



# La définition légale du faux à l'aune de la distinction du faux matériel et du faux intellectuel

**Thomas Herrmann**

DANS **REVUE DE SCIENCE CRIMINELLE ET DE DROIT PÉNAL COMPARÉ** 2023/2 N° 2 , PAGES 255 À 274  
ÉDITIONS **DALLOZ**

ISSN 0035-1733

DOI 10.3917/rsc.2302.0255

Date de mise en ligne : 24/07/2023

Article disponible en ligne à l'adresse

<https://droit.cairn.info/revue-de-science-criminelle-et-de-droit-penal-compare-2023-2-page-255?lang=fr>



Découvrir le sommaire de ce numéro, suivre la revue par email, s'abonner...  
Scannez ce QR Code pour accéder à la page de ce numéro sur Cairn.info.



**Distribution électronique Cairn.info pour Dalloz.**

Vous avez l'autorisation de reproduire cet article dans les limites des conditions d'utilisation de Cairn.info ou, le cas échéant, des conditions générales de la licence souscrite par votre établissement. Détails et conditions sur [cairn.info/copyright](https://cairn.info/copyright).

Sauf dispositions légales contraires, les usages numériques à des fins pédagogiques des présentes ressources sont soumises à l'autorisation de l'Éditeur ou, le cas échéant, de l'organisme de gestion collective habilité à cet effet. Il en est ainsi notamment en France avec le CFC qui est l'organisme agréé en la matière.

*La présente étude entend démontrer que le faux matériel et le faux intellectuel constituent des comportements essentiellement différents qui, de surcroît, devraient être punissables à des conditions différentes, et que, dès lors que ces deux « formes » de faux n'ont en réalité aucun dénominateur commun, la définition générale et unitaire du faux proposée par la doctrine et consacrée par le législateur à l'article 441-1, alinéa 1<sup>er</sup>, du nouveau code pénal, ne peut qu'être inadéquate et défectueuse. Afin de remédier à cette situation problématique au regard du principe de légalité des délits et des peines, l'étude propose au législateur d'incriminer distinctement et séparément le fait de réaliser un faux document et, sous certaines conditions seulement, le fait d'établir un document mensonger.*

## La définition légale du faux à l'aune de la distinction du faux matériel et du faux intellectuel

Thomas **Herrmann**

Docteur en droit de l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne

255

*The present study intends to demonstrate that material and intellectual forgery are essentially different behaviors which, moreover, should be punishable under different conditions, and that, since these two "forms" of forgery actually have nothing in common, the general and unitary definition of forgery proposed by the doctrine and enshrined by the legislator in article 441-1, paragraph 1, of the new Penal code, can only be inadequate and defective. To remedy this problematic situation regarding the principle of legality of offences and penalties, the study proposes to the legislator to incriminate separately the fact of making a false document and, under certain conditions only, the fact of drawing up a mendacious document.*

1. La distinction du faux matériel et du faux intellectuel est largement répandue dans la doctrine contemporaine<sup>1</sup>. Elle est également présente dans la jurisprudence la plus récente de la chambre criminelle de la Cour de cassation<sup>2</sup>. Mais elle est totalement absente de la définition légale du faux prévue à l'article 441-1, alinéa 1<sup>er</sup>, du code pénal. Doit-on en déduire que cette distinction est si mineure qu'elle peut être complètement ignorée par le législateur ? Ou doit-on au contraire en conclure que la définition légale du faux ne peut qu'être défectueuse ? C'est à cette question que la présente étude se propose de répondre.

2. La distinction doctrinale du faux matériel et du faux intellectuel semble être apparue au courant du xix<sup>e</sup> siècle, dans les décennies qui ont suivi l'entrée en vigueur de l'ancien code pénal de 1810<sup>3</sup>. Blanche l'exposait en ces termes : « l'altération de la vérité sera matérielle [...] lorsqu'elle consistera dans la fabrication ou la falsification physique et corporelle de l'écrit ; elle sera intellectuelle, lorsque, sans altérer matériellement le corps physique de l'écrit, [...] elle se bornera à dénaturer les faits que cet écrit avait pour objet de constater »<sup>4</sup>. Dans le même sens, Émile Garçon expliquait qu'« Il y a faux matériel lorsque le faussaire falsifie physiquement

une écriture, soit en contrefaisant un titre, soit en l'altérant par voie d'addition, de suppression ou de modification d'un corps d'écriture. – Faux intellectuel lorsque l'écriture n'étant pas véritablement falsifiée, l'altération de la vérité porte sur le contenu, la substance, les circonstances de l'acte »<sup>5</sup>.

3. Mais c'est Henri Donnedieu de Vabres qui, dans un article paru à la *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé* en 1941, a théorisé la distinction du faux matériel et du faux intellectuel. Dans cet article, l'éminent professeur de droit criminel identifiait clairement le critère de distinction du faux matériel et du faux intellectuel en écrivant que « Le faux matériel se caractérise par le défaut d'authenticité de l'acte ; le faux intellectuel, par son défaut de véridicité »<sup>6</sup>. Explicitant cette formule devenue classique, Donnedieu de Vabres mettait en exergue la différence essentielle qui oppose, d'une part, un document qui n'est pas authentique, c'est-à-dire un document qui n'est pas réellement ce qu'il paraît être, soit parce que son auteur apparent n'est pas son auteur réel, soit parce qu'il a été frauduleusement modifié postérieurement à son entrée dans le commerce juridique, d'autre part, un document qui est authentique mais qui n'est pas véridique parce

- (1) V. Malabat, « Faux », Rép. pén. Dalloz, oct. 2004, n° 29 ; M. Segonds, Fasc. 20 : Faux, 1<sup>er</sup> mai 2022, J.-Cl. Pénal Code - Art. 441-1 à 441-12, n° 31 ; Ch. André, *Droit pénal spécial*, 6<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2021, p. 490 ; Ph. Bonfils, L. Grégoire, *Droit pénal spécial*, LGDJ, Lextenso, 2022, n° 1132, p. 370-371 ; E. Dreyer, *Droit pénal spécial*, LGDJ, Lextenso, 2020, n° 626, p. 366 ; A. Lepage, H. Matsopoulou, *Droit pénal spécial*, PUF, Thémis, 2015, n° 1137 à 1139, p. 813 s. ; V. Malabat, *Droit pénal spécial*, Dalloz, HyperCours, 2020, n° 1003, p. 651 ; J. Pradel, M. Danti-Juan, *Droit pénal spécial*, 8<sup>e</sup> éd., Cujas, 2020, n° 1220 et 1221, p. 797-798 ; M.-L. Rassat, *Droit pénal spécial*, 8<sup>e</sup> éd., Dalloz, Précis, 2018, n° 1103, p. 1246 s.
- (2) V. par ex. Crim. 27 juin 2018, n° 17-81.759, inédit : « Attendu que le faux matériel qui a occasionné un préjudice à la personne dont il est censé émaner est punissable, qu'il ait eu ou non pour objet ou pour effet d'établir la preuve d'un droit ou d'un fait ayant des conséquences juridiques ». Sur cette solution jurisprudentielle, *infra*, n° 14.
- (3) En effet, la distinction du faux matériel et du faux intellectuel n'apparaît pas sous la plume de Jousse (*Traité de la justice criminelle de France*, 1771, t. III, p. 341 s.), ni sous la plume de Muyart de Vouglans (*Les lois criminelles de France dans leur ordre naturel*, 1780, p. 245 s.). Elle est en revanche exposée par Le Graverend (*Traité de la législation criminelle en France*, 3<sup>e</sup> éd., 1830, t. I, p. 554), Chauveau et Faustin Hélie (*Théorie du code pénal*, 3<sup>e</sup> éd., 1852, t. II, p. 333) et Blanche (*Études pratiques sur le code pénal*, 1867, t. III, n° 128, p. 167). Plus tardivement, elle est également exposée par Garçon (*Code pénal annoté*, 1901-1906, t. 1<sup>er</sup>, Livre III, art. 145, 146 et 147, n° 237, p. 316) et Garraud (*Traité théorique et pratique du droit pénal français*, 3<sup>e</sup> éd., Sirey, 1922, t. IV, n° 1370, p. 120).
- (4) Blanche, *Études pratiques sur le code pénal*, 1867, t. III, n° 128, p. 167.
- (5) É. Garçon, *Code pénal annoté*, 1901-1906, t. 1<sup>er</sup>, Livre III, art. 145, 146 et 147, n° 237, p. 316. On notera que pour Garçon, l'écriture n'est « pas véritablement falsifiée » dans le cas du faux intellectuel.
- (6) H. Donnedieu de Vabres, Sur la notion de faux intellectuel en droit pénal français, RSC 1941. 278.

qu'il contient une énonciation ou constatation contraire à la vérité<sup>7</sup>. En rattachant ainsi le faux matériel au document non authentique et le faux intellectuel au document non véridique, Donnedieu de Vabres donnait à la distinction doctrinale le support théorique qui lui avait manqué jusqu'alors.

4. Le critère de distinction identifié par Donnedieu de Vabres est en effet pleinement opérant, car l'authenticité et la véridicité constituent deux valeurs fondamentalement différentes. À l'analyse, l'authenticité peut être définie comme un double rapport d'identité. Identité, d'abord, entre l'auteur apparent du document et son auteur réel. Identité, ensuite, entre le document tel qu'il est et le document tel qu'il était lors de sa clôture et de son entrée dans le commerce juridique. La véridicité est une notion très différente. Elle peut être définie comme un rapport de conformité entre une énonciation, constatation, attestation, retranscription ou information écrite dans un document, et un fait extérieur à ce document.

Par suite, un document peut parfaitement présenter un défaut d'authenticité sans pour autant présenter un défaut de véridicité, et inversement. Supposons, par exemple, que le bénéficiaire d'une reconnaissance de dette perde le document original signé par son débiteur et que, dans le but de prouver l'existence de la dette auprès du juge civil, il reproduise fidèlement la reconnaissance de dette, sans en modifier le montant, en imitant l'écriture et la signature de son débiteur.

Si un tel document présente un défaut d'authenticité, il ne présente cependant aucun défaut de véridicité, dès lors que les énonciations qu'il renferme sont conformes à la réalité : la dette attestée par le document contrefait existe effectivement. Un document non authentique peut donc être véridique. À l'évidence, la réciproque est également vraie : un document authentique peut être non véridique. Par exemple, le procès-verbal dans lequel un officier de police judiciaire constate personnellement une infraction pénale qui en réalité n'a jamais été commise constitue assurément un document non véridique mais authentique. Ces exemples simples, tirés de la délinquance la plus courante, montrent bien que la véridicité et l'authenticité constituent deux notions distinctes et indépendantes, et qu'il n'existe aucun rapport d'équivalence entre un document non authentique et un document non véridique.

