

Droit pénal général

Patrick Canin

2021

11^e édition

DROIT



LES FONDAMENTAUX

hachette
SUPÉRIEUR

Droit pénal général

Patrick Canin
Maître de conférences
à l'université Grenoble – Alpes

12^e édition

hachette
SUPÉRIEUR

Consultez toutes nos parutions sur
www.parascolaire.hachette-education.com

© HACHETTE LIVRE, 2022, 58 rue Jean Bleuzen,
92178 Vanves Cedex
ISBN: 978-2-01-717871-2

LES FONDAMENTAUX

LA BIBLIOTHÈQUE DE L'ÉTUDIANT

Collection créée par Caroline Benoist-Lucy

Dans la même collection :

Droit, Politique

7 *Les institutions de la V^e République* (Ph. Ardant, S.-L. Formery)

9 *La fiscalité en France* (P. Beltrame)

17 *La Constitution commentée, article par article* (S.-L. Formery)

19 *Les collectivités territoriales en France* (E. Vital-Durand)

46 *Droit administratif* (J.-C. Ricci, F. Lombard)

57 *Introduction au droit de l'Union européenne* (J. Dutheil de la Rochère)

86 *Droits fondamentaux et libertés publiques* (J.-M. Pontier)

110 *Histoire des grands courants de la pensée politique* (J.-J. Raynal)

121 *Droit des sociétés* (François Lenglard, Pierre Tcherkessoff)

129 *Droit du travail* (M. Le Bihan-Guénolé)

131 *Mémento de la jurisprudence du droit international public* (B. Tchikaya)

132 *Droit pénal général* (P. Canin)

137 *Droit des entreprises en difficulté* (J. Bonnard)

- 144 *Droit commercial* (P. Canin)
- 146 *Méthodes de travail de l'étudiant en droit* (J. Bonnard)
- 147 *Droit public économique* (J.-P. Valette)
- 148 *Droit civil/Les obligations* (P. Canin)
- 152 *Histoire du droit et des institutions* (D. Berthiau)
- 164 *Droit constitutionnel* (P. Blachère)
- 181 *Droit budgétaire - Comptabilité publique* (D. Catteau)
- 182 *Les 7 principes du droit pénal* (Y. Jeanclos)
- 190 *La preuve au cœur de la justice pénale* (Y. Jeanclos)

Préliminaire

Toute société doit organiser un système de réaction face à la criminalité. Le droit pénal, ou droit criminel, participe à cette réaction en sanctionnant les comportements qui portent atteinte aux valeurs sociales qu'il protège. L'objet de ce livre est l'étude du ***droit pénal général***, qui constitue l'une des branches du droit criminel. Par conséquent, il convient de définir précisément cette discipline avant d'envisager l'autonomie et l'évolution du droit pénal.

Chapitre 1 : La définition du droit pénal général

Le droit pénal général doit être doublement appréhendé : d'un point de vue statique, quant à son contenu, mais aussi d'un point de vue dynamique, dans ses rapports avec les autres disciplines criminelles.

I. Le contenu du droit pénal général

Le droit pénal général est la branche du droit criminel qui a pour objet ***l'étude de la responsabilité pénale***, celle-ci

étant définie comme l'obligation d'une personne de répondre pénalement de ses actes. Il étudie l'ensemble des règles générales relatives à l'infraction et à la sanction pénales.

A - L'infraction

→ La définition juridique de l'infraction

L'infraction est un ***fait sanctionné par la loi pénale***, un comportement qui méconnaît la norme pénale. L'infraction est souvent présentée comme composée de trois, voire quatre ***éléments*** : légal, matériel, moral, voire injuste.

► ***L'élément légal ne peut cependant pas être considéré comme une composante de l'infraction.***

L'élément légal est l'expression du principe de la légalité selon lequel aucune infraction ne saurait exister sans texte (v. chapitre 1). ***Il est l'incrimination retenue par le législateur*** qui entend protéger une ***valeur sociale*** estimée digne d'intérêt. Or la norme juridique, loin de participer à l'infraction, lui est extérieure. Elle ne peut pas être incorporée à un fait, au surplus illicite (l'infraction), pour en faire l'une de ses données. Par conséquent, la loi pénale n'est pas un élément proprement dit de l'infraction : c'est elle qui donne à l'infraction ses éléments. Elle est le ***soutien normatif de l'infraction***, une condition préalable à l'existence juridique de celle-ci. Quant à ***l'élément injuste, son existence est tout autant controversée*** (v. chapitre 6, I, B).

► **Les éléments de l'infraction se ramènent donc en réalité à deux :**

– L'un est l'***élément matériel***, qui est ***l'aspect objectif*** de l'acte criminel. Toute infraction a nécessairement en

soi un élément physique. Seule la morale ou la religion reconnaissent une responsabilité subjective pure, c'est-à-dire détachée de toute matérialité.

- L'autre est l'**élément moral** ou psychologique, qui donne à l'infraction une dimension humaine. Il est le reflet de ***l'aspect subjectif*** de la criminalité.

Cet élément se dédouble classiquement : il est fait d'**imputabilité** (encore que celle-ci puisse être envisagée comme étant extérieure à l'élément moral lui-même, v. chapitre 5) et de **culpabilité**, l'infraction étant une **action humaine imputable et coupable**. Imputabilité et culpabilité vont permettre d'opérer une sélection entre les différents auteurs d'un fait matériel infractionnel. Enfin, l'étude de l'infraction comprend aussi l'examen des incidences de la pluralité de participants à l'infraction (coauteurs, complices) sur la responsabilité pénale de l'agent.

→ Les définitions morale et sociologique de l'infraction

La définition juridique de l'infraction a le mérite de la précision. Les autres définitions, morale et sociologique, ont montré leur échec en raison de leur imprécision même.

► **Pour la morale**, l'infraction est le **fait moralement répréhensible**. Mais si la morale joue nécessairement un rôle dans la détermination des règles sociales, elle se démarque du droit pénal.

Le domaine de celui-ci est **parfois plus restreint** que celui de la morale, celle-ci fixant les devoirs de l'individu envers lui-même (morale individuelle), alors que le droit pénal ne conçoit pas de délits d'intention ou d'opinion pure (par exemple, le mensonge n'est pas sanctionné

pénalement dans tous les cas). Même lorsque la morale sanctionne les fautes commises à l'égard de la société (morale sociale), elle recherche l'amélioration de l'individu alors que le droit pénal ne se préoccupe que du respect de l'ordre social.

Inversement, le domaine du droit pénal est **parfois plus étendu** que celui de la morale, lorsque ce droit sanctionne des agissements dangereux pour l'ordre public, alors que ceux-ci laissent la morale indifférente (sanction des **règles de pure discipline sociale**, comme en matière de circulation routière).

► **La sociologie considère**, par exemple, qu'un acte est criminel lorsqu'il **offense les états forts et définis de la conscience collective**. Le crime est une notion relative et sociale. La notion varie en effet selon les époques et les lieux, la conception de l'interdit étant différente dans le temps et dans l'espace. Dans *Les Règles de la méthode sociologique* (1895), Durkheim considère que le crime est un **fait social « normal »** (le critère de la normalité étant la généralité) car « *une société qui en serait exempte est tout à fait impossible* ». Il constate, en effet, que le crime s'observe « dans toutes les sociétés de tous les types. Il n'en est pas où il n'existe une criminalité ». Le crime ne prend une forme anormale que lorsque, par exemple, « il atteint un taux exagéré ».

B - La sanction

L'étude des règles de la responsabilité pénale inclut l'analyse de la sanction pénale : les différentes sanctions pénales, la détermination et l'extinction de la sanction. La sanction pénale est **indissociable de l'infraction** : sans peine, il n'y aurait pas d'infraction pénale. Comme l'a écrit Paul Fauconnet (in *La responsabilité, Étude de sociologie*,

éditions Alcan, Paris, 1928, p. 16) : « *L'institution de la responsabilité pénale règle le fonctionnement de l'institution de la peine. La première s'appuie sur la seconde et perdrait toute raison d'être, si elle en devenait indépendante. Une règle de responsabilité ne prescrit pas absolument ce qu'il faut faire, mais ce qu'il faut faire quand on doit appliquer une sanction.* »

II. Les rapports du droit pénal général avec les autres disciplines criminelles

A - Avec les autres disciplines criminelles juridiques

► Le droit pénal général a des rapports étroits **avec le droit pénal spécial**, qui constitue une application concrète du premier.

Le droit pénal spécial est un catalogue des diverses incriminations qui protègent la personne, les biens, la nation, l'État ou la paix publique. Il étudie chaque infraction dans ses divers éléments. Il définit très précisément ***l'élément matériel et l'élément moral de chaque fait infractionnel*** (par exemple, pour le vol, l'élément matériel est la soustraction de la chose d'autrui, l'élément moral consiste dans l'aspect frauduleux de cette soustraction) et énumère ***les peines attachées à l'infraction envisagée*** (par exemple, pour le vol simple, trois ans d'emprisonnement et 45 000 € d'amende, art. 311-3).

Le droit pénal spécial s'est lui-même subdivisé en ***plusieurs branches spécialisées*** (par exemple, le droit

pénal des affaires, le droit pénal du travail), au risque de porter atteinte à la cohérence de l'ensemble du droit pénal.

► **La science pénitentiaire, ou pénologie**, étudie les conséquences de la responsabilité pénale, c'est-à-dire l'**exécution des sanctions** prononcées.

► **La procédure pénale** (encore appelée droit pénal de forme, par opposition au droit pénal de fond constitué du droit pénal général et du droit pénal spécial) fixe les règles applicables lorsque la responsabilité peut être recherchée à propos d'une hypothèse prévue par le droit pénal général et le droit pénal spécial : normes relatives à la poursuite, à l'organisation et à la compétence des juridictions répressives ainsi qu'au déroulement du procès pénal.

► **Le droit pénal international** règle les conflits de lois et de juridictions entre États, les effets internationaux des jugements répressifs et la coopération policière (Interpol, Europol) et judiciaire entre États (par exemple, l'extradition).

► **Le droit international pénal** envisage la répression par les juridictions pénales internationales (par exemple, le Tribunal pénal international de La Haye pour la répression des crimes commis en ex-Yougoslavie ; la Cour pénale internationale, permanente mais à compétence subsidiaire) de certains crimes (génocide, crimes contre l'humanité, crimes de guerre).

B - Avec les sciences criminelles non juridiques

Le droit pénal général a aussi des rapports avec la **criminologie**, qui étudie, par le recours aux sciences médicales (physiologie, biologie, psychiatrie), les **facteurs individuels** de criminalité, le crime étant un **fait humain**,

et, par le recours aux sciences sociales (sociologie criminelle), les **facteurs sociaux** de criminalité (environnement géographique, familial, professionnel, social), le crime étant aussi un **fait social** (voir *infra*, III, A).

Une meilleure connaissance du crime et du criminel permet au législateur d'adapter les règles de répression ; cette adaptation, outre la mise en œuvre de moyens préventifs, faisant partie de la **politique criminelle**.

La criminologie ne doit pas être confondue avec la **criminalistique**, qui est l'étude de l'ensemble des **procédés scientifiques** de recherche des infractions et des délinquants (médecine légale, toxicologie, anthropométrie, police technique et scientifique qui a recours aux empreintes digitales et génétiques).

Chapitre 2 : L'autonomie du droit pénal

L'autonomie du droit pénal est une question controversée. Mais plusieurs manifestations de cette autonomie peuvent être constatées.

I. Les données du débat

Le droit pénal est-il un **droit normatif**, c'est-à-dire qui pose lui-même les normes de conduite qu'il fait respecter par la sanction pénale, ou un **droit sanctionnateur**, c'est-à-dire qui sanctionne les règles définies par les autres branches du droit ?

A - Droit public ou droit privé ?

C'est à propos du classement du droit pénal dans le droit public ou dans le droit privé que la question de l'autonomie est classiquement abordée. Les intérêts protégés par les deux droits ne sont pas les mêmes, le droit public mettant l'accent sur l'intérêt général, le droit privé sur l'intérêt particulier.

- ▶ En faveur du classement du droit pénal dans le **droit public**, on invoque que le droit pénal traite des rapports entre l'individu et l'État et que ce sont des organes de l'État qui interviennent dans la poursuite des infractions.
- ▶ En faveur du classement du droit pénal dans le **droit privé**, on invoque que le droit pénal protège la vie, la liberté, l'honneur et le patrimoine des individus, et que les techniques sont fondamentalement de droit privé. En outre, afin de garantir les individus contre l'arbitraire de l'État, ce sont des magistrats judiciaires qui prononcent la sanction. Enfin, la victime dispose d'un rôle non négligeable dans le procès pénal (l'action civile).

B - Droit normatif ou droit sanctionnateur ?

La doctrine dominante place le droit pénal au sein d'un troisième groupe, celui des **droits sanctionnateurs des autres branches du droit**. Selon elle, le droit pénal assure le respect des normes édictées par les disciplines que sont le droit civil, le droit commercial ou le droit administratif, par exemple, ainsi renforcées par la « force de frappe » que constitue le droit pénal. Le droit pénal serait le gendarme du droit (v. Portalis, qui considérait, dans une formule de Rousseau, que « *les lois pénales sont moins une espèce particulière de lois que la sanction de toutes les autres* »).

