce qu'il faut assurer ensuite, c'est l'indemnisation surtout. Or, celle-ci n'est pas synonyme de responsabilité civile. Il est en effet acquis que le droit civil de la responsabilité n'est qu'un des moyens offerts par le système juridique aux fins de satisfaction de l'objectif social d'indemnisation des victimes. Il est une application technique de l'institution générale de la responsabilité juridique d'un côté, et une branche du droit de la réparation d'un autre, branche qui tire sa particularité de l'esprit propre du droit de la responsabilité. Parallèlement à cette institution fondée sur l'esprit de la justice commutative, se sont développés différents systèmes spéciaux d'indemnisation s'inspirant de la logique de la justice distributive. La réparation est aujourd'hui assurée par des mécanismes collectifs tels que l'assurance, la sécurité sociale ou les fonds de garantie les plus divers³²⁹⁷. On pourrait y recourir pour assurer l'indemnisation des victimes d'infractions justifiées. Après tout, en effet, ce qui pourrait décourager l'auteur d'une infraction potentiellement utile à la société, ce n'est pas vraiment le fait que ses victimes puissent obtenir réparation. C'est surtout qu'il puisse y être condamné à titre personnel alors que la société tout entière aura tiré profit de son acte. C'est donc cette

³²⁹⁵ Dans le même sens, v. J. PELISSIER, art. *cit.* Rapp. G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. cit.*, n° 557. Comp. aussi les solutions des systèmes de *common law* qui, en cas de sauvegarde d'un intérêt équivalent à l'intérêt lésé (état de nécessité privé), maintiennent la responsabilité civile alors que si l'intérêt sauvé est d'une valeur supérieure (état de nécessité publique), il n'y a ni responsabilité pénale ni responsabilité civile. Si la solution proposée est différente de celle qui est défendue ici, qui vise à permettre toujours une indemnisation des victimes, le critère de distinction est toutefois le même. Pour plus de précisions sur la question, v. J. ABRAS, art. *cit.* Sur la distinction de l'infraction socialement utile et de l'infraction socialement indifférente qui repose sur la supériorité ou l'équivalence de la valeur sauvegardée à la valeur sacrifiée, v. *supra* n° 607.

³²⁹⁶ V. *supra* n° 112 et s.

³²⁹⁷ Sur ce point, v. not. Ph. BRUN, *op. cit.*, n° 1 et s., et 781 et s., A. TUNC, *La responsabilité civile*, préc., n° 21 et s., et 174 et s., et G. VINEY, *Traité de droit civil. Introduction à la responsabilité*, préc., n° 17 et s., et spéc. n° 36 et s. Comp. Ph. LE TOURNEAU *et alii*, *op. cit.*, n° 79-1 et s., et 8330 et s., qui semble à l'inverse intégrer les régimes spéciaux d'indemnisation dans le cadre plus général d'un « *droit des délits spéciaux* ».

voie qui semble devoir être suivie pour déterminer les modalités techniques de l'influence de la justification sur le droit civil de la responsabilité.

b- Les modalités techniques de l'influence de la justification sur le droit civil de la responsabilité

622. Indifférence ou utilité sociale du fait générateur de responsabilité et modalité de l'indemnisation. DEMOGUE, parlant de l'irresponsabilité civile pour cause d'état de nécessité, la contestait comme une « *expropriation pour utilité privée* »³²⁹⁸. L'expression est discutable. Elle l'est même doublement. D'une part, parce que l'"expropriation" résultant de la justification n'a pas forcément pour cause l'utilité privée mais peut aussi se fonder sur l'utilité publique. D'autre part, parce que le propos n'a pas à être réservé à l'état de nécessité. En effet, quel que soit le fait justificatif envisagé, on peut, en se fondant sur la distinction des faits générateurs socialement indifférents et socialement utiles, satisfaire le besoin social de réparation de deux manières différentes : le maintien du droit civil de la responsabilité dans la première hypothèse (α) ; la création d'un régime spécial d'indemnisation dans la seconde (β).

α - Le maintien du droit civil de la responsabilité en cas de fait générateur socialement indifférent

623. Droit commun de la responsabilité civile. Lorsqu'un fait générateur de responsabilité civile n'est que socialement neutre, il n'y a aucune raison de ne pas maintenir le droit commun de la responsabilité civile. Techniquement tout d'abord, le fait est pleinement constitué et la réprobation du comportement est étrangère à la fonction du droit civil de la responsabilité. Pire, l'effet de la justification nuirait à l'efficacité même de cette fonction en privant les victimes de toute indemnisation. Politiquement ensuite, la société ne gagnant rien à l'accomplissement d'un tel comportement, elle n'a ni à l'encourager ni à ne pas le décourager par l'éviction du droit commun de la responsabilité civile. Partant, une obligation de réparation doit donc être reconnue à la charge de celui à qui est attribué un fait générateur de responsabilité civile socialement neutre.

Cela ne signifie pas, néanmoins, qu'il sera forcément tenu de réparer l'entier dommage de la victime, et ce, encore une fois, conformément au droit commun³²⁹⁹. Au stade de l'obligation à la dette d'une part, il pourra toujours être opposé à cette dernière une exception permettant au responsable de voir réduire l'étendue de son obligation. Il est ainsi envisageable, pour commencer, qu'il invoque une faute de la victime. L'exemple le plus évident est celui de la légitime défense. Celui qui a subi un dommage en raison du fait qu'il a

³²⁹⁸ *In op. cit.*, n° 240.

³²⁹⁹ Pour quelques illustrations des différentes situations envisageables mais au seul sujet de l'état de nécessité, *adde* R. SAVATIER, *art. cit.*

pris l'initiative d'agresser son assaillant pourra évidemment se voir reprocher son propre comportement. Dès lors que le dommage subi par la victime est équivalent à celui évité par l'auteur, le fait générateur est indifférent à la société et le droit de la responsabilité civile pourra s'appliquer. Or, à moins qu'il existe une différence importante entre les deux fautes – faute intentionnelle de la victime et faute d'imprudence inconsciente de l'auteur – justifiant de faire abstraction de celle du responsable, il ne pourra y avoir qu'exonération partielle de ce dernier. Il en serait de même si la victime a été à l'origine de la situation de nécessité ou du commandement de l'autorité légitime ou de la mise en œuvre d'une autorisation de la loi. A ce dernier titre, on pourrait citer l'article 73 du Code de procédure pénale qui permet à quiconque d'appréhender l'individu qui crée l'apparence d'avoir commis une infraction. Pour continuer, le responsable pourrait également exciper d'une cause de compensation de sa créance fondée sur l'existence d'un quasi-contrat, tel que la gestion d'affaire ou l'enrichissement sans cause, à supposer évidemment que leurs conditions d'application soient remplies. Cela sera surtout le cas lorsque la victime d'un fait accompli en situation de nécessité en sera également bénéficiaire. D'autre part, au stade de la contribution à la dette, le responsable pourra encore exercer une action récursoire à l'encontre des tiers qui, par leur faute, auront provoqué la situation justificative : ainsi de celui qui, par une agression injuste, a motivé une réaction de défense ayant entraîné des blessures à des tiers ou de celui qui est à l'origine de la situation de nécessité ayant conduit à l'adoption d'un comportement dommageable.

Il ne s'agit donc que de l'application très banale du droit de la responsabilité civile et, plus généralement, du droit des obligations. La raison en est simple : en cas de fait générateur socialement neutre, la justification n'a pas à exercer la moindre influence sur le droit civil de la responsabilité. Celle-ci ne doit en effet se manifester que lorsque le comportement se sera révélé utile à la société.

β- La création d'un régime spécial d'indemnisation en cas de fait générateur socialement utile

624. Sources d'inspiration – droit prospectif. L'utilité sociale d'un fait générateur de responsabilité ne change rien à l'incompatibilité technique évidente de la justification et du droit civil de la responsabilité. Politiquement en revanche, il est impératif de concilier le besoin social d'indemnisation des victimes de ce type d'actes tout en n'empêchant pas, voire en encourageant leur commission. A défaut, l'intérêt général serait lésé. Il faut donc à la fois satisfaire l'intérêt général de la société sans sacrifier outre mesure l'intérêt particulier de la victime, en laissant à sa charge le préjudice qu'elle endure, ou celui du responsable potentiel, en en faisant l'unique débiteur d'un avantage commun à tous les citoyens. Avant de proposer un moyen de résoudre cette difficulté, il ne paraît pas inintéressant de s'inspirer de ce qui a

déjà été proposé en doctrine, ainsi que de ce qui existe déjà en droit français et qui participent des mêmes préoccupations.

En premier lieu, du point de vue du droit prospectif, des propositions en ce sens ont déjà été formulées. Si beaucoup d'auteurs sont favorables à une intervention législative permettant l'indemnisation des victimes d'un fait générateur de responsabilité accompli par nécessité, certains, en effet, sont allés plus loin³³⁰⁰. GARRAUD rapporte ainsi une proposition faite par le juge Magnaud en 1899 visant à modifier la loi municipale du 5 avril 1884 de manière à mettre à la charge des communes « *les indemnités dues à des tiers pour réparation de préjudices résultant des actes accomplis par les indigents ordinaires de la commune* » acquittés sur le fondement de l'article 64 de l'ancien Code pénal³³⁰¹. De même, BOUZAT et PINATEL proposaient ainsi la création d'une « *responsabilité sociale, à la charge des communes ou de la sécurité sociale* » mais seulement à défaut d'un débiteur de droit commun solvable³³⁰². Intéressantes, ces propositions comportent toutefois certaines limites. Non seulement elles ne visent que l'état de nécessité mais, en outre, elles proposent de rendre débitrices les communes, ce qui paraît peu pertinent en pratique, au moins pour des raisons budgétaires. Il faut donc pousser plus loin la réflexion.

625. Sources d'inspiration – droit positif. Il est possible pour cela de se pencher, en second lieu, sur le droit positif qui connaît lui aussi des institutions par lesquelles les conséquences d'un fait utile à l'intérêt général ne sont pas laissées à la charge d'un individu.

Des exemples peuvent être trouvés, d'une part, en droit pénal. On peut ainsi citer les articles 149 et suivants du Code de procédure pénale, qui organisent l'indemnisation des victimes d'une détention provisoire prononcée à l'occasion d'une procédure s'étant conclue par un acquittement, une relaxe ou un non-lieu³³⁰³. Il semble bien qu'il y ait ici une infraction justifiée³³⁰⁴ par une autorisation de la loi – celle des articles 137 et suivants du même code, qui rappellent d'ailleurs les exigences de nécessité et de proportionnalité propres à tous faits justificatifs – et qui donne lieu à une indemnisation par l'Etat³³⁰⁵, en l'absence de faute de la victime³³⁰⁶. Si la bonne marche de la justice pénale peut justifier la privation intentionnelle de la liberté et d'aller et venir d'autrui, il n'y en a aucune raison que celui qui n'a rien fait pour mériter une telle atteinte n'en supporte définitivement et juridiquement les conséquences.

³³⁰⁰ Sur ce point, v. G. DINGOME, *op. cit.*, n° 549.

³³⁰¹ *In op. cit.*, t. 1, préc., n° 367.

³³⁰² *In op. cit.*, n° 300.

³³⁰³ Considérant la détention provisoire comme une infraction justifiée, v. Ph. CONTE, *Droit pénal spécial*, préc., n° 224.

³³⁰⁴ Sur cette question, v. not. S. GUINCHARD et J. BUISSON, *Procédure pénale*, préc., n° 2217, et J. PRADEL, *Procédure pénale*, Cujas, coll. Manuels, 16^e éd., 2011, n° 753.

³³⁰⁵ C. proc. pén., art. 150.

³³⁰⁶ L'indemnisation étant exclue, par exemple, en cas de condamnation pénale de la victime ou lorsque l'absence de condamnation est due à « *la prescription de l'action publique intervenue après la libération de la personne, lorsque la personne était dans le même temps détenue pour une autre cause, ou lorsque la personne a fait l'objet d'une détention provisoire pour s'être librement et volontairement accusée ou laissé accuser à tort en vue de faire échapper l'auteur des faits aux poursuites* » (C. proc. pén., art. 149).

Mais c'est surtout du côté du droit administratif, d'autre part, qu'il peut être utile de se tourner. Celui-ci fourmille de mécanismes assurant la prise en charge par une personne publique des suites dommageables d'un comportement socialement utile permettant d'éviter le sacrifice de l'intérêt privé au nom du Bien commun. On peut distinguer deux situations. Tout d'abord, et c'est l'hypothèse la plus fréquente, la victime dont on prend en charge les préjudices peut être une autre personne que l'auteur. A ce titre, on peut évoquer l'expropriation pour cause d'utilité publique, « *opération administrative par laquelle l'administration oblige un particulier à lui céder la propriété d'un immeuble dans un but d'utilité publique et moyennant une indemnité juste et préalable* »³³⁰⁷. L'institution correspond tout à fait au cas étudié d'un fait générateur socialement bénéfique. Il y a une atteinte intentionnelle causée à la propriété immobilière d'autrui, ce qui constitue un fait générateur de responsabilité. Celle-ci est accomplie dans un but d'utilité publique et fondée sur une décision administrative et une décision de justice : il y a donc un double commandement de l'autorité légitime pris en considération de l'utilité sociale dudit fait. Pourtant, il est apparu normal que l'exproprié ne soit pas le seul à supporter le poids juridique et financier définitif de l'avantage commun : une indemnisation est ainsi prévue à son profit, qui est la condition *sine qua non* de l'entrée en possession du bénéficiaire de l'opération. La réquisition en est un autre exemple, qui est une « *opération de puissance publique par laquelle une autorité administrative ou militaire impose à une personne physique ou morale de droit privé ou, éventuellement, de droit public, l'accomplissement de certaines prestations en vue d'un but d'intérêt général* »³³⁰⁸. Si la réquisition était initialement réservée à des fins militaires³³⁰⁹, elle a été depuis étendue à la satisfaction d'objectifs civils variés. C'est ainsi, par exemple, que la loi du 21 juillet 1938 prévoit à titre général la réquisition civile pour « *besoin de la nation* ». Cette technique apparaît comme une sorte de déclinaison de l'expropriation. Il s'agit de porter intentionnellement atteinte à la propriété mobilière, à des droits réels immobiliers autres que la propriété ou encore à la liberté individuelle d'autrui, et ce, pour pourvoir aux intérêts supérieurs de la société. On peut y voir des hypothèses de commandement de l'autorité légitime³³¹⁰, voire, dans certains cas, d'état de nécessité³³¹¹. Or, il est notable que, sauf exceptions, les réquisitions donnent lieu à indemnisation du requis. De

³³⁰⁷ Y. GAUDEMET, *op. et loc. cit.* Adde R. CHAPUS, *op. et loc. cit.*, n° 840 et s., spéc. n° 849 et s., et F. TERRE et Ph. SIMLER, *Droit civil. Les biens*, Dalloz, coll. Précis, 8^e éd., 2010, n° 500 et s.

³³⁰⁸ F. TERRE et Ph. SIMLER, *op. cit.*, n° 506 et s. Adde not. R. CHAPUS, *op. cit.*, n° 841 et s., et Y. GAUDEMET, *op. cit.*, n° 877 et s.

³³⁰⁹ Loi du 3 juillet et décret du 2 août 1877.

³³¹⁰ V. tout particulièrement les réquisitions d'aide des gendarmes prévues par les articles 156 et 310 du décret d'organisation de la gendarmerie du 20 mai 1973.

³³¹¹ V. ainsi les articles L. 641-1 et s., et R. 641-1 et s. du Code de la construction et de l'habitation qui permettent de réquisitionner, par arrêté préfectoral, des locaux vacants au profit de personnes sans logement ou mal logées « *dans les villes où existe une crise grave du logement* » ou les articles L. 642-1 du même code relatif aux réquisitions de logement avec attribution.

même, on peut penser à la responsabilité du fait des lois³³¹². Admise depuis l'arrêt *Société La Fleurette* du Conseil d'état³³¹³, elle permet, dans certaines limites et sauf exclusion légale, de réparer le dommage subi par les quelques victimes que ferait une disposition législative. Il s'agit là encore d'éviter que des sujets de droit particuliers ne voient leurs seuls intérêts lésés au nom du bien de tous. Ensuite, hypothèse plus rare, il se peut que l'auteur et la victime soit une seule et même personne. Dès lors que son fait apparaîtra utile à l'intérêt général, la responsabilité de la puissance publique pourra être engagée en vertu de la jurisprudence relative au contributeur occasionnel et bénévole du service public³³¹⁴. Il est question de ne pas décourager les simples citoyens à apporter un concours utile au Bien commun en leur assurant que les préjudices qu'ils subiraient à cette occasion seront pris en charge par la collectivité. Le système a pu trouver à s'appliquer au profit de l'auteur d'un fait générateur de responsabilité pouvant être couvert par un fait justificatif. Ainsi de passants ayant prêté main-forte à une arrestation³³¹⁵, ce qui pourrait ressortir à l'article 73 du Code de procédure pénale, ou ayant porté secours à des personnes en danger³³¹⁶, ce qui rappelle l'état de nécessité.

Tous ces exemples sont particulièrement intéressants qui convergent vers une mise à la charge d'une personne publique les conséquences préjudiciables pouvant résulter d'un fait générateur de responsabilité socialement utile, afin d'éviter qu'un individu soit sacrifié au nom de l'intérêt général. Les institutions du droit administratif le sont davantage encore, en ce que l'indemnisation qu'elles assurent, qu'elles passent par un mécanisme de responsabilité ou non, reposent finalement sur un fondement unique : la rupture de l'égalité devant les charges publiques³³¹⁷.

626. Proposition de création d'un régime spécial d'indemnisation. Forts des enseignements tirés des propositions de droit prospectif et des institutions de droit positif étudiées, il est désormais possible de proposer la création d'un régime spécial d'indemnisation des victimes des faits générateurs de responsabilité socialement utiles.

³³¹² Sur laquelle, v. not. R. CHAPUS, *Droit administratif général*, t. 1, Montchrestien, coll. Domat, 15^e éd., 2001, n° 1516 et s., Y. GAUDEMET, *Traité de droit administratif. Droit administratif général*, L.G.D.J., 16^e éd., 2001, n° 1713, et 1737 et s., G. TESSIER, *La responsabilité de la puissance publique*, réimpr., Ed. La Mémoire du Droit, coll. de la faculté Jean Monnet, 2009, n° 17 et s., et J. WALINE, *Droit administratif*, Dalloz, coll. Précis, 23^e éd., 2010, n° 513.

³³¹³ CE, 14 janv. 1938 : *D.*, 1938, note ROLLAND, p. 4 ; et *S.*, 1938, 3, note P. L., p. 25.

³³¹⁴ Sur cette question, v. not. R. CHAPUS, *op. cit.*, n° 1494, Y. GAUDEMET, *op. cit.*, n° 1700, et J. WALINE, *op. cit.*, n° 485.

³³¹⁵ V. par exemple, CE, 17 avr. 1953, *Pinguet* : *D.*, 1954, jur., note G. MORANGE, p. 7.

³³¹⁶ V. not. CE, 11 oct. 1957, *Commune de Grigny* : *RDP*, 1958, concl. KAHN, p. 306, CE, 14 oct. 1988, *Le Goff*, *D.*, 1989, somm. comm., obs. F. MODERNE et P. BON, p. 353, et CE, 30 avr. 1990, *Commune de Coméron* : *Petites affiches*, 30 juill. 1990, concl. M. DE GUILLERCHMIDT, p. 4.

³³¹⁷ En ce sens, v. ainsi, G. CORNU, *Etude comparée de la responsabilité délictuelle en droit privé et en droit public*, préc., pp. 263 et s., R. CHAPUS, *op. cit.*, n° 1506 et s., Y. GAUDEMET, *op. cit.*, n° 1714, et 1739 et s., et *Traité de droit administratif. Droit administratif des biens*, préc., n° 895, et J. WALINE, *op. cit.*, n° 483. M. GAUDEMET fait d'ailleurs état de la propension de cette notion à fonder de manière autonome la responsabilité de la puissance publique lorsqu'une victime subit, dans l'intérêt général, un préjudice « excédant les charges qui lui incombent normalement » (v. *Traité de droit administratif. Droit administratif général*, préc., n° 1714 et s.).

Quant à son fondement en premier lieu, il semble que l'idée administrativiste de rupture de l'égalité devant la loi soit tout à fait adaptée pour asseoir une institution visant à indemniser le particulier à qui est imposée une perte au nom de l'intérêt général. Il n'est ni légitime ni efficace qu'une lésion résultant d'un fait générateur de responsabilité soit laissée à la charge d'un sujet de droit unique, victime ou auteur, alors que l'ensemble de la société en tire finalement profit.

Concernant sa nature en second lieu, il est possible d'hésiter entre un régime de responsabilité de la puissance publique et un régime spécial d'indemnisation extérieur à toute logique de responsabilité. La deuxième option paraît préférable, car une telle indemnisation semble ressortir à la justice distributive, due « *par la collectivité à ses membres* »³³¹⁸, plutôt qu'à la justice commutative dont le droit de la responsabilité est une émanation. Créer un fonds d'indemnisation légalement désigné comme débiteur paraît donc préférable à la création d'un nouveau cas général de responsabilité de la puissance publique.

Reste à en déterminer, en dernier lieu, le fonctionnement. Quant au débiteur d'une part, la plupart des propositions de droit prospectif et des institutions du droit positif font supporter l'indemnisation à une personne publique précise, et notamment aux communes. Une telle solution ne paraît pas la meilleure, parce que les faits générateurs envisagés ne profitent pas qu'à une collectivité publique en particulier mais bien à la société en son entier et parce que, par ailleurs, d'un point de vue pratique, cela risquerait de nuire au budget des plus petites d'entre elles³³¹⁹. La création d'un fonds d'indemnisation autonome paraît une meilleure solution. Il pourrait être financé, pour une partie, par les impôts – en y affectant, par exemple, une portion du produit des amendes pénales – afin de signifier que la Nation entière doit contribuer à ce qui lui bénéficie, et, pour une autre partie, par une contribution tirée des primes et cotisations d'assurance, pour l'efficacité de ce mode de financement³³²⁰. Quant au créancier d'autre part, s'agissant d'un système de justice distributive et non de justice commutative, on pourrait admettre que la réparation de son dommage ne soit pas aussi intégrale et automatique qu'en matière de responsabilité. Tout d'abord, on pourrait penser à limiter l'indemnisation du dommage à une partie de celui-ci³³²¹, à quelques chefs spécifiés de dommages³³²² ou à la condition qu'il revête une certaine importance³³²³. Mais une telle limitation de l'indemnisation paraît à contre-courant de l'évolution actuelle du droit de

³³¹⁸ J. DABIN, *Théorie générale du droit*, préc., n° 312.

³³¹⁹ V. en ce sens, J. WALINE, *op. cit.*, n° 485.

³³²⁰ Qui est celui choisi pour le fonds de garantie des victimes des actes de terrorisme et autres infractions (C. proc. pén., art. 706-3 et s.), sur lequel v. G. VINEY, *op. cit.*, n° 156 et s.

³³²¹ V. C. proc. pén., art. 706-14, qui exclut la réparation intégrale des dommages matériels résultant d'une infraction.

³³²² A l'instar de l'article L. 13-13 du Code de l'expropriation pour cause d'utilité publique qui refuse l'indemnisation du préjudice moral.

³³²³ V. C. proc. pén., art. 706-14, qui plafonne l'indemnisation des préjudices corporels n'atteignant pas un certain seuil de gravité ou la responsabilité de l'Etat pour rupture de l'égalité devant les charges publiques (v. Y. GAUDEMET, *op. cit.*, n° 1715, et CE, 31 mars 1995, *M. Lavaud* : *AJDA*, 1995, p. 422) ou du fait des lois (v. Y. GAUDEMET, *op. cit.*, n° 1742, et CE, 22 oct. 1943, *Soc. Lacaussade* : *S.*, 1945, 3, note A. B., p. 13).

l'indemnisation en général. Ainsi, en matière d'expropriation pour cause d'utilité publique par exemple, la non-prise en charge du préjudice moral, si elle est dite conforme à la Constitution³³²⁴ et à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme³³²⁵, est de plus en plus contestée en doctrine³³²⁶. En revanche, il apparaît beaucoup plus légitime, ensuite, de limiter la réparation du dommage subi par la victime en se fondant son comportement. Dans l'hypothèse où elle aurait commis une faute à l'origine du fait générateur de responsabilité socialement utile, il serait donc tout à fait possible de la priver entièrement de son droit à réparation sur une base non pas causale et technique mais bien morale et politique. Il s'agirait d'une véritable indignité entraînant la déchéance du droit à bénéficier de la justice distributive. Une telle limite est d'ailleurs assez classique puisqu'on la retrouve dans les systèmes du fonds de garantie des victimes des actes de terrorisme et d'autres infractions³³²⁷, d'indemnisation des victimes de détention provisoire³³²⁸ et même, en quelque sorte, de la responsabilité du fait des lois puisqu'elle est exclue pour les dommages résultant de la perte des bénéfices de l'activité même qui a été rendue illicite par la loi³³²⁹. Enfin, quant à la nature du recours, elle pourrait être mixte. D'un côté, le recours pourrait être principal par rapport au droit de la responsabilité, afin d'assurer une bonne indemnisation des victimes. On conserverait alors au représentant du fonds le pouvoir de recourir contre un tiers éventuellement responsable du fait de sa participation causale à la situation justificative. On peut à ce titre s'inspirer de l'article 150 du Code de procédure pénale qui prévoit, au sujet de la réparation du dommage subi du fait d'une détention, un recours de l'Etat « *contre le dénonciateur de mauvaise foi ou le faux témoin dont la faute aurait provoqué la détention ou sa prolongation* ». D'un autre côté, ce recours pourrait avoir une nature subsidiaire par rapport aux autres systèmes spéciaux d'indemnisation susceptibles de s'appliquer à la situation en cause. Cela ne nuirait pas aux victimes, qui jouiraient quoi qu'il en soit d'un débiteur solvable, et serait favorable au fonds d'indemnisation des victimes de faits générateurs de responsabilité socialement utiles en permettant d'éviter que ne soit trop mis à mal son équilibre budgétaire. C'est donc aussi dire qu'il ne paraît ni nécessaire ni utile que le régime spécial d'indemnisation dont la création est proposée ait vocation à absorber les institutions existant déjà en droit positif.

³³²⁴ Cons. const., 21 janv. 2011 QPC : *Gaz. Pal.*, 2011, 26-27 janv., p. 6, et Cons. const., 22-24 févr. 2011, note S. FIAT, p. 9.

³³²⁵ CEDH, 4 nov. 2010, *Derveaux c/ France*, n° 4075/07, et Civ. 3, 16 mars 2011 : *AJDA*, 2011, p. 862.

³³²⁶ V. not. G. FOREST, « Regards prospectifs sur le refus de réparer le préjudice moral de l'exproprié », *D.*, 2011, chron., pp. 2127 et s.

³³²⁷ C. proc. pén., art. 706-3, al. 9.

³³²⁸ C. proc. pén., art. 149.

³³²⁹ Par exemple, si le législateur décidait demain d'interdire le tabac, il n'y aurait pas lieu à responsabilité de la puissance publique au titre des dommages subis par les fabricants de tabac et les buralistes. V. Y. GAUDEMET, *Traité de droit administratif. Droit administratif général*, préc., n° 1742.

627. Bilan. Ces évolutions, si elles devaient être consacrées, conduiraient incontestablement à une remise en cause d'un droit positif de la responsabilité civile qui, se fondant implicitement sur la thèse de l'absence d'anormalité objective du fait justifié, conduit à une irresponsabilité civile générale. Toutefois, une telle solution posant de nombreux problèmes – allant du caractère discutable de la théorie qui la fonde aux conséquences néfastes pour les victimes qu'elle implique –, il n'y aurait rien à regretter à un tel changement. Bien au contraire tant les propositions formulées apportent une solution équilibrée. En effet, si considérer la justification comme un obstacle à la réprobation objective d'un fait générateur parfaitement constitué en raison de son indifférence sociale permet, certes, de la tenir pour incompatible par principe avec la responsabilité civile, cette incompatibilité ne reste toutefois qu'un principe, lequel souffre, par définition, d'exceptions.

Il en résulte que, techniquement d'une part, l'antijuridicité matérielle du fait générateur doit être tenue pour indifférente à l'engagement d'une responsabilité civile, le fondement social de la justification étant sans intérêt pour sa fonction victimaire qui est, au surplus, affectée par la nocivité à son égard de l'effet justificatif. Cependant, cet obstacle technique ne saurait cacher la nécessité politique, d'autre part, de prendre en compte un objectif social au moins aussi légitime et utile que le besoin d'indemnisation : l'incitation à la commission de faits générateurs utiles au Bien commun, que pourrait mettre à mal l'engagement de la responsabilité civile de l'auteur de tels comportements. Il faut donc concilier ces deux impératifs, ce qui doit nécessairement passer par une influence de la justification sur le droit civil. S'agissant d'assurer la réparation des préjudices causés aux particuliers, cette influence ne doit pas prendre la forme d'une exclusion de l'indemnisation mais celle d'une modification de ses modalités. Alors que, pour les faits générateurs que la société n'a aucun intérêt à voir commettre, le droit commun de la responsabilité civile devrait continuer de s'appliquer, ceux qui se révéleront bénéfiques pour l'intérêt général devraient pouvoir y échapper. Aucun sujet de droit, victime ou auteur, ne devrait supporter seul le poids juridique et financier d'un acte profitant à tous. Aussi, un système spécial d'indemnisation fondé sur l'idée de rupture de l'égalité devant les charges publiques mériterait d'être créé au profit des victimes d'un fait générateur de responsabilité socialement avantageux.

En fin de compte, *de lege ferenda*, il apparaît que le domaine de la justification conçue comme obstacle à la réprobation objective du fait générateur pourrait rester vaste, bien que moindre que ce qu'il est *de lege lata*. La théorie connaîtrait, tout d'abord, un domaine technique, celui des infractions pénales effectivement neutres pour la société, parce qu'elles ne lui coûtent pas, voire parce qu'elles lui apportent. Ensuite, elle aurait un domaine politique, en ce sens que la justification devrait parfois être étendue afin de n'en pas ruiner l'efficacité et l'intérêt même, et ce, en décourageant la commission de comportements socialement utiles. Cette extension prendrait deux formes. En matière pénale en premier lieu, elle se traduirait par une irresponsabilité pénale au profit des auteurs d'infractions ayant l'apparence de profiter au Bien commun. En matière civile en second lieu, elle se ferait *via* une éviction de la

responsabilité civile par un système spécial d'indemnisation des victimes de faits générateurs effectivement et apparemment utiles à la société. Pour le reste, le droit commun continuerait de s'appliquer. En effet, sanction neutre, la réparation que poursuit l'application civile de la responsabilité juridique doit logiquement tenir pour sans importance toute considération de reproche, et ce, que la réprobation soit objective ou subjective.

Conclusion du chapitre

628. Non-conformité fonctionnelle du droit positif de la réprobation. *La réprobation est une opération juridique consistant à reprocher au responsable le fait générateur de responsabilité qui lui a été attribué.* Les raisons de ce reproche peuvent être de deux sortes : objectives lorsqu'elles tiennent au caractère socialement nuisible du fait lequel, en l'absence de faits justificatifs, ni ne profite ni n'est indifférent à la société ; et subjectives lorsqu'elles sont relatives à la liberté et aux discernements légal et moral dont a fait preuve l'agent lorsqu'il a commis ce fait, ce qui est exclu en cas de contrainte morale externe, d'infantia, d'erreur de droit ou de trouble psychique ou neuropsychique affectant le sens moral de l'auteur. Mais, dans tous les cas, il s'agit de porter *un jugement de valeur social et moral sur le comportement qu'il a adopté, de telle sorte que la réprobation, objective aussi bien que subjective, ne saurait avoir un domaine étendu à l'ensemble des applications techniques de la responsabilité juridique. Idéalement, celle-ci n'a ainsi de rôle à jouer qu'en fait de droit pénal.* En tant que celui-ci tend à protéger objectivement et subjectivement la société, il donne lieu à la prononciation d'une peine qui n'est légitime que si le comportement accompli peut être regretté par l'auteur et qui n'est utile qu'à la condition qu'elle puisse être comprise par lui et qu'elle le détourne de faits sans intérêt pour le Bien commun. A l'inverse, la réprobation devrait rester étrangère au droit civil de la responsabilité, qui ne poursuit que la protection des intérêts particuliers par la réparation, *de lege lata*, et l'anticipation des préjudices, *de lege ferenda*. L'idée de reproche semble en effet indifférente à des sanctions aussi neutres. Celles-ci ne requièrent ni que celui qui les subit ait nuit à l'ensemble de la société, la lésion d'un intérêt personnel suffisant, ni qu'il puisse en comprendre le sens ou même celui de l'acte qui les fonde. La réprobation est, en outre, nuisible à la fonction victimaire du droit civil, en ce qu'elle entraîne une régression de la responsabilité par une augmentation des conditions nécessaires à son engagement. Pourtant, on peut penser que, dès lors qu'il y a une anomalie objective à l'origine d'un dommage subi par une personne, celle-ci ne devrait plus voir le poids juridique de cette lésion être laissé à sa charge. En somme, *ni la théorie de la justification ni celle de l'imputabilité au sens classique du terme n'ont leur place en droit civil de la responsabilité.*

Le droit positif, toutefois, est loin d'être toujours conforme à ces orientations fonctionnelles. Ainsi, naturellement, la justification est parfaitement reçue en matière pénale, que l'on envisage les faits justificatifs véritables ou les faits justificatifs vraisemblables – dont le régime devrait toutefois être revu à l'aune de leur fonction politique – de la même manière que, conformément à sa fonction, le droit civil de la responsabilité a rejeté totalement la reprochabilité subjective. Personnes morales, *infantes* et malades mentaux sont aujourd'hui pleinement tenus à réparation. Mais l'accord du droit positif de la responsabilité avec les fonctions propres du droit criminel et du droit civil s'arrête là. En effet, alors que les faits

justificatifs empêchent toute indemnisation, l'imputabilité *classico sensu* décline également en droit pénal, et ce, au nom de la notion de dangerosité. Celui-ci connaît la responsabilité pénale des personnes morales, d'une part, mais aussi une forme de quasi-responsabilité pénale des personnes atteintes d'affection mentale, d'autre part. Les *infantes* sont les seuls à échapper à la responsabilité pénale, comme il résulte des enseignements classiques du droit pénal moderne de BECCARIA. *Des évolutions sont donc nécessaires. Celles du droit criminel sont simples. Il faut revenir sur cette évolution en privilégiant des solutions alternatives à la responsabilité pénale des non imputables dangereux* : l'exclusion du champ pénal des malades mentaux au profit de solutions tirées du droit sanitaire encadrées par le droit des personnes et des droits de l'homme ; et le renforcement de la responsabilité pénale des personnes physiques agissant pour le compte ou au moyen d'un groupement, doté ou non de la personnalité juridique. *Les améliorations du droit civil de la responsabilité dans le sens d'une plus grande conformité avec ses orientations fonctionnelles sont plus subtiles en revanche.* Une chose est certaine, l'indemnisation des victimes doit absolument être assurée, nonobstant l'apport à l'intérêt général éventuel du fait générateur de responsabilité. Mais l'institution générale de la responsabilité juridique impose, pour plus de cohérence et d'efficacité, que chacune de ses applications techniques fonctionnent en système. Dès lors, la réparation des préjudices personnels ne saurait ruiner la fonction de la justification en décourageant les auteurs d'infractions socialement utiles de les commettre. Il faut donc à la fois réparer les dommages, prendre en compte l'intérêt des victimes, et préserver les auteurs, tenir compte de leur intérêt et de l'intérêt général. C'est dire que si la réprobation objective est une question *a priori* étrangère au droit de la responsabilité civile, elle exercera tout de même une certaine influence en la matière. *Une solution qui semble équilibrée a été proposée : soit le fait générateur est socialement indifférent, le Bien commun n'ayant ni à l'encourager ni à le décourager, et on devrait alors maintenir le droit commun de la responsabilité civile au profit des victimes et au détriment du responsable ; soit ce fait est socialement utile, l'intérêt général devant encourager ou, au moins, ne pas décourager sa commission, et il faudrait dès lors trouver une voie alternative d'indemnisation. La mise en place d'un système spécial d'indemnisation des victimes de faits générateurs effectivement et apparemment utiles à la société, fondé sur le principe de rupture d'égalité devant les charges publiques, pourrait être cette voie alternative.* Il semble que c'est à la condition que ces évolutions soient adoptées que le droit de la responsabilité pourra s'accorder de la manière la plus harmonieuse et la plus équilibrée aux fonctions respectives de ses applications civile et pénale.

Conclusion du titre

629. Viser large, ou l'imputation en droit civil de la responsabilité. *Le fait générateur de responsabilité une fois constitué, ses éléments conceptuels et ses éléments fonctionnels une fois réunis, reste encore à identifier le responsable.* En tant que fait juridique, il produit en effet des conséquences de même nature qui doivent bien trouver un sujet d'imputation, une personne qui sera tenue d'assumer la charge juridique de responsabilité : l'obligation de réparation ou de prévention en matière civile ou le devoir de subir une peine en droit criminel. *C'est ce que permet le mécanisme de l'imputation du fait générateur, mécanisme qui, théoriquement, peut se décomposer en deux opérations : l'attribution en premier lieu, visant à rattacher, de façon relativement neutre, le fait au responsable ; et la réprobation en second lieu, qui tend à reprocher le premier au second, par le biais d'un jugement de valeur porté soit sur l'un (réprobation objective), soit sur l'autre (réprobation subjective).* Or, il est apparu que *l'imputation était et devait forcément être influencée par les fonctions propres à chaque application de la responsabilité en droit privé, et ce, que l'on s'attache à l'une ou l'autre de ces deux opérations.*

Concernant, en premier lieu, le droit de la responsabilité civile, il tend à satisfaire au mieux les personnes juridiques dont les intérêts ont été anormalement lésés ou mis en danger, et ce, par la réparation ou la prévention d'un préjudice opérant un retour au *statu quo ante*. Dès lors, pour être efficace, *le droit civil de la responsabilité, en fait d'imputation, doit viser large, ce qui appelle deux séries de précisions.*

D'une part, il est évident qu'*une fois réunies les exigences qu'imposent le concept de responsabilité juridique (résultat légal découlant d'une anormalité objective causale) et la fonction victimaire même du droit civil (personnalité de l'intérêt lésé), nul obstacle supplémentaire ne saurait être opposé à la demande de la victime.* Son intérêt en serait lésé pour des raisons totalement indifférentes aux objectifs d'indemnisation ou d'anticipation des dommages, que ces considérations tiennent à la réprobation objective ou à la réprobation subjective. Dans le premier cas en effet, on voit mal pourquoi l'utilité ou l'indifférence sociales de l'acte devraient nuire à un particulier dont l'intérêt personnel a, quant à lui, bel et bien été atteint. Pourquoi la victime devrait-elle seule contribuer à l'intérêt général ? Dans le cas de la réprobation subjective par ailleurs, ce sont des considérations morales qui entrent en ligne de compte, alors que la réparation et la prévention apparaissent comme des sanctions neutres dont l'efficacité n'implique pas que celui qui les subit en comprenne ni le sens ni le fondement. Pas plus il n'apparaît utile qu'il ait adhéré au fait dommageable commis, dès lors que l'anormalité objective suffit à décharger la victime du poids juridique de son préjudice. L'imputation civile suppose donc, tout d'abord, d'exclure la réprobation. Le droit positif n'est que partiellement en accord avec ces impératifs fonctionnels. Il l'est, certes, en termes de réprobation subjective, l'imputabilité *classico sensu* n'étant plus une condition de la

responsabilité civile depuis le milieu des années 1980. Mais il n'en est pas de même de la réprobation objective, puisque la théorie de la justification trouve à s'appliquer en la matière. Une évolution du droit civil dans le sens de sa fonction victimaire paraît donc impliquer son abandon, sous réserve, toutefois, de ne pas en ruiner l'efficacité en décourageant les auteurs d'infractions utiles qui pourraient, de peur d'être tenus à indemnisation, ne pas accomplir des faits générateurs de responsabilité civile pourtant utiles au Bien commun. Une influence de la théorie de la justification sur le droit civil de la responsabilité semblerait donc opportune, qui pourrait prendre la forme de la création d'un régime spécial d'indemnisation des infractions socialement bénéfiques à l'intérêt général, toute autre fait générateur justifié demeurant soumis aux articles 1382 et suivants du Code civil.

D'autre part, viser large en fait d'imputation civile, c'est aussi *offrir un certain nombre de débiteurs aux victimes, débiteurs que l'on peut multiplier sous une double condition de légitimité et d'utilité de l'extension du champ des responsables civils*. Sur le plan de la *légitimité*, d'abord, outre la responsabilité comportementale, qui consiste à fonder l'attribution sur l'attitude de l'auteur, ce qui paraît tout à fait naturel, il semble également possible d'imputer un fait à une personne à raison de ce qu'il est survenu dans sa sphère d'autorité. En effet, cette autorité apparaît comme une prérogative attachée à une fonction sociale – laquelle peut être fondée sur la garde d'une chose ou d'autrui ou sur la direction d'autrui – à laquelle sont aussi greffées des charges, dont celle de répondre des faits générateurs de responsabilité qui peuvent y être rattachés. La responsabilité est alors de type fonctionnel. En termes d'*utilité*, ensuite, la multiplication du nombre de débiteurs n'est admissible qu'à deux conditions : la responsabilité fonctionnelle doit offrir un débiteur plus sûr que la responsabilité comportementale, soit à raison de sa solvabilité plus grande, soit à raison d'une aptitude à l'assurance supérieure, soit à raison de son identification plus aisée ; et la responsabilité fonctionnelle doit venir en plus et non à la place de la responsabilité comportementale. Celle-ci doit toujours demeurer en effet, à peine de priver la victime d'un recours contre son débiteur le plus naturel malgré la défaillance, parfois, du responsable fonctionnel. La responsabilité fonctionnelle doit être additive et non substitutive pour correspondre aux fonctions du droit civil de la responsabilité. C'est sur ce point que doit principalement être amélioré le droit positif car, s'il est certain que la responsabilité fonctionnelle est en plein essor, elle doit néanmoins être encore renforcée afin de bien l'expurger de toute considération subjective ou comportementale. Mais ce sont surtout les immunités fonctionnelles, comme celles des préposés et des dirigeants sociaux, qui doivent être abandonnées, à peine de priver les victimes d'indemnisation pour des raisons étrangères aux préoccupations du droit de la responsabilité civile et qui ne devraient ressortir qu'au droit du travail et au droit des groupements.

En somme, deux principes doivent gouverner l'imputation en matière civile : *pour viser large, il faut renforcer la responsabilité fonctionnelle additive et abandonner la réprobation, objective aussi bien que subjective*.

630. Viser juste, ou l'imputation en droit pénal de la responsabilité. Quant à la matière criminelle, en second lieu, sa fonction est toute autre : il s'agit d'assurer la protection des valeurs essentielles d'une société donnée. Or, pour que cette fonction soit remplie efficacement, il ne suffit pas d'une protection objective de la société, passant par une anticipation des atteintes aux biens juridico-pénaux et par une élimination des délinquants. Il faut encore, en effet, en assurer la protection subjective, c'est-à-dire s'assurer que la peine soit légitime et utile. Cela implique que la personne pénalement responsable puisse la ressentir comme méritée afin que puissent être provoqués en lui repentance, amendement et amélioration de son comportement à venir. Peu importent les facultés financières du responsable en fin de compte. Peu importe non plus le nombre de responsables. Ce qui compte, c'est de désigner le bon responsable : *le droit pénal de la responsabilité, en fait d'imputation, doit viser juste, faire preuve de justesse, pour être fondé en justice.*

De cela, on peut tirer une double conséquence. Tout d'abord, il n'existe qu'un titre légitime d'attribution des faits générateurs de responsabilité pénale : l'attitude du responsable. *Seule la responsabilité comportementale a sa place en matière pénale, la responsabilité fonctionnelle doit en être chassée.* Dès lors qu'il n'a pas pris personnellement part au comportement dont il est rendu responsable, l'attributaire fonctionnel ne peut, en effet, ni ressentir la peine comme juste, ni se sentir coupable, ni modifier son attitude qui, précisément, n'a eu aucune influence sur le fait générateur de responsabilité et ne pourra pas en empêcher le renouvellement éventuel. Il en résulte également, ensuite, *que la réprobation est de la nature même du droit pénal de la responsabilité, et ce, qu'il s'agisse de la réprobation objective ou de la réprobation subjective.* Du point de vue de la première, d'une part, elle est nécessaire à une protection sociale efficace. Comment pourrait-on ainsi déplorer la commission d'une infraction socialement utile ou indifférente ? Et pourquoi devrait-on empêcher un acte finalement profitable à tout un chacun ? Pour ce qui est, d'autre part, de la réprobation subjective, il faut convenir qu'un comportement accompli non librement ou sans conscience de son immoralité ou de son illégalité ne saurait être regretté par son auteur. La peine serait alors non seulement illégitime, l'agent étant étranger à sa propre attitude, mais encore inutile, la sanction ne pouvant ni être comprise par son sujet ni éviter qu'il ne recommencera s'il devait à nouveau être placé dans une situation identique.

De lege lata, pourtant, le droit criminel est, réserve faite de la place qu'y prend naturellement la théorie de la justification, loin de se conformer à ces exigences. On assiste ainsi, dans le même temps, à un essor de la responsabilité fonctionnelle, au travers de la responsabilité pénale du chef d'entreprise et de celle des personnes morales, et à un déclin de la responsabilité individuelle. Celui-ci se manifeste dans l'affaiblissement de fait de la responsabilité comportementale, dont témoigne le recul de la responsabilité des préposés et des personnes physiques agissant respectivement pour le compte de leur employeur ou d'une personne morale, ainsi que la déchéance de l'imputabilité *classico sensu*. Aujourd'hui, en effet, personnes morales et personnes physiques dont les facultés mentales sont affectées

n'échappent plus à la responsabilité pénale. Des évolutions sont donc évidemment nécessaires. *De lege ferenda*, il faudrait donc absolument réaffirmer les principes classiques du droit pénal général. Cela passerait, premièrement, par un *abandon de la responsabilité pénale des personnes morales*, qui s'est révélée contraire à la fois à l'exigence d'un monopole de la responsabilité comportementale en matière criminelle et à celle de reprochabilité subjective. On a vu combien le droit pénal était riche de solutions alternatives suffisamment respectueuses de ces principes fondamentaux. Dans un second temps, l'amélioration du droit criminel doit nécessairement passer par l'abrogation de la loi du 25 février 2008 et par tout rejet de ce qui pourrait s'approcher de près ou de loin d'une responsabilité pénale des personnes physiques non imputables. On comprend la douleur des victimes et les craintes des élus et des citoyens. Mais il y a d'autres moyens, qui ont été décrits et qui pourraient découler d'une conjugaison heureuse du droit des personnes et du droit sanitaire. Enfin, la réaffirmation de la responsabilité comportementale des personnes physiques imputables au sens classique du terme doit aussi être assurée, qui passera par une réforme de la responsabilité pénale du chef d'entreprise et par un rejet absolu des immunités fonctionnelles hors du droit pénal.

En bref, deux règles doivent régir l'imputation en matière pénale : *pour viser juste, il faut n'admettre que la responsabilité comportementale et ne plus admettre de responsabilité pénale sans reprochabilité subjective.*

CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE

631. Fondement de la convergence du droit pénal et du droit civil de la responsabilité. La tendance actuelle à la confusion du droit pénal et de la responsabilité civile est-elle justifiée ? En partie, certes, car le concept de responsabilité juridique l'impose³³³⁰. Mais en partie seulement, car l'institution générale de responsabilité juridique ne commande pas que cela.

En partant du même postulat que droit civil et droit pénal de la responsabilité ne sont que des applications spéciales de cette institution, il a semblé possible de trouver un moyen technique et rationnel de fonder la divergence de ces disciplines. *Penser la responsabilité juridique comme une institution globale conduit, en effet, à concevoir le fonctionnement de chacune de ses applications de manière également globale. Droit pénal et droit de la responsabilité civile ne peuvent plus, dès lors, évoluer indépendamment l'un de l'autre mais seulement de manière autonome, et ce, encadrés tous deux par l'institution générale dont ils découlent. Ils doivent fonctionner en système, ce qui implique de réfléchir pour que ce système soit cohérent et efficace. Et la clé pour y parvenir est apparue, qui s'est révélée être le critère fonctionnel. Pour que le système de responsabilité juridique soit généralement cohérent et efficace, il faut que chacune de ses applications réponde à un besoin social spécifique parmi ceux que fait naître le fait générateur de responsabilité. Plus précisément, droit pénal et droit civil de la responsabilité doivent être dédiés entièrement à une fonction spécifique et ne pas être utilisés l'un et l'autre pour la même chose.*

A ce titre, il a semblé que leurs fonctions étaient les suivantes. Quant à la responsabilité civile, son évolution principale a été celle d'une amélioration de la situation des victimes. Son rôle a, par conséquent, été désigné par l'expression de *fonction victimaire*, au sens où elle tend à protéger avant tout, par l'indemnisation *de lege lata*, et par l'anticipation des dommages, *de lege ferenda*, la *protection des personnes juridiques et de leurs intérêts*. Son importance est principalement quantitative, en ce que ce besoin social paraît appeler une satisfaction aussi systématique que possible. Le droit criminel semble, pour sa part, remplir une *fonction de protection de la société*. Si l'on recense l'ensemble des buts de la peine, rétribution, correction, resocialisation, éducation, expression, prévention spéciale et générale, etc., il apparaît bien qu'en effet, c'est toujours la *protection présente et surtout à venir des biens juridico-pénaux, c'est-à-dire des valeurs et intérêts essentiels à l'ordre social*, qui est pourchassée. L'importance de cette fonction paraît, quant à elle, plutôt qualitative. Elle est particulièrement noble, qui intéresse l'Etat, ses fonctions régaliennes, la société tout entière et l'intérêt général. En revanche, elle semble pouvoir se passer d'une satisfaction systématique,

³³³⁰ V. *supra* n° 22 et s.

dans le sens où l'impunité de certaines infractions peut être supportée par une société qui ne déclinera pas pour autant.

C'est sur la base de ces éléments qu'a pu être menée l'étude de la divergence fonctionnelle des responsabilités de droit privé. Et voilà ce qui en a résulté.

632. L'individualisme et l'objectivisme, ou le droit civil de la responsabilité. Le droit de la responsabilité civile, en tant qu'il poursuit la protection des victimes et de leurs intérêts, doit pouvoir être mis en œuvre aussi facilement et aussi souvent que possible afin que ce besoin social particulièrement impérieux soit satisfait autant que faire se peut. C'est une question d'efficacité de cette application de la responsabilité juridique mais aussi de justice. Dès lors que la victime est innocente comme n'ayant pas causé à elle seule son dommage du fait de l'anormalité de son comportement, il semble en effet n'y avoir aucune raison légitime de laisser à sa charge le poids juridique de cette lésion. Il découle de cela une double conséquence. *Une fois dépassées les exigences du concept de responsabilité juridique, le droit civil semble marqué par l'individualisme et par l'objectivisme.*

Individualisme d'une part, en ce que ce sont les personnes et leurs intérêts particuliers qui comptent avant toute chose. C'est ce que l'on peut conclure au vu des deux éléments suivants. En premier lieu, *le seul élément qui est apparu devoir être ajouté au fait générateur de responsabilité*, tel que résultant des réquisits du concept même de responsabilité juridique, *est le caractère personnel de l'intérêt lésé* objet du résultat légal. Puisqu'il est question de protéger des victimes en effet, et puisqu'il s'agit de le faire par l'attribution d'un droit subjectif à la réparation ou à la prévention d'un préjudice, il a semblé logique, du point de vue de la fonction du droit civil de la responsabilité, d'exiger que la situation juridique dégradée intéresse une personne juridique. Tel n'est pas le cas en droit positif, le droit civil autorisant certains groupements à obtenir indemnisation pour les atteintes portées à des intérêts suprapersonnels, collectifs et objectifs, dont la défense et la promotion constitue leur objet social. Un tel état du droit, qui tient surtout à un manque de réflexion sur la place et le rôle des corps intermédiaires en droit de la responsabilité, doit forcément évoluer vers un abandon des actions civiles collectives, et ce, pour des raisons à la fois techniques et fonctionnelles. Une protection objective, à la fois pénale et administrative, des valeurs collectives paraît être une solution préférable. Il faudrait simplement songer à y faire participer syndicats, associations et autres groupements et réfléchir à la manière d'y procéder. L'individualisme du droit civil de la responsabilité tient à ce que cette exigence d'un caractère personnel de l'intérêt lésé se révèle être la seule condition supplémentaire à ce qu'impose le concept de responsabilité juridique. Mais il est également lié à ce que cette exigence est, plus généralement, la seule restriction supplémentaire imposée par la fonction victimaire du droit civil. Tout le reste, que l'on s'intéresse à la constitution du fait générateur ou à son imputation, n'est qu'extension du champ de la responsabilité et suppression de tous les obstacles qui pourraient se dresser face à la victime et à son indemnisation. L'individualisme de la matière se manifeste d'ailleurs

également, en second lieu, dans *l'indifférence logique de la responsabilité civile à la théorie de la justification*. Dès lors que les faits justificatifs apparaissent comme des causes de non-réprobation objective motivées par l'utilité ou l'indifférence sociale d'un fait générateur parfaitement constitué, le droit civil n'a pas à les intégrer à son régime à peine d'entraîner un sacrifice injuste de l'intérêt des victimes au profit de l'intérêt général. En réalité, c'est l'un et l'autre qui doivent être conciliés, aucun n'ayant à être sacrifiés. Si la fonction victimaire doit entraîner une modification du droit positif en forme de rejet de la théorie de la justification, ce n'est donc pas sans en subir quelques influences. A défaut, c'est l'efficacité même de la théorie qui serait ruinée, la menace d'une obligation d'indemnisation détournant les individus de la commission d'infractions pouvant être socialement utiles. Une solution équilibrée a donc semblé pouvoir être proposée : responsabilité civile de droit commun en cas d'infraction socialement indifférente, la société n'ayant que faire de leur commission ; indemnisation par un fonds en application d'un régime spécial fondé sur la rupture d'égalité devant les charges publiques en cas d'infraction profitable au Bien commun, chaque citoyen devant payer le tribut de ce qui lui est bénéfique. Systématiquement les victimes seraient indemnisées, et jamais l'intérêt général ne serait lésé.