5. Malgré sa justesse, le critère de distinction identifié par Donnedieu de Vabres n'a pas eu l'influence décisive qu'il aurait dû avoir. Il faut dire que Donnedieu de Vabres lui-même n'a pas tiré toutes les conséquences de ce critère. Il n'a en effet jamais rompu avec la conception doctrinale selon laquelle le faux matériel et le faux intellectuel constituent « deux modes d'exécution du faux »<sup>8</sup>, deux « procédés d'altération de la vérité »<sup>9</sup>. En témoigne la définition générale et unitaire du faux qu'il formulait et proposait à la fin d'un ouvrage publié en 1943, et dont il ressortait que le faux *in genere* était constitué par une « altération de la vérité » et uniquement

(7) *Ibid* : « L'acte faux matériellement trompe sur son identité ; d'abord, et généralement, sur l'identité de son auteur, qui est, dans sa constitution, un élément essentiel : ainsi, constitue un faux matériel la fabrication d'un acte attribué à autrui, qu'il y ait, ou non, contrefaçon, imitation d'écriture ou de signature ; mais aussi lorsqu'il trompe sur les circonstances de sa rédaction ; lorsqu'il a subi une modification – fût-ce de la part de son rédacteur originaire – après qu'il est entré, comme acte complet, dans le commerce juridique. L'acte envisagé trompe sur son état civil. Il se présente au public différent, quant à son origine, de ce qu'il est en réalité. Le cas du faux intellectuel suppose que l'acte est authentique. Il est bien l'œuvre de son auteur apparent. Il n'a subi, *a posteriori*, aucun changement. Mais il contient des énonciations contraires à la vérité ».

(8) É. Garçon, Code pénal annoté, 1901-1906, t. 1<sup>er</sup>, Livre III, art. 145, 146 et 147, n° 237, p. 316 : « Les modes d'exécution du faux se ramènent tous à deux types : le faux matériel et le faux intellectuel ».

(9) R. Garraud, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, 3<sup>e</sup> éd., Sirey, 1922, t. IV, n° 1370, p. 120 : « Les procédés d'altération de la vérité se ramènent nécessairement à deux, qui ont été distingués de tout temps : le faux matériel et le faux intellectuel ».

par une « altération de la vérité »<sup>10</sup> ; le défaut d'authenticité, pourtant caractéristique du faux matériel, était totalement occulté. Or cette définition a exercé une forte influence sur la doctrine contemporaine. Ainsi, dans son traité de droit pénal spécial paru en 1982, Vitu formulait et proposait une définition du faux qui était fortement inspirée de celle de Donnedieu de Vabres et qui était elle aussi exclusivement fondée sur la notion d'altération de la vérité<sup>11</sup>.

Influencé à son tour, le législateur à l'origine du nouveau code pénal a consacré la définition générale et unitaire du faux que lui proposait la doctrine, en disposant, à l'article 441-1, alinéa 1<sup>er</sup>, dudit code, que « Constitue un faux toute altération frauduleuse de la vérité, de nature à causer un préjudice et accomplie par quelque moyen que ce soit, dans un écrit ou tout autre support d'expression de la pensée qui a pour objet ou qui peut avoir pour effet d'établir la preuve d'un droit ou d'un fait ayant des conséquences juridiques ». Il résulte de cette définition, d'une part, que le comportement constitutif du faux est une altération frauduleuse de la

vérité dans un écrit ou tout autre support d'expression de la pensée, d'autre part, que ce comportement est punissable à la double condition qu'il soit de nature à causer un préjudice et qu'il soit commis dans un document ayant une portée probatoire.

Aujourd'hui, cette définition générale et unitaire n'est pas remise en cause par la doctrine contemporaine. Celle-ci continue de considérer que le faux *in genere* est constitué par une altération frauduleuse de la vérité, et que le faux matériel et le faux intellectuel ne constituent que des « procédés », des « moyens » ou des « formes » d'altération de la vérité<sup>12</sup>.

Or, si l'on tire toutes les conséquences de la distinction du faux matériel et du faux intellectuel telle qu'elle a été théorisée par Donnedieu de Vabres, on doit admettre qu'en réalité, aucune définition générale et unitaire n'est opportune ni même possible. En effet, le faux matériel et le faux intellectuel sont constitués par des comportements essentiellement différents (I) qui, de surcroît, devraient être punissables à des conditions différentes (II).

## I - Des comportements essentiellement différents

6. Avant d'être un document, « une chose » ou « un objet », le faux est d'abord et avant tout un comportement, « un acte humain », « une conduite »<sup>13</sup>. Il

s'ensuit que la différence essentielle qui existe entre un document non authentique, constitutif d'un faux matériel, et un document non véridique, constitutif d'un

(10) H. Donnedieu de Vabres, *Essai sur la notion de préjudice dans la théorie générale du faux documentaire*, Sirey, 1943, p. 231 : « Art. 1. Le faux en écritures est l'altération de la vérité commise, avec conscience de nuire, dans un écrit destiné ou apte à la preuve d'un droit ou d'un fait ayant des effets de droit ». Il faut cependant préciser que l'auteur complétait cette définition générale et unitaire par une pluralité d'incriminations énumérant diverses modalités de faux intellectuel et de faux matériel : v. les articles 2 à 6, *op. cit.*, *loc. cit.*

(11) A. Vitu, *Traité de droit criminel, Droit pénal spécial.*, Cujas, 1982, p. 935 : « Sous réserve d'en justifier ultérieurement les termes, on pourrait proposer la formule suivante, dérivée de celle que ce dernier auteur [Donnedieu de Vabres] souhaitait voir incorporer dans un texte législatif : le faux en écriture est l'altération de la vérité, commise frauduleusement au préjudice d'autrui par l'un des procédés déterminés par la loi, dans un écrit pouvant servir à établir un droit ou un fait entraînant des conséquences juridiques ».

(12) V. Malabat, « Faux », *Rép. pén.* Dalloz, oct. 2004, n° 29 ; M. Segonds, Fasc. 20 : Faux, 1<sup>er</sup> mai 2022, J.-Cl. Pénal Code - Art. 441-1 à 441-12, n° 31 ; Ch. André, *Droit pénal spécial*, 6<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2021, p. 490 ; Ph. Bonfils, L. Grégoire, *Droit pénal spécial*, LGDJ, Lextenso, 2022, n° 1132, p. 370-371 ; E. Dreyer, *Droit pénal spécial*, LGDJ, Lextenso, 2020, n° 625 et 626, p. 365-366 ; A. Lepage, H. Matsopoulou, *Droit pénal spécial*, PUF, Thémis, 2015, n° 1137 à 1139, p. 813 s. ; V. Malabat, *Droit pénal spécial*, Dalloz, HyperCours, 2020, n° 1003, p. 651 ; J. Pradel, M. Danti-Juan, *Droit pénal spécial*, 8<sup>e</sup> éd., Cujas, 2020, n° 1219 à 1221, p. 796 à 798 ; M.-L. Rassat, *Droit pénal spécial*, 8<sup>e</sup> éd., Dalloz, Précis, 2018, n° 1103, p. 1246 s.

(13) En ce sens, à propos du faux artistique, G. Lyon-Caen, *Le faux artistique*, RIDA, XXV. 1959. 7.

faux intellectuel, existe également, et fort logiquement, entre les comportements constitutifs de ces deux délits. D'une part, le faux intellectuel est constitué par le fait d'écrire un mensonge, soit une assertion sciemment contraire à la vérité, dans un document. D'autre part, le faux matériel est constitué par le fait de forger, par différents moyens – contrefaçon de la signature ou de l'écriture d'autrui, contrefaçon d'un document, altération d'un document clôturé... –, un document non authentique. Il apparaît ainsi que, si le faux intellectuel n'est, au fond, qu'une espèce particulière de mensonge, le faux matériel n'est pas une espèce de mensonge dès lors qu'il n'est pas constitué par le fait d'écrire qu'un document est authentique alors qu'en réalité il ne l'est pas, mais par le fait de forger, par différents moyens, un document non authentique.

Le faussaire intellectuel emploie la fonction du langage écrit contre la vérité ; il appartient à ce titre à la catégorie générique des menteurs. Au contraire, le faussaire matériel utilise ses mains et ses instruments, tel un artisan, dans le but soit de donner l'apparence de l'authenticité à un document qu'il crée, soit de conserver l'apparence de l'authenticité à un document qu'il modifie. À ce titre, il représente une

catégorie de délinquants très spécifique au point de vue criminologique, car il y a comme de l'art dans son délit. D'ailleurs la dextérité des faussaires matériels les plus talentueux suscite parfois l'admiration des experts chargés de les confondre, malgré le fait que, plus un faussaire matériel est talentueux, plus il est dangereux.

7. Il résulte de ce qui précède que les comportements constitutifs du faux matériel et du faux intellectuel sont essentiellement différents. Dès lors, il n'apparaît ni souhaitable ni même possible de réunir le faux matériel et le faux intellectuel dans une seule et même définition<sup>14</sup>. Probablement conscient de cette impossibilité, le législateur de 1810 n'avait posé aucune définition générale du faux. Les articles 145 et 146 de l'ancien code pénal, qui étaient applicables aux faux commis par un fonctionnaire ou un officier public dans l'exercice de ses fonctions<sup>15</sup>, et les articles 147 et 150 du même code, qui étaient applicables aux autres faux<sup>16</sup>, énuméraient différents moyens de commettre un faux et incriminaient le faux uniquement lorsqu'il était commis par l'un de ces moyens. Dans leur majorité, ces moyens se rapportaient clairement soit au faux matériel<sup>17</sup>, soit au faux intellectuel<sup>18</sup>. Seuls quelques rares moyens se rappor-

- (14) Dans un sens proche, M.-L. Rassat, *Droit pénal spécial*, 8<sup>e</sup> éd., Dalloz, Précis, 2018, n° 1103, p. 1246 : « Le nouveau code pénal fait donc bien de renoncer à cette énumération [celle de l'ancien code pénal], mais il a eu le tort de ne pas en faire assez en négligeant de rappeler, au moins parce qu'elles ont des effets juridiques non négligeables et parfois différents, les deux formes possibles du faux au point de vue de l'élément matériel de l'infraction ». M<sup>me</sup> Rassat considère néanmoins que « le faux consiste toujours en une altération de la vérité » (*ibid.*).
- (15) L'art. 145 punissait des travaux forcés à perpétuité « Tout fonctionnaire ou officier public qui, dans l'exercice de ses fonctions, aura commis un faux, Soit par fausses signatures, Soit par altération des actes, écritures ou signatures, Soit par supposition de personnes, Soit par des écritures faites ou intercalées sur des registres ou d'autres actes publics, depuis leur confection ou clôture ». L'article 146 punissait de la même peine « tout fonctionnaire ou officier public qui, en rédigeant des actes de son ministère, en aura frauduleusement dénaturé la substance ou les circonstances, soit en écrivant des conventions autres que celles qui auraient été tracées ou dictées par les parties, soit en constatant comme vrais des faits faux, ou comme avoués des faits qui ne l'étaient pas ».
- (16) L'art. 147 punissait des travaux forcés à temps « toutes autres personnes qui auront commis un faux en écriture authentique et publique, ou en écriture de commerce ou de banque, Soit par contrefaçon ou altération d'écritures ou de signatures, Soit par fabrication de conventions, dispositions, obligations ou décharges, ou par leur insertion après coup dans ces actes, Soit par addition ou altération de clauses, de déclarations ou de faits que ces actes avaient pour objet de recevoir et de constater ». L'article 150 punissait de la réclusion « Tout individu qui aura, de l'une des manières exprimées en l'article 147, commis un faux en écriture privée ».
- (17) Visés par l'art. 145, al. 2, 3 et 5, les faux commis « par fausses signatures », « par altération des actes, écritures ou signatures » ou « par des écritures faites ou intercalées sur des registres ou d'autres actes publics, depuis leur confection ou clôture » se rapportaient clairement à des cas de faux matériels. De même que le faux commis « par contrefaçon ou altération d'écritures ou de signatures » qui était visé par l'art. 147, al. 2.
- (18) La seconde branche de l'alternative visée à l'art. 146 – constater comme vrai un fait faux, ou comme avoué un fait qui ne l'est pas – se rapportait clairement à un cas de faux intellectuel. Visé par l'art. 147, al. 4, le faux commis « par addition ou altération de clauses, de déclarations ou de faits que ces actes avaient pour objet de recevoir et de constater » constituait également un cas de faux intellectuel (en ce sens, H. Donnedieu de Vabres, Sur la notion de faux intellectuel en droit pénal français, RSC 1941. 280, et les références citées).

taient à la fois au faux matériel et au faux intellectuel<sup>19</sup> ou à aucun des deux<sup>20</sup>.