Mais classer le droit pénal dans ce troisième groupe entraîne comme conséquence un droit pénal dépendant des notions fondamentales exprimées par d'autres disciplines (**droit pénal subsidiaire** ou auxiliaire). Par conséquent, aucune autonomie ne peut lui être reconnue. Cependant, les mêmes auteurs qui prétendent que le droit pénal est un droit sanctionnateur considèrent que ce classement à part lui donne une autonomie.

En réalité, l'autonomie du droit pénal découle tout simplement du fait que le droit pénal est un droit normatif.

C - Le droit pénal, un droit normatif et autonome

La conception d'un droit pénal sanctionnateur limite par trop le rôle de ce droit :

- D'une part, l'existence de sanctions dans les autres branches du droit (par exemple, en droit civil, l'annulation, la résolution, les dommages-intérêts) n'a jamais été un obstacle à la qualification de droit normatif de ces disciplines.
- D'autre part, le droit pénal est bien normatif lorsqu'il assure le respect d'obligations ignorées des autres branches du droit comme l'omission de secours à personne en péril.

Mais il y a plus. D'une manière générale, quand le législateur estime qu'une **valeur sociale** mérite d'être l'objet d'une protection juridique particulière par la société, il édicte une norme de conduite pénalement sanctionnée (par exemple, la propriété individuelle est protégée contre la dépossession par l'incrimination du vol, l'honneur par l'incrimination de la diffamation). Seulement, **l'obligation**

est exprimée de manière indirecte. Le texte incriminateur n'indique pas qu'il est défendu de tuer ou de voler mais il sanctionne l'homicide intentionnel ou le vol.

Le droit pénal, comme tout droit, est, par essence, **normatif** car créant ses propres normes de conduite applicables à tous. Rien d'étonnant alors que, pour des **raisons répressives**, il soit caractérisé par une certaine autonomie.

II. Les manifestations de l'autonomie du droit pénal

A - Le rejet des définitions extra-pénales

Le droit pénal, loin de toujours retenir les définitions exposées par les autres branches du droit, adopte parfois des **concepts propres**.

- C'est ainsi que la notion de « **fonctionnaire public** », strictement entendue par le droit administratif, est très compréhensive en droit pénal : la chambre criminelle de la Cour de cassation considère, en effet, qu'un notaire ou un conseiller municipal sont des fonctionnaires publics.
- De même, alors que pour le droit civil le **domicile** est le lieu du principal établissement (art. 102, Code civil), le droit pénal, plus proche du fait, considère qu'il est le lieu où la personne a le droit de se dire chez elle, peu important le titre d'occupation et l'affectation des locaux.

B - L'indifférence des vices affectant certains titres

Le droit commercial donne une définition précise du **chèque**, qui doit réunir certaines conditions de fond et de forme. Or le droit pénal considère comme chèque le titre qui ne remplit pas l'une de ces conditions de forme (par exemple, absence de date). L'**apparence** du titre suffit.

C - Le rejet de la rétroactivité

En droit civil, la nullité opère, en principe, avec **rétroactivité**. En matière pénale, la rétroactivité est ignorée lorsque le contrat ayant conduit à la remise d'une chose (ensuite détournée), affecté d'une cause de nullité, est l'objet d'une annulation par le juge civil. L'infraction d'abus de confiance subsiste, par conséquent, malgré cette annulation.

Chapitre 3 : L'évolution du droit pénal

L'évolution des idées pénales, avec l'évolution de la société elle-même, conditionne l'évolution des normes pénales.

I. L'évolution des idées pénales

► **En réaction contre l'arbitraire** qui sévissait, dans l'incrimination et la sanction, sous l'Ancien Régime, les **philosophes du xviii^e siècle** (Rousseau dans le *Contrat social*, Montesquieu dans *De l'esprit des lois*, Voltaire, à propos de l'affaire Calas) ainsi que des juristes (par exemple, Beccaria dans le *Traité des délits et des peines*, 1764) ont mis en avant les idées de **légalité des délits et des peines**, d'**égalité**, de **proportionnalité** et même d'**humanité dans la répression**.

► **L'école néo-classique**, dont les tenants sont Guizot (pour qui il ne fallait punir « *ni plus qu'il n'est juste ni plus qu'il n'est utile* »), Rossi, Ortolan, va quant à elle prôner une **synthèse entre l'utilité sociale**, (Bentham, pour qui « *la peine doit se faire craindre plus que le crime ne se fait désirer* ») **et la justice absolue** (Kant). La responsabilité morale est mise en avant. La peine doit dépendre à la fois des circonstances de l'infraction et du degré de culpabilité de l'auteur de celle-ci.

► **L'école positiviste italienne**, qui met l'accent sur le déterminisme et non plus sur le libre arbitre de l'individu, succède à la précédente doctrine. Elle se subdivise en deux courants :

– **l'école anthropologiste**, avec Lombroso qui, dans son ouvrage *l'Homme criminel* (1876), classe les criminels en différentes catégories :

- Les criminels-nés, les criminels aliénés, les criminels d'habitude, tous dangereux par nature, reconnaissables à certains traits physiologiques (les stigmates de criminalité), doivent être l'objet d'une **élimination**.
- Les criminels d'occasion ou passionnels, moins dangereux, peuvent être l'objet d'un **traitement**.

Cette théorie prend en considération la nocuité sociale de l'individu.

– **L'école sociologique**, avec Ferri (et sa *Sociologie criminelle*, 1881), met l'accent sur les facteurs non plus individuels mais **sociaux** du crime. Pour ce courant, le milieu social est le lieu d'émergence du crime, le « *bouillon de culture de la criminalité* » (Lacassagne, 1888). Ferri propose des **mesures de prévention** (« les substituts pénaux ») et des **mesures de sûreté** destinées moins à punir qu'à traiter l'individu dangereux.

► **La doctrine de la défense sociale nouvelle** (Grammatica et surtout M. Ancel en 1954), tout en voulant protéger la société, insiste sur le **reclassement social de l'individu**. Elle préconise la césure du procès pénal en deux phases : la première, consacrée à l'**examen de la culpabilité** de l'agent ; la seconde, au **prononcé de la sanction, après étude de la personnalité** du délinquant. Le procès serait aussi caractérisé par une certaine « déjuridicisation » puisque, aux côtés des juges, siègeraient des médecins, des psychologues, des assistantes sociales.

Aujourd'hui, devant la recrudescence de la criminalité et du sentiment d'insécurité, sont réintroduites les idées de responsabilité morale, d'intimidation et de neutralisation des délinquants.

II. L'évolution des normes pénales

A - De l'Antiquité à la fin de l'Ancien Régime

► **Dans le droit pénal de l'Antiquité**, ce sont les idées de **vengeance** (à l'égard du clan de l'agresseur), puis de **justice privée** qui se sont manifestées.

La vengeance a été atténuée par divers procédés (abandon du coupable au clan de la victime, loi du talion, composition pécuniaire).

Puis l'État s'est mêlé plus précisément de la sanction pénale et a fixé un barème de **composition**, faisant ainsi passer la répression de la justice privée à la **justice publique**.

► **L'Ancien Régime** se caractérise par l'**arbitraire dans l'incrimination et dans la sanction**. L'une et l'autre étaient, en effet, déterminées par la coutume, qui pouvait être différente selon les provinces. Le juge disposait d'un tel pouvoir qu'un adage l'exprimait ainsi : « *Toutes les peines sont arbitraires en ce royaume.* » À cet **arbitraire judiciaire** s'ajoutait l'**arbitraire royal** car le roi, en vertu de la justice retenue, pouvait intervenir dans les procédures judiciaires par les **lettres de cachet, lettres de grâce ou d'abolition de procédure**. De plus, l'inégalité était érigée en système puisqu'il existait des **privileges de juridictions et de sanctions** au profit des nobles et des ecclésiastiques.

Enfin, la **rigueur dans l'exécution des peines** était présente sous diverses formes : peines du fouet, galère, roue, fer rouge, carcan, peine de mort.

Sur le plan procédural, une ordonnance de 1670 avait réglementé la **procédure criminelle**, qui était secrète, écrite, non contradictoire, donc de type inquisitoire.

B - De la Révolution au droit pénal moderne

► **Avec la Révolution, la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 va poser les principes :**

- d'égalité devant la loi, expression de la volonté générale (art. 6),
- de légalité des incriminations et des peines (art. 5 et 8),
- de non-rétroactivité des lois pénales (art. 8),
- de nécessité des peines (art. 8).

Seule la loi est source de droit pénal, et non plus la coutume.

En 1791, un premier **Code pénal** consacre les idées des philosophes. Il prévoit un système de **peines fixes**, sans individualisation possible. Ce code n'a eu qu'une existence éphémère, comme d'ailleurs le Code des délits et des peines de 1795 qui, pour l'essentiel, ne se démarquait guère du code de 1791.

► **Après le Code d'instruction criminelle de 1808** (remplacé seulement en 1958 par le Code de procédure pénale), un **Code pénal** est promulgué en **1810**.

Ce Code **accentue la sévérité dans la répression** et rétablit, sous l'influence de la doctrine de l'utilité sociale (Bentham) et des faits (augmentation de la criminalité), certains procédés d'exécution des peines qui avaient été abandonnés sous la Révolution : carcan, marque au fer rouge, amputation du poing du parricide. Toutefois, les conquêtes légalistes demeurent, l'article 4 du Code pénal exposant le **principe de légalité des délits et des peines**.

Le Code se caractérise encore par son **aspect objectif**, prenant en considération l'infraction plus que le délinquant, tout en reconnaissant une certaine individualisation

judiciaire (existence d'un minimum et d'un maximum pour la peine, et de circonstances atténuantes dans certains cas).

► **Le xix^e siècle** se distingue ensuite par le **libéralisme** avec, par exemple :

- l'extension des circonstances atténuantes, la suppression partielle de la peine de mort, l'abandon des mesures corporelles cruelles (1832) ;
- la suppression de la peine de mort en matière politique (1848) ;
- la correctionnalisation de certains crimes (1863) ;
- la libération conditionnelle (1885) ;
- le sursis (1891).

Mais parfois c'est une mesure de **sévérité**, comme la relégation (1891), c'est-à-dire l'internement définitif des multirécidivistes, qui a été édictée.

► **Le xx^e siècle** a vu l'adoption de **mesures de rigueur** pour certaines infractions (par exemple, en matière de terrorisme, de stupéfiants, de proxénétisme, d'alcool au volant), l'**incrimination de nouveaux comportements** (par exemple, la fraude informatique), mais aussi l'instauration de **mesures de faveur** pour le délinquant, comme la dispense de peine et les substituts à l'emprisonnement (1975), la suppression de la peine de mort (1981). C'est dire que l'évolution n'a pas été linéaire.

C - Le nouveau Code pénal

Un nouveau Code pénal, formé de quatre lois du 22 juillet 1992 et d'un décret du 29 mars 1993, est **entré en vigueur le 1^{er} mars 1994**.

En conformité avec la Constitution de 1958 (v. chapitre 2, I, A), ce Code contient **une partie législative** et **une partie réglementaire**, qui comportent chacune sept livres.

C'est le **livre I**, intitulé « **Dispositions générales** », qui correspond à la matière du droit pénal général. Il comprend trois titres : le titre I, « De la loi pénale » ; le titre II, « De la responsabilité pénale » ; le titre III, « Des peines ».

Les autres livres rassemblent la matière du droit pénal spécial.

En outre, une loi du 16 décembre 1992, dite loi d'adaptation, a été édictée dans un but de coordination et d'harmonisation des dispositions législatives extérieures au Code avec celui-ci.

Pourquoi un nouveau Code pénal ? Le Code de 1810 avait été critiqué. Il était **incomplet**, car de nombreuses dispositions de droit pénal de fond étaient exposées dans le Code de procédure pénale (dispense de peine, sursis, semi-liberté, application des lois pénales dans l'espace). Il avait en outre beaucoup **vieilli** sur certains points (par exemple, l'article 64 relatif à l'état de démence), et les multiples modifications des articles du Code en avaient **altéré la cohérence**.

Le nouveau Code retient une **présentation moderne**. Les articles comportent des numéros à plusieurs chiffres, le premier étant celui du livre, le deuxième du titre, le troisième du chapitre puis figure le numéro de l'article.

Sur le fond, le nouveau Code pénal ne bouleverse pas fondamentalement les règles pénales. Dans la plupart de ses dispositions, il entérine la jurisprudence et sauvegarde les grands principes du droit pénal. Il comporte cependant **quelques innovations**, comme la responsabilité pénale des personnes morales, l'erreur de droit invincible, la modification des règles relatives à la répression de la complicité, la suppression des minimums de la peine, la

suppression corrélative des circonstances atténuantes, l'instauration de nouvelles peines principales. Enfin, le nouveau Code pénal a édicté des **incriminations nouvelles** comme la mise en danger délibérée de la personne d'autrui, tout en maintenant, sauf quelques adaptations ou suppressions (par exemple, le vagabondage), les incriminations antérieures.

En plus du Code pénal, il faut tenir compte des textes extérieurs à celui-ci et contenant des règles de pure discipline sociale.