Mais c'est aussi l'*objectivisme*, d'autre part, qui fait la marque du droit civil de la responsabilité. Il se manifeste tant au stade de la constitution qu'à celui de l'imputation du fait générateur de responsabilité. Il entraîne, tout d'abord, une *éviction de toutes les considérations subjectives de nature à produire la régression de la responsabilité civile*. Dès lors que l'anormalité objective à l'origine du dommage ou du risque n'est pas du côté de la victime, elle doit obtenir réparation, sans égard ni pour la *culpabilité* ni pour l'*imputabilité classico sensu* du responsable. Mais ce *divorce de la faute et de la responsabilité* n'est pas encore tout à fait consommé. Il l'est, d'un côté, pour ce qui est de la reprochabilité subjective, dès lors que toutes les personnes juridiques, morales et physiques, qui sont privées de liberté ou de discernements légal ou moral n'en sont pas moins tenues civilement. Toutefois, d'un autre côté, il est apparu que la faute civile n'était pas encore totalement objective : la culpabilité demeure même pour la *culpa levissima*. Il serait donc bon, dans l'intérêt des victimes, que l'on passe véritablement de la faute au simple fait anormal. A titre incident, cela fournirait enfin un critère fiable de distinction des fautes civiles et pénales qui, pour l'instant, semblent demeurer tout à fait identiques sur un plan notionnel. Ce divorce de la faute et de la responsabilité témoigne d'une autre façon encore de l'objectivisme du droit civil de la responsabilité à travers l'*essor, tout à fait légitime, de la responsabilité fonctionnelle* en la matière. La responsabilité civile est de moins en moins comportementale, fondée sur le comportement – anormal – du responsable. Elle peut aussi reposer, indifféremment de toute faute de ce dernier, sur sa seule fonction à raison de l'autorité que celle-ci peut lui octroyer sur les choses ou les personnes. Tout à fait légitime au regard de la fonction victimaire du droit civil, la responsabilité fonctionnelle peut encore être améliorée, notamment par l'adoption d'une conception juridique de la garde de la chose ou par une généralisation de la

responsabilité fondée sur la garde d'autrui. Surtout, il faut faire attention et ne l'admettre qu'à condition qu'elle profite bien aux victimes, à peine de porter atteinte à la fonction victimaire du droit civil de la responsabilité. Car le divorce de la faute et de la responsabilité doit se faire en faveur de cette dernière, et pas l'inverse. C'est autrement dire que *la responsabilité fonctionnelle doit être additive*, prendre place aux côtés de la responsabilité comportementale, *et non pas substitutive*, soit prendre sa place. Les immunités fonctionnelles sont injustes, pour les victimes, qui restent étrangères à leur dommage, et pour les auteurs, dont on voit mal pourquoi ils ne répondraient pas de leurs fautes. Elles sont encore inutiles du point de vue du droit de la responsabilité civile. Pour ses sujets actifs, qui perdent un débiteur, mais aussi pour ses sujets passifs, dont l'intérêt pourrait être préservé autrement. Ce n'est pas à la responsabilité civile de prendre soin d'eux mais aux disciplines régissant leur rapport avec le responsable fonctionnel, qu'il s'agisse du droit du travail, concernant les relations commettants employeurs/préposés salariés, ou du droit des groupements, pour ce qui est des liens unissant les personnes morales et leurs organes et représentants. Le droit positif de la responsabilité civile doit par conséquent évoluer sur ce point.

C'est sous réserve de ces évolutions, et des autres évoquées, que faisant preuve d'un parfait individualisme et d'un réel objectivisme, le droit civil de la responsabilité pourra remplir au mieux sa fonction victimaire.

633. Le socialisme et le subjectivisme, ou le droit pénal de la responsabilité. Le droit de la responsabilité pénale remplit une fonction de protection sociale, et ce, au moyen d'une sanction toute particulière : la peine. La tâche est belle et grave. Grave, la sanction mise en œuvre, infamante et liberticide, l'est tout autant. On comprendra, par conséquent, qu'il ne faille en user qu'avec précaution, comme *ultima ratio*³³³¹. On réservera donc le droit criminel à certains faits uniquement et on prendra soin de n'engager la responsabilité pénale qu'à la double condition que ceci soit vraiment utile et bien légitime. La mise en œuvre du droit pénal de la responsabilité ne saurait être aussi aisée que celle de la responsabilité civile. Il en résulte deux conséquences, diamétralement opposées à celles tirées au sujet de cette dernière. *Au-delà des impératifs posés par le concept de responsabilité juridique en effet, le droit criminel se caractérise par une double tendance au socialisme et au subjectivisme.*

Le droit pénal de la responsabilité, en premier lieu, tend ainsi au *socialisme*. Il ne s'agit pas, bien sûr, d'une considération d'ordre politique mais de tirer les enseignements de ce qu'en matière criminelle, le social l'emporte sur l'individuel, l'intérêt général prime sur les intérêts privés. Car, *pour être légitime et utile, la peine doit servir à protéger effectivement la société*. Techniquement, le régime de la responsabilité pénale s'en ressent de deux manières. Du point de vue de la *constitution du fait générateur de responsabilité pénale* d'une part, la

³³³¹ Sur le principe d'*ultima ratio* du droit pénal, v., avec des approches différentes, E. DREYER, « La subsidiarité du droit pénal », préc., et M. LACAZE, *Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, préc., n° 345.

considération de la société se fait *a priori*, et ce, à un double titre. Tout d'abord, les valeurs et les intérêts pénalement protégés ne sauraient être n'importe quels biens juridiques mais seulement ceux d'entre eux qui sont les plus importants. Il faut donc des biens juridico-pénaux, qualifications qui relèvent, pour une grande partie d'un choix purement politique. Il est toutefois possible, rationnellement, de tenir certains biens juridiques pour pénalement indifférents, à l'image du simple agrément des individus ou de leur richesse économique. Le droit positif, à l'analyse, s'est d'ailleurs révélé être précisément en ce sens. *De lege ferenda* comme *de lege lata*, le droit pénal de la responsabilité se distingue par sa *sélectivité*. Mais le droit positif n'est pas toujours en parfaite conformité avec les orientations fonctionnelles du droit criminel. En effet, alors que la protection de l'ordre social supposerait, ensuite, de tenir la personnalité juridique de la victime pour indifférente par principe, tel n'est pas toujours le cas. La plupart des biens juridico-pénaux ont un référent individuel, il est vrai. Mieux, la définition même de certains d'entre eux, tels la propriété ou l'état civil par exemple, implique qu'ils soient rattachables à une personne juridique. Mais tel n'est pas toujours le cas, si bien qu'en exigeant la personnalité juridique de la victime d'un homicide, la jurisprudence réduit, sans nécessité ni technique ni politique, la protection objective de la vie humaine. Le droit criminel, à l'avenir, devrait, en conséquence, évoluer vers une tendance plus générale à l'*impersonnalité*, et ce, autant que faire se peut. Il protège la société, la Civilisation, les valeurs qui les fondent, et non les intérêts privés ou les droits subjectifs des sujets de droit. En tous cas, il ne protège pas tous et il ne protège pas qu'eux. D'autre part, la vérification de ce que la société est bel et bien protégée par la mise en œuvre du droit pénal se réalise également au stade de l'*imputation du fait générateur*. Elle s'opère alors *a posteriori* de sa constitution par le biais de la *théorie de la justification*. Celle-ci exclut en effet toute responsabilité pénale, faute de réprobation objective, en présence d'un fait justificatif témoignant de l'utilité ou de l'indifférence sociale de l'infraction ou du fait de complicité accompli. Plus précisément, la justification a un domaine technique qui fait obstacle à toute responsabilité de ce type lorsque l'apport ou la neutralité du comportement du point de vue de l'intérêt général est effective, en cas de fait justificatif véritable. En revanche, en cas de fait justificatif vraisemblable, de justification putative, l'irresponsabilité ne saurait être aussi étendue. Son intérêt est alors strictement politique, qui consiste seulement à éviter que des infractions socialement utiles ne soient pas commises en raison de ce que leurs auteurs pourraient craindre de ne pas être en situation de justification véritable. Des améliorations du droit positif sur ce point sont donc souhaitables, la jurisprudence ne distinguant pas aujourd'hui entre faits justificatifs effectifs et faits justificatifs putatifs.

En second lieu, ce qui fait l'identité du droit pénal de la responsabilité, c'est aussi son *subjectivisme*. Pour être légitime et utile en effet, la peine doit encore servir à protéger efficacement la société. Or, à cette fin, la protection objective de la société, faite de neutralisation et d'anticipation, ne peut suffire. Ce qui compte avant tout, c'est la protection subjective de la société, ce qui suppose de pouvoir s'adresser à la conscience d'un individu

apte à se sentir coupable, pour se repentir, s'amender, puis changer son comportement pour ne pas récidiver, du fait d'une adhésion plus ou moins enthousiaste aux valeurs fondant la société dont il est membre. Cela a deux implications. Premièrement, seul celui qui agit peut s'en vouloir et ne pas agir à nouveau de la même manière que celle qui lui vaudrait d'être pénalement condamné. Dès lors, seule la responsabilité comportementale peut avoir une place en droit pénal et la responsabilité fonctionnelle doit en être rejetée. Dans un second temps, seul celui qui a librement choisi d'agir, et cela en connaissance de cause de ce qu'il a fait, peut éventuellement le regretter, le comprendre et s'améliorer. C'est dire que le droit criminel suppose à la fois la culpabilité, pour ce qu'elle suppose d'aptitude à vouloir, d'exercice anormal de la volonté et de discernement matériel, et imputabilité *classico sensu*, c'est-à-dire de liberté et de discernements légal et moral. Le droit positif de la responsabilité pénale ne s'accorde néanmoins qu'imparfaitement avec ces exigences. Il ajoute, certes, la culpabilité aux éléments constitutifs du fait générateur imposés par le concept de responsabilité juridique. Seules quelques améliorations dans le sens d'un raffinement de l'appréhension pénale de la culpabilité peuvent sur ce point être proposées. Mais sur le reste, de grands changements semblent s'imposer. A l'essor de la responsabilité fonctionnelle en droit pénal s'ajoute, en effet, un déclin de la reprochabilité subjective. On pourrait croire que celui-ci imite purement et simplement le droit de la responsabilité civile. Les fonctions du premier s'y opposent pourtant fortement. Trois séries de mesures devraient donc être prises. Pour commencer, la responsabilité pénale du chef d'entreprise, de nature fonctionnelle, doit, si l'on veut la conserver, faire l'objet d'une consécration législative qui, non seulement lui donnera un fondement conforme au principe de légalité mais devra, surtout, insister sur l'exigence d'une faute causale du responsable. Ensuite, c'est la loi du 25 février 2008 qui doit être abrogée en ce qu'elle instaure deux formes de quasi-responsabilité pénale des individus souffrant d'affections mentales supposées les tenir éloignés du droit criminel, et ce, sur le seul fondement d'une infraction potentielle que leur dangerosité autoriserait seule à réprimer. C'est au droit sanitaire d'intervenir, dans le respect des droits fondamentaux de ces malades. Enfin, il faut supprimer la responsabilité pénale des personnes morales. Responsabilité de nature nécessairement fonctionnelle, exclusive de toute imputabilité *classico sensu*, et reposant sur le fondement palliatif de la dangerosité, il faut absolument l'abandonner au profit d'une répression plus ciblée et plus efficace des individus qui, par la grâce du phénomène de groupe, accroissent leur potentiel criminel. Les ressources de la technique juridique sont suffisamment riches pour y parvenir.

Ce n'est qu'à ces conditions que, témoignant d'un véritable subjectivisme et socialisme assumé, le droit pénal de la responsabilité assurera une protection effective en même temps qu'efficace des valeurs essentielles qui font de la société française ce qu'elle est.

CONCLUSION GENERALE

634. La responsabilité juridique comme institution générale : méthode et résultats.

Lorsque le droit positif tend à les confondre presque totalement, la question se pose : comment distinguer droit civil et droit pénal de la responsabilité ? Mais derrière cette interrogation, ce sont de nombreuses autres qui se posent. Lorsque rien, sinon le code dans lequel est inscrite la norme, ne sépare plus ces deux disciplines, c'est l'Ecole et c'est le Palais qui hésitent également. Comment enseigner le droit de la responsabilité demande l'un ? Comment appliquer le droit criminel et celui de la responsabilité civile ajoute l'autre ? A suivre la voie dans laquelle s'engagent parfois les juges, le législateur et la doctrine, on peut se demander si le seul critère de distinction entre ces deux matières ne va pas finir par se résoudre à un simple critère formaliste et organique : le droit de la responsabilité civile sera celui inscrit dans le Code civil et appliqué par les juridictions civiles, et le droit pénal celui trouvé dans les pages du Code pénal et mis en œuvre par les autorités répressives. Peut-on s'en satisfaire ? Très difficilement. C'est pourquoi la question a été posée : *comment distinguer et, plus généralement, articuler ensemble droit civil et droit pénal de la responsabilité ?* Et c'est pourquoi cette étude a été menée.

Au-delà du pourquoi, au-delà de la question, c'est toutefois le comment, la réponse, qui est fondamentale. Celle-ci a été fondée sur le postulat suivant. *Plutôt que deux disciplines évoluant en totale indépendance, il a été proposé de penser la responsabilité civile et le droit criminel comme de simples applications techniques particulières d'une institution plus générale : celle de la responsabilité juridique.* Celle-ci serait donc une institution juridique – c'est-à-dire, selon ROUBIER, « un ensemble organique qui contient la réglementation d'une donnée concrète et durable de la vie sociale et qui est constitué par un nœud de règles juridiques dirigées vers un but commun »³³³², dont la donnée de la vie sociale à laquelle sa réglementation s'appliquerait serait le phénomène sociologique de responsabilité tel qu'étudié par FAUCONNET³³³³ et dont le but commun des règles la constituant consisterait dans le rétablissement de l'harmonie sociale. Ces règles, d'un point de vue technique, se manifesteraient par ces applications positives que seraient notamment le droit pénal et le droit civil de la responsabilité. Une telle conception du droit de la responsabilité a paru fournir *une méthode juridique rationnelle et technique de résolution des problèmes suscités par la question de l'articulation des deux branches juridiques.* Doivent-elles converger ou diverger l'une de l'autre ? Si oui, dans quelle mesure doivent-elles le faire ? Pour répondre à ces questions, la voie à suivre semble toujours la même : en revenir à l'institution générale de responsabilité juridique. C'est précisément ce qui a été démontré, en prenant comme champ

³³³² *Théorie générale du droit. Histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales*, préc., n° 3.

³³³³ *La responsabilité. Etude de sociologie*, préc.

de recherche le domaine réduit des conditions, constitution et imputation, de la responsabilité en droit privé.

Concernant *les convergences de la responsabilité en droit privé* d'une part, la réponse fournie par la conception de la responsabilité juridique comme une institution générale a été la suivante. *En tant qu'applications spéciales d'une institution générale, droit civil et droit pénal de la responsabilité ont nécessairement une identité qu'ils tirent de cette institution.* Avant d'être de droit civil ou de droit criminel, ces disciplines juridiques sont des droits spéciaux de la responsabilité. Partant, ils doivent répondre aux exigences essentielles de l'institution, lesquelles peuvent être tirées de la définition générale de la responsabilité juridique qui peut être analysée comme *la charge juridique en vertu de laquelle une personne, le responsable, est tenue de subir une sanction en réaction à la dégradation anormale d'une situation juridique qui lui est imputée.* Quant aux *divergences des responsabilités de droit privé* d'autre part, il a résulté de la référence à l'institution de responsabilité juridique que *la cohérence et l'efficacité de cette dernière suppose qu'elle fonctionne, et ses applications techniques avec elle, en système.* Dès lors, le droit de la responsabilité civile et le droit pénal ne peuvent plus fonctionner sans prendre acte de leur existence mutuelle et de leurs fonctions réciproques. Pour que le but commun de la responsabilité juridique soit atteint, soit pour que l'harmonie sociale soit rétablie, plusieurs besoins sociaux nés de la survenance du fait générateur de responsabilité doivent être satisfaits. Pour que cet objectif général soit atteint le mieux possible, sans double emploi ni sous-emploi, *il faut que chacune des applications techniques de l'institution générale soient dédiées à un besoin social spécifique.*

635. Articulation idéale du droit civil et du droit pénal – unité conceptuelle de la responsabilité en droit privé. De ces directives générales, on a pu tirer des conclusions plus précises de ce que pourraient, de ce que devraient être les relations *de lege ferenda* du droit civil et du droit pénal de la responsabilité.

D'une part, en tant qu'applications techniques de l'institution générale de responsabilité juridique, ils doivent nécessairement converger dans une certaine mesure, celle qu'impose le concept de responsabilité juridique. Son *unité conceptuelle* est apparue résider dans ce qui semble être *la cause efficiente même de la responsabilité juridique, à savoir la dégradation anormale d'une situation juridique.* Plus techniquement, cette dernière renvoie au *fait juridique illicite générateur de responsabilité*, de telle sorte qu'*étudier l'unité conceptuelle de la responsabilité juridique revient finalement à s'intéresser au processus de constitution de ce fait juridique*, soit aux éléments constitutifs généraux qu'il faudra retrouver dans chaque application particulière de la responsabilité en droit privé. Ceux-ci, que l'on peut qualifier d'*éléments constitutifs conceptuels de la responsabilité*, sont au nombre de deux, *le résultat légal et l'anormalité causale.*

636. L'exigence conceptuelle d'un résultat légal. Quant au *résultat légal*, en premier lieu, il s'agit de l'exigence d'une *dégradation subie par une situation juridique*. Celle-ci paraît imposée par le concept même de responsabilité juridique pour plusieurs raisons. D'abord, c'est l'*essence rétrospective* de la responsabilité qui l'impose, en ce qu'en dernière analyse en effet, il apparaît que l'on est toujours responsable pour quelque chose qui s'est déjà produit. Tout usage prospectif du terme "responsabilité" paraît impropre, pour ressortir en réalité à d'autres concepts juridiques tels que ceux de devoir, d'obligation ou de fonction. Ensuite, la responsabilité juridique a forcément une *destination sociale*. En tant que manifestation juridique de la responsabilité et parce que le droit est une science sociale à vocation normative, la responsabilité juridique ne saurait ainsi équivaloir à la responsabilité morale et réagir à une simple pensée ou à un simple péché sans conséquences sociales. De même, à moins de considérer le droit comme un système de normes autosuffisant, se justifiant par lui-même et ayant vocation à se protéger lui-même, le résultat légal ne saurait se réduire à une simple atteinte à l'ordre juridique. Le droit est fait par et pour les hommes et pour régir les relations qu'ils tissent les uns avec les autres. C'est un construit au service du donné, il tend à la protection de situations juridiques traduisant des intérêts sociaux ou des valeurs morales puisés dans la réalité matérielle. Dès lors, *le résultat légal doit forcément consister en la dégradation, non pas de l'ordre juridique mais bien des situations juridiques garanties, organisées et protégées par cet ordre*. Il en résulte deux exigences : les "*responsabilités*" sans résultat légal ne relèvent pas de la responsabilité juridique et doivent être exclues du domaine de ses applications techniques en droit privé ; et *seuls les valeurs et intérêts pouvant, de par leur légitimité, de par leur conformité à l'ordre public et aux bonnes mœurs, être érigés en biens juridiques sont susceptibles de faire l'objet d'un résultat légal*. Le concept de responsabilité juridique n'impose rien de plus en termes de résultat légal.

Au contraire, il offre par conséquent une vaste marge de manœuvre quant à l'objet et quant à la forme de la dégradation. Pour ce qui est du premier, dès lors qu'il constitue véritable bien juridique, *la situation juridique dégradée peut avoir un objet divers*. L'intérêt en cause peut ainsi être de nature *patrimoniale ou extrapatrimoniale*, tout comme il peut être *doté ou non d'un référent individuel*. La liberté est aussi grande relativement à la forme de la dégradation. Il peut s'agir, classiquement, d'*une véritable lésion, abstraite ou concrète, prenant la forme d'un gain perdu ou d'une perte subie*. Les pénalistes parlent alors de *résultat juridique*. Mais la dégradation peut encore consister en *un simple risque pour la situation juridique*, et ce, quelle que soit l'application, civile ou pénale, de la responsabilité juridique. L'appréhension d'une telle forme de résultat légal, qualifiable de résultat matériel, est justifiée à la fois par la conformité à la nature rétrospective et sociale de la responsabilité juridique – le risque est passé quand on y réagit et la demande sociale en faveur de cette réaction existe – et par les fonctions mêmes du droit civil et du droit pénal. Comment mieux protéger les victimes et la société qu'en anticipant les atteintes effectives dont elles pourraient faire l'objet ? Reste

cependant que « *le droit s'épuiserait à vouloir suivre à l'infini la cascade des malheurs* »³³³⁴ et qu'il doit donc s'en abstenir.

637. L'exigence conceptuelle d'une anormalité causale. C'est la raison pour laquelle, en second lieu, le concept de responsabilité juridique requiert également une *anormalité causale*, notion complexe comprenant, en réalité, une double exigence.

Celle, tout d'abord, d'une *anormalité objective*, c'est-à-dire d'un *comportement qui s'éloigne d'une norme soit prédéterminée* par un texte ou par déduction de la gravité de l'état d'esprit coupable de l'auteur, dans lequel cas il suffit de constater cet écart de conduite, *soit indéterminée*, auquel cas c'est le juge qui devra se livrer à une véritable appréciation dudit comportement. Les réquisits découlant du concept de responsabilité juridique sont, à cet égard, doubles. Ils intéressent le principe même de cette exigence, qui découle de ce que la responsabilité juridique est une manifestation de la justice commutative et de ce que l'anormalité est le seul élément permettant d'opérer le *distinguo* entre les deux sources du résultat légal, l'activité de l'auteur et celle de l'objet ou de la victime de la lésion. *Il faut trouver une raison de ne pas laisser au compte de cette dernière le poids juridique final de la dégradation de sa situation juridique. C'est l'anormalité qui la fournit.* Plus précisément, *la moindre anormalité suffira* dès lors que sa légèreté éventuelle ou que l'absence de culpabilité, ou anormalité subjective, n'enlèvera rien à l'innocence de la victime. C'est ainsi qu'on voit que les commandements du concept de responsabilité juridique se manifestent encore au sujet du contenu de l'exigence de l'anormalité. Ils s'expriment sur la question d'une autre manière puisqu'*en raison de la fonction sociale du droit, l'appréciation, en fait de responsabilité juridique, doit forcément s'opérer* in abstracto. Ce mode d'appréciation de l'anormalité est le seule à apporter les exigences d'égalité et de sécurité qui siéent au droit.

La deuxième composante de la notion d'anormalité causale est, ensuite, la *causalité juridique*. C'est dire, d'un côté, qu'il n'y a *pas de responsabilité sans causalité*. En plus de correspondre à l'idée de justice commutative et de permettre la distinction du responsable et du bouc émissaire, ce concept est en effet le seul à permettre la relation des faits, et ce, à un double titre. Non seulement il *relie* le fait anormal au résultat légal, permettant la constitution du fait générateur de responsabilité, mais il *relate* également le déroulement des événements. C'est notamment ce qui distingue causalité, y compris juridique, et imputation, laquelle permet simplement la désignation d'un responsable. A cette *fonction attributive* qu'elle remplit elle aussi, la causalité ajoute donc une *fonction explicative*. C'est précisément parce que l'exigence causale suffit amplement à satisfaire ces fonctions techniques que *le concept de responsabilité juridique n'ajoute rien à la condition d'une causalité certaine*, c'est-à-dire qui existe. *Les caractères parfois ajoutés à celle-ci, qu'il s'agisse de l'exclusivité, de l'immédiateté ou du caractère direct ou abstrait, lui sont indifférents.* Ils ne paraissent pas

³³³⁴ J. CARBONNIER, *Droit civil. Les biens, les obligations*, préc., n° 1073, p. 2193.

non plus imposés par les principes et par les fonctions propres à chacune de ses applications techniques en droit privé dont ils réduiraient, à l'inverse, l'efficacité. Par conséquent, *la seule condition essentielle en termes de causalité est son existence même*. Encore faut-il toutefois, d'un autre côté, bien s'entendre sur la causalité dont il est question. S'il n'y a pas de responsabilité sans causalité en effet, il faut encore préciser qu'il n'y a *pas de responsabilité juridique sans causalité juridique*. Celle-ci, qui permet de pallier les incertitudes philosophiques et scientifiques soulevées par la question même de la causalité sans pour autant nier les réalités de la causalité matérielle, se révèle dès lors être une composante essentielle du concept de responsabilité juridique. Sa défense et sa promotion sont nécessaires pour cette raison mais aussi du fait de l'échec des théories ajuridiques classiques de la causalité, lesquelles, forcément inadaptées à l'ordre juridique, n'ont pas su lui fournir les réponses appropriées. La *théorie de l'empreinte continue du mal*, en revanche, est parfaitement à même de le faire. C'est d'ailleurs elle qui permet de se rendre compte que *le droit de la responsabilité ne requiert pas tant un fait anormal et causal mais bien un fait causal en tant qu'il est anormal*, soit une anormalité causale. Ses apports sont nombreux qui permettent de préciser les termes du lien causal, l'anormalité et le résultat légal, de fonder l'abstention causale, ainsi que de résoudre les difficultés attachées à l'établissement du lien causal, en justifiant le recours aux présomptions de droit et en éclairant la théorie de la force majeure et de la cause exclusive.

C'est dans cette mesure – celle d'un résultat légal, consistant en la dégradation quelconque d'un bien juridique quelconque, juridiquement causé par une anormalité objective constatée ou appréciée *in abstracto* – que le concept de responsabilité juridique impose à l'ensemble de ses applications techniques, dont le droit civil et le droit pénal de la responsabilité, de converger.

638. Articulation idéale du droit civil et du droit pénal – distinctions fonctionnelles des responsabilités de droit privé. Cependant, au-delà de ce qui pourrait être considéré comme le tronc commun du droit général de la responsabilité se pose, d'autre part, la question de la divergence des droits spéciaux de la responsabilité. Droit pénal et responsabilité civile peuvent être distingués, le concept de responsabilité juridique n'imposant pas plus qu'une anormalité causale d'un résultat légal tel qu'il vient d'être défini. Mais faut-il, précisément, les distinguer et, dans l'affirmative, suivant quels critères doivent-ils l'être ?

A la première question, il faut répondre positivement. La distinction des responsabilités de droit privé s'impose non seulement pour éviter que les besoins sociaux nés du fait générateur de responsabilité ne soient satisfaits plusieurs fois par des techniques juridiques différentes, mais aussi pour que tous ces besoins le soient efficacement. A demander à chaque application de la responsabilité juridique de répondre à toutes les demandes sociales résultant de la dysharmonie sociale à laquelle entend mettre fin cette institution générale, on aboutit forcément à ce qu'elles le fassent mal. Qui trop embrasse, mal étreint. La formule est bien

connue. Réparer et punir, ce n'est pas la même chose et chacune de ces deux fonctions reposent sur des impératifs différents. Mais dire cela revient déjà à répondre à la question du comment. Il faut distinguer le droit civil et le droit pénal de la responsabilité, certes. Il ne faut pas toutefois que la distinction se fonde sur des bases fantaisistes ou purement opportunistes. Il faut avoir *une vision d'ensemble du droit de la responsabilité pour aboutir à l'élaboration d'un système rationnel et technique de responsabilité juridique, assurant le fonctionnement cohérent et efficace de l'institution générale et de ses applications en droit privé*. C'est le *critère fonctionnel* qui donne la clé de la cohérence et de l'efficacité d'un tel système. *Au-delà d'un concept, ayant son assise dans la cause efficiente du droit de la responsabilité et fondant les convergences de la responsabilité civile et du droit criminel, l'institution générale de la responsabilité juridique fournit donc aussi un système, reposant sur les causes finales, les fonctions, de ses applications particulières dont elles expliquent les divergences.*

639. Orientations fonctionnelles du droit civil de la responsabilité. Premièrement, *le droit civil de la responsabilité remplit une fonction victimaire*. Cela signifie qu'il répond à un besoin social bien particulier, celui de protection des victimes et de leurs intérêts particuliers, protection qui peut passer aussi bien par la réparation que par la prévention des préjudices. De cela découlent plusieurs conséquences.

Du point de vue de la *constitution* du fait générateur, d'une part, le droit civil pose peu d'exigences supplémentaires à celles imposées par le concept de responsabilité juridique, peu d'*éléments constitutifs fonctionnels*. Plus précisément, il n'y en a qu'un : la condition de *personnalité de l'intérêt lésé*. S'agissant de protéger des victimes dans leur situation juridique par l'octroi d'un droit à réparation ou à prévention, il est indispensable de vérifier que l'objet du résultat légal est bien rattachable à un sujet de droit. *La personnalité juridique de la victime est donc une condition indispensable de la constitution du fait générateur de responsabilité civile. Le droit civil de la responsabilité ne peut pas et n'a pas à protéger des valeurs suprapersonnelles, collectives et objectives*. En revanche, la fonction victimaire de la responsabilité civile impose que ces personnes juridiques soient bien protégées, ce qui passe par la réduction des obstacles qui se dresseraient devant eux. Ceux-ci pourraient être de deux sortes : ils pourraient concerner la nature de l'intérêt dégradé ou la nature de l'anormalité exigée. Concernant le premier point, la protection des victimes implique de ne pas trier parmi les biens juridiques qui leur sont rattachables. Dès lors qu'il s'agit effectivement de biens juridiques et qu'ils peuvent être attribués à une personne juridique déterminée, cela suffit pour que la protection civile soit accordée, et ce, de manière générale. *Le droit civil de la responsabilité doit se caractériser par son universalité dans la protection qu'il accorde aux situations juridiques*. Pour ce qui est de l'anormalité exigée, l'anormalité objective paraît également satisfaisante. A partir du moment où la victime se distingue de l'auteur par la correction de son comportement, rien ne paraît justifier que son indemnisation ou que la prévention des dommages soient subordonnées à la culpabilité du second. Il n'a pas à

comprendre ce type de sanctions pour qu'elles soient efficaces. Il suffit qu'il ait un patrimoine. *Le fait générateur de responsabilité civile est donc aussi marqué par son objectivité.*

Celle-ci se retrouve encore, d'autre part, au stade de l'imputation de ce fait générateur. Les règles qui régissent l'imputation en matière civile doivent être simples, guidées qu'elles sont par un objectif clair : *pour bien protéger les victimes, il faut multiplier les attributaires et ne pas s'embarrasser de réprobation.* En termes d'attribution, cela se traduit par la nécessité de promouvoir la *responsabilité fonctionnelle*. Aux côtés de la *responsabilité comportementale*, fondée sur ce que le responsable est l'auteur même du fait générateur qu'il se voit attribuer, il paraît en effet légitime de l'imputer à d'autres personnes, et ce, à raison de leur fonction. Certains individus se trouvent ainsi dans des situations juridiques complexes, les fonctions, dont découlent des prérogatives et des charges juridiques. Plus spécialement, *ils tirent de cette fonction un pouvoir auquel il semble légitime d'attacher aussi un devoir, une responsabilité pour l'ensemble des faits générateurs de responsabilité qui surviendrait dans leur sphère d'autorité. Juste, un tel titre d'attribution paraît également utile dans la mesure où il fournit un débiteur de plus à la victime, souvent plus solvable et plus facile à identifier.* Ainsi du gardien juridique de la chose par rapport à son utilisateur, des parents par rapport à leur enfant mineur, du commettant par rapport au préposé ou de la personne morale par rapport aux personnes physiques qui la composent. Ce type de responsabilité, toutefois, ne sera véritablement *utile que si la responsabilité fonctionnelle est additive et non substitutive.* Elle doit s'ajouter à la responsabilité comportementale, pas la remplacer. Celle-ci ne doit jamais être évincée et *les immunités fonctionnelles doivent être chassées du droit de la responsabilité civile.* Sa fonction victimaire s'y oppose et c'est à d'autres disciplines, telles que le droit du travail ou le droit du groupement de pourvoir à l'intérêt des salariés et des dirigeants sociaux. Sur le terrain de la réprobation, les choses sont encore plus simples. Consistant à reprocher au responsable, en vertu d'un jugement de valeur social ou moral, le fait générateur accompli, elle suppose que celui-ci soit contraire à l'intérêt général, qu'il puisse être regretté et, partant, qu'on y ait adhéré. Elle est donc indifférente à la fonction victimaire, sans compter que, source de régression de la responsabilité, elle lui est également nocive par définition. *La réprobation, qu'elle soit objective avec la théorie de la justification ou subjective avec l'imputabilité classico sensu, n'a par conséquent aucune place à tenir en matière civile.*

Celle-ci s'intéresse aux individus et non à la société. Elle doit s'appliquer largement pour être efficace. *La marque du droit civil de la responsabilité, en cela, est donc l'individualisme et l'objectivisme.*

640. Orientations fonctionnelles du droit pénal de la responsabilité. *Le droit criminel, dans un second temps, entend assurer la protection de la société ou, plus précisément, celle des biens juridiques qui sont l'émanation des valeurs essentielles de la société.* Elle répond ainsi à un besoin social particulièrement important et elle y procède de

deux manières. Par une protection objective bien sûr, qui passe par l'anticipation des atteintes effectives à ces valeurs fondamentales et par la neutralisation des condamnés. Par une protection subjective surtout, qui consiste à s'adresser à la conscience individuelle du responsable chez qui l'on entend provoquer repentance et amendement ainsi qu'à celle de chacun des citoyens, en leur rappelant l'importance des biens juridiques lésés et en tentant de les éloigner du crime. Une fonction si différente de celle du droit civil de la responsabilité conduit nécessairement à une différence de régimes juridiques.

Du point de vue de la *constitution* du fait générateur, en premier lieu, le droit pénal requiert bien plus que le concept de responsabilité juridique. *Beaucoup d'éléments constitutifs fonctionnels s'ajoutent aux éléments constitutifs conceptuels.* Concernant le *résultat légal* pour commencer, la fonction de protection de la société et la sanction qui caractérise la matière, à savoir la peine, amènent à tenir pour insuffisante la simple exigence de légitimité de l'intérêt dégradé. *Certains biens juridiques ne sont pas suffisamment importants pour que l'intérêt général requiert leur protection pénale. Seuls la méritent les biens juridico-pénaux* qui, multiples, demeurent toutefois une simple fraction de la catégorie des biens juridiques. Le droit pénal de la responsabilité, de par sa fonction, se doit de faire preuve de *sélectivité*, d'élitisme dans son application. En revanche, puisqu'il est question de protéger l'ordre social et non pas directement les individus qui en sont membres, *la personnalité juridique n'est pas une exigence fonctionnelle du droit criminel. Elle ne doit intervenir que dans la mesure où elle est nécessaire à la qualification du bien juridique pénalement protégé.* Pour continuer, *l'anormalité objective n'est pas non plus suffisante à fonder la responsabilité pénale. L'anormalité subjective, ou culpabilité, doit venir en plus.* Cette condition permet de s'assurer que le comportement anormal procède lui-même du choix d'exercer anormalement sa volonté, soit en la tendant méchamment, soit en la relâchant par imprudence, consciemment ou non. C'est en effet à cette exigence seulement que l'on pourra espérer assurer la protection subjective de la société.

C'est de la même façon que s'expliquent les orientations fonctionnelles du droit pénal relatives, en second lieu, à l'*imputation* du fait générateur de responsabilité. Au stade de l'*attribution*, seul celui qui peut se reprocher d'avoir agi peut se voir imputer une infraction ou un fait de complicité. Il en résulte que *la responsabilité fonctionnelle doit être exclue du droit criminel au profit de la seule responsabilité comportementale.* Comment se reprocher et changer un comportement qui n'est pas le sien en effet ? Quant à la *réprobation*, elle est, au contraire, *consubstantielle à la fonction du droit pénal de la responsabilité.* Pour que la *répression soit légitime et utile*, il faut ainsi, non seulement que la société ait été lésée, ce qui n'est pas le cas en présence d'un fait justificatif comme l'enseigne la théorie de la justification, mais encore qu'elle l'ait été par un acte accompli en toute liberté et connaissance de cause, ce qui fait défaut en l'absence d'imputabilité *classico sensu* du responsable. Dans un tel cas, en effet, son fait n'est pas vraiment le sien, il aura du mal à s'en vouloir et à ne pas recommencer si les mêmes circonstances doivent se reproduire.

Le droit criminel se préoccupe de la société, indifféremment de la dégradation ou non d'un intérêt personnel. Il faut punir avec précision pour punir avec justice et efficacité. *Le droit pénal de la responsabilité, dès lors, est par conséquent un droit fait de socialisme et de subjectivisme.*

641. Droit positif de la responsabilité – solutions conformes. Considérer le droit civil et le droit pénal de la responsabilité comme des applications techniques de l'institution générale de responsabilité juridique et y revenir systématiquement semble donc fournir une méthode rationnelle et efficace pour régler les problèmes d'articulation de ces deux disciplines. Le droit positif pourtant, mais c'était évident, ne correspond pas exactement aux directives imposées par le concept de responsabilité juridique et par les fonctions de ses applications civiles et pénales. La tendance principale *de lege lata* est, en effet, à la confusion. Celle-ci n'est toutefois pas générale, *le droit positif étant partagé entre conformité et non-conformité à ce que pourrait être l'articulation idéale des droits civil et pénal de la responsabilité.*

Du côté des *solutions conformes*, d'une part, on peut en relever plusieurs. Concernant *l'unité conceptuelle de la responsabilité en droit privé*, tout d'abord, elle est globalement satisfaite. Elle l'est, en premier lieu, en ce que, lorsque l'exigence d'un résultat légal est bien respectée, ce sont effectivement des biens juridiques qui en font l'objet. *L'exigence de légitimité de l'intérêt dégradé est de droit positif, en matière civile aussi bien qu'en droit criminel.* De même, les potentialités offertes par le concept de responsabilité juridique sont assez bien exploitées dans la mesure où *les biens juridiques appréhendés par chacune de ces deux disciplines sont particulièrement variés.* Concernant l'anormalité causale, en second lieu, le concept de responsabilité juridique parvient à imposer beaucoup de ses exigences au droit positif. Il en est ainsi de *l'anormalité objective qui est une condition presque absolue*, ce à quoi il faut ajouter que, *quand elle est appréciée, c'est de façon systématiquement abstraite.* Il en est de même de *l'exigence de causalité, laquelle est indispensable, indifférente aux caractères exclusif, immédiat et directe, et étrangère aux théories ajuridiques de la causalité.* Pour ce qui est, ensuite, de la *distinction fonctionnelle des responsabilités de droit privé*, les solutions conformes sont moins nombreuses en revanche. Au crédit du *droit civil de la responsabilité*, on ne peut ainsi mettre que *l'essor impressionnant de la responsabilité fonctionnelle et l'exclusion générale de la reprochabilité subjective.* Quant au *droit criminel*, il ne suit que partiellement ses orientations fonctionnelles. En effet, *la responsabilité pénale requiert bien culpabilité et reprochabilité objective*, et que *la frustration et l'appauvrissement de la victime sont, en droit positif, sans importance.* Mais pour le reste, le droit criminel positif se démarque nettement des solutions que lui indique sa fonction.

642. Droit positif de la responsabilité – solutions non conformes. Le constat sera nécessairement contraire du point de vue, d'autre part, des solutions non conformes du droit positif à l'articulation idéale des droits civil et pénal de la responsabilité. Des évolutions législatives et jurisprudentielles semblent donc totalement indispensables.

Pour commencer, la *convergence conceptuelle* de ces disciplines est parfois insuffisante. C'est ainsi qu'il existe, d'abord, des *cas de "responsabilités" sans résultat légal*. *De lege lata*, en droit pénal, qui réprime des comportements inoffensifs par le biais tantôt d'infractions, qui devront être dépenalisées, tantôt de la répression des infractions impossibles, sur laquelle la Cour de cassation devra revenir. *De lege ferenda*, certaines propositions doctrinales sont favorables à ce qu'il puisse y avoir responsabilité civile sans dommage ni même danger de dommage. Elles doivent dès lors être rejetées. Ensuite, la convergence n'est pas toujours suffisante, *le droit civil de la responsabilité, contrairement au droit criminel, n'appréhendant pas encore le simple risque de lésion*. Il le pourrait néanmoins, comme l'y invite le concept de responsabilité juridique et sa fonction victimaire, et cela sans que ne soit outre mesure modifié le régime juridique de la responsabilité civile. Par ailleurs, l'arrêt *Levert* a porté atteinte à *l'exigence essentielle de l'anormalité objective au sein du régime de la responsabilité parentale*. Ainsi que le demande la majorité de la doctrine, un revirement de jurisprudence semble ici indispensable. Enfin, *les perspectives de la causalité juridique, que ce soit en droit civil ou en droit pénal, ne sont pas encore pleinement explorées*, que ce soit en termes de présomptions ou pour ce qui est de la cause exclusive ne revêtant pas les caractères de la force majeure.

Pour continuer, il faut signaler que les *divergences fonctionnelles* du droit civil et du droit pénal de la responsabilité sont très loin d'être satisfaisantes. *La fonction victimaire du premier n'est pas remplie de manière optimale, en effet, non seulement parce que la faute civile n'est pas encore tout à fait objective*, une certaine dose de volonté restant nécessaire, *mais également parce la théorie de la justification y est appliquée*. De même, cette fonction est altérée par les *progrès des immunités fonctionnelles*, la responsabilité fonctionnelle se faisant en la matière de plus en plus substitutive. Tous ces défauts doivent par conséquent être corrigés : le fait objectivement anormal doit remplacer la faute, l'indifférence et même l'utilité sociales d'une infraction ne doivent plus faire obstacle à l'indemnisation des victimes et la responsabilité fonctionnelle doit demeurer purement additive. Enfin, *le droit civil positif se départit trop souvent de l'exigence de personnalité de l'intérêt lésé*. Les actions de groupements en défense d'intérêts collectifs y sont légion en effet, alors qu'elles s'opposent aux impératifs techniques et fonctionnels de la discipline. Ces intérêts suprapersonnels doivent pourtant être protégés de manière purement objective, par le droit public et par le droit pénal. Celui-ci, d'ailleurs, ne remplit pas toujours correctement sa fonction de protection sociale. *La responsabilité pénale est subordonnée plus que de raison à la personnalité juridique de la victime*. En outre, son subjectivisme n'est pas toujours respecté. Non seulement, en effet, *la responsabilité fonctionnelle progresse en la matière*, comme en atteste

la responsabilité pénale du chef d'entreprise et celle des personnes morales, mais *l'imputabilité au sens classique y décline* tout autant. C'est ainsi que groupements et malades mentaux sont aujourd'hui pénalement responsables. Des modifications, partant, sont absolument nécessaires. Il faut que la Cour de cassation réprime l'homicide involontaire de l'enfant à naître et que le législateur abroge l'article 121-2 du Code pénal et la loi du 25 février 2008. A l'inverse, il devrait consacrer la subordination et la coaction comme modes nouveaux de participation criminelle pour renforcer la répression des personnes physiques imputables, et ce, dans le respect du principe constitutionnel de responsabilité du fait personnel.

643. Éléments pour une théorie générale de la responsabilité juridique. La méthode proposée semble donc avoir tenu ses promesses. En considérant le droit civil et le droit pénal de sa responsabilité comme des applications spécifiques d'une institution plus générale de responsabilité juridique, il est effectivement possible de proposer des solutions techniques et rationnelles d'articulation de ces deux disciplines. On peut déduire de cette institution générale un concept de responsabilité juridique innervant chacune de ses applications, la nécessité d'un fonctionnement en système, finalisé, de celles-ci et, partant, des modalités idéales – en termes de cohérence et d'efficacité – d'articulation du droit criminel et de la responsabilité civile. En outre, la méthode suivie autorise une critique du droit positif tout aussi rationnelle car uniquement guidée par les insuffisances qu'il présenterait au regard des exigences conceptuelles et fonctionnelles du droit de la responsabilité. Au-delà de la réponse à la question précise des rapports du droit de la responsabilité civile et du droit pénal, on pourrait d'ailleurs se demander si ces éléments ne pourraient pas participer de *l'élaboration d'une théorie générale de la responsabilité juridique*.

D'une part, le champ de notre étude a en effet été réduit aux *conditions de la responsabilité*, soit au processus de *génération* de celle-ci, relatif à la constitution et à l'imputation du fait générateur. Mais il pourrait être intéressant d'aller plus loin et de confronter la conception de la responsabilité juridique comme institution générale au processus de *réalisation* de la responsabilité et à ses *aspects processuels*, relatifs à la mise en œuvre de la responsabilité, *et substantiels*, ayant trait à sa sanction. De nombreuses questions se posent ainsi. On pourrait se demander, d'abord, ce qu'impose le concept de responsabilité juridique et les fonctions propres de ses applications au *procès en responsabilité*. Celui-ci peut-il être contourné et la responsabilité peut-elle se réaliser par la voie extrajudiciaire de la transaction ? Le procès en responsabilité est-il compatible avec la juridiction gracieuse ? Quelles sont les garanties de défense dont le droit commun et les droits spéciaux de la responsabilité commandent l'application ? Plus précisément : faut-il spécialiser la justice criminelle et la détacher de la justice civile ? Quelles sont les conséquences de la méthode proposée sur le principe de primauté du droit criminel et ses applications : sursis à statuer du juge civil et autorité de la chose jugée au pénal sur le civil ? Quel avenir pour l'action civile

exercée devant les juridictions répressives ? Ensuite, c'est la question plus connue de la *sanction de la responsabilité* qui gagnerait à être étudiée à l'aune de la conception proposée. Que penser des dommages et intérêts punitifs ou confiscatoires ? De la sanction-réparation ? La fonction pénale de protection de la société s'oppose-t-elle ou est-elle même satisfaite par tous les mécanismes pénaux qui tiennent compte de l'indemnisation ou de la satisfaction morale des victimes ?

D'autre part, ce n'est aussi que *le droit privé* qui a retenu notre attention. Pourtant, la méthode défendue ici vaut pour toutes les applications de la responsabilité juridique. Dès lors, rien n'empêche *a priori* qu'elle puisse servir à l'étude des rapports du droit pénal et du *droit administratif de la responsabilité* ou de l'articulation de ce dernier avec le droit civil. Les questions sont nombreuses : le "droit répressif administratif" relève-t-il du droit de la responsabilité ? Les particularités du régime de la responsabilité de la puissance publique se justifient-elles fonctionnellement ? Les différents régimes d'indemnisation rangés dans cette catégorie sont-ils bien tous des régimes de responsabilité ? Ces points sont connus, certes. Mais les revoir en partant, comme cela a été proposé dans ces pages, de l'idée que tous les droits de la responsabilité ne sont que des applications d'une institution générale de responsabilité juridique qui fournit un concept de responsabilité en même temps qu'elle oblige à faire fonctionner l'ensemble de ses applications en système pourrait les éclairer d'un jour nouveau.

On le voit donc, le champ de la responsabilité juridique est immense et l'élaboration d'une théorie générale de cette dernière recèle nombre d'interrogations qu'il paraît possible de résoudre en suivant une méthode unique, technique et rationnelle. Mais il ne nous appartient pas de le faire ici. C'est autrement dire, pour conclure, que cet exposé, déjà long, n'aura fait que poser des jalons.

BIBLIOGRAPHIE

I. OUVRAGES GENERAUX

A. OUVRAGES NON JURIDIQUES

ETCHEGOYEN (A.)

Le temps des responsables, Ed. Julliard, coll. Agora, 1993.

FAUCONNET (P.)

La responsabilité. Etude de sociologie, Librairie Félix Alcan, 1920.

GUYAU (J.-M.)

Contre l'idée de peine, Ed. L'Herne, coll. Les Carnets, 2008.

Esquisse d'une morale sans obligation ni sanction, Ed. Allia, 2008.

HEGEL (G. W. F.)

Principes de la philosophie du droit, texte traduit et commenté par J.-F. KERVEGAN, P.U.F., coll. Quadrige, 2003.

JONAS (H.)

Le principe responsabilité. Une éthique pour la civilisation technologique, 3^e éd. traduite de l'allemand par J. GREISH, Ed. du Cerf, coll. Champs Essai, 1990.

LEVY-BRUHL (L.)

L'idée de responsabilité, Librairie Hachette et cie, 1884.

RICŒUR (P.)

Le juste, Ed. Esprit, 1995.

Le juste, la justice et son échec, Ed. L'Herne, coll. Les Carnets, 2005.

SARTHOU-LAJUS (N.)

La culpabilité, Armand Colin, coll. Cursus, 2002.

SARTRE (J.-P.)

L'être et le néant. Essai d'ontologie phénoménologique, Ed. Gallimard, coll. Tel, 1943.

SLOTERDIKJ (P.)

Colère et temps. Essai politico-psychologique, trad. de l'allemand par O. MANNONI, Ed. Libella/Marren Sell, 2007.

B. OUVRAGES JURIDIQUES

1. DROIT CIVIL

AUBRY (CH.) et RAU (CH.)

Droit civil français, t. VI-2, 8^e éd., par N. DEJEAN DE LA BÂTIE, Librairie Technique, 1989.

BENABENT (A.)

Droit civil. Les obligations, Montchrestien, coll. Domat, 12^e éd., 2010.

BONFILS (PH.) et GOUTTENOIRE (A.)

Droit des mineurs, Dalloz, coll. Précis, 1^{ère} éd., 2008.

BRUN (PH.)

Responsabilité civile extracontractuelle, LexisNexis/Litec, coll. Manuels, 2^e éd., 2009.

CARBONNIER (J.)

Droit civil. Les biens, les obligations, P.U.F., coll. Quadrige/Manuels, 2004.

COLIN (A.) et CAPITANT (H.)

Traité de droit civil, t. 2, refondu par L. JULLIOT DE LA MORANDIERE, Dalloz, 1959.

CONTE (PH.) et MAISTRE DU CHAMBON (P.)

La responsabilité civile délictuelle, PUG, coll. Le droit en plus, 3^e éd., 2000.

COZIAN (M.), VIANDIER (A.) et DEBOISSY (F.)

Droit des sociétés, 24^e éd., LexisNexis/Litec, coll. Manuels, 2011.

DEMOGUE (R.)

Traité des obligations, tomes 3, 5 et 6, Arthur Rousseau, 1925-1932.

FABRE-MAGNAN (M.)

Droit des obligations. 1- Contrat et engagement unilatéral, P.U.F., coll. Thémis, 2^e éd., 2010.

Droit des obligations. 2- Responsabilité civile et quasi-contrats, P.U.F., coll. Thémis, 2^e éd., 2010.

FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.) et SAVAUX (E.)

Droit civil. Les obligations. 2. Le fait juridique, Dalloz, coll. Sirey Université, 14^e éd., 2011.

Droit civil. Les obligations. 3. Le rapport d'obligation, Dalloz, coll. Sirey Université, 7^e éd., 2011.

JOSSERAND (L.)

Cours de droit civil positif français, t. 2, Sirey, 3^e éd., 1939.

LAPOYADE-DESCHAMPS (CH.), BLOCH (L.) et MORACCHINI-ZEIDENBERG (S.)

Droit des obligations, Ellipses, coll. Manuel universités Droit, 2008.

LAMBERT-FAIVRE (Y.) et PORCHY-SIMON (S.)

Droit du dommage corporel. Systèmes d'indemnisation, Dalloz, coll. Précis, 7^e éd., 2012.

LE TOURNEAU (PH.) et alii

Droit de la responsabilité et des contrats, Dalloz, coll. Action, 8^e éd., 2010/2011.

MALAURIE (PH.), AYNES (L.) et STOFFEL-MUNCK (PH.)

Droit civil. Les obligations, Defrénois, 5^e éd., 2011.

MALINVAUD (PH.) et FENOUILLET (D.)

Droit des obligations, LexisNexis/Litec, coll. Manuels, 11^e éd., 2010.

MAZEAUD (H. et L.) et TUNC (A.)

Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle, t. 1, 6^e éd., et t. 2, 5^e éd., Montchrestien, 1958.

RIPERT (G.) et BOULANGER (J.)

Traité de droit civil d'après le traité de Planiol, t. 2, L.G.D.J., 1957.

SAVATIER (R.)

Traité de la responsabilité en droit français civil, administratif, professionnel, procédural, tomes 1 et 2, L.G.D.J., 2^e éd., 1951.

SAINT-PAU (J.-CH.) et alii

Traité des droits de la personnalité, LexisNexis/Litec, 2012, à paraître.

SERIAUX (A.)

Manuel de droit des obligations, P.U.F., coll. Droit fondamental/Manuels, 2006.

STARCK (B.), ROLAND (H.) et BOYER (L.)

Obligations. 1. Responsabilité délictuelle, Litec, 5^e éd., 1996.

TERRE (F.) et SIMLER (PH.)

Droit civil. Les biens, Dalloz, coll. Précis, 8^e éd., 2010.

TERRE (F.), SIMLER (PH.) et LEQUETTE (Y.)

Droit civil. Les obligations, Dalloz, coll. Précis, 10^e éd., 2009.

VINEY (G.)

Traité de droit civil. Introduction à la responsabilité, L.G.D.J., 3^e éd., 2008.

VINEY (G.) et JOURDAIN (P.)

Traité de droit civil. Les conditions de la responsabilité, L.G.D.J., 3^e éd., 2006.

Traité de droit civil. Les effets de la responsabilité, L.G.D.J., 2^e éd., 2001.

2. DROIT PENAL

BOULOC (B.)

Droit pénal général, Dalloz, coll. Précis, 22^e éd., 2011.

BOUZAT (P.) et PINATEL (J.)

Traité de droit pénal et de criminologie, t. 1, 2^e éd., Dalloz, 1970.

CHAUVEAU (A.) et HELIE (F.)

Théorie du Code pénal, t. 1, Librairie générale de jurisprudence, 6^e éd. par E. VILLEY, 1887.

CŒURET (A.) et FORTIS (E.)

Droit pénal du travail, LexisNexis/Litec, coll. Manuels, 5^e éd., 2012.

CONTE (PH.)

Droit pénal spécial, LexisNexis/Litec, coll. Manuels, 3^e éd., 2007.

CONTE (PH.) et MAISTRE DU CHAMBON (P.)

Droit pénal général, Armand Colin/Dalloz, 7^e éd., 2004.

DESPORTES (F.) et LE GUNEHEC (F.)

Droit pénal général, Economica, coll. Corpus, 16^e éd., 2009.

DONNEDIEU DE VABRES (H.)

Traité élémentaire de droit criminel et de législation pénale comparée, Sirey, 1947.

DOUCET (J.-P.)

La protection pénale de la vie humaine, vol. 1, 2^e éd., Gazette du Palais/Litec.

DREYER (E.)

Droit pénal général, LexisNexis/Litec, coll. Manuels, 2^e éd., 2012.

Droit pénal spécial, Ellipses, coll. Cours magistral, 2^e éd., 2012.

GARÇON (E.)

Code pénal annoté, t. 1, 1^{ère} éd., Sirey, 1901.

GARÇON (E.) et PELTIER (V.)

Droit de la peine, LexisNexis/Litec, coll. Manuels, 2010.

GARRAUD (R.)

Traité théorique et pratique du droit pénal français, tomes 1 et 2, 3^e éd., Sirey, 1913-1914.