Mais le législateur à l'origine du nouveau code pénal a rompu avec cette méthode énumérative en consacrant une définition générale et unitaire du faux dont il ressort que le faux est constitué par une « altération frauduleuse de la vérité [...] accomplie par quelque moyen que ce soit ». À l'analyse, cette définition convient approximativement au faux intellectuel dans la mesure où celui-ci est constitué par un mensonge écrit et peut donc être considéré comme une « altération frauduleuse de la vérité ». Elle est en revanche totalement inadaptée au faux matériel dès lors que celui-ci est constitué par le fait de réaliser, par différents moyens, un document privé d'authenticité.

Cette inadéquation de la définition légale au faux matériel n'est pas sans conséquence. Sous l'empire de l'ancien code pénal, la chambre criminelle de la Cour de cassation jugeait, suivant une jurisprudence constante, que « le crime ou délit de faux par fabrication de conventions, dispositions, obligations ou décharges est caractérisé alors même que la fausseté du fait attesté ne serait pas constatée »<sup>21</sup>, et que « nul ne pouvant se constituer un titre à soi-même, la fabrication d'un document,

forgé pour servir de preuve, constitue un faux matériel susceptible de porter préjudice à un tiers, même si ce document est conforme à l'original »<sup>22</sup>. Cette solution jurisprudentielle n'était aucunement contraire au principe de légalité des délits et des peines dès lors que l'article 147 de l'ancien code pénal incriminait le fait de commettre un faux « Soit par contrefaçon ou altération d'écritures ou de signatures » (alinéa 2), « Soit par fabrication de conventions, dispositions, obligations ou décharges, ou par leur insertion après coup dans ces actes » (alinéa 3). Dans ces conditions, la Cour de cassation pouvait parfaitement juger qu'un faux matériel était punissable même si le document non authentique en cause ne présentait aucun défaut de véridicité et ne contenait aucun mensonge.

Mais cette solution jurisprudentielle paraissait devoir être abandonnée à la suite de l'entrée en vigueur du nouveau code pénal, car la nouvelle définition du faux place l'altération de la vérité et uniquement l'altération de la vérité au cœur de la constitution du faux. La chambre criminelle de la Cour de cassation a néanmoins jugé, dans un arrêt du 4 juin 2004 puis dans un arrêt du 12 septembre 2018, que le fait de contrefaire un document constitue un faux punissable même si ce document est conforme à l'original<sup>23</sup>.

- (19) Visée par l'art. 145, al. 4, la supposition de personnes peut constituer tantôt un faux matériel, tantôt un faux intellectuel. Elle constitue un faux matériel lorsqu'elle est commise par le moyen d'une contrefaçon de la signature d'autrui. Elle constitue un faux intellectuel lorsqu'elle est commise par le moyen d'une assertion écrite selon laquelle une personne est présente alors qu'en réalité elle ne l'est pas. En ce sens, H. Donnedieu de Vabres, Sur la notion de faux intellectuel en droit pénal français, RSC 1941. 281 : « La supposition de personne [...] peut résulter, soit d'une usurpation de signature, soit d'une constatation fautive faite par l'officier public rédacteur de l'acte, soit d'une déclaration mensongère d'une des parties. C'est dire qu'elle constitue tantôt un cas de faux matériel, tantôt un cas de faux intellectuel ». Visée par l'art. 147, al. 3, la « fabrication de conventions, dispositions, obligations ou décharges » se rapporte *a priori* à un cas de faux matériel, mais en réalité il est possible de considérer qu'elle recoupe l'hypothèse particulière de la simulation, laquelle se rattache au faux intellectuel dans la mesure où la simulation est un mensonge concerté entre les parties au contrat.
- (20) La première branche de l'alternative visée à l'art. 146 – écrire une convention autre que celle voulue par les parties – se laisse difficilement ramener à un cas de faux matériel ou à un cas de faux intellectuel. Cependant, cette hypothèse très particulière est assimilable à un faux matériel. En effet, dans une telle hypothèse, le fonctionnaire ou officier public surprend la signature des parties dans la mesure où celles-ci se trouvent signataires d'une convention qu'elles n'ont pas réellement voulue. Le résultat est donc identique à celui qu'aurait atteint le fonctionnaire ou officier public en contrefaisant la signature des parties.
- (21) Crim. 29 juill. 1948, Bull. crim. n° 216 ; JCP 1949. II. 4804, note Colombini ; 23 févr. 1965, Bull. crim. n° 56 ; 28 avr. 1970, D. 1970. Somm. 138.
- (22) Crim. 7 févr. 1973, Bull. crim. n° 70, Gaz. Pal. 1973. 2. 508.
- (23) Crim. 3 juin 2004, n° 03-81.704, Bull. crim. n° 149 ; D. 2004. 2752, obs. B. de Lamy ; RTD civ. 2005. 784, obs. J. Mestre et B. Fages ; RTD com. 2004. 826, obs. B. Bouloc ; Dr. pénal 2004. 141, obs. Véron ; Gaz. Pal. 2005, I. Somm. 1362, obs. A. C. ; Crim. 12 sept. 2018, n° 17-85.825, inédit, JA 2018, n° 588, p. 12, obs. X. Delpech ; Dr. pénal 2018, comm. 210, obs. Conte.

Comme l'a justement relevé la doctrine<sup>24</sup>, cette solution est critiquable au regard du principe de légalité des délits et des peines dans la mesure où la contrefaçon, parfaitement conforme à l'original, d'un document véridique, n'entraîne aucune « altération frauduleuse de la vérité ». On peut dès lors reprocher à la Cour de cassation d'avoir maintenu une solution qui paraît désormais contraire au principe de légalité des délits et des peines. Mais ne devrait-on pas aussi, et peut-être même surtout, reprocher au législateur de ne pas avoir incriminé le fait de contrefaire la signature ou l'écriture d'autrui ? Car, au fond, sous réserve d'un éventuel fait justificatif, il ne paraît guère admissible qu'une personne puisse impunément contrefaire l'écriture ou la signature d'une autre personne, quel que soit son mobile et quand bien même le document contrefait n'attesterait aucun fait contraire à la vérité.

De nombreuses autres décisions de justice montrent également que la contrefaçon ou l'altération d'un document, d'une écriture ou d'une signature ne se ramène pas nécessairement à une hypothèse particulière d'altération frauduleuse de la vérité, et viennent ainsi confirmer ce que nous avons précédemment énoncé : l'authenticité et la véridicité constituent deux valeurs fondamentalement différentes. Par exemple, dans le cas où un individu dépose en mairie une demande de permis de construire établie au nom d'un architecte et portant la signature contrefaite de celui-ci<sup>25</sup>, il paraît difficile de considérer que sa demande de permis comporte une altération frauduleuse de la vérité, dès lors qu'elle ne contient aucune énonciation ou constatation susceptible d'être conforme ou contraire à la réalité. En revanche, il n'est pas contestable qu'elle constitue un

document non authentique, la signature de l'architecte ayant été contrefaite.

De même, il paraît difficile de considérer que le fait de guider la main passive d'une personne dépourvue de lucidité et de la faire ainsi rédiger un testament olographe constitue une altération frauduleuse de la vérité, car des dispositions testamentaires ne paraissent pas davantage susceptibles d'être conformes ou contraires à la vérité. Tout au plus pourraient-elles être conformes ou contraires à l'intention du testateur au moment où il était encore lucide, mais comme le souligne à juste titre un arrêt de la Cour de cassation, il n'y a pas lieu de rechercher quelle était cette intention dès lors qu'en réalité, celui qui a guidé la main passive de la personne dépourvue de lucidité a substitué à la volonté de celle-ci la sienne propre au moment de la rédaction de l'acte<sup>26</sup>. En somme, le délit de faux testament n'est pas constitué par le fait de disposer contre la volonté du testateur apparent, mais par le fait de disposer en lieu et place du testateur apparent. Il est dès lors sans importance que les dispositions contenues dans le faux testament soient conformes ou non à ce que voulait ou à ce qu'aurait voulu le testateur apparent. Cette solution jurisprudentielle éclaire ce qui, au fond, caractérise essentiellement le faux matériel : non pas énoncer, constater, disposer ou stipuler contre la vérité, mais forger un document dont l'auteur apparent n'est pas l'auteur réel<sup>27</sup>.

**8.** En conclusion, le faux matériel et le faux intellectuel caractérisent deux comportements essentiellement différents. Il n'est par conséquent ni souhaitable ni même possible de les saisir ensemble dans une seule et même définition. Une

(24) M. Segonds, Fasc. 20 : Faux, 1<sup>er</sup> mai 2022, J.-Cl. Pénal Code - Art. 441-1 à 441-12, n° 35 et les réf. citées.

(25) Crim. 13 oct. 1999, n° 99-81.107, Bull. crim. n° 218 ; D. 2000. 5 ; RDI 2000. 103, obs. G. Roujou de Boubée ; *ibid.* 175, obs. B. Boubli ; Dr. pénal 2000. 42 (3<sup>e</sup> arrêt), obs. Véron.

(26) Crim. 30 nov. 1971, n° 70-92.079, Bull. crim. n° 326 ; D. 1972. Somm. 15 ; Gaz. Pal. 1972. 1. 374.

(27) Ou falsifier un document postérieurement à sa clôture et à son entrée dans le commerce juridique, étant précisé que ce comportement peut être commis par le rédacteur originaire dudit document. Dans le cas où le document est falsifié par une personne autre que le rédacteur originaire, on retombe dans l'hypothèse principale, celle où le faussaire matériel forge un document dont l'auteur apparent n'est pas l'auteur réel.

seconde raison commande que l'on incrimine distinctement et séparément le faux matériel et le faux intellectuel :

ces deux comportements devraient être punissables à des conditions différentes.

## II - Des comportements punissables à des conditions différentes

9. La différence essentielle qui existe entre les comportements constitutifs du faux intellectuel et du faux matériel rejaillit à son tour sur les conditions auxquelles ces comportements doivent être réprimés, car le comportement constitutif du faux intellectuel et le comportement constitutif du faux matériel ne présentent pas la même gravité intrinsèque.

Comme nous venons de le voir, le comportement constitutif du faux intellectuel est un mensonge écrit. Or, la gravité des mensonges écrits est extrêmement variable. Par exemple, le fait, pour un officier de police judiciaire, de constater personnellement dans un procès-verbal une infraction qui en réalité n'a jamais été commise, constitue un mensonge très grave justifiant assurément l'intervention de la loi pénale. De même, le fait, pour un notaire, d'énoncer, dans un acte relevant de son ministère, que ledit acte est dressé en la présence d'une personne qui en fait est absente, doit certainement tomber sous le coup de la loi pénale. En revanche, le fait, pour une personne quelconque, d'écrire, dans une lettre missive adressée à un ami, qu'elle mène un train de vie fastueux alors qu'en réalité elle s'enfoncé chaque jour un peu plus dans la misère, constitue un mensonge véniel à raison duquel toute intervention de la loi pénale paraîtrait déplacée. Il appartient dès lors au législateur de circonscrire le champ d'application de l'incrimination du faux intellectuel, afin que seuls les mensonges écrits les plus graves et les plus intolérables tombent sous le coup de la loi pénale. Comme l'écrit Donnedieu de Vabres, le législateur

doit tracer la frontière entre le « mensonge punissable et le mensonge simple atteinte à la loi morale »<sup>28</sup>. À cette fin, il doit subordonner la répression des faux intellectuels à certaines conditions.