Le nouveau Code pénal, depuis son entrée en vigueur, a été modifié à plusieurs reprises (v. *infra*, le thème de l'inflation législative), par un nombre considérable de lois qui répondaient parfois à une émotion conjoncturelle et qui, toutes, allaient dans le sens d'une répression renforcée (peines planchers, rétention et surveillance de sûreté par exemple). Pour quelle efficacité ? Les violences contre les personnes se sont accrues et le sentiment d'insécurité a perduré. Le législateur ne devrait pas se départir de l'enseignement de Montesquieu pour qui « *la cause de tous les relâchements [...] vient de l'impunité des crimes, et non pas de la modération des peines* ». (*De l'esprit des lois*, 1748, livre VI, *De la puissance des peines*). La **loi du 15 août 2014** était revenue, pour partie, sur la tendance sécuritaire des dernières années en instaurant une nouvelle peine, la **contrainte pénale**, qui était censée éviter l'emprisonnement (supprimée depuis par la loi du 23 mars 2019). Cette loi a supprimé aussi les peines planchers en cas de récidive légale que la loi du 10 août 2007 avait instaurées.

En revanche, dans une perspective de **sécurité publique** et de **lutte contre le terrorisme**, d'autres lois (par exemple, lois du 13 novembre 2014, 20 novembre 2015, 23 mars 2016, 3 juin 2016, 21 juillet 2016, 28 février 2017, 30 octobre 2017 ; rapp. l'inflation législative, chapitre 1, II,

A) se placent dans un **sillage pleinement sécuritaire**, ajoutant de **nouvelles incriminations, aggravant des peines** ou même créant ou renforçant des **mesures administratives de surveillance** (assignation à résidence, bracelet électronique, interdiction de séjour, obligation de faire ou de ne pas faire...), décidées par le ministre de l'Intérieur ou le préfet (donc en contournant le juge judiciaire), imposées à une personne à l'égard de laquelle il existe des « *raisons sérieuses de penser* [termes conduisant à une appréciation subjective] *que son comportement constitue une menace pour la sécurité et l'ordre publics* », et dont la violation est pénalement sanctionnée. À un **droit pénal classique**, qui sanctionne les auteurs de faits infractionnels tangibles commis, tentés ou même simplement préparés, est donc venu s'ajouter un **droit administratif pénal**, qui envisage ainsi non des auteurs d'infractions mais des suspects (dont la notion est variable et incertaine) auxquels sont alors imposées des **mesures coercitives privatives ou restrictives de libertés ou de droits**. Le soupçon remplace le fait matériel et risque de conduire à l'arbitraire dénoncé jadis par la pensée philosophique, politique et juridique des Lumières.

La loi du 23 mars 2019 de **programmation 2018-2022** et de **réforme de la justice** comporte des dispositions tendant à « *renforcer l'efficacité et le sens de la peine* » (titre V). Une ordonnance du 11 septembre 2019 (dont l'entrée en vigueur a été reportée au 30 septembre 2021) portant partie législative du **Code de la justice pénale des mineurs** contient aussi des dispositions de droit pénal de fond. Une loi du 8 avril 2021 simplifie certaines règles relatives au travail d'intérêt général.

Partie 1 : La légalité pénale

Chapitre 1 : Le principe de légalité

Le principe de légalité signifie que **les règles de droit pénal (et de procédure pénale) doivent être déterminées par la loi**. Ce terme de légalité est d'ailleurs aujourd'hui dépassé car la loi n'est plus la seule source du droit pénal (v. chapitre 2, I, A). Aussi, plutôt que de parler de principe de légalité, conviendrait-il d'utiliser les termes de « principe de textualité ». Cependant, l'expression de « principe de légalité » peut être maintenue si l'on prend soin de préciser que le terme de loi qu'il évoque doit être entendu **dans un sens matériel** (texte général et abstrait émanant tant du législateur que du pouvoir réglementaire) et non pas dans un sens formel (texte émanant du Parlement).

Le principe de légalité a été consacré par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 dans ses articles 5, 7 et 8 qui donnent compétence à la loi pour déterminer les infractions, les peines et les règles de procédure pénale.

Le Code pénal de 1810 affirmait le principe, dans son article 4 : « *Nulle contravention, nul délit, nul crime, ne peuvent être punis de peines qui n'étaient pas prononcées par la loi avant qu'ils fussent commis.* »

Le nouveau Code pénal contient plusieurs articles relatifs à ce principe (art. 111-2 à 111-4).

Le principe de légalité, renforcé par la reconnaissance de sa valeur constitutionnelle et sa présence dans des textes

internationaux, a cependant subi des atteintes à l'époque contemporaine.

I. La légalité des incriminations et des sanctions

Trois règles fondamentales et complémentaires découlent du principe de légalité : le principe selon lequel il n'y a pas d'infraction ni de peine sans texte, l'interprétation stricte et la non-rétroactivité de la loi pénale.

A - La règle « ni infraction ni peine sans loi »

Cette règle, que l'on exprime encore par les termes *nullum crimen, nulla poena sine lege*, signifie que **seule la loi** (ou le règlement) **édicte les incriminations et les peines** ; le juge pénal étant à cet égard dépourvu de tout pouvoir afin d'éviter l'arbitraire (articles 111-2 et 111-3).

1 . La légalité des incriminations

Le législateur doit prévoir une liste exhaustive, un catalogue des faits répréhensibles. En fonction de sa **politique criminelle**, il considérera tel comportement comme infractionnel. Au travers de la norme pénale ainsi édictée apparaît, en filigrane, **la valeur sociale protégée**

(la vie, l'intégrité corporelle, la propriété, la sûreté de l'État). Dans l'édition de cette norme, des contraintes s'imposent au législateur.

→ La nécessité d'une définition claire et précise

L'incrimination doit être définie de manière claire et précise. Le Conseil constitutionnel (décision des 19 et 20 janvier 1981) a, en effet, considéré qu'il appartient au législateur de « *définir les infractions en termes suffisamment clairs et précis pour exclure l'arbitraire* ». La loi doit être intelligible.

Les expressions très compréhensives que l'on trouve en droit civil, en matière de responsabilité délictuelle (par exemple, l'article 1240 du Code civil : « *Tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer* »), ne sont pas admissibles en droit pénal, où il faut être plus exigeant dans la formulation de la norme. Un texte comme l'article 82 de l'ancien Code pénal, qui sanctionnait de peines correctionnelles « *quiconque, en temps de guerre, accomplira sciemment un acte de nature à nuire à la défense nationale non prévu et réprimé par un autre texte* », ne devrait plus exister en droit positif. De même, prévoir un délit de malversation, sans plus de précision, ne répond pas à l'exigence constitutionnelle (décision du Conseil du 18 janvier 1985).

Mais il faut convenir que le contrôle de constitutionnalité est loin d'être parfait (v. chapitre 2, II, A). Les **textes internationaux** (par exemple, la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales de 1950, art. 7) permettraient plus sûrement de protéger le citoyen contre les lois contenant des

incriminations trop larges et donc attentatoires à la liberté individuelle.

→ **Les limites à l'exigence de clarté et de précision**

Cependant, l'exigence de clarté et de précision comporte des limites. À condition que le comportement infractionnel soit suffisamment précis, le législateur peut prévoir largement les **modalités d'exécution** de l'infraction. Il peut utiliser des expressions telles que « *par tous moyens* » ou « *de quelque manière que ce soit* ».

2 . La légalité des sanctions

La loi doit tout autant édicter de manière précise (et proportionnelle) les **peines encourues**. Le Code pénal contient une liste de ces peines, et c'est dans ce cadre que le pouvoir réglementaire sanctionne les contraventions.

Le juge doit lui aussi s'en tenir strictement aux peines ainsi fixées. Il ne pourrait pas, par exemple, aller au-delà du maximum indiqué dans le texte lorsqu'il applique la peine. Cette légalité concerne aussi bien les peines *stricto sensu* que les mesures de sûreté (v. chapitre 8, I, B).

Une règle complète le principe *nullum crimen, nulla poena sine lege* : il s'agit de l'interprétation stricte de la loi pénale.

B - La règle de l'interprétation stricte de la loi pénale

Le juge est conduit à interpréter les textes, c'est-à-dire à en rechercher le sens. En effet, la loi comporte des termes généraux et abstraits, qui d'ailleurs ne sont pas toujours très clairs ; or le juge doit l'appliquer à une situation concrète. Et il ne pourrait pas refuser de se prononcer « *sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi* » (art. 4, Code civil), sauf à se rendre coupable d'un **déni de justice** (art. 434-7-1).

1 . Les méthodes d'interprétation

L'article 111-4 donne au juge une directive d'interprétation : « *La loi pénale est d'interprétation stricte.* »

Le principe de l'interprétation stricte (et non pas restrictive) de la loi signifie que le juge ne peut pas étendre le contenu des textes. À défaut, il s'érigerait en législateur au mépris du principe de légalité.

Mais, dans sa fonction d'interprétation, le juge n'est pas dépourvu de toute possibilité de faire œuvre d'adaptation. Plusieurs **méthodes d'interprétation** s'offrent à lui :

- la **méthode littérale**, qui s'attache à la lettre de la loi,
- la **méthode téléologique**, qui tend à la recherche de l'intention du législateur, du but de la loi (la *ratio legis*),
- la **méthode analogique**, qui permet au juge d'étendre la portée d'un texte en se réclamant de l'esprit de la loi.

La méthode prise en considération par la jurisprudence et la plus compatible avec le principe de l'interprétation stricte est la **méthode téléologique**. Cependant, les solutions retenues par la jurisprudence ne sont, parfois, guère éloignées de celles que donnerait l'application du raisonnement par analogie.

2 . L'application du principe

- ▶ En présence d'un **texte clair et précis**, le juge voit ses pouvoirs limités par la règle de l'interprétation stricte. Il ne peut raisonner par analogie. C'est ainsi que la filouterie d'aliments (encore appelée grivèlerie), qui consiste à se faire servir un repas en sachant que l'on est dans l'impossibilité absolue de payer, qui ne constitue ni un vol (faute de soustraction), ni une escroquerie (faute de manœuvre), ni un abus de confiance (faute de l'existence de l'un des contrats envisagés par le Code pénal), a été impunie (Crim., 5 novembre 1847) jusqu'à une loi du 26 juillet 1873. Et des textes postérieurs sont intervenus pour réprimer les filouteries de transport, de carburant, de logement (v. art. 313-5).
- ▶ En présence d'un **texte** que l'on qualifie d'**absurde** parce que le législateur a exprimé dans la loi le contraire de son intention, le juge dispose du pouvoir de rétablir le sens véritable du texte. Le juge applique la méthode téléologique. L'exemple célèbre est celui de ce texte qui interdisait aux voyageurs de « descendre ailleurs que dans les gares et lorsque le train est complètement arrêté », c'est-à-dire qui, si l'on s'en tenait à la lettre du texte, obligeait les voyageurs à descendre lorsque le train était encore en marche ! La Cour de cassation (Crim., 8 mars 1930) a admis la condamnation, par les juges du fond, du voyageur qui était descendu avant l'arrêt total du train.
- ▶ Lorsque le texte est susceptible de **plusieurs interprétations** en raison d'une rédaction équivoque, le juge a l'obligation de rechercher le sens du texte (à l'aide des travaux parlementaires) qui en permet une application correcte. Si un doute subsiste quant au sens du texte, le juge l'interprétera alors en faveur de la personne poursuivie.

- ▶ Parfois le juge doit adapter un texte en fonction des **progrès scientifiques**. Par exemple, le délit d'apologie de crime de guerre prévu par la loi du 29 juillet 1881 (art. 23 et 24), qui visait les « imprimés », a pu être retenu dans le cas où il avait été commis par la voie du disque (Crim., 14 janvier 1971). Une loi du 1^{er} juillet 1972 a d'ailleurs étendu la portée du texte initial en ajoutant à l'énumération existante la formule singulièrement large de « *tout autre support de l'écrit, de la parole ou de l'image* ».
- ▶ L'interprétation stricte est rejetée lorsque le juge pénal est conduit à interpréter des **notions extra-pénales** (v. l'autonomie du droit pénal, chapitre préliminaire, II) ou lorsque **la règle est édictée en faveur de la personne poursuivie** (sous l'empire de l'ancien Code pénal, l'article 64, qui disposait qu'« *il n'y a ni crime, ni délit lorsque le prévenu était en état de démence au temps de l'action, ou lorsqu'il a été contraint par une force à laquelle il n'a pu résister* », a été étendu par les juridictions aux contraventions, solution confirmée par le nouveau Code pénal, art. 122-1 et 122-2).

C - La règle de la non-rétroactivité de la loi pénale

Corollaire du principe *nullum crimen, nulla poena sine lege* et de l'interprétation stricte, la règle de la non-rétroactivité empêche l'application d'une loi pénale à une infraction commise antérieurement à son entrée en vigueur. Cependant cette règle ne s'applique qu'à l'égard des lois nouvelles plus sévères, l'application rétroactive d'une loi pénale plus douce étant admise.

Ces principes se rattachent au problème plus général de l'application de la loi pénale dans le temps, ce qui conduit à préciser les points suivants :

Il n'y a **conflit de lois** que dans la situation où une infraction ayant été commise sous l'empire d'une loi, une loi nouvelle est promulguée et publiée **avant jugement définitif**. En revanche, il n'existe aucun conflit dans le cas où une infraction est commise et définitivement jugée sous l'empire d'une seule et même loi. La survenance d'une loi nouvelle postérieure ne remettrait pas en cause la chose jugée.