GUIHAL (D.)

Droit répressif de l'environnement, Economica, 3^e éd., 2008.

LARGUIER (J.) et CONTE (PH.)

Procédure pénale, Dalloz, coll. Mémentos, 21^e éd., 2006.

LEPAGE (A.), MAISTRE DU CHAMBON (P.), et SALOMON (R.)

Droit pénal des affaires, LexisNexis/Litec, coll. Manuels, 2^e éd., 2010.

MALABAT (V.)

Droit pénal spécial, Dalloz, coll. HyperCours, 5^e éd., 2011.

MAYAUD (Y.)

Droit pénal général, P.U.F., coll. Droit fondamental/Classique, 3^e éd., 2010.

Violences involontaires et responsabilité pénale, Dalloz, coll. Référence, 2003.

MERLE (R.)

Droit pénal général complémentaire, P.U.F., coll. Thémis, 1957.

MERLE (R.) et VITU (A.)

Traité de droit criminel, t. 1, Cujas, 7^e éd., 1997.

OLLARD (R.) et ROUSSEAU (F.)

Droit pénal spécial, Bréal, coll. Grand Amphi Droit, 2011.

ORTOLAN (J.)

Eléments de droit pénal, t. 1, 3^e éd., Henri Plon, 1863.

PIN (X.)

Droit pénal général, Dalloz, coll. Cours, 5^e éd., 2012.

PRADEL (J.)

Droit pénal général, Cujas, coll. Référence, 18^e éd., 2010.

RASSAT (M.-L.)

Droit pénal général, Ellipses, coll. Cours magistral, 2^e éd., 2006.

Droit pénal spécial. Infractions du Code pénal, Dalloz, coll. Précis, 6^e éd., 2011.

ROBERT (J.-H.)

Droit pénal général, P.U.F., coll. Thémis, 6^e éd., 2005.

ROBERT (J.-H.) et MATSOPOULOU (H.)

Traité de droit pénal des affaires, P.U.F., coll. Droit fondamental/Traité, 2004.

ROSSI (P.)

Traité de droit pénal, t. 2, Guillaumin et cie, 2^e éd., par F. HELIE, 1855.

VIDAL (G.) et MAGNOL (J.)

Cours de droit criminel et de science pénitentiaire, Arthur Rousseau, 6^e éd., 1921, et 9^e éd., 1947.

3. DROIT PROCESSUEL

BOULOC (B.)

Procédure pénale, Dalloz, coll. Précis, 23^e éd., 2012.

CADIET (L.) et JEULAND (E.)

Droit judiciaire privé, LexisNexis/Litec, coll. Manuels, 7^e éd., 2011.

CONTE (Ph.) et MAISTRE DU CHAMBON (P.)

Procédure pénale, Armand Colin, 4^e éd., 2002.

DESPORTES (F.) et LAZERGES-COUSQUER (L.)

Traité de procédure pénale, Economica, coll. Cours magistral, 16^e éd., 2009.

GUINCHARD et alii

Droit processuel. Droits fondamentaux du procès, Dalloz, coll. Précis, 6^e éd., 2011.

GUINCHARD (S.) et BUISSON (J.)

Procédure pénale, LexisNexis/Litec, coll. Manuels, 7^e éd., 2011.

GUINCHARD (S.), CHAINAIS (C.) et FERRAND (F.)

Procédure civile. Droit interne et droit de l'Union européenne, Dalloz, coll. Précis, 30^e éd., 2010.

HERON (J.)

Droit judiciaire privé, Monchrestien, coll. Domat, 4^e éd., par Th. LE BARS, 2010.

PRADEL (J.)

Procédure pénale, Cujas, coll. Manuels, 16^e éd., 2011.

4. DROIT PUBLIC

CHAPUS (R.)

Droit administratif général, tomes 1 et 2, Montchrestien, coll. Domat, 15^e éd., 2001.

GAUDEMET (Y.)

Traité de droit administratif. Droit administratif général, L.G.D.J., 16^e éd., 2001.

Traité de droit administratif. Droit administratif des biens, L.G.D.J., 14^e éd., 2011.

PRIEUR (M.)

Droit de l'environnement, Dalloz, coll. Précis, 6^e éd., 2011.

WALINE (J.)

Droit administratif, Dalloz, coll. Précis, 23^e éd., 2010.

5. PHILOSOPHIE DU DROIT, DROIT COMPARE ET HISTOIRE DU DROIT

CARBASSE (J.-M.)

Histoire du droit pénal et de la justice criminelle, P.U.F., coll. Droit fondamental/Classiques, 2^e éd., 2009.

LAINGUI (A.) et LEBIGRE (A.)

Histoire du droit pénal, t. 1, Cujas, coll. Synthèse, 1979.

LAITHIER (Y.-M.)

Droit comparé, Dalloz, coll. Cours, 2009.

LEGEAIS (R.)

Grands systèmes de droit contemporains. Approche comparative, LexisNexis/Litec, coll. Manuels, 2004.

LEVY (J.-PH.) et CASTALDO (A.)

Histoire du droit civil, Dalloz, coll. Précis, 2^e éd., 2010.

OPPETIT (B.)

Philosophie du droit, Dalloz, coll. Précis, 1999.

PRADEL (J.)

Droit pénal comparé, Dalloz, coll. Précis, 3^e éd., 2008.

PRADEL (J.), CORSTENS (G.) et VERMEULEN (G.)

Droit pénal européen, Dalloz, coll. Précis, 3^e éd., 2009.

II. DICTIONNAIRES, ENCYCLOPEDIES

Dictionnaire de la culture juridique, dir. D. ALLAND et S. RIALS, Lamy/P.U.F., coll. Quadrige, 2003.

Dictionnaire des sciences criminelles, dir. G. LOPEZ et S. TZITZIS, Dalloz, 2004.

Dictionnaire des synonymes, nuances et contraires, Le Robert, 2005.

Le grand Robert de la langue française, dir. A. REY, t. 5, 2^e éd., 2001.

Le nouveau Littré, dir. C. BLUM, Ed. Garnier, 2004.

Lexique des termes juridiques, Dalloz, 13^e éd., dir. S. GUINCHARD et G. MONTANIER, 2001, et 20^e éd., dir. S. GUINCHARD et Th. DEBARD, 2013.

Vocabulaire juridique de l'Association Henri Capitant, dir. G. CORNU, P.U.F., coll. Quadrige/Dicos Poche, 9^e éd., 2011.

Vocabulaire technique et critique de la philosophie, dir. A. LALANDE, P.U.F., coll. Quadrige/Dicos poche, 3^e éd., 2010.

III. MONOGRAPHIES, THESES

ALLIX (D.)

Essai sur la coaction. Contribution à l'étude de la genèse d'une notion prétorienne, L.G.D.J., Bibliothèque de sciences criminelles, t. 20, 1976.

ANTONMATTEI (P.-A.)

Contribution à l'étude de la force majeure, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, t. 220, 1992.

BARON (E.)

La coaction en droit pénal, thèse Bordeaux, 2012.

BARUCHEL (N.)

La personnalité morale. Eléments pour une théorie, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, t. 410, 2004.

BELLISSENT (J.)

Contribution à l'analyse de la distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat. A propos de l'évolution des deux ordres de responsabilité civile, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, t. 354, 2001.

BENEJAT (M.)

La responsabilité pénale professionnelle, Dalloz, coll. NBT, vol. 111, 2012.

BENOIT-RENAUDIN (C.)

La responsabilité du préposé, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, t. 520, 2010.

BERGEAUD (A.)

Le droit à la preuve, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, t. 525, 2010.

BERNARDINI (R.)

L'intention coupable en droit pénal, thèse Nice, 1976.

BERTRAND-MIRKOVIC (A.)

La notion de personne (étude visant à clarifier le statut juridique de l'enfant à naître), P.U.A.M., 2003.

BLERY (C.)

L'efficacité substantielle des jugements civils, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, t. 328, 2000.

BLOCH (C.)

La cessation de l'illicite. Recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle, Dalloz, coll. NBT, vol. 71, 2008.

BLOCH (L.)

L'exonération en droit de la responsabilité civile, thèse Bordeaux, 2003.

BON (P.-A.)

La causalité en droit pénal, L.G.D.J., coll. de la Faculté de Droit et des Sciences sociales de Poitiers, 2006.

BONFILS (PH.)

L'action civile. Essai sur la nature juridique d'une institution, P.U.A.M., 2000.

BONNARD (H.)

Les infractions intentionnelles et l'extension de la responsabilité pénale, notamment patronale, du fait d'autrui, P.U.F., Travaux et recherches de l'Université de droit, d'économie et de sciences sociales de Paris, Série sciences criminelles n° 6, 1978.

BORE (L.)

La défense des intérêts collectifs par les associations devant les juridictions administratives et judiciaires, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, t. 278, 1997.

BOTTON (A.)

Contribution à l'étude de l'autorité de la chose jugée au pénal sur le civil, L.G.D.J., Bibliothèque de sciences criminelles, t. 49, 2010.

BOUTONNET (M.)

Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, t. 444, 2005.

BRUN (PH.)

Les présomptions dans le droit de la responsabilité civile, thèse Grenoble, 1993.

CABALLERO (F.)

Essai sur la notion juridique de nuisance, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, t. 169, et Bibliothèque de droit public, t. 140, 1981.

CADIET (L.)

Le préjudice d'agrément, thèse Poitiers, 1983.

CAPDEPON (Y.)

Essai d'une théorie générale des droits de la défense, thèse Bordeaux, 2011.

CARBONNIER (J.)

Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur, L.G.D.J., 10^e éd., 2001.

CARVAL (S.)

La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, t. 250, 1995.

CHABAS (C.)

L'inexécution licite du contrat, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, t. 380, 2002.

CHABAS (F.)

Responsabilité civile et responsabilité pénale, Montchrestien, 1975.

CHAPUS (R.)

Responsabilité publique et responsabilité privée. Les influences réciproques des jurisprudences administrative et judiciaire, réimpr., Ed. La mémoire Du droit, coll. de la faculté Jean Monnet, 2010.

CHASSAGNARD (S.)

La notion de normalité en droit privé français, thèse Toulouse, 2000.

CHRETIEN (S.)

La notion de liberté contractuelle, thèse Bordeaux, 2008.

CLAVERIE-ROUSSET (C.)

L'habitude en droit pénal, thèse Bordeaux, 2011.

COCHE (A.)

La détermination de la dangerosité des délinquants en droit pénal. Etude de droit français, PU.A.M., 2005.

CORNU (G.)

Etude comparée de la responsabilité délictuelle en droit privé et en droit public, réimpr., Ed. La mémoire du droit, 2010.

COURTAIGNE-DESLANDES (C.)

L'adéquation du droit pénal à la protection de l'environnement, thèse Paris, 2010.

DABIN (J.)

Théorie générale du droit, 3^e éd., Dalloz, 1969.

DANA (A.-CH.)

Essai sur la notion d'infraction, L.G.D.J., Bibliothèque de droit criminel, t. 23, 1982.

DECHENAUD (D.)

L'égalité en matière pénale, L.G.D.J., Bibliothèque des sciences criminelles, t. 45, 2008.

DEJEAN DE LA BÂTIE (N.)

Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit civil français, L.G.D.J., 1965.

DE LAMY (B.)

La liberté d'opinion et le droit pénal, L.G.D.J., Bibliothèque des sciences criminelles, t. 34, 2000.

DELFONT (J.)

Responsabilité pénale et fonction politique, L.G.D.J., Bibliothèque des sciences criminelles, t. 41, 2006.

DELIYANNIS (J.)

La notion d'acte illicite considérée en sa qualité d'élément de la faute délictuelle, L.G.D.J., 1952.

DELLIS (G.)

Droit pénal et droit administratif. L'influence des principes du droit pénal sur le droit administratif répressif, L.G.D.J., Bibliothèque de droit public, t. 184, 1997.

DEMOGUE (R.)

Les notions fondamentales du droit privé. Essai critique, réimpr., Ed. La mémoire du droit, 2001.

DESCAMPS (O.)

Les origines de la responsabilité pour faute personnelle dans le Code civil de 1804, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, t. 436, 2005.

DIDIER (PH.)

De la représentation en droit privé, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, t. 339, 2000.

DINGOME (G.)

Le fait justificatif en matière de responsabilité civile, thèse Paris, 1979.

DONNADIEU-FORNAROLI (C.)

Le droit pénal et la répartition des pouvoirs dans l'entreprise privée, thèse Toulouse, 2001.

DONNEDIEU DE VABRES (H.)

Essai sur la notion de préjudice dans la théorie générale du faux, Sirey, 1943.

EDON-LAMBALLE (C.)

Conscience et responsabilité civile, thèse Le Mans, 1999.

FAGES (B.)

Le comportement du contractant, P.U.A.M., 1997.

FAURE-ABBAD (M.)

Le fait générateur de la responsabilité contractuelle. Contribution à la théorie de l'inexécution du contrat, L.G.D.J., coll. de la faculté de Droit et de Sciences sociales de Poitiers, 2003.

FORTIS (E.)

L'élément légal dans les infractions d'imprudence portant atteinte à l'intégralité corporelle, thèse Paris, 1989.

FRANCILLON (J.)

La gradation des fautes en droit civil et en droit pénal, thèse Grenoble, 1971.

FREIJ (M.)

L'infraction formelle, thèse Paris, 1975.

FROSSARD (J.)

La distinction des obligations de moyens et de résultat, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, t. 57, 1965.

GENY (F.)

Science et technique en droit privé positif, tomes 1 à 4, Sirey, 1913-1924.

GAILLARD (E.)

Le pouvoir en droit privé, Economica, coll. Droit civil, 1985.

GINDRE (E.)

L'émergence d'un droit pénal de l'Union européenne, L.G.D.J./Fondation Varenne, coll. des Thèses, vol. 31, 2009.

GIROD (P.)

La réparation du dommage écologique, L.G.D.J., Bibliothèque de droit public, t. 120, 1974.

GRARE (C.)

Recherches sur la cohérence de la responsabilité délictuelle. L'influence des fondements de la responsabilité sur la réparation, Dalloz, coll. NBT, vol. 45, 2005.

GRAYOT (S.)

Essai sur le rôle des juges civils et administratifs dans la prévention des dommages, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, t. 504, 2009.

G'SELL-MACREZ (F.)

Recherches sur la notion de causalité, thèse Paris, 2005.

GUEGAN-LECUYER (A.)

Dommages de masse et responsabilité civile, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, t. 472, 2006.

GUILLEMAIN (C.)

Le trouble en droit privé, P.U.A.M., 2000.

HEBRAUD (P.)

L'autorité de la chose jugée au criminel sur le civil, Sirey, 1929.

HENRION (H.)

La nature juridique de la présomption d'innocence. Comparaison franco-allemande, Monéditeur, 2006.

HUGUENEY (L.)

L'idée de peine privée en droit contemporain, thèse Dijon, 1904.

HUSSON (L.)

Les transformations de la responsabilité. Etude sur la pensée juridique, P.U.F., coll. Bibliothèque de philosophie contemporaine, 1947.

JAULT (A.)

La notion de peine privée, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, t. 442, 2005.

JESTAZ (PH.)

Le droit, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 6^e éd., 2010.

JHERING (R. VON)

La lutte pour le droit, 9^e éd. trad. O. DE MAEULENAERE, rééd., Dalloz, coll. Bibliothèque, 2006.

JOURDAIN (P.)

Recherche sur l'imputabilité en matière de responsabilités civile et pénale, thèse Paris, 1982.

JULIEN (J.)

La responsabilité civile du fait d'autrui. Ruptures et continuités, P.U.A.M., 2001.

JULITTE (F.)

L'approche pénale de la folie, thèse Paris, 2004.

LABORDE-LACOSTE (M.)

De la responsabilité pénale dans ses rapports avec la responsabilité civile et la responsabilité morale. Evolution des idées en France au XIX^e siècle, thèse Bordeaux, 1918.

LACAZE (M.)

Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal, L.G.D.J./Fondation Varenne, coll. des Thèses, vol. 39, 2010.

LEROY (J.)

La constitution de partie civile à fins vindicatives. Défense et illustration de l'article 2 du Code de procédure pénale, Thèse Paris, 1990.

MAITRE (G.)

La responsabilité civile à l'épreuve de l'analyse économique du droit, L.G.D.J., coll. Droit et économie, 2005.

MALABAT (V.)

Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit pénal, thèse Bordeaux, 1999.

MARECHAL (J.-Y.)

Essai sur la notion de résultat dans la théorie de l'infraction pénale, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2003.

MARGAINE (C.)

La capacité pénale, thèse Bordeaux, 2011.

MARINO (L.)

Responsabilité civile, activité d'information et médias, P.U.AM./Economica, coll. Droit de l'audiovisuel, 1997.

MAYAUD (Y.)

Le mensonge en droit pénal, L'Hermès, 1979.

MAZEAUD (D.)

La notion de clause pénale, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, t. 223, 1992.

MERLE (PH.)

Les présomptions légales en droit pénal, L.G.D.J., Bibliothèque de sciences criminelles, t. 9, 1970.

MICHOUD (L.)

La théorie de la personnalité morale. Son application au droit français, tomes 1 et 2, réimpr., L.G.D.J., 1998.

MILLET (F.)

La notion de risque et ses fonctions en droit privé, L.G.D.J., 2002.

MOTULSKY (H.)

Principes d'une réalisation méthodique du droit privé. La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs, réimpr., Dalloz, coll. Bibliothèque, 2002.

MOZAS (PH.)

La notion de dette en droit privé, A.N.R.T., 1996.

NEYRET (L.)

Atteintes au vivant et responsabilité civile, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, t. 468, 2006.

OLLARD (R.)

La protection pénale du patrimoine, Dalloz, coll. NBT, vol. 98, 2010.

PAGNUCCO (J.-CH.)

L'action sociale ut singuli et ut universi en droit des groupements, L.G.D.J./Fondation Varenne, coll. des Thèses, vol. 4, 2006.

PAILLARD (B.)

La fonction réparatrice de la répression pénale, L.G.D.J., Bibliothèque de sciences criminelles, t. 42, 2007.

PALVADEAU (E.)

Le contrat en droit pénal, thèse Bordeaux, 2011.

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, L.G.D.J., Bibliothèque de sciences criminelles, t. 48, 2010.

PERDRIX (L.)

La garde d'autrui, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, t. 521, 2010.

PHILIPPOT (P.)

Les infractions de prévention, thèse Nancy, 1977.

PIN (X.)

Le consentement en matière pénale, L.G.D.J., Bibliothèque des sciences criminelles, t. 36, 2002.

PIROVANO (A.)

Faute civile et faute pénale, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, t. 70, 1966.

PLANQUE (J.-C.)

La détermination de la personne morale pénalement responsable, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2003.

PRADEL (J.)

Histoire des doctrines pénales, 2^e éd., 1991, P.U.F., coll. Que sais-je?, n° 2484.

PRADEL (X.)

Le préjudice dans le droit civil de la responsabilité, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, t. 415, 2004.

PROTHAIS (A.)

Tentative et attentat, L.G.D.J., Bibliothèque de sciences criminelles, t. 24, 1985.

PUECH (M.)

L'illicéité dans la responsabilité civile extracontractuelle, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, t. 129, 1973.

PY-LEBRUN (H.)

Essai sur la théorie de la culpabilité, thèse Paris, 2007.

QUEZEL-AMBRUNAZ (Ch.)

Essai sur la causalité en droit de la responsabilité civile, Dalloz, coll. NBT, vol. 99, 2010.

QUIEVY (J.-F.)

Anthropologie de la personne morale, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, t. 510, 2009.

RABUT (A.)

De la notion de faute en droit privé, L.G.D.J., 1948.

RADE (Ch.)

Droit du travail et responsabilité civile, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, t. 282, 1997.

RAYMOND (M.-A.)

Les infractions de résultat, thèse Bordeaux, 2010.

REBEYROL (V.)

L'affirmation d'un "droit à l'environnement" et la réparation des dommages environnementaux, Defrénois/Lextenso, 2009.

REBUT (D.)

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

RIAS (N.)

Aspects actuels des liens entre les responsabilités civile et pénale, thèse Lyon, 2006.

RIPERT (G.)

Aspects juridiques du capitalisme moderne, L.G.D.J., 2^e éd., 1951.

La règle morale dans les obligations civiles, L.G.D.J., 4^e éd., 1949.

Le déclin du droit, L.G.D.J., 1949.

Le régime démocratique et le droit civil moderne, L.G.D.J., 2^e éd., 1948.

Les forces créatrices du droit, L.G.D.J., 2^e éd., 1955.

ROUBIER (P.)

Droits subjectifs et situations juridiques, réimpr., Dalloz, coll. Bibliothèque, 2005.

Théorie générale du droit. Histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales, 2^e éd., réimpr., Dalloz, coll. Bibliothèque, 2005.

ROUSSEAU (F.)

L'imputation dans la responsabilité pénale, Dalloz, coll. NBT, vol. 89, 2009.

ROUXEL (S.)

Recherches sur la distinction du dommage et du préjudice en droit civil français, thèse Grenoble, 1994.

SABARD (O.)

La cause étrangère dans les droits privé et public de la responsabilité extracontractuelle, L.G.D.J./Fondation Varenne, coll. des Thèses, vol. 20, 2008.

SAINT-GERAND (V.)

La culpabilité dans la théorie de la responsabilité, thèse Lyon, 2000.

SAINT-PAU (J.-CH.)

L'anonymat et le droit, thèse Bordeaux, 1998.

SALEILLES (R.)

De la personnalité juridique, réimpr., Ed. La mémoire du droit, coll. Références, 2003.

SCHMIDT (J.-CH.)

Faute civile et faute pénale, thèse Paris, 1928.

SCHULTZ (R.)

L'intervention de l'assureur au procès pénal. Contribution à l'étude de l'action civile, L.G.D.J., Bibliothèque de sciences criminelles, t. 52, 2012.

SINTEZ (C.)

La sanction préventive en droit de la responsabilité civile. Contribution à la théorie de l'interprétation et de la mise en effet des normes, Dalloz, coll. NBT, vol. 110, 2011.

STARCK (B.)

Essai d'une théorie générale de la responsabilité prise en sa double fonction de garantie et de peine privée, L. RODSTEIN, 1947.

STONESTREET (N.)

La notion d'infraction pénale, thèse Bordeaux, 2009.

STORCK (M.)

Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, t. 172, 1982.

TAPINOS (D.)

Prévention, précaution et responsabilité civile : risque avéré, risque suspecté et transformation du paradigme de la responsabilité civile, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2008.

TARDE (G.)

Les transformations du droit. Etude sociologique, Ed. Berg international, coll. Histoire des idées, 1994.

TEANI (A.)

La responsabilité pénale du fait d'autrui, thèse Bordeaux, 2007.

TESSIER (G.)

La responsabilité de la puissance publique, réimpr., Ed. La Mémoire du Droit, coll. de la faculté Jean Monnet, 2009.

THELLIER DE PONCHEVILLE (B.)

La condition préalable de l'infraction, P.U.A.M., 2010.

TRIGEAUD (J.-M.)

L'homme coupable. Critique d'une philosophie de la responsabilité, Ed. Bière, Bibliothèque de philosophie comparée. Philosophie du droit – 17, 1999.

TSARPALAS (A.)

Le moment et la durée des infractions pénales, L.G.D.J., Bibliothèque de sciences criminelles, t. 7, 1967.

TUNC (A.)

La responsabilité civile, Economica, coll. Etudes juridiques comparatives, 2^e éd., 1989.

VALTICOS (N.)

L'autorité de la chose jugée au criminel sur le civil, Sirey, 1953.

VIGNON-BARRAULT (A.)

Intention et responsabilité civile, P.U.A.M., 2004.

VINEY (G.)

Le déclin de la responsabilité individuelle, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, t. 53, 1965.

VIRALLY (M.)

La pensée juridique, réimpr., Ed. Panthéon-Assas/L.G.D.J., coll. Les introuvables, 1998.

VOIDEY (N.)

Le risque en droit civil, P.U.A.M., 2005.

WESTER-OUISSE (V.)

Convention et juridiction pénale, Thèse Nantes, 1999.

WICKER (G.)

Les fictions juridiques. Contribution à l'analyse de l'acte juridique, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, t. 253, 1997.

WILLIATTE-PELLITERI (L.)

Contribution à l'élaboration d'un droit civil des événements aléatoires dommageables, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, t. 457, 2009.

IV. OUVRAGES COLLECTIFS

- Droit pénal : le temps des réformes. Actes du colloque des 7, 8 et 9 octobre 2009, à l'Université Montesquieu Bordeaux IV*, dir. V. MALABAT, B. DE LAMY, et M. GIACOPELLI, LexisNexis/Litec, 2011.
- La culpabilité. Actes des XX^{èmes} journées d'Histoire du droit. 4-6 octobre 2000*, PULIM, C.I.A.J. n° 6, 2001.
- La dangerosité saisie par le droit pénal. Etude de droit comparé*, dir. G. GIUDICELLI-DELAGE et Ch. LAZERGES, P.U.F./IRJS Editions, coll. Les voies du droit, 2011.
- L'aléa*, ouvrage collectif, Journées nationales de l'association Henri Capitant, t. XIV/Le Mans, Dalloz, coll. Thèmes & commentaires, 2011.
- La personnalité morale*, ouvrage collectif, Dalloz, coll. Thèmes & commentaires, 2010.
- La personne juridique dans la philosophie du droit pénal*, dir. J.-H. ROBERT et S. TZITZIS, L.G.D.J., coll. Panthéon-Assas, 2003.
- La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale. Opinio doctorum*, dir. V. MALABAT, B. DE LAMY, et M. GIACOPELLI, Dalloz, 2009.
- La responsabilité*, APD, t. 22, Sirey, 1977.
- La responsabilité à travers les Âges*, ouvrage collectif, Economica, 1989.
- Le dommage écologique en droit interne, communautaire et comparé*, Economica, coll. Droit et économie de l'environnement, 1992.
- Le principe de précaution. Rapport au premier ministre*, par Ph. KOURILSKY et G. VINEY, Ed. Odile Jacob, La documentation française, 2000.
- Les métamorphoses de la responsabilité. Sixièmes journées René Savatier. Poitiers, 15 et 16 mai 1997*, P.U.F., coll. Publication de la faculté de droit et des sciences humaines de Poitiers, t. 32, 1997.
- Les nouvelles figures de la dangerosité*, dir. P. MBANZOULOU, H. BATEX, O. RAZAC et J. ALVAREZ, L'Harmattan, coll. Sciences criminelles, 2008.
- Les responsabilités environnementales dans l'espace européen, point de vue franco-belge*, dir. G. VINEY et B. DUBUISSON, Schulthess, Bruylant, L.G.D.J., Bibliothèque de la faculté de droit de l'université catholique de Louvain, 2006.
- L'indemnisation*, Travaux de l'association Henri Capitant, t. 54, Journées québécoise, 2004, Société de législation comparée, Dalloz/Litec, 2008.
- Peine. Dangerosité. Quelles certitudes ?*, ouvrage collectif, Dalloz, coll. Essais de philosophie pénale et de criminologie, vol. 9, 2010.
- Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, dir. F. TERRE, Dalloz, coll. Thèmes & commentaires, 2011.
- Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal. Etudes de droit criminel*, dir. G. STEFANI, Dalloz, 1956.
- Rapport sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations (Articles 1101 à 1386 du Code civil) et du droit de la prescription (Articles 2234 à 2281 du Code civil)*, La Documentation française, 2005.

V. ARTICLES, CONTRIBUTIONS, ETUDES

ABERKANE (H.)

Du dommage causé par une personne indéterminée dans un groupe déterminé de personnes, RTD Civ., 1958, p. 516.

ABRAS (J.)

Etat de nécessité : le juge pénal à l'épreuve de la leçon du mythe de Prométhée, RRJ, 2009, p. 709.
Responsabilité extra-contractuelle des dirigeants sociaux. L'exigence d'une faute séparable des fonctions entendue restrictivement : présent offert aux dirigeants ou nécessité ?, JCP, 2008, 1912.

AGARD (M.-A.)

Faute pénale et faute civile : un divorce dans la précipitation, Resp. civ. et assur., 2001, chron. n° 16.

AGRAPARD (M.)

La dangerosité criminologique : un concept à la mode, Peine. Dangerosité. Quelles certitudes ?, ouvrage collectif, Dalloz, coll. Essais de philosophie pénale et de criminologie, vol. 9, 2010, p. 301.

ALLIX (J.)

Une liaison dangereuse. Dangerosité et droit pénal en France, La dangerosité saisie par le droit pénal. Etude de droit comparé, dir. G. GIUDICELLI-DELAGE et Ch. LAZERGES, P.U.F./IRJS Editions, coll. Les voies du droit, 2011, p. 49.

AL-SANHOURY (A.-A.)

Le standard juridique, Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény, t. 2, Sirey, 1934, p. 144.

ALT-MAES (F.)

La garde, fondement de la responsabilité du fait du mineur, JCP, 1998, I, 154.

AMAR (J.)

Contribution à l'analyse économique de la responsabilité pénale des personnes morales, Dr. pénal, 2001, Etude n° 37.

ANDRIOT-LEBOEUF (N.)

Du principe d'autorité de la chose jugée au pénal sur le civil : bilan et perspectives, RRJ, 2000-3, p.1206.

APPLETON (N. P.)

L'abstention fautive en matière délictuelle, civile et pénale. Essai critique de législation, RTD Civ., 1912, p. 593.

ASCIENCIO (S.)

Le dirigeant de société, un mandataire "spécial" d'intérêt commun, Rev. sociétés, 2000, p. 683.

AUBERT (A.) et COUDRET (E.)

Prédictibilité du comportement : neuro-sciences et neuro-mythes, AJ pénal, 2012, Dossier, p. 80.

AUBY (J.-M.)

La loi n° 90-527 du 27 juin 1990 relative aux droits et à la protection des personnes hospitalisées en raison de troubles mentaux et à leurs conditions d'hospitalisation, JCP, 1990, I, 3463.

AUSSEL (J.-M.)

La contrainte et l'état de nécessité en droit pénal, Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal. Etudes de droit criminel, dir. G. STEFANI, Dalloz, 1956, p. 254.

AUZERO (G.)

L'application de la notion de faute personnelle détachable des fonctions en droit privé, D., Aff., 1998, p. 502.

AZZI (T.)

Les relations entre la responsabilité civile délictuelle et les droits subjectifs, *RTD Civ.*, 2007, p. 227.

BACCOUCHE (N.)

La culpabilité entre le droit musulman et le droit positif, *La culpabilité. Actes des XX^{èmes} journées d'Histoire du droit. 4-6 octobre 2000*, PULIM, C.I.A.J. n° 6, 2001, p. 159.

BAGHESTANY-PERREY (L.)

La valeur juridique du principe de précaution, *Rev. jur. env.*, 2000, n° spécial, *Le principe de précaution*, p. 19.

BANAKAS (S.)

Causalité juridique et imputation, *RLDC*, 2007, supplément au n°40, *Les distorsions du lien de causalité en droit de la responsabilité*, n° 2641.

Un droit européen de la responsabilité civile est-il envisageable ?, *Resp. civ. et ass.*, hors-série juin 2001, *La responsabilité civile à l'aube du XXI^{ème} siècle*, n° 8, p. 77.

BARBIERI (J.-F.)

Inconscience et responsabilité dans la jurisprudence civile : l'incidence de l'article 489-2 du Code civil après une décennie, *JCP*, 1982, I, 3057.

Responsabilité de la personne morale ou responsabilité de ses dirigeants ? La responsabilité personnelle à la dérive, *Aspects actuels du droit des affaires : mélanges en l'honneur de Yves Guyon*, Dalloz, 2003, p. 41.

Responsabilité de l'entreprise et responsabilité de ses salariés. A la recherche de l'équilibre perdu, *Mélanges dédiés au Président Michel Despax*, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2002, p. 141.

BARY (M.)

Le droit à un environnement sain, *RLDC*, 2010, n° 3826.

Le principe de précaution et la responsabilité civile : à propos de champs électromagnétiques, *Resp. civ. et assur.*, 2011, Etude n° 11.

L'obligation de vigilance à l'égard des atteintes à l'environnement, *RLDC*, 2011, n° 4340.

BATTEUR (A.)

La carence de l'autorité parentale, *Autorité et responsabilité*, *RLDC*, 2008, suppl. au n° 51, n° 3089.

BAVCON (L.)

Les délits involontaires au point de vue de la responsabilité pénale, *Rev. sc. crim.*, 1963, p. 703.

BEBIN (X.)

La neutralisation sélective : une arme contre la criminalité, Peine. Dangerosité. Quelles certitudes ?, ouvrage collectif, Dalloz, coll. *Essais de philosophie pénale et de criminologie*, vol. 9, 2010, p. 113.

BENAYOUN (C.)

De l'autorité de la chose jugée au pénal en matière de cause étrangère, *D.*, 1999, chron., p. 476.

BENILLOUCHE (M.)

La subjectivisation de l'élément moral de l'infraction : plaidoyer pour une nouvelle théorie de la culpabilité, *Rev. sc. crim.*, 2005, p. 529.

BENOIT (F.-P.)

Essai sur les conditions de la responsabilité en droit public et privé (problèmes de causalité et d'imputabilité), *JCP G*, 1957, I, 1351.

BERG (O.)

Le dommage objectif, Liber amicorum. Etudes offertes à Geneviève Viney, L.G.D.J., 2008, p. 63.

BERREVILLE (J.-C.)

Quelques réflexions sur l'élément moral de l'infraction, *Rev. sc. crim.*, 1973, p. 865.

BERT (J.-F.)

Evolution et critique du concept de dangerosité dans la criminologie : la mise en perspective foucauldienne, Les nouvelles figures de la dangerosité, dir. P. MBANZOULOU, H. BATEX, O. RAZAC et J. ALVAREZ, L'Harmattan, coll. Sciences criminelles, 2008, p. 157.

BEZIZ-AYACHE (A.)

Déchets, Rép. pén. Dalloz, 2007.

Eau, Rép. pén. Dalloz, 2007.

Environnement, Rép. pén. Dalloz, 2007.

BLAEVOET (CL.)

L'anormal devant les hautes juridictions civile et administrative, *JCP*, 1946, I, 560.

La place du normal et de l'anormal dans le droit, *Gaz. Pal.*, 1966, 1, doct., p. 65.

BLANC-JOUVAN (X.)

La responsabilité de l'« infans », *RTD Civ.*, 1957, p. 28.

BLOCH (C.)

La cessation de l'illicite, Pour une réforme du droit de la responsabilité civile, dir. F. TERRE, Dalloz, coll. Thèmes & commentaires, 2011, p. 87.

BLOCH (L.)

Force majeure : le calme après l'ouragan ?, *Resp. civ. et assur.*, 2006, Etude n° 8.

La paroi vitrée, la boîte aux lettres, le plot et la victime, *Resp. civ. et assur.*, 2004, Etude n° 14, p. 9.

L'ère post-Chronopost : le retour aux sources, *Resp. civ. et assur.*, 2010, Etude n° 11.

BOLARD (G.)

Notre belle action en justice, De code en code : mélanges en l'honneur du doyen Georges Wiederkehr, Dalloz, 2009, p. 17.

Qualité ou intérêt pour agir ?, *Justices et droit du procès. Du légalisme procédural à l'humanisme processuel. Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard*, Dalloz, 2010, p. 597.

BON (P.-A.)

Quelques réflexions sur la causalité en droit pénal, *RPDP*, 2006, p. 291.

BONFILS (PH.)

Chronique législative de la Loi n° 2008-174 du 25 février 2008, *Rev. sc. crim.*, 2008, p. 392.

La primauté de l'éducation sur la répression, *Dr. pénal*, 2012, Etude n° 18.

La réforme du droit pénal des mineurs par la loi du 10 août 2011, *D.*, 2011, chron., p. 2286.

L'autonomie substantielle du droit pénal des mineurs. Entre consécration et affaiblissement, *AJ pénal*, 2012, Dossier, p. 312.

Le discernement en droit pénal, Mélanges offerts à Raymond Gassin : sciences pénales et sciences criminologiques, P.U.A.M., 2007, Aix-en-Provence, p. 97.

Les frontières du droit pénal des affaires, *RPDP*, 2011, p. 325.

BONASSIES (P.)

Préface à la thèse de A. PIROVANO, *Faute civile et faute pénale*, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, t. 70.

BORE (J.)

L'indemnisation des chances perdues : une forme d'appréciation quantitative de la causalité d'un fait dommageable, JCP, 1074, I, 2620.

BOREL (J.-V.)

La responsabilité pour troubles anormaux de voisinage : de la réparation à la prévention, RRJ, 2007-4, p. 1754.

BORGHETTI (J.-S.)

De la causalité, Pour une réforme du droit de la responsabilité civile, dir. F. TERRE, Dalloz, coll. Thèmes & commentaires, 2011.

Les intérêts protégés et l'étendue des préjudices réparables en droit de la responsabilité civile extracontractuelle, Liber amicorum. Etudes offertes à Geneviève Viney, L.G.D.J., 2008, p. 145.

Vaccinations contre l'hépatite B et sclérose en plaques : incertitudes scientifiques et divergences de jurisprudence, JCP, 2011, 79.

BORIES (A.)

La responsabilité civile des personnes morales, RRJ, 2006, p. 1329.

BOUCHARD (J.-P.)

L'expertise mentale en France entre "pollution de la justice" et devoir d'objectivité, Dr. pénal, 2006, Etude n° 3.

BOUDOU (P.) et CHENE (S.)

D'une société du risque à une société du danger ?, Les nouvelles figures de la dangerosité, dir. P. MBANZOULOU, H. BATEX, O. RAZAC et J. ALVAREZ, L'Harmattan, coll. Sciences criminelles, 2008, p. 171.

BOULOC (B.)

De la compétence du juge pénal pour statuer sur l'action civile après extinction de l'action publique, Liber amicorum. Etudes offertes à Geneviève Viney, L.G.D.J., 2008, p. 173.

Existe-t-il une responsabilité pénale du fait d'autrui ?, Resp. civ. et assur., hors-série nov. 2000, La responsabilité du fait d'autrui. Actualité évolutions, p. 36.

La politique pénale actuelle, fille de Lombroso ?, Peine. Dangerosité. Quelles certitudes ?, Dalloz, coll. Essais de philosophie pénale et de criminologie, vol. 9, 2010, p. 179.

BOURRIE-QUENILLET (M.)

Le préjudice moral des proches d'une victime blessée. Dérive litigieuse ou prix du désespoir, JCP, 1998, I, 186, p. 2205.

BOUT (R.)

Préface à la thèse de C. BLOCH, *La cessation de l'illicite. Recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile*, Dalloz, coll. NBT, vol. 71, 2008.

BOUTONNET (M.)

Bilan et avenir du principe de précaution en droit de la responsabilité civile, D., 2010, chron., p. 2662.

La classification des catégories de préjudices à l'épreuve de l'arrêt Erika, RLDC, 2010, n° 3874.

Le risque, condition « de droit » de la responsabilité civile, au nom du principe de précaution ?, D., 2009, p. 819.

Les présomptions : un remède inefficace au refus d'influence des principes environnementaux sur la preuve de la causalité, D., 2011, p. 2089.

Les risques éventuels générés par les antennes-relais de téléphonie mobile devant le juge civil, Gaz. Pal., 22-24 nov. 2009, p. 11.

Quand le juge hésite à appliquer le principe de précaution, D., 2004, jur., p. 2678.

Vers une indemnisation des victimes des marées noires en dehors du droit de la responsabilité civile, D., 2009, p. 701.

BOUTONNET (M.) et GUEGAN (A.)

Histoire du principe de précaution, Le principe de précaution. Rapport au premier ministre, par Ph. KOURILSKY et G. VINEY, Ed. Odile Jacob, La documentation française, 2000, p. 253.

BOUTONNET (M.) et NEYRET (L.)

Préjudice moral et atteintes à l'environnement, D., 2010, chron., p. 912.

BRIERE DE L'ISLE (G.)

La faute dolosive. Tentative de clarification, D., 1980, chron., p. 133.

La faute inexcusable (bilan et perspectives), D., 1970, chron., p. 73.

La faute intentionnelle (à propos de l'assurance de la responsabilité civile professionnelle), D., 1973, chron., p. 259.

La faute intentionnelle, ou cent fois sur le métier... (Réflexions à propos d'un arrêt : Civ. 1^{ère}, 17 déc. 1991, Winterther c/ Tournaire et autres), D., 1993, chron., p. 75.

BRUN (PH.)

Causalité juridique et causalité scientifique, RLDC, 2007, supplément au n°40, *Les distorsions du lien de causalité en droit de la responsabilité*, n° 2630.

De l'intemporalité du principe de responsabilité du fait des choses. Et de quelques autres considérations sur ses prétendues répercussions négatives en droit des obligations, RTD Civ., 2010, p. 487.

Feu la relativité de la faute contractuelle, RLDC, 20078, n° 2346.

La constitutionnalisation de la responsabilité pour faute, Resp. civ. et assur., juin 2003, *La responsabilité pour faute*, p. 37.

Le nouveau visage de la responsabilité du fait d'autrui (Vers l'irresponsabilité des petits ?), *Etudes à la mémoire de Christophe Lapoyade-Deschamps*, P.U.B., 2003, p. 105.

Les fondements de la responsabilité. Rapport français, Les responsabilités environnementales dans l'espace européen, point de vue franco-belge, dir. G. VINEY et B. DUBUISSON, Schulthess, Bruylant, L.G.D.J., Bibliothèque de la faculté de droit de l'université catholique de Louvain, 2006, p. 3.

L'évolution des régimes particuliers de responsabilité du fait d'autrui, Resp. civ. et assur., hors-série nov. 2000, *La responsabilité du fait d'autrui. Actualité évolutions*, p. 10.

Raffinements ou faux-fuyants ? Pour sortir de l'ambiguïté dans le contentieux du vaccin contre le virus de l'hépatite B (à propos d'un arrêt de la Cour de cassation du 25 novembre 2010), D., 2011, chron., p. 316.

Regards hexagonaux sur les principes du droit européen de la responsabilité civile », *Liber amicorum. Etudes offertes à Geneviève Viney*, L.G.D.J., 2008, p. 187.

BRUN (PH.) et QUEZEL-AMBRUNAZ (CH.)

Vaccination contre l'hépatite B et sclérose en plaques : ombres et lumières sur une jurisprudence instable, RLDC, 2008, n° 3102.

BRUSTON (P.)

La rétention de sûreté est-elle une modalité d'application des peines ?, AJ pénal, 2008, Dossier *Le nouveau contexte de l'application des peines*, p. 403.

BUGNICOURT (J.-PH.) et PARANCE (B.)

Action en justice des associations de protection de l'environnement, infraction environnementale et préjudice moral, D., 2011, note, p. 2635.

BUISSON (J.)

La déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental : loi du 25 février 2008, Procédures, 2008, Etude n° 4.

BURGAUD (E.)

La variabilité du concept de dangerosité en droit pénal des origines à la fin du XIX^e siècle, Peine. Dangerosité. Quelles certitudes ?, ouvrage collectif, Dalloz, coll. Essais de philosophie pénale et de criminologie, vol. 9, 2010, p. 207.

BUSSANI (M.)

Intention et causalité dans le droit comparé de la responsabilité civile (la fable très peu convenue de la malice qui accroche), *De tous horizons : mélanges Xavier Blanc-Jouvan*, Société de législation comparée, DL, 2005, p. 459.

CABON (S.-M.)

Propos introductifs, Le droit pénal des étrangers : une législation aux frontières du droit répressif, colloque publié in *Travaux de l'Institut des sciences criminelles et de la justice*, n° 2, 2012, Cujas, à paraître.

CABON (S.-M.) et LACAZE (M.)

European issues concerning french criminal law on foreigners, *European Criminal Law Review*, 2012, p. 182.

CADIET (L.)

Les métamorphoses du préjudice, Les métamorphoses de la responsabilité. Sixièmes journées René Savatier. Poitiers, 15 et 16 mai 1997, P.U.F., coll. Publication de la faculté de droit et des sciences humaines de Poitiers, t. 32, 1997, p. 37.

CAMPROUX-DUFFRENE (M.-P.)

Conséquences de la nature juridique de la biodiversité sur la réparation du dommage. De Code civil à Code de l'environnement, De code en code : mélanges en l'honneur du doyen Georges Wiederkehr, Dalloz, 2009, Paris, p. 89.

Le contentieux de la réparation civile des atteintes à l'environnement après la loi du 1^{er} août 2008 sur la responsabilité environnementale, RLDC, 2010, n° 3825.

CANIVET (G.)

Les fondements constitutionnels du droit de la responsabilité civile. Essai de pragmatique jurisprudentielle, Liber amicorum. Etudes offertes à G. Viney, L.G.D.J., 2008, p. 213.

CANIVET (G.) et GUIHAL (D.)

Protection de l'environnement par le droit pénal : l'exigence de formation et de spécialisation des magistrats, D., 2004, chron., p. 2728.

CANSELIER (G.)

De l'explication causale en droit de la responsabilité civile délictuelle, RTD Civ., 2010, p. 41.

CAPDEPON (Y.)

La garde en vue de l'étranger en situation irrégulière, Le droit pénal des étrangers : une législation aux frontières du droit répressif, colloque publié in *Travaux de l'Institut des sciences criminelles et de la justice*, n° 2, 2012, Cujas, à paraître.

Le juge du siège et l'évolution de la procédure pénale : juger ou contrôler ?, Dr. pénal, 2007, Etude n° 15.

Responsabilité pénale de l'avocat et droits de la défense, La responsabilité pénale des professionnels du droit, Cujas, à paraître.

CARBONNIER (J.)

Du sens de la répression applicable aux complices selon l'article 59 du Code pénal, JCP, 1952, I, 1034.

CARTIER (M.-E.)

Contrainte et nécessité, *Annales de l'Université des sciences sociales de Toulouse*, t. XXX, p. 28.
Introduction, *Rev. sc. Crim.*, 2001, *La nouvelle définition des délits non intentionnels par la loi du 10 juillet 2000*, p. 725.

CASTAIGNEDE (J.)

Les petits responsables. Réflexions sur la responsabilité pénale et la responsabilité civile du mineur, *Etudes à la mémoire de Christophe Lapoyade-Deschamps*, P.U.B., 2003, p. 119.

CATALA (N.)

De la responsabilité pénale des chefs d'entreprise en matière d'hygiène et de sécurité du travail, JCP, CI, 1976, II, 12010.

CEDRAS (J.)

Le dol éventuel : aux limites de l'intention, *D.*, 1995, chron., p. 18.
Sans préjudice d'affection, *Le droit pénal à l'aube du 3^e millénaire. Mélanges J. Pradel*, Cujas, 2006, p. 231.

CERE (J.-P.)

La rétention de sûreté à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme, *AJ pénal*, 2008, Dossier, p. 220.

CHABAS (F.)

La notion de contravention, *Rev. sc. crim.*, 1969, p. 1 et p. 281.
Le cœur de la cour de cassation (Le droit à réparation de la concubine adultère), *D.*, 1973, chron., p. 211.

CHACORNAC (J.)

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

CHAMBONNAUD (C.)

L'indemnisation des victimes inconscientes, *Gaz. Pal.*, 1991, doct., p. 332.

CHARPENTIER (J.)

L'humanité : un patrimoine mais pas de personnalité juridique, *Les hommes et l'environnement. Mankind and environment. En hommage à A. Kiss*, Ed. Frison-Roche, 1998, p. 17.

CHAVANNE (A.) et FAYARD (M.-C.)

Les délits d'imprudence, *Rev. sc. crim.*, 1975, p. 5.

CHEVALLIER (J.-Y.)

L'état de nécessité (Le rôle du Doyen P. Bouzat dans la reconnaissance de l'infraction nécessaire en droit positif), *Mélanges en l'honneur du doyen Pierre Bouzat*, Pédone, 1980, p. 117.
Plaidoyer pour la "rétention de sûreté", *RPDP*, 2008, p. 1.

CHOUCKROUN (C.)

L'immunité, *Rev. sc. crim.*, 1959, p. 29.

CLAVERIE-ROUSSET (C.)

La légalité criminelle, *Dr. pénal*, 2011, Etude n° 16.

CLEMENT (G. et B.)

Faute civile et faute pénale d'imprudence, RPDP, 2003, p. 309.

COCHE (A.)

Faut-il supprimer les expertises de dangerosité ?, Rev. sc. crim., 2011, p. 21.

COMMARET (D.-N.)

La loi du 10 juillet 2000 et sa mise en œuvre par la chambre criminelle de la Cour de cassation, Gaz. Pal., 2002, doct., p. 603.

CŒURET (A.)

Le responsable pénale dans le Code du travail, Mélanges en l'honneur du Professeur Jacques-Henri Robert, LexisNexis, 2012, p. 121.

Pouvoir et responsabilité en droit pénal social, Dr. social, 1975, p. 396.

CONSTANT-LAPALUS (Ch.)

Variation autour de l'imprévisibilité de la cause étrangère, Petites affiches, 26 févr. 2002, p. 15.

CONTE (PH.)

Aux fous ?, Dr. pénal, 2008, Repère n° 4.

La nature juridique des procédures "alternatives" aux poursuites, Mélanges offerts à Raymond Gassin : sciences pénales et sciences criminologiques, P.U.A.M., 1997, p. 189.

L'arbitraire judiciaire : chronique d'humeur, JCP, 1988, I, 3343.

La responsabilité pénale des personnes morales au regard de la philosophie du droit pénal, La personne juridique dans la philosophie du droit pénal, dir. J.-H. ROBERT et S. TZITZIS, L.G.D.J., coll. Panthéon-Assas, 2003, p. 109.

Le lampiste et la mort, Dr. Pénal, 2001, chron. n° 2, p. 10.

Le législateur, le juge, la faute et l'implication (La fable édifiante de l'autonomie de la loi du 5 juillet 1985), JCP, 1990, I, 3471.

Le rôle de la causalité dans la loi du 5 juillet 1985, Etudes offertes à Hubert Groutel. Responsabilité civile et assurance, Litec, 2006, p. 79.

Les Messieurs Jourdain dans les palais de la République : variations sur l'article 121-3 du Code pénal et ses avatars, Mélanges en l'honneur du Professeur Jacques-Henri Robert, LexisNexis, 2012, p.137.

Préface à la thèse de C. GUILLEMAIN, Le trouble en droit privé, P.U.A.M., 2000.

Remarques sur la conception contemporaine de l'ordre public pénal, Droit et actualité : études offertes à Jacques Béguin, LexisNexis, 2000, p. 141.

Responsabilité du fait personnel, Rép. civ. Dalloz, 2002.

CORGAS-BERNARD (C.)

Le préjudice d'angoisse consécutif à un dommage corporel : quel avenir ?, Resp. civ. et assur., avr. 2010, Etude n° 4.

Le préjudice extrapatrimonial à l'épreuve des réformes, Resp. civ. et assur., 2012, Etude n° 7.

COTTE (B.)

Préface au manuel de D. GUIHAL, Droit répressif de l'environnement, Economica, 3^e éd., 2008.

COTTEREAU (G.) et PIERRE (PH.)

Avant-propos, Autorité et responsabilité, RLDC, 2008, suppl. au n° 51, p. 3.

COURTIEU (G.)

Régimes divers. Troubles de voisinage, J.-Cl. Resp. civ., art. 1382 à 1386, fasc. 265-10, 2009.

COURTOIS (G.)

Innocence et responsabilité chez Spinoza, APD, t. 22, La responsabilité, Sirey, 1977, p. 97.

Le sens de la douleur chez saint Thomas, La douleur et le droit, dir. B. DURAND, J. POIRIER et J.-P. ROYER, P.U.F., 1997, p. 105.

COYE (S.)

Remise en cause de l'irresponsabilité pénale. Jusqu'où ira-t-on ?, *Dedans dehors*, févr. 2008, p. 30.

COYE (S.) et DE SUREMAIN (H.)

Relégation perpétuelle, *Dedans dehors*, févr. 2008, p. 19.

DAMAS (N.)

Retour vers l'anormalité, *D.*, 2005, jur., p. 1395.

D'AMBROSIO (L.)

Les politiques criminelles en matière d'immigration irrégulière à l'épreuve du droit de l'Union européenne : quelques réflexions sur l'après El Dridi au regard des expériences italienne et française, *AJ pénal*, 2011, Dossier *Evolutions récentes du droit des étrangers*, p. 502.

DANET (J.)

La rétention de sûreté au prisme de la politique criminelle : une première approche, *Gaz. Pal.*, 2-4 mars 2008, p. 10.

Les politiques sécuritaires à la lumière de la doctrine de la défense sociale nouvelle, *Rev. sc. crim.*, 2010, p. 49.

DANET (J.) et GRUNVALD (S.)

Le droit à la sécurité et le risque au cœur d'un nouveau droit pénal ?, *Perspectives du droit public : études offertes à Jean-Claude Hélin*, Litec, 2004, p. 197.

DANET (J.) et SAAS (C.)

Le fou et sa "dangerosité", un risque spécifique pour la justice pénale, *Rev. sc. crim.*, 2007, p. 779.

DARMAISIN (S.)

A la recherche du bon père de famille, *Libre droit. Mélanges en l'honneur de Philippe Le Tourneau*, Dalloz, 2008, p. 297.

DE BERTRIER-LESTRADE (B.)

Des fautes sans responsabilités, *Petites affiches*, 25 janv. 2005, p. 5.

DECOCQ (A.)

Inaction, abstention et complicité par aide et assistance, *JCP*, 1983, I, 3124.

DE KLEM (C.)

Evaluation et réparation du dommage écologique. Les apports du droit comparé, Le dommage écologique en droit interne, communautaire et comparé, *Economica*, coll. *Droit et économie de l'environnement*, 1992, p. 143.

DELAGE (P.-J.)

Brèves propositions pour une effectivité de la responsabilité pénale des personnes morales, *Dr. pénal*, 2005, Etude n° 2.

La dangerosité comme éclipse de l'imputabilité et de la dignité, *Rev. sc. crim.*, 2007, p. 797.

Vérité et ambiguïté autour de l'imputabilité morale. A propos de Crim. 21 janvier 2009, *Rev. sc. crim.*, 2009, p. 69.

DE LAMY (B.)

La rétention de sûreté : pénal or not pénal ?, *Rev. sc. crim.* 2009, p. 166.

DELMAS-MARTY (M.)

Comment sortir de l'impasse ?, *Les politiques sécuritaires à la lumière de la doctrine pénale du XIX^e au XXI^e siècle*, *Rev. sc. crim.*, 2010, p. 5.

Introduction, *Les politiques sécuritaires à la lumière de la doctrine pénale du XIX^e au XXI^e siècle*, *Rev. sc. crim.*, 2010, p. 107.

Le droit pénal, l'individu et l'entreprise : culpabilité "du fait d'autrui" ou du "décideur" ?, *JCP*, 1985, I, 3218.

Les standards en droit pénal, *RRJ*, 1988-4, p. 1019.