Au contraire, le comportement constitutif du faux matériel est toujours particulièrement intolérable et suffisamment grave pour justifier l'intervention de la loi pénale. En premier lieu, le faux matériel cause un préjudice à la société tout entière. Si les documents non véridiques, c'est-à-dire les documents mensongers, ruinent uniquement la crédibilité de leur auteur, les documents non authentiques jettent un doute sur l'authenticité de tous les documents en circulation dans la société, y compris ceux qui sont parfaitement authentiques. Or, la présomption d'authenticité des documents constitue une condition nécessaire à l'existence même de toute société écrite : pour que les documents en circulation puissent remplir la fonction de médium qui est la leur, il faut que les membres de la société croient, au moins *a priori*, que les documents qu'on leur présente émanent effectivement de leur auteur apparent et n'ont pas été falsifiés depuis leur entrée en circulation. L'authenticité des documents doit donc être garantie par la loi pénale ; si elle ne l'était pas, la multiplication des faux documents en circulation dans la société finirait bientôt par détruire la présomption d'authenticité des documents. S'ensuivrait un retour à la société orale, la parole humaine offrant la garantie d'être infalsifiable dès lors qu'elle ne peut être attribuée qu'à la personne qui la

(28) H. Donnedieu de Vabres, Sur la notion de faux intellectuel en droit pénal français, RSC 1941. 298.

prononce. Au fond, aucune société écrite ne saurait tolérer le fait de réaliser et de mettre en circulation des documents non authentiques sans se condamner elle-même à disparaître. Pour cette raison, le faux matériel mérite assurément d'être classé dans la catégorie « Des atteintes à la confiance publique »<sup>29</sup>.

En second lieu, le faux matériel cause très généralement un préjudice à une ou plusieurs personnes déterminées. Dans la majorité des cas<sup>30</sup>, il constitue une forme d'usurpation de l'identité d'autrui particulièrement nuisible, causant un préjudice à la personne dont la signature ou l'écriture a été contrefaite ou falsifiée, et qui se voit ainsi attribuer un document dont elle n'est pas l'auteur. Le faux matériel peut également causer un préjudice aux personnes trompées, celles qui ont légitimement cru que le document contrefait ou falsifié qu'on leur présentait était authentique et qui ont agi en conséquence. Il peut encore causer un préjudice aux personnes visées ou impliquées par les énonciations contenues dans le document contrefait ou falsifié, comme c'est le cas, par exemple, dans l'hypothèse d'une fausse lettre contenant des imputations diffamatoires<sup>31</sup>.

En résumé, le faux intellectuel ne doit être punissable que sous certaines conditions, contrairement au faux matériel qui doit être punissable sans condition aucune.

10. Le système élaboré par Émile Garçon dans son *Code pénal annoté* répondait parfaitement à ces exigences opposées. Dans un premier temps, l'éminent criminaliste affirmait, à l'instar de René Garraud<sup>32</sup>, que la loi ne punissait le faux que s'il était commis dans un titre, c'est-à-dire un écrit destiné à établir la preuve d'un droit ou d'un fait juridique<sup>33</sup>. Garçon justifiait l'exigence de cette condition en affirmant que le faux ne pouvait causer aucun préjudice à autrui si l'écrit ne constituait pas un titre<sup>34</sup>. Mais, dans un second temps, il affirmait que cette condition n'était pas exigée par la loi si le faux était commis par contrefaçon ou altération d'écriture ou de signature<sup>35</sup>. À l'appui de cette thèse, il relevait que l'article 147, alinéa 2, de l'ancien code pénal punissait « le faux par contrefaçon d'écriture ou de signature sans exiger rien de plus »<sup>36</sup>, ce dont il déduisait que « le code pénal n'[avait] donc point admis la corrélation des théories du faux documentaire et de la preuve littérale »<sup>37</sup>. Puis il justifiait le

(29) Tel est l'intitulé du Titre IV du Livre IV du code pénal, dont le chapitre 1<sup>er</sup> intitulé « Des faux » s'ouvre avec l'article 441-1.

(30) Le faux matériel ne constitue pas une forme d'usurpation de l'identité d'autrui lorsque le faussaire falsifie un document dont il est le rédacteur originaire, ou lorsqu'il appose la signature d'une personne imaginaire, ou lorsqu'il altère sa propre signature.

(31) Imputations diffamatoires qui, d'ailleurs, peuvent être mensongères ou non, le rapport de non-conformité entre l'imputation diffamatoire et la vérité n'étant pas un élément constitutif du délit de diffamation. Le rapport de conformité entre l'imputation diffamatoire et la vérité peut en revanche constituer un fait justificatif : *l'exceptio veritatis*. Sur ce point, v. L. du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, art. 29, al. 1<sup>er</sup>, et 35.

(32) R. Garraud, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, 3<sup>e</sup> éd., Sirey, 1922, t. IV, n° 1364, p. 106 : « toute altération de la vérité, pour être punissable, doit porter sur un fait que l'écrit falsifié avait pour objet de recevoir et de constater » ; « l'objet du faux punissable, c'est la falsification ou l'altération d'un écrit destiné à servir de preuve pour l'acquisition, la transmission, la constatation d'un droit, d'un état, d'une qualité ».

(33) É. Garçon, *Code pénal annoté*, 1901-1906, t. 1<sup>er</sup>, Livre III, art. 145, 146 et 147, n° 186, p. 312 : « La Loi, par le mot acte entend sans doute, tous les titres, tous les écrits dressés pour faire preuve, mais elle ne comprend que ceux-là ; dans ces actes mêmes, le faux ne peut être commis que dans les énonciations qui font foi. En effet, si ces conditions ne sont pas remplies, le préjudice disparaît nécessairement ».

(34) *Ibid.*

(35) *Ibid.*, n° 189, p. 312

(36) Contrairement à l'art. 147, al. 4, qui limitait l'incrimination de l'addition ou altération de clauses, de déclarations ou de faits aux actes ayant « pour objet de recevoir et de constater » une clause, une déclaration ou un fait. Donnedieu de Vabres lui-même avait bien été obligé de reconnaître cette différence de définition instaurée par l'ancien code pénal entre le faux matériel et le faux intellectuel : H. Donnedieu de Vabres, *La notion de document dans le faux en écritures. Examen critique du système constructif français*, RSC 1940. 179 : « Sans doute, l'article 147, alinéa 4, qui punit l'addition ou l'altération de clauses, de déclarations ou de faits, précise qu'il s'applique seulement à ceux que ces actes avaient pour objet de recevoir et de constater au lieu que cette restriction ne se trouve pas dans l'article 147 relatif à la contrefaçon ou altération d'écritures ou de signatures ». V. égal. dans le même sens Y. Mayaud, *Le mensonge en droit pénal*, 1976, thèse dactyl., n° 82, p. 65.

(37) É. Garçon, *op. cit.*, n° 190, p. 312.

traitement différencié du faux intellectuel et du faux matériel en soutenant que « le faux devient punissable dès que le préjudice apparaît. Or, si dans les *instrumenta*, ce préjudice n'existe pas lorsque l'acte ne prouve pas les allégations mensongères, la possibilité de nuire devient possible et même fréquente, lorsque le faussaire dissimule sa personnalité ou emprunte celle d'autrui »<sup>38</sup>.

Garçon concluait son développement en écrivant qu'« En résumé, il faut distinguer deux hypothèses : si le faussaire a contrefait ou altéré des écritures ou signatures, le faux est constitué, quelle que soit la nature de l'écrit, pourvu qu'il en puisse résulter un préjudice ; s'il a employé tout autre mode de perpétration, le faux ne sera punissable que si l'altération de la vérité porte sur des actes ou des clauses d'actes faisant titre. Telle est du moins la théorie qui nous paraît résumer la jurisprudence »<sup>39</sup>.

Très probablement exacte au moment où elle a été formulée<sup>40</sup>, cette analyse de la jurisprudence n'a jamais été démentie par la suite, la Cour de cassation ayant jugé tout au long du xx<sup>e</sup> siècle qu'« alors que la cour d'appel constate que ledit document comporte un faux matériel, susceptible de

porter préjudice à autrui, il importe peu de rechercher s'il a pu, ou non, constituer une source de droit »<sup>41</sup>. Dans un arrêt du 3 mai 1993, elle jugeait également qu'une cour d'appel ne pouvait pas déduire de la circonstance que le document ne constituait pas un titre et ne faisait pas preuve contre la partie civile, que celle-ci n'avait pas subi de préjudice, dès lors qu'elle avait constaté que ce document constituait un faux matériel<sup>42</sup>.

**11.** À l'analyse, le système élaboré par Émile Garçon à partir de son étude de la loi et de la jurisprudence se révèle aussi simple qu'adéquat. D'une part, il paraît justifié de limiter le domaine du mensonge écrit punissable en subordonnant l'incrimination du faux intellectuel à la condition que le mensonge soit écrit dans un titre, c'est-à-dire un document destiné à établir la preuve d'un droit ou d'un fait. Il existe en effet une différence sensible entre un mensonge commis dans un document valant titre et un mensonge commis dans un document ne valant pas titre. Dans un document valant titre, tel un acte authentique, un acte sous seing privé, un certificat, une attestation, un procès-verbal, un registre, etc., le mensonge fait foi de ce qu'il énonce. Quelle que soit sa force

(38) *Ibid.*

(39) *Ibid.*, n° 195, p. 313.

(40) V. par ex., pour la répression d'un faux matériel commis dans une simple lettre missive, Crim. 12 nov. 1813, *D. Faux* 134, S. chron. B. 247, Carnot, *Commentaire sur le Code pénal*, article 150, p. 487 : « Attendu que les articles 147 et 150 mettent au rang des crimes qui doivent être punis de peines afflictives ou infamantes, les faux en écritures privées qui ont été commis dans un dessein criminel, soit par contrefaçon d'écriture ou de signature, soit par fabrication ou altération de conventions, dispositions etc. ; qu'il y a dessein criminel dans tout faux qui a pour objet de nuire à l'intérêt public ou à l'intérêt particulier ; que l'intérêt particulier se compose, non seulement des moyens d'aisance et de fortune mais aussi de la réputation et de l'honneur ; qu'en jugeant que la fabrication d'une lettre supposée pour nuire à autrui en le calomniant ne constituait pas le crime de faux prévu par lesdits articles 147 et 150, le tribunal de Montmorillon a méconnu le caractère de faux défini par les susdits articles, et par suite, a fait une fausse application de l'article 129 et violé l'article 133 du code d'instruction criminelle ». Remarquons qu'à l'époque, l'expression « supposer quelque chose à quelqu'un » signifiait « attribuer faussement quelque chose à quelqu'un » (selon le CNTRL, « Supposer », sens 3) a) *Vieilli*).

(41) Crim. 9 juin 1964, Bull. crim. n° 196 ; 28 nov. 1968, Bull. crim. n° 323.