La résolution d'un conflit de lois suppose de savoir à quel moment la loi pénale entre en vigueur. De manière générale, les lois entrent en vigueur, en principe, à la date qu'elles fixent ou, à défaut, le lendemain de leur publication au *Journal officiel* de la République française (art. 1^{er}, al. 1^{er}, du Code civil, rédaction de l'ordonnance du 20 février 2004).

La résolution du conflit suppose encore la connaissance du moment où l'infraction est consommée. Tout dépend de la nature de l'infraction commise (v. chapitre 3, III).

1 . La non-rétroactivité de la loi pénale plus sévère

→ Un principe à valeur constitutionnelle

Une remarque de terminologie s'impose. Le mot « rétroactivité » est équivoque. En effet, la rétroactivité suppose que les situations juridiques définitivement jugées sous l'empire d'une loi antérieure sont remises en cause. Or l'expression « non-rétroactivité » est traditionnellement retenue ici dans un autre sens : elle signifie qu'une loi nouvelle ne s'applique pas à une infraction, **non encore**

jugée, commise sous l'empire d'une loi antérieure. Aussi, une partie de la doctrine a proposé de retenir le terme de « postactivité » de la loi antérieure. Effectivement, il s'agit de la survie de la loi ancienne.

Selon l'article 112-1, alinéa 1^{er}, « *sont seuls punissables les faits constitutifs d'une infraction à la date à laquelle ils ont été commis* ». L'alinéa 2 ajoute que « *peuvent seules être prononcées les peines légalement applicables à la même date* ».

Le principe dit de la non-rétroactivité a une **valeur constitutionnelle** (décision du Conseil constitutionnel des 19 et 20 janvier 1981, se fondant sur l'article 8 de la Déclaration de 1789). Le droit international affirme lui aussi le principe (art. 7.1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales de 1950 ; art. 15.1 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966). Et pour la Cour européenne des droits de l'homme (arrêt du 10 octobre 2006, Pessino c. France), le principe de non-rétroactivité s'applique aussi aux **revirements de jurisprudence**.

→ **Le champ d'application : la loi pénale de fond**

La règle de la non-rétroactivité **ne concerne pas les lois pénales de forme**. Celles-ci, relatives à l'organisation judiciaire répressive, à la compétence, aux poursuites et à la procédure pénale, sont d'application immédiate selon l'article 112-2, c'est-à-dire qu'elles s'appliquent aux procès en cours.

Distinguer les lois pénales de fond et les lois pénales de forme n'est d'ailleurs pas toujours aisé et des difficultés d'application de la distinction peuvent exister (par exemple, à propos de la prescription. Pour le nouveau Code pénal, un

régime uniforme est retenu pour les prescriptions de l'action publique et de la peine : les lois nouvelles s'appliquent immédiatement aux prescriptions non acquises [article 112-2-4°], qu'elles aient ou non pour résultat d'aggraver la situation de l'intéressé - voir la décision du Conseil constitutionnel du 9 septembre 2021).

Le maintien de la **loi pénale de fond** ancienne si la loi nouvelle est plus sévère est justifié. Cette solution est une **garantie contre l'arbitraire**. Un individu ne saurait être poursuivi et puni pour un fait qui ne constituait pas une infraction à l'époque où il a été commis. Les règles pénales doivent être connues à l'avance afin que chacun puisse agir en conséquence. La **prévisibilité** des règles est fondamentale en droit pénal.

→ Exceptions

Cependant, le principe connaît des exceptions, c'est-à-dire des situations où **la loi pénale nouvelle même plus sévère va s'appliquer à des faits antérieurs**. En raison du danger pour la liberté individuelle, ces exceptions doivent être strictement cantonnées.

► **La première exception** est relative aux **lois** dites **interprétatives**. Le législateur édicte parfois une loi qui a pour objet d'interpréter une loi antérieure obscure. Si le législateur limite le contenu de la loi à une simple interprétation, la loi interprétative n'est pas réellement nouvelle. Elle s'incorpore en effet à la loi interprétée. Il s'agit seulement de rétablir le sens véritable du texte initial qui aurait dû apparaître immédiatement si la loi avait été mieux rédigée. En revanche, si le législateur profite de l'occasion pour modifier le texte d'origine, il y a là une regrettable pratique qui met à mal la liberté

individuelle et la sécurité juridique. Elle devrait être sanctionnée par le Conseil constitutionnel.

► **La deuxième exception** vise les lois qui prévoient des mesures que l'on considère comme non réellement pénales c'est-à-dire les **mesures de sûreté** (v. chapitre 8, I, B). C'est ainsi que la loi du 30 août 1947 relative à l'assainissement des professions commerciales, qui envisageait des interdictions professionnelles, s'est appliquée immédiatement à des individus condamnés antérieurement pour certains faits. La mesure de sûreté, encore appelée mesure de police et de sécurité, tend en effet à lutter contre un état dangereux. On considère généralement que son efficacité suppose une application immédiate. Mais cette solution paraît remise en cause par la Cour européenne des droits de l'homme qui procède au rapprochement des régimes juridiques applicables aux peines et aux mesures de sûreté (v. chapitre 8, I).

► **La troisième exception** concerne les lois relatives au **régime d'exécution et d'application des peines**. Ces lois s'appliquent immédiatement aux condamnés qui exécutent leur peine. Cependant, l'article 112-2-3° contient une restriction : l'application immédiate est exclue lorsque ces lois auraient pour résultat de rendre plus sévères les peines prononcées par la décision de condamnation (par exemple, une loi qui modifierait, dans le sens de la sévérité, les dispositions relatives à la période de sûreté, v. chapitre 9, IV, B).

Si la loi pénale plus sévère ne peut donc pas, en principe, « rétroagir », la **loi nouvelle plus douce** peut, en revanche, être l'objet d'une application « rétroactive ».

2 . L'application immédiate de la loi nouvelle plus douce

Cette règle est encore appelée rétroactivité *in mitius*. Comme précédemment, il s'agit ici moins de rétroactivité (qui remettrait en cause les situations définitivement jugées, ce qui n'est pas le cas, en principe) que d'application immédiate de la loi nouvelle aux situations juridiques non définitivement jugées.

→ **Un principe à valeur constitutionnelle**

Cette règle est justifiée par des raisons humanitaires et d'intérêt social. On considère que si le législateur a abrogé un texte ou l'a rendu plus doux, il n'est alors plus opportun de maintenir l'application du texte ancien plus sévère.

Le principe a une **valeur constitutionnelle** (décision du Conseil constitutionnel des 19 et 20 janvier 1981 se fondant sur l'article 8 de la Déclaration de 1789 qui ne fait cependant pas figurer expressément le principe dans cet article).

L'article 112-1, alinéa 3, précise que « *les dispositions nouvelles s'appliquent aux infractions commises avant leur entrée en vigueur et n'ayant pas donné lieu à une condamnation passée en force de chose jugée lorsqu'elles sont moins sévères que les dispositions anciennes* ».

Cette règle ne remet pas en cause **la chose jugée**. Le Code pénal contient toutefois, à cet égard, une exception, à l'article 112-4 alinéa 2 : « *La peine cesse de recevoir exécution quand elle a été prononcée pour un fait qui, en vertu d'une loi **postérieure au jugement**, n'a plus le caractère d'une infraction pénale.* »

Il reste à déterminer ce que l'on entend par loi nouvelle plus douce et à constater que le principe de l'application immédiate comporte des exceptions.

→ La notion de « loi nouvelle plus douce »

Une loi nouvelle est considérée comme plus douce lorsqu'elle abroge une incrimination ou ajoute à celle-ci des éléments, lorsqu'elle institue une nouvelle cause d'irresponsabilité pénale (Crim., 17 octobre 2018), supprime une circonstance aggravante ou décline un crime en délit ou un délit en contravention. Il en est de même lorsque la loi supprime une peine ou réduit la durée de celle-ci, ou modifie sa nature (par exemple, l'amende remplace l'emprisonnement).

La comparaison peut cependant poser un problème lorsque la loi nouvelle comporte à la fois des dispositions plus douces et d'autres plus sévères. Il faut alors distinguer :

- ▶ Si la loi nouvelle comporte des **dispositions divisibles**, on les applique de manière distributive, les plus douces immédiatement aux faits commis antérieurement, les plus sévères pour l'avenir (par exemple, la loi du 23 décembre 1980 relative à la répression du viol et de certains attentats aux mœurs qui, d'une part étendait la notion de « viol », mais d'autre part, correctionnalisait les faits qualifiés d'attentats aux mœurs).
- ▶ Lorsque la dissociation n'est pas possible parce que la **loi** nouvelle est **indivisible**, c'est-à-dire forme un tout dont les éléments ne peuvent être séparés, il faut, soit **considérer le texte dans son ensemble** (par exemple, la loi du 17 juillet 1970 sur le sursis partiel qui, selon la Cour de cassation, envisagée dans son ensemble, est plus douce), soit se référer à la **disposition principale** de la loi.

→ Exceptions

Des exceptions existent à l'application immédiate de la loi pénale plus douce. Dans certains cas, une loi pénale ancienne plus sévère continue de s'appliquer malgré la loi pénale plus douce. La rétroactivité *in mitius* est alors écartée au profit de la **postactivité de la loi antérieure**.

Les cas qui existent en droit positif posent problème eu égard à la reconnaissance de la valeur constitutionnelle du principe de la rétroactivité *in mitius*. Pendant longtemps, la Cour de cassation a pourtant refusé cette rétroactivité aux **lois** économiques, fiscales et douanières. Elle a abandonné cette jurisprudence contestable. En revanche, elle semble maintenir cette jurisprudence lorsqu'il s'agit de **règlements** en matière économique (par exemple, un règlement de taxation), ce qui n'est guère plus conforme aux standards internationaux, européens et constitutionnels.

II. Les atteintes au principe de légalité

Ces atteintes (certains auteurs parlent de **déclin du principe de légalité**) émanent du législateur lui-même, qui, parfois, renonce à ses pouvoirs (certains disent qu'il abdique ou démissionne), mais aussi du juge, qui s'est vu reconnaître de larges pouvoirs dans l'individualisation de la sanction.

A - Les atteintes émanant du législateur

► Le législateur altère d'abord le principe de légalité lorsqu'il procède au **transfert d'une partie de sa fonction législative** au pouvoir réglementaire (v. chapitre 2, I, A).

► Ensuite, la multiplication des lois, ici comme dans d'autres branches du droit (v. le thème général de **l'inflation législative**), porte atteinte à la cohérence du droit pénal (voir, comme exemple d'inflation législative censurée, les **décisions du Conseil constitutionnel des 10 février 2017 et 15 décembre 2017**, à propos du délit de consultation habituelle de sites Internet terroristes ; la **décision du Conseil constitutionnel du 7 août 2020**, à propos de la loi instaurant des mesures de sûreté à l'encontre des auteurs d'infractions terroristes à l'issue de leurs peines). Les textes sont parfois mal harmonisés. Le législateur a la fâcheuse habitude de procéder par **renvoi**. Il fixe dans un texte le cadre de l'incrimination et renvoie à d'autres lois ou à des règlements le soin d'apporter les éléments de précision nécessaires (voir **C. const., 24 janvier 2017**, qui déclare contraires à la Constitution les dispositions d'une loi qui renvoyait au pouvoir réglementaire le soin de déterminer la portée du délit de communication irrégulière avec une personne détenue ; pour le Conseil, le législateur, « *qui n'a pas fixé lui-même le champ d'application de la loi pénale, a méconnu les exigences découlant du principe de légalité des délits et des peines* »). Il agit de même en ce qui concerne la sanction, celle-ci pouvant figurer dans un autre texte. Il faut donc consulter plusieurs textes pour connaître les éléments de l'incrimination et la sanction alors que les deux sont indissociables. C'est surtout en droit pénal du travail et en droit pénal de l'urbanisme que le législateur procède ainsi.

► Pire, il arrive que le législateur édicte un texte trop **imprécis** (par exemple, la loi du 25 janvier 1985 relative

au redressement et à la liquidation judiciaires qui instaurait un délit de « malversation », sans plus de précision ; ou, l'article 222-33 qui ne donnait aucune définition de l'élément matériel de l'infraction de harcèlement sexuel, se contentant d'indiquer qu'était puni « *le fait de harceler autrui dans le but d'obtenir des faveurs de nature sexuelle* ». Cette façon de procéder contraire aux exigences constitutionnelles a conduit le Conseil constitutionnel à déclarer ces textes contraires à la Constitution. Pour le délit de malversation, c'est une décision du 18 janvier 1985 qui l'a ainsi jugé (voir *supra* chapitre 1, I)

S'agissant du **délit de harcèlement sexuel**, le Conseil constitutionnel a considéré dans une **décision du 4 mai 2012**, que « *le législateur tient de l'article 34 de la Constitution, ainsi que du principe de légalité des délits et des peines qui résulte de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, l'obligation de fixer lui-même le champ d'application de la loi pénale et de définir les crimes et délits en termes suffisamment clairs et précis* ». Il relève que l'article 222-33 du Code pénal permet que « *le délit de harcèlement sexuel soit punissable sans que les éléments constitutifs de l'infraction soient suffisamment définis ; qu'ainsi, ces dispositions méconnaissent le principe de légalité des délits et des peines et doivent être déclarées contraires à la Constitution* ». Prenant acte de cette décision, le législateur, par **la loi du 6 août 2012**, a modifié l'article 222-33 en définissant ainsi le harcèlement sexuel comme « *le fait d'imposer à une personne, de façon répétée, des propos ou comportements à connotation sexuelle qui, soit portent atteinte à sa dignité en raison de leur caractère dégradant ou humiliant, soit créent à son encontre une situation intimidante, hostile ou offensante* ». Une loi du 3 août 2018 a étendu les termes de

l'incrimination. Est tout autant contestable la technique dite de l'**article balai**, c'est-à-dire de l'article qui incrimine tous les comportements non visés par ailleurs (v. *supra*, l'exemple de l'article 82 de l'ancien Code pénal).