DEPREZ (J.)

Faute pénale et faute civile, *Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal. Etudes de droit criminel*, dir. G. STEFANI, Dalloz, 1956, p. 157.

DESCAMPS (O.)

Le damnum infectum et l'operis novi nuntiatio : deux exemples de responsabilités préventives en droit romain », *Liber amicorum. Etudes offertes à Geneviève Viney*. L.G.D.J., 2008, p. 319.

DESCORPS DECLERE (F.)

Pour une réhabilitation de la responsabilité civile des dirigeants sociaux, *RTD Com.*, 2003, p. 25.

DESIDERI (J.-P.)

La précaution en droit privé, *D.*, 2000, chron., p. 238.

DESNOYER (CH.)

L'article 4-1 du code de procédure pénale, la loi du 10 juillet 2000 et les ambitions du législateur : l'esprit contrarié par la lettre, *D.*, 2002, chron., p. 979.

DE STEXHE (G.)

Devoir, pouvoir ? La responsabilité dans les limites de la simple humanité, *La responsabilité, face cachée des droits de l'homme*, dir. H. DUMONT, F. OST et S. VAN DROOGHENBROECK, Bruylant, 2005, p. 91.

DETRAZ (S.)

La création d'une nouvelle décision de règlement de l'instruction : la décision d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental, *Rev. sc. crim.*, 2008, p. 873.

La juridiction pénale saisie de la seule action civile : une situation en voie de généralisation, *Dr. pénal*, 2008, Etude n° 10.

La notion de condamnation pénale : l'arlésienne de la science criminelle, *Rev. sc. crim.*, 2008, p. 41.

L'hypothèse d'une responsabilité pénale du fait des choses, *Mélanges en l'honneur du Professeur Jacques-Henri Robert*, LexisNexis, 2012, p. 229.

Faut-il maintenir les contraventions dans le domaine pénal ?, *Droit pénal : le temps des réformes. Actes du colloque des 7, 8 et 9 octobre 2009, à l'Université Montesquieu Bordeaux IV*, Litec, 2011, dir. V. MALABAT, B. de LAMY, et M. GIACOPELLI, p. 39.

La prétendue présomption d'innocence, *Dr. pénal*, 2004, chron. n° 3.

DEVEZE (J.)

Le commencement d'exécution de l'infraction en jurisprudence, *Rev. sc. crim.*, 1981, p. 777.

DREVEAU (C.)

Réflexions sur le préjudice collectif, *RTD Civ.*, 2011, p. 249.

D'HAUTEVILLE (A.)

Brèves remarques sur le nouveau principe de la dualité des fautes civile et pénale d'imprudence, *Le champ pénal. Mélanges en l'honneur du professeur Reynald Ottenhof*, Dalloz, 2006, p. 145.

DI MARINO (G.)

Le développement de la responsabilité pénale des personnes morales, RPDP, 2004, p. 27.

DORSNER-DOLIVET (A.)

Que devient le principe de l'identité des fautes civile et pénale après la loi du 10 juillet 2000 ?, RRJ, 2002-1, p. 199.

DOUCET (J.-P.)

Les effets de la contrainte et de la force majeure en droit pénal, Gaz. Pal., 1972, 1, doct., p. 328.
Les infractions de prévention, Gaz. Pal., 1973, doct., p. 764.

DOUCHEZ (F.), DE LAMY (B.) et SEGONDS (M.),

La délégation de pouvoirs du chef d'entreprise : principes et actualités, Dr. pénal, avr. 2010, Dossier, n° 6.

DOUSSAN (I.)

Le droit de la responsabilité civile française à l'épreuve de la « responsabilité environnementale » instaurée par la directive du 21 avril 2004, Petites affiches, 25 août 2005, p. 3.

DREYER (E.)

Causalité civile et causalité pénale, RLDC, 2007, supplément au n°40, Les distorsions du lien de causalité en droit de la responsabilité, n° 2633.

La causalité directe de l'infraction, Dr. pénal, 2007, Etude n° 9.

La médiation pénale : objet juridique mal identifié, JCP, 2008, I, 131.

La subsidiarité du droit pénal, Mélanges en l'honneur du Professeur Jacques-Henri Robert, LexisNexis, 2012, p. 247.

Le Conseil constitutionnel et la "matière" pénale. La QPC et les attentes déçues..., JCP, 2011, 976.

Les pouvoirs délégués afin d'exonérer pénalement le chef d'entreprise, D., 2004, chron., p. 937.

L'imputation des infractions en droit pénal du travail, Rev. sc. crim., 2004, p. 813.

DUMERY (A.)

Absence de causalité et force majeure, RRJ, 2009-2, p. 629.

DUMONT (H.)

Criminalité collective et impunité des principaux responsables : est-ce la faute du droit pénal ? Introduction : un état de la question, Rev. sc. crim., 2012, p. 3.

DUPUY (P.-M.)

Responsabilité, Dictionnaire de la culture juridique, dir. D. ALLAND et S. RIALS, Lamy/P.U.F., coll. Quadrige, 2003.

DUPUY-LOUP (N.)

La faute inexcusable de l'employeur au-delà du 28 févr. 2002, Resp. civ. et assur., 2002, chron., n° 16.

DURKHEIM (E.)

Jugements de valeur et jugements de réalité, Sociologie et philosophie, Quadrige/P.U.F., 1° éd., 1996.

DUROCHE (J.-PH.)

Les dangers punitifs, Peine. Dangers. Quelles certitudes ?, ouvrage collectif, Dalloz, coll. Essais de philosophie pénale et de criminologie, vol. 9, 2010, p. 281.

DURRY (G.)

Plaidoyer pour une révision de la jurisprudence Costedoat (ou : une hérésie facile à abjurer), Ruptures, mouvements et continuité du droit : autour de Michèle Gobert, Economica, 2004, p. 549.

EGEA (V.)

L'immunité en droit privé, *RRJ*, 2008, p. 1977.

EISENMANN (CH.)

Sur le degré d'originalité du régime de la responsabilité extra-contractuelle des personnes (collectivités) publiques, *JCP*, 1949, I, 751.

ESMEIN (P.)

La commercialisation du dommage moral, *D.*, 1954, chron., p. 113.

La faute et sa place dans la responsabilité civile, *RTD Civ.*, 1949, p. 481.

L'article 1384, alin. 1^{er}, c. civ. est-il applicable au profit de celui qui heurte une chose immobile ?, *D.*, 1937, chron., p. 65.

Le nez de Cléopâtre ou les affres de la causalité, *D.*, 1964, chron., p. 205.

L'obligation et la responsabilité contractuelles, *Le droit français au milieu du XX^{ème} siècle. Etudes offertes à Georges Ripert*, t. 2, L.G.D.J., 1950, p. 101.

Remarques sur de nouvelles classifications des obligations, *Etudes de droit civil à la mémoire de Henri Capitant*, Dalloz, 1939, p. 235.

Trois problèmes de responsabilité civile, *RTD Civ.*, 1934, p. 317.

EVADE (J.-L.)

La réparation du préjudice résultant de l'état végétatif du blessé, *Gaz. Pal.*, 1991, doct., p. 339.

FABRE-MAGNAN (M.)

Le dommage existentiel, *D.*, 2010, chron., p. 2376.

FAVERO (M.)

Responsabilité pénale des personnes morales et responsabilité des dirigeants : responsabilité alternative ou cumulative ?, *Petites affiches*, 8 déc. 1995, p. 15.

FIECHTER-BOULVARD (F.)

La dangerosité : encore et toujours..., *AJ pénal*, 2012, Dossier, p. 67.

FORTIER (V.)

La fonction normative des notions floues, *RRJ*, 1991-3, p. 755.

FOREST (G.)

Regards prospectifs sur le refus de réparer le préjudice moral de l'exproprié, *D.*, 2011, chron., p. 2127.

FORTIS (E.)

A la recherche de l'auteur de l'infraction, *Mélanges en l'honneur du Professeur Jacques-Henri Robert*, LexisNexis, 2012, p. 275.

Les conséquences de la loi du 10 juillet 2000 en droit pénal, *Rev. sc. crim.*, 2001, *La nouvelle définition des délits non intentionnels par la loi du 10 juillet 2000*, p. 737.

FOURNIER (S.)

Complicité, *Rép. pén.* Dalloz, 2001.

GAILLOT-MERCIER (V.)

Troubles de voisinage, *Rép. civ.* Dalloz, 2002.

GARÇON (E.) et OLLARD (R.)

Destructions, dégradations et détériorations dangereuses pour la personnes, *J.-Class. Pén.*, art. 322-5 à 322-11-1, 2011.

GARÇON (E.) et PELTIER (V.)

Commentaire de la loi n° 2012-409 du 27 mars 2012 de programmation relative à l'exécution des peines, Dr. pénal, 2102, Etude n° 11.

GAUDEMET (S.)

Aléa et responsabilité civile, L'aléa, ouvrage collectif, Journées nationales de l'association Henri Capitant, Tome XIV/Le Mans, Dalloz, coll. Thèmes & commentaires, 2011, p. 59.

GAUTIER (P.-Y.)

De l'éventuel "rôle actif" des opérateurs internet dans la réalisation du dommage (qualifications de responsabilité civile), D., 2011, point de vue, p. 2054.

GAUTRON (V.)

De la société de surveillance à la rétention de sûreté. Etapes, faux-semblants, impasses et fuites en avant, AJ pénal, 2009, Dossier Loi du 17 juin 1998 : l'obligation de soins, 10 ans après, p. 54.

GAZZANIGA (J.-L.)

Les métamorphoses historiques de la responsabilité, Les métamorphoses de la responsabilité. Sixièmes journées René Savatier. Poitiers, 15 et 16 mai 1997, P.U.F., coll. Publication de la faculté de droit et des sciences humaines de Poitiers, t. 32, 1997, p. 3.

GIUDICELLI (A.)

L'irresponsabilité pénale des malades mentaux face à l'hypothèse du droit pénal post-moderne, RPDP, 2007, p. 773.

GIUDICELLI-DELAGÉ (G.)

Droit pénal de la dangerosité, droit pénal de l'ennemi, Rev. sc. crim., 2010, p. 69.

L'analyse au regard du lien de causalité (Article 121-3 al 4 code pénal), RPDP, 2004, p. 49.

La sanction de l'imprudence, Mélanges offerts à Pierre Couvrat : la sanction du droit, P.U.F., 2001, p. 523.

GOLDMAN (B.)

Garde du comportement et garde de la structure, Mélanges en l'honneur de Paul Roubier, t. 2, 1961, p. 51.

GOYARD-FABRE (S.)

Responsabilité morale et responsabilité juridique selon Kant, APD, t. 22, La responsabilité, Sirey, 1977, p. 113.

GOUTTENOIRE (A.)

Abandon d'enfant ou de personne hors d'état de se protéger, Rép. pén. Dalloz, 2002.

GRARE-DIDER (C.)

Des causes d'exclusion ou d'exonération de la responsabilité, Pour une réforme du droit de la responsabilité civile, dir. F. TERRE, Dalloz, coll. Thèmes & commentaires, 2011, p. 185.

Du dommage, Pour une réforme du droit de la responsabilité civile, dir. F. TERRE, Dalloz, coll. Thèmes & commentaires, 2011, p. 31.

GRAYOT (S.)

De la responsabilité civile conjuguée au provisoire, Liber amicorum. Etudes offertes à Geneviève Viney, L.G.D.J., 2008, p. 467.

GREAU (F.)

Retour sur la représentation comme fondement de la responsabilité des commettants du fait de leurs préposés, Leçons du droit civil : mélanges en l'honneur de François Chabas, Bruylant, 2011, p. 355.

GREGOIRE (L.)

La détention de sûreté est une peine ! Qualification et conséquences. A propos de CEDH, 17 décembre 2009, M. c/ Allemagne, Droit pénal, 2010, Etude n° 9.

Quel avenir pour les mesures de sûreté ? Analyse au regard de deux ans d'application de la loi du 25 février 2008, RPDP, 2011, p. 311.

GRIDEL (J.-P.)

Glose autour d'un article imaginaire inséré dans le Code civil en suite de l'arrêt Blicek. "Chacun répond, de plein droit, du dommage causé par celui dont il avait mission de régler le mode de vie ou contrôler l'activité", Le juge entre deux millénaires : mélanges offerts à Pierre Drat, Dalloz, 2000, p. 611.

GRIMALDI (C.)

Toute faute contractuelle est une faute délictuelle, mais encore faut-il s'entendre sur le préjudice réparable ?, RDC, 2007, Débats, Contrat sans frontières, p. 562.

GROMB (S.)

De la conscience dans les rapports végétatifs et de l'indemnisation, Gaz. Pal., 1991, doctr., p. 326.

GROUTEL (H.)

La réparation du préjudice des grands handicapés, Resp. civ. et ass., hors-série déc. 1998, p. 63.

GRYNBAUM (L.)

Le lien de causalité en matière de santé : un élément de la vérité judiciaire, D., 2008, p. 1928.

GUEGAN (A.)

La place de la responsabilité civile après la loi du 1^{er} août 2008, Environnement, 2009, Dossier n° 3, p. 14.

L'apport du principe de précaution au droit de la responsabilité civile, Rev. jur. env., 2/2000, p. 147.

GUERIN (M.-C.)

La faute intentionnelle de celui qui agit pour le compte d'autrui, Petites affiches, 11 janv. 2006, p. 6.

Le juge des enfants : pièce maîtresse ou simple juge spécialisé de la justice pénale des mineurs, Dr. pénal, 2012, Etude n° 21.

GUIHAL (D.)

Le droit pénal de l'environnement peut-il être efficace ?, Mélanges en l'honneur du Professeur Jacques-Henri Robert, LexisNexis, 2012, p. 329.

GUIHAL (D.) et THIEFFRY (P.)

L'incrimination pénale, instrument ultime de mise en œuvre du droit européen de l'environnement, Gaz. Pal., 28-29 janvier 2009, p. 11.

GUYOT (I.)

Le caractère extérieur de la force majeure, RRJ, 2002-1, p. 213.

HAMEL (J.)

La personnalité morale et ses limites, D., 1949, chron., p. 142.

HARDOUIN-LE GOFF (C.)

Les fictions légales en droit pénal, Dr. pénal, 2009, Etude n° 1.

HEBRAUD (P.)

Les garants de la réparation devant les juridictions répressives, Mélanges offerts à M. le professeur Jacques Magnol, Sirey, 1948, p. 189.

Observations sur l'évolution des rapports entre le droit et l'action dans la formation et le développement des systèmes juridiques, Mélanges offerts à Pierre Raynaud, Dalloz/Sirey 1985, p. 237.

HENRIOT (J.)

Note sur la date et le sens du mot "responsabilité", APD, t. 22, La responsabilité, Sirey, 1977, p. 59.

HERMON (C.)

La réparation du dommage écologique. Les perspectives ouvertes par la directive du 21 avril 2004, AJDA, 2004, Etude, p. 1792.

HERZOG-EVANS (M.)

Homme, homme juridique et humanité de l'embryon, RTD civ., 2000, p. 65.

La loi N° 2008-174 du 25 février 2008 ou la mise à mort des « principes cardinaux » de notre droit, AJ pénal, 2008, Dossier La nouvelle rétention de sûreté : éléments d'analyse », p. 161.

Les textes d'application de la loi rétention de sûreté. L'enracinement des nouvelles orientations de l'exécution des peines, D., 2008, chron., p. 3098.

Outils d'évaluation : sortir des fantasmes et de l'aveuglement idéologique, AJ pénal, 2012, Dossier, p. 75.

IZORCHE (M.-L.)

Les fondements de la sanction de la concurrence déloyale et du parasitisme, RTD Com., 1998, p. 17.

Réflexions sur la distinction, Mélanges Christian Mouly, Litec, 1998, p. 53.

JACOPIN (S.)

La dangerosité saisie par le droit pénal, Peine. Dangerosité. Quelles certitudes ?, Dalloz, coll. Essais de philosophie pénale et de criminologie, vol. 9, 2010, p. 225.

JACOTOT (D.)

Le principe de précaution et le renforcement de l'action en responsabilité pour faute, Rev. jur. env., n° spécial, 2000, p. 91.

JACQUES (Ph.)

Einstein à la Cour de cassation : la relativité de la théorie, RDC, 2007, Débats, Contrat sans frontières, p. 569.

JAMBU-MERLIN (R.)

Dol et faute lourde, D., 1955, chron., p. 91.

JESTAZ (PH.)

La sanction ou l'inconnue du droit, D., 1986, chron., p. 197.

JEULAND (E.)

Quelques questions sur l'action de substitution « à la française », Justices et droit du procès. Du légalisme procédural à l'humanisme processuel. Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard, Dalloz, 2010, p. 749.

JIMENEZ DE ASUA (L.)

La faute consciente et le « dolus eventualis », RD pén. crim., 1959-1960, p. 603.

L'infraction praeter intentionnelle, Rev. sc. crim., 1960, p. 567.

JOLY (A.)

Vers un critère juridique du rapport de causalité au sens de l'article 1384, alinéa 1^{er}, du Code civil, RTD Civ., 1942, p. 257.

JOSELIN-GALL (M.)

La responsabilité du fait d'autrui sur le fondement de l'article 1384, alinéa 1^{er}. Une théorie générale est-elle possible ?, JCP, 2000, I, 268.

JOSSERAND (L.)

La renaissance de la faute lourde sous le signe de la profession, D., chron., 1939, p. 29.

Le contrat dirigé, D., 1933, p. 89.

Le travail de refoulement de la responsabilité du fait des choses inanimées, D., 1930, chron., p. 5.

JOURDAIN (P.)

Comment traiter le dommage potentiel ?, Resp. civ. et assur., *Le préjudice. Regards croisés privatistes et publicistes*, mars 2010, n° 11, p. 44.

Du critère de la responsabilité, Liber amicorum. Etudes offertes à Geneviève Viney, L.G.D.J., 2008, p. 554.

Existe-t-il un principe général de responsabilité du fait d'autrui ?, Resp. civ. et assur., hors-série nov. 2000, *La responsabilité du fait d'autrui. Actualité évolutions*, p. 5.

Fait de la chose inerte : la Cour de cassation maintient la condition d'anormalité, RTD Civ., 2005, p. 407.

Faute civile et faute pénale, Resp. civ. et assur., juin 2003, *La responsabilité pour faute*, n° 20, p. 74.

Implication et causalité dans la loi du 5 juillet 1985, JCP, I, 3794.

La responsabilité du fait d'autrui à la recherche de ses fondements, Etudes à la mémoire de Christophe Lapoyade-Deschamps, P.U.B., 2003, p. 67.

Le préjudice et la jurisprudence, Resp. civ. et ass., hors-série juin 2001, *La responsabilité civile à l'aube du XXI^{ème} siècle*, n° 8, p. 45.

Les conséquences de la loi du 10 juillet 2000 en droit civil, Rev. sc. crim., 2001, *La nouvelle définition des délits non intentionnels par la loi du 10 juillet 2000*, p. 748.

Les droits de la personnalité à la recherche d'un modèle : la responsabilité civile, Gaz. Pal., 18-19 mai 2007, doct., p. 1506.

Principe de précaution et responsabilité civile, Petites affiches, 30 novembre 2000, p. 51.

Réflexions sur la notion de responsabilité contractuelle, Les métamorphoses de la responsabilité. Sixièmes journées René Savatier. Poitiers, 15 et 16 mai 1997, P.U.F., coll. Publication de la faculté de droit et des sciences humaines de Poitiers, t. 32, 1997, p. 65.

Retour sur l'imputabilité, Les droits et le Droit : Mélanges dédiés à Bernard Bouloc, Dalloz, 2006, p. 511.

KAYSER (P.)

Les droits de la personnalité. Aspects théoriques et pratiques, RTD civ., 1971, p. 445.

KERNALEGUEN (F.)

Intérêt, qualité, pouvoir : le ménage à trois de la théorie de l'action ?, Justices et droit du procès. Du légalisme procédural à l'humanisme processuel. Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard, Dalloz, 2010, p. 771.

KEYMAN (S.)

Le résultat pénal, Rev. sc. crim., 1968, p. 781.

KHAN (O.)

Le principe de nécessité en droit pénal – thèse radicale, à paraître.

KISS (A.)

Droit et risque, APD. Droit et science, t. 36, Sirey, 1991, p. 49.

KOERING-JOULIN (R.)

L'élément moral de la complicité par fourniture de moyens ruineux (article 131-2° de la loi n° 67-563 du 13 juillet 1967), D., 1980, chron., p. 231.

KOUWOUVIH (S.)

Les troubles anormaux du voisinage et les antennes relais de téléphonie mobile : une utilisation inédite du principe de précaution en matière de responsabilité civile, Resp. civ. et ass. , 2003, chron., n° 29.

KUPFERBERG (CH. A.)

La Sicherungsverwahrung ou la rétention de sûreté allemande, Dr. pénal, 2008, Etude n° 8.

LACAZE (M.)

La contravention de port d'une tenue destinée à dissimuler le visage dans l'espace public : incertitude des fondements juridiques, incohérence des catégories pénales, Dr. Pénal, 2012, Etude n° 5.

La réprobation objective en droit pénal. Apport de la notion à la théorie de l'infraction et perspectives civilistes, Travaux de l'ISCJ, n° 1, Cujas, 2011, p. 257.

La rétention de sûreté prononcée suite à la méconnaissance des obligations de la surveillance de sûreté et l'article 5 de la Convention européenne, RPDP, 2012, p. 79.

Le délit d'entrée et de séjour irréguliers, Le droit pénal des étrangers : une législation aux frontières du droit répressif, colloque publié in Travaux de l'Institut des sciences criminelles et de la justice, n° 2, 2012, Cujas, à paraître.

LAINGUI (A.)

L'"homme criminel" avant Lombroso, Peine. Dangerosité. Quelles certitudes ?, Dalloz, coll. Essais de philosophie pénale et de criminologie, vol. 9, 2010, p. 129.

Sur quelques sujets non-humains des anciens droits pénaux, La personne juridique dans la philosophie du droit pénal, dir. J.-H. ROBERT et S. TZITZIS, L.G.D.J., coll. Panthéon-Assas, 2003, p. 13.

LALOU (H.)

La gamme de fautes, D., 1940, chron., p. 17.

Les choses inertes et l'article 1384, §1^{er}, du code civil, D., 1933, chron., p. 94.

Les civilement responsables du fait d'autrui et les juridictions répressives, D., 1932, chron., p. 105.

LAMBERT-FAIVRE (Y)

De la poursuite à la contribution : quelques arcanes de la causalité, D., 1992, chron., p. 311.

LAMEYRE (X.)

Les dangers de la notion de dangerosité, Peine. Dangerosité. Quelles certitudes ?, Dalloz, coll. Essais de philosophie pénale et de criminologie, vol. 9, 2010, p. 311.

LANTHIEZ (M.-L.)

Du préjudice dans quelques infractions contre les biens, D., 2005, chron., p. 464.

Minorité de l'agent et caractère objectif de l'infraction pénale, RPDP, 2010, p. 327.

LAPOYADE-DESCHAMPS (CH.)

Les petits responsables (responsabilité civile et responsabilité pénale de l'enfant), D., chron., 1988, p. 299.

Quelle(s) réparation(s) ?, Resp. civ. et ass., Hors-série juin 2001, La responsabilité civile à l'aube du XXI^{ème} siècle. p. 62.

LARGUIER (J.)

Homicide et blessures commis en groupe : crime impossible, et présomption de participation ou de causalité, Rev. sc. crim., 1973, p. 879.

LARRIEU (P.)

La réception des neurosciences par le droit, AJ pénal, 2011, Dossier, p. 231.

LARROUMET (CH.)

Pour la responsabilité contractuelle, Le droit privé français à la fin du XX^e siècle : études offertes à Pierre Catala, Litec, 2001, p. 543.

LASSALLE (J.-Y.)

La responsabilité civile du fait pénal d'autrui, *Rev. sc. crim.*, 1993, p. 19.

LASSERRE-KIESOW (V.)

L'aléa, *JCP*, 2009, 182.

LAVIELLE (B.)

Une peine infinie (libres propos sur la rétention de sûreté), *Gaz. Pal.*, 2-4 mars 2008, p. 2.

LAZERGES (CH.)

De l'irresponsabilité à la responsabilité pénale des mineurs délinquants ou relecture des articles 1 et 2 de l'Ordonnance du 2 février 1945. A l'occasion du cinquantième anniversaire de l'Ordonnance du 2 février 1945, *Rev. sc. crim.*, 1995, pp. 149.

La tentation du bilan 2002-2009 : une politique criminelle du risque au gré des vents, *Rev. sc. crim.*, 2009, p. 689.

Le choix de la fuite en avant au nom de la dangerosité. Les lois 1, 2, 3, 4, 5, etc. sur la prévention et la répression de la récidive, *Rev. sc. crim.*, 2012, p. 274.

L'irruption de la dangerosité dans les décisions du Conseil constitutionnel, La dangerosité saisie par le droit pénal. Etude de droit comparé, dir. G. GIUDICELLI-DELAGE et Ch. LAZERGES, P.U.F./IRJS Editions, coll. Les voies du droit, 2011, p. 79.

LEAUTE (J.)

Les frontières du droit des contrats et du droit de la propriété en droit pénal spécial, Etudes juridiques offertes à Léon Julliot de la Morandière, Dalloz, 1974, p. 243.

LEBLOIS-HAPPE (J.)

La détention de sûreté du droit allemand et la Convention européenne des droits de l'homme : des condamnations à la réforme, *RPDP*, 2010, p. 773.

Rétention de sûreté vs Unterbringung in die Sicherungsverwahrung : les enseignements d'une comparaison franco-allemande, *AJ pénal*, 2008, Dossier *La nouvelle rétention de sûreté, quelles perspectives ?*, p. 209.

Y a-t-il encore une fin à la répression ?, *Mélanges en l'honneur du Professeur Jacques-Henri Robert*, LexisNexis, 2012, p. 389.

LEBRET (J.)

Essai sur la notion de l'intention criminelle, *Rev. sc. crim.*, 1938, p. 438.

LEBRETON (M.-CH.)

La responsabilité parentale : l'abandon d'un système de responsabilité classique pour un système d'indemnisation, *RRJ*, 2002, p. 1269.

LECUYER (H.)

Une responsabilité déresponsabilisante, *Dr. famille*, 1997, Repères n° 3.

LEDUC (F.)

Causalité civile et imputation, *RLDC*, 2007, supplément au n°40, *Les distorsions du lien de causalité en droit de la responsabilité*, n° 2631.

La cause exclusive, *Resp. civ. et assur.*, 1999, chron., n° 17.

L'objectivation de la responsabilité parentale, Autorité et responsabilité, *RLDC*, 2008, suppl. au n° 51, n° 3080.

Les rapports entre les différentes responsabilités du fait d'autrui, Resp. civ. et assur., hors-série nov. 2000, La responsabilité du fait d'autrui. Actualité évolutions, p. 18.

LEGAL (A.)

La notion d'infraction matérielle, Rev. sc. crim., 1959, p. 71.

La responsabilité pénale du fait d'autrui dans son application au chef d'entreprise, Mélanges offerts à Jean Brèthe de la Gressaye par ses collègues, ses élèves et ses amis, Bière, 1967, p. 477.

La responsabilité sans faute, La Chambre criminelle et sa jurisprudence : recueil d'études en hommage à la mémoire de Maurice Patin, Cujas, 1965, p. 129.

LE GALLOU (C.)

Violation de la clause de non-concurrence et octroi automatique des dommages-intérêts : la punition d'une violation à part, RLDC, 2007/42, p. 6.

LEGEAIS (R.)

La responsabilité civile introuvable ou les problèmes de la réparation des dommages causés par les mineurs, Mélanges dédiés à Gabriel Marty, Universités des sciences sociales de Toulouse, DL, 1978, p. 775.

Le mineur et la responsabilité civile. A la recherche de la véritable portée des arrêts de l'Assemblée plénière du 9 mai 1984, Droit civil, procédure, linguistique juridique : écrits en hommage à Gérard Cornu, P.U.F./Dalloz, 1994, p. 253.

Les infractions d'homicide ou de blessures par imprudence et la conception jurisprudentielle de la causalité, Droit pénal contemporain : mélanges en l'honneur d'André Vitu, Cujas, 1989, p. 333.

Les réponses du droit anglais et du droit allemand aux problèmes de la responsabilité pénale des personnes morales, Rev. sociétés, 1993, pp. 371.

Responsabilité civile des enfants et responsabilité civile des parents (après les arrêts de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation du 9 mai 1984), Defrénois, 1985, art. 33508, p. 557.

Un gardien sans discernement. Progrès ou régression dans le droit de la responsabilité civile ?, D., 1984, chron., p. 237.

LEGROS (R.)

La responsabilité pénale des dirigeants de société et le droit pénal général, RDPC, 1963-1964, p. 3.

L'élément intentionnel dans la participation criminelle, RD pén. crim., 1952-1953, p. 117.

LE MAGUERESSE (Y.)

De l'harmonisation escomptée des critères de la force majeure en matière de responsabilité civile contractuelle et délictuelle, Petites affiches, 6 juillet 2006, p. 14.

LEPAGE (A.) ET MAISTRE DU CHAMBON (P.)

Les paradoxes de la protection pénale de la vie humaine, Les droits et le Droit : Mélanges dédiés à Bernard Bouloc, Dalloz, 2006, p. 613.

LEPOINTE (E.)

De l'impunité à la non-punissabilité. A propos d'une tentative de destruction de la théorie des faits justificatifs, D., 1978, chron., p. 225.

Justifié, donc irresponsable. Contribution à la théorie darwinienne de la variation des espèces, D., 1996, chron., p. 247.

Le diagnostic judiciaire des faits justificatifs, Rev. sc. crim., 1969, p. 547.

LEROY (J.)

L'aliéné criminel, simplement coupable ou pleinement responsable ?, Mélanges François Chabas, Bruylant, 2011, p. 533.

Quelle responsabilité pénale pour les enfants et les malades mentaux, Droit pénal : le temps des réformes. Actes du colloque des 7, 8 et 9 octobre 2009, à l'Université Montesquieu Bordeaux IV, dir. V. MALABAT, B. DE LAMY, et M. GIACOPELLI, Litec, 2011, p. 111.

LE ROY (M.)

L'appréciation de la faute inexcusable du droit des transports, une hésitation symbole d'inadéquation, Petites affiches, 16 juill. 2009, p. 8.

LE TOURNEAU (PH.)

Avant-propos à la thèse de C. BLOCH, *La cessation de l'illicite. Recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile*, Dalloz, coll. NBT, vol. 71, 2008.

De la spécificité du préjudice concurrentiel, *RTD Com.*, 1998, p. 83.

La responsabilité civile des personnes atteintes d'un trouble mental, *JCP*, 1971, I, 2401.

La verueur de la faute dans la responsabilité civile (ou de la relativité de son déclin), *RTD Civ.*, 1988, p. 505.

LETOUZEY (E.)

La spécialisation des juridictions et des procédures dans les affaires de mineurs, *Dr. pénal*, 2012, Etude n° 20.

LETURMY (L.)

La responsabilité délictuelle du contractant, *RTD Civ.*, 1999, p. 839.

LEVEL (P.)

La faute involontaire de l'employeur et sa responsabilité pénale à la suite d'agissement commis par son personnel, *JCP*, 1960, I, 1559.

LEVENEUR (L.)

Les obstacles à la reconnaissance d'un principe général de responsabilité du fait d'autrui, *Les leçons du droit civil : mélanges en l'honneur de François Chabas*, Bruylant, 2011, p. 551.

LEVY-BRUHL (H.)

Responsabilité et normalité, *Année sociologique*, 1953-1954, p. 383.

LIEVREMONT (CH.)

Retour sur un évènement législatif majeur de l'année 2000 : la loi n° 2000-647 du 10 juillet 2000, une nouvelle approche de la culpabilité dans les délits non intentionnels, *RRJ*, 2001-4, p. 1909.

LI-KOTOVTCHIKHINE (X.-Y.)

Le certain en droit civil, *Petites affiches*, 6 juill. 1999, p. 12.

LIMPENS (J.)

La faute et l'acte illicite en droit comparé, *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin*, t. 2, Bruylant/Sirey, 1963, p. 723.

La théorie de la "relativité aquilienne" en droit comparé, *Mélanges offerts à René Savatier*, Dalloz, 1965, p. 559.

LITTMANN-MARTIN (M.-J.)

Les infractions relatives à l'environnement et la remise en état des lieux ordonnée par le juge pénal, Les hommes et l'environnement. Mankind and environment. Quels droits pour le vingt-et-unième siècle ? Etudes en hommage à Alexandre Kiss, Edition Frison-Roche, 1998, p. 431.

LITTMANN-MARTIN (M.-J.) et LAMBRECHTS (C.)

La spécificité du dommage écologique. Rapport général, Le dommage écologique en droit interne, communautaire et comparé, *Economica*, coll. Droit et économie de l'environnement, 1992, p. 45.

LOISEAU (G.)

Des droits humains pour personnes non humaines, *D.*, 2011, chron., p. 2558.

LUDWICZAK (F.)

Essai de conceptualisation nouvelle d'une notion ancienne : la récidive, Rev. pénit., 2009, p. 305.

MAISTRE DU CHAMBON (P.)

L'appréciation de la faute du décideur. L'analyse au regard du comportement, RPDP, 2004, p. 39.

La responsabilité civile sous les fourches caudines du juge pénal, Resp. civ. et assur., Hors-série juin 2001, *La responsabilité civile à l'aube du XX^{ème} siècle*, n° 5, p. 25.

MALABAT (V.)

De la distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat, Etudes à la mémoire de Christophe Lapoyade-Deschamps, P.U.B., 2003, p. 439.

La responsabilité pénale du subordonné, Les droits et le Droit : Mélanges dédiés à Bernard Bouloc, Dalloz, 2006, p. 681.

Le champ inutile du droit pénal : les doubles incriminations, Le champ pénal. Mélanges en l'honneur du professeur Reynald Ottenhof. Dalloz, Paris, 2006, p. 155.

Le délit dit de « mise en danger ». La lettre et l'esprit, JCP, 2000, I, 208.

Les infractions inutiles. Plaidoyer pour une production raisonnée du droit pénal, La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale. Opinio doctorum, dir. de V. MALABAT, B. DE LAMY, et M. GIACOPELLI, Dalloz, 2009, p. 71.

Le statut pénal du mineur. Etude des règles de fond de la responsabilité pénale des mineurs après la loi du septembre 2002, La condition juridique du mineur. Aspects internes et internationaux. Questions d'actualités, dir. J.-J. LEMOULAND, Litec, 2004, pp. 25 .

Retour sur le résultat de l'infraction, Mélanges en l'honneur du Professeur Jacques-Henri Robert, LexisNexis, 2012, p. 443.

MALABAT (V.) et SAINT-PAU (J.-CH.)

Le droit pénal général malade du sang contaminé, Dr. pénal, 2004, chron. n° 2.

MALAURIE (PH.)

L'effet prophylactique du droit civil, Liber amicorum. Jean Calais-Auloy. Etudes de droit de la consommation, Dalloz, 2004, p. 669.

MARGEAT (H.) et FAVRE-ROCHEX (A.)

La faute intentionnelle en assurance de responsabilité, Gaz. Pal., 23 mai 1974, doct., p. 455.

MARECHAL (J.-Y.)

Plaidoyer pour une responsabilité pénale directe des personnes morales, JCP, 2009, 249.

Un pas de plus vers la responsabilité pénale directe des personnes morales, D., 2010, comm., p. 1235.

MARGAINE (C.)

L'atténuation de la responsabilité pénale des mineurs, Dr. pénal, 2012, Etude n° 19.

MARIE (C.)

La responsabilité pénale des personnes morales, La personnalité morale, Dalloz, coll. Thèmes & commentaires, 2010, p. 73.

MARTIN (G. J.)

Apparition et définition du principe de précaution, Petites affiches, 30 nov. 2000, p. 7.

Le concept de risque et la protection de l'environnement : évolution parallèle ou fertilisation croisée ?, Les Hommes et l'environnement. Mankind and environment. Quels droits pour le vingt-et-unième siècle ? Etudes en hommage à Alexandre Kiss, Ed. Frison-Roche, 1998, p. 541.

Précaution et évolution du droit, D., 1995, chron., p. 299.

MARTINAUD-PETIT (M.)

La dualité des critères de mise en œuvre du principe de responsabilité du fait d'autrui, *RRJ*, 2002, p. 255.

MARTON (M. G.)

Obligations de résultat et obligations de moyens, *RTD Civ.*, 1935, p. 499.

MARTY (G.)

Illicéité et responsabilité, *Etudes juridiques offertes à Léon Julliot de la Morandière*, Dalloz, 1964, p. 339.

La relation de cause à effet comme condition de la responsabilité civile (Etude comparative des conceptions allemande, anglaise et française), *RTD Civ.*, 1939, p. 685.

MARTY (J.-P.)

Les délits matériels, *Rev. sc. crim.*, 1982, p. 41.

MASSIAS (F.)

Pénaliser : une obligation positive très circonscrite, *Les droits et le Droit : Mélanges dédiés à Bernard Bouloc*, Dalloz, 2006, p. 745.

MATHEY (N.)

Représentation, *Rép. civ.* Dalloz, 2004.

MATHIEU (B.)

L'avenir du principe de précaution, *JCP*, 2001, act., p. 2025.

MATSOPOULOU (H.)

La généralisation de la responsabilité pénale des personnes morales, *Rev. sc. crim.*, 2004, p. 283.

L'application des "peines", puis des "mesures de sûreté", aux personnes atteintes de troubles mentaux : l'incohérence jurisprudentielle et ses conséquences (à propos de l'arrêt de la chambre criminelle du 16 décembre 2009), *Dr. pénal*, 2010, Etude n° 4.

L'application non-rétroactive des "peines" frappant désormais les délinquants aliénés, *D.*, 2009, note sous *Crim.*, 21 janv. 2009, p. 1111.

Le développement des mesures de sûreté justifiées par la "dangerosité" et l'inutile dispositif applicable aux malades mentaux. Commentaire de la loi n° 2008-174 du 25 février 2008 relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental, *Dr. pénal*, 2008, Etude n° 5.

Le renouveau des mesures de sûreté, *D.*, 2007, p. 1607.

Les conséquences de la généralisation de la responsabilité pénale des personnes morales, *Dr. & patrimoine*, juin 2006, p. 48.

MAURO (C.)

Responsabilité sociale des entreprises et droit pénal, *Mélanges en l'honneur du Professeur Jacques-Henri Robert*, LexisNexis, 2012, p. 495.

MAURY (F.)

Réflexions sur la distinction entre obligations de moyens et obligations de résultat, *RRJ*, 1998-4, p. 1243.

MAYAUD (Y.)

De l'article 121-3 du code pénal à la théorie de la culpabilité en matière criminelle et délictuelle, *D.*, 1997, chron., p. 37.

Des risques causés à autrui. Applications et implications, ou de la naissance d'une jurisprudence, *Rev. sc. crim.*, 1995, p. 574.

Du caractère non intentionnel de la mise en danger délibérée de la personne d'autrui, Rev. sc. crim., 1996, p. 651.
Entre le dit et le non-dit, ou les leçons de droit pénal du Conseil constitutionnel, D., 1999, jur., p. 589.
La faute caractérisée selon la Cour de cassation, Rev. sc. crim., 2001, p. 577.
La mesure de sûreté après la décision du Conseil constitutionnel n° 2008-562 DC du 21 février 2008, D., 2008, chron., p. 1359.
La volonté à la lumière du nouveau Code pénal, Mélanges en l'honneur du professeur Jean Larguier : droit pénal, procédure pénale, PUG, 1993, p. 203.
Les malades mentaux entre non-imputabilité et imputation, AJ pénal, 2004, Dossier, p. 303.
Quelle certitude pour le lien de causalité dans la théorie de la responsabilité pénale, Une certaine idée du droit : mélanges André Decocq, Litec, 2004, p. 475.
Ratio legis et incrimination, Rev. sc. crim., 1983, p. 597.
Recours à la normalité, Rev. sc. crim., 1997, p. 832.
Responsables et responsabilité, Dr. social, 2000, p. 941.
Retour sur la culpabilité non intentionnelle en droit pénal... (à propos de la loi n° 2000-647 du 10 juillet 2000), D., 2000, chron., p. 603.
Risques causés à autrui, Rép. pén. Dalloz, 2007.

MAYER D.

Essai d'analyse de la responsabilité pénale des personnes morales à partir de la conception fonctionnelle des sociétés commerciales adoptée par Michel Jeantin, Prospectives du droit économique : dialogues avec Michel Jeantin, Dalloz, 1999, p. 291.
La "garde" en commun, RTD Civ., 1975, p. 197.
L'influence du droit pénal sur l'organisation de la sécurité dans l'entreprise, D., 1998, chron., p. 256.

MAZARD (J.)

Les problèmes de la sécurité sociale devant la chambre criminelle de la Cour de cassation, Mél. M. Patin, Cujas, 1965, p. 395.

MAZEAUD (D.)

Autorité du commettant et responsabilité : approche de droit civil, Autorité et responsabilité, RLDC, 2008, suppl. au n° 51, n° 3084.
Famille et responsabilité (Réflexions sur quelques aspects de « l'idéologie de la réparation »), Le droit privé français à la fin du XX^e siècle : études offertes à Pierre Catala, Litec, 2001, p. 569.
Responsabilité civile et précaution, Resp. civ. et ass., Hors-série juin 2001, La responsabilité civile à l'aube du XXI^{ème} siècle, p.72.

MAZEAUD (H.)

En attendant l'arrêt des Chambres réunies : garde matérielle et garde juridique, D., 1937, chron., p. 45.
Essai de classification des obligations, RTD Civ., 1936, p. 1.
L'absorption des règles juridiques par le principe de responsabilité civile, D., 1935, chron., p. 5 .
La faute dans la garde, RTD Civ., 1925, p. 793.
La « faute objective » et la responsabilité sans faute, D., 1955, 1985, chron., p. 13.
La lésion d'un intérêt légitime juridiquement protégé, condition de la responsabilité civile, D., 1954, chron., p. 39.
Le « fait actif » de la chose, Etudes de droit civil à la mémoire de Henri Capitant, Dalloz, 1939, Paris, p. 517.

MAZEAUD (L.)

L'assimilation de la faute lourde au dol, D., 1933, chron., p. 49.

MBANZOULOU (P.)

La dangerosité des détenus. Un concept flou aux conséquences bien visibles : le PSEM et la rétention de sûreté, AJ pénal, 208, Dossier, pp. 171.

Quelles incidences possibles de la loi de rétention de sûreté sur les pratiques professionnelles pénitentiaires ?, *AJ pénal*, 2008, Dossier *Le nouveau contexte de l'application des peines*, p. 400.

MEKKI (M.)

La cohérence sociologique du droit de la responsabilité civile, *Liber amicorum. Etudes offertes à Geneviève Viney*, L.G.D.J., 2008, p. 73.

La définition de la force majeure ou la magie du clair-obscur, *RLDC*, 2006, n° 2129.

L'influence normative des groupes d'intérêt : force vive ou force subversive ?, *JCP*, 2009, n° 370 et 392.

MERCADAL (B.)

Recherches sur l'intention en droit pénal, *Rev. sc. crim.*, 1967, p. 1.

MERLE (R.)

L'évolution du droit pénal moderne, *La plume et la parole*, Cujas, 1993, p. 63.

L'évolution du droit pénal français contemporain, *La plume et la parole*, Cujas, 1993, p. 75.

MIMIN (P.)

L'intention et le mobile, *La Chambre criminelle et sa jurisprudence. Recueil d'études à la mémoire de Maurice Patin*, Cujas, 1965, p. 115.

MISTRETTA (P.)

De la répression à la sûreté, les derniers subterfuges du droit pénal. A propos de la loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental, *JCP*, 2008, 145.

Les frontières du droit pénal des affaires, *RPDP*, 2011, p. 331.

MOINE-DUPUIS (I.)

L'intention en droit pénal : une notion introuvable ?, *D.*, 2001, chron., p. 2145.

MOLFESSIS (N.)

La jurisprudence relative à la responsabilité des commettants du fait de leurs préposés ou l'irrésistible enlèvement de la Cour de cassation, *Ruptures, mouvements et continuité du droit : autour de Michèle Gobert*, *Economica*, 2004, p. 495.

MONGIN (J.) et DAOUD (E.)

Le droit pénal demeure-t-il étranger à la notion de « développement durable » ? Rien n'est moins sûr !, *AJ pénal*, 2009, p. 402.

MONIER (J.-C.)

Les situations à risque au regard de la criminologie, Peine. Dangerosité. Quelles certitudes ?, Dalloz, coll. *Essais de philosophie pénale et de criminologie*, vol. 9, 2010, p. 101.

MONTEILHET (P.)

La responsabilité pénale de l'employeur du fait de ses préposés, *JCP*, 1952, I, 1060.

MONTEIRO (E.)

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

MORLET (L.)

La faute caractérisée en droit de la responsabilité civile, *Etudes offertes à Hubert Groutel. Responsabilité civile et assurance*, Litec, 2006, p. 291.

MORTIER (R.)

L'instrumentalisation de la personne morale, ouvrage collectif, Dalloz, coll. Thèmes & commentaires, 2010, p. 31.

MORVAN (P.)

L'irrésistible ascension de la faute caractérisée : l'assaut avorté du législateur contre l'échelle de la culpabilité, *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire : mélange offerts à Jean Pradel*, Cujas, 2006, p. 443.

MOTULSKY (H.)

Le droit subjectif et l'action en justice, APD, 1964, p. 215.

MOULY (J.)

Du prétendu homicide de l'enfant à naître. Défense et illustration de la position de la Cour de cassation, *Rev. sc. crim.*, 2005, p. 47.

Force majeure : éloge de la sobriété, *RTD Civ.*, 2004, p. 471.

Peut-il exister une véritable responsabilité du fait d'autrui ?, *Resp. civ. et assur.*, 2008, Etude n° 10.

MOURY (J.)

Le droit confronté à l'omniprésence du risque, *D.*, 2012, chron., p. 1020 .

MULLER (Y.)

La protection pénale de la relation de confiance. Observations sur le délit d'abus de confiance, *Rev. sc. crim.*, 2006, p. 809.

MURAT (P.)

Réflexions sur la distinction être humain/personne juridique, *Dr. famille*, 1997, chron. n° 9.

NAST (M.)

La cause en matière de responsabilité du fait des choses, *JCP*, 1941, 221.

NERON (D.)

Le standard, un instrument juridique complexe, *JCP*, 2011, n° 1003.

NEYRET (L.)

L'affaire Erika : moteur d'évolution des responsabilités civile et pénale, *D.*, 2010, chron., p. 2238.

La réparation des atteintes à l'environnement par le juge judiciaire, *D.*, 2008, chron., p. 170.

Nafrage de l'Erika : vers un droit commun de la réparation des atteintes à l'environnement, *D.*, 2008, chron., p. 2681.

NGUYEN-BOURGEAIS (D.)

Contribution à l'étude de la faute contractuelle : la faute dolosive et sa place dans la gamme des fautes, *RTD civ.*, 1973, p. 496.

NIETO MARTIN (A.)

Eléments pour un droit international pénal de l'environnement, *Rev. sc. crim.*, 2012, p. 69.

NOGUERO (D.)

La maladie du débiteur cas de force majeure, *D.*, 2006, chron., p. 1566.

OLLARD (R.)

La distinction du dommage et du préjudice en droit pénal, *Rev. sc. crim.*, 2010, p. 561.

La fiducie : aspects de droit pénal, *Rev. sc. crim.*, 2009, p. 545.

Le sens de l'évolution de l'abus de confiance : la propriété, toutes les propriétés mais rien que la propriété, *Dr. pénal*, 2012, Etude n° 9.

OPHELE (C.)

Faute délictuelle et faute contractuelle, Resp. civ. et assur., juin 2003, *La responsabilité pour faute*, n° 21, p. 78.

ORIANNE (P.)

Les standards et les pouvoirs du juge, RRJ, 1988-4, p. 1037.

PAGEAUD (P.-A.)

La notion d'intention en droit pénal, JCP, 1950, I, 876.

PAILLUSSEAU (J.)

Le droit moderne de la personnalité morale, RTD Civ., 1993, p. 705.

PARANCE (B.)

Action en justice des associations de protection de l'environnement, infraction environnementale et préjudice moral, D., 2011, note, p. 2635.

Le principe de précaution sous la férule des règles de la responsabilité civile, RLDC, 2011, n° 4374.

Une application du principe de précaution par le juge judiciaire en matière d'antennes relais, JCP, 2010, 531.

PARICARD (S.)

Du vide dans le droit. Réflexions sur la faute négative dans la responsabilité civile, RRJ, 2011-1, p. 153.

PARIZOT (R.)

CEDH, X contre France : la rétention de sûreté devant la Cour européenne des droits de l'homme, La dangerosité saisie par le droit pénal. Etude de droit comparé, dir. G. GIUDICELLI-DELAGÉ et Ch. LAZERGÈS, P.U.F./IRJS Editions, coll. Les voies du droit, 2011, p. 97.

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, chron., p. 2701.

PEANO (M.-A.)

L'incompatibilité entre les qualités de gardien et de préposé, D., 1991, chron., p. 51.

PELISSIER (J.)

Faits justificatifs et action civile, D., 1963, chron., p. 121.

PELTIER (V.)

Expertise et dangerosité : le nouveau statut juridique de l'expertise en matière de lutte contre la récidive, Mélanges en l'honneur du Professeur Jacques-Henri Robert, LexisNexis, 2012, p. 563.

PERDRIX (L.)

Entre flux et reflux, les mouvements incertains de la responsabilité du fait d'autrui fondée sur le contrôle du mode de vie, RLDC, 2012, n° 4694.

PHILIPPE (D.-M.)

La théorie de la relativité aquilienne, Mélanges Roger O. Dalcq : responsabilités et assurances, Larcier, 1994, p. 467.

PHYTILIS (J.)

Adam et Eve, vous connaissez ? (Pré-texte pour une faute paradisiaque), La culpabilité. Actes des XX^{èmes} journées d'Histoire du droit. 4-6 octobre 2000, PULIM, C.I.A.J. n° 6, 2001, p. 215.

PICOD (Y.)

Conscience et responsabilité pénale, RD pén. crim., 2000, p. 1001.

PIERRE (N.)

Propriété et responsabilité, Liber amicorum. Etudes offertes à Geneviève Viney, L.G.D.J., 2008, p. 423.

PIERRE (Ph.)

Les présomptions relatives à la causalité, RLDC, 2007, supplément au n°40, Les distorsions du lien de causalité en droit de la responsabilité, n° 2634.

Responsabilité, Dictionnaire des notions. Encyclopaedia universalis, 2005, Paris.

PIGNARRE (G.)

La responsabilité : débat autour d'une polysémie, Resp. civ. et assur., hors-série juin 2001, p. 10.

PIN (X.)

La nécessité et le droit pénal, La nécessité en droit international, Pédone, 2007, p. 85.

La notion de faute en droit pénal (121-3 = 0 ?), Droit pénal : le temps des réformes. Actes du colloque des 7, 8 et 9 octobre 2009, à l'Université Montesquieu Bordeaux IV, dir. V. MALABAT, B. DE LAMY, et M. GIACOPELLI, Litec, 2011, p. 95.

La privatisation du procès pénal, Rev. sc. crim., 2002, p. 245.

L'infraction juste, Mélanges en l'honneur du Professeur Jacques-Henri Robert, LexisNexis, 2012, p. 585.

L'irresponsabilité pénale (réflexions sur le sens des articles 122-1, 112-2, 122-3 et 122-8 du Code pénal), La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale. Opinio doctorum, dir. V. MALABAT, B. DE LAMY, et M. GIACOPELLI, Dalloz, 2009, p. 51.

Politique criminelle et frontières du droit pénal : enjeux et perspectives, RPDP, 2011, p. 83.

PIOTRAUT (J.-L.)

L'impossibilité d'exécuter un contrat, Petites affiches, 20 mai 1994, p. 10.

POMART-NOMDEDEO (C.)

L'événement aléatoire et le droit pénal, RRJ, 2009-3, p. 1313.

PONCELA (P.)

Autour de l'ouvrage de Paul Fauconnet : une dimension sociologique de la responsabilité pénale, APD, t. 22, La responsabilité, Sirey, 1977, p. 131.

PONSEILLE (A.)

La faute caractérisée en droit pénal, Rev. sc. crim., 2003, p. 79.

Le sort de la condition de cohabitation dans la responsabilité civile des père et mère du fait dommageable de leur enfant mineur, RTD Civ., 2003, p. 655.

POPOVICI (A.)

Tendances récentes de la responsabilité civile au Québec, Les métamorphoses de la responsabilité. Sixièmes journées René Savatier. Poitiers, 15 et 16 mai 1997, P.U.F., coll. Publication de la faculté de droit et des sciences humaines de Poitiers, t. 32, 1997, p. 129.

POSTACIOGLU (I. E.)

Faits simultanés et le problème de la responsabilité collective, RTD Civ., 1954, p. 438.

POUMAREDE (M.)

L'avènement de la responsabilité civile du fait d'autrui, Libre droit. Mélanges en l'honneur de Philippe Le Tourneau, Dalloz, 2008, p.839.

PRADEL (J.)

De la véritable portée de la loi du 10 juillet 2000 sur la définition des délits non intentionnels, D., 2000, point de vue, p. V.

La seconde mort de l'enfant conçu, D., 2001, chron., p. 2907.

Une double révolution du droit pénal français avec la loi du 25 février 2008 sur les criminels dangereux, D., 2008, chron. p. 1000.

PRALUS (M.)

Le délit de risques causés à autrui dans ses rapports avec les infractions voisines, JCP, 1995, I, 3830.

Réflexion autour de l'élément moral des délits, Dr. Pénal, 2002, chron., n° 41.

PROTHAIS (A.)

La loi du 30 juin 1883 à l'aune du droit pénal, D., 1990, chron., p. 51 .

La tentation pour le juge de refaire la loi pénale, Les droits et le Droit : Mélanges dédiés à Bernard Bouloc, Dalloz, 2006, p. 909.

Vers une responsabilité pénale des parents ? , L'autorité parentale en question, dir. F. DEKEUWER-DEFOSSEZ et Ch. CHOCIN, Septentrion, 2003, p. 99.

PUECH (M.)

De la mise en danger d'autrui, D., 1994, chron., p. 153.

PUIGELIER (C.)

Depuis Louis XIV. A propos du statut juridique de l'embryon et du fœtus, Les droits et le Droit : Mélanges dédiés à Bernard Bouloc, Dalloz, 2006, p. 923.

PULL (B.)

Les fautes du préposé : s'inspirer de certaines solutions du droit administratif ? , JCP, 1996, I, 3939.

QUEZEL-AMBRUNAZ (Ch.)