(42) Crim. 3 mai 1993, n° 91-85.727, JCP 1993. IV. 2044.

probante, il a une finalité probatoire<sup>43</sup> et il est donc opposable aux tiers. Au contraire, dans un document ne valant pas titre, telle une lettre missive, une facture<sup>44</sup> ou une attestation sur l'honneur, le mensonge ne fait pas foi de ce qu'il énonce. Dépourvu de finalité probatoire, il n'est pas opposable aux tiers. Cette différence sensible paraît de nature à justifier la répression dans la première hypothèse et l'impunité dans la seconde.

D'autre part, il paraît également justifié de ne pas subordonner la répression du faux matériel à la condition que le document contrefait ou falsifié soit un titre, car le faux matériel porte toujours atteinte à la confiance publique et cause très généralement un préjudice à des tiers, même si le document contrefait ou falsifié ne constitue pas un titre. L'exemple historique du « faux Henry », une lettre missive fabriquée de toutes pièces dans le but de faire croire que le capitaine Alfred Dreyfus s'était rendu coupable de trahison et d'intelligences avec l'ennemi<sup>45</sup>, montre bien que le faux matériel peut causer un grave préjudice à autrui même si le document contrefait ou falsifié ne constitue pas un titre. D'autres exemples éloquents

peuvent être puisés dans la jurisprudence. Ainsi, la fabrication d'une lettre missive à caractère diffamatoire portant une fausse signature cause un préjudice à la fois à la personne dont la signature a été contrefaite et à la personne diffamée<sup>46</sup>, bien que cette lettre n'ait aucune finalité probatoire. De même, le fait de déposer en mairie une demande de permis de construire établie au nom d'un architecte et portant la fausse signature de celui-ci cause un préjudice à cet architecte<sup>47</sup>, bien que la demande de permis de construire ne constitue pas un titre.

**12.** Le système élaboré par Émile Garçon a cependant été vivement critiqué par Donnedieu de Vabres dans un article publié à la *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé* en 1940. Ce dernier soutenait dans un premier temps que pour causer un préjudice à un tiers, il n'était pas nécessaire que le faux soit commis dans un « document d'origine », c'est-à-dire un document « destiné, au moment où il a été établi, à servir de preuve »<sup>48</sup>, en d'autres termes un titre. À l'appui de cette thèse, Donnedieu de Vabres faisait valoir que la falsification d'un « document de hasard », par exemple une lettre d'amour

- (43) Finalité probatoire et force probante ne doivent pas être confondues. La finalité probatoire renvoie à l'objet du document, à ce pour quoi il a été établi : un document a une finalité probatoire dès lors qu'il est destiné par ses rédacteurs à rapporter la preuve d'un acte juridique ou d'un fait juridique. La force probante des documents dotés d'une finalité probatoire est variable, elle renvoie au système de preuves, plus précisément à la liberté d'appréciation des preuves que peut ou non exercer le juge. Par exemple, la force probante des procès-verbaux de police est en principe limitée, l'art. 430 C. pr. pén. disposant que « Sauf dans le cas où la loi en dispose autrement, les procès-verbaux et les rapports constatant les délits ne valent qu'à titre de simples renseignements ». Cette disposition signifie qu'en principe, les procès-verbaux de police laissent entière la liberté d'appréciation des preuves que le juge pénal exerce en vertu du principe de l'intime conviction (seuls certains procès-verbaux de police font foi jusqu'à preuve contraire ou jusqu'à inscription de faux : sur la force probante des procès-verbaux de police, v. not. S. Guinchard, J. Buisson, *Procédure pénale*, 15<sup>e</sup> éd., LexisNexis, 2022, n° 556 s., p. 493 s.). Les procès-verbaux de police n'en ont pas moins une finalité probatoire dès lors qu'ils ont pour objet d'établir la preuve d'un fait juridique, généralement une infraction. Sur l'application potentielle de l'incrimination du faux à un procès-verbal de police, alors même qu'il ne vaudrait qu'à titre de simple renseignement, v. not. Crim. 28 oct. 2003, n° 02-87.628, Bull. crim. n° 201 ; D. 2004. 189 ; AJ pénal 2004. 31, obs. A. P.
- (44) Une facture ne constitue qu'une déclaration unilatérale soumise à vérification. La Cour de cassation a cependant admis que certaines factures, notamment les factures entre commerçants ou passées en comptabilité, puissent constituer un faux. Sur cette question, v. not. J. Djoudi, Les fausses factures et le délit de faux, RSC 1996. 357 ; V. Malabat, « Faux », Rép. pén. Dalloz, oct. 2004, n° 22 ; M. Segonds, Fasc. 20 : Faux, 1<sup>er</sup> mai 2022, J.-Cl. Pénal Code - Art. 441-1 à 441-12, n° 26.
- (45) Sur cette fausse lettre missive, v. not. P. Miquel, *L'Affaire Dreyfus*, 10<sup>e</sup> éd., PUF, coll. « Que sais-je ? », 2003, p. 33-34 et p. 71 s.
- (46) Crim. 12 nov. 1813, préc.
- (47) Crim. 13 oct. 1999, n° 99-81.107, Bull. crim. n° 218 ; D. 2000. 5 ; RDI 2000. 103, obs. G. Roujou de Boubée ; *ibid.* 175, obs. B. Boubli ; Dr. pénal 2000. 42 (3<sup>e</sup> arrêt), obs. Véron (préc.) : « la fabrication d'une demande de permis de construire faussement attribuée à un architecte est de nature à causer un préjudice moral à celui-ci, en pouvant porter atteinte à sa réputation professionnelle et engager sa responsabilité ».
- (48) H. Donnedieu de Vabres, La notion de document dans le faux en écritures. Examen critique du système constructif français, RSC 1940. 163.

ou une lettre diffamatoire, pouvait infliger à l'honneur ou à la fortune d'une personne un dommage bien supérieur à celui résultant de la falsification d'un « document d'origine » dont la portée pouvait être très limitée<sup>49</sup>. Poursuivant son raisonnement, Donnedieu de Vabres faisait observer que la loi n'exigeait pas que le faux soit commis dans un titre, dès lors que l'article 147 de l'ancien code pénal incriminait notamment la contrefaçon et l'altération d'écritures ou de signatures qui pouvaient se pratiquer à l'égard des « documents de hasard »<sup>50</sup>. Il relevait également que la jurisprudence étendait la qualification de faux aux altérations de la vérité commises dans les « documents de hasard », la Cour de cassation ayant jugé, dès 1813, que la fabrication d'une lettre diffamatoire faussement attribuée à un tiers constituait un faux<sup>51</sup>. Il en concluait que « L'aptitude à servir de preuve, en l'absence de toute destination suffit donc à caractériser le document, dans la théorie générale du faux »<sup>52</sup>.

Dans un second temps, Donnedieu de Vabres rejetait la distinction établie par Garçon entre le faux intellectuel et le faux matériel, estimant que « dans tous les cas, le préjudice est subordonné au caractère probatoire de l'acte, qui ne peut s'entendre différemment suivant que l'atteinte à la vérité dont il est l'objet est résultée, ou non, d'une contrefaçon ou altération d'écriture ou de signature »<sup>53</sup>. Il en concluait que l'incrimination devait être subordonnée à l'aptitude probatoire du document quel que soit le type de faux, matériel ou intellectuel<sup>54</sup>.

Ce refus de différencier la définition du faux intellectuel et du faux matériel pourrait sembler surprenant de la part de celui qui a sans doute le mieux saisi la diffé-

rence essentielle qui sépare et oppose ces deux « formes » de faux. Donnedieu de Vabres a néanmoins maintenu sa position en réitérant sa critique à l'encontre de la distinction établie par Garçon dans un ouvrage publié en 1943<sup>55</sup>, soit postérieurement à l'article publié en 1941 dans lequel il avait identifié le critère de distinction du faux intellectuel et du faux matériel.

**13.** Le cheminement par lequel Donnedieu de Vabres parvient à la conclusion que la condition de la destination probatoire doit être remplacée par celle de l'aptitude probatoire est fort instructif. L'auteur constate que des faux matériels commis dans des écrits ne valant pas titre peuvent causer un grave préjudice à autrui, considère que ces faux matériels doivent être punis, constate qu'ils le sont en législation et en jurisprudence, pour en conclure que la condition de la destination probatoire doit être remplacée par celle, plus large, de l'aptitude probatoire. Il est donc clair que si Donnedieu de Vabres rejette la distinction établie par Garçon entre le faux intellectuel et le faux matériel, ce n'est pas parce qu'il souhaite soustraire à l'application de la loi pénale les faux matériels commis dans les documents ne valant pas titre, c'est uniquement parce qu'il considère qu'un « document de hasard » matériellement falsifié peut être doté d'une aptitude probatoire et constituer un faux punissable. D'où la formulation d'une condition commune au faux intellectuel et au faux matériel.

La condition commune de l'aptitude probatoire encourt cependant une grave objection. L'objet de l'aptitude probatoire, c'est-à-dire ce que doit pouvoir prouver le document, n'est pas et ne peut pas être le même selon que le faux est matériel

(49) *Ibid.*, p. 163-164.

(50) *Ibid.*, p. 164.

(51) *Ibid.*, p. 164-165, citant not. Crim. 12 nov. 1813, préc.

(52) *Ibid.*, p. 165.

(53) *Ibid.*, p. 178.

(54) *Ibid.*, p. 179.

(55) H. Donnedieu de Vabres, *Essai sur la notion de préjudice dans la théorie générale du faux documentaire*, Sirey, 1943, p. 101 à 107.

ou intellectuel. Pour s'en rendre compte, il suffit de réfléchir à partir du cas qui constitue le point de départ du raisonnement de Donnedieu de Vabres : celui de la lettre missive faussement attribuée à un tiers. Supposons, par exemple, qu'une personne contrefasse la signature d'un tiers au bas d'une lettre d'insultes adressée à un magistrat. Dans une telle hypothèse, la condition de l'aptitude probatoire ne peut en aucun cas être satisfaite par l'aptitude de la fausse lettre d'insultes à prouver les énonciations qu'elle contient, précisément parce que ces énonciations ne sont que des insultes. En d'autres termes, la fausse lettre ne prouve ni ne peut prouver aucun fait extérieur à elle. Ce faux matériel est néanmoins très grave dans la mesure où il impute à la personne dont la signature a été contrefaite un délit d'outrage à magistrat qu'elle n'a pas commis. Dès lors, pour retenir la qualification de faux telle qu'elle a été définie par Donnedieu de Vabres, on doit considérer que la condition de l'aptitude probatoire est satisfaite par l'aptitude de la fausse lettre d'insultes à prouver que son auteur apparent a adressé une lettre d'insultes à un magistrat.

Ainsi, d'un point de vue général, si l'on ne veut pas laisser impunis de nombreux faux matériels fort préjudiciables, il faut admettre que la condition de l'aptitude probatoire du document matériellement falsifié puisse être satisfaite par son aptitude à prouver, non pas un fait qui lui serait extérieur, mais son existence même, en ce compris l'identité de son auteur apparent. Or, dans l'hypothèse d'un

faux intellectuel, on ne saurait admettre que la condition de l'aptitude probatoire puisse être satisfaite par l'aptitude du document à prouver sa propre existence, en ce compris l'identité de son auteur ; on ne doit pouvoir admettre que cette condition est remplie que si le document peut prouver un fait juridique qui lui est extérieur. Par exemple, dans le cas d'une attestation mensongère, la condition de l'aptitude probatoire ne peut être satisfaite que si l'attestation peut prouver le fait juridique attesté<sup>56</sup> ; elle ne saurait être considérée comme satisfaite au motif que l'attestation peut prouver qu'elle a été établie par son auteur !