B - Les atteintes émanant du juge

► Le juge pénal dispose d'un large pouvoir en matière de **personnalisation de la sanction** (voir art. 132-24). Le nouveau Code pénal ne prévoit plus un minimum pour les peines mais **seulement un maximum**, ce qui laisse au juge une grande marge d'appréciation. Par exemple, l'**escroquerie**, selon l'article 313-1, fait encourir une peine de cinq ans d'emprisonnement et 375 000 € d'amende. Le juge, dans la limite ainsi fixée, a toute latitude pour adapter la peine en fonction des circonstances de l'infraction et de la personnalité du prévenu et prononcer, par exemple, une amende d'un montant d'un euro.

Le juge peut, **à la place de l'emprisonnement**, prononcer une ou plusieurs peines privatives ou restrictives de droits pour une durée de cinq ans au plus : par exemple, la suspension ou l'annulation du permis de conduire, l'interdiction d'exercice d'une activité professionnelle ou sociale (art. 131-6).

Il peut encore **adapter la peine** en recourant au fractionnement de peine ou à la semi-liberté.

Mieux, le juge a le pouvoir de décider d'une **dispense de peine** ou de **surseoir à l'exécution de la sanction** qu'il vient pourtant de prononcer (v. chapitre 9).

► Enfin, le juge de l'application des peines s'est vu reconnaître également de très larges pouvoirs d'individualisation dans l'**exécution de la peine**. Il peut

notamment accorder la libération conditionnelle, des permissions de sortir, des réductions de peines (v. chapitre 9, IV, B).

Cependant tous ces pouvoirs sont, en principe, attribués dans un sens favorable à la personne poursuivie ou condamnée, et ils résultent de la loi elle-même, qui en fixe les limites, ce qui évite l'arbitraire

Chapitre 2 : Les sources du droit pénal

Le principe de la légalité des incriminations et des peines nécessite de préciser quelles sont les sources de cette légalité et les contrôles exercés à l'égard de la norme pénale ainsi édictée.

I. La diversité des sources du droit pénal

Les sources du droit pénal sont fondamentalement nationales car le droit pénal relève, par essence, de la souveraineté des États. Cependant, dans la période contemporaine, d'autres sources supranationales, communautaires et internationales, sont venues compléter les sources nationales.

A - Les sources nationales

Le principe de légalité suppose que la norme pénale soit **écrite**. **Ni la coutume ni les usages** ne sont sources de droit pénal. Cependant, il convient d'atténuer cette affirmation, et cela doublement :

- D'une part, la coutume ou les usages, qui sont impuissants à créer une incrimination, jouent un rôle en matière de **faits justificatifs** (v. chapitre 6, I, B).
- D'autre part, la loi fait parfois référence à la coutume ou aux usages afin de délimiter le domaine d'une incrimination. Même en l'absence d'une telle référence, le juge prend en considération les usages dans certains cas (par exemple, en matière de fraude ou de falsification de produits, il a recours aux « usages loyaux et constants du commerce »).

Il faut encore distinguer de la coutume et des usages, les **principes généraux du droit** que le juge répressif tire de l'esprit des lois et d'un fonds commun de civilisation. Ils ne vont pas directement contre la loi puisqu'ils émanent de celle-ci, de son esprit général.

Les sources nationales à examiner sont la loi et le règlement.

1 . La loi

→ Les textes législatifs

La loi au sens strict est le texte voté par le Parlement (Assemblée nationale et Sénat), promulgué par le président de la République et publié au *Journal officiel*. Selon l'article 34 de la Constitution du 4 octobre 1958, la loi fixe les règles concernant « *la détermination des **crimes** et **délits** ainsi que les **peines** qui leur sont applicables ; la **procédure pénale**, l'**amnistie** » ». L'article 111-2, alinéa 1^{er}, rappelle que « *la loi détermine les crimes et délits et fixe les peines applicables à leurs auteurs* ».*

Le législateur a procédé à la **codification** des normes pénales dans le Code pénal. Mais ces normes se trouvent aussi dans d'autres codes (Code de l'urbanisme, Code du travail, Code de la route).

Enfin, il faut tenir compte des multiples incriminations contenues dans les textes les plus divers, ce qui n'est pas sans poser de problèmes, eu égard au principe de légalité (v. chapitre 1) et au principe de la connaissance présumée de la loi (v. chapitre 5, I, A).

→ Les textes assimilés à la loi

- ▶ Les textes assimilés à la loi sont principalement les **ordonnances** prises par le pouvoir réglementaire sur délégation du Parlement (art. 38, Constitution). Elles ont valeur de lois si elles sont ratifiées par le Parlement. Jusqu'à ratification, elles sont traitées comme des règlements.
- ▶ Il s'agit aussi des **décisions** prises par le président de la République en vertu de l'article 16 de la Constitution, lorsqu'elles relèvent normalement du domaine de la loi.

2 . Les règlements

Ce sont les actes à caractère général et impersonnel émanant des autorités administratives. La **hiérarchie des règlements** (de l'acte supérieur à l'acte inférieur) est la suivante : décrets en Conseil d'État, décrets simples, arrêtés ministériels, arrêtés préfectoraux, arrêtés municipaux.

On distingue :

- ▶ **Les règlements autonomes.** Selon l'article 37 , alinéa 1^{er}, de la Constitution : « *Les matières autres que celles qui sont du domaine de la loi ont un caractère*

réglementaire. » C'est ainsi que les contraventions (incriminations et peines) relèvent de décrets en Conseil d'État. Mais, comme le précise l'article 1112, alinéa 2, les peines contraventionnelles applicables sont fixées **dans les limites et selon les distinctions établies par la loi** (par exemple, l'amende contraventionnelle ne peut pas dépasser le montant de 1 500 €, 3 000 € en cas de récidive, limites fixées par l'article 131-13).

► **Les autres règlements.** Ils peuvent édicter une incrimination mais pas une sanction. Celle-ci est prévue soit par une loi, soit par l'article R. 610-5 (38 € d'amende), dès lors que le texte incriminateur résulte d'un décret ou d'un arrêté de **police**, c'est-à-dire ayant pour objet le maintien de l'ordre, de la sécurité, de la tranquillité ou de la salubrité publiques.

► **Le cas des circulaires.** Les circulaires administratives ne peuvent ni servir de base à une incrimination ou à une sanction pénales, ni modifier une règle procédurale, sauf exception (en cas de délégation expresse du législateur). Mais elles peuvent parfois être invoquées par la personne poursuivie pour faire disparaître l'imputabilité morale (v. chapitre 6, I, A).

B - Les sources de l'Union européenne

Ces sources résultent essentiellement du traité de Lisbonne du 13 décembre 2007, entré en vigueur le 1^{er} décembre 2009 et qui se décline en un traité sur l'Union européenne (TUE) et un traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), ainsi que du **droit dérivé** :

- ▶ les **règlements**, qui ont une portée générale et sont obligatoires dans tous leurs éléments et directement applicables dans tous les États membres de l'Union européenne (article 288, alinéa 2, TFUE) ;
- ▶ les **directives**, qui lient les États membres destinataires quant au résultat à atteindre tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens (art. 288, alinéa 3, TFUE).

Cependant, même non transposée en droit interne, la directive produit parfois un effet indirect : le juge national est tenu d'interpréter le droit national au regard de la directive, et il doit faire prévaloir celle-ci sur les dispositions non conformes de l'ordre juridique interne lorsque les termes de la directive sont clairs et précis.

Le droit communautaire s'impose dans l'ordre juridique interne. Il sera souvent invoqué par la personne poursuivie pour échapper à la sanction pénale (v. *infra*, II, B.).

La violation du droit de l'Union européenne n'est sanctionnée pénalement que si un texte interne prévoit la répression de cette violation (système de l'**intégration par référence**) : Crim., 21 juin 1984.

L'évolution tend cependant à l'édiction de **règles pénales communes** du moins dans certains domaines

Ainsi le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (art. 83) prévoit que :

- le Parlement européen et le Conseil, statuant par voie de **directives**, peuvent établir des **règles minimales relatives à la définition des infractions pénales et des sanctions** dans des *domaines de criminalité particulièrement grave revêtant une dimension transfrontière*. Les **domaines** énumérés par l'article sont les suivants : le **terrorisme**, la **traite des êtres humains** et *l'exploitation sexuelle des femmes et des*

enfants, le trafic illicite de drogues, le trafic illicite d'armes, le blanchissement d'argent, la corruption, la contrefaçon de moyens de paiement, la criminalité informatique et la criminalité organisée ;

- lorsque le rapprochement des dispositions législatives et réglementaires des États membres en matière pénale s'avère indispensable pour assurer la mise en œuvre efficace d'une politique de l'Union dans un domaine ayant fait l'objet de mesures d'harmonisation, des directives peuvent établir des règles minimales relatives à la définition des infractions pénales et des sanctions dans le domaine concerné.

Quant à la **Charte des droits fondamentaux** de l'Union européenne du 7 décembre 2000 qui a « *la même valeur juridique que les traités* » (art. 6.1 TUE) et qui a vocation à s'appliquer dans le **champ d'action du droit de l'Union**, elle expose des **droits et libertés** tels que : droit à la liberté et à la sûreté, droit à un recours effectif devant un tribunal impartial, présomption d'innocence, principe de légalité et de proportionnalité des délits et des peines.

C - Les sources internationales

Selon l'article 55 de la Constitution : « *Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie* ».

Cependant, si le texte international peut prévoir des obligations ou des interdictions dans un domaine donné, la

sanction relève fondamentalement de la loi interne, car c'est le législateur qui décide que la violation de cette interdiction ou obligation sera sanctionnée.

Deux textes, non soumis à la condition de réciprocité, sont relatifs aux **droits de l'homme** :

- la **Convention européenne** de sauvegarde **des droits de l'homme** et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950, ratifiée en 1974 par la France. Elle n'est pas une source, même indirecte, d'incriminations ou de sanctions. Elle comporte un **exposé de principes et de garanties de droit pénal de fond** (par exemple, légalité des délits et des peines, non-rétroactivité de la loi, abolition de la peine de mort, prohibition des peines ou traitements inhumains ou dégradants) **ou de droit pénal de forme** (droit à la liberté et à la sûreté, droit à être jugé par un tribunal indépendant et impartial, dans un délai raisonnable, droits de la défense). La Convention édicte aussi des règles qui dépassent le droit pénal ou la procédure pénale. Cette convention sera invoquée par la personne poursuivie qui contestera la validité d'une norme interne (v. *infra*, II, C) ;
- le **Pacte des Nations unies relatif aux droits civils et politiques** du 16 décembre 1966, ratifié par la France en 1980, qui contient des dispositions de fond (et de forme) similaires à celles de la Convention européenne.

Pour être valable, toute norme nationale doit respecter la règle supérieure (selon la hiérarchie : Constitution, traités, lois et principes généraux du droit, règlements). Un contrôle de la régularité de la norme pénale s'impose donc.

II. Le contrôle de la régularité de la norme pénale interne

Ce contrôle s'exerce à l'égard de la loi et du règlement.

A - La conformité de la loi pénale aux normes constitutionnelles

L'article 61 de la Constitution confère au Conseil constitutionnel le contrôle de la conformité de la loi à la Constitution. Ce dernier terme doit être entendu au sens matériel et non pas formel. En effet, le contrôle s'effectue non seulement par rapport au texte du 4 octobre 1958 mais aussi par rapport à son préambule, à la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, au préambule de la Constitution de 1946, à la Charte de l'environnement du 1^{er} mars 2005, aux principes fondamentaux reconnus par les lois de la République et aux principes généraux du droit à valeur constitutionnelle. Il s'agit de ce que l'on appelle le ***bloc de constitutionnalité***.

Le Conseil constitutionnel a ainsi pu dégager des principes en droit pénal de fond (et en procédure pénale) qui constituent les ***bases constitutionnelles du droit pénal***. C'est ainsi que le Conseil a affirmé :

- le principe selon lequel les textes de droit pénal doivent être clairs, précis et nécessaires (C. const., 19 et 20 janvier 1981) ;

- le principe de la proportionnalité entre la gravité de l'infraction et la gravité de la peine encourue (C. const., 3 septembre 1986) ;
- le principe de la responsabilité personnelle (C. const., 2 décembre 1976).

Selon l'article 62, alinéa 3, de la Constitution, les décisions du Conseil constitutionnel (qui ont l'autorité absolue de la chose jugée) s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles, donc au juge pénal. Le Conseil peut aller jusqu'à imposer une interprétation de la loi soumise à son contrôle.

Il existe deux modalités de contrôle constitutionnel :

► **Le contrôle a priori** (par voie d'action), c'est-à-dire celui exercé à l'égard d'une loi non encore promulguée (art. 61, al. 2 Constitution).