Antennes-relais : distinguer risque, trouble et préjudice sur fond de principe de précaution, RLDC, 2009, n° 3374.

La fiction de la causalité alternative. Fondement et perspectives de la jurisprudence "Distilbène", D., 2010, p. 1162.

La responsabilité civile et les droits du titre I du livre I du Code civil. A la découverte d'une hiérarchisation des intérêts, RTD Civ., 2012, p. 251.

L'exemple d'un modèle de responsabilité hybride : la responsabilité environnementale, Resp. civ. et assur. 2012, Dossier *Les concours de responsabilité : entre dialogue et conflits*, n° 12.

RABUT (G.)

Plaidoyer en faveur de l'élément injuste. Pour l'intégration du concept d'antijuridicité dans la théorie française de l'infraction, Travaux de l'institut de sciences criminelles et de la justice, n° 1, p. 63.

RADE (CH.)

Autorité et responsabilités au sein de l'entreprise, Autorité et responsabilité, RLDC, 2008, suppl. au n° 51, n° 3085.

Causalité juridique et causalité scientifique : de la distinction à la dialectique, D., 2012, chron., p. 112.

Faut-il reconnaître l'existence d'un principe général de responsabilité du fait d'autrui ? , Etudes offertes à Hubert Groutel. Responsabilité civile et assurance, Litec, 2006, p. 375.

La responsabilité civile des père et mère. De l'autorité parentale à la responsabilité parentale, L'autorité parentale en question, dir. F. DEKEUWER-DEFOSSEZ et Ch. CHOCIN, Septentrion, 2003, p. 81.

La résurgence de la faute dans la responsabilité civile du fait d'autrui, Resp. civ. et assur., 2004, Etude n° 15.

Le principe de précaution, une nouvelle éthique de responsabilité?, Rev. jur. env., n° spécial, 2000, p. 75.

Le renouveau de la responsabilité du fait d'autrui (apologie de l'arrêt Bertrand, deuxième Chambre civile, 19 février 1997), D., 1997, chron., p. 279.

Les présomptions d'imputabilité en droit de la responsabilité civile, Libre droit. Mélanges en l'honneur de Philippe Le Tourneau, Dalloz, 2008, p. 885.

L'impossible divorce de la faute et de la responsabilité civile, D., 1998, chron., p. 301.

RAFFY (R.)

Implication et causalité, D., 1994, chron., p. 158.

RAJOT (B.)

La responsabilité environnementale ou la reconnaissance légale du préjudice écologique, Resp. civ. et assur., septembre 2008, Focus, p. 2.

RASSAT (M.-L.)

Du Code pénal en général et de l'article 121-3 en particulier (après la loi n° 96-393 du 13 mai 1996, Dr. Pénal, juill. 1996, chron. n° 28.

La victime des infractions contre les personnes après l'arrêt de la Chambre criminelle du 30 juin 1999, Dr. pénal, 2000, chron. n° 12.

L'incrimination d'homicide involontaire ne s'applique pas au cas de l'enfant qui n'est pas né vivant, JCP, 2002, II, 10155.

RAYNAL (M.)

L'empiètement matériel sur le terrain d'autrui en droit privé, JCP, 1974, I, 2800.

REIX (M.)

Le délit d'aide à l'entrée et au séjour irréguliers, Le droit pénal des étrangers : une législation aux frontières du droit répressif, colloque publié in Travaux de l'Institut des sciences criminelles et de la justice, n° 2, 2012, Cujas, à paraître.

REMOND-GOUILLOUD (M.)

Le prix de la nature, D., 1982, chron., p. 33.

REMY (PH.)

La "responsabilité contractuelle" : histoire d'un faux concept, RTD Civ., 1997, p. 323.

RETIF (S.)

Un critère unique de la garde d'une chose : la faculté de prévenir le préjudice qu'elle peut causer ?, Resp. civ. et assur., 2004, Etude n° 24.

REJET (TH.)

La propriété de la personnalité, Gaz. Pal., 18-19 mai 2007, doct., p. 1503.

RIOU (M.)

De l'action civile fondée sur l'article 1384, al. 1^{er} du Code civil, Rev. sc. crim., 1955, p. 229.

RIPERT (G.)

Le prix de la douleur, D., 1948, chron., p. 1.

ROBERT (J.-H.)

Imputation et complicité, JCP, 1975, I, 2720.

La responsabilité pénale des personnes morales en droit anglais, Dr. pénal, 1995, chron. n° 30.

L'autorité de la chose jugée au pénal sur le civil, Procédures, 2007, Etude n° 19.

La victoire posthume de Lombroso et de Ferri, Dr. pénal, 2008, Repère n° 2.

Le coup d'accordéon ou le volume de la responsabilité pénale des personnes morales, Les droits et le Droit : Mélanges dédiés à Bernard Bouloc, Dalloz, 2006, p. 975.

Les personnes physiques pénalement responsables des infractions commises à l'occasion du fonctionnement des entreprises, JCP, CI, 1975, II, 11716.

Les quatre cents coups des mineurs leur seront rendus au centuple, JCP, 2012, 346.
L'histoire des éléments de l'infraction, Rev. sc. crim., 1977, p. 269.

ROBINEAU (M.)

Le statut normatif de la nomenclature Dinthilac des préjudices, JCP, 2010, 612.

ROBLOT (R.)

De la faute lourde en droit privé, RTD Civ., 1943 p. 1.

ROETS (D.)

La rétention de sûreté à l'aune du droit européen des droits de l'homme, D., chron., p. 1840.
L'épineuse question de l'application dans le temps des mesures de sûreté, Gaz. Pal., 10-11 mars 2010, note sous Crim., 16 déc. 2009, p. 10.
Les sanctions pénales du droit de l'environnement sont-elles utiles ?, RD rur., 1992, p. 323.
Réflexions sur les possibles implications du principe de précaution en droit pénal de l'imprudence, Rev. sc. crim., 2007, p. 958.

ROTMAN (E.)

L'évolution de la pensée juridique sur le but de la sanction pénale, Aspects nouveaux de la pensée juridique : recueil d'études en hommage à Marc Ancel, vol. 2, Pédone, 1975, p. 163.

ROUBIER (P.)

L'arrêt des chambres réunies du 2 décembre 1941 et la théorie générale de la responsabilité civile, JCP, 1942, I, 257.

ROUJOU DE BOUBEE (G.)

Essai d'une théorie générale de la justification, Annales de l'Université des sciences sociales de Toulouse, t. XXX, 1982, p. 11.
La responsabilité pénale des personnes morales. Essai d'un bilan, Une certaine idée du droit : mélanges André Decocq, Litec, 2004, p. 535.

ROUJOU DE BOUBEE (G.) et DE LAMY (B.)

Contribution supplémentaire à l'étude de la protection pénale du fœtus, D., 2001, chron., p. 181.

ROUSSEAU (F.)

Complice ou auteur indirect d'une infraction non intentionnelle ?, Dr. pénal, 2007, Etude n° 11.
De quelques réflexions sur la responsabilité collective. Aspects de droit civil et de droit pénal, D., 2011, chron., p. 1983.
Dangerosité et sanctions pénales, Peine. Dangerosité. Quelles certitudes ?, Dalloz, coll. Essais de philosophie pénale et de criminologie, vol. 9, 2010, p. 265.
La fonction réparatrice de la responsabilité pénale, Le droit pénal et les autres branches du droit : regards croisés. Actes du XX^e congrès de l'Association Française de Droit Pénal. Bordeaux, 5, 6 et 7 octobre 2011, Cujas, 2012, à paraître.
L'application dans le temps des nouvelles dispositions du 25 février 2008 relatives à l'irresponsabilité pénale pour cause de troubles mentale (à propos de l'arrêt de la chambre criminelle du 21 janvier 2009), Dr. pénal, 2009, Etude n° 9.
La répartition des responsabilités dans l'entreprise, Rev. sc. crim., 2010, p. 805.
L'introduction des faits justificatifs dans le Code civil par l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, RPDP, 2008, p. 539.
L'unité des fautes civile et pénale, Droit pénal : le temps des réformes. Actes du colloque des 7, 8 et 9 octobre 2009, à l'Université Montesquieu Bordeaux IV, dir. V. MALABAT, B. DE LAMY, et M. GIACOPELLI, Litec, 2011, p. 119.
Observations sur la répression inégalitaire de l'imprudence, La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale. Opinio doctorum, dir. V. MALABAT, B. DE LAMY, et M. GIACOPELLI, Dalloz, 2009, p. 43.

ROZES (L.)

L'infraction consommée, *Rev. sc. crim.*, 1975, p. 603.

RUELLAN (C.)

La perte de chance en droit privé, *RRJ*, 1999-3, p. 729.

RUET (C.)

Commentaire de la loi n° 96-393 du 13 mai 1996 relative à la responsabilité pénale pour des fautes d'imprudence ou de négligence, *Rev. sc. crim.*, 1998, p. 23.

RUSSO (CH.)

Le risque dans le délit de mise en danger délibérée d'autrui, *Petites affiches*, 18 août 2000, p. 6.

SAAS (C.)

Les avatars de la pénalisation du droit des étrangers, *AJ pénal*, 2011, Dossier *Evolutions récentes du droit des étrangers*, p. 492.

SAENKO (L.)

De l'imputation par amputation ou le mode allégé d'engagement de la responsabilité pénale des personnes morales, *Dr. pénal*, 2009, Etude n° 14.

SAINT-JOURS (Y.)

Du principe de l'autorité de la chose jugée au criminel en matière de faute inexcusable, *D.*, 1969, *chron.*, p. 229.

La faute intentionnelle dans le droit de la sécurité sociale, *Dr. soc.*, 1970, p. 387.

SAINT-PAU (J.-CH.)

De la causalité dans l'homicide non intentionnel (art. 121-3, 221-6, 222-19 et s.), *RPDP*, 2009, p. 847.

Droit à réparation. Conditions de la responsabilité contractuelle. Fait générateur. Inexécution imputable au débiteur, *J.-Cl. Resp. civ. et assur.*, art. 1146 à 1155, fasc.171-20, 2004.

Droit à réparation. Conditions de la responsabilité contractuelle. Fait générateur. Obligations, *J.-Cl. Resp. civ. et assur.*, art. 1146 à 1155, fasc. 171-10, 2003.

Droit à réparation. Exonération de la responsabilité contractuelle. Inexécution imputable à une cause étrangère, *J.-Cl. Resp. civ. et assur.*, art. 1146 à 1155, fasc.171-30, 2004.

Droit à réparation. Rapports entre responsabilités délictuelle et contractuelle, *J.-Cl. Civ.*, art. 1146 à 1155, fasc. 175, 2007.

Droit au respect de la vie privée et droit pénal, *Dr. pénal*, 2011, Etude n° 20.

Jouissance des droits civils. Droit au respect de la vie privée. Régime. Atteinte légitime à la vie privée, *J.-Cl. Civ. Code*, art. 9, fasc. 15, 2011.

Jouissance des droits civils. Droit au respect de la vie privée. Régime. Action, *J.-Cl. Civ. Code*, art. 9, fasc. 20, 2012.

La capacité pénale de l'enfant, *Le droit et les droits de l'enfant*, Centre d'Etudes et de Recherche sur les Contentieux Université du Sud-Toulon Var/L'Harmattan, collection Champs Libres, 2005, p. 87.

La distinction des droits de la personnalité et de l'action en responsabilité civile, *Etudes offertes à Hubert Groutel. Responsabilité civile et assurance*, Litec, 2006, p. 405.

La faute diffuse de la personne morale, *D.*, 2004, *comm.*, note sous *Crim.*, 29 avr. 2003, p. 167.

La présomption d'imputation d'une infraction aux organes ou représentants d'une personne morale, *D.*, 2007, *chron.*, p. 617.

La responsabilité des personnes morales : réalité et fiction, *Le risque pénal dans l'entreprise*, Litec, 2003, p. 71.

La responsabilité du fait d'autrui est-elle devenue une responsabilité personnelle et directe ?, *Resp. civ. et assur.*, 1998, *chron.* n° 22.

La responsabilité pénale des personnes morales sans représentation, *Gaz. Pal.*, 30-31 mars 2011, p. 8.
L'article 9 du Code civil : matrice des droits de la personnalité, *D.*, 1999, *comm.*, p. 541.

Le fait d'autrui source de responsabilité : fait causal ou fait générateur ?, *Resp. civ. et assur.*, 2004, chron. n° 1.

Le ministère public concurrence-t-il le juge du siège ?, *Dr. pénal*, 2007, Etude n° 14.

Les causalités dans la théorie de l'infraction, *Mélanges en l'honneur du Professeur Jacques-Henri Robert*, LexisNexis, 2012, p. 679.

Les pouvoirs du juge des référés sur le fondement de l'article 9, alinéa 2, du Code civil, *D.*, 2001, jur., p. 2434.

L'évolution de la responsabilité des personnes morales : d'une responsabilité par représentation à une responsabilité sans représentation, *La cohérence des châtiments*, Dalloz, coll. Essais de philosophie pénale et de criminologie, vol. 10, 2012.

L'insécurité juridique dans la détermination du responsable en droit pénal de l'entreprise, *Gaz. Pal.*, 2005, 1, p. 134.

Responsabilité civile et anormalité, *Etudes à la mémoire de Christophe Lapoyade-Deschamps*, P.U.B., 2003, p. 249.

SALEILLES (R.)

De la responsabilité précontractuelle, *RTD Civ.*, 1907, p. 697.

SALVAGE (PH.)

La grande délinquance est-elle une maladie ?, *Dr. pénal*, 2010, Etude n° 3.

La loi n° 2000-647 du 10 juillet 2000. Retour vers l'imprudence pénale, *JCP*, 2000, I, 291.

Le contrôle du délinquant après l'exécution de sa peine privative de liberté, *Mélanges en l'honneur du Professeur Jacques-Henri Robert*, LexisNexis, 2012, p. 697.

Le lien de causalité en matière de complicité, *Rev. sc. crim.*, 1981, p. 25.

Les infractions commises au sein d'un groupe informel : l'établissement de la responsabilité et la méthode du Droit, *Dr. pénal*, 2005, Etude n° 8.

L'imprudence en droit pénal, *JCP*, 1996, I, 3984.

SALVAIRE (J.)

Réflexions sur la responsabilité pénale du fait d'autrui, *Rev. sc. crim.*, 1964, p. 307.

SANA-CHAILLE DE NERE (S.)

La faute d'autrui, *RLDC*, 2004, n° 432.

SARGOS (P.)

La causalité en matière de responsabilité ou le "droit Schtroumpf", *D.*, 2008, p. 1935.

L'amélioration de l'indemnisation des victimes d'un accident de la circulation, *D.*, 2010, p. 273.

SAUTEL (O.)

La responsabilité pénale des personnes morales, *Petites affiches*, 18 juin 2008, p. 7.

SAVATIER (R.)

La responsabilité générale du fait des choses que l'on a sous sa garde a-t-elle pour pendant une responsabilité générale du fait des personnes dont on doit répondre ?, *D.*, 1933, chron., p. 81.

Le dommage et la personne, *D.*, 1955, chron., p. 5.

Le risque pour l'homme de perdre ses esprits et ses conséquences en droit civil, *D.*, 1968, chron., p. 109.

L'état de nécessité et la responsabilité civile extracontractuelle, *Etudes de droit civil à la mémoire de Henri Capitant*, Dalloz, 1939, p. 729.

Personnalité et dépersonnalisation de la responsabilité civile, *Mélanges de droit, d'histoire et d'économie offerts à Marcel Laborde-Lacoste par ses collègues, ses élèves et ses amis*, Bière, 1963, p. 321.

SAVAUX (E.) et SCHÛTZ (R.-N.)

Exécution par équivalent, responsabilité et droits subjectifs. Réflexions à partir du contrat de bail, Mélanges offertes à Jean-Luc Aubert. Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit, Dalloz, 2005, p. 271.

SAVEY-CASARD (P.)

Le repentir actif en droit pénal français, Rev. sc. crim., 1912, p. 515.

SCHNEIDER (A.)

Le principe de la responsabilité et les notions de droit et de devoir : pour une responsabilité de l'anticipation, Gaz. Pal., 16-17 mai 2008, doct., p. 4.

Réparation et répression : histoire d'une transformation des besoins par la notion de risque, Petites Affiches, 22 juin 1999, p. 13.

SEGONDS (M.)

Frauder l'article 121-2 du Code pénal, Dr. pénal, 2009, Etude n° 18.

Les frontières du droit pénal du travail, RPDP, 2011, p. 339.

SENON (J.-L.) et MANZANERA (C.)

Psychiatrie et justice : de nécessaires clarifications à l'occasion de la loi relative à la rétention de sûreté, AJ pénal, 2008, Dossier, p. 176.

SERIAUX (A.)

Quel(s) fondement(s) ?, in Resp. civ. et ass., Hors-série juin 2001, La responsabilité civile à l'aube du XXI^{ème} siècle, p. 58.

SERRA (Y.)

Concurrence déloyale, Rép. com. Dalloz, 2004.

SEUVIC (J.-F.)

Variations sur l'humain comme valeurs pénalement protégées, Ethique, droit et dignité de la personne : mélanges Christian Bolze, Economica, 1999, p. 339.

SEVELY-FOURNIE (C.)

La rétention de sûreté à l'origine d'un nouveau risque d'erreur judiciaire ?, AJ pénal, 2011, Dossier, p. 334.

L'"inquiétante étrangeté" de la rétention de sûreté, RRJ, 2008, p. 2019.

SIFFREIN-BLANC (C.)

Vers une réforme de la responsabilité civile des parents, RTD Civ., 2011, p. 479.

SIMLER (PH.)

La notion de garde de l'enfant (sa signification et son rôle au regard de l'autorité parentale), RTD Civ., 1972, p. 685.

SLAMA (S.)

Délit d'aide à l'entrée, à la circulation et au séjour irréguliers : controverses sur la légitimité d'un "délict d'humanité", AJ pénal, 2011, Dossier Evolutions récentes du droit des étrangers, p. 496.

SLAMA (S.) et BASILIEU-GAINCHE (M.-L.)

L'arrêt El Dridi : la nécessaire remise à plat du dispositif de pénalisation de l'irrégularité, AJ pénal, 2011, p. 362.

SLIM (H.)

Le lien de causalité : approche comparative, RLDC, 2007, supplément au n°40, Les distorsions du lien de causalité en droit de la responsabilité, n° 2638.

SORDINO (M.-CH.)

De la proportionnalité en droit pénal, Mélanges en l'honneur du Professeur Jacques-Henri Robert, LexisNexis, 2012, p.711.

SOUSSE (M.)

La notion de "force majeure non-exonératoire", RRJ, 1995-1, p. 125.

SPITERI (S.)

L'infraction formelle, Rev. sc. crim., 1966, p. 497.

STARCK (B.)

La pluralité de causes de dommage et la responsabilité civile (La vie brève d'une fausse équation : causalité partielle = responsabilité partielle), JCP, 1970, I, 2339.

STOFFEL-MUNCK (PH.)

La théorie des troubles du voisinage à l'épreuve du principe de précaution : observations sur le cas des antennes relais, D., 2009, chron., p. 2817.

Le préjudice moral des personnes morales, Libre droit. Mélanges en l'honneur de Philippe Le Tourneau, Dalloz, 2008, p. 959.

TALLON (D.)

L'inexécution du contrat : pour une autre présentation, RTD Civ., 1994, p. 223.

Pourquoi parler de faute contractuelle ?, Droit civil, procédure, linguistique juridique : écrits en hommage à Gérard Cornu, P.U.F./Dalloz, 1994, p. 429.

TAPIA (M.)

Décadence et fin éventuelle du principe d'identité des fautes pénale et civile, Gaz. Pal., 7-8 Mars 2003, doct., p. 686.

THERY (PH.)

La condition juridique de l'embryon et du fœtus, D., 1982, chron., p. 231.

THEVENOT (J.)

Environnement et préjudice moral : observations sur les contentieux en réparation, D., 1994, chron., p. 225.

THIBIERGE (C.)

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

Libres propos sur l'évolution du droit de la responsabilité (vers un élargissement de la fonction de la responsabilité civile ?), RTD Civ., 1999, p. 561.

Préface à la thèse de M. BOUTONNET, *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile*, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, t. 444, 2005.

TILLEMENT (G.)

Le contrôle de la nécessité des incriminations par le juge pénal, Dr. Pénal, 2003, chron. n° 34, p. 4.

TOURNIER (C.)

L'élément moral des infractions non intentionnelles, RRJ, 2005-2, p. 811.

TREBULLE (F.-G.)

Environnement et respect de la création, Mélanges en l'honneur du Professeur Jacques-Henri Robert, LexisNexis, 2012, p.787.

TRICOT (J.)

Le droit pénal à l'épreuve de la responsabilité pénale des personnes morales : l'exemple français, *Rev. sc. crim.*, 2012, p. 19.

TRIGEAUD (J.-M.)

Aspects de la culpabilité chez Aristote et Thomas d'Aquin, L'homme coupable. Critique d'une philosophie de la responsabilité, Ed. Bière, Bibliothèque de philosophie comparée. Philosophie du droit – 17, 1999, p. 109.

Culpabilité et responsabilité. Le droit et ses limites, L'homme coupable. Critique d'une philosophie de la responsabilité, Ed. Bière, Bibliothèque de philosophie comparée. Philosophie du droit – 17, 1999, p. 87.

TRUCHET (D.)

Douze remarques sur le principe de précaution, *JCP*, 2002, act., 138, p. 533.

TSIEN (T.-H.)

La notion de responsabilité en droit chinois, *APD*, t. 22, *La responsabilité*, Sirey, 1977, p. 161.

T. SMITH Jr (T.)

Le dommage écologique et le droit américain, Le dommage écologique en droit interne, communautaire et comparé, *Economica*, coll. Droit et économie de l'environnement, 1992, p. 79.

TUNC (A.)

Force majeure et absence de faute en matière contractuelle, *RTD Civ.*, 1945, p. 235.

Force majeure et absence de faute en matière délictuelle, *RTD Civ.*, 1946, p. 171.

La détermination du gardien dans la responsabilité du fait des choses inanimées, *JCP*, 1960, I, 1592.

La distinction des obligations de résultat et des obligations de diligence, *JCP*, 1945, I, 449.

La garde du comportement et la garde de la structure dans la responsabilité du fait des choses inanimées, *JCP*, 1957, I, 1384.

Logique et politique dans l'élaboration du droit, spécialement en matière de responsabilité civile, *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin*, t. 1, Bruylant/Sirey, 1963, p. 317.

TZITZIS (S.)

La personne humaine entre l'être et l'avoir en droit pénal, *Mélanges en l'honneur du Professeur Jacques-Henri Robert*, LexisNexis, 2012, p.833.

Lombroso et les enjeux de l'humanitarisme pénal postmoderne, Peine. Dangerosité. Quelles certitudes ?, préc., p. 189.

VACARIE (I.)

La perte d'une chance, *RRJ*, 1987-3, p. 903.

VARINARD (A.)

La théorie de l'infraction impossible : vers la disparition d'un mythe doctrinal, *Mélanges offerts à Albert Chavanne. Droit pénal, propriété intellectuelle*, Litec, 1990, p. 165.

VERHAEGEN (J.)

Faute pénale et faute civile, *APD*, t. 28, 1983, p. 17.

VIDAL (J.)

L'arrêt de la Chambre mixte du 27 février 1970, le droit à réparation de la concubine et le concept de dommage réparable, *JCP*, 1971, I, 2390, n° 15.

VIGNON-BARRAULT (A.)

L'autorité, critère d'identification du responsable, Autorité et responsabilité, RLDC, 2008, suppl. au n° 51, n° 3081.

VILLERS (R.)

Responsabilité pénale et responsabilité civile dans les droits helléniques, La responsabilité à travers les Âges, ouvrage collectif, Economica, 1989.

VILLEY (M.)

Esquisse historique sur le mot responsable, APD, t. 22, La responsabilité, Sirey, 1977, p. 44.

La responsabilité chez Saint-Thomas, La responsabilité pénale, Dalloz, 1961, p. 117.

VINCENT (J.) et PREVAULT (J.)

La responsabilité civile du fait des mineurs inadaptés, D., 1965, chron., p. 201.

VINEY (G.)

Cessation de l'illicite et responsabilité civile, Mélanges en l'honneur du Professeur Gilles Goubeaux, Liber amicorum, Dalloz/L.G.D.J., 2009.

Conclusion, Rev. sc. crim., 2001, La nouvelle définition des délits non intentionnels par la loi du 10 juillet 2000, p. 764.

Conclusions, Rev. sociétés, 1993, p. 382.

L'action d'intérêt collectif et le droit de l'environnement. Rapport français, Les responsabilités environnementales dans l'espace européen, point de vue franco-belge, dir. G. VINEY et B. DUBUISSON, Schulthess, Bruylant, L.G.D.J., Bibliothèque de la faculté de droit de l'université catholique de Louvain, 2006, p. 218.

La réparation des dommages causés sous l'empire d'un état d'inconscience : un transfert nécessaire de la responsabilité vers l'assurance, JCP, 1985, I, 3189.

La responsabilité du débiteur à l'égard du tiers auquel il a causé un dommage en manquant à son obligation contractuelle, D., 2006, jur., p. 2825.

La responsabilité personnelle du préposé, Etudes à la mémoire de Christophe Lapoyade-Deschamps, P.U.B., 2003, p. 83.

Le point de vue d'un juriste, Petites affiches, 30 nov. 2000, p. 66.

Le préjudice écologique, Resp. civ. et ass., n° spécial Le préjudice : questions choisies, mai 1998, p. 6.

Les principaux aspects de la responsabilité des entreprises pour atteinte à l'environnement en droit français, JCP, 1996, I, 3900.

L'harmonisation des droits de la responsabilité civile en Europe, Droit et économie de l'assurance et de la santé : mélanges en l'honneur de Yvonne Lambert-Faivre et Denis-Clair Lambert, Dalloz, 2002, p. 417.

Préface à la thèse de S. GRAYOT, Essai sur le rôle des juges civils et administratifs dans la prévention des dommages, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, t. 504, 2009

Principes de précaution et responsabilité civile des personnes privées, D., 2007, p. 1542.

Réflexions sur l'article 489-2 du Code civil. A partir d'un système de réparation des dommages causés sous l'empire d'un trouble mental, une nouvelle étape de l'évolution du droit de la responsabilité civile, RTD Civ., 1970, p. 251.

Remarques sur la différence entre faute intentionnelle, faute inexcusable et faute lourde, D., 1975, chron., p. 263.

WESTER-OUISSE (V.)

Critique d'une notion imprécise : la faute du dirigeant de société séparable de ses fonctions, D., Aff., 1999, p. 782.

Dérives anthropomorphiques de la personnalité morale : ascendances et influences, JCP, 2009, I, 137.

La jurisprudence et les personnes morales. Du propre de l'homme aux droits de l'homme, JCP, 2009, I, 121.

Le préjudice moral des personnes morales, JCP, 2003, I, 145.

Responsabilité pénale des personnes morales et dérives anthropomorphiques, *Rev. pénit.*, 2009, p. 63.
Responsabilité pour troubles anormaux : le modèle d'une responsabilité fondée sur le dommage, *RRJ*, 2007-3, p. 1219.

WICKER (G.)

La légitimité de l'intérêt à agir, *Etudes sur le droit de la concurrence et quelques thèmes fondamentaux : mélanges en l'honneur d'Yves Serra*, Dalloz, 2006, p. 455.

La sanction délictuelle du manquement contractuel ou l'intégration de l'ordre contractuel à l'ordre juridique général, *RDC*, 2007, Débats, *Contrat sans frontières*, p. 562.

La théorie de la personnalité morale depuis la thèse de Bruno Oppetit, *Etudes à la mémoire du professeur Bruno Oppetit*, LexisNexis, 2009, p. 691.

Personne morale, *Rép. civ. Dalloz*, 1998.

WIEDERKEHR (G.)

Dommage écologique et responsabilité civile, *Les hommes et l'environnement. Mankind and environment. Quels droits pour le vingt-et-unième siècle ? Etudes en hommage à Alexandre Kiss*, Ed. Frison-Roche, 1998, p. 513.

La légitimité de l'intérêt pour agir, *Justices et droit du procès. Du légalisme procédural à l'humanisme processuel. Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard*, Dalloz, 2010, p.877.

La notion d'action en justice selon l'article 30 du nouveau Code, *Mélanges offerts à Pierre Hébraud*, 1981, p. 949.

Le débat sur les fondements de la responsabilité en matière de dommage écologique. Rapport général, Le dommage écologique en droit interne, communautaire et comparé, *Economica*, coll. Droit et économie de l'environnement, 1992, p. 19.

Une notion controversée : l'action en justice, *Etudes offertes au Doyen Philippe Simler*, Dalloz/Litec, 2006, p. 903.

WIGNY (P.)

Responsabilité contractuelle et force majeure, *RTD Civ.*, 1935, p. 19.

YAWAGA (S.)

Réflexion sur la constitutionnalisation de certains aspects du droit pénal camerounais de fond, *Rev. sc. crim.*, 2001, p. 352.

ZEROUKI-COTTIN (D.) sous la direction de NOURISSAT (C.)

Dernières avancées d'une « difficile rencontre entre le droit pénal et le droit communautaire » en matière d'environnement. La directive du 19 novembre 2008 relative à la protection de l'environnement par le droit pénal, *RPDP*, 2009, p. 205.

ZMIROU-NAVIER (D.)

L'antenne de Pandore, *Gaz. Pal.*, 22-24 nov. 2009, p. 8.

VI. CHRONIQUES, NOTES, OBSERVATIONS

BOUTONNET (M.)

Les présomptions : un remède inefficace au refus d'influence des principes environnementaux sur la preuve de la causalité, note sous *Civ. 3*, 18 mai 2011, *D.*, 2011, p. 2089.

Quand le juge hésite à appliquer le principe de précaution, note sous *Aix-en-Provence*, 8 juin 2004, *D.*, 2004, *jur.*, p. 2678.

Vers une indemnisation des victimes des marées noires en dehors du droit de la responsabilité civile, note sous *Civ. 3*, 17 déc. 2008, *D.*, 2009, p. 701.

CASILE-HUGUES (G.)

Note sous Civ. 2, 19 févr. 1992, *JCP*, 1993, II, 22170.

CHABAS (F.)

Note sous Ass. plén., 9 mai 1984, *D.*, 1964, jur., p. 530.

COCHE (A.)

Note sous Paris, 27 oct. 1995 : *D.*, 1996, p. 445.

CONTE (PH.)

Note sous Crim., 5 oct. 2010, *RPDP*, 2011, p. 155.

DEJEAN DE LA BÂTIE (N.)

Obs. sous Grenoble, 4 déc. 1978, *JCP*, 1980, II, 19340.

DE LAMY (B.)

Note sous Crim., 2 déc. 2003, *Dr. Famille*, 2004, p. 26.

DE LAMY (B.) et SEGONDS (M.)

Note sous Crim., 11 oct. 2011 et Crim., 11 avr. 2012, *RPDP*, 2012, p. 405.

GIUDICELLI (A.)

Obs. sous Civ. 1, 30 janv. 2001, *Rev. sc. crim.*, 2001, p. 613.

GUNDRAT (P.)

Note sous Civ. 2, 4 févr. 1981, *D.*, 1983, jur., p. 1.

HUET (J.)

Obs. sous Ass. plén., 9 mai 1984 (5 arrêts), *RTD Civ.*, 1984, p. 508.

JOURDAIN (P.)

Fait de la chose inerte : la Cour de cassation maintient la condition d'anormalité, obs. sous Civ. 2, 24 févr. 2005 (2 arrêts), *RTD Civ.*, 2005, p. 407.

Obs. sous Ass. plén., 9 mai 1984 (5 arrêts), *JCP*, 1984, II, 20256.

Obs. sous Civ. 2, 10 mai 2001, *Levert*, *RTD Civ.*, 2001, p. 601.

Obs. sous Soc., 28 févr. 2002 (5 arrêts), *RTD civ.*, 2002, p. 310

Obs. sous Ch. mixte, 22 avr. 2005 (2 arrêts), *RTD civ.*, 2005p. 604.

Obs. sous Civ. 1, 10 mai 2005, *RTD Civ.*, 2005, p. 600.

Obs. sous Ass. plén., 6 oct. 2006, *RTD Civ.*, 2007, p. 123.

LEDUC (F.)

Chron. sous Civ. 2, 10 mai 2001, *Levert*, *Resp. civ. et assur.*, 2001, chron. n° 20.

LE GALLOU (C.)

Violation de la clause de non-concurrence et octroi automatique des dommages-intérêts : la punition d'une violation à part, note sous Civ. 1, 31 mai 2007, *RLDC*, 2007/42, p. 6.

LEGEAIS (R.)

Note sous Civ. 2, 4 mai 1977, *D.*, 1978, jur., p. 393.

LOISEAU (G.)

Note sous Ch. mixte, 22 avr. 2005 (2 arrêts), *JCP*, 2006, II, 10123.

MARECHAL (J.-Y.)

Un pas de plus vers la responsabilité pénale directe des personnes morales, note sous Crim., 9 mars 2010, *D.*, 2010, comm., p. 2135.

MATSOPOULOU (H.)

L'application non-rétroactive des "peines" frappant désormais les délinquants aliénés, note sous Crim., 21 janv. 2009, *D.*, 2009, p. 1111.

MAYAUD (Y.)

Obs. sous Crim., 30 juin 1999 *Rev. sc. crim.*, 1999, p. 813.

Note sous Ass. plén., 29 juin 2001, *D.*, 2001, comm., p. 2917.

Obs. sous Crim., 2 déc. 2003, *Rev. sc. crim.*, 2004, p. 348.

MAZEAUD (D.)

Obs. sous Civ. 2, 22 févr. 1995, *D.*, 1995, somm., p. 233.

Obs. sous Civ. 2, 10 mai 2001, *Levert*, *D.*, 2002, somm. comm., p. 1315.

MESTRE (J.) et FAGES (B.)

Obs. sous Civ. 1, 26 févr. 2002, *RTD Civ.*, 2002, p. 809.

MEKKI (M.)

Note sous Com., 21 mars 2006, *JCP*, 2006, II, 10090.

NEYRET (L.)

L'affaire Erika : moteur d'évolution des responsabilités civile et pénale, chron. sous Paris, 30 mai 2010, *D.*, 2010, chron., p. 2238.

Chron. sous TGI Paris, 16 janv. 2008, *D.*, 2008, p. 2681.

PARANCE (B.)

Une application du principe de précaution par le juge judiciaire en matière d'antennes relais, note sous Chambéry, 4 févr. 2010, *JCP*, 2010, 531.

PEANO (M.-A.)

Note sous Civ. 2, 22 févr. 1995, *Resp. civ. et ass.*, hors-série déc. 1998, n° 49, p. 69.

PRADEL (J.)

Note sous Crim., 2 déc. 2003, *D.*, 2004, p. 449.

Note sous Crim., 16 déc. 2009, *D.*, 2010, p. 471.

RADE (CH.)

Note sous Civ. 2, 12 mai 2011, *Resp. civ. et assur.*, 2011, comm. n° 243.

RASSAT (M.-L.)

L'incrimination d'homicide involontaire ne s'applique pas au cas de l'enfant qui n'est pas né vivant, note sous Crim., 25 juin 2002, *JCP*, 2002, II, 10155.

Note sous Crim., 2 déc. 2003, *JCP*, 2004, II, 10054.

REBUT (D.)

Note sous Crim., 18 juin 2003, *D.*, 2004, p. 1620.

ROETS (D.)

L'épineuse question de l'application dans le temps des mesures de sûreté, note sous Crim., 16 déc. 2009, *Gaz. Pal.*, 10-11 mars 2010, p. 10.

SAINT-PAU (J.-CH.)

De la causalité dans l'homicide non intentionnel (art. 121-3, 221-6, 222-19 et s.), chron. sous Crim., 24 mars 2009 et Crim., 10 févr. 2009, *RPDP*, 2009, p. 847.

La faute diffuse de la personne morale, note sous Crim., 29 avr. 2003, *D.*, 2004, comm., p. 167.

La présomption d'imputation d'une infraction aux organes ou représentants d'une personne morale, note sous Crim., 20 juin 2006, *D.*, 2007, chron., p. 617.

La responsabilité pénale des personnes morales sans représentation, note sous Crim., 22 févr. 2011, *Gaz. Pal.*, 30-31 mars 2011, p. 8.

Chron. sous Crim., 5 oct. 2004, Crim., 21 sept. 2004, et Crim., 19 oct. 2004, *RPDP*, 2005, p. 235.

STOFFEL-MUNCK (PH.)

Chron. sous Versailles, 4 févr. 2009, *Lagouge*, *JCP*, 2009, I, 123.

TREBULLE (F.-G.)

Chron. sous Civ. 1, 18 sept. 2008, *D.*, 2009, pan., p. 2448.

VERON (M.)

Obs. sous Crim., 9 janv. 2002, *Dr. pénal*, 1992, comm., p. 172.

VINEY (G.)

Chron. sous Civ. 2, 22 févr. 1995, *JCP*, 1995, I, 3853.

Chron. sous Civ. 2, 10 mai 2001, *Levert*, *JCP*, 2002, I, 124

PLAN DE JURISPRUDENCE

INTRODUCTION

- CE, 28 mai 1838, *Mathon* : *Rec. CE*, p. 284.
- Civ., 1^{er} avr. 1845, *Depeyre* : *D.*, 1845, 1, p. 261.
- Civ., 19 déc. 1854, *Veuve Brun* : *D.*, 1855, 1, p. 37.
- Crim., 16 mars 1964: *JCP*, 1964, II, 13744.
- Crim., 9 juin 1984 : *Bull. crim.*, n° 232.
- Crim., 26 sept. 1989 : *JCP*, 1990, IV, 6.
- Crim., 21 mars 2000 : *Bull. crim.*, n° 123.
- CJCE, 13 sept. 2005, *Commission c/ Conseil*, C-176/03 : *Rec. CJCE*, p. I-7879.

Première partie : L'unité conceptuelle de la responsabilité en droit privé

Titre premier : L'influence du concept de responsabilité juridique sur le résultat légal

Chapitre premier : L'exigence d'un résultat légal

- Civ. 3, 30 janv. 2002 : *Bull. civ.*, n° 17 ; *D.*, 2002 , note J.-L. ELHOUEISS, p. 2288 ; *D.*, 2003, somm., obs. D. MAZEAUD, p. 458 ; *JCP*, 2002, I, 186, obs. G. VINEY ; et *Petites affiches*, 13 septembre 2002, note S. BEAUGENDRE, p. 3.

Section 1 : Les fondements de l'exigence d'un résultat légal

- Cons. const., 16 juil. 1996, n° 96-377 DC.
- Cons. const., 13 mars 2003, n° 2003-467 DC.

Section 2 : Les conséquences de l'exigence d'un résultat légal

§1. Le rejet des tentations civilistes d'admettre des "responsabilités" sans résultat légal

- Com., 30 juin 1992 : *Bull. civ.*, n° 258.
- Civ. 1, 18 nov. 1997: *Bull. civ.*, n° 317.
- Civ. 3, 25 janv. 1995 : *Bull. civ.*, n° 29.
- Paris, 4 oct. 1996 : *JCP*, 1997, II, 22811, note G. PAISANT et Ph. BRUN.
- Civ. 3, 13 nov. 1997 : *Bull. civ.*, n° 202.
- Civ., 26 févr. 2002 : *Bull. civ.*, n° 68 ; et *RTD Civ.*, 2002, obs. J. MESTRE et F. FAGES, p. 809.
- Com., 9 avr. 2002: *JCP*, 2003, II, 10067, note J.-M. TENGANG.
- Civ. 3, 30 janv. 2002 : *Bull. civ.*, n° 17 ; *D.*, 2002 , note J.-L. ELHOUEISS, p. 2288 ; *D.*, 2003, somm., obs. D. MAZEAUD, p. 458 ; *JCP*, 2002, I, 186, obs. G. VINEY ; et *Petites affiches*, 13 septembre 2002, note S. BEAUGENDRE, p. 3.
- Civ. 3, 13 septembre 2002 : *RTD civ.*, 2002, obs. P.-Y. GAUTHIER, p. 321, obs. P. JOURDAIN, p. 816.
- Civ. 1, 13 nov. 2002 : *Bull. civ.*, n° 265 et 266.
- Soc., 4 déc. 2002 : *Bull. civ.*, n° 368.
- Civ. 3, 3 déc. 2003 : *Bull. civ.*, n° 221 ; *JCP*, 2004, I, 163, obs. G. VINEY ; et *RTD civ.*, 2004, obs. P. JOURDAIN, p. 295.
- Civ. 3, 25 févr. 2004 : *Bull. civ.*, n° 41 ; et *D.*, 2004, somm., obs. Ch. CARON, p. 1631.
- Civ. 1, 10 mai 2005 : *Bull. civ.*, n° 201 ; *JCP*, 2006, I, 111, obs. Ph. STOFFEL-MUNCK ; et *RTD Civ.*, 2005, obs. J. MESTRE et F. FAGES, p. 594, et obs. P. JOURDAIN, p. 600.

- Civ. 1, 31 mai 2007 : *Bull. civ.*, n° 212.
- Civ. 1, 14 oct. 2010 : *Gaz. Pal.*, 31 octobre-4 novembre 2010, jur., chron. D. HOUTCIEFF, p. 18 ; et *RLDC*, 2010, n° 4037.

§2. Le rejet de la répression pénale des infractions inoffensives

- Paris, 28 juill. 1848 : *D.*, 1849, 2, p. 166.
- Crim., 4 janv. 1895 : *DP*, 1896, 1, note R. GARRAUD, p. 21.
- Crim., 19 mai 1949 : *Bull. crim.*, n° 181.
- Crim., 14 juin 1961 : *Bull. crim.*, n° 299.
- Crim., 5 oct. 1972 : *Bull. crim.*, n° 269.
- Crim., 16 janv. 1986 : *Bull. crim.*, n° 25.
- CJUE, *Hassen El Dridi*, 28 avr. 2011, n° C-61/11 PPU.
- CJUE, Gr. Ch., *Alexandre Achughbabian c/ Préfet du Val-de-Marne*, 6 décembre 2011, n° C-329/11.
- Civ. 1, 5 juill. 2012 (9 arrêts) : *JCP*, 2012, note A. LEVADE.

Chapitre second : Le résultat légal exigé

Section première : L'exigence classique de la lésion d'un intérêt légitime

§1. L'indépassable exigence d'un intérêt légitime

- Civ. 1, 21 oct. 1952 : *JCP G*, 1953, II, 7792, note R. RODIERE.
- Civ. 2, 30 janv. 1959 : *Bull. civ.*, n° 116.
- Civ. 1, 13 févr. 1967 : *D.*, 1967, somm., p. 78.
- Ch. mixte, 27 févr. 1970, *Dangereux* : *D.*, 1970, note R. COMBALDIEU, p. 201 ; et *JCP*, 1970, II, 16305, concl. R. LINDON.
- Crim., 20 avr. 1972 : *JCP*, 1972, I, 17278, note J. VIDAL.
- Civ. 2, 19 févr. 1992 : *JCP*, 1993, II, 22170, note G. CASILE-HUGUES.
- Civ. 1, 4 avr. 1991 : *Bull. civ.*, n° 127.
- Civ. 1, 14 mai 1992 : *Bull. civ.*, n° 138.
- Pau, 7 oct. 1993 : *JCP*, 1994, IV, 2212.
- TGI Belfort, 25 juill. 1995 : *JCP*, 1996, II, 22724, note C. PAULIN.
- Civ. 2, 24 janv. 2002 : *Bull. civ.*, n° 5 ; et *D.*, 2002, note D. MAZEAUD, p. 2559.

§2. Le libéralisme au-delà de l'exigence d'un intérêt légitime

A. JURIDICTIONS CIVILES

- Civ. 1, 5 nov. 1996 : *JCP*, 1997, I, 4025, obs. G. VINEY, et II, 22805, note J. RAVANAS.
- Civ. 1, 13 janv. 1998 : *D.*, 1999, jur., note J. RAVANAS, p. 120.
- Civ. 1, 16 juill. 1998 : *D.*, 1999, comm., note J.-Ch. SAINT-PAU, p. 541.
- Civ. 1, 12 déc. 2000 : *D.*, 2001, jur., note J.-Ch. SAINT-PAU, p. 2434.
- Ass. plén., 19 déc. 2003 : *Bull. civ. ass. plén.*, n° 8.
- Civ. 3, 25 févr. 2004 : *D.*, 2004, somm., obs. Ch. CARON, p. 1631.
- Civ. 2, 18 mars 2004 : *Bull. civ.*, n° 137.
- Civ. 2, 8 avr. 2010 (2 arrêts) : *D.*, 6 mai 2010, note S. LAVRIC, p. 1086, et Point de vue P. SARGOS, p. 1089.
- Soc., 11 mai 2010 : *D.*, 2010, note C. BERNARD, p. 2048 ; et *JCP*, 2010, 568.
- Civ. 2, 17 juin 2010 : *Resp. civ. et assur.*, 2010, comm. n° 240, note H. GROUTEL.

B. JURIDICTIONS PENALES

- Crim., 19 juin 2002 : *Bull. crim.*, n° 140.
- Crim., 3 déc. 2003 : *Bull. crim.*, n° 232.
- Crim., 14 févr. 2007 : *Bull. crim.*, n° 47.
- Crim., 5 sept. 2007 : *Bull. crim.*, n° 194 ; et *JCP*, 2007, II, 10186, note S. DETRAZ.
- Crim., 19 sept. 2007 : *D.*, 2008, note D. REBUT, p. 958.

Section seconde : L'extension possible à la menace d'un intérêt légitime

- Civ. 1, 30 mai 1995 : *JCP*, 1995, IV, 1810.

§1. La légitimité de l'extension

§2. La réalité de l'extension

A- L'appréhension effective du risque en droit pénal de la responsabilité

A. JURIDICTIONS DU FOND

- Besançon, 9 mai 1972 : *D.*, 1972, somm., p. 174.
- Douai, 26 oct. 1994 : *Rev. sc. crim.*, 1995, obs. Y. MAYAUD, p. 578.
- Paris, 14 déc. 1994 : *Dr. pénal*, 1995, n° 90, note M. VERON.
- Versailles, 3 févr. 1995 : *Bull. inf. C. cass.*, 1996, p. 60.
- Douai, 11 janv. 1995 : *Rev. sc. crim.*, 1996, obs. Y. MAYAUD, p. 651.
- Paris, 9 févr. 1995 : *Dr. pénal*, 1995, n° 90, note M. VERON.
- T. corr. Péronne, 4 juill. 1995 : *Gaz. Pal.*, 1996, 1, chron. J.-P. DOUCET, p. 96.
- Paris, 27 oct. 1995 : *D.*, 1996, p. 445, note A. COCHE.
- Aix-en-Provence, 9 févr. 1996 : *JCP*, 1996, IV, 2369.
- Aix-en-Provence, 1^{er} déc. 1997 : *Dr. Pénal*, 1998, note A. MARON, p. 136.
- Grenoble, 19 févr. 1999 : *D.*, 2000, somm., obs. Y. MAYAUD, p. 34.
- Paris, 25 févr. 2000 : *JCP*, 2000, IV, 2861.
- Chambéry, 11 mai 2000 : *JCP*, 2000, IV, 2769.
- Rouen, 31 mai 2000 : *JCP*, 2001, IV, 1763.
- Toulouse, 27 sept. 2001 : *JCP*, 2002, IV, 1466.
- Paris, 28 janv. 2004 : *JCP*, 2004, IV, 2443.

B. COUR DE CASSATION

- Crim., 3 janv. 1913 : *S.*, 1913, 1, note ROUX, p. 281.
- Crim., 3 nov. 1938 : *D.*, 1939, p. 21.
- Crim., 2 juill. 1958 : *Bull. crim.*, n° 513.
- Crim., 25 oct. 1962, *Lacour* : *Bull. crim.*, n° 292.
- Crim., 25 oct. 1962, *Benamar et Schieb* : *Bull. crim.*, n° 293.
- Crim., 18 août 1973 : *Bull. crim.*, n° 339.
- Crim., 2 mai 1974 : *Bull. crim.*, n° 156.
- Crim., 3 mai 1974 : *Bull. crim.*, n° 157 ; et *D.*, 1973, somm., p. 20.
- Crim., 25 juill. 1977 : *Bull. crim.*, n° 272.
- Crim., 23 mars 1978 : *Bull. crim.*, n° 116.
- Crim., 5 juin 1984 : *Bull. crim.*, n° 212.
- Crim., 7 sept. 1993 : *Bull. crim.*, n° 262.
- Crim., 29 mai 1995 : *Gaz. Pal.*, 1995, 2, chron. J.-P. DOUCET, p. 457.
- Crim., 12 nov. 1997 : *Bull. crim.*, n° 384.

- Crim., 11 févr. 1998 : *Bull. crim.*, n° 57.
- Crim., 19 mars 1998 : *Gaz. Pal.*, 1998, 2, chron., J.-P. DOUCET, p. 126.
- Crim., 9 mars 1999 : *Bull. crim.*, n° 34.
- Crim., 9 juin 1999 : *Gaz. Pal.*, 1999, 2, chron. J.-P. DOUCET, p. 143.
- Crim., 23 févr. 2000 : *Bull. crim.*, n° 85.
- Crim., 19 avr. 2000 : *Bull. crim.*, n° 161.
- Crim., 27 sept. 2000 : *Bull. crim.*, n° 284.
- Crim., 3 avr. 2001 : *Bull. crim.*, n° 90.
- Crim., 18 juin 2003 : *Bull. crim.*, n° 127.
- Crim., 3 févr. 2004 : *Bull. crim.*, n° 28.
- Crim., 22 juin 2005 : *Bull. crim.*, n° 192, *Rev. sc. crim.*, 2006, obs. Y. MAYAUD, p. 69.
- Crim., 4 oct. 2005 : *Bull. crim.*, n° 250, *Rev. sc. crim.*, 2006, obs. Y. MAYAUD, p. 68.
- Crim., 30 juin 2009 : *JCP*, 2009, n° 37, p. 34.

B- L'appréhension progressive du risque en droit civil de la responsabilité

A. JURIDICTIONS DU FOND

- TGI Paris, 8 janv. 1986 : *D.*, 1987, somm. comm. p. 138.
- Paris, 4 nov. 1986 : *D.*, 1986, IR, p. 459.
- Paris, 24 mars 1988 : *JurisData* n° 021956.
- Caen, 6 sept. 1994 : *JCP*, 1995, IV, 1367.
- Paris, 19 janv. 1996 : *D.*, 1997, somm. comm., obs. Y. SERRA, p. 104.
- Poitiers, 23 janv. 1996 : *Rev. jur. env.*, 1996, n° 4, note B. DROBENKO et R. LEOST, p. 469.
- Paris, 28 mai 1996 : *D.*, 1996, note B. EDELMAN, p. 617.
- Paris, 1^{er} sept. 1998 : *JCP*, E, 1998, n° 42, pan.
- Reims, 8 mars 2000 : *JurisData* n° 128707.
- Grenoble, 3 juill. 2001 : *JurisData* n° 182628.
- TGI Nanterre, 22 mai 2002 : *D.*, 2002, n° 22, obs. V. AVENA-ROBARBET, p. 1832.
- TGI Grasse, 17 juin 2003 : *Resp. civ. et ass.*, 2003, chron. n° 29, S. KOWOUVIH.
- Aix-en-Provence, 8 juin 2004 : *D.*, 2004, jur., note M. BOUTONNET, p. 2678.
- Versailles, 24 nov. 2004 : *RTD Civ.*, 2005, obs. J. HAUSER, p. 364.
- TGI Tulle, 28 oct. 2008 : *D.*, 2009, pan., obs. F.-G. TREBULLE, p. 2456.
- Versailles, 4 févr. 2009, *Lagouge* : *Gaz. Pal.*, 11-12 mars 2009, note A. SULTAN, p. 65 ; *JCP*, 2009, act., 83, obs. C. BLOCH, et I, 123, chron. Ph. STOFFEL-MUNCK, et 2009, 248, chron. Ph. STOFFEL-MUNCK ; et *Resp. civ. et ass.*, 2009, comm. n° 75, note G. COURTIEU.
- TGI Lyon, 15 sept. 2009 : *Gaz. Pal.*, 10-11 mars 2010, jur., chron. M. MEKKI, p. 16.
- Chambéry, 4 févr. 2010 : *JCP*, 2010, 407, obs. J. LE BOURG, et 531, note B. PARANCE.
- TGI Nevers, 22 avr. 2010 : *Resp. civ. et assur.*, 2010, comm. n° 275, note C. SINTEZ.
- Lyon, 3 févr. 2011 : *RLDC*, oct. 2011, note B. PARANCE, p. 63.
- Bastia, 21 juill. 2011 : *RLDC*, oct. 2011, note B. PARANCE, p. 63.
- Montpellier, 15 sept. 2011 : *D.*, 2012, chron. Ph. BRUN et O. GOUT, p. 53, et note B. PARANCE, p. 267.

B. COUR DE CASSATION ET TRIBUNAL DES CONFLITS

- Req., 1^{er} juin 1932 : *D.*, 1932, 1, jur., p. 102, rapport Conseiller PILON.
- Civ. 2, 19 avr. 1958 : *Bull. civ.*, n° 264.
- Crim., 2 juin 1964 : *Bull. crim.*, n° 187.