En résumé, la condition commune de l'aptitude probatoire préconisée par Donnedieu de Vabres est de nature à entraîner une grande confusion juridique, car si l'on admet, d'une part, que tous les faux matériels doivent être incriminés, d'autre part, que seuls les mensonges commis dans un document valant titre doivent être incriminés, alors on doit appliquer la condition commune de l'aptitude probatoire avec la plus grande ambivalence. Dans l'hypothèse du faux matériel, cette condition doit être rapportée à l'existence même du document, en ce compris l'identité de son auteur apparent, et doit ainsi toujours être considérée comme satisfaite. Dans l'hypothèse du faux intellectuel, elle doit être rapportée à un fait extérieur au document, et n'être considérée comme satisfaite que si ledit document est apte à prouver ce fait. Une application non ambivalente de la condition, consistant à rechercher exclusivement si le document prouve ou peut

(56) Si l'attestation est relative au fait d'autrui, elle a une finalité probatoire et tombe donc sous le coup de l'incrimination spéciale de l'attestation mensongère prévue par l'art. 441-7, 1<sup>o</sup>, C. pén. Mais si elle est relative à son propre fait, elle n'a aucune finalité probatoire en vertu du principe selon lequel « Nul ne peut se constituer de titre à soi-même » et elle échappe donc à l'incrimination spéciale de l'attestation mensongère. En ce sens, Crim. 7 mars 2012, n<sup>o</sup> 11-82.153, Bull. crim. n<sup>o</sup> 66 ; D. 2012. 815 ; *ibid.* 2917, obs. G. Roujou de Boubée, T. Garé, M.-H. Gozzi, S. Mirabail et T. Potaszkin ; AJ fam. 2012. 405, obs. C. Elkouby Salomon ; RTD com. 2012. 855, obs. B. Bouloc ; AJ pénal 2012. 287, obs. J. Gallois : « Vu l'article 441-7 1<sup>o</sup> du code pénal ; Attendu que seules les déclarations établies en faveur d'un tiers bénéficiaire constituent une attestation ou un certificat au sens de l'article précité ».

prouver un fait extérieur à lui, ne pourrait qu'entraîner l'impunité de certains faux matériels pourtant fort préjudiciables<sup>57</sup>.

En outre, cette condition commune est de nature à entraîner une extension injustifiée du champ d'application de l'incrimination du faux intellectuel, car la notion d'aptitude probatoire est plus large, et aussi plus vague, que celle de destination probatoire.

**14.** La thèse défendue par Donnedieu de Vabres s'est néanmoins imposée au détriment du système élaboré par Garçon, le législateur à l'origine du nouveau code pénal ayant consacré la définition du faux proposée par le premier<sup>58</sup>. Sans distinguer selon le « mode » de commission du faux, matériel ou intellectuel, l'article 441-1, alinéa 1<sup>er</sup>, du nouveau code pénal subordonne la répression du faux à la double condition que l'altération frauduleuse de la vérité soit de nature à causer un préjudice et soit commise dans un document qui a pour objet *ou qui peut avoir pour effet* d'établir la preuve d'un droit ou d'un fait ayant des conséquences juridiques.

Cependant, malgré l'entrée en vigueur de cette nouvelle définition légale, la chambre

criminelle de la Cour de cassation a maintenu la solution qu'elle avait adoptée sous l'empire de l'ancien code pénal. Elle a en effet continué de juger, à de multiples reprises et encore récemment, que « le faux matériel qui a occasionné un préjudice à la personne dont il est censé émaner est punissable, qu'il ait eu ou non pour objet ou pour effet d'établir la preuve d'un droit ou d'un fait ayant des conséquences juridiques »<sup>59</sup>. La condition de l'aptitude probatoire du document argué de faux se trouve ainsi complètement escamotée par la chambre criminelle, en contradiction flagrante avec la lettre claire et précise de l'article 441-1 du code pénal<sup>60</sup>. Cette solution jurisprudentielle ouvertement *contra legem* est certainement critiquable au regard du principe de légalité des délits et des peines et de son corollaire, le principe d'interprétation stricte de la loi pénale<sup>61</sup>. On doit cependant reconnaître que cette solution est parfaitement conforme à la thèse selon laquelle l'authenticité des documents constitue une condition essentielle au bon fonctionnement de toute société écrite, et que le fait de forger un document non authentique constitue toujours un comportement grave et particulièrement nuisible, même si le document contrefait ou falsifié ne constitue pas un titre<sup>62</sup>.

(57) Dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt précité du 13 octobre 1999 (Crim. 13 oct. 1999, n° 99-81.107, Bull. crim. n° 218), les juges du fond avaient relevé que la demande de permis de construire portant la signature contrefaite d'un architecte « constitu[ait] bien un écrit qui a pour effet d'établir la preuve d'un fait ayant des conséquences juridiques : dépôt d'une demande en vue d'obtenir de l'autorité publique une autorisation ». En somme, les juges du fond avaient jugé que la condition légale de l'aptitude probatoire était remplie dès lors que la demande de permis prouvait sa propre existence... La Cour de cassation n'a ni censuré ni conforté ce motif ; elle a rejeté le pourvoi après avoir simplement énoncé que « la fabrication d'une demande de permis de construire faussement attribuée à un architecte est de nature à causer un préjudice moral à celui-ci, en pouvant porter atteinte à sa réputation professionnelle et engager sa responsabilité », sans un mot pour la condition légale de l'aptitude probatoire.

(58) *Supra*, n° 5.

(59) Crim. 27 juin 2018, n° 17-81.759, inédit. V. égal., dans le même sens : Crim. 3 déc. 2008, n° 08-82.896, inédit, Rev. pénit. 2009. 451, obs. Conte ; 19 mars 2014, n° 13-80.884, inédit ; 6 avr. 2016, n° 14-85.501, inédit, RTD com. 2016. 574, obs. L. Saenko ; RD pénal comm. 106, obs. Conte ; 18 juill. 2017, n° 15-84.859, inédit ; Crim. 14 nov. 2018, n° 17-83.145.

(60) En ce sens, V. Malabat, *Droit pénal spécial*, Dalloz, HyperCours, 2020, p. 651, n° 1002 : « Pourtant, le texte de l'article 441-1 devrait s'opposer à cette solution puisqu'il pose distinctement et donc cumulativement l'exigence d'une falsification portant sur un écrit ayant une valeur probatoire et celle d'une falsification préjudiciable » ; M. Segonds, Fasc. 20 : Faux, 1<sup>er</sup> mai 2022, J.-Cl. Pénal Code - Art. 441-1 à 441-12, n° 25.

(61) En ce sens, E. Dreyer, *Droit pénal spécial*, LGDJ, Lextenso, 2020, p. 364 *in fine*.

(62) En ce sens, Ph. Conte, RD pénal comm. 106, obs. sous Crim. 6 avr. 2016 (préc.) : « Au demeurant, cette solution propre au faux matériel n'emporte aucune conséquence excessive dès lors qu'elle permet de réprimer un faussaire dont le procédé, par sa nature grossière, n'incite pas à une mansuétude particulière (d'ailleurs, pour les cas de faux matériel, l'article 147 de l'ancien code pénal ne faisait déjà aucune allusion à la nature de l'acte falsifié) ».

## Conclusion

**15.** En conclusion, la distinction doctrinale du faux matériel et du faux intellectuel est pour le moins singulière. Elle vise à mettre en exergue la différence qui sépare ces deux espèces de faux, mais cette différence est si fondamentale qu'en réalité ces deux espèces n'appartiennent pas au même genre. En effet, le faux matériel et le faux intellectuel sont constitués par des comportements essentiellement différents qui devraient être punissables à des conditions elles aussi très différentes. Ces deux « formes » de faux n'ont donc aucun dénominateur commun. Dans ces conditions, la définition générale et unitaire du faux proposée par la doctrine et consacrée par le législateur à l'article 441-1, alinéa 1<sup>er</sup>, du nouveau code pénal, ne pouvait qu'être inadéquate à l'une ou l'autre de ces « formes » de faux. En l'occurrence, elle est totalement inadaptée au faux matériel, tant sur le plan du comportement constitutif que sur le plan des conditions subordonnant sa répression. Néanmoins, les juridictions pénales continuent, par l'effet d'une force d'inertie acquise sous l'empire de l'ancien code pénal, de réprimer le faux matériel, même lorsqu'il ne comporte aucune altération de la vérité et même lorsqu'il est commis dans un document dépourvu de toute portée probatoire. Cette jurisprudence est tout à fait opportune sur le plan de la politique pénale, mais elle est contestable au regard du principe de légalité des délits et des peines. Il apparaît dès lors hautement souhaitable que le législateur réforme en profondeur le droit du faux.

**16.** S'il s'engageait sur cette voie, le législateur devrait d'abord rompre avec la confusion terminologique qui règne actuellement en la matière, en réservant la qualification de « faux » et plus précisément

celle de « faux document » au seul faux matériel, à l'exclusion du faux intellectuel. Certes, le terme « faux » recouvre deux significations bien distinctes<sup>63</sup> et constitue à ce titre le membre de deux couples d'antonymes bien distincts : d'une part, le couple « authentique/faux » auquel se rattache le faux matériel, d'autre part, le couple « vrai/faux » auquel se rattache le faux intellectuel. Cependant, le terme « faux » ne qualifie pas le même objet dans l'hypothèse du faux matériel et dans celle du faux intellectuel. Dans l'hypothèse du faux matériel, le terme « faux » se rapporte au document, car c'est le document lui-même qui constitue un faux, c'est-à-dire une chose non authentique. La qualification de « faux document » désigne donc adéquatement le résultat produit par le comportement constitutif du faux matériel. En revanche, dans l'hypothèse du faux intellectuel, le terme « faux » se rapporte non pas au document dès lors que celui-ci est authentique, mais à la constatation, énonciation ou attestation sciemment contraire à la vérité contenue dans le document. Par suite, la qualification de « document mensonger » serait nettement plus adaptée que celle de « faux document » pour désigner le résultat produit par le comportement constitutif du faux intellectuel.

**17.** Ainsi, le législateur devrait incriminer distinctement et séparément le fait de réaliser un faux document et, sous certaines conditions seulement, le fait d'établir un document mensonger. Telle est précisément la méthode employée par le législateur allemand<sup>64</sup>. D'une part, le paragraphe 267 du *Strafgesetzbuch* (StGB), qui est intitulé « *Falsification de documents* » (« *Urkundenfälschung* »), punit de cinq ans d'emprisonnement maxi-

(63) V. par ex. les sens n° 1 et 2 du terme « faux » dans le Petit Robert : « 1. Qui n'est pas vrai, qui est contraire à la vérité (pensable, observable). [...] 2. (souvent avant le nom) Qui n'est pas vraiment, réellement ce qu'il paraît être ».