Le Conseil constitutionnel ne peut être saisi que par certaines **autorités qualifiées** : le président de la République, le Premier ministre, les présidents de l'Assemblée nationale et du Sénat, 60 députés ou 60 sénateurs. Une personne privée (physique ou morale) n'a pas qualité pour agir devant le Conseil dans ce cas.

La disposition déclarée inconstitutionnelle ne peut être promulguée ni mise en application.

► **Le contrôle a posteriori** (par voie de question préjudicielle), depuis la réforme constitutionnelle du 23 juillet 2008 (applicable au 1^{er} mars 2010) à l'encontre d'une disposition législative en vigueur.

En effet, selon l'article 61-1 de la Constitution lorsque, à l'occasion d'une **instance en cours** devant une juridiction (administrative ou judiciaire) il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux **droits et libertés** que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question prioritaire de constitutionnalité

sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai de trois mois.

Si le Conseil constitutionnel déclare une disposition inconstitutionnelle, elle est alors « **abrogée** à compter de la publication de la décision du Conseil constitutionnel ou d'une date ultérieure fixée par cette décision » (art. 62, al. 2, Constitution).

En outre, le Conseil constitutionnel détermine « les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles d'être remis en cause » (art. 62, al. 2 précité).

B - La conformité de la loi pénale aux normes de l'Union européenne

Puisque le droit communautaire prime la loi française même postérieure (Cass., Ch. mixte, 24 mai 1975, *Société Cafés Jacques Vabre* ; Conseil d'État, Ass., 20 octobre 1989, *Nicolo*), le juge pénal **neutralisera la loi nationale** contraire au droit communautaire, c'est-à-dire ne l'appliquera pas. Par exemple, si un règlement communautaire autorise l'exercice de telle activité prohibée par une loi française, le juge pénal devra relaxer la personne poursuivie ; il fera prévaloir le règlement communautaire (voir, par exemple, Crim., 23 juin 2021).

Si les traités de l'Union européenne ou les actes dérivés doivent être **interprétés**, une procédure particulière (le **renvoi préjudiciel**) est prévue (art. 267, Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne), donnant compétence à la Cour de justice de l'Union européenne.

C - La conformité de la loi pénale aux normes internationales

► En vertu du principe de la supériorité du traité sur la loi, le juge pénal neutralisera, ici aussi, l'application de la loi contraire au traité en faisant prévaloir ce dernier. C'est ainsi qu'une personne poursuivie pourra bénéficier d'une relaxe si elle se fonde sur la **Convention européenne** des droits de l'homme de 1950 ou ses protocoles additionnels. Mais la chambre criminelle de la Cour de cassation a souvent considéré que notre droit criminel (surtout la procédure pénale) était conforme à la Convention.

► En outre, le justiciable, après avoir épuisé toutes les voies de recours internes, peut exercer un **recours devant la Cour européenne des droits de l'homme** en cas de violation de la Convention par l'État, afin d'obtenir la condamnation de celui-ci et la réparation du préjudice subi (par exemple, en cas de détention provisoire d'une durée déraisonnable). Et la loi du 15 juin 2000 sur la présomption d'innocence a introduit dans le Code de procédure pénale (articles 622-1 et 622-2) une procédure (non automatique) de **réexamen des condamnations pénales** prononcées, selon la Cour européenne des droits de l'homme, en violation de la Convention ou de ses protocoles additionnels.

D - La régularité des actes administratifs

► Un règlement administratif peut être l'objet d'un **contrôle par voie d'action**, c'est-à-dire être l'objet d'un

recours pour excès de pouvoir devant la juridiction administrative. Le juge administratif doit être saisi dans les deux mois de la publication du règlement ou de la notification de l'acte individuel.

L'acte est annulé en cas d'illégalité externe (incompétence de l'auteur de l'acte, vice de forme ou de procédure) ou interne (violation de la loi ou détournement de pouvoir ou de procédure).

L'annulation du règlement a, en principe, un effet rétroactif à l'égard de tous (autorité absolue de chose jugée).

► En dehors de ce contrôle, en cas de poursuite fondée sur un acte administratif, la question se pose de savoir si le juge pénal a le pouvoir d'en apprécier la régularité au regard des normes supérieures (règlement supérieur, principes généraux du droit, loi, traité, Constitution pour les règlements autonomes, car pour les autres l'écran de la loi est un obstacle au contrôle de constitutionnalité de l'acte administratif) : c'est le **contrôle par voie d'exception** (appelée « exception d'illégalité »).

Après des divergences de jurisprudences entre le Tribunal des conflits et la chambre criminelle de la Cour de cassation, le **Code pénal** dispose dans son article 111-5 que « *les juridictions pénales sont compétentes pour **interpréter** les actes administratifs, **réglementaires ou individuels** et pour en **apprécier la légalité** lorsque, de cet examen, dépend la solution du procès pénal qui leur est soumis* » (voir, par exemple, Crim., 13 décembre 2016 [3 arrêts], et Crim., 28 mars 2017 [2 arrêts], considérant que les juridictions pénales sont compétentes pour apprécier la légalité des ordres de perquisition administrative délivrés par les préfets en application de l'état d'urgence ; bien que ces ordres de perquisition ne constituent pas des fondements aux poursuites, de leur régularité dépend celle de la procédure pénale qui sera

engagée à la suite de découvertes d'infractions pénales au cours de la perquisition). Ce contrôle peut être exercé d'office par le juge pénal.

Le contrôle s'effectue de la même manière que celui pratiqué par le juge administratif. Le juge pénal ne peut donc pas apprécier l'opportunité de l'acte mais il peut aller jusqu'à sanctionner l'erreur manifeste. Cependant, il n'annulera pas l'acte illégal, il ne l'appliquera pas au cas concerné. Il y aura neutralisation de cet acte.

Partie 2 : L'infraction pénale

Chapitre 3 : Les classifications des infractions

L'inflation législative en matière pénale a entraîné un foisonnement et une diversité des infractions. Il faut donc opérer des classifications afin de déterminer le régime applicable à chaque catégorie d'infractions.

Les classifications sont traditionnellement fondées sur la **gravité**, la **nature** ou le **mode d'exécution** des infractions (sur la définition générale de l'infraction, v. chapitre préliminaire, I, A).

I. La classification fondée sur la gravité de l'infraction

Cette classification est **légale**. Elle résulte de l'article 111-1, aux termes duquel : « *Les infractions pénales sont classées, suivant leur gravité, en crimes, délits et contraventions.* »

A - Le critère de la distinction

L'infraction est définie (malgré la rédaction ambiguë de l'article précité) par la **gravité de la peine principale encourue** (et non par la peine *prononcée* par la juridiction). Il faut donc examiner les diverses peines criminelles, correctionnelles et contraventionnelles exposées dans les articles 131-1 et suivants pour qualifier une infraction de crime, de délit ou de contravention (v. chapitre 8, II, A).

Tout simplement :

- l'infraction punie de peines criminelles (par exemple, la réclusion) est un **crime**,
- celle punie de peines correctionnelles (par exemple, l'emprisonnement) est un **délit**,
- celle punie de peines contraventionnelles (par exemple, l'amende ne dépassant pas 3 000 €) est une **contravention**.

B - Les intérêts de la distinction

1 . En droit pénal de fond

- ▶ Un premier intérêt concerne la **tentative**. Celle-ci est punissable en matière criminelle. Elle ne l'est pas en matière de délit, sauf texte contraire. Enfin, la tentative de contravention n'est pas incriminée.
- ▶ La **complicité** est punissable en matière de crime et de délit. Elle ne l'est, en matière de contravention, que pour les cas précisés par un texte.
- ▶ Également, selon l'article 121-3, les crimes et délits supposent **l'intention coupable**, sauf exception, alors qu'en matière de contravention, l'intention coupable n'est pas exigée, en principe.

- ▶ Les règles applicables en matière de **cumul des peines**, de **récidive**, de **sursis** varient aussi selon la qualification retenue.
- ▶ Enfin, le délai de **prescription de la peine** (l'écoulement du délai fait obstacle à l'exécution de la peine prononcée) est différent selon la gravité de l'infraction (vingt ans pour les crimes, six ans pour les délits, trois ans pour les contraventions).

2 . En droit pénal de forme

- ▶ Le délai de **prescription de l'action publique** (l'écoulement du délai faisant obstacle aux poursuites) est, en principe, de vingt ans pour les crimes, six ans pour les délits, un an pour les contraventions.
- ▶ La **juridiction compétente** est la cour d'assises ou la cour criminelle départementale pour les crimes, le tribunal correctionnel pour les délits, le tribunal de police pour les contraventions.
- ▶ D'autres **règles de forme** relatives à l'instruction, à la détention provisoire ou au jugement diffèrent aussi selon la gravité de l'infraction.

À côté de cette classification légale, il existe d'autres classifications proposées par la doctrine.

II. Les classifications fondées sur la nature des infractions

On oppose les infractions de droit commun aux infractions politiques et aux infractions militaires.

A - Infractions de droit commun et infractions politiques

1 . Les critères de la distinction

► La doctrine a proposé deux critères de qualification :

- Un **critère objectif** selon lequel l'infraction est politique dès lors qu'elle porte atteinte à un intérêt de nature politique ou constitutionnel (exemple : le complot).
- Un **critère subjectif** selon lequel une infraction de droit commun est politique lorsqu'elle est commise pour un motif (mobile) politique. On parle d'**infraction complexe** (dans un autre sens que celui indiqué au III). Sera également politique - on parle alors d'**infraction connexe** - l'infraction de droit commun qui se rattache à une infraction politique par un rapport de causalité (temps, lieu, action) et est commise pour des raisons politiques (l'infraction est en même temps complexe ; par exemple, le vol dans une armurerie pour participer à une insurrection).

► En droit positif, le critère retenu par le législateur est le **critère objectif**, la jurisprudence elle-même retenant de manière exceptionnelle le critère subjectif.

- En effet, le **Code pénal** prévoit des peines politiques en matière criminelle (la détention à perpétuité ou à temps). Dès lors qu'un crime est puni d'une de ces peines, il est **objectivement** une infraction politique. Mais cette appréciation n'est possible que pour les crimes. En outre, les principales infractions politiques sont exposées dans le livre IV du Code pénal sous

l'intitulé : « Des crimes et délits contre la nation, l'État et la paix publique ».

– La **jurisprudence** rejette aussi le critère subjectif (par exemple, Cass., crim., 20 août 1932, à propos de l'assassinat d'un chef d'État). La seule exception concerne l'**extradition** (qui ne joue pas en matière politique).

► Enfin, à côté des infractions politiques, existent les **infractions terroristes**. Le législateur a édicté des règles particulières de fond (par exemple, aggravation des peines) et de procédure (compétence d'une cour d'assises spéciale) applicables à certaines **infractions de droit commun** (par exemple, les atteintes volontaires à la vie ou à l'intégrité de la personne) lorsqu'elles sont « *intentionnellement en relation avec une entreprise individuelle ou collective ayant pour but de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur* » (art. 421-1, al. 1^{er}) ou à des infractions qualifiées de manière spécifique d'**actes de terrorisme** (voir, par exemple, l'art. 421-2-6).

2 . Les intérêts de la distinction

► La **peine politique** en matière **criminelle** est différente de celle de droit commun (détention criminelle au lieu de la réclusion criminelle).

En matière **correctionnelle**, les peines sont les mêmes mais le délinquant politique condamné à l'emprisonnement bénéficie d'un **régime pénitentiaire spécial** (art. D. 490 et suivants, Code de procédure pénale).

En outre, une condamnation politique ne fait pas obstacle au **sursis** simple, mais le sursis avec mise à l'épreuve ne peut pas être prononcé.

► Sur le plan de la procédure, il existe des **juridictions spéciales** en matière politique (Haute Cour, Cour de justice de la République, cour d'assises spéciale).

B - Infractions de droit commun et infractions militaires

1 . Le critère de la distinction

Il existe deux types d'infractions militaires :

► Les **infractions purement militaires**, c'est-à-dire celles qui ne peuvent être commises que par des militaires (par exemple, la désertion, l'insoumission). Elles sont réprimées par le Code de justice militaire.

► Les infractions de droit commun commises par des militaires dans l'exécution du service (qualifiées d'**infractions mixtes**) par exemple, un abus de confiance. Mais le Code de justice militaire considère comme purement militaires le vol et les voies de fait contre un supérieur lorsque ces faits sont commis par un militaire dans l'exercice de ses fonctions.

2 . Les intérêts de la distinction

► Les **peines** sont, en principe, celles de droit commun. Mais il existe des peines spécifiquement militaires, telles que la destitution ou la perte de grade.

En outre, c'est un régime particulier qui s'applique en matière de **sursis** simple ou avec mise à l'épreuve et en matière de récidive.

► Enfin, les **juridictions** de droit commun sont compétentes ***en temps de paix*** pour connaître des infractions militaires, mais elles sont spécialement composées. ***En temps de guerre***, ce sont les juridictions des forces armées qui sont compétentes.

III. Les classifications fondées sur le mode d'exécution des infractions

Les infractions peuvent être réalisées de différentes façons.

Sur le plan de l'***élément matériel***, on distingue les infractions instantanées et les infractions continues, les infractions simples et les infractions complexes (v. aussi le chapitre 4, pour la distinction des infractions de commission et des infractions d'omission et pour celle des infractions matérielles et des infractions formelles).