- Com., 29 mai 1967 : *Bull. civ.*, IV, n° 209.
- Civ. 1, 18 mars 1969 : *JCP*, 1970, II, 16422, obs. A. RABUT.
- Civ. 1, 27 janv. 1970 : *JCP*, 1970, II, 16422, obs. A. RABUT.
- Civ. 2, 15 déc. 1971 : *Bull. civ.*, n° 345.
- Civ. 2, 4 mai 1972 : *D.*, 1972, jur., p. 598.
- Civ. 1, 27 mars 1973 : *JCP*, 1974, II, 17643, obs. R. SAVATIER.
- Civ. 1, 9 mai 1973 : *JCP*, 1974, II, 17643, obs. R. SAVATIER.
- Civ. 3, 3 nov. 1977 : *D.*, 1978, jur., note F. CABALLERO, p. 434.
- Civ. 3, 16 nov. 1977 : *Bull. civ.*, n° 395.
- Com., 9 juill. 1979 : *Bull. civ.*, n° 226.
- Civ. 1, 24 mars 1981 : *D.*, 1981, note J. PENNEAU, p. 545.
- Civ. 2, 16 juill. 1982 : *D.*, 1982, IR, p. 429.
- Com., 14 mai 1985 : *JCP*, 1985, IV, p. 258.
- Crim., 11 juin 1985 : *Bull. crim.*, n° 222.
- Crim., 11 oct. 1988 : *Bull. crim.*, n° 337, *D.*, 1988, IR, p. 281.
- Civ. 3, 26 janv. 1993 : *Resp. civ. et assur.*, 1993, comm. n° 168.
- Com., 9 févr. 1993 : *Bull. civ.*, n° 53.
- Civ. 2, 20 juill. 1993 : *Bull. civ.*, n° 174.
- Civ. 2, 17 mai 1995 : *Bull. civ.* n° 142.
- Crim., 4 déc. 1996 : *D.*, 1997, IR, p. 67.
- Civ. 2, 12 déc. 1996 : *Bull. civ.*, n° 287.
- Com., 24 févr. 1998 : *Bull. civ.*, n° 86.
- Civ. 1, 16 juin 1998 : *JCP, E*, 1998, note L. LEVENEUR, p. 2077.
- Civ. 3, 13 juill. 1999 : *Bull. civ.*, n° 177.
- Civ. 1, 29 févr. 2000 : *Bull. civ.*, I, n° 72, *RTD Civ.*, 2000, p. 576.
- Civ. 1, 27 mars 2001 : *JCP*, 2001, II, 10089, note D. GUIHAL.
- Civ. 3, 10 juill. 2001 : *JCP*, 2002, I, 126, obs. H. PERINET-MARQUET.
- Civ. 2, 26 sept. 2002 : *JCP*, 2003, I, 154, obs. G. VINEY.
- Civ. 3, 17 déc. 2002 : *JCP*, 2004, I, 101, obs. G. VINEY.
- Civ. 1, 4 nov. 2003 : *Bull. civ.*, I, n° 224.
- Civ. 1, 9 mars 2004 : *Comm. com. élect.*, 2004, comm. n° 93, note L. GRYNBAUM.
- Com., 12 mai 2004 : *JCP*, 2004, IV, 2377.
- Civ. 2, 10 juin 2004 : *D.*, 2005, pan., chron. D. MAZEAUD, p. 185 ; *Resp. civ. et ass.*, 2004, comm. n° 336 ; et *RTD Civ.*, 2004, obs. P. JOURDAIN, p. 738.
- Civ. 2, 24 févr. 2005 (2 arrêts) : *Bull. civ.*, n° 50 et 51 ; *D.*, 2005, jur., note N. DAMAS, p. 1395 ; *JCP*, 2005, II, 10100, note F.-G. TREBULLE, et I, 149, obs. G. VINEY, et 181, obs. PERINET-MARQUET ; *Petites affiches*, 1^{er} juin 2006, note RAKOTOVAHINY ; et *RTD Civ.*, 2005, obs. P. JOURDAIN, p. 407.
- Civ. 3, 25 mai 2005 : *Bull. civ.*, n° 113.
- Civ. 3, 12 oct. 2005 : *D.*, 2005, IR, p. 2706.
- Civ. 1, 21 nov. 2006 : *Bull. civ.*, n° 498.
- Civ. 1, 19 déc. 2006 (2 arrêts) : *D.*, 2007, pan., chron. Ph. BRUN, p. 2897 ; *Resp. civ. et assur.*, 2007, comm. n° 64, note Ch. RADE ; et *RTD Civ.*, 2007, obs. P. JOURDAIN, p. 532.
- Civ. 1, 13 nov. 2008 : *JCP*, 2009, II, 10030.
- Civ. 1, 2 avr. 2009 : *JCP*, 2009, 248, Ph. Stoffel-Munck.
- Com., 7 avr. 2009 : *JCP*, 2009, 142.
- Civ., 2, 9 avr. 2009 : *D.*, 2009, act. jur., p. 1277.
- Civ. 1, 9 juill. 2009 : *Resp. civ. et assur.*, 2009, comm. n° 323.

- Com., 20 oct. 2009 : *D.*, 2009, act. jur., obs. X. DELPECH, p. 2607 ; et *JCP*, 2009, 482, note S. PIEDELIEVRE.
- Civ. 1, 14 janv. 2010 : *JCP*, 2010, 413, note L. RASCHEL.
- Civ. 3, 3 mars 2010 : *Gaz. Pal.*, 9-10 juin 2010, jur., chron. M. MEKKI, p. 21 ; et *Resp. civ. et assur.*, 2010, Focus n° 15, B. RAJOT.
- Civ. 3, 18 mai 2011 : *Resp. civ. et assur.*, 2011, Etude n° 11, M. BARY.
- Soc., 18 mai 2011 : *Resp. civ. et assur.*, 2011, comm. n° 276.
- Civ. 3, 8 juin 2011 : *RLDC*, 2011, n° 4341, J.-Ph. BUGNICOURT.
- Trib. Conflits, 14 mai 2012 : n° C3844, C3846, C3848, 3850, 3852 et 3854.

Titre second : L'influence du concept de responsabilité juridique sur le fait causal

Chapitre premier : L'influence du concept de responsabilité juridique sur l'anormalité

Section première : L'exigence d'anormalité

§1. Le sens de l'exigence

- Cons. const., 18 juin 2010, n° 2010-8 QPC.

§2. La réalité de l'exigence

A- Exigence générale en droit civil de la responsabilité

- Req., 12 nov. 1838 : *D.*, 1888, chron., p. 407.
- Ch. réun., 13 nov. 1930, *Jand'heur* : *GAJC*, 11^e éd., n° 193.
- Req., 19 juin 1945 : *D.*, jur., p. 6, et *Gaz. Pal.*, 1945, jur., p. 76.
- Civ. 2, 20 mars 1956 : *Bull. civ.*, n° 204.
- Crim., 3 juin 1957 : *Bull. crim.*, n° 466.
- Civ. 2, 12 nov. 1958 : *JCP*, 1959, II, 11011, note R. RODIERE.
- Civ. 2, 11 mai 1966 : *D.*, 1966, note AZARD, p. 753.
- Civ. 2, 3 janv. 1969 : *D.*, 1969, p. 323 ; et *JCP*, 1969, II, 15920, note L. MOURGEON.
- Civ. 2, 6 mai 1970 : *D.*, 1970, p. 528.
- Agen, 2 févr. 1971 : *Gaz. Pal.*, 1971, 1, p. 328.
- Civ. 3, 18 juill. 1972 : *Bull. civ.*, n° 478 ; et *JCP*, 1972, II, 17203, rapport M. FABRE.
- Civ. 2, 28 mars 1974 : *Bull. civ.*, n° 115.
- Civ. 2, 1^{er} mars 1977 : *Bull. civ.*, n° 112.
- Civ. 3, 16 nov. 1977 : *Bull. civ.*, n° 395.
- Civ. 1, 23 mars 1982 : *D.*, 1983, IR, p. 18.
- Paris, 30 sept. 1983 : *JurisData* n° 1983-027612.
- Civ. 2, 19 nov. 1986 : *Bull. civ.*, n° 172.
- Dijon, 2 avr. 1987 : *Gaz. Pal.*, 1987, 2, p. 601, note GOGUEY.
- Civ. 3, 24 oct. 1990 : *Bull. civ.*, n° 205.
- Civ. 2, 21 juill. 1992 : *Bull. civ.*, n° 220.
- Civ. 2, 9 déc. 1992 : *Bull. civ.*, n° 302.
- Paris, 15 janv. 1993 : *D.*, 1993, IR, p. 117.
- Civ. 2, 17 févr. 1993 : *Bull. civ.*, n° 68.
- Civ. 1, 9 juin 1993 : *Bull. civ.*, n° 209.
- Civ. 2, 19 oct. 1994 : *Resp. civ. et assur.*, 1994, comm. n° 407.
- Paris, 10 nov. 1994 : *Procédures*, mai 1995, n° 83.
- Civ. 3, 26 juin 1996 : *JCP*, 1997, I, 4060, obs. H. PERINET-MARQUET .
- Crim., 2 avr. 1997 : 2 avr. 1997 : *Bull. crim.*, n° 132.

- Civ. 3, 30 juin 1998 : *Bull. civ.*, n° 144.
- Crim., 1^{er} juin 1999, pourvoi n° 98-82-468 : *Gaz. Pal.*, 1999, chron. crim., obs. J.-P. DOUCET, p ; 142.
- Civ. 3, 11 mai 2000 : *Bull. civ.*, n° 106.
- Civ. 2, 10 mai 2001, *Levert* : *Bull. civ.*, n° 96 ; *D.*, 2001, jur., rapport P. GUERGER, p. 2851, et note O. TOURNAFOND, p. 2854, et 2002, somm. comm., obs. D. MAZEAUD, p. 1315 ; *JCP*, 2001, II, 10613, note J. MOULY, et 2002, I, 124, chron. G. VINEY ; *Resp. civ. et assur.*, 2001, chron. n° 18, H. GROUDEL, et n° 20, F. LEDUC ; et *RTD Civ.*, 2001, obs. P. JOURDAIN, p. 601.
- Ass. plén., 13 déc. 2002 (2 arrêts) : *Bull. civ.*, Ass. plén., n° 4 ; *D.*, 2003, jur., note P. JOURDAIN, p. 231 ; *JCP*, 2003, I, 154, chron. G. VINEY, et II, 10010, note A. HERVIO-LELONG ; et *Resp. civ. et assur.*, 2003, chron. n° 4, H. GROUDEL.
- Civ. 2, 18 sept. 2003 : *JCP*, 2004, I, 101, chron., G. VINEY.
- Civ. 2, 20 nov. 2003 : *Resp. civ. et assur.*, 2004, chron. n° 1, J.-Ch. SAINT-PAU.
- Civ. 2, 18 déc. 2003 : *Bull. civ.*, n° 405 ; et *RTD Civ.*, 2004, obs. P. JOURDAIN, p. 294.
- Civ. 2, 5 févr. 2004 : *Bull. civ.*, n° 49 ; *D.*, 2004, note S. BEAUGENDRE, p. 2520, et somm., note N. REBOUL-MAUPIN, p. 2458 ; *Resp. civ. et assur.*, 2004, comm. n° 137, note H. GROUDEL ; et *RTD Civ.*, 2004, obs. P. JOURDAIN, p. 740.
- Civ. 2, 17 févr. 2005 : *Resp. civ. et assur.*, 2005, comm. n° 122.
- Civ. 2, 24 févr. 2005 (2 arrêts) : *Bull. civ.*, n° 50 et 51 ; *D.*, 2005, jur., note N. DAMAS, p. 1395 ; *JCP*, 2005, II, 10100, note F.-G. TREBULLE, et I, 149, obs. G. VINEY, et 181, obs. H. PERINET-MARQUET ; *Petites affiches*, 1^{er} juin 2006, note RAKOTOVAHINY ; et *RTD Civ.*, 2005, chron. P. JOURDAIN, p. 407.
- Civ. 3, 13 avr. 2005 : *Bull. civ.*, n° 89.
- Civ. 3, 22 juin 2005, affaire *Georges V* : *Bull. civ.*, n° 136 ; et *RTD Civ.*, 2005, obs. P. JOURDAIN, p. 788.
- Civ. 3, 12 oct. 2005 : *D.*, 2005, IR, p. 2706.
- Poitiers, 25 janv. 2006 : *JurisData* n° 2006-302359.
- Civ. 1, 5 oct. 2006 : *Resp. civ. et assur.*, 2006, comm. n° 377.
- Ass. plén., 29 juin 2007 : *Resp. civ. et assur.*, 2007, Etude n° 17, S. HOCQUET-BERG.
- Nancy, 16 juin 2008 : *JCP*, 2009, IV, 1125.
- TGI Reims, 16 déc. 2008 : *Gaz. Pal.*, 25-26 févr. 2009, Libres propos, E. PIERROUX, p. 11.
- Versailles, 4 févr. 2009, *Lagouge* : *Gaz. Pal.*, 11-12 mars 2009, note A. SULTAN, p. 65 ; *JCP*, 2009, act., 83, obs. C. BLOCH, et I, 123, chron. Ph. STOFFEL-MUNCK, et 2009, 248, chron. Ph. STOFFEL-MUNCK ; et *Resp. civ. et assur.*, 2009, comm. n° 75, note G. COURTIEU.
- Civ. 2, 2 avr. 2009 : *Resp. civ. et assur.*, 2009, comm. n° 176.
- Civ. 1, 26 sept. 2010 : *Resp. civ. et assur.*, 2010, comm. n° 277.
- Pau, 15 févr. 2011 : *D.*, 2011, chron. N. REBOUL-MAUPIN, p. 2307.
- Civ. 2, 17 févr. 2011 : *Gaz. Pal.*, 4-5 mai 2011, chron. M. MEKKI, p. 23 ; et *Resp. civ. et assur.*, 2011, comm. n° 164, note F. LEDUC.
- Civ. 2, 28 avr. 2011 : *Resp. civ. et assur.*, 2011, comm. n° 254.
- Civ. 2, 29 mars 2012 : *D.*, 2012, act., p. 1008 ; *JCP*, 2012, 701, note A. DUMERY ; *Resp. civ. et assur.*, 2012, comm. n° 150, note H. GROUDEL ; et *RLDC*, 2012, n° 4695.

B- Exigence évidente en droit pénal de la responsabilité

Section seconde : L'établissement de l'anormalité

§1. L'appréciation de l'anormalité objective

A. JURIDICTIONS CIVILES

- Civ., 21 janv. 1941 : *D.*, 1941, jur., p. 101.
- Civ. 2, 20 mars 1956 : *Bull. civ.*, n° 204.
- Orléans, 18 déc. 1967 : *Gaz. Pal.*, 1968, 1, note Ch. BLAEVOET, p. 262.
- Civ. 3, 3 nov. 1977 : *D.*, 1978, note F. CABALLERO, p. 434.
- Reims, 21 déc. 1982 : *JurisData* n° 1982-043712.
- Limoges, 19 oct. 1989 : *JurisData* n° 1989-046180.
- Civ. 1, 9 juin 1993 : *Bull. civ.*, n° 209.
- Aix-en-Provence, 15 oct. 1996 : *JurisData* n° 1996-046364.
- Toulouse, 4 nov. 1996 : *JurisData* n° 1996-045827.
- Paris, 27 mars 1997 : *JurisData* n° 1997-020969.
- Paris, 22 avr. 1997 : *JurisData* n° 1997-020965.
- Civ. 2, 10 mai 2001, *Levert* : *Bull. civ.*, n° 96 ; *D.*, 2001, jur., rapport P. GUERGER, p. 2851, et note O. TOURNAFOND, p. 2854, et 2002, somm. comm., obs. D. MAZEAUD, p. 1315, *JCP*, 2001, II, 10613, note J. MOULY, et 2002, I, 124, chron. G. VINEY ; *Resp. civ. et assur.*, 2001, chron. n° 18, H. GROUDEL, et n° 20, F. LEDUC ; et *RTD Civ.*, 2001, obs. P. JOURDAIN, p. 601.
- Civ. 2, 20 nov. 2003 : *Resp. civ. et assur.*, 2004, chron. n° 1, J.-Ch. SAINT-PAU.
- Civ. 1, 19 oct. 2004 : *Bull. civ.*, n° 230.
- Civ. 1, 25 janv. 2005 : *Bull. civ.*, n° 46.
- Civ. 2, 17 févr. 2005 : *D.*, 2011, chron., N. REBOUL-MAUPIN, p. 2307 ; et *Resp. civ. et assur.*, 2005, comm. n° 119 et 122.
- Civ. 2, 24 févr. 2005 (2^e arrêt) : *Bull. civ.*, n° 52, *D.*, 2005, jur., note N. DAMAS, p. 1395 ; *JCP*, 2005, I, 149, chron. G. Viney ; *Resp. civ. et assur.*, 2005, comm. n° 121, note H. GROUDEL ; et *RTD Civ.*, 2005, obs. P. JOURDAIN, p. 407.
- Civ. 2, 5 oct. 2006 : *Resp. civ. et assur.*, 2006, comm. n° 377.
- Civ. 1, 16 janvier 2007 : *Resp. civ. et assur.*, 2007, comm. n° 121.
- Civ. 2, 26 sept. 2010 : *Resp. civ. et assur.*, 2010, comm. n° 277.

B. JURIDICTIONS PENALES

- Crim., 3 juin 1957 : *Bull. crim.*, n° 466.
- Crim., 5 oct. 1967 : *Bull. crim.*, n° 242.
- Crim., 17 janv. 1996 : *Bull. crim.*, n° 30.
- TGI Lyon, 26 sept. 1996 : *Rev. sc. crim.*, 1997, chron. Y. MAYAUD, p. 833.
- Crim., 2 avr. 1997 : *Bull. crim.*, n° 132.
- Toulouse, 29 janv. 1998 : *D.*, 1999, note J. BENOIT, p. 56.
- Crim., 1^{er} juin 1999, pourvoi n° 98-82.468 : *Gaz. Pal.*, 1999, chron. crim., obs. J.-P. DOUCET, p. 142.
- Reims, 8 juill. 2008 : *JCP*, 2009, IV, 1558.

C. ASSEMBLEE PLENIERE, CHAMBRES REUNIES ET CHAMBRES MIXTES DE

LA COUR DE CASSATION

- Ch. réun., 13 nov. 1930, *Jand'heur* : *GAJC*, 11^e éd., n° 193.
- Ass. plén., 13 déc. 2002 (2 arrêts) : *Bull. civ.*, Ass. plén., n° 4 ; *D.*, 2003, jur., note P. JOURDAIN, p. 231 ; *JCP*, 2003, I, 154, chron. G. VINEY, et II, 10010, note A. HERVIO-LELONG ; et *Resp. civ. et assur.*, 2003, chron. n° 4, H. GROUDEL.
- Ass. plén., 29 juin 2007 : *Resp. civ. et assur.*, 2007, Etude n° 17, S. HOCQUET-BERG.

D. CONSEIL CONSTITUTIONNEL

- Cons. const., 10 nov. 1982 : *Dr. soc.*, 1983, chron. L. HAMON, p. 162.
- Cons. const., 8 avr. 2011, n° 2011-116 QPC.

§2. La constatation de l'anormalité objective

- Poitiers, 20 nov. 1901 : *D.*, 1902, 2, note LE POITTEVIN, p. 81.
- Civ., 21 nov. 1911, *D.*, 1913, 1, concl. SARRUT, p. 249.
- Civ., 19 févr. 1941, *Dame Cadé* : *D.*, 1941, note J. FLOUR, p. 85.
- Req., 11 juin 1945 : *D.*, 1946, p. 6.
- Civ., 23 janv. 1945 : *D.*, 1945, note R. SAVATIER, p. 317.
- Crim., 5 févr. 1957 : *Bull. crim.*, n° 110.
- Civ. 2, 12 nov. 1958 : *JCP*, 1959, II, 11011, note R. RODIERE.
- Civ. 2, 16 mars 1983 : *Gaz. Pal.*, 1983, 2, pan., obs. F. CHABAS, p. 275.
- Civ. 2, 29 mai 1996 : *Bull.*, n° 117.
- Civ. 1, 5 nov. 1996 : *JCP*, 1997, I, 4025, obs. G. VINEY, et II, 22805, note J. RAVANAS.
- Civ. 1, 25 févr. 1997, *Hédreul* : *Bull. civ.*, n° 75.
- Civ. 2, 2 avr. 1997 : *Resp. civ. assur.*, comm. n° 255, obs. F. LEDUC.
- Civ. 1, 21 oct. 1997 : *D.*, 1998, jur., note Ph. BRUN, p. 271.
- Civ. 3, 25 févr. 2004 : *Bull. civ.*, n° 41.
- Civ. 2, 18 mars 2004 : *Bull. civ.*, n° 137.
- Civ. 2, 10 juin 2004 : *Resp. civ. et assur.*, 2004, comm. n° 253.
- Civ. 1, 26 sept. 2006 : *Bull. civ.*, n° 418 ; et *Resp. civ. et assur.*, 2006, comm. n° 378.
- Civ. 1, 18 févr. 2009 : *JurisData*, n° 2009-047089.

Chapitre second : L'influence du concept de responsabilité juridique sur la causalité

Section première : La nécessité de la causalité

§1. L'exigence d'une causalité certaine

A- Les fondements de l'exigence

- Crim., 30 déc. 1892 : *S.*, 1894, 1, , note E. VILLEY, p. 201.
- Crim., 28 févr. 1956 : *JCP*, 1956, II, 9304, note R. DE LESTANG.
- Crim., 3 févr. 1972 : *Bull. crim.*, n° 144.
- Cons. const., 16 juin 1999 : *D.*, 1999, jur., note Y. MAYAUD, p. 589.

B- La réalité de l'exigence

A. JURIDICTIONS CIVILES

- Civ., 14 mars 1892 : *D.*, 1892, 1, p. 523.
- Civ., 23 janv. 1945 : *D.*, 1945, jur., note R. SAVATIER, p. 317.
- Civ. 2, 28 oct. 1960 : *Bull. civ.*, n° 291.
- Civ. 2, 27 oct. 1975 : *Gaz. Pal.*, 1976, 1, note A. PLANCQUEEL, p. 169.
- Civ. 2, 15 nov. 1989 : *Bull. civ.*, n° 206.
- Civ. 2, 28 févr. 1990 : *Bull. civ.*, n° 42.
- Civ. 2, 24 oct. 1990 : *Bull. civ.*, n° 211.
- Ass. Plén., 29 mars 1991, *Blieck* : *Bull. civ.*, n° 1 ; *D.*, 1991, note Ch. LARROUMET, p. 324, et chron. G. VINEY, p. 157 ; *Gaz. Pal.*, 1992, 2, note F. CHABAS, p. 513 ; *JCP*,

- 1991, II, 21673, concl. D. H. DONTEVILLE, note J. GHESTIN ; et *RTD Civ.*, 1991 obs. J. HAUSER, p. 312, et obs. P. JOURDAIN, p. 541.
- Civ. 2, 16 oct. 1991 : *JCP*, 1992, II, 21934, note Ph. CONTE .
 - Civ. 1, 11 févr. 1992 : *Bull. civ.*, n° 46.
 - Civ. 2, 25 janv. 1995 : *Bull. civ.*, n° 27.
 - Civ. 1, 25 nov. 1997 : *Bull. civ.*, n° 329.
 - Civ. 3, 4 juill. 2001 : *Bull. civ.*, n° 90.
 - Toulouse, 19 févr. 2002 : *JurisData*, n° 178207.
 - Civ. 2, 24 oct. 2002 : *Bull. civ.*, n° 238.
 - Civ. 2, 12 déc. 2002 : *Bull. civ.*, n° 289 ; *D.*, 2003, somm., obs. F. LAGARDE, p. 2541 ; *JCP*, 2003, I, 154, obs. G. VINEY ; *Resp. civ. et assur.*, 2003, chron. n° 3, H. GROUDEL ; et *RTD Civ.*, 2003, obs. P. JOURDAIN, p. 305.
 - Civ. 1, 27 mai 2003 : *Bull. civ.*, n° 129.
 - Civ. 2, 8 juill. 2004 : *Bull. civ.*, n° 345.
 - Lyon, 24 sept. 2004 : *Resp. civ. et assur.*, 2005, comm. n° 19, obs. Ch. RADE.
 - Ass. plén., 29 juin 2007 : *Bull. civ.*, n° 7 ; *D.*, 2007, act. jur., obs. GALLMEISTER, p. 1957, et pan., obs. Ph. BRUN, p. 2903 ; *JCP*, 2007, II, 10150, note MARMAYOU ; *RLDC*, 2007, n° 2690, note M. MEKKI ; et *RTD Civ.*, 2007, obs. P. JOURDAIN, p. 782.

B. JURIDICTIONS PENALES

- Crim., 22 juill. 1897 : *D.*, 1899, 1, p. 92.
- Crim., 26 oct. 1912 : *S.*, 1914, 1, p. 225.
- Crim., 23 juill. 1927 : *S.*, 1929, 1, p. 73.
- Crim., 24 déc. 1942 : *S.*, 1944, 2, p. 7.
- T. corr. Aix-en-Provence, 14 janv. 1947 : *JCP*, 1947, II, 3645, note BERAUD ; et *Gaz. Pal.*, 1947, 1, p. 262.
- Crim., 4 déc. 1947 : *Bull. crim.*, n° 239.
- T. corr. Grasse, 1^{er} sept. 1948 : *JCP*, 1949, II, 4753, note PIERRARD.
- Crim., 5 juill. 1951 : *Bull. crim.*, n° 198 ; et *Rev. sc. crim.*, 1952, obs. A. LEGAL, p. 439.
- Crim., 11 déc. 1957 : *Bull. crim.*, n° 829 ; et *JCP*, 1958, II, 10423.
- Crim., 25 oct. 1962 (2 arrêts) : *Bull. crim.*, n° 292 et 293 ; *D.*, 1963, note P. BOUZAT, p. 221 ; et *JCP*, 1963, II, 12985, note R. VOUIN.
- Crim., 29 déc. 1970 : *JCP*, 1971, II, 16770, note P. BOUZAT ; et *Rev. sc. crim.*, 1972, obs. A. LEGAL, p. 99.
- Crim., 27 oct. 1971 : *Bull. crim.*, n° 284 ; *D.*, 1971, somm., p. 227 ; *Gaz. Pal.*, 1972, 1, somm. 2, note J.-P. DOUCET ; et *Rev. sc. crim.*, 1972, obs. A. LEGAL, p. 375, et obs. A. VITU, p. 385.
- Crim., 8 nov. 1972 : *Bull. crim.*, n° 331 ; *Gaz. Pal.*, 1973, 1, p. 290 ; et *Rev. sc. crim.*, 1974, obs. J. LARGUIER, p. 577.
- Crim., 18 août 1973 : *Bull. crim.*, n° 339 ; et *Gaz. Pal.*, 1973, 2, p. 861.
- Crim., 31 janv. 1974 : *Bull. crim.*, n° 50 ; *JCP*, 1975, II, 17984, note A. MAYER-JACK ; et *Rev. sc. crim.*, 1975, obs. J. LARGUIER, p. 677.
- Crim., 3 mai 1974 : *Bull. crim.*, n° 157 ; et *D.*, 1973, somm., p. 20.
- Crim., 11 juin 1975 : *Bull. crim.*, n° 150 ; et *Rev. sc. crim.*, obs. J. LARGUIER, p. 407.
- Crim., 21 juin 1978 : *Bull. crim.*, n° 207.
- Crim., 15 mai 1979 : *Bull. crim.*, n° 175 ; *D.*, 1979, IR, obs. M. PUECH, p. 525, et 1980, note M.-J. CAMBASSEDES, p. 409 ; *Gaz. Pal.*, 1980, 1, note P.L.G., p. 88 ; et *Rev. sc. crim.*, 1980, obs. J. LARGUIER, p. 969.
- Crim., 28 mai 1980 : *D.*, 1981, IR, obs. G. ROUJOU DE BOUBEE, p. 137.
- Crim., 5 juin 1984 : *Bull. crim.*, n° 212.

- Crim., 3 mars 1993 : *Resp. civ. et assur.*, 1993, comm. n° 237.
- Crim., 1^{er} déc. 1998 : *Dr. pénal*, 1999, comm. n° 80, obs. M. VERON ; et *JCP*, 1999, I, 151, obs. M. VERON.
- Crim., 3 déc. 1999 : *Gaz. Pal.*, 1999, 1, chron., p. 61.
- Crim., 22 mars 2005 : *Dr. pénal*, 2005, comm. n° 103, obs. M. VERON.
- Crim., 31 janv. 2007 : *Bull. crim.*, 25 ; *D.*, 2007, pan., obs. C. MASCALA, p. 1624, et note B. BOULOC, p. 1842 ; et *Dr. pénal*, 2007, comm. n° 56, obs. M. VERON.
- Crim., 4 mars 2008 : *Bull. crim.*, n° 55 ; *D.*, 2008, act. jur., p. 991, et 2009, pan., obs. Th. GARE, p. 128 ; *Dr. pénal*, 2008, comm. n° 82, obs. M. VERON ; et *Rev. sc. crim.*, 2008, obs. Y. MAYAUD, p. 901.
- Crim., 14 mai 2008 : *JCP*, 2008, II, 10189, note P. MISTRETTA.
- Crim., 18 nov. 2008 : *AJ pénal*, 2008,9, p. 35 ; *Bull. crim.*, n° 232 ; et *Dr. pénal*, 2009, comm. n° 18, note M. VERON.
- TGI Toulouse, 19 nov. 2009 : *D.*, 2010, note L. OLLIVIER, p. 813.

§2. La suffisance d'une causalité certaine

- Crim., 23 mai 1844 : *Bull. crim.*, n° 179.
- Crim., 2 juill. 1886 : *S.*, 1887, 1, p. 489.
- Crim., 19 févr. 1892 : *D.*, 1892, 1, p. 550.
- Crim., 8 juin 1912 : *Bull. crim.*, n° 307.
- Ch. réunies, 13 févr. 1930, *Jand'heur* : *GAJC*, 11^e éd., n° 193.
- Crim., 27 janv. 1944 : *Gaz. Pal.*, 1944, 1, p. 182.
- Crim., 5 févr. 1958 : *Bull. crim.*, n° 126.
- Crim., 13 mai 1965 : *Bull. crim.*, n° 139.
- Crim., 2 nov. 1967 : *Bull. crim.*, 277.
- Crim., 30 nov. 1971 : *Gaz. Pal.*, 1972, 1, p. 374.
- Crim., 30 mai 1972 : *Bull. crim.*, n° 179.
- Crim., 24 oct. 1972 : *Gaz. Pal.*, 1973, 1, p. 218.
- Crim., 13 nov. 1975 : *Gaz. Pal.*, 1976, 1, p. 178.
- Civ. 2, 11 févr. 1976 : *D.*, 1976, note Ch. LARROUMET, p. 609.
- Crim., 25 avr. 1979 : *Bull. crim.*, n° 148.
- Crim., 28 avr. 1981 : *Bull. crim.*, n° 129.
- Crim., 10 oct. 1988 : *JCP*, 1990, II, 21416, note DENIDOFF.
- Crim., 16 mars 1989 : *Bull. crim.*, n° 133.
- Crim., 30 mai 1989 : *Bull. crim.*, n° 222 ; et *Rev. sc. crim.*, 1990, obs. A. VITU, p. 325.
- Paris, 7 juill. 1989 : *Gaz. Pal.*, 1989, 2, concl. G. PICHOT, p. 752.
- Crim., 27 févr. 1992 : *Bull. crim.*, n° 92.
- Crim., 6 avr. 1994 : *Bull. crim.*, n° 135 ; *Dr. pénal*, 1994, note M. VERON, p. 158 ; et *Rev. sc. crim.*, 1994, obs. B. BOULOC, p. 760.
- Crim., 18 oct. 1995 : *Bull. crim.*, n° 314.
- Crim., 23 sept. 1998 : *Rev. sc. crim.*, 1999, obs. Y. MAYAUD, p. 321.
- Crim., 5 sept. 2000 : *Bull. crim.*, n° 262 ; *Dr. pénal*, 2000, comm. n° 135, note M. VERON ; et *JCP*, 2000, II, 10507, note J.-Y. CHEVALLIER.
- Crim., 25 sept. 2001 : *Bull. crim.*, n° 188 ; et *Rev. sc. crim.*, obs. Y. MAYAUD, p. 100.
- Civ. 1, 2 juill. 2002 : *Bull. civ.*, n° 182 ; *D.*, 2002, IR, p. 2517.
- Crim., 29 oct. 2002 : *Bull. crim.*, n° 196 ; et *Rev. sc. crim.*, 2003, obs. Y. MAYAUD, p. 330.
- Crim., 13 nov. 2002 : *D.*, 2004, note Ph. CONTE, p. 1336 ; et *Rev. sc. crim.*, 2003, p. 331.
- Civ. 2, 27 mars 2003 : *Bull. civ.*, n° 76 ; et *JCP*, 2004, I, 101, obs. G. VINEY.
- Crim., 8 sept. 2004 : *Dr. pénal*, 2005, obs. M. VERON, p. 13.

- Crim., 21 sept. 2004 : *RPDP*, 2005, chron. J.-Ch. SAINT-PAU, p. 235.
- Crim., 5 oct. 2004 : *RPDP*, 2005, chron. J.-Ch. SAINT-PAU, p. 235.
- Crim., 19 oct. 2004 : *RPDP*, 2005, chron. J.-Ch. SAINT-PAU, p. 235.
- Crim., 5 avr. 2005 : *Dr. pénal*, 2005, comm. n° 103, obs. M. VERON.
- Crim., 2 sept. 2005 : *Bull. crim.*, n° 212.
- Ass. plén., 6 oct. 2006 : *D.*, 2006, note G. VINEY, p. 2825 ; *JCP*, 2006, I, 115, obs. Ph. STOFFEL-MUNCK, et II, 10181, avis A. GARIAZZO, note M. BILLIAU ; *Resp. civ. et assur.*, 2006, Etude n° 17, L. BLOCH ; et *RTD Civ.*, 2007, obs. P. JOURDAIN, p. 123.
- Crim., 16 sept. 2008 : *Bull. crim.*, n° 186 ; et *Rev. sc. crim.*, 2009, obs. A. CERF-HOLLENDER, p. 390.
- Crim., 10 févr. 2009 : *RPDP*, 2009, chron. J.-Ch. SAINT-PAU, p. 847.
- Crim., 24 mars 2009 : *RPDP*, 2009, chron. J.-Ch. SAINT-PAU, p. 847.
- Crim., 22 févr. 2011 : *AJ pénal*, 2011, obs. G. ROUSSEL, p. 307 ; et *Dr. pénal*, 2011, comm. n° 73, note M. VERON.

Section seconde : La juridicité de la causalité

§1. Les fondements de l'exigence d'une causalité juridique

- Crim., 25 nov. 1916 : *S.*, 1917, 1, p. 97.
- Civ., 20 oct. 1931 : *S.*, 1932, 1, p. 83.
- Crim., 29 avr. 1932 : *Gaz. Pal.*, 1932, 2, p. 1966.
- Tr. Hazebrouk, 1^{er} déc. 1936 : *Gaz. Pal.*, 1937, 1, p. 322.
- Soc., 7 mai 1943 : *D.*, 1943, jur., p. 51.
- Civ. 2, 22 mai 1964 : *D.*, 1965, note P. AZARD, p. 705.
- Nîmes, 28 mai 1966 : *JCP*, 1967, II, 15311, obs. P. CHAUVEAU.
- Civ. 2, 20 déc. 1972 : *JCP*, 1973, II, 17541, obs. N. DEJEAN DE LA BÂTIE.
- Civ. 2, 14 nov. 1979 : *Bull. civ.*, n° 263.
- Versailles, 30 mars 1989 : *JCP*, 1990, II, 21505 obs. A. DORSNER-DOLIVET.
- Soc., 31 oct. 2002 : *Bull. civ.*, n° 336 ; et *Resp. civ. et assur.*, 2003, comm. n° 100, note H. GROUTEL.
- Civ. 2, 27 mars 2003 : *JCP*, 2004, I, 101.
- Ass. plén., 24 juin 2005 : *Bull. civ.*, n° 7 ; et *D.*, 2005, note Y. SAINT-JOURS, p. 2375.
- Civ. 1, 24 janv. 2006 : *JCP*, I, 166, chron. Ph. STOFFEL-MUNCK ; et *RTD Civ.*, 2006, chron. P. JOURDAIN, p. 323.

§2. Les apports de la causalité juridique

A- Les apports de la causalité juridique à la délimitation du lien causal

- Crim., 25 nov. 1916 : *S.*, 1917, 1, p. 97.
- Civ., 20 oct. 1931 : *S.*, 1932, 1, p. 83.
- Tr. Hazebrouk, 1^{er} déc. 1936 : *Gaz. Pal.*, 1937, 1, p. 322.
- Soc., 7 mai 1943 : *D.*, 1943, jur., p. 51.
- Crim., 13 janv. 1955 : *D.*, 1955, note A. CHAVANNE, p. 291.
- Civ. , 7 nov. 1962 : *Bull. civ.*, n° 465 ; et *JCP*, 1963, II, 12987, note P. ESMEIN.
- Civ. 2, 22 mai 1964 : *D.*, 1965, note P. AZARD, p. 705.
- Nîmes, 28 mai 1966 : *JCP*, 1967, II, 15311, obs. P. CHAUVEAU.
- Civ. 2, 20 déc. 1972 : *JCP*, 1973, II, 17541, obs. N. DEJEAN DE LA BÂTIE.
- Civ. 2, 14 nov. 1979 : *Bull. civ.*, n° 263.
- Com., 16 déc. 1997 : *JCP*, 1998, I, 144, obs. G. VINEY.

- Crim., 7 sept. 2005 : *Bull. crim.*, n° 219
- Ass. plén., 6 oct. 2006 : *D.*, 2006, note G. VINEY, p. 2825 ; *JCP*, 2006, I, 115, obs. Ph. STOFFEL-MUNCK, et II, 10181, avis A. GARIAZZO, note M. BILLIAU ; *Resp. civ. et assur.*, 2006, Etude n° 17, L. BLOCH ; et *RTD Civ.*, 2007, obs. P. JOURDAIN, p. 123.
- Civ. 3, 2 nov. 2011 : *Resp. civ. et assur.*, 2012, comm. n° 58.
- Civ. 1, 15 déc. 2011 : *D.*, 2012, note D. MAZEAUD, p. 659.

B- Les apports de la causalité juridique à l'établissement du lien causal

- Civ. 2, 18 mai 1955 : *D.*, 1955, p. 520, ; *JCP*, 1955, II, 8793, note P. ESMEIN.
- Civ. 2, 4 janv. 1957 : *D.*, 1957, p. 264.
- Civ. 2, 21 janv. 1959 : *Gaz. Pal.*, 1959, 1, p. 194.
- Civ. 2, 5 févr. 1960 : *D.*, 1960, note H. ABERKANE, p. 365.
- Civ., 3 janv. 1963 : *S.*, 1963, note A. PLANCQUEEL, p. 161.
- Civ. 2, 20 févr. 1963 : *Gaz. Pal.*, 1963, 2, p. 51.
- Paris, 7 févr. 1964 : *JCP*, 1964, II, 13593, note P. ESMEIN.
- Civ. 2, 5 avr. 1965 : *D.*, 1965, jur., p. 737, note P. AZARD.
- Civ. 2, 11 févr. 1966 : *D.*, 1966, p. 228, note R. SCHMELCK.
- Civ. 1, 7 mars 1966 : *Gaz. Pal.*, 1966, p. 409 ; *JCP*, II, 14878, note J. MAZEAUD ; et *RTD Civ.*, 1966, obs. G. DURRY, p. 823.
- Crim., 22 mars 1966 : *JCP*, 1967, II, 14970, note A. RIEG ; et *Rev. sc. crim.*, 1968, obs. A. LEGAL, p. 67.
- Civ. 2, 7 juill. 1967 : *Bull. civ.*, n° 252.
- Crim., 14 déc. 1967 : *Bull. crim.*, n° 326.
- Crim., 27 janv. 1971 : *Bull. crim.*, n° 28.
- Civ. 2, 13 oct. 1971 : *D.*, 1972, jur., p. 75.
- Civ. 2, 13 oct. 1971 : *RTD Civ.*, 1972, obs. G. DURRY, p. 601.
- Crim., 13 juin 1972 : *Rev. sc. crim.*, 1973, obs. J. LARGUIER, p. 879.
- Crim., 5 oct. 1972 : *Bull. crim.*, n° 269.
- Civ. 2, 10 janv. 1973 : *Bull. civ.*, n° 15.
- Crim., 20 nov. 1973 : *Bull. crim.*, n° 425.
- Civ. 2, 19 mai 1976 : *Bull. civ.*, n° 165 et 166 ; *D.*, 1976, note D. MAYER, p. 629 ; *JCP*, 1978, II, 18773, note N. DEJEAN DE LA BÂTIE ; et *RTD Civ.*, 1977, obs. G. DURRY, p. 129.
- Com., 3 janv. 1979 : *D.*, 1979, IR, p. 252.
- Civ. 2, 14 juin 1984 : *Gaz. Pal.*, 1984, 2, pan., obs. F. CHABAS, p. 299.
- Civ. 1, 9 mars 1994 : *Bull. civ.*, n° 91 ; *JCP*, 1994, I, 3773, obs. G. VINEY ; et *RTD Civ.*, 1994, obs. P. JOURDAIN, 871.
- Civ. 1, 5 nov. 1996 : *Bull. civ.*, n° 579.
- Limoges, 4 juin 1997 : *Rev. sc. crim.*, 1998, note Y. MAYAUD, p. 549 .
- Civ. 1, 21 oct. 1997 : *Bull. civ.*, n° 288.
- Civ. 1^{ère}, 10 févr. 1998 : *D.*, 1998, jur., note D. MAZEAUD, p. 539 ; et *JCP*, 1998, II, 10124, note G. PAISANT.
- Com., 28 avr. 1998 : *D.*, 1999, somm., obs., B. MERCADAL, p. 319, et, jur., note B. M. et F. L., p. 469.
- Civ. 1, 6 oct. 1998 : *Bull. civ.*, n° 269 ; *Resp. civ. et assur.*, 1998, comm. n° 395 ; et *RTD Civ.*, 1999, p. 113, obs. P. JOURDAIN.
- Crim., 13 sept. 2000 : *Dr. pénal*, 2001, comm. n° 21.
- Com., 29 mai 2001 : *Bull. civ.*, n° 109.
- Com., 4 déc. 2001 : *Bull. civ.*, n° 194.
- Soc., 12 févr. 2003 (3 arrêts) : *Bull. civ.*, n° 50.

- Civ. 1, 23 sept. 2003 : *Bull.*, n° 188 ; *D.*, 2004, jur., note Y.-M. SERINET et R. MILAWSKI, p. 898, et somm., obs. D. MAZEAUD, p. 1344 ; *JCP*, 2004, I, 101, n° 8, obs. G. VINEY ; et *RTD Civ.*, 2004, note P. JOURDAIN, p. 101.
- Crim., 5 oct. 2004 : *Bull. crim.*, n° 230.
- Civ. 2, 24 févr. 2005 : *Bull. civ.*, n° 53 ; *Resp. civ. et assur.*, 2005, comm. n° 145, obs. S. HOCQUET-BERG ; et *RTD Civ.*, 2005, obs. P. JOURDAIN, p. 404.
- Ass. plén., 14 avr. 2006 : *BICC*, 1^{er} juill. 2006, rapport PETIT, et concl. DE GOUTTES ; *Bull. civ.*, n° 6 ; *D.*, 2006, jur., note P. JOURDAIN, p. 1577, et pan., obs. Ph. BRUN, p. 1933 ; *JCP*, 2006, II, 10087, note P. GROSSER ; et *RLDC*, 2006, n° 2129, note M. MEKKI.
- Civ. 2, 5 oct. 2006 : *Bull. civ.*, n° 257.
- Crim., 1^{er} avr. 2008 : *Bull. crim.*, n° 88 ; et *Rev. sc. crim.*, 2009, note C. AMBROISE-CASTEROT, p. 109.
- Civ. 1, 22 mai 2008 (5 arrêts) : *D.*, 2008, act. jur., obs. I. GALLMEISTER, p. 1544.
- Civ. 1, 13 nov. 2008 : *Bull. civ.*, n° 263 ; *JCP*, 2009, I, 138, obs. N. SAUPHANOR-BROUILLAUD.
- Ch. mixte, 28 nov. 2008 : *Bull. ch. mixte*, n° 3 ; *D.*, 2008, act. jur., obs. I. GALLMEISTER, p. 3079, 2009, jur., note G. VINEY, p. 461, et 2010, pan., obs. Ph. BRUN et O. GOUT, p. 49, et obs. B. FAUVARQUE-COSSON, p. 235 ; *Gaz. Pal.*, 16-17 janvier 2010, avis M. DOMINGO, p. 13, et note P. OUDOT, p. 21 ; *JCP*, 2009, I, 123, obs. Ph. STOFFEL-MUNCK, et II, 10011, note P. GROSSER ; *Resp. civ. et assur.*, 2009, comm. n° 4, note S. HOCQUET-BERG ; et *RTD Civ.*, 2009, obs. P. JOURDAIN, p. 129.
- Civ. 1, 9 juill. 2009 : *Gaz. Pal.*, 12-13 août 2009, jur., avis A. LEGOUX p. 9 ; et *Resp. civ. et assur.*, 2009, Etude n° 13, Ch. RADE.
- Civ. 1, 24 sept. 2009 : *D.*, 2009, act. jur., p. 2426 ; et *Resp. civ. et assur.*, 2009, comm. n° 328, note Ch. RADE.
- Civ. 1, 24 sept. 2009 (2 arrêts) : *D.*, 2009, note I. GALLMEISTER, p. 2342 ; *Gaz. Pal.*, 10-11 mars 2010, chron. M. MEKKI, p. 18 ; *JCP*, 2009, 304, obs. P. MISTRETTA, et 381, note S. HOCQUET-BERG ; et *Resp. civ. et assur.*, 2009, Etude n° 15, Ch. RADE, et comm. n° 327.
- Crim., 28 oct. 2009 : *Resp. civ. et assur.*, 2010, comm. n° 4, note M. BRUSORIO-AILLAUD.
- Civ. 2, 10 nov. 2009 : *Gaz. Pal.*, 10-11 mars 2010, note. M. MEKKI, p. 20 ; et *Resp. civ. et assur.*, 2010, comm. n° 5, note H. GROUTEL.
- Civ. 1, 17 juin 2010 : *D.*, 2010, chron. N. AURY et C. CRETON, p. 2098 ; et *JCP*, 2010, 870, note O. GOUT.
- Civ. 1, 28 juin 2010 : *Gaz. Pal.*, 10-11 mars 2010, chron. M. MEKKI, p. 18.
- Civ. 1, 14 oct. 2010 : *RLDC*, 2010, n° 4038.
- Civ. 1, 25 nov. 2010 : *D.*, 2010, p. 2909, et 2011, chron., Ph. BRUN, p. 316.
- Paris, 17 déc. 2010 : *Resp. civ. et assur.*, 2011, comm. n° 410, note Ch. RADE.
- Civ. 3, 18 mai 2011 : *D.*, 2011, p. 1483, note M. BOUTONNET, p. 2089, et p. 2679, et 2012, chron. Ph. BRUN et O. GOUT, p. 49 ; *Resp. civ. et assur.*, 2011, comm. n° 279.
- Civ. 1, 23 juin 2011 : *Resp. civ. et assur.*, 2011, comm. n° 314, note H. GROUTEL ; et *RLDC*, 2011, n° 4345, obs. J.-Ph. B.
- Soc., 16 mai 2012 : *D.*, 2012, note O. FARDOUX, p. 1864.
- Civ. 1, 26 sept. 2012 : *D.*, 2012, obs. I. GALLMEISTER, p. 2304 ; *JCP*, 2012, 1061, obs. P. MISTRETTA ; et *Resp. civ. et assur.*, 2012, comm. n° 350, note S. HOCQUET-BERG.

Seconde partie : La distinction fonctionnelle des responsabilités de droit privé

Titre premier : L'influence des fonctions des responsabilités sur la constitution du fait générateur de responsabilité

Chapitre premier : L'influence des fonctions des responsabilités sur l'intérêt protégé

Section première : La préservation de l'influence fonctionnelle sur le choix de l'intérêt protégé

§1. La protection universelle des intérêts par le droit civil de la responsabilité

- TGI Paris, 8 juill. 1970 : *D.*, 1972, note J.-C. FOURGOUX, p. 88.
- Civ. 3, 1^{er} déc. 1971 : *Bull. civ.*, n° 594.
- Paris, 2 déc. 1977 : *D.*, 1977, note Y. LAMBERT-FAIVRE, p. 285.
- Crim., 3 avr. 1978, *Ory* : *D.*, 1979, IR, obs. Ch. LARROUMET, p. 64.
- Soc., 16 nov. 1983 : *Bull. civ.*, n° 559.
- Com., 5 nov. 1986 : *D.*, 1987, note J.-J. BURST, p. 22.
- Crim., 11 oct. 1988 : *Bull. crim.*, n° 337; *D.*, 1988, IR, p. 281; et *Resp. civ. et ass.* hors-série déc. 1998, n° 46, note H. GROUDEL.
- Crim., 27 nov. 1990 : *Bull. crim.*, n° 405.
- Crim., 14 mars 1991 : *JCP*, 1991, IV, p. 238.
- Civ. 2, 22 févr. 1995 : *D.*, 1995, somm., obs. D. MAZEAUD, p. 233 ; *JCP*, 1995, I, 3853, chron. G. VINEY ; *Resp. civ. et ass.*, hors-série déc. 1998, n° 49, note M.-A. PEANO ; et *RTD civ.*, 1995, obs. P. JOURDAIN, p. 629.
- Civ. 2, 28 juin 1995 : *Resp. civ. et ass.*, hors-série déc. 1998, n° 50, note H. GROUDEL.
- Crim., 5 juin 1996 : *Bull. crim.*, n° 236.
- Civ. 1, 5 nov. 1996 : *JCP*, 1997, I, 4025, obs. G. VINEY, et II, 22805, note J. RAVANAS.
- Crim., 27 nov. 1996 : *Bull. crim.*, n° 431
- Civ. 2, 19 mars 1997, *Roisse* : *Bull. civ.*, n° 79.
- Civ. 3, 4 juin 1998, *JCP*, 1999, I, 120, chron. H. PERINET-MARQUET.
- Civ. 3, 16 déc. 1998 : *Bull. civ.*, n° 252 ; et *JCP*, 1999, I, 120, n° 4, chron. H. PERINET-MARQUET.
- CEDH, 6 avr. 2000, *Comingersoll SA c/ Portugal*, req. 00035382/97.
- CEDH, 16 avr. 2002, *Stes Colas Est et a. c/ France*, req. 00037971/97.
- Civ. 3, 25 févr. 2004 : *D.*, 2004, somm., obs. Ch. CARON, p. 1631.
- Civ. 2, 18 mars 2004 : *Bull. civ.*, n° 137.
- Crim., 5 oct. 2010 (2 arrêts) : *Resp. civ. et assur.*, 2011, comm. n° 4 ; et *RTD Civ.*, 2011, chron. P. JOURDAIN, p. 353.
- Com., 15 mai 2012 : *D.*, 2012, obs. X. DELPECH, p. 1403 ; et *Resp. civ. et assur.*, 2012, comm. n° 191.

§2. La protection sélective des intérêts par le droit pénal de la responsabilité

- Crim., 6 avr. 1882 : *Bull. crim.*, n° 92.
- Crim., 18 mars 1936 : *Gaz. Pal.*, 1936, 1, p. 880 ; et *Rev. sc. crim.*, 1936, obs. H. DONNEDIEU DE VABRES.
- Crim., 13 mars 1954 : *D.*, 1954, jur., p. 457.
- Crim., 18 févr. 1976 : *Bull. crim.*, n° 63.
- Paris, 2 déc. 1977 : *D.*, 1977, note Y. LAMBERT-FAIVRE, p. 285.
- Crim., 3 juill. 1975 : *Bull. crim.*, n° 174.

- Crim., 22 févr. 1983 : *Gaz. Pal.*, 1983, somm., obs. J.-P. DOUCET, p. 322.
- Crim., 28 janv. 1986 : *Bull. crim.*, n° 36.
- Civ. 1, 30 mai 1995, *JCP*, 1995, IV, 1810.
- Crim., 6 févr. 2001 : *Bull. crim.*, n° 34.
- Crim., 3 déc. 2002 : *Bull. crim.*, n° 232.
- Crim., 4 mars 2003 : *Bull. crim.*, n° 58.
- Ass. Plén., 19 déc. 2003 : *Bull. civ. ass. plén.*, n° 8.
- Crim., 19 juin 2007 : *Rev. pénit.*, 2007, obs. J.-Ch. SAINT-PAU, p. 902.
- Crim., 18 mars 2008 : *Rev. pénit.*, 2009, obs. Ph. CONTE, p. 165.
- Civ. 2, 28 mai 2009 : *Resp. civ. et ass.*, 2009, comm., n° 202.
- Crim., 14 janv. 2009 : *Dr. pénal*, mai 2009, note M. VERON, p. 29 ; et *JCP*, 166, note G. BEAUSSONIE.
- Crim., 14 oct. 2009 : *RPDP*, 2010, obs. V. MALABAT, p. 864.
- Civ. 2, 8 avr. 2010 (2 arrêts) : *D.*, 2010, note S. LAVRIC, p. 1086, Point de vue P. SARGOS, p. 1089, et chron. H. ADIDA-CANAC et S. GRIGNON DUMOULIN, p. 2102, n° 12.
- Crim., 5 oct. 2010 : *Dr. pénal*, 2011, comm. n° 6, note M. VERON ; et *RPDP*, 2011, note Ph. CONTE, p. 155.

Section seconde : La réaffirmation de l'influence fonctionnelle sur le caractère personnel de l'intérêt protégé

- Civ. 2, 16 avr. 1996 : *Bull. civ.*, n° 94.

§1. Le dévoiement de la fonction victimaire du droit civil de la responsabilité dans la protection des valeurs sociales essentielles

- Civ., 25 nov. 1929 : *Gaz. Pal.*, 1930, 1, p. 29.
- Civ. 1, 16 nov. 1982 : *Bull. civ.*, n° 331.
- Crim., 28 mars 1991 : *Bull. crim.*, n° 149.
- Crim., 4 nov. 1991 : *Bull. crim.*, n° 391.
- Civ. 2, 27 mai 2004 : *D.*, 2004, somm., obs. E. LAMAZEROLLES, p. 2931.
- Civ. 2, 14 juin 2007 : *Bull. civ.*, n° 157.
- TGI Paris, 16 janv. 2008 : *D.*, 2008, chron., L. NEYRET, p. 2681.
- TGI Tours, 24 juill. 2008 : *Environnement*, 2008, Etude n° 11, M. BOUTONNET.
- Civ. 1, 18 sept. 2008 : *D.*, 2009, pan., chron. F.-G. TREBULLE, p. 2448.
- Civ. 3, 17 déc. 2008 : *D.*, 2009, note M. BOUTONNET, p. 701.
- CEDH, 27 janv. 2009, *Tatar c/ Roumanie* : *D.*, 2009, obs. F.-G. TREBULLE, p. 2448.
- CEDH, 7 avr. 2009, *Branduse c/ Roumanie* : *D.*, 2009, obs. F.-G. TREBULLE, p. 2448 ; et *JCP*, 2009, 143, F. SUDRE.
- Civ. 3, 1^{er} juill. 2009 : *JCP*, 2009, 454, note N. DUPONT ; et *Resp. civ. et ass.*, 2009, comm. n° 314.
- Paris, 30 mai 2010 : *D.*, 2010, obs. S. LAVRIC, p. 967, chron. V. REBEYROL, p. 1804, et chron. L. NEYRET, p. 2238 ; et *Resp. civ. et assur.*, juin 2010, Alertes n° 12, B. RAJOT.
- Civ. 3, 8 juin 2011 : *RLDC*, 2011, n° 4341, J.-Ph. BUGNICOURT.

§2. L'amointrissement de la fonction protectrice du droit pénal de la responsabilité par la prise en compte de la personnalité juridique de la victime

- Crim., 14 juin 1957 : *D.*, 1957, p. 512.