(64) Je remercie chaleureusement Madame Jenny Frinchaoy, Maître de conférences en droit privé et sciences criminelles à l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne, sans laquelle ce développement relatif au droit pénal allemand n'aurait pas été possible.

mum ou d'une amende le fait de fabriquer un document non authentique (« *eine unechte Urkunde herstellt* »), le fait de falsifier un document authentique (« *eine echte Urkunde verfälscht* ») et le fait de faire usage d'un document non authentique ou falsifié (« *eine unechte oder verfälschte Urkunde gebraucht* »)<sup>65</sup>. Comme l'a bien relevé la doctrine allemande, ce texte n'incrimine aucune forme de mensonge écrit ; il garantit exclusivement l'authenticité des documents, pas leur véridicité<sup>66</sup>. D'autre part, des paragraphes distincts du *Strafgesetzbuch* incriminent ponctuellement des espèces particulières de mensonge écrit. Par exemple, le paragraphe 348, qui est situé dans une tout autre section du code, à savoir celle relative aux infractions commises dans l'exercice de fonctions publiques, punit de cinq ans d'emprisonnement maximum ou d'une amende l'officier public habilité à dresser des actes publics qui, dans le cadre de ses fonctions, constate faussement un fait juridiquement important ou le transcrit ou l'inscrit faussement dans des registres, livres ou fichiers publics<sup>67</sup>.

**18.** Au sein du code pénal français, l'incrimination du faux document aurait toute sa place dans le chapitre 1<sup>er</sup> du titre IV du livre IV du code pénal, car le faux document constitue effectivement une atteinte à la

confiance publique<sup>68</sup>, au même titre que la contrefaçon ou falsification des pièces de monnaie et des billets de banque<sup>69</sup>, des titres et autres valeurs fiduciaires émises par l'autorité publique<sup>70</sup> et des marques de l'autorité<sup>71</sup>. Ces infractions, auxquelles il faut ajouter la contrefaçon ou falsification des chèques et des autres instruments de paiement<sup>72</sup>, ainsi que le faux artistique<sup>73</sup>, appartiennent toutes au même genre d'infractions.

L'infraction de faux document est cependant plus difficile à définir que les autres infractions du même genre, car la contrefaçon d'un document (reproduction frauduleuse d'un document) et la falsification d'un document (altération frauduleuse d'un document postérieurement à sa clôture) ne constituent pas les seuls moyens de forger un faux document. En effet, la contrefaçon, dans un document quelconque, de l'écriture d'autrui, de la signature d'autrui ou de tout autre signe distinctif et personnel d'autrui, fait inmanquablement naître un faux document. De même, l'altération délibérée de sa propre signature et l'apposition de la signature d'une personne imaginaire dans un document quelconque ont également pour résultat un faux document. Conformément au principe de légalité des délits et des peines et à l'exigence

(65) StGB, § 267 (1) : « Wer zur Täuschung im Rechtsverkehr eine unechte Urkunde herstellt, eine echte Urkunde verfälscht oder eine unechte oder verfälschte Urkunde gebraucht, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft ». Traduction : « Celui qui, dans le but de tromper dans les relations juridiques, aura fabriqué un document non authentique, falsifié un document authentique ou fait usage d'un document non authentique ou falsifié, sera puni de cinq ans d'emprisonnement au plus ou d'une peine pécuniaire »

(66) En ce sens, M. Brockhaus, « Die Urkundenfälschung und die Straflosigkeit der "schriftlichen Lüge" », *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 2008, S. 556 (557 f.). Traduction du titre de cet article : « Le faux document et l'impunité du "mensonge écrit" ».

(67) StGB, § 348 (1) : « Ein Amtsträger, der, zur Aufnahme öffentlicher Urkunden befugt, innerhalb seiner Zuständigkeit eine rechtlich erhebliche Tatsache falsch beurkundet oder in öffentliche Register, Bücher oder Dateien falsch einträgt oder eingibt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft ».

(68) *Supra*, n° 9.

(69) C. pén., art. 442-1 à 442-16.

(70) C. pén., art. 443-1 à 443-8.

(71) C. pén., art. 444-1 à 444-9.

(72) C. mon. fin., art. L. 163-3.

(73) Loi dite Bardoux du 9 févr. 1895 sur les fraudes en matière artistique, art. 1<sup>er</sup>. Sur le faux artistique, v. not. C. Ducouloux-Favard, *Le faux en art et en droit*, LexisNexis, 2012.

constitutionnelle de clarté et de précision des incriminations pénales<sup>74</sup>, la définition légale de l'infraction devrait énumérer ces différents moyens de réaliser un faux document<sup>75</sup>. En outre, elle devrait exiger que l'auteur a l'intention de faire croire à l'authenticité du faux document, afin de tenir hors du champ d'application de l'incrimination les reproductions et modifications de documents qui ne visent aucunement à tromper autrui sur l'authenticité du document réalisé. En revanche, cette définition ne devrait exiger ni portée probatoire du document ni même préjudice, car les faux documents portent nécessairement atteinte à la confiance publique<sup>76</sup>.

Enfin, la formule « dans un écrit ou tout autre support d'expression de la pensée », qui est celle de l'article 441-1 du nouveau code pénal, n'est pas très satisfaisante. Elle paraît d'abord un peu dépassée en ce qu'elle implique que l'écrit constitue en tant que tel un support, alors que le code civil prévoit, depuis la loi n° 2000-230 du 13 mars 2000 portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique, que « L'écrit consiste en une suite de lettres, de caractères, de chiffres ou de tous autres signes ou symboles dotés d'une signification intelligible, quel que soit leur support »<sup>77</sup>. Ainsi, le code civil oppose désormais l'écrit « sur support papier »<sup>78</sup> à l'écrit « sur support électronique »<sup>79</sup>. La formule de l'article 441-1 est

ensuite un peu trop large, dans la mesure où elle pourrait être interprétée comme comprenant la contrefaçon ou la falsification d'un enregistrement audiovisuel ou sonore, alors que ce comportement devrait le cas échéant faire l'objet d'une incrimination distincte et séparée en raison de sa spécificité et des difficultés que sa définition soulève. La formule précitée devrait donc être abandonnée, pour être remplacée par la notion synthétique de « document », étant précisé qu'un document est une pièce écrite<sup>80</sup>, quel qu'en soit le support, papier ou électronique. Afin d'alléger l'incrimination, cette notion pourrait être définie dans un article distinct qui ouvrirait le chapitre 1<sup>er</sup> du titre IV du livre IV du code pénal. À l'intérieur de ce chapitre renommé « Des faux documents », les articles 441-1 et 441-2 du code pénal pourraient être modifiés comme suit :

#### Article 441-1

« Au sens du présent chapitre, constitue un document toute pièce écrite, quel qu'en soit le support ».

#### Article 441-2

« Le fait de réaliser un faux document, soit par contrefaçon partielle ou totale d'un document, soit par contrefaçon de la signature d'autrui, de l'écriture d'autrui ou de toute autre marque distinctive et personnelle d'autrui, soit par altération

(74) Le Conseil constitutionnel juge qu'il résulte de l'article 34 de la Constitution et de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 que le législateur a l'obligation de définir les infractions en termes suffisamment clairs et précis pour exclure l'arbitraire. V. par ex. Cons. const. 4 mai 2012, n° 2012-240 QPC, M. Gérard D., à propos de la définition du délit de harcèlement sexuel, AJDA 2012. 1490, étude M. Komly-Nallier et L. Crusoe ; D. 2012. 1372, note S. Detraz ; *ibid.* 1177, édito. F. Rome ; *ibid.* 1344, point de vue G. Roujou de Boubée ; *ibid.* 1392, entretien C. Radé ; *ibid.* 2917, obs. G. Roujou de Boubée, T. Garé, M.-H. Gozzi, S. Mirabail et T. Potaszkin ; *ibid.* 2013. 1026, obs. P. Lokiec et J. Porta ; *ibid.* 1235, obs. REGINE ; *ibid.* 1584, obs. N. Jacquinet et A. Mangiavillano ; JA 2012, n° 460, p. 11, obs. L.T. ; AJ pénal 2012. 482, obs. J.-B. Perrier ; Dr. soc. 2012. 714, note B. Lapérou-Schneider ; *ibid.* 720, chron. R. Salomon et A. Martinel ; *ibid.* 944, obs. L. Lerouge ; RSC 2012. 371, obs. Y. Mayaud ; *ibid.* 380, obs. A. Cerf-Hollender ; *ibid.* 2013. 436, obs. B. de Lamy. Cette exigence constitutionnelle a été affirmée pour la première fois dans la décision n° 80-127 DC du 20 janv. 1981, *Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes*, § 7.

(75) Ce que faisaient les art. 145 s. de l'ancien C. pén.

(76) *Supra*, n° 9.

(77) C. civ., art. 1365.

(78) C. civ., art. 1366.

(79) C. civ., art. 1369 al. 2.

(80) Le document est une pièce écrite, soit un écrit fixé sur un support fini, détachable et transportable (que le support soit en papier ou électronique). Par suite, les écrits tracés sur les murs d'un bâtiment ou sur le mobilier urbain ne rentrent pas dans la définition du faux document (ni dans celle du document mensonger).

de sa propre signature ou apposition de la signature d'une personne imaginaire, soit par falsification d'un document postérieurement à sa clôture, dans l'intention de tromper autrui sur son authenticité, est puni de [...] ans d'emprisonnement et de [...] euros d'amende.

« L'usage frauduleux d'un faux document est puni des mêmes peines ».

Les articles 441-3 et suivants pourraient éventuellement prévoir des peines aggravées en raison de la nature spécifique du document. Nous avons cependant pu constater, notamment avec l'exemple historique du « faux Henry »<sup>81</sup>, que la fabrication d'une simple lettre missive pouvait causer un préjudice extrêmement grave aux tiers. Dès lors, il est permis de s'interroger sur le point de savoir s'il est vraiment justifié de prévoir des peines plus élevées pour les faux documents publics<sup>82</sup> que pour les faux documents privés<sup>83</sup>. De même, mais en sens contraire, il n'est pas certain qu'il soit justifié de prévoir des peines moins élevées pour les fausses attestations<sup>84</sup> que pour les autres faux documents<sup>85</sup>. En revanche, il paraît justifié de réprimer plus sévèrement les faux documents administratifs, eu égard à la dangerosité sociale particulièrement élevée que présentent la contrefaçon et la falsification des passeports, cartes d'identité, permis de conduire, cartes grises et autres documents du même genre<sup>86</sup>. Il paraîtrait également justifié de qualifier spéciale-

ment et de réprimer plus sévèrement le faux testament<sup>87</sup>.

Enfin, indépendamment de ce qui précède, il est certainement justifié de fulminer des peines aggravées à l'encontre des personnes dépositaires de l'autorité publique ou chargées d'une mission de service public ayant réalisé un faux document dans l'exercice de leurs fonctions ou de leur mission<sup>88</sup>.

19. Quant à l'incrimination du document mensonger, elle devrait être formulée en partant du principe suivant lequel seuls les mensonges écrits les plus graves et les plus intolérables doivent être pénalement répréhensibles. De ce point de vue, la définition du faux intellectuel, telle qu'elle résulte de l'actuel article 441-1 du nouveau code pénal, paraît trop large, tant pour ce qui concerne le comportement constitutif du délit que pour ce qui concerne les conditions subordonnant la répression de ce comportement.

S'agissant, en premier lieu, du comportement constitutif du délit, l'actuel article 441-1 vise « Toute altération frauduleuse de la vérité [...] accomplie par quelque moyen que ce soit, dans un écrit ou tout autre support d'expression de la pensée ». Cette définition laisse totalement indéterminé le point de savoir si l'incrimination est limitée au fait d'établir frauduleusement un document mensonger<sup>89</sup> ou si elle s'étend au mensonge oral ayant déterminé un officier public ou toute autre personne à établir, de bonne foi, un document non véri-

(81) *Supra*, n° 11.