Sur le plan de l'***élément moral***, il faut distinguer les infractions intentionnelles et les infractions d'imprudence. Cette classification sera examinée au chapitre 5.

A - Infractions instantanées et infractions continues

1 . Le critère de la distinction

Ce critère tient à l'immédiateté ou à la persistance (la durée) de l'exécution matérielle de l'acte incriminé. Sur le moment des infractions, v. chapitre 4, I, B.

► **L'infraction instantanée** (par exemple, le meurtre, le vol, l'omission de secours à personne en péril) se caractérise par une **exécution immédiate**. On dit qu'elle se réalise en un trait de temps. La durée de l'exécution n'est pas juridiquement prise en considération. Même si le vol se réalisait pendant une certaine durée, il n'y aurait là qu'une donnée de fait indifférente.

► **L'infraction continue** se caractérise par une **conduite infractionnelle persistante dans le temps**. La durée de l'exécution est ici juridiquement prise en considération. C'est ainsi que le recel (qui est le fait de détenir une chose en sachant qu'elle provient d'un crime ou d'un délit, art. 321-1) existe dès lors et tant que le receleur détient la chose. D'ailleurs, cette continuité délictueuse n'est qu'une simple virtualité : la possibilité d'une perpétuation de l'état délictueux. Peu importe que le recel n'ait duré que quelques minutes, l'appréciation de la continuité se faisant **in abstracto** et non *in concreto*.

Pour déterminer la nature instantanée ou continue d'une infraction, il suffit d'examiner le texte d'incrimination, mais l'interprétation n'est pas toujours aisée et la jurisprudence pas toujours logique.

► Il faut distinguer aussi l'infraction continue de l'**infraction permanente**. Alors que l'infraction continue est celle dont la durée prise en considération concerne la matérialité de l'exécution (complétée par la persistance corrélatrice de l'intention) et non les effets, l'infraction permanente est celle qui produit un **résultat matériel durable** sans persistance de la volonté coupable (par exemple, le voleur qui conserve la chose volée, les qualifications de vol et de recel étant exclusives l'une de

l'autre ; voir chapitre 9, III, A). L'infraction permanente est une infraction instantanée dont les effets ont vocation à se prolonger dans le temps.

► Il ne faut pas non plus confondre l'infraction continue et l'**infraction successive**. Les infractions successives sont des infractions réitérées dans le temps. La répétition d'infractions ne change pas leur nature instantanée ou continue.

► Un élément de complication intervient avec la notion d'**infraction continuée** dite encore **infraction collective par unité de but**. Il s'agit ici de fondre en une infraction unique tous les délits instantanés de même nature qui concourent à l'exécution d'une même entreprise délictueuse, par exemple, le vol commis en plusieurs voyages, le vol successif d'électricité. Dans ces situations, on constate une pluralité d'actions échelonnées dans le temps mais l'activité délictueuse est considérée dans son ensemble.

2 . Les intérêts de la distinction

Ces intérêts sont liés à la détermination du moment et du lieu de commission de l'infraction.

► En raison de la persistance de l'activité délictueuse, le point de départ du délai de **prescription de l'action publique** sera le jour où cesse cette activité (par exemple le jour où le receleur s'est dépossédé de la chose) pour l'infraction continue (solution conforme à la Constitution selon le Conseil constitutionnel : décision du 24 mai 2019), alors que pour l'infraction instantanée, le point de départ est fixé au jour où l'acte a été commis, sans prise en compte des effets. De même, une loi d'**amnistie** ne s'appliquera pas à l'infraction continue pour les actes exécutés après celle-ci.

Une condamnation définitive prononcée du chef d'une infraction continue ne fera pas obstacle à de **nouvelles poursuites** si l'état délictueux subsiste.

Une **loi nouvelle** sera applicable à l'infraction continue même si elle est plus sévère pour l'activité délictueuse postérieure à cette loi.

► La **compétence** interne comme la compétence internationale des juridictions varieront selon que l'infraction est instantanée (un acte unique immédiat donc, en principe, un seul tribunal compétent) ou continue (une activité coupable qui a pu se prolonger dans divers ressorts rendant compétents plusieurs tribunaux).

B - Infractions simples et infractions complexes

1 . Le critère de la distinction

La matérialité d'une infraction peut consister, soit en **un seul acte d'exécution**, soit au contraire en une **pluralité d'actes**.

► Dans le premier cas, on parle d'**infraction simple**.

Le fait matériel unique peut être **positif** (par exemple, la soustraction frauduleuse) ou **négatif** (par exemple, l'omission de secours).

L'infraction simple peut être **instantanée** ou **continue**.

► Dans le second cas, on parle d'**infraction complexe** (dans un autre sens que celui indiqué au II, A). Deux types d'infractions de cette nature existent :

- l'**infraction complexe proprement dite**, caractérisée par une pluralité d'actes de nature différente, par exemple, l'escroquerie, dont la consommation suppose des manœuvres et la remise d'une chose ;
- l'**infraction d'habitude**, caractérisée par une pluralité d'actes de nature identique dont chacun pris isolément n'est pas punissable. C'est la répétition de l'acte qui constituera la matérialité de l'infraction (par exemple, l'exercice illégal de la médecine, art. L. 4161-1, 1°, Code de la santé publique). On considère que l'habitude est réalisée **dès qu'un second acte s'ajoute au premier**.

Parfois, le législateur fait de l'habitude, non un élément de l'infraction, mais une **circonstance aggravante** (par exemple, le recel habituel, puni de dix ans d'emprisonnement et 750 000 € d'amende au lieu de cinq ans d'emprisonnement et 375 000 € d'amende pour le recel simple, art. 321-1 et 321-2).

L'idée d'infraction complexe permet de faire la distinction entre les éléments de la matérialité de l'infraction et les conditions préalables de celle-ci. Toute infraction a des **conditions préalables**, c'est-à-dire des données de fait ou de droit extra-pénales (relevant du droit civil ou du droit commercial, par exemple) qui dessinent le cadre où évolue la criminalité. Les conditions préalables fixent, en effet, le domaine dans lequel l'infraction sera commise. C'est ainsi que l'abus de confiance suppose la remise préalable d'une chose, l'acte illicite, élément de l'infraction, étant le détournement de la chose. De même, l'infraction d'homicide suppose préalablement une personne humaine en vie (voir, à ce sujet, Cass. Ass. plén., 29 juin 2001, qui a considéré que l'interprétation stricte de la loi pénale s'oppose à ce que l'incrimination d'homicide par imprudence soit étendue au cas de l'enfant à naître, dont le régime juridique relève de

textes particuliers sur l'embryon ou le fœtus). La condition préalable permet de discerner **la valeur sociale protégée** par le législateur : la foi contractuelle dans le premier exemple, la vie humaine dans le second.

2 . Les intérêts de la distinction

- ▶ La **loi applicable** à l'infraction complexe proprement dite ou à l'infraction d'habitude est celle du dernier acte constitutif, même si elle est plus sévère que celle qui s'appliquait lors du premier acte.
- ▶ Le délai de **prescription de l'action publique** ne commencera à courir qu'à compter du jour où le dernier acte de l'infraction complexe sera réalisé (puisque c'est à ce moment que l'infraction sera consommée) ou du second acte de l'infraction d'habitude (pour la même raison).
- ▶ Enfin, diverses **juridictions** seront compétentes en matière d'infraction complexe puisque chaque acte, de nature différente, est illicite. Il en sera de même pour l'infraction d'habitude, en cas de répétition des actes dans des lieux différents, à partir du second qui consomme l'infraction.

Chapitre 4 : L'élément matériel de l'infraction

L'infraction suppose la ***réalisation d'un élément matériel***. Un droit pénal protecteur de la liberté individuelle ne peut pas se contenter de réprimer une simple pensée coupable. Une extériorisation de cette pensée, par la réalisation d'un fait matériel tangible, est nécessaire. Le législateur définit cette conduite matérielle infractionnelle (pour le meurtre, le fait de donner la mort à la victime ; pour le vol, le fait de soustraire la chose d'autrui).

Lorsque l'agent est allé jusqu'au bout de son action et a accompli l'acte matériel, l'infraction est ***consommée***. En revanche, lorsqu'il a été arrêté dans la réalisation de cet élément, l'infraction est seulement ***tentée***.

I. L'infraction consommée

L'agent a réalisé le résultat fixé par la loi.

Les modalités et les finalités de la consommation sont diverses.

A - Les modalités de la consommation

Le comportement interdit par la loi peut être une action ou une omission.

1 . Les infractions de commission

Elles consistent dans l'accomplissement d'un acte positif d'exécution prohibé par la loi. L'agent a réalisé ce que la loi interdit (tuer, voler, diffamer).

2 . Les infractions d'omission

Elles consistent dans un acte négatif d'exécution, c'est-à-dire dans le fait de ne pas accomplir ce que la loi commande (ne pas secourir une personne en péril). Dans un droit pénal libéral, les infractions d'omission sont traditionnellement moins nombreuses que les infractions de commission. Cependant, l'évolution contemporaine, plus dirigiste, a montré la multiplication des textes incriminateurs d'un comportement purement passif : omission de secours, non-révélation de certains crimes (atteintes aux intérêts fondamentaux de la nation, actes de terrorisme), non-obstacle à certaines infractions, non-témoignage en faveur d'un innocent poursuivi, outre les multiples incriminations du droit pénal des affaires.

3 . Les infractions de commission par omission

À propos de l'omission, la doctrine s'est interrogée sur la situation suivante : lorsqu'un texte incrimine un acte positif, peut-on poursuivre le fait d'omission, non incriminé, dès lors que celui-ci aboutit au même résultat que l'acte de commission ? En d'autres termes, peut-on condamner également celui qui tue et celui qui laisse mourir, le résultat final étant le même ? C'est tout le débat des ***infractions de commission par omission***.

La jurisprudence a toujours refusé de condamner pour commission l'auteur d'une ***simple abstention***. Dans la célèbre affaire de « la séquestrée de Poitiers », la cour d'appel a refusé de condamner pour violences et voies de fait une personne qui avait laissé sa sœur, aliénée mentale, vivre pendant plus de vingt ans dans une chambre non aérée et sans lumière et dans un état d'hygiène tel que sa santé en avait été altérée. La juridiction a considéré que « *les faits de la cause ne peuvent tomber sous le coup d'une disposition pénale ; qu'on ne saurait, en effet, comprendre un délit de violences ou de voies de fait sans violences* » (Poitiers, 20 novembre 1901). Cette solution, moralement choquante, est justifiée sur le plan juridique, pour plusieurs raisons :

- D'une part, sur le plan de la ***causalité***, car il est difficile de rattacher un dommage à une attitude négative et de faire de celle-ci sa cause directe et immédiate.
- D'autre part, sur le plan de la ***légalité***, le principe de l'interprétation stricte interdit de raisonner par analogie (v. chapitre 1, I, B) ; or c'est un tel raisonnement qui conduirait à l'assimilation de l'omission à l'action.

Certes, aujourd'hui, le fait non sanctionné par la cour d'appel de Poitiers est qualifié d'omission de secours à personne en péril (art. 223-6, al. 2). Mais cette incrimination fait encourir une peine d'emprisonnement de cinq ans

(outre une amende) et non trente ans de réclusion criminelle comme c'est le cas en matière de meurtre. Le Code pénal n'assimile donc pas l'omission à l'action.

Parfois cependant, le législateur retient une telle assimilation pour des infractions pourtant intentionnelles (art. 227-16 : mise en péril de mineurs de quinze ans lorsqu'elle a entraîné la mort). Pour les infractions dites involontaires, l'omission est classiquement assimilée à l'action : ne pas prendre de précautions est une attitude mise, par la jurisprudence, sur un même plan que l'imprudence dans l'action.

B - Les finalités de la consommation

Une infraction tend toujours à un résultat prohibé. Ce résultat varie cependant selon les infractions.

1 . La notion de « résultat »

La doctrine distingue principalement les résultats suivants :

► **Le résultat réel** est le résultat « redouté » par le législateur. Dans le meurtre, le résultat réel est la mort de la victime. Ce résultat est distinct du préjudice civil subi par la victime ou ses proches. Le préjudice est la conséquence du résultat réel (le dommage).

► **Le résultat légal** est celui qui consomme l'infraction. L'infraction est juridiquement consommée lorsque ses composantes légales (notamment l'élément matériel) sont constituées. Dans le meurtre, le résultat légal est la mort

de la victime, dans l'empoisonnement c'est l'administration de substances mortifères.

2 . La variabilité du résultat légal

Le seuil légal de consommation est variable selon les infractions. On dit que le résultat légal est « mobile ». En effet, le législateur ne se contente pas seulement d'incriminer la situation où le résultat réel est atteint. Il fixe parfois, dans un but de prévention, le seuil légal de consommation à un stade antérieur au résultat réel. Sont alors incriminés les comportements qui conduisent au résultat réel et qui sont en relation de causalité plus ou moins directe avec lui. Cette variabilité du résultat légal conduit à distinguer trois types d'infractions.

- ▶ **Les infractions matérielles** sont celles dont la consommation se réalise par la survenance du résultat redouté. Elles correspondent au cas où il y a confusion entre le résultat réel et le résultat légal (par exemple, le meurtre).
- ▶ **Les infractions formelles** sont celles qui sont consommées indépendamment du résultat réel. Elles constituent des tentatives érigées en infractions consommées. Il y a dissociation entre le résultat légal et le résultat réel. Le crime d'empoisonnement, qui est le « *fait d'attenter à la vie d'autrui par l'emploi ou l'administration de substances de nature à entraîner la mort* » (art. 221-5), est consommé par ce simple agissement, peu important que la mort de la victime s'ensuive. Le résultat réel est indifférent à la matérialité de l'empoisonnement alors qu'il participe à la matérialité du meurtre. On remarquera que corrélativement, sur le plan de l'élément psychologique (v. chapitre 5), l'intention de donner la mort n'est pas exigée pour l'empoisonnement, la mort n'étant pas un

résultat inclus dans cette infraction formelle. Il faut, et il suffit, que l'agent ait administré les substances mortifères en connaissance de cause et de manière délibérée (v. cependant Crim., 2 juillet 1998, et Crim., 18 juin 2003 en sens contraire).

► **Les infractions obstacles** sont des états dangereux érigés en infraction. La conduite sous l'empire d'un état alcoolique (art. L. 234-1 du Code de la route) est une infraction obstacle. La causalité avec le résultat réel est encore plus distante pour ce type d'infractions. Ces infractions sont ***indifférentes au résultat réel*** : la conduite sous l'empire d'un état alcoolique est punie en tant que telle, nonobstant l'absence de toute atteinte aux personnes.

Enfin, la mobilité du résultat légal permet d'incriminer la tentative.

II. L'infraction tentée

En incriminant la tentative, le législateur déplace, en effet, le résultat légal de la phase de réalisation de l'acte matériel prohibé (pour le vol, l'acte de soustraction de la chose appartenant à autrui) à la phase du commencement d'exécution (le fait d'entrer par effraction dans une maison pour commettre le vol). Sur le plan de la politique criminelle, l'incrimination de la tentative apparaît pertinente puisque des comportements pouvant conduire à la consommation finale d'une infraction seront saisis avant la survenance du résultat réel.

Cependant, comme il y aurait danger pour la liberté individuelle à intervenir trop tôt, le Code pénal fixe des conditions d'existence de la tentative punissable.

A - Les conditions de la tentative punissable

L'article 121-5 dispose que : « *La tentative est constituée dès lors que, manifestée par un commencement d'exécution, elle n'a été suspendue ou n'a manqué son effet qu'en raison de circonstances indépendantes de la volonté de son auteur.* »

Deux conditions cumulatives doivent donc être réunies : un commencement d'exécution et une absence de désistement volontaire.

1 . Le commencement d'exécution

Ce terme doit être distingué d'autres notions qui correspondent à d'autres phases du chemin du crime (*l'iter criminis*). La **phase psychologique** précède la **phase d'extériorisation** de la pensée coupable (voir les *Mémoires* [1717] du Cardinal de Retz : « *il y a très loin de la velléité à la volonté, de la volonté à la résolution, de la résolution au choix des moyens, du choix des moyens à l'application* »).

→ **Commencement d'exécution et consommation finale de l'infraction**

La **consommation finale de l'infraction** suppose la réalisation du résultat réel pour les infractions matérielles (la mort de la victime dans le meurtre), ce qui n'est pas le cas en matière de tentative, celle-ci se situant à un stade antérieur à ce résultat.

→ **Commencement d'exécution et résolution criminelle**

Le commencement d'exécution ne doit pas non plus être confondu avec la ***résolution criminelle***, aspect purement psychologique, insuffisante à elle seule à constituer la tentative. Elle peut cependant, lorsqu'elle s'est extériorisée, être prise en considération à titre d'infraction distincte (par exemple, les menaces).

→ **Commencement d'exécution et acte préparatoire**

Le commencement d'exécution doit encore être opposé à l'***acte préparatoire*** (l'achat d'une arme pour perpétrer un meurtre). Cet acte ne peut pas constituer une tentative punissable car l'agent n'est pas encore entré dans la phase d'exécution. Parfois, il est sanctionné à titre d'infraction distincte (le port d'armes, l'association de malfaiteurs). Mais la séparation des deux phases (acte préparatoire, commencement d'exécution) n'est pas toujours aisée. Aussi la doctrine a-t-elle proposé des thèses de distinction. La jurisprudence, pragmatique, a préféré concilier celles-ci.

Deux thèses sont traditionnellement exposées.

► **La thèse objective** met l'accent sur le comportement de l'agent. Elle se subdivise en deux courants :

– Selon le premier courant, le commencement d'exécution serait constitué par l'***accomplissement de l'acte matériel de l'infraction*** (la soustraction de la chose d'autrui dans le vol) ***ou de l'une de ses circonstances aggravantes***. Cette thèse opère une ***confusion entre le commencement d'exécution et la consommation de l'infraction***.

– Selon le second courant, le commencement d'exécution serait caractérisé par ***un acte univoque, c'est-à-dire qui est susceptible d'une seule interprétation***, à la différence de l'acte équivoque. C'est ainsi qu'escalader une clôture ne révélerait pas à soi seul le but de l'acte. Mais alors cela signifie que l'acte matériel est, en lui-même, neutre, et c'est seulement en recourant à l'intention de l'agent que l'on pourra déduire le caractère univoque ou non de l'acte. Ce courant est faussement objectif.

► **La thèse subjective** met l'accent sur l'état d'esprit de l'agent, son ***intention coupable irrévocable*** de commettre le délit. Si l'acte accompli révèle cette intention, il y aura commencement d'exécution. Cependant, cette thèse, qui recourt au seul aspect psychologique, risque de conduire à l'arbitraire.

► C'est donc la **conciliation des deux thèses** qui apparaît la solution la plus adéquate.

La Cour de cassation retient, dans ses arrêts, des expressions aussi diverses que : « *Le commencement d'exécution n'est caractérisé que par des actes devant avoir pour **conséquence directe et immédiate** de consommer le crime, celui-ci étant ainsi entré dans la période d'exécution* » (Crim., 25 octobre 1962, affaires Lacour et Benamar et Schieb, v. p. 102 ; Crim., 3 mai 1974 ; Crim., 15 mai 1979) ou le commencement d'exécution est caractérisé par « *des actes qui **tendent directement** au délit avec **intention** de le commettre* » (Crim., 5 juillet 1951 ; Crim., 8 novembre 1972 ; Crim., 2 mai 1974).

La Cour de cassation retient donc les deux éléments pour définir le commencement d'exécution : l'élément **objectif**, renforcé par l'élément **subjectif**.

- S’agissant de l’**élément objectif**, il ne s’agit pas pour la Haute juridiction d’exiger que l’acte accompli constitue l’élément matériel ou une circonstance aggravante de l’infraction, mais plutôt qu’il existe un rapport de proximité (pas nécessairement temporelle) entre l’acte commis et la consommation, d’où la présence des termes « *direct et immédiat* » dans les arrêts qui évoquent ainsi le rapport de causalité. Si un fait intermédiaire s’intercale entre les deux, la **causalité** n’est plus « directe et immédiate » (remettre de l’argent à un tueur qui finalement n’exécute pas le « contrat », est un simple acte préparatoire, sanctionné de façon autonome, v. art. 221-5-1 et chapitre 7, I, B).
- Cet élément objectif pouvant apparaître insuffisant dans certaines situations, l’**élément subjectif** viendra le compléter. L’intention coupable irrévocable de l’agent de commettre l’infraction résultera de l’acte accompli ou de l’aveu de l’agent. L’élément subjectif conduit à qualifier un fait d’acte préparatoire ou de commencement d’exécution selon les antécédents pénaux de l’auteur.

2 . L’absence de désistement volontaire

Pour être punissable, la tentative suppose aussi qu’elle « *n’a été suspendue ou n’a manqué son effet qu’en raison de **circonstances indépendantes de la volonté** de son auteur* » (art. 121-5). Le désistement volontaire empêche, par conséquent, que la tentative soit constituée.

→ **La distinction entre désistement et repentir actif**

Il faut tout d'abord déterminer le **moment** du désistement. Le désistement doit intervenir **avant consommation de l'infraction**.

Après consommation, on serait en présence d'un **repentir actif**, c'est-à-dire d'une attitude de l'agent qui tente de réparer les conséquences dommageables de son acte (restituer l'objet volé). Ce repentir tardif est indifférent en ce qui concerne les éléments de l'infraction mais il est parfois juridiquement pris en considération à un autre titre : il peut valoir dispense ou atténuation de peine (v. chapitre 9) ou même être un obstacle à l'exercice de l'action publique (la cure de désintoxication suivie jusqu'à son terme par un toxicomane, art. L. 3423-1, Code de la santé publique).

Afin de distinguer le désistement du repentir, il faut regarder le **type d'infraction** (v. *supra*, la distinction des infractions matérielles et formelles) :

- pour le meurtre (**infraction matérielle**), il y aura désistement si l'on sauve de la noyade une personne que l'on a poussée à l'eau afin de la voir périr,
- alors que pour l'empoisonnement (**infraction formelle**), l'administration d'un contrepoison sera un repentir tardif.

→ Le désistement doit être volontaire

En outre, pour être retenu, le désistement doit être **volontaire**. Le désistement sera considéré comme volontaire lorsque l'agent a **librement, spontanément renoncé** à son dessein criminel sans intervention d'une cause extérieure. Peu importe la raison (le mobile) du renoncement.

En revanche, le désistement ne sera pas volontaire lorsque l'agent a renoncé **sous l'unique pression d'un**

événement extérieur (l'arrivée de la police, un obstacle matériel).

Dans la **situation intermédiaire** où l'interruption n'est pas entièrement libre, sans être pour autant la conséquence exclusive d'une cause extérieure (l'agent renonce par peur d'être dénoncé par un témoin qui cependant ne s'oppose pas à l'infraction), la doctrine dominante considère qu'il faut rechercher, parmi toutes les causes du désistement, celle qui a été la cause déterminante. Les tribunaux peuvent ainsi, selon les cas, mettre l'accent sur la cause externe ou interne du désistement.

→ Les cas de l'infraction manquée et de l'infraction impossible

► Lorsque l'agent manque son but (par maladresse), c'est le cas dit de l'**infraction manquée**. La tentative est **punissable**, selon l'article 121-5 qui prend en compte l'intention de l'agent.

► Liée à cette question de l'infraction manquée est celle de la punissabilité ou non de l'**infraction impossible**, c'est-à-dire de l'infraction dont le résultat réel ne pouvait pas survenir (tirer sur un cadavre en ignorant ce fait). Comme pour l'infraction manquée, l'agent n'est pas parvenu au résultat, mais ici il ne pouvait absolument pas y parvenir.

L'infraction impossible a été l'objet de **controverses doctrinales**. Les auteurs ont proposé de distinguer **selon la nature de l'impossibilité** (impossibilité absolue ou relative, de droit ou de fait).

La **jurisprudence**, après des hésitations, a retenu une **approche subjective de l'infraction impossible**. Elle a ainsi considéré que la tentative de vol du contenu d'un véhicule vide est punissable (Crim., 14 juin 1961 ; Crim.,

23 juillet 1969) comme l'est la tentative de meurtre sur une personne déjà morte sans que l'auteur le sache (Crim., 16 janvier 1986, affaire *Perdereau*).

La répression de l'infraction impossible comporte cependant des limites :

- Elle suppose que la tentative de l'infraction impossible commise **soit punissable**. Ce n'est pas le cas en matière d'homicide par imprudence. Cette infraction nécessite un résultat réel atteint. En l'absence de mort de la victime, il n'y a pas infraction. Cependant, l'absence de tentative punissable est ici atténuée par le recours aux **infractions obstacles** (v. *supra*).
- En outre, il ne peut y avoir tentative de délit impossible lorsque l'agent a utilisé des **moyens dits surnaturels** ou lorsqu'il croit avoir commis une infraction alors qu'il ne l'a **pas réellement commise** (l'enlèvement d'une personne majeure alors que l'auteur la croit mineure) ; c'est le cas dit de l'**infraction putative**.

B - La répression de la tentative

L'article 121-4 dispose : « *Est auteur de l'infraction la personne qui 1° Commet les faits incriminés ; 2° Tente de commettre un crime ou, dans les cas prévus par la loi, un délit.* » Cet article place sur un même plan l'auteur d'une infraction **tentée** et l'auteur d'une infraction **consommée**. Il met ainsi en exergue l'**aspect subjectif**.

La peine encourue est donc la même, que l'agent ait atteint ou non le résultat réel. Cependant, la peine prononcée peut être différente, car, comme l'expose l'article 132-24, « *les peines peuvent être personnalisées* ». V. chapitre 9.

L'article 121-4 définit aussi le **domaine** de la **tentative** punissable :

- la tentative est toujours punissable en matière de crime ;
- en matière de délit, elle ne l'est que dans les cas spécifiés par la loi (la tentative de vol, par exemple, visée à l'article 311-13) ;
- elle ne l'est jamais en matière de contravention.

Chapitre 5 : L'élément moral de l'infraction

La réalisation du fait infractionnel ne suffit pas à engager la responsabilité pénale de son auteur. Condition nécessaire à cette responsabilité, elle en est une condition insuffisante. En effet, encore faut-il que l'agent dispose de son libre arbitre, qu'il ait « compris et voulu » l'acte répréhensible. En d'autres termes, l'agent doit être apte à rendre compte de ses actes. C'est la question dite de l'**imputabilité morale** ou imputation à la personne (l'imputabilité matérielle ou imputation de l'acte renvoyant à la causalité