- Douai, 2 juin 1987 : *JCP*, 1989,II, 21250, note X. LABEE.
- Lyon, 13 mars 1997 : *Dr. famille*, 1997, chron. n° 9, P. MURAT.
- Paris, 2 juill. 1997 : *D.*, 1997, note B. BEIGNER, p. 597.
- Crim., 30 juin 1999 : *Bull. crim.*, n° 174 ; et *Rev. sc. crim.*, 1999, obs. Y. MAYAUD, p. 813.
- Ass. plén., 29 juin 2001 : *D.*, 2001, comm., note Y. MAYAUD, p. 2917.
- Crim., 9 janv. 2002 : *Dr. pénal*, 1992, comm.n° 172, obs. M. VERON.
- Crim., 25 juin 2002 : *JCP*, II, 10155, note M.-L. RASSAT.
- Crim., 2 déc. 2003: *AJ pénal*, 2004, obs. PITOUN, p. 118 ; *Bull. crim.*, n° 230 ; *D.*, 2004, note J. PRADEL, p. 449 ; *Dr. Famille*, 2004, obs. B. DE LAMY, p. 26 ; *Dr. Pénal*, 2004, obs. M. Véron, p; 18 ; et *Rev. sc. crim.*, 2004, obs. Y. MAYAUD, p. 348.

Chapitre premier : L'influence des fonctions des responsabilités sur l'anormalité exigée

- Civ. 1, 30 janv. 2001 : *Bull. civ.*, n° 19 ; *D.*, 2001, somm. comm., obs. P. JOURDAIN, p. 2232 ; *Dr. et patr.*, 2001, jur. n° 2947, obs. F. CHABAS, p. 96 ; *JCP*, 2001, I, 338, chron. G. VINEY ; et *Rev. sc. crim.*, 2001, chron. A. GIDUDICELLI, p. 613 ; et *RTD Civ.*, 2001, chron. P. JOURDAIN, p. 376.

Section première L'identité actuelle des fautes civiles et pénales

§1. L'identité absolue des fautes civile et pénale simple

A. JURIDICTIONS CIVILES

- Paris, 22 mai 1939 : *Gaz. Pal.*, 1939, 2, jur., concl. M. GAVALDA, p. 188.
- Civ. 2, 4 nov. 1965 : *Gaz. Pal.*, 1966, 1, jur., note P.E., p. 149
- Civ. 2, 17 juill. 1967 : *Gaz. Pal.*, 1967, 2, jur., note Ch. BLAEVOET, p. 235.
- Civ. 2, 27 avr. 1977 : *Bull. civ.*, n° 108.
- Civ. 2, 4 mai 1977 : *D.*, 1978, note R. LEGEAIS, p. 393.
- Civ. 2, 7 déc. 1977: *Bull. civ.*, n° 233.
- Civ. 2, 6 juill. 1978 : *Bull. civ.*, n° 179.
- Grenoble, 4 déc. 1978: *D.*, 1979, jur., note E. POISSON-DROCOURT, p. 474, et *JCP*, 1980, II, 19340, obs. N. DEJEAN DE LA BÂTIE.
- Civ. 2, 4 févr. 1981 : *D.*, 1983, jur., note P. GUNDRAT, p. 1.
- Paris, 26 févr. 1986 : *D.*, 1987, somm. comm., note J. MOULY, p. 466.
- Civ. 1, 7 mars 1989 : *JCP*, 1990, II, 21403, obs. N. DEJEAN DE LA BÂTIE.
- Civ. 2, 26 avr. 1990 : *JCP*, 1990, IV, p. 235.
- Civ. 2, 28 févr. 1996 : *Gaz. Pal.*, 1997, 1, jur., note Ph. JACQUES, p. 86.
- Civ. 1, 10 févr. 1998 : *D.*, 1998, jur., note D. MAZEAUD, p. 539, et *JCP*, 1998, II, 10124, note G. PAISANT.
- Paris, 2 avr. 2001 : *Resp. civ. et assur.*, 2001, comm. n° 244, note L. GRUYNBAUM.
- Chambéry, 12 avr. 2005 : *Resp. civ. et assur.*, 2005, comm. n° 314, note Ch. RADE.

B. JURIDICTIONS PENALES

- Crim., 3 juill. 1909 : *D.*, 1911, 1, p. 290.
- Crim., 9 oct. 1922 : *D.*, 1922, 1, note F. CHESNEY, p. 233.
- Crim., 24 avr. 1937 : *D.*, 1937, p. 429.
- Crim., 13 déc. 1956 : *D.*, 1957, jur., note M. PATIN, p. 349.
- Crim., 4 nov. 1971 : *D.*, 1972, somm., p. 20.
- T. Corr. Bobigny, 22 nov. 1972 : *Gaz. Pal.*, 1972, 2, p. 890.

- Crim., 8 mai 1974 : *Bull. crim.*, n° 165 ; et *Rev. sc. crim.*, 1975, obs. J. LARGUIER, p. 121.
- Crim., 16 nov. 1976 : *Bull. civ.*, n° 325.
- Crim., 10 févr. 1992 : *Bull. crim.*, n° 62.
- Crim., 4 mars 1998 : *Bull. crim.*, n° 83.
- Douai, 24 oct. 2000 : *JCP*, 2002, II, 10012, note J.-Y. MARECHAL.
- Crim., 8 janv. 2003 : *D.*, 2003, note E. GARÇON, p. 2661, et 2004, somm., obs. B. de Lamy, p. 310 ; *JCP*, 2003, II, 10159, note W. JEANDIDIER ; et *Rev. sc. crim.*, 2003, note B. BOULOC, p. 553.
- Crim., 18 juin 2003 : *D.*, 2004, note D. REBUT, p. 1620, et 2005, note A. PROTHAIS, p. 195 ; *JCP*, 2003, II, 10121, note M.-L. RASSAT ; et *Rev. sc. crim.*, 2003, note Y. MAYAUD, p. 781.
- Crim., 15 nov. 2005 : *D.*, 2006, jur., note E. DREYER, p. 1582 ; et *Rev. sc. crim.*, 2006, chron., Y. MAYAUD, p. 61.

C. ASSEMBLEE PLENIERE DE LA COUR DE CASSATION ET CONSEIL

CONSTITUTIONNEL

- Ass. plén., 9 mai 1984 (5 arrêts): *Bull. civ.*, n° 1 à 5 ; *D.*, 1964, jur., concl. J. CABANNES, p. 525, et note F. CHABAS, p. 530 ; *JCP*, 1984, II, 20256, obs. N. DEJEAN DE LA BÂTIE et P. JOURDAIN ; et *RTD Civ.*, 1984, obs. J. HUET, p. 508.
- Cons. const., 16 juin 1999 : *D.*, 1999, jur., comm. Y. MAYAUD, p. 589.
- Ass. plén., 14 avr. 2006 : *BICC*, 1^{er} juill. 2006, rapport PETIT, et concl. DE GOUTTES ; *Bull. civ.*, n° 6 ; *D.*, 2006, jur., note P. JOURDAIN, p. 1577, et pan., obs. Ph. BRUN, p. 1933 ; *JCP*, 2006, II, 10087, note P. GROSSER ; et *RLDC*, 2006, n° 2129, note M. MEKKI.

§2. L'identité relative des fautes civiles et pénales qualifiées

A- L'identité relative des fautes non intentionnelles qualifiées

A. JURIDICTIONS CIVILES

- Civ., 29 juin 1948 : *JCP*, 1949, II, 4660, note R. RODIERE.
- Soc., 27 nov. 1958 : *D.*, 1959, jur., note R. LINDON, p. 20.
- Civ. 2, 5 mars 1964 : *D.*, 1964, jur., p. 362, et *JCP*, 1964, II, 13696, note M. DE JUGLART.
- Civ. 1, 15 janv. 1976 : *Bull. civ.*, n° 19.
- Civ. 2, 20 juill. 1987(10 arrêts) : *Bull. civ.*, n° 160.
- Civ. 2, 1^{er} févr. 1989 : *Bull. civ.*, n° 230.
- Com., 3 avr. 1990 : *Bull. civ.*, n° 108.
- Civ. 1, 24 févr. 1993 : *Bull. civ.*, n° 88.
- Soc., 28 févr. 2002 (5arrêts) : *JCP*, 2002, I, 186, chron. G. VINEY, et II, 10053, concl. A. BENMAKHLOUF ; *Resp. civ. et assur.*, 2002, comm. n° 135 ; et *RTD civ.*, 2002, chron. P. JOURDAIN, p. 310.
- Soc., 11 avr. 2002 : *D.*, 2002, jur., note X. PRETOT, p. 2696.
- Soc., 12 juin 2002, pourvoi n° 00-41954.
- Soc., 1^{er} juill. 2003 : *Bull. civ.*, n° 219.
- Civ. 2, 27 janv. 2004 : *D.*, 2004, somm. comm., obs. L. NOEL, p. 2185 ; *Resp. civ. et assur.*, 2004, comm. n° 91, note H. GROUTEL ; et *RTD civ.*, 2004, obs. P. JOURDAIN, p. 296.

- Civ.1, 22 mars 2005 : *JCP*, 2005, IV, 2095.
- Civ. 1, 18 oct. 2005, pourvoi n° 02-12.383.
- Com., 21 mars 2006 : *JCP*, 2006, II, 10090, note M. Mekki ; et *RTD civ.*, 2006, obs. P. JOURDAIN, p. 569.
- Com., 13 juin 2006 : *JCP*, 2006, II, 10123, note G. LOISEAU.
- Civ. 1, 2 oct. 2007 (2 arrêts) : *Bull. civ.*, n° 317 et 318.
- Soc., 21 oct. 2008, pourvoi n° 07-40.809.
- Paris, 30 mai 2010 : *D.*, 2010, obs. S. LAVRIC, p. 967, chron. V. REBEYROL, p. 1804, et chron. L. NEYRET, p. 2238 ; *Resp. civ. et assur.*, juin 2010, Alertes n° 12, B. RAJOT,.
- Civ.1, 25 juin 2009, pourvoi n° 07-21.636 : *Bull. numérique des arrêts publiés*, n° 730.
- Com., 29 juin 2010 : *Gaz. Pal.*, 8-9 mai 2010, chron. M. MEKKI, p. 16 ; et *Resp. civ. et assur.*, 2010, Etude n° 11, L. BLOCH.

B. JURIDICTIONS PENALES

- Crim., 16 févr. 1999 : *Bull. crim.*, n° 24 ; et *D.*, 2000, somm. comm., chron. Y. MAYAUD, p. 34.
- Crim., 5 déc. 2000 : *Bull. crim.*, n° 363.
- Crim., 26 juin 2001 : *Bull. crim.*, n° 160.
- Douai, 26 mars 2002 : *JCP*, 2003, IV, 1041.
- Crim., 11 févr. 2003 : *Bull. crim.*, n° 28.
- Crim., 19 oct. 2004 : *Bull. crim.*, n° 247.
- Crim., 6 déc. 2005 : *JCP*, 2006, IV, 1041.
- Crim., 13 févr. 2007, pourvoi n° 06-81.089 : *AJ pénal*, 2007, 180, obs. G. ROUSSEL.
- Crim., 1^{er} avr. 2008 : *RPDP*, 2008, chron. Ph. BONFILS, p. 855.
- Crim., 18 nov. 2008 : *D.*, 2009, note Y. JOSEPH-RATINEAU, p. 1320.
- Crim., 12 janv. 2010 : *AJ penal*, 2010, obs. J. LASSERRE CAPDEVILLE, p. 241, et *Dr. pénal*, 2010, comm. n° 31, note M. VERON.

C. CHAMBRES MIXTE ET REUNIES

- Ch. Réunion, 15 juill. 1941 : *Gaz. Pal.*, 1941, jur., p. 254.
- Ch. mixte, 22 avr. 2005 (2 arrêts) : *RTD civ.*, 2005, chron. P. JOURDAIN, p. 604.

B- L'identité relative des fautes intentionnelles

A. JURIDICTIONS CIVILES

- Civ., 14 nov. 1956 : *Bull. civ.*, n° 409.
- Soc., 13 janv. 1966 : *Bull. civ.*, n° 63.
- Civ. 1, 4 févr. 1969, *Société des comédiens français* : *D.*, 1969, jur., note J. MAZEAUD, p. 601 ; et *JCP*, 1969, II, 16030, obs. R. PRIEUR.
- Soc., 24 avr. 1969 : *D.*, 1969, note Y. SAINT-JOURS, p. 649.
- Soc., 30 avr. 1987 : *Bull. civ.*, n° 251.
- Soc., 5 avr. 1990 : *Bull. civ.*, n° 175.
- Soc., 16 mai 1990 : *Bull. civ.*, n° 228.
- Soc., 31 mai 1990 : *Bull. civ.*, n° 260.
- Soc., 5 janv. 1995 : *Bull. civ.*, n° 12.
- Civ. 1, 4 juill. 2000 : *JCP*, 2005, I, 132, chron., G. VINEY.
- Civ. 1, 27 mai 2003 : *JCP*, 2004, I, 101, chron. G. VINEY, et 2005, I, 132, chron., G. VINEY ; et *Resp. civ. et assur.*, comm. n° 282, obs. H. GROUDEL.

- Civ. 2, 23 sept. 2004 : *JCP*, 2005, I, 132, chron., G. VINEY ; et *Resp. civ. et assur.*, 2004, comm. n° 389, note H. GROUDEL.
- Civ. 1, 13 nov. 2008 : *Resp. civ. et assur.*, 2009, comm. n° 2.
- Civ. 2, 1^{er} juill. 2010 (2 arrêts) : *D.*, 2010, chron. H. ADIDA-CANAC et S. GRIGNON, p. 2112 ; et *Resp. civ. et assur.*, 2010, comm. n° 263, note H. GROUDEL.
- Civ. 2, 8 juill. 2010 : *Resp. civ. et assur.*, 2010, comm. n° 272.
- Civ. 1, 9 juin 2011 : *Resp. civ. et assur.*, 2011, comm. n° 341.
- Civ. 2, 16 juin 2011 : *Resp. civ. et assur.*, 2011, comm. n° 340.

B. JURIDICTIONS PENALES

- Crim., 18 févr. 1922 : *Bull. crim.*, n° 82.
- Crim., 20 nov. 1947 : *Bull. crim.*, n° 227.
- Crim., 5 juill. 1951 : *Bull. crim.*, n° 198.
- Crim., 27 nov. 1952 : *Bull. crim.*, n° 283.
- Crim., 13 janv. 1955 : *D.*, 1955, note A. CHAVANNE, p. 291.
- Crim., 4 juin 1969 : *Gaz. Pal.*, 1969, 2, somm., p. 26.
- Crim., 21 oct. 1969 : *Bull. crim.*, n° 258.
- Crim., 11 juin 1975 : *Bull. crim.*, n° 150.
- Crim., 4 janv. 1978 : *Bull. crim.*, n° 5.
- T. Corr. Lyon, 19 déc. 1983 : *Gaz. Pal.*, 1985, somm., note J.-P. DOUCET, p. 216.
- Crim., 19 juin 1984 : *Bull. crim.*, n° 231.
- Crim., 17 mai 1990 : *Resp. civ. et assur.*, 1990, comm. n° 282, et chron. n° 16, H. GROUDEL.
- Crim., 8 janv. 1991 : *Bull. crim.*, n° 14.
- TGI Saint-Etienne, 10 août 1994 : *Gaz. Pal.*, 1994, 2, note J.-G. M., p. 775 ; et *Rev. sc. crim.*, 1995, chron. Y. MAYAUD, p. 575.
- Douai, 11 janv. 1995 : *Rev. sc. crim.*, 1996, obs. Y. MAYAUD, p. 651.
- Crim., 28 juin 1995 : *Bull. crim.*, n° 241.
- T. Corr. Péronne, 4 juill. 1995 : *Gaz. Pal.*, 19-20 juin 1996, chron. J.-P. DOUCET, p. 96.
- Crim., 23 janv. 1997 : *Bull. crim.*, n° 32.
- Crim., 11 févr. 1998 : *Bull. crim.*, n° 54.
- Crim., 25 mars 1998 : *Dr. pénal*, 1998, comm. n° 112, obs. M. VERON.
- Civ. 2^e, 24 juin 1998 : *Bull. civ.*, n° 204.
- Crim., 21 oct. 1998 : *Bull. crim.*, n° 269.
- Crim., 16 févr. 1999 : *Bull. crim.*, n° 24 ; et *D.*, 2000, somm. comm., chron. Y. MAYAUD, p. 34.
- Grenoble, 19 févr. 1999 : *D.*, 2000, somm. comm., obs. Y. MAYAUD, p. 34.
- Crim., 9 mars 1999 : *Bull. crim.*, n° 34.
- Crim., 1^{er} juin 1999, pourvoi n° 98-82.468 : *Gaz. Pal.*, 1999, 2, chron. crim., obs. J.-P. DOUCET, p. 142.
- Crim., 24 avr. 2001 : *Bull. crim.*, n° 98.
- TGI Foix, 3 oct. 2000 : *D.*, 2001, somm. comm., obs. GALLOUX, p. 1357.
- Toulouse, 8 févr. 2001 : *JCP*, 2001, IV, 2071.
- Crim., 19 juin 2001 : *Bull. crim.*, n° 148.
- Crim., 7 sept. 2005 : *Bull. crim.*, n° 219.

Section seconde : La distinction souhaitable des fautes civiles et pénales

§1. L'objectivation inévitable de la faute civile

A. COUR DE CASSATION

- Civ. 2, 7 juin 1989 : *D.*, 1989, note J.-L. AUBERT, p. 559 ; et *JCP*, 1990, II, 21451, note J.-P. BARBIERI.
- Civ. 1, 30 janv. 2001 : *Bull. civ.*, n° 19 ; *D.*, 2001, somm. comm., obs. P. JOURDAIN, p. 2232 ; *Dr. et patr.*, 2001, jur. n° 2947, obs. F. CHABAS, p. 96 ; *JCP*, 2001, I, 338, chron. G. VINEY ; et *Rev. sc. crim.*, 2001, chron. A. GIUDICELLI, p. 613, et *RTD Civ.*, 2001, chron. P. JOURDAIN, p. 376.
- Soc., 12 juill. 2001 : *Bull. civ.*, n° 267 ; et *D.*, 2001, jur., note Y. SAINT-JOURS, p. 3390, et 2002, somm. comm., obs. P. JOURDAIN, p. 1311.
- Soc., 28 mars 2002 : *Bull. civ.*, n° 110 ; et *JCP*, I, 186, chron. G. VINEY.
- Civ. 2, 16 sept. 2003 : *Bull. civ.*, n° 263 ; et *D.*, 2004, jur., note Ph. BONFILS, p. 72.
- Civ. 2, 16 févr. 2012 : *Gaz. Pal.*, 19 avr. 2012, note E. DREYER, p. 18.
- Soc., 15 mars 2012 : *D.*, 2012, act., p. 885, et note N. RIAS, p. 1316 ; et *Resp. civ. et assur.*, 2012, comm. n° 153, note H. GROUDEL.
- Civ. 2, 10 mai 2012 : *RLDC*, 2012, n° 4658, obs. G. LE NESTOUR DRELON, et 4733, obs. J.-Ph. BUGNICOURT.

B. CONSEIL CONSTITUTIONNEL

- Cons. const., 22 oct. 1982, n° 82-144 DC.
- Cons. const., 9 nov. 1999, n° 99-419 DC.
- Cons. const., 18 juin 2010, n° 2010-8 QPC.

§2. Le raffinement souhaitable de l'appréhension pénale de la culpabilité

Titre premier : L'influence des fonctions des responsabilités sur l'imputation du fait générateur

Chapitre premier : L'influence des fonctions des responsabilités sur l'attribution du fait générateur

Section première : La réalité de l'essor de la responsabilité fonctionnelle

- Civ., 16 juin 1896, *Teffaine* : *D.*, 1898, 1, concl. SARRUT, note R. SALEILLES, p. 433 ; et *S.*, 1897, 1, note A. ESMEIN, p. 17.

§1. L'essor de la responsabilité fonctionnelle fondée sur la garde

A- La responsabilité fonctionnelle fondée sur la garde d'une chose

- Civ., 2 mai 1911 : *D.*, 1911, 1, p. 467.
- Civ., 16 nov. 1920 : *D.*, 1920, 1, note R. SAVATIER, p. 169.
- Req., 10 nov. 1924 : *D.*, 1925, 1, note R. SAVATIER, p. 49.
- Ch. réunies, 13 févr. 1930, *Jand'heur* : *GAJC*, 11^e éd., n° 193.
- Civ., 27 févr. 1929 : *D.*, 1929, 1, note G. RIPERT, p. 129.
- Paris, 18 juill. 1930 : *Gaz. Pal.*, 1930, 2, p. 674.
- Req., 15 déc. 1930 : *Gaz. Pal.*, 1931, 1, p. 121.
- Ch. réunies, 2 déc. 1941, *Franck* : *S.*, 1941, 1, note H. MAZEAUD, p. 217.
- Civ., 26 janv. 1948 : *D.*, 1948, note G. RIPERT, p. 485.
- Civ. 2, 5 janv. 1956, *Oxygène liquide* : *D.*, 1957, note R. RODIERE, p. 261 ; et *JCP*, 1956, II, 9095, note R. SAVATIER.
- Civ. 2, 13 juill. 1966 : *D.*, 1966, p. 554.

- Civ. 2, 20 nov. 1968 : *JCP*, 1970, II, 16567, note N. DEJEAN DE LA BÂTIE.
- Crim., 8 juill. 1971 : *D.*, 1971, note E. ROBERT, p. 625.
- Civ. 2, 22 avr. 1992 : *D.*, 1992, note J.-F. BURGELIN, p. 353 ; et *JCP*, 1992, IV, 1894.
- Civ. 1, 9 juin 1993 : *RTD Civ.*, 1993, obs. P. JOURDAIN, p. 833.
- Civ. 2, 1^{er} avr. 1998 : *RTD Civ.*, 1998, obs. P. JOURDAIN, p. 914.
- Civ. 2, 15 mars 2001 : *Resp. civ. et assur.*, 2001, comm. n° 183, note H. GROUDEL .
- Civ. 2, 11 juill. 2002 : *Bull. civ.*, n° 174.
- Civ. 2, 22 mai 2003 : *Bull. civ.*, n° 155.
- Civ. 2, 23 sept. 2004 : *Resp. civ. et assur.*, 2004, comm. n° 317.
- Civ. 2, 13 nov. 2008 : *JCP*, 2009, I, 123, obs. Ph. STOFFEL-MUNCK ; et *Resp. civ. et assur.*, 2009, comm. n° 7, note H. GROUDEL.
- Civ. 2, 17 mars 2011 : *Resp. civ. et assur.*, 2011, comm. n° 206.

B- La responsabilité fonctionnelle fondée sur la garde d'autrui

A. ASSEMBLEE PLENIERE DE LA COUR DE CASSATION ET CONSEIL D'ETAT

- CE, 3 févr. 1956 : *Rec. Lebon*, p. 49.
- Ass. plén., 29 mars 1991, *Blieck* : *Bull. civ.*, n° 1 ; *D.*, 1991, note Ch. LARROUMET, p. 324, et chron. G. VINEY, p. 157 ; *Gaz. Pal.*, 1992, 2, note F. CHABAS, p. 513 ; *JCP*, 1991, II, 21673, concl. DONTEWILLE et note J. GHESTIN ; et *RTD Civ.*, 1991, obs. J. HAUSER, p. 312, et obs. P. JOURDAIN, p. 541.
- Ass. plén., 29 juin 2007 : *Bull. civ.*, n° 7 ; *D.*, 2007, chron., FRANÇOIS, p. 2408, et pan., obs. Ph. BRUN, p. 2903 ; *JCP*, 2007, II, 10150, note MARMAYOU ; *RLDC*, 2007, n° 2690, note M. MEKKI ; et *RTD Civ.*, 2007, obs. P. JOURDAIN, p. 782.

B. JURIDICTIONS CIVILES

- Civ. 2, 12 oct. 1955 : *D.*, 1956, note R. RODIERE, p. 301 ; et *JCP*, 1955, II, 9003, note P. ESMEIN.
- Civ. 2, 24 nov. 1976 : *D.*, 1977, jur., note Ch. LARROUMET, p. 595.
- Civ. 2, 6 janv. 1982 : *Gaz. Pal.*, 1982, 1, pan., p. 175, obs. F. CHABAS.
- Civ. 2, 24 avr. 1989 : *Bull. civ.*, n° 99.
- Civ. 1, 2 juill. 1991 : *Bull. civ.*, n° 224.
- Civ. 2, 22 mai 1995 : *Bull. civ.*, n° 155.
- Civ. 2, 6 nov. 1996 : *Bull. civ.*, n° 246.
- Civ. 2, 19 févr. 1997, *Samda* : *Bull. civ.*, n° 55 ; *Dr. famille*, 1997, n° 97, obs. P. MURAT ; *Gaz. Pal.*, 1997, 2, note F. CHABAS, p. 575 ; et *RTD civ.*, 1997, obs. P. JOURDAIN, p. 670.
- Civ. 2, 19 févr. 1997, *Bertrand* : *Bull. civ.*, n° 56 ; *D.*, 1997, note P. JOURDAIN, p. 265, et somm., obs. D. MAZEAUD, p. 290 ; *JCP*, 1997, II, 22848, concl. KESSOUS et note G. VINEY ; et *RTD Civ.*, 1997, obs. P. JOURDAIN, p. 668.
- Civ. 2, 9 déc. 1999 : *Bull. civ.*, n° 189 ; *D.*, 2000, note GALLIOU-SCANVION, p. 713 ; *JCP*, 2000, I, 241, obs. G. VINEY ; et *RTD Civ.*, 2000, obs. P. JOURDAIN, p. 338.
- Civ. 2, 20 janv. 2000 : *Bull. civ.*, n° 14 ; *D.*, 2000, somm., obs. D. MAZEAUD, p. 469 ; *JCP*, 2000, I, 241, obs. G. VINEY, et II, 10374, note A. GOUTTENOIRE-CORNUT ; *Resp. civ. et assur.*, 2000, comm. n° 146, obs. H. GROUDEL ; et *RTD Civ.*, 2000, obs. P. JOURDAIN, p. 340.
- Civ. 2, 12 déc. 2002 : *Bull. civ.*, n° 289 ; *D.*, 2003, somm., obs. F. LAGARDE, p. 2541 ; *JCP*, 2003, I, 154, obs. G. VINEY ; et *RTD Civ.*, 2003, obs. P. JOURDAIN, p. 305.
- Civ. 2, 7 oct. 2004 : *Bull. civ.*, n° 453 ; *D.*, 2005, note HUYETTE, p. 819 ; *JCP*, 2005, I, 132, obs. G. VINEY ; et *RTD Civ.*, 2005, obs. J. HAUSER, p. 100.

- Civ. 1, 15 déc. 2011 : *RLDC*, 2012, n° 4694, note L. PERDRIX ; *RTD Civ.*, 2012, obs. J. HAUSER, p. 290, et obs. P. JOURDAIN, p. 321.

B. JURIDICTIONS PENALES

- Cass., 26 juill. 1833, *Bull.*, n° 294.
- Cass., 4 sept. 1823, *Bull.*, n° 126.
- Cass., 25 mars 1881, *Bull.*, n° 86.
- Crim., 10 oct. 1996 : *D.*, 1997, note M. HUYETTE, p. 309 ; et *JCP*, 1997, II, 22833, note F. CHABAS.
- Crim., 26 mars 1997, *Notre-Dame des Flots : Bull. crim.*, n° 124 ; *D.*, 1997, note P. JOURDAIN, p. 496, et 1998, somm., obs. D. MAZEAUD, p. 201 ; *JCP*, 1997, I, 4070, obs. G. VINEY, et II, 22868, rapp. F. DESPORTES, et 1998, II, 10015, note HUYETTE ; et *Resp. civ. et assur.*, 1997, comm. n° 292, note H. GROUDEL.
- Crim., 8 févr. 2005 : *Bull. crim.*, n° 44 ; *JCP*, 2005, I, 149, obs. G. VINEY, et II, 10049, note M.-F. STEINLE-FEURBACH ; et *Resp. civ. et assur.*, 2005, comm. n° 18, note H. GROUDEL.

§2. L'essor de la responsabilité fonctionnelle fondée sur la direction d'autrui

A- La responsabilité fonctionnelle en plus de la responsabilité comportementale

A. JURIDICTIONS PENALES

- Cass., 30 juill. 1825 : *Bull.*, n° 142.
- Crim., 11 juin 1836 : *D.*, 1837, 1, p. 452.
- Crim., 15 janv. 1841 : *S.*, 1841, 1, p. 146.
- Crim., 4 juin 1842 : *S.*, 1842, 1, p. 885.
- Crim., 28 janv. 1859 : *S.*, 1859, 1, p. 364.
- Crim., 30 août 1860 : *S.*, 1860, 1, p. 1013.
- Crim., 7 déc. 1872 : *Bull. crim.*, n° 315.
- Crim., 30 déc. 1892 : *S.*, 1894, 1, note M. VILLEY, p. 201.
- Crim., 24 mars 1893 : *Bull.*, n° 50.
- Crim., 23 mars 1907 : *D.*, 1908, 1, p. 351.
- Crim., 21 déc. 1907 : *S.*, 1910, 1, p. 593.
- Crim., 20 juin 1924 : *D.*, 1925, 1, p. 93
- Crim., 2 févr. 1954 : *JCP*, 1954, II, 8318, obs. P. M.
- Crim., 28 févr. 1956 : *Bull. crim.*, n° 205 ; *D.*, 1956, p. 391 ; et *JCP*, 1956, II, 9304, note DE LESTANG.
- Trib. Corr. Pont-Andemer, 9 juill. 1958 : *JCP*, 1958, II, 10760.
- Crim., 10 juill. 1963 : *Bull. crim.*, n° 255.
- Crim., 4 nov. 1964 : *Gaz. Pal.*, 1965, 1, p. 80; et *Rev. sc. crim.*, 1965, obs. A. LEGAL, p. 650.
- Crim., 17 oct. 1967 : *Bull. crim.*, n° 250 ; et *Gaz. Pal.*, 1967, 2, p. 290.
- Crim., 7 nov. 1968 : *Bull. crim.*, n° 291.
- Crim., 27 juill. 1970 : *Bull. crim.*, n° 250.
- Crim., 11 janv. 1972 : *Bull. crim.*, n° 14.
- Crim., 15 févr. 1972 : *D.*, 1972, p. 368 ; et *JCP*, 1972, II, 17519, note D. MAYER.
- Crim., 22 mai 1973 : *Bull. crim.*, n° 230.
- Crim., 4 déc. 1974 : *Rev. sc. crim.*, 1976, obs. J. LARGUIER, p. 409.
- Crim., 2 oct. 1979 : *Bull. crim.*, n° 267.
- Crim., 20 sept. 1980 : *Dr. social*, 1981, note M. ROGER, p. 719.

- Crim., 28 nov. 1979 : *D.*, 1980, IR, p. 311.
- Crim., 14 juin 1990 : *Bull. crim.*, n° 245; et *D.*, 1990, IR, p. 208.
- Crim., 6 mai 1996 : *Dr. pénal*, 1996, comm. n° 261, obs. J.-H. ROBERT.
- Crim., 30 oct. 1996 : *Bull. crim.*, n° 389.
- Crim., 2 déc. 1997 : *JCP*, E, 1998, note Ph. SALVAGE, p. 948.
- Crim., 3 mars 1998 : *Bull. crim.*, n° 81.
- Lyon, 3 juin 1998 : *Dr. pénal*, 1998, comm. n° 118, note J.-H. ROBERT.
- Crim., 28 oct. 1998 : *Bull. crim.*, n° 281 ; et *Rev. sc. crim.*, 1999, obs. B. BOULOC, p. 576.
- Crim., 18 janv. 2000 : *D.*, 2000, comm., note J.-Ch. SAINT-PAU, p. 636.
- Crim., 12 sept. 2000 : *Bull. crim.*, n° 268.
- Crim., 29 avr. 2003 : *D.*, 2004, comm., note J.-Ch. SAINT-PAU, p. 167.
- Crim., 14 oct. 2003 : *Bull. crim.*, n° 190.
- Crim., 23 nov. 2004 : *RJS*, 2005, n° 459.
- Crim., 20 juin 2006 : *Bull. crim.*, n° 188 ; *D.*, 2007, chron., note J.-Ch. SAINT-PAU, p. 617 ; *JCP*, II, 10199, note E. DREYER ; et *Rev. sc. crim.*, 2006, obs. Y. MAYAUD, p. 825.
- Crim., 30 janv. 2007, n° 06-83405.
- Crim., 15 mars 2007 : *Bull. crim.*, n° 126.
- Crim., 26 juin 2007 : *Dr. pénal*, 2007, comm. n° 135, obs. M. VERON ; et *RPDP*, 2007, obs. Ph. BONFILS, p. 879.
- Crim., 6 nov. 2007 : *Bull. crim.*, n° 266.
- Crim., 25 juin 2008 : *JCP*, 2009, 111, obs. A. MARON, J.-H. ROBERT et M. VERON ; *Rev. sc. crim.*, 2009, obs. E. FORTIS, p. 89 ; et *RPDP*, 2009, obs. B. DE LAMY, p. 173.
- Douai, 21 oct. 2008 : *JurisData* n° 2008-373282.
- Montpellier, 28 mai 2009 : *JurisData* n° 2009-008799.
- Grenoble, 23 févr. 2009 : *JurisData* n° 2009-002943.
- Crim., 9 mars 2010 : *D.*, 2010, comm., note J.-Y. MARECHAL, p. 2135 ; et *RPDP*, 2011, obs. P. MISTRETTA, p. 215.
- Crim., 27 oct. 2009 : *JurisData* n° 2009-050472.
- Crim., 16 févr. 2010 : *JurisData* n° 2010-003359.
- Crim., 1^{er} sept. 2010 : *JurisData* n° 2010-016518.
- Crim., 22 févr. 2011 : *Gaz. Pal.*, 30-31 mars 2011, note J.-Ch. SAINT-PAU, p. 8 ; et *JCP*, 2011, 1176, obs. A. MARON, J.-H. ROBERT et M. VERON.
- Crim., 11 oct. 2011 : *D.*, 2011, p. 2600, obs. M. BOMBLED ; *Rev. sc. crim.*, 2011, obs. Y. MAYAUD, p. 825; et *RPDP*, 2012, obs. B. DE LAMY et M. SEGONDS, p. 405.
- Crim., 11 avr. 2012 : *JCP*, 2012, 740, note J.-H. ROBERT ; *Rev. sc. crim.*, 2012, obs. A. CERF-HOLLENDER, p. 377 ; et *RPDP*, 2012, obs. B. DE LAMY et M. SEGONDS, p. 405.
- Crim., 2 oct. 2012 : *D.*, 2012, p. 2605.

B. JURIDICTIONS CIVILES

- Paris, 22 mai 1939 : *Gaz. Pal.*, 1939, 2, jur., pp. 188 et s., concl. M. GAVALDA .
- Civ., 28 janv. 1954 : *D.*, 1954, note G. LEVASSEUR, p. 217 ; et *JCP*, 1954, II, 7978, concl. LEMOINE.
- Civ. 2, 9 févr. 1967 : *Gaz. Pal.*, 1967, 1, p. 224 ; et *RTD Civ.*, 1967, obs. DURRY, p. 634.
- Civ. 2^e, 17 juill. 1967 : *Gaz. Pal.*, 1967, 2, jur., note Ch. BLAEVOET, p. 235.
- Civ. 2, 18 juill. 1967 : *Bull. civ.*, n° 266.
- Civ. 1, 26 janv. 1971 : *Bull. civ.*, n° 29.
- Civ. 2, 12 janv. 1977 : *Bull. civ.*, n° 9.

- Civ. 2, 27 avr. 1977 : *Bull. civ.*, n° 108.
- Civ. 1, 23 mai 1977 : *Bull. civ.*, n° 244.
- Civ. 2, 5 mai 1978 : *JCP*, 1979, II, 19066, note F. CHABAS.
- Com., 27 avr. 1979 : *D.*, 1980, IR, obs. M. VASSEUR, p. 199.
- Civ. 1, 17 juill. 1979 : *D.*, 1980, IR, p. 114.
- Com., 24 mai 1982 : *Bull. civ.*, n° 195.
- Civ. 2, 22 févr. 1984 : *D.*, 1985, note E. AGOSTINI, p. 19.
- Civ. 1, 27 mai 1986 : *Bull. civ.*, n° 134.
- Civ. 1, 8 juill. 1986 : *Bull. civ.*, n° 195.
- Civ. 1, 28 oct. 1986 : *JCP*, 1987, IV, p. 9.
- Soc., 23 janv. 1990 : *Dr. social*, 1990, note J. SAVATIER, p. 322 ; et *Rev. sociétés*, 1990, note T. VATINET, p. 444.
- Civ. 2, 26 avr. 1990 : *JCP*, 1990, IV, p. 235.
- 17 avr. 1991 : *JCP*, 1992, II, 21856, note H. BLAISE.
- Civ. 2, 27 nov. 1991 : *Resp. civ. et assur.*, 1992, comm. n° 41.
- Soc., 22 mai 1995 : *Bull. civ.*, n° 162.
- Basse-Terre, 6 nov. 1995 : *Petites affiches*, 1997, n° 79, note B. SOINNE, p. 16.
- Civ. 2, 2 avr. 1997 : *Bull. civ.*, n° 111, 24 juin 1998 : *Bull. civ.*, n° 225 ; et *Resp. civ. et assur.*, 1998, comm. n° 293.
- Civ. 1, 7 juin 1998 : *Bull. civ.*, n° 239.
- Civ. 2, 19 nov. 1998 : *Bull. civ.*, n° 274 ; et *Gaz. Pal.*, 1999, 1, pan., p. 43.
- Civ. 3, 6 janv. 1999 : *RTD Civ.*, 1999, obs. P. JOURDAIN, p. 403.
- Civ. 1, 15 déc. 1999 : *JCP*, 2000, II, 10384, note G. MEMETEAU.
- Civ. 2, 22 mai 2003 : *Bull. civ.*, n° 156.
- Civ. 1, 18 mai 2004 : *Bull. civ.*, n° 141.
- Civ. 2, 3 juin 2004 : *Bull. civ.*, n° 275.
- Com., 6 mai 2008 : *D.*, 2008, note B. DONDERO, p. 2113.
- Civ. 2, 17 mars 2011 : *D.*, 2011, act. jur., p. 1013, et note D. SINDRES, p. 1530 ; et *Resp. civ. et assur.*, 2011, comm. n° 202.
- Civ. 2, 12 mai 2011 : *Resp. civ. et assur.*, 2011, comm. n° 243, note Ch. RADE ; et *RLDC*, 2011, n° 4301, obs. J.-Ph. BUGNICOURT.

C. ASSEMBLEE PLENIERE, CHAMBRE MIXTE ET CHAMBRES REUNIES DE LA COUR DE CASSATION

- Ch. mixte, 26 mars 1971 : *Bull. civ.*, n° 6.
- Ass. plén., 19 mai 1988 : *D.*, 1988, note Ch. LARROUMET, p. 513 ; *Defrénois*, 1988, obs. J.-L. AUBERT, p. 1097 ; et *RTD Civ.*, 1988, obs. P. JOURDAIN, p. 89.

B- La responsabilité fonctionnelle en place de la responsabilité comportementale

A. JURIDICTIONS PENALES

- Crim., 27 janv. 1859 : *S.*, 1859, 1, p. 354.
- Crim., 15 et 28 juin 1917 : *S.*, 1920, 1, note J.-A. ROUX, p. 329.
- Crim., 23 oct. 1984 : *Bull. crim.*, n° 316 ; et *JCP*, 1985, IV, p. 5.
- Crim., 14 oct. 1991 : *Rev. sociétés*, 1992, note B. BOULOC, p. 782.
- Crim., 13 mars 2007 : *Resp. civ. et assur.*, 2007, Etude n° 13, A. VIALARD.
- Crim., 28 avr. 2009 : *AJ pénal*, 2009, obs. G. ROYER, p. 357 ; *Dr. pénal*, nov. 2009, chron. M. SEGONDS, p. 19 ; et *JCP*, 2009, 402, note J.-Y. MARECHAL.
- Crim., 19 oct. 2010 : *Resp. civ. et assur.*, 2010, comm. n° 46, note H. GROUTEL.

B. JURIDICTIONS CIVILES

- Com., 28 nov. 1961 : *RTD Com.*, 1962, obs. R. RODIERE, p. 425.
- Civ. 3, 24 janv. 1973 : *Bull. civ.*, n° 72.
- Soc., 9 avr. 1975 : *Bull. civ.*, n° 174.
- Civ. 3, 17 janv. 1978 : *Bull. civ.*, n° 43.
- Civ. 2, 20 mars 1979 : *D.*, 1980, note Ch. LARROUMET, p. 29.
- Com., 4 juin 1991 : *Bull. civ.*, n° 211.
- Com., 12 oct. 1993, *Société des parfums Rochas* : *D.*, 1994, jur., note G. VINEY, p. 124 ; *JCP*, 1995, II, 22493, obs. F. CHABAS ; et *RTD Civ.*, 1994, obs. P. JOURDAIN, p. 113.
- Com., 1^{er} juill. 1997 : *D.*, 1997, IR, p. 207.
- Com., 27 janv. 1998 : *Dr. sociétés*, 1998, comm. n° 46, note Th. BONNEAU.
- Civ. 2, 19 nov. 1998 : *Petites affiches*, 15 mars 2000, note F. RINALDI, p. 11.
- Com., 20 mai 2003 : *D.*, 2003, note B. DONDERO, p. 2623 ; *JCP*, E, 2003, 1203, obs. J.-J. CAUSSAIN, F. DEBOISSY et G. WICKER ; et *Rev. sociétés*, 2003, note J.-F. BARBIERI, p. 479.
- Civ. 1, 15 mai 2007 : *Dr. sociétés*, 2007, n° 151, obs. R. MORTIER.
- Civ. 2, 20 déc. 2007 : *Bull. civ.*, n° 274 ; *D.*, 2008, obs. NICOLETIS, p. 657, note J. MOULY, p. 1248 ; *Resp. civ. et assur.*, 2008, comm. n° 50, obs. H. GROUDEL ; *RLDC*, 2008, n° 747, obs. S. CARVAL ; et *RTD Civ.*, 2008, obs. P. JOURDAIN, p. 315.
- Civ. 2, 21 févr. 2008 : *D.*, 2008, note J.-B. LAYDU, p. 2125.
- Com., 10 févr. 2009 : *D.*, 2009, act. jur., p. 559, obs. A. LIENHARD.
- Civ. 2, 28 mai 2009 : *D.*, 2009, note N. PIERRE, p. 2667 ; et *JCP*, 2009, 295, note J. MOULY .
- Civ. 2, 17 févr. 2011 : *Resp. civ. et assur.*, 2011, comm. n° 191.

C. ASSEMBLEE PLENIERE ET CHAMBRE DES REQUETES DE LA COUR DE CASSATION

- Req., 22 juill. 1891 : *D.*, 1892, 1, p. 235.
- Ass. plén., 25 févr. 2000, *Costedoat* : *D.*, 2000, note Ph. BRUN, p. 673 ; *JCP*, 2000, I, 241, obs. G. VINEY, et II, 10295, concl. KESSOUS, note M. BILLIAU ; *Resp. civ. et assur.*, 2000, chron. n° 11, par H. GROUDEL, et chron n° 22, Ch. RADE ; et *RTD Civ.*, 2000, obs. P. JOURDAIN, p. 582 .
- Ass. plén., 14 déc. 2001, *Cousin* : *D.*, 2002, jur., note J. JULIEN, p. 1230, somm., obs. D. MAZEAUD, p. 1317, et somm., obs. B. THULLIER, p. 2117 ; *JCP*, 2002, I, 124, obs. G. VINEY, et II, 10026, note M. BILLIAU ; et *RTD Civ.*, 2002, obs. P. JOURDAIN, p. 109.

Section seconde : La légitimité de l'essor de la responsabilité fonctionnelle

§1. La légitimité relative de l'essor de la responsabilité fonctionnelle en matière civile

- Civ. 1, 4 déc. 1973 : *Bull. civ.*, n° 337.
- Civ. 2, 5 juin 1971 : *Bull. civ.*, n° 204.
- Civ. 2, 18 mars 1981 : *Bull. civ.*, n° 69.
- et Crim. 2 oct. 1985 : *Bull. crim.*, n° 294.
- Cons. const., 9 nov. 1999, n° n° 99-419 DC.
- Cons. const., 22 juill. 2005, n° 2005-522 DC : *JCP*, 2006, I, 111, obs. Ph. STOFFEL-MUNCK.

- Civ. 2, 26 oct. 2006 : *Bull. civ.*, n° 299 ; *D.*, 2007, note LAYDU, p. 204; *JCP*, 2007, I, 115, note Ph. STOFFEL-MUNCK, et II, 10104, note J. MOULY; *Resp. civ. et assur.*, 2006, comm. ° 365, note Ch. RADE ; et *RTD Civ.*, 2007, obs. P. JOURDAIN, p. 357.
- Civ. 2, 11 sept. 2008 : *Bull. civ.*, n° 192 ; *D.*, 2008, pan., obs. GOUT, p. 51; *JCP*, 2008, II, 10184, note J. MOULY; et *Resp. civ. et assur.*, 2008, comm. n° 313, note H. GROUDEL.

§2. L'illégitimité absolue de l'essor de la responsabilité fonctionnelle en droit pénal

- Cons. const., 2 déc. 1976, n° 76-70 DC.

Chapitre second : L'influence des fonctions des responsabilités sur la réprobation du fait générateur

Section seconde : L'influence des fonctions des responsabilités sur la réprobation subjective du fait générateur

A. JURIDICTIONS PENALES

- Crim., 13 déc. 1956, *Laboube* : *D.*, 1957, jur., note M. PATIN, p. 349.
- Crim., 14 oct. 2003 : *Bull. crim.*, n° 189 ; *Dr. pén.*, 2004, comm. n° 20, obs. M. VERON; et *Rev. sc. crim.*, 2004, obs. E. FORTIS, p. 339.
- Crim., 15 nov. 2005 : *RPDP*, 2006, obs. X. PIN, p. 380.
- Crim., 4 mars 2008 : *JCP*, 2008, II, 10098, note M. BENILLOUCHE.
- Crim., 21 janv. 2009 : *D.*, 2009, act. jur., p. 374, et note H. MATSOPOULOU, p. 1111 ; *JCP*, 2009, 10043, note S. DETRAZ ; et *RPDP*, 2009, obs. X. PIN, p. 148.
- Crim., 16 déc. 2009 : *D.*, 2010, act. jur., obs. M. LEA, p. 144, et note J. PRADEL, p. 471 ; *Gaz. Pal.*, 10-11 mars 2010, note D. ROETS, p. 10 ; et *JCP*, 2010, 117, note P. MISTRETTA.

B. JURIDICTIONS CIVILES

- Civ., 28 avr. 1947, *Escoffier* : *D.*, 1947, concl. LENOAN, et note H. LALOU, p. 329.
- Civ. 2, 14 mars 1963, *Bonnetti* : *D.*, 1963, p. 500 ; et *Gaz. Pal.*, 1963, 2, p. 117.
- Civ. 2, 18 déc. 1964, *Trichard* : *D.*, 1965, concl. R. SCHMELCK, note P. ESMEIN, p. 191 ; *JCP*, 1965, II, 14304, N. DEJEAN DE LA BÂTIE ; et *RTD Civ.*, 1965, note R. RODIERE, p. 351.
- Com., 15 juin 1999 : *Bull. civ.*, n° 127.

C. JURIDICTIONS ADMINISTRATIVES

- CE, 24 sept. 2010, renvoi QPC : *RTD Civ.*, 2011, obs. J. HAUSER, p. 101.

D. ASSEMBLEE PLENIERE DE LA COUR DE CASSATION, CONSEIL

CONSTITUTIONNEL ET COUR EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME

- Ass. plén. 9 mai 1984, *Gabillet* : *Bull. civ.*, n° 1 ; *D.*, 1984, concl. CABANNES, note F. CHABAS, p. 525 ; et *JCP*, 1984, II, 20255, note N. DEJEAN DE LA BÂTIE .
- Ass. plén. 9 mai 1984, *Lemaire* : *Bull. civ.*, n° 2 ; *D.*, 1984, concl. CABANNES, note F. CHABAS, p. 525 ; et *JCP*, 1984, II, 20256, note P. JOURDAIN.
- Ass. plén. 9 mai 1984, *Derguini* : *Bull. civ.*, n° 3 ; *D.*, 1984, concl. CABANNES, note F. CHABAS, p. 525 ; et *JCP*, 1984, II, 20256, note P. JOURDAIN.
- Ass. plén., 9 mai 1984, *Fullenwarth* : *Bull. civ.*, n° 4 ; *D.*, 1984, concl. CABANNES, note F. CHABAS, p. 525 ; et *JCP*, 1984, II, 20255, note N. DEJEAN DE LA BÂTIE.

- Ass. plén., 29 mars 1991, *Blieck* : *Bull. civ.*, n° 1 ; *D.*, 1991, note Ch. LARROUMET, p. 324, et chron. G. VINEY, p. 157 ; *Gaz. Pal.*, 1992, 2, note F. CHABAS, p. 513 ; *JCP*, 1991, II, 21673, concl. DONTEVILLE, note J. GHESTIN ; et *RTD Civ.*, 1991, obs. J. HAUSER, p. 312, et obs. P. JOURDAIN, p. 541.
- CEDH, 9 févr. 1995, *Welch c/ Royaume-Uni* : *Rev. sc. crim.*, 1996, obs. R. KOERING-JOULIN, p. 470.
- CEDH, 8 juin 1995, *Jamil c/ France* : *JCP*, 1996, II, 22677, note BOURDEAUX ; et *Rev. sc. crim.*, 1995, obs. MESNIL DU BUISSON, p. 855, et 1996, obs. R. KOERING-JOULIN, p. 471, obs. J.-P. DELMAS-SAINT-HILAIRE, p. 662, et obs. B. BOULOC, p. 851.
- Cons. const., 16 juin 1999 : *D.*, 1999, jur., comm. Y. MAYAUD, p. 589.
- Cons. const., 29 août 2002, n° 2002-461 DC : *D.*, 2003, obs. L. DOMINGO et S. NICOT, p. 1127 ; et *Rev. sc. crim.*, 2003, obs. V. BÜCK, p. 606.
- Cons. const., 21 févr. 2008, n° 2008-562 DC.
- CEDH, 17 déc. 2009 : *D.*, 2010, act. jur., note M. LENA, p. 209, et note J. PRADEL, p. 737.
- CEDH, 21 oct. 2010, *GrossKopf c/ Allemagne* : *AJ pénal*, 2011, obs. J.-P. CERE, p. 45.
- CEDH, 8 nov. 2010, *Baudouin c/ France* : *RTD Civ.*, 2011, obs. J. HAUSER, p. 101.
- Cons. const., 26 nov. 2010 QPC : *RTD Civ.*, 2011, obs. J. HAUSER, p. 101.
- CEDH, 13 janv. 2011, *Kallweit c/ Allemagne*, *Mautes c/ Allemagne*, et *Schummer c/ Allemagne* : *Dr. pénal*, 2012, chron. n° 2, E. GARÇON et V. PELTIER.
- Cons. const., 10 mars 2011, n° 2011-625 DC : *Rev. sc. crim.*, 2012, obs. B. DE LAMY, p. 227.
- CEDH, 14 avr. 2011, *O. H. c/ Allemagne* : *Dr. pénal*, 2012, chron. n° 2, E. GARÇON et V. PELTIER.
- CEDH, 14 avr. 2011, *Patoux c/ France* : *RTD Civ.*, 2011, obs. J. HAUSER, p. 514.
- Cons. const., 8 juill. 2011, n° 2011-147 DC : *Rev. sc. crim.*, 2012, obs. B. DE LAMY, p. 227.
- Cons. const., 4 août 2011, n° 2011-635 DC : *Rev. sc. crim.*, 2012, obs. B. DE LAMY, p. 227.
- Cons. const., 6 oct. 2011, n° 2011-174 QPC.
- Cons. const., 21 oct. 2011, n° 2011-185 QPC.
- Cons. const., 20 avr. 2012, n° 2012-235 QPC.

Section première : L'influence des fonctions des responsabilités sur la réprobation objective du fait générateur

A. JURIDICTIONS PENALES

- Trib. Château-Thierry, 4 mars 1898, sous Amiens, 22 avr. 1898 : *S.*, 1899, 2, note ROUX, p. 1.
- Amiens, 22 avr. 1898 : *S.*, 1899, 2, note ROUX, p. 1.
- *Crim.*, 4 déc. 1908 : *Gaz. Pal.*, 1909, 1, p. 45.
- Paris, 5 janv. 1945 : *S.*, 1945, 2, p. 81.
- T. corr. Cherbourg, 6 févr. 1945 : *S.*, 1945, 2, p. 81.
- Rennes, 12 avr. 1954 : *S.*, 1954, 2, note P. BOUZAT, p. 185.
- *Crim.*, 19 févr. 1959 : *D.*, 1959, jur., note M.R.M.P., p. 161.
- T. pol. Avesnes-sur-Heppe, 12 déc. 1964 : *Gaz. Pal.*, 1965, 1, p. 91.
- Paris, 16 févr. 1966 : *D.*, 1966, p. 618.
- *Crim.*, 16 févr. 1967 : *Bull. crim.*, n° 70 ; *JCP*, 1967, II, 15034, note COMBALDIEU ; et *Rev. sc. crim.*, 1967, obs. G. LEVASSEUR, p. 659, et obs. A. LEGAL, p. 854.