(82) C. pén., art. 441-4, al. 1 et 2.

(83) Par exemple, la falsification d'une fiche de paie émanant d'une administration publique ne paraît pas plus grave que la falsification d'une fiche de paie émanant d'un employeur privé.

(84) À ne pas confondre avec les attestations mensongères qui, dans notre système, constituent des documents mensongers et non pas des faux documents.

(85) D'ailleurs, l'art. 441-7 C. pén. n'incrimine pas le fait de réaliser une fausse attestation en contrefaisant la signature ou l'écriture d'autrui : il incrimine uniquement le fait d'établir une attestation mensongère (1°), le fait de falsifier une attestation originellement sincère (2°) et l'usage d'une attestation inexacte ou falsifiée (3°). Cette différence de peine instituée par la loi entre les attestations falsifiées, relevant de l'art. 441-7, 2°, et les fausses attestations fabriquées *ex nihilo*, relevant de l'art. 441-1, ne paraît pas justifiée.

(86) Les nombreuses incriminations relatives aux faux documents administratifs sont dispersées aux art. 441-2, 441-3, 441-5, 441-6 et 441-8 C. pén. Elles devraient être regroupées, le cas échéant dans une section distincte.

(87) La loi de Sylla sur le faux (*lex Cornelia de falsis*) incriminait spécialement le faux testament, aux côtés de la fausse monnaie, des faux poids et mesures et de l'usurpation d'état civil. Sur ce point, J.-M. Carbasse, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, PUF, 3<sup>e</sup> édition mise à jour, 2014, n° 27, p. 65.

(88) C. pén., art. 441-4, al. 3.

(89) Établir ou faire établir frauduleusement : sur l'assimilation jurisprudentielle de l'auteur intellectuel à l'auteur matériel, v. not. M. Segonds, Fasc. 20 : Faux, 1<sup>er</sup> mai 2022, J.-Cl. Pénal Code - Art. 441-1 à 441-12, n° 58.

dique. Cette question ne semble pas avoir été tranchée par la Cour de cassation<sup>90</sup>. En tout état de cause, c'est au législateur qu'il appartient de régler cette question en vertu de l'exigence constitutionnelle de clarté et de précision des incriminations pénales. Selon nous, le législateur devrait clairement et uniquement viser « le fait d'établir frauduleusement<sup>91</sup> un document mensonger », quitte à prévoir des incriminations spéciales et complémentaires pour celles des déclarations mensongères qui lui paraissent devoir être pénalement répréhensibles<sup>92</sup>. En outre, la notion d'« altération frauduleuse de la vérité » est très abstraite, pour ne pas dire vague. Elle pourrait être opportunément remplacée par l'énumération suivante : « énonciation, constatation, attestation, stipulation, disposition, retranscription, mention ou information sciemment contraire à la vérité ».

S'agissant, en second lieu, des conditions subordonnant la répression du comportement constitutif, l'actuel article 441-1 exige que l'altération frauduleuse de la vérité soit accomplie « dans un écrit ou tout autre support d'expression de la pensée qui a pour objet ou qui peut avoir pour effet d'établir la preuve d'un droit ou d'un fait ayant des conséquences juridiques » et soit « de nature à causer un préjudice ». Ces deux conditions paraissent également trop larges. Premièrement, l'incrimination devrait exclusivement viser les mensonges

écrits dans les documents dotés d'une finalité probatoire, c'est-à-dire les documents destinés à rapporter la preuve d'un acte juridique ou d'un fait juridique<sup>93</sup>. Deuxièmement, l'incrimination devrait plus précisément exiger que le mensonge écrit soit de nature à causer un préjudice à un tiers, afin qu'aucun prétendu préjudice social ne puisse être invoqué pour justifier la répression d'un mensonge écrit.

Il résulte de ce qui précède que l'incrimination du document mensonger pourrait être redigée comme suit :

« Le fait d'établir frauduleusement un document mensonger en portant une énonciation, constatation, attestation, stipulation, disposition, retranscription, mention ou information sciemment contraire à la vérité, de nature à causer un préjudice à un tiers, dans un écrit destiné à rapporter la preuve d'un acte juridique ou d'un fait juridique, est puni de [...] ans d'emprisonnement et de [...] euros d'amende.

« L'usage frauduleux d'un document mensonger est puni des mêmes peines ».

Un autre article pourrait prévoir une circonstance aggravante pour le cas où le document mensonger est établi par un officier public ou une personne dépositaire de l'autorité publique, chargée d'une mission de service public ou investie d'un mandat

(90) La Cour de cassation a cependant jugé que la déclaration mensongère de reconnaissance de paternité faite à l'officier de l'état civil ne constitue pas un faux, au motif que la reconnaissance de paternité peut toujours être contestée par son auteur lui-même : Crim. 8 mars 1988, Bull. crim. n° 117, D. 1989. 528, note E. S. de la Marnierre ; JCP 1989. II. 21162, note W. Jeandier.

(91) L'adverbe « frauduleusement » a pour fonction d'exclure du champ d'application de l'incrimination l'établissement de bonne foi d'un document mensonger. Certes, l'art. 121-3 C. pén. dispose qu'« Il n'y a point de crime ou de délit sans intention de le commettre », de sorte que l'on pourrait considérer que cette précision est redondante et donc inutile. Cependant, cette disposition générale n'empêche pas le législateur, par exemple, de définir le vol comme « la soustraction frauduleuse de la chose d'autrui » ou le recel comme « le fait de dissimuler, de détenir ou de transmettre une chose [...] en sachant que cette chose provient d'un crime ou d'un délit ».

(92) Ce que le législateur allemand a fait : le paragraphe 271 du StGB punit de trois ans d'emprisonnement maximum ou d'une amende le fait de faire en sorte que des déclarations, des délibérations ou des faits ayant une incidence sur des droits ou des rapports juridiques soient constatés ou enregistrés dans des actes, livres, fichiers ou registres publics comme s'ils avaient été faits alors qu'ils n'ont pas été faits ou qu'ils ont été faits d'une autre manière ou par une personne agissant en une qualité qui n'est pas la sienne ou par une autre personne (StGB, § 271 (1) : « Wer bewirkt, daß Erklärungen, Verhandlungen oder Tatsachen, welche für Rechte oder Rechtsverhältnisse von Erheblichkeit sind, in öffentlichen Urkunden, Büchern, Dateien oder Registern als abgegeben oder geschehen beurkundet oder gespeichert werden, während sie überhaupt nicht oder in anderer Weise oder von einer Person in einer ihr nicht zustehenden Eigenschaft oder von einer anderen Person abgegeben oder geschehen sind, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft »).

(93) Les notions d'actes juridiques et de faits juridiques sont désormais prévues et définies aux art. 1100, 1100-1 et 1100-2 C. civ.

électif public, dans l'exercice de ses fonctions, de sa mission ou de son mandat.

Si l'incrimination du document mensonger était ainsi créée, dans quelle subdivision du code pénal faudrait-il l'insérer ? L'incrimination du document mensonger ne serait pas à place dans le titre IV du livre IV du code pénal, car les documents mensongers ne constituent pas des atteintes à la confiance publique dès lors qu'ils ruinent uniquement la crédibilité de leur auteur<sup>94</sup>. Elle ne serait pas non plus à sa place dans le chapitre des « atteintes à l'action de justice » du titre III du livre IV du code pénal, car si le document mensonger présente une forte similitude avec le « témoignage mensonger fait sous serment »<sup>95</sup> et avec le « faux serment en matière civile »<sup>96</sup> – un délit qu'il serait d'ailleurs plus exact de dénommer « mensonge fait sous serment en matière civile » –, le cadre dans lequel il peut se commettre dépasse largement le cadre judiciaire. En revanche, l'incrimination aurait toute sa place dans le chapitre des « atteintes à la personnalité » du titre II du livre II du code pénal, aux côtés de la dénonciation calomnieuse<sup>97</sup>, dans la mesure où le fait d'établir un document mensonger ne devrait être punissable que lorsqu'il est de nature à causer un préjudice à une personne.

**20.** Si elle était réalisée, cette réforme pourrait avoir une incidence sur les procédures pénales particulières applicables au « faux »<sup>98</sup>, ainsi que sur la procédure civile de « l'inscription de faux contre les actes authentiques »<sup>99</sup>, dans la mesure où, d'une part, le terme « faux » ne correspondrait

plus exactement à une qualification pénale ni à une définition légale, d'autre part, ces procédures auraient vocation à s'appliquer non seulement dans l'hypothèse d'un « faux document » mais aussi dans l'hypothèse d'un « document mensonger »<sup>100</sup>. Afin de prévenir toute difficulté en la matière, un nouvel article 641<sup>101</sup> pourrait être inséré dans le titre II du livre IV du code de procédure pénale. Cet article disposerait que :

« Les procédures prévues dans le présent titre sont applicables aux faux documents au sens de l'article 441-2 du code pénal. Elles sont également applicables aux documents mensongers au sens de l'article [...] du code pénal ».

Dans le même objectif, il pourrait être inséré à l'article 286 ou 303 du code de procédure civile un alinéa ainsi rédigé :

« La procédure de l'inscription de faux est applicable dans le cas où il est argué qu'un acte authentique constitue un faux document au sens de l'article 441-2 du code pénal. Elle est également applicable dans le cas où la véracité des énonciations contenues dans un acte authentique est contestée, si ces énonciations sont relatives à des faits que l'officier public a pu constater par lui-même »<sup>102</sup>.

Enfin, d'autres dispositions devraient également être modifiées en conséquence de la réforme du droit du faux, notamment l'article 6, alinéa 2, du code de procédure pénale.

(94) *Supra*, n° 9.

(95) C. pén., art. 434-13. La dénomination légale « témoignage mensonger fait sous serment » est parfaitement adéquate à son objet, contrairement à l'appellation courante « faux témoignage ». Mais l'al. 2 de l'art. 434-13 sème la confusion en prévoyant une exemption de peine en cas de rétractation spontanée au bénéfice du « faux témoin ». Le législateur serait bien inspiré de remplacer les termes « faux témoin » par les termes « auteur du témoignage mensonger ».

(96) C. pén., art. 434-17.

(97) C. pén., art. 226-10.

(98) Ces procédures particulières sont prévues par les art. 642 à 647-4 C. pr. pén., dans le Titre II (intitulé « Du faux ») du Livre IV (intitulé « De quelques procédures particulières »). Sur ces procédures, v. not. J.-Y. Maréchal, Art. 642 à 647-4 - Fasc. 20 : FAUX, J.-Cl. Pr. pén.

(99) Cette procédure est prévue par les art. 303 à 316 C. pr. civ.

(100) Ce qui n'est pas le cas de la procédure prévue aux art. 299 à 302 C. pr. civ., qui est uniquement applicable dans l'hypothèse d'un faux document, c'est-à-dire d'un faux matériel. En ce sens, É. Vergès, G. Vial, O. Leclerc, *Droit de la preuve*, 2<sup>e</sup> éd., PUF, coll. Thémis, 2022, n° 513, p. 545, n. b. p. n° 2.

(101) L'art. 641 C. pr. pén. est aujourd'hui abrogé ; il est donc libre.

(102) Sur la force probante des énonciations contenues dans les actes authentiques, v. not. É. Vergès, G. Vial, O. Leclerc, *op. cit.*, n° 450 à 453, p. 503 s.