- T. corr. Bobigny, 22 nov. 1972 : *Gaz. Pal.*, 1972, 2, p. 890.
- Poitiers, 3 mai 1974 : *Gaz. Pal.*, 1974, obs. G. LEVASSEUR, p. 784.
- T. pol. Bordeaux, 18 mars 1981 : *D.*, 1982, note D. MAYER, p. 182.
- Crim., 13 déc. 1989 : *Bull. crim.*, n° 478.
- Crim., 21 févr. 1990 : *Dr. pénal*, 1990, p. 216 ; et *Rev. sc. crim.*, 1990, obs. G. LEVASSEUR, p. 785.
- Crim., 30 mai 1991 : *Bull. crim.*, n° 232 ; *Dr. pénal*, 1991, obs. M. VERON, p. 255 ; *Gaz. Pal.*, 1992, 1, p. 17 ; et *Rev. sc. crim.*, 1992, obs. G. LEVASSEUR, p. 74.
- Crim., 2 déc. 1998 : *Bull. crim.*, n° 327 ; et *Dr. pénal*, 1999, obs. M. VERON, p. 83.
- Crim., 12 oct. 1993 : *Dr. pénal*, 1994, comm. n° 35, note M. VERON.
- T. corr. Le Puy-en-Velay, 14 mars 1995 : *Gaz. Pal.*, 1995, 2, somm., p. 326.
- Crim., 22 sept. 1999 : *Bull. crim.*, n° 193 ; *D.*, 2000, somm., obs. G. ROUJOU DE BOUBEE, p. 114 ; et *Rev. sc. crim.*, 2000, obs. B. BOULOC, p. 385.
- Crim., 5 janv. 2000 : *Bull. crim.*, n° 3 ; *D.*, 2000, note B. DE LAMY, p. 780 ; et *Rev. sc. crim.*, 2000, obs. Y. MAYAUD, p. 606, et obs. B. BOULOC, p. 817.
- Crim., 11 juin 2002 : *D.*, 2004, obs. B. DE LAMY, p. 317 ; *Dr. pénal*, 2002, comm. n° 135, obs. M. VERON ; *JCP*, 2002, II, 10161, note E. DREYER ; et *Rev. sc. crim.*, 2002, obs. J. FRANCILLON, p. 619, et obs., J.-F. RENUCCI, p. 881, et 2003, obs. B. BOULOC, p. 93.
- Crim., 18 févr. 2003 : *Bull. crim.*, n° 41.
- Crim., 23 mars 2004 : *Bull. crim.*, n° 77.
- Crim., 11 mai 2004 (2 arrêts) : *D.*, 2004, note H. GABA, p. 2326, et obs. G. ROUJOU DE BOUBEE, p. 2779 ; *Dr. pénal*, 2004, comm. n° 122, obs. M. VERON ; *JCP*, 2004, II, 10124, note C. GIRAULT ; *Rev. sc. crim.*, 2004, chron. E. FORTIS, p. 635, chron. G. VERMELLE, p. 866 ; et *RPDP*, 2004, chron. J.-Ch. SAINT-PAU, p. 875.
- Crim., 13 avr. 2005 : *Bull. crim.*, n° 131 ; *D.*, 2005, note LENNON, p. 2920 ; *Dr. pénal*, 2005, obs. A. MARON, p. 117 ; *Gaz. Pal.*, 2005, 2, note MONNET, p. 3485 ; et *Rev. sc. crim.*, 2006, obs. J. BUISSON, p. 419.
- Crim., 24 avr. 2007 : *Bull. crim.*, n° 108 ; *AJ Pénal*, 2007, obs. C. SAAS, p. 331 ; et *Rev. sc. crim.*, 2007, obs. Y. MAYAUD, p. 815.

B. JURIDICTIONS CIVILES

- Trib. com. Seine, 1^{er} avr. 1936 : *Gaz. Pal.*, 1936, 1, p. 877.
- Req., 19 oct. 1937 : *D.*, 1938, p. 53.
- Civ. 1, 16 nov. 1955 : *JCP*, 1956, II, 9087, note P. ESMEIN.
- Grenoble, 7 déc. 1959 : *D.*, jur., 1960, note F. GORE, p. 213 ; et *JCP*, 60, II, 11598, note P. ESMEIN.
- Civ. 2, 14 juin 1972 : *D.*, jur., 1973, note E. LEPOINTE, p. 423.
- Civ. 2, 2 avr. 1992 : *Bull. civ.*, n° 127.
- Civ. 1, 27 juin 1995 : *D.*, 1995, jur., note S. PIEDELIEVRE, p. 621.
- Civ. 3, 16 mars 2011 : *AJDA*, 2011, p. 862.

C. JURIDICTIONS ADMINISTRATIVES

- CE, 14 janv. 1938, *Société La Fleurette* : *D.*, 1938, note ROLLAND, p. 4 ; et *S.*, 1938, 3, note P. L., p. 25.
- CE, 17 avr. 1953, *Pinguet* : *D.*, 1954, jur., note G. MORANGE, p. 7.
- CE, 11 oct. 1957, *Commune de Grigny* : *RDP*, 1958, concl. KAHN, p. 306.
- CE, 28 mai 1971, *Ville Nouvelle Est* : *RDP*, 1972, note M. WALINE, p. 454.
- CE, 20 oct. 1972, *Société civile Sainte-Marie de l'Assomption* : *Rec. Lebon*, concl. M. MORISOT, p. 657.

- CE, 14 oct. 1988, *Le Goff, D.*, 1989, somm. comm., obs. F. MODERNE et P. BON, p. 353.
- CE, 30 avr. 1990, *Commune de Coméron : Petites affiches*, 30 juill. 1990, concl. M. DE GUILLERCHMIDT, p. 4.
- CE, 31 mars 1995, *M. Lavaud : AJDA*, 1995, p. 422.

**D. CONSEIL CONSTITUTIONNEL ET COUR EUROPEENNE DES DROITS DE
L'HOMME**

- Cons. const., 21 janv. 2011 QPC : *Gaz. Pal.*, 2011, 26-27 janv., p. 6, et 22-24févr. 2011, note S. FIAT, p. 9.
- CEDH, 4 nov. 2010, *Derveaux c/ France*, n° 4075/07.

INDEX ALPHABETIQUE

(Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphes)

-A-

Abstention (omission) : 163, 167, 208 et s., 249, 254, 499 et 510 et s.

- dans l'action : 307.
- dans la fonction : 307.

Abus de droit :

- d'agir : 63.
- contrôle (de l') : 506.

Accidents de la circulation : 140.

- causes d'exonération : 437, 461 et 516.
- implication : 243.

Accidents du travail et maladies professionnelles : 461.

Acte juridique : 22, 137 et 506.

Action (commission) : 85, 163, 167, 208, 248, 308 et 519.

Action en justice :

- cessation de l'illicite/prévention (en) : 134 et s.
- civile (en réparation) : 13, 17, 49, 61, 316 et 366
- collective : 365 et s.
- publique : 12 et s., 532 et 566.
- récursoire : 319, 514, 527 et 623.

Aide et assistance : *V. Complicité.*

Analyse économique du droit : 131, 178, 235 et s., 161, 486, 533 et 594.

Animaux (responsabilité du fait des) :

- fait actif : 163, 183 et 242.
- garde : 485.

Anormalité/illicéité : 33, 121, 132, 137, 140 et s., 147 et s., 156 et s., 199, 296, 301, 323, 335, 381, 390, 407, 450 et s.

- appréciée : 173 et s.
- causale : *V. Causalité.*
- constatée : 204 et s.
- établissement (de l') : 169 et s.
- fonction (de l') : 152 et s.
- objective : 156 et s.
- subjective : 156 et s., 295 et s., 323 et s., 341 et 381 et s.

Antennes-relais : 126.

Antijuridicité :

- matérielle : 40 et s. et 596 et s.

- formelle : 40 et 596.

Appréciation :

- *in abstracto* : 166, 175 et s., 215, 361, 382, 403 et s., 421, 469, 580, 594 et s. et 607.
- *in concreto* : 175 et s.

Assurances (droit des) : 112, 135, 161, 369, 438, 441, 458 et s., 516, 533, 621 et 626.

Atteinte : 71 et s.

- abstraite : 71.
- concrète : 71.

Attribution (du fait générateur de responsabilité) : 18, 142 et 479 et s.

Auteur : 480.

- direct : 275 et 518.
- indirect : 268, 275 et 518.
- matériel : 500.
- médiat : 499.
- moral : 499.

Autonomie du droit pénal : 102 et 166.

Autorisation de la loi : *V. Faits justificatifs.*

Autorité : 227 et s., 329, 481 et s., 525 et 606.

- administrative : 367 et 371.
- fonctionnelle : 491 et s.
- parentale : 227, 477 et 489.

Autorité de la chose jugée :

- au civil sur le civil : 118.
- au criminel sur le civil : 20, 389, 449 et 643.

-B-

Bande organisée : *V. Criminalité de groupe.*

Bâtiments en ruine : 242 et 485.

Bien juridique : 36, 40, 62 et s., 344 et s. 590 et 602 et s.

- à référent individuel : 69.
- bien juridico-pénal : 66, 340, 355 et s., 362, 377, 425, 433, 469 et s., 596, 603 et 607.
- extrapatrimonial : 68 et s.

- patrimonial : 69 et s.
- sans référent individuel : 70.

-C-

Causalité : 116, 134, 147 et s., 152 et s. et 220 et s.

- abstention causale : 18, 249 et 307 et s.
- abstraite/concrète : 257 et 269 et s.
- anormalité causale : 299 et s.
- cause étrangère : 241, 321 et s., 404, 408, 489 et s. et 583 et s.
 - extériorité : 329.
 - faute antérieure : 330.
 - imprévisibilité : 330.
 - irrésistibilité : 330.
- certaine : 275 et s.
- complicité : 254 et s.
- directe/indirecte : 257 et 269 et s.
- empreinte continue du mal : 294, 301 et s. et 321.
- exclusive/non exclusive : 257, 266 et 331 et s.
- fictive : 293 et 314.
- fonction : 225 et s.
- générale : 312 et 314.
- humaine : 256.
- immédiate/non immédiate : 257 et 267 et s.
- implication : *V. Accidents de la circulation.*
- juridique : 152, 278 et s. et 289 et s.
- matérielle : 283, 293, 306 et 312 et s.
- présomption : 311 et s.
- preuve : 273 et 310 et s.
- spéciale : 312 et s.
- tentative : 250 et s.
- théories ajuridiques (de la) : 280 et s.
 - causalité adéquate : 152, 163, 194, 285 et 288.
 - *causa proxima* : 268, 284 et 288.
 - *causa remota* : 263, 284 et 288.
 - équivalence des conditions : 282 et s. et 287.

Cessation de l'illicite : 52, 121, 127, 131 et s., 341 et 350.

Charge juridique : 22 et s., 47, 199, 231, 559 et 571.

Chose :

- dangereuse : 163 et 270.

- fait actif : 163, 183, 202, 242, 270, 302, 308 et 326.
- garde : 204, 243, 318 et s., 388, 483 et s. et 524.

- commune : 318 et s.
- comportement (du)/structure (de la) : 486 et 524.
- discernement : 388 et 540.
- juridique : 486 et 524.
- matérielle : 486 et 524.

- inerte : 163, 288 et 308.

- présomption : 524.

Circonstances aggravantes : 251, 414, 433, 472 et s. et 568.

Coaction : 266, 274, 318 et s., 523, 569, 609 et 642.

Commandement de l'autorité légitime : *V. Faits justificatifs.*

Commencement d'exécution : *V. Tentative.*

Commettant : *V. Responsabilité - civile - patronale.*

Complicité :

- abstention : 254.
- aide et assistance : 255 et 330
- causalité : *V. Causalité.*
- complicité de complicité : 267.
- corespective : 231 et 318 et s.
- élément moral : 431 et 435.
- emprunt de criminalité : 96.
- fait principal punissable : 96, 228, 254 et s., 267 et 608.
- instructions (fourniture d') : 255 et 330.
- modes (de) : 255.
- provocation : 255, 330 et 614.
- résultat : 96 et s.
- tentative (de) : 97 et 254.

Concurrence déloyale : 127.

Condition préalable : 54, 63 et s., 96, 102, 253, 377, 416, 433 et 547.

Conseil constitutionnel : 40 et s., 190, 230, 403 et s., 458, 46, 464, 526, 544 et 549.

Consommation : 53 et s., 92 et s., 97 et 250 et s.

Constitution (du fait générateur de responsabilité) : 24, 94 et 342.

Contrainte : 321, 404, 517, 540 et 566.

- morale externe : 329, 398, 537, 544, 551, 575, 581 et s. et 605.

- morale interne : 329, 537 et 550.
- physique externe : V. *Causalité - cause étrangère*.
- physique interne : 329, 403 et 605.

Contravention :

- dépenalisation : 41 et 151 et s.
- élément moral : 384, 401 et s. et 464 et s.

Contribution à la dette : 266, 516, 527 et 623.

Co-responsabilité/coresponsables : 226, 231 et 527.

Cour européenne des droits de l'homme : 547 et s.

Créance : 45, 61, 231, 364, 369 et 527.

- de cessation de l'illicite : 132.
- de prévention : 132, 138, 343, 475, 523 et 527.
- de réparation : 136, 138, 241, 270, 343, 475 et 523.

Criminalité de groupe : 274, 317, 568 et s. et 586.

Culpabilité : V. *Anormalité - subjective*.

-D-

Dangerosité : 548 et s., 555 et 558 et s.

Défense sociale/défense sociale nouvelle : 426 et 558.

Délégation de pouvoirs : 498 et s. et 532.

Démence : V. *Troubles mental/de la personnalité/psychiques ou neuropsychiques*.

Dépenalisation :

- avortement : 379.
- contravention : V. *Contravention*.
- faute pénale légère : 18, 196 et 468.
- infractions inoffensives : 41.

Désistement volontaire : V. *Tentative*.

Direction d'autrui : 546 et s., 560 et 566.

Discernement : 477 et 540 et s.

- légal : 391 et s., 399 et 537 et s.
- matériel/réel : 391 et s., 399, 416 et 510.
- moral : 391 et s., 399, 537 et s., 563 et 557.

Dol :

- dépassé/paeterintentionnel : 426.
- déterminé/indéterminé : 426, 433 et s. et 439 et s.
- général : 424, 430 et s., 438 et 470.

- spécial : 426, 431 et s., 440 et 461.

Domage :

- affectif : 116, 126 et 366.
- caractères (du) : 363.
 - légitimité/licéité : 62 et s.
 - personnalité : 363 et s.
- causé en groupe : 317 et s.
- conscience (du) : 353.
- collectif/objectif : 127 et 368 et s.
- corporel/physiologique : 69, 120, 165, 352 et s., 359 et s. et 422.
- *damnum emergens*/perte subie : 46, 68, 72 et 349.
- droits de la personnalité (et) : 69.
- écologique : 365 et s.
- futur : 117 et s.
- gain manqué/*lucrum cessans* : 46, 68, 72 et 349.
- matériel : 348 et s., 357 et 621.
- moral : 46, 69, 125 et s., 351 et s., 361 et 365 et s.
 - affection (d') : 69, 165, 353 et 365 et s.
 - agrément (d') : 69, 352, 359 et 371.
 - angoisse (d') : 69.
 - esthétique : 69 et 352.
 - pretium doloris : 165.
 - sexuel : 69 et 113.
- par ricochet : 352.
- perte d'une chance : 116 et 127.
- présomption : 46, 69, 127, 352 et 357.

Domages et intérêts : V. *Réparation – par équivalent*.

- contractuels : 15, 29, 44 et s., 241 et 262.
- punitifs : 16, 18, 48 et s. et 361.

Droits de la défense : V. *Faits justificatifs*.

Droits subjectifs :

- à réparation : V. *Créance*.
- à prévention : V. *Créance*.
- à cessation de l'illicite : V. *Créance*.
- de la personnalité : 69 et s., 211, 351 et s. et 475.
- personnels : 47, 68, 101 et 358.
- réels : 54, 69 et 350.

-E-

Éléments constitutifs : 24.

- complicité (de la) : 24 et 96.

- conceptuels : 24 et s. et 342.
- fonctionnels : 342 et s.
- injuste (élément) : 24 et 597 et s.
- légal (élément) : 24, 190 et 592 et s.
- matériel (élément) : 24, 208 et 249.
- moral (élément) : 24, 156, 247 et 381 et s.
- tentative (de la) : 92.

Empreinte continue du mal : V.

Causalité.

Enfant :

- droit pénal des mineurs : 544.
- fait (de l') : 140, 161 et 240.
- *infantia* : 392, 399, 407, 452, 540 et s., 551 et 561.
- minorité : 489 et 544.
- responsabilité (de l') : 399, 407, 542 et s.

Ennemi (droit pénal de l') : 561.

Environnement (droit pénal de l') : 102 et 371.

Equivalence des conditions : V. Causalité
– *théories ajuridiques (de la).*

Erreur :

- *aberratio ictus* : 433
- *error personae* : 433.
- de droit : 332, 416 et 433.
- de fait : 416, 537 et 540.

Etat dangereux : V. Dangerosité.

Etat de nécessité : V. Faits justificatifs.

Etrangers (droit pénal des) : 51.

Exonération : 321.

- accidents de la circulation : 331.
- partielle/totale : 321, 330 et s. et 623.
- responsabilité du fait d'autrui : 488 et s.
- responsabilité du fait des choses : 485.

Expropriation pour cause d'utilité publique : 607 et 625 et s.

-F-

Fait générateur : 24 et s.

- fait anormal/illicite : 160 et s.
- fait d'autrui : 24, 160 et 488.
- fait de la chose : 24, 158, 160 et 163, 183, 242 et s., 302, 319, 329 et 486.
- fait de l'animal : V. *Animaux.*
- fait de l'homme : 24, 158, 160 et s., 171, 193, 204, 211 et 240 et s.
- fait personnel : 24, 160 et 384.

- inexécution contractuelle : 24, 68, 71, 162, 166, 170 et s. et 204 et s.

Fait juridique : 18, 24 et s., 94, 113, 137 et s., 342, 392, 477 et s. et 506.

Faits justificatifs : 18, 24, 102, 140, 215, 371, 485, 566 et 571 et s.

- autorisation/ordre de la loi : 102, 166, 584 et s., 594 et 606 et s.
- commandement de l'autorité légitime : 166, 371, 579 et s., 592 et s. et 606 et s.
- domaine (des) : 599 et s.
- droits de la défense : 595 et 606.
- effets *in rem* : 608 et s.
- état de nécessité : 577 et s., 582 et s., 592 et s., 606 et s., 609, 616 et 622 et s.
- fictifs : 579 et s., 604 et 610 et s.
- fonction : 611.
- indemnisation des victimes (de faits justificatifs) : 622 et s.
- légitime défense : 579 et s., 590 et 606 et s.
- nature (des) : 573 et s.
- nécessité : 606.
- proportionnalité : 607.
- responsabilité civile (et) : 616 et s.
- spéciaux : 592.

Fait principal punissable : V. Complicité.

Faute : 142, 149 et s. et 381 et s.

- caractérisée : 275, 421 et s. et 472 et s.
- commission (de) : V. *Action.*
- contractuelle : 45 et 303.
- contraventionnelle : V. *Contravention.*
- *culpa levis*/faute simple/légère : 217, 381 et s., 419 et 467.
- *culpa levissima*/faute très légère : 196 et s. et 467 et s.
- délibérée : 275, 413 et s. et 472 et s.
- diffuse (de la personne morale) : 509 et s.
- fonction (de) : 515 et s.
- identité :
 - des fautes civiles et pénales : 197, 396, 405, 412, 421 et s. et 447 et s.
 - des fautes contractuelle et délictuelle : 303.
- inexcusables : 243, 275, 331, 419 et s. et 454 et s.
- intentionnelle : 240, 264, 296, 423 et s. et 458 et s.
- lourde : 418 et s.

- omission (d') : *V. Abstention.*
- précaution (de) : 134 et 197.
- présomption : 17, 163, 403 et s., 485, 489 et s., 503.
- qualifiées : 191 et s., 410 et s. et 545.
- victime (de la) : 321, 452, 461, 489 et 500.

Fiction :

- autorité de la chose jugée au criminel sur le pénal : 449.
- causalité fictive : *V. Causalité.*
- faits justificatifs fictifs : *V. Faits justificatifs.*
- personnalité morale (théorie de la fiction) : 209.
- représentation : 506.

Fonction :

- faits justificatifs (des) : *V. Faits justificatifs.*
- immunités fonctionnelles : 514 et s., 526 et s. et 531.
- responsabilité civile (de la) : *V. Responsabilité civile.*
- responsabilité fonctionnelle : *V. Responsabilité fonctionnelle.*
- responsabilité pénale (de la) : *V. Responsabilité pénale.*
- situation juridique (de fonction) : 481 et 584.

Force majeure : *V. Causalité - cause étrangère.*

-G-

Garde/gardien : 484 et s.

- autrui (d') : 204, 483, 488 et s. et 525.
- chose (de la) : *V. Chose.*

-I-

Identité des fautes : *V. Faute.*

Immunité :

- dirigeant social (du) : 515 et 517 et s.
- fonctionnelle : *V. Fonction.*
- préposé (du) : 516 et s.
- président de la République (du) : 531.

Implication : *V. Accidents de la circulation.*

Imprudence : 156, 167, 185, 190, 196 et s., 203, 210, 410, 448 et 461.

- consciente : 216, 412, 416 et 472 et s.

- inconsciente : 402 et s., 412 et 468 et s.
- Imputabilité :** 17 et s., 156 et s., 190, 264, 323 et s., 385 et s., 477 et s. et 537 et s.

- sens classique : 385 et s. et 537 et s.

- sens contemporain : 477 et s.

Imputation : 477 et s.

Incrimination : 24, 40 et s., 94, 202 et s., 208, 416, 464, 571, 592 et s., 602 et 607.

- par renvoi : 51, 190, 209 et s. et 371.

Individualisation/personnalisation des peines (principe d') : 185, 379, 426, 471, 483, 517 et 533.

Infraction : 24.

- commission (de) : *V. Action.*

- commission par omission (de) : 208 et 500.

- complexe : 208.

- composite : 208.

- conséquence (de) : 91.

- continue : 208.

- faire faire (de) : 256 et 267.

- formelle : 56, 88 et s., 93, 95, 249, 268, 425, 430, 432, 567 et s.

- habitude (d') : 208.

- impossible : 39, 53 et s., 25 et 597.

- imprudence (d') : 190 et 401 et s.

- inoffensive : 50 et s.

- instantanée : 208.

- intentionnelle : 247, 425 et s., 500 et s., 569 et 578.

- matérielle : 56, 87 et s., 93 et s., 249 et s. et 432 et s.

- obstacle : 88, 104 et 107.

- omission (d') : *V. Abstention.*

- protéiforme : 308 et 500.

- putative : 54.

- simple : 208.

- tentée : *V. Tentative.*

Intention : 95, 215 et s., 247, 250 et s., 423 et s., 508 et 578 et s.

Interprétation :

- analogique : 422.

- restrictive : 68, 377 et 490.

- stricte : 68, 190, 208 et s., 374 et s., 422 et 445.

- téléologique : 41, 52 et 197.

Inexécution : *V. Fait générateur de responsabilité.*

Institution juridique : 21.

Intérêt :

- caractères : 363.
- collectif/objectif : 124 et s., 365 et s. et 371.
- général : 13, 17, 37, 373, 579, 586 et s., 597 et s., 602 et s., 606 et s. et 617 et s.
- juridiquement protégé : *V. Bien juridique.*
- légitime : 62 et s.
- personnel : 363 et s.
- processuel/substantiel : 60 et s.

Iter criminis : 87.

-L-

Légalité (principe de) : 17, 39, 52 et s., 107, 174, 190, 202 et s., 253, 263, 267, 276, 319, 424, 464, 532 et 562 et s.

- formelle : 52 et 203.
- matérielle : 52, 208 et 263.

Légitime défense : *V. Faits justificatifs.*

Lésion : *V. Atteinte.*

Liberté : 58, 81, 204, 208, 256, 324, 330, 398 et s., 537 et s., 550, 553 et s., 557 et 581 et s.

- contractuelle : 171, 213 et 458.
- expression/opinion (d') : 41 et 531.
- libre arbitre : 8 et s., 330, 388, 392, 398 et s., 477, 526, 535 et s., 542, 550, 554, 557, 566, 581 et s. et 605.
- privation (de) : 361, 525, 562 et s., 566 et 625.
- sexuelle : 101, 247, 430, 434 et 590 et s.

-M-

Mesures de sûreté : 387 et 547 et s.

Mineurs/minorité : *V. Enfant.*

Mobile : 55, 255, 426, 466 et s. et 562.

- justificatif : 575 et s., 598 et 604.

-N-

Nécessité du droit pénal (principe de) : 40 et s., 49, 52 et s., 168 et s., 202 et s., 263 et 602.

Normalité : 155 et 166.

- indéterminée : 172, 204 et s., 324 et 595.
- prédéterminée : 172 et s., 407 et 415.

-O-**Obligation :**

- à la dette : 625.
- contractuelle : 33, 45, 47, 68, 270, 308, 350, 358 et s., 408 et 419.
- droit des obligations : 38, 49, 144 et 625.
- *in solidum* : 525.
- judiciaire : 212.
- moyen/résultat (de) : 162, 170 et s. et 325.

Ordre de la loi : *V. Faits justificatifs.*

Organe :

- et représentant de la personne morale : 506 et s. et 515 et s.
- théorie (de l') : 507 et 515.
- théorie de la réalité organique : 507 et 509 et s.

-P-

Participation criminelle : 84 et s., 256, 318 et s., 477 et s., 499 et s., 518, 532 et 569.

Patrimoine : 68, 348 et s., 369, 511 et 515.

- économique : 68, 349 et 357 et s.
- juridique : 68, 650 et 357 et s.

Peines : 40 et s., 102, 231, 471, 525, 533, 547 et s., 568 et 617.

Personnalité juridique : 364 et s., 369, 372 et s., 509 et s. et 536.

- personnalité morale : 509 et s., 559, 564 et 568.

Personnes morales :

- action en justice (des) : 134 et s. et 371.
- préjudice (des) : 353.
- responsabilité (des) : 267, 490 et s., 504 et s., 533, 540, 557 et s., 564 et 568 et s.

Perte d'une chance : *V. Dommage.*

Pluralité de causes : 266.

Positivisme (criminologique) : 53 et s., 426, 558 et 560.

Pouvoir (prérogative juridique) : 483, 490, 502, 506 et 512.

Précaution (principe de) : 18, 32, 106 et s., 126, 134, 197 314.

Prédispositions de la victime : 166 et 184.

Préjudice : *V. Dommage.*

Préposé :

- faute : 161 et 439.
- fonction : 497.
- gardien (incompatibilité des qualités) : 486.
- immunité : *V. Immunité.*
- préposition (rapport de) : 497.
- responsabilité : 516 et s.

Présomption :

- autorité (d') : 503.
- causalité (de) : *V. Causalité - présomption.*
- commission de l'infraction par un organe ou représentant de la personne morale (de) : 508.
- faute (de) : *V. Faute - présomption.*
- innocence (d') : 316.
- légalité du commandement de l'autorité légitime (de) : 580.
- légitime défense (de) : 579 et s. et 615.
- préjudice (de) : *V. Dommage - présomption.*

Preuve :

- anormalité subjective/culpabilité : *V. Anormalité - preuve.*
- causalité : *V. Causalité - preuve.*

-R-

Réalité technique (théorie de la) : 507, 509 et s. et 515.

Récidive/réitération : 340, 465, 531, 548 et s., 555 et 560 et s.

Relativité aquilienne : 234 et 303.

Réparation :

- créance de : *V. Créance.*
- en nature : 17, 121, 132, 142 et 554.
- intégrale (principe de) : 134, 308 et 458.
- par équivalent : 17, 142 et 554.

Repentir actif : *V. Tentative.*

Représentation : 495, 506 et s. et 509.

Réprobation : 18, 478 et 535 et s.

- objective : *V. Faits justificatifs.*
- subjective : *V. Imputabilité - sens classique.*

Réquisition : 625.

Responsabilité :

- additive : 494 et s., 522 et s. et 533.

- administrative/de la puissance publique : 10, 13 et s., 21 et 625 et s.
- civile :
 - artisans (des) : 240, 488 et 525.
 - contractuelle : 15 et s., 43 et s., 68, 162, 182, 212 et s., 241, 274, 331, 350, 381, 418, 438 et s., 461 et 492.
 - fait des choses (du) : 163, 220, 242, 308, 329, 388, 407, 483 et s., 524 et 542.
 - fonction : 342 et s.
 - générale du fait d'autrui : 240, 490, 511 et 525.
 - parentale : 140, 161, 488 et s. et 525.
 - patronale : 240, 492 et s., 513 et 516 et s.
- collective : 6 et s. et 318 et s.
- comportementale/subjective : 227 et s., 479 et s. et 542.
- environnementale : 371.
- étymologie : 3 et s. et 32 et s.
- fait d'autrui (du) : 17 et s., 161, 228, 240, 329, 483 et s. et 488 et s.
- fait personnel (du) : 134, 156, 161 et s., 181, 227, 230 et s., 240, 331, 384, 483, 488, 499 et s., 507 et s., 524 et s., 530 et 564.
- fonctionnelle/objective : 33, 227 et s., 479 et s., 542 et 618.
- internationale : 13 et 21.
- juridique :
 - concept général : 22 et s., 336 et s. et 635 et s.
 - conception classique : 10 et 21.
 - définition : 10, 21 et s., 336 et 634.
 - destination sociale : 34 et s., 76 et s., 188, 341 et 636.
 - droit positif : 16 et s.
 - histoire : 11 et s.
 - institution générale : 21 et s., 339 et s. et 634 et s.
 - système général : 21, 339 et s., 631 et s. et 638 et s.
 - théorie générale : 21 et s. et 643.
- morale : 1, 4 et s., 34, 133, 188, 392, 399, 537, 564 et 636.
- pénale :

- chef d'entreprise (du) : 18, 492 et s., 498 et s., 517 et s. et 530 et s.
- fonction : 342 et s.
- non imputables (des) : 539 et s.
- quasi-responsabilité pénale : 545 et s.
- personnes morales (des) : *V. Personnes morales.*
- phénomène sociologique (de) : 7, 21, 77, 535 et 634.
- politique : 4.
- préventive : 18 et 73 et s.
- prospective : 32 et s.
- sentiment (de) : 5 et s.
- sociale des entreprises : 4.
- spiritualisation/subjectivisation (de la) : 8, 388, 535 et 539.
- substitutive : 494, 514 et s., 526 et s. et 531.

Résultat : 27 et s.

- juridique : 57 et s., 73 et s., 86 et s., 112 et s., 140, 249 et s. et 274.
- légal : 26 et s.
- matériel : 74, 88 et s., 113 et s., 125 et s., 249 et s., 274 et s. et 425.

Rétention de sûreté : 54, 548 et s., 557, 560 et s. et 566.

Réunion : *V. Criminalité de groupe.*

Risque : 73 et s.

- abstrait/concret : 108 et s.
- certain/incertain : 106 et s. et 133.
- de lésion : 101 et s.
- de risque : 103.
- putatif : 106 et 194.

-S-

Sanction-réparation : 20.

Scène unique de violences : 231 et 318 et s.

Situation juridique : 34 et s., 58 et s., 481, 490 et 524.

Standard juridique : 155, 172 et s., 178, 189 et s., 193, 197, 202 et s., 210 et s., 291 et 613.

Subordination : 499, 569 et 642.

Subsidiarité du droit pénal (principe de) : 62, 66, 168 et 362.

Surveillance de sûreté : 545, 548 et s. et 568.

-T-

Tentative :

- commencement d'exécution : 53 et s., 92, 103, 110, 250 et s. et 268.
- désistement volontaire : 92 et 94.
- infraction impossible : *V. Infraction.*
- repentir actif : 94.
- résultat : 91 et s.

Trouble : 72, 121 et s., 132, 138 et s. et 142.

- concurrence (de la) : 127.
- voisinage (du) : 126, 140, 164 et s., 184 et 306.

Troubles mental/de la personnalité/psychiques ou neuropsychiques : 330, 388 et s., 398, 403, 406 et s., 421, 452, 461, 465, 537 et s. et 557 et s.

-U-

Ultima ratio : *V. Subsidiarité du droit pénal (principe de).*

-V-

Valeurs sociales : *V. Bien juridique.*

Victime :

- action civile : *V. Action en justice.*
- faute : *V. Faute.*
- personnalité juridique : 372 et s.
- prédispositions : *V. Prédispositions de la victime.*

Volonté : 157 et 396 et s.

- volonté-liberté : 397 et s. et 537 et s.
- volonté-désir : 397 et s.

TABLE DES MATIERES

REMERCIEMENTS	Erreur ! Signet non défini.
LISTE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS	5
SOMMAIRE	7
INTRODUCTION.....	9
PREMIERE PARTIE : L'UNITE CONCEPTUELLE DE LA RESPONSABILITE EN DROIT PRIVE	41
TITRE PREMIER : L'INFLUENCE DU CONCEPT DE RESPONSABILITE JURIDIQUE SUR LE RESULTAT LEGAL	49
Chapitre premier : L'exigence d'un résultat légal	53
Section 1. Les fondements de l'exigence d'un résultat légal	53
§1. Les fondements généraux de l'exigence.....	54
A- L'essence rétrospective de la responsabilité.....	54
B- La destination sociale de la responsabilité juridique	57
§2. Les fondements spéciaux de l'exigence	59
A- Les fondements propres au droit civil de la responsabilité.....	59
B- Les fondements propres au droit pénal de la responsabilité	60
Section 2. Les conséquences de l'exigence d'un résultat légal	65
§1. Le rejet des tentations civilistes d'admettre des "responsabilités" sans résultat légal.....	65
A- Le rejet de certaines interprétations du droit positif.....	66
B- Le rejet de certaines propositions de droit prospectif	70
§2. Le rejet de la répression pénale des infractions inoffensives.....	71
A- Le rejet de l'incrimination des infractions inoffensives	72
B- Le rejet de la répression de l'infraction impossible.....	77
Conclusion du chapitre	83
Chapitre second : Le résultat légal exigé	85
Section 1. L'exigence classique de la lésion d'un intérêt légitime	86
§1. L'indépassable exigence d'un intérêt légitime	87
A- L'objet de l'exigence.....	87
1. La notion d'intérêt en droit de la responsabilité	87
2. La notion de légitimité de l'intérêt en droit de la responsabilité.....	88
B- La réalité de l'exigence	91
1. Une exigence persistante en droit civil de la responsabilité.....	91
2. Une exigence évidente en droit pénal de la responsabilité.....	92
§2. Le libéralisme au-delà de l'exigence d'un intérêt légitime	93

A- Le libéralisme quant à la nature de l'intérêt lésé	94
B- Le libéralisme quant à la forme de la lésion	99
Section 2. L'extension possible à la menace d'un intérêt légitime	101
§1. La légitimité de l'extension.....	104
A- La justification générale de l'exigence	105
1. La conformité à l'essence rétrospective de la responsabilité.....	105
2. La conformité à la destination sociale de la responsabilité juridique	105
B- Les justifications spéciales de l'extension	107
1. Les justifications propres au droit pénal de la responsabilité	107
2. Les justifications propres au droit civil de la responsabilité	108
§2. La réalité de l'extension	109
A- L'appréhension effective du risque en droit pénal de la responsabilité.....	109
1. La répression du risque	109
a- La répression du risque par l'infraction.....	110
α- L'infraction consommée	110
β- L'infraction tentée.....	116
b- La répression du risque par la complicité	123
2. Le risque réprimé	126
a- Les distinctions fondées sur l'objet du risque.....	126
α- La nature de l'objet du risque	126
β- La précision de l'objet du risque	132
b- Les distinctions fondées sur le risque lui-même	133
α- La certitude du risque.....	133
β- Le caractère concret ou abstrait du risque	135
B- L'appréhension progressive du risque en droit civil de la responsabilité.....	142
1. Les avancées timides de la responsabilité civile préventive	143
a- L'appréhension indirecte du risque par le droit civil de la responsabilité .	144
α- La perte de chance	144
β- Le préjudice futur	150
b- L'appréhension directe du risque par le droit civil de la responsabilité.....	151
α- Examen des outils d'appréhension directe du risque par le droit civil de la	responsabilité
β- Vérification de l'effectivité de l'appréhension directe du risque par le droit	civil de la responsabilité
β- Vérification de l'effectivité de l'appréhension directe du risque par le droit	civil de la responsabilité
2. Les perspectives réelles de la responsabilité civile préventive	165
a- Les sollicitations du droit prospectif	165
α- Les sollicitations fondées sur l'essence préventive du droit civil de la	responsabilité
α- Les sollicitations fondées sur l'essence préventive du droit civil de la	responsabilité

β- La sollicitation fondée sur le principe de précaution.....	170
b- Les perspectives du droit prospectif.....	172
α- La possibilité technique de la responsabilité civile préventive	173
β- Les modalités techniques de la responsabilité civile préventive	176
Conclusion du chapitre.....	181
Conclusion du titre	183
TITRE SECOND : L'INFLUENCE DU CONCEPT DE RESPONSABILITE JURIDIQUE SUR LE FAIT CAUSAL.....	185
Chapitre premier : L'influence du concept de responsabilité juridique sur l'anormalité	189
Section 1. L'exigence d'anormalité	189
§1. Le sens de l'exigence	190
A- Les raisons de l'exigence	190
B- Le contenu de l'exigence.....	192
1. La notion d'anormalité.....	192
2. L'objet de l'anormalité	195
§2. La réalité de l'exigence.....	197
A- Exigence générale en droit civil de la responsabilité	197
1. L'exigence d'un fait anormal dans le droit écrit de la responsabilité civile.....	197
2. L'exigence d'un fait anormal dans la théorie prétorienne des troubles anormaux du voisinage	204
B- Exigence évidente en droit pénal de la responsabilité	208
Section 2. L'établissement de l'anormalité.....	210
§Preliminaire. Recherche d'un critère de distinction des modes d'établissement de l'anormalité objective	210
§1. L'appréciation de l'anormalité objective	215
A- La nécessité de l'appréciation <i>in abstracto</i> en cas d'anormalité indéterminée	216
1. Dualité des modes d'appréciation possibles.....	217
2. Identité du mode d'appréciation choisie	221
a- Le mode d'appréciation choisi	221
α- L'appréciation de l'anormalité objective en droit civil de la responsabilité	221
β- L'appréciation de l'anormalité objective en droit pénal de la responsabilité	225
b- L'appréciation du mode choisi.....	227
α- Conformité de l'appréciation <i>in abstracto</i> au concept de responsabilité juridique.....	227
β- Conformité de l'appréciation <i>in abstracto</i> aux droits civil et pénal de la responsabilité	227

B- La suffisance de l'appréciation <i>in abstracto</i> en cas d'anormalité indéterminée	230
1. La réalité de l'indifférence de la gravité de l'anormalité objective	231
a- La multiplicité des propositions doctrinales.....	231
b- L'indifférence du droit positif.....	233
2. La légitimité de l'indifférence de la gravité de l'anormalité objective	236
a- La légitimité générale de l'indifférence.....	236
b- La légitimité spéciale de l'indifférence	237
α- L'affirmation de la vocation universelle du droit civil de la responsabilité	237
β- La relativisation de la vocation sélective du droit pénal de la responsabilité	238
§2. La constatation de l'anormalité objective	239
A- La constatation tirée de la précision formelle de la normalité.....	241
1. La précision de la normalité par la loi.....	241
a- La précision de la normalité par la loi édictée	241
α- La précision directe de la normalité par la loi édictée	242
β- La précision indirecte de la normalité par la loi édictée.....	243
b- La précision de la normalité par la loi interprétée	245
2. La précision de la normalité par le contrat	248
B- La constatation déduite de la gravité de l'anormalité subjective	248
1. L'importance de l'anormalité subjective	248
2. La permanence de l'anormalité objective.....	250
Conclusion du chapitre.....	253
Chapitre second : L'influence du concept de responsabilité juridique sur la causalité	255
Section 1. La nécessité de la causalité.....	255
§1. L'exigence d'une causalité certaine.....	256
A- Les fondements de l'exigence	257
1. Les qualités intrinsèques de l'exigence de causalité.....	257
a - L'utilité de l'exigence de causalité.....	257
b - La légitimité de l'exigence de causalité.....	261
2. La qualité supérieure de l'exigence de causalité	263
a- Présentation des techniques concurrentes de la causalité	264
b- Appréciation des techniques concurrentes de la causalité.....	265
B- La réalité de l'exigence	266
1. Une exigence classique en droit civil de la responsabilité	266
a- Causalité et fait de l'homme	267
b- Causalité et fait de la chose	270

2.	Une exigence générale en droit pénal de la responsabilité.....	272
a-	Causalité et infraction.....	273
α -	Causalité et infraction consommée	273
β -	Causalité et infraction tentée.....	279
b-	Causalité et complicité	283
§2.	La suffisance d'une causalité certaine	287
A-	Les justifications de la suffisance d'une causalité certaine	287
1.	La justification générale de la suffisance.....	288
2.	Les justifications spéciales de la suffisance	289
a-	Conformité de la suffisance de la certitude causale au droit civil de la responsabilité.....	289
b-	Conformité de la suffisance de la certitude causale au droit pénal de la responsabilité.....	290
B-	La vérification de la suffisance d'une causalité certaine	292
1.	L'indifférence de principe d'une causalité exclusive et immédiate	293
2.	L'indifférence de principe d'une causalité abstraite.....	298
a-	Le principe de l'indifférence du pouvoir causal.....	298
b-	La prise en compte exceptionnelle du pouvoir causal	301
α -	Le rôle probatoire naturel du pouvoir causal	301
β -	Le rôle constitutif ponctuel du pouvoir causal	302
Section 2.	La juridicité de la causalité.....	308
§1.	Les fondements de l'exigence d'une causalité juridique	308
A-	L'échec des théories ajuridiques de la causalité	309
1.	L'insuffisance intrinsèque des théories ajuridiques de la causalité	309
a-	L'insuffisance de la théorie non sélective de l'équivalence des conditions	309
b-	L'insuffisance des théories sélectives de la causalité	311
2.	L'insuccès des théories ajuridiques de la causalité en droit positif	313
B-	La nécessité d'une théorie juridique de la causalité	315
1.	La nécessité d'une théorie de la causalité en droit.....	316
2.	La nécessité d'une théorie de la causalité par le droit	317
a-	La nécessité d'une théorie générale de la causalité juridique.....	317
b-	L'inutilité de théories spéciales de la causalité selon les branches du droit	319
§2.	Les apports de la causalité juridique	322
A-	Les apports de la causalité juridique à la délimitation du lien causal	322
1.	La détermination de l'anormalité comme origine du processus causal.....	322
a-	La nécessité d'une anormalité causale.....	323
b-	La suffisance d'une anormalité causale.....	328

2. L'admission corrélative de l'abstention causale	330
B- Les apports de la causalité juridique à l'établissement du lien causal	332
1. Les apports quant à la preuve du lien de causalité	332
a- La justification générale de l'usage de présomptions de causalité	333
α- La généralité du domaine matériel des présomptions de causalité	333
β- La généralité du domaine juridique des présomptions de causalité.....	338
b- La résolution du problème spécial du résultat causé par le membre indéterminé d'un groupe déterminé	341
2. Les apports quant à la contestation du lien de causalité	347
a- L'effet variable de la cause étrangère totalement exonératoire.....	349
α- La nature unitaire de l'effet de la cause étrangère totalement exonératoire	350
β- Les manifestations variables de l'effet de la cause étrangère totalement exonératoire.....	354
b- Les conditions variables de la cause étrangère totalement exonératoire ...	357
α- La nature unitaire des conditions exigées au titre de la force majeure... 357	
β- La variabilité de l'exigence des conditions de la force majeure	363
Conclusion du chapitre	367
Conclusion du titre second	369
CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE	371
SECONDE PARTIE : LA DISTINCTION FONCTIONNELLE DES RESPONSABILITES DE DROIT PRIVE	375
TITRE PREMIER : L'INFLUENCE DES FONCTIONS DES RESPONSABILITES SUR LA CONSTITUTION DU FAIT GENERATEUR	383
Chapitre premier : L'influence des fonctions des responsabilités sur l'intérêt protégé	385
Section 1. La préservation de l'influence fonctionnelle sur le choix de l'intérêt protégé	385
§1. La protection universelle des intérêts par le droit civil de la responsabilité	386
A- Démonstration de la protection universelle des intérêts par le droit civil de la responsabilité.....	386
1. La protection universelle du patrimoine	386
2. La protection universelle de la personne	388
B- Justification de la protection universelle des intérêts par le droit civil de la responsabilité.....	394
§2. La protection sélective des intérêts par le droit pénal de la responsabilité	396
A- Démonstration de la protection sélective des intérêts par le droit pénal de la responsabilité.....	396
1. L'indifférence de l'appauvrissement de la victime.....	396
2. L'indifférence de la frustration de la victime	400

B- Justification de la protection sélective des intérêts par le droit pénal de la responsabilité.....	403
Section 2. La réaffirmation de l'influence fonctionnelle sur le caractère personnel de l'intérêt protégé.....	404
§1. Le dévoiement de la fonction victimaire du droit civil de la responsabilité dans la protection des valeurs sociales essentielles	407
A- Les manifestations du déclin du caractère personnel en droit civil de la responsabilité.....	410
B- La contestation du déclin du caractère personnel en droit civil de la responsabilité.....	413
1. Le caractère personnel comme nécessité technique du droit civil de la responsabilité.....	414
2. Le caractère personnel comme expression de la fonction du droit civil de la responsabilité.....	416
§2. L'amointrissement de la fonction protectrice du droit pénal de la responsabilité par la prise en compte de la personnalité juridique de la victime	420
A- L'exigence positive de la personnalité juridique de la victime	420
B- L'exigence excessive de la personnalité juridique de la victime	422
1. L'absence de fondement technique de l'exigence en droit pénal de la responsabilité.....	422
2. La contrariété de l'exigence à la fonction protectrice du droit pénal de la responsabilité.....	426
Conclusion du chapitre.....	431
Chapitre second : L'influence des fonctions des responsabilités sur l'anormalité exigée	433
Section 1. L'identité actuelle des fautes civiles et pénales.....	434
§1. L'identité absolue des fautes civile et pénale simples	435
A- L'indifférence commune du discernement	436
1. L'extériorité commune de l'imputabilité à la faute	436
a- Exposé de la thèse de l'extériorité de l'imputabilité à la faute	437
b- Insuffisance de l'extériorité de l'imputabilité à la faute	441
2. L'indifférence commune des discernements à la faute simple.....	446
B- L'exigence commune de la volonté	447
1. La volonté exigée.....	447
2. L'exigence de volonté.....	451
a- L'exigence de volonté en droit pénal de la responsabilité	451
α- L'exigence de volonté dans les infractions d'imprudence	451
β- L'exigence de volonté dans les contraventions.....	453
b- L'exigence de volonté en droit civil de la responsabilité.....	456
§2. L'identité relative des fautes civiles et pénales qualifiées	461

A-	L'identité relative des fautes non intentionnelles qualifiées.....	462
1.	La spécificité des fautes délibérée et lourde.....	462
a-	La particularité subjective de la faute délibérée	463
b-	La particularité objective de la faute lourde	465
2.	L'identité des fautes inexcusables et caractérisée	468
B-	L'identité relative des fautes intentionnelles	473
1.	La relativité de la notion d'intention	473
2.	La relativité des intentions pénale et civile	478
a-	L'intention en droit pénal de la responsabilité.....	478
α-	La cohabitation des dols général et spécial	479
β-	La cohabitation des dols déterminé et indéterminé.....	483
b-	L'intention en droit civil de la responsabilité	488
α-	La prévalence des dols général et indéterminé	489
β-	La concurrence des dols spécial et déterminé.....	492
Section 2.	La distinction souhaitable des fautes civiles et pénales.....	494
§1.	L'objectivation inévitable de la faute civile.....	494
A-	La justification de l'objectivation de la faute civile	495
1.	L'intérêt principal de l'objectivation : l'optimisation de la fonction victimaire du droit civil de la responsabilité	495
2.	L'intérêt incident de l'objectivation : la dissociation des fautes civile et pénale simples	496
B-	Les implications de l'objectivation de la faute civile	499
1.	La réduction de la faute simple à l'illicéité.....	499
2.	La modification corrélative des fautes qualifiées	501
a-	L'influence technique réduite de l'objectivation sur les fautes qualifiées .	502
b-	L'influence politique réelle de l'objectivation sur les fautes qualifiées	503
α-	La légitimité technique des fautes qualifiées	503
β-	La légitimité fonctionnelle des fautes qualifiées	505
§2.	Le raffinement souhaitable de l'appréhension pénale de la culpabilité	508
A-	Le maintien de l'exigence d'une faute en droit pénal de la responsabilité	508
B-	Le raffinement des fautes exigées en droit pénal de la responsabilité.....	510
1.	Le maintien des fautes extrêmes en l'état	511
a-	Le maintien souhaitable de la répression de la faute légère	511
b-	Le maintien souhaitable de la faute intentionnelle en l'état	512
2.	L'enrichissement des fautes intermédiaires	513
Conclusion du chapitre.....		515
Conclusion du titre		517

TITRE SECOND : L'INFLUENCE DES FONCTIONS DES RESPONSABILITES SUR L'IMPUTATION DU FAIT GENERATEUR..... 521

Chapitre premier : L'influence des fonctions des responsabilités sur l'attribution du fait générateur 525

Section 1. La réalité de l'essor de la responsabilité fonctionnelle..... 530

§1. L'essor de la responsabilité fonctionnelle fondée sur la garde 531

A- La responsabilité fonctionnelle fondée sur la garde d'une chose 531

B- La responsabilité fonctionnelle fondée sur la garde d'autrui 535

§2. L'essor de la responsabilité fonctionnelle fondée sur la direction d'autrui 541

A- La responsabilité fonctionnelle en plus de la responsabilité comportementale
544

1. La nature fonctionnelle de la responsabilité patronale 544

a- La nature fonctionnelle de la responsabilité patronale civile..... 544

b- La nature fonctionnelle de la responsabilité patronale pénale 549

α- Le rejet de la thèse de la responsabilité comportementale du chef
d'entreprise..... 550

β- L'adoption de la thèse de la responsabilité fonctionnelle du chef
d'entreprise..... 555

2. La nature fonctionnelle de la responsabilité des personnes morales..... 557

a- L'impossible responsabilité comportementale de la personne morale 558

α- L'impossible responsabilité comportementale indirecte de la personne
morale 558

β- L'impossible responsabilité comportementale directe de la personne
morale 565

b- La nécessaire responsabilité fonctionnelle de la personne morale 573

B- La responsabilité fonctionnelle en place de la responsabilité comportementale
..... 577

1. La certitude du déclin de la responsabilité comportementale en droit civil
577

2. Les signes d'un déclin de la responsabilité comportementale en droit pénal
581

Section 2. La légitimité de l'essor de la responsabilité fonctionnelle 584

§1. La légitimité relative de l'essor de la responsabilité fonctionnelle en matière
civile..... 585

A- La conformité de la responsabilité fonctionnelle additive au droit civil.... 585

1. La conformité de principe de la responsabilité fonctionnelle au droit civil
585

2. Le renforcement nécessaire de la responsabilité fonctionnelle en droit civil
586

B- La nocivité de la responsabilité fonctionnelle substitutive au droit civil.... 590

§2. L'illégitimité absolue de l'essor de la responsabilité fonctionnelle en droit pénal	596
A- L'illégitimité générale de la responsabilité pénale fonctionnelle	596
B- L'illégitimité spéciale de la responsabilité pénale fonctionnelle	599
Conclusion du chapitre	605
Chapitre second : L'influence des fonctions des responsabilités sur la réprobation du fait générateur	609
Section 1. L'influence des fonctions des responsabilités sur la réprobation subjective du fait générateur	611
§1. La réalité du déclin de la réprobation subjective en droit de la responsabilité. 612	
A- L'admission commune de la responsabilité des personnes morales.....	613
B- La répugnance commune à l'irresponsabilité des personnes physiques non imputables	614
1. Le rejet général de l'irresponsabilité civile des personnes physiques non imputables.....	615
2. Le déclin partiel de l'irresponsabilité pénale des personnes physiques non imputables.....	617
a- La persistance de l'irresponsabilité pénale des <i>infantes</i>	617
b- La naissance d'une quasi-responsabilité pénale des malades mentaux	619
α- Quasi-responsabilité pénale et déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental	620
β- Quasi-responsabilité pénale et rétention de sûreté	623
§2. La légitimité du déclin de la réprobation subjective en droit de la responsabilité	629
A- La légitimité du déclin de la réprobation subjective en droit civil de la responsabilité	629
B- L'illégitimité du déclin de la réprobation subjective en droit pénal de la responsabilité	631
1. Critique de la responsabilité pénale des non imputables	631
a- Critique du principe de la responsabilité pénale des non imputables	631
b- Critique du fondement de la responsabilité pénale des non imputables	633
α- La dangerosité comme fondement de la responsabilité pénale des non imputables	634
β- La dangerosité du fondement de la responsabilité pénale des non imputables	638
2. Alternatives à la responsabilité pénale des non imputables dangereux	646
a- Alternatives à la responsabilité pénale des personnes physiques non imputables.....	647
b- Alternatives à la responsabilité pénale des personnes morales.....	651
Section 2. L'influence des fonctions des responsabilités sur la réprobation objective du fait générateur	654

§1. L'identification de la nature de la justification	656
A- La justification comme notion objective.....	657
1. Le rejet des conceptions subjectives de la justification	657
a- Le rejet de la réduction de la justification à un mobile.....	657
α- L'absence d'un mobile légitime obstacle à la constitution du fait générateur de responsabilité.....	657
β- L'absence d'un mobile moral obstacle à la réprobation subjective du fait générateur de responsabilité.....	659
b- Le rejet de l'assimilation de la justification à la contrainte morale.....	661
2. L'admission d'une conception objective de la justification.....	664
a- Le rejet de l'assimilation des faits justificatifs à la force majeure	664
b- Le fondement de la justification sur l'indifférence sociale du fait générateur de responsabilité	666
B- La justification comme obstacle à l'imputation	667
1. Le rejet de la justification comme obstacle à la constitution du fait générateur de responsabilité	668
a- Le rejet de la thèse de l'absence de résultat légal.....	668
b- Le rejet de la thèse de l'absence d'anormalité objective	669
α- Le rejet de la thèse de l'absence de devoir à violer	669
β- Le rejet de la thèse de l'absence de violation d'un devoir	672
2. L'admission de la justification comme obstacle à la réprobation objective du fait générateur de responsabilité.....	675
§2. La délimitation du domaine de la justification	677
A- La compatibilité naturelle de la justification et du droit pénal de la responsabilité.....	677
1. Justification et faits justificatifs effectifs	678
a- Le principe de la justification des faits justificatifs véritables.....	678
b- Le régime de la justification des faits justificatifs véritables.....	679
α- Les conditions de la justification.....	679
β- L'effet de la justification	688
2. Justification et faits justificatifs fictifs	690
a- Le principe de l'extension de la justification aux faits justificatifs vraisemblables.....	691
b- L'étendue de l'extension de la justification aux faits justificatifs vraisemblables.....	693
B- L'incompatibilité de principe de la justification et du droit civil de la responsabilité.....	696
1. Le principe de l'incompatibilité.....	697
2. Les limites de l'incompatibilité.....	699

a- La nécessité politique d'une influence de la justification sur le droit civil de la responsabilité	699
b- Les modalités techniques de l'influence de la justification sur le droit civil de la responsabilité	702
α- Le maintien du droit civil de la responsabilité en cas de fait générateur socialement indifférent	702
β- La création d'un régime spécial d'indemnisation en cas de fait générateur socialement utile.....	703
Conclusion du chapitre.....	711
Conclusion du titre	713
CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE	717
CONCLUSION GENERALE	723
BIBLIOGRAPHIE	735
PLAN DE JURISPRUDENCE	791
INDEX ALPHABETIQUE	821
TABLE DES MATIERES.....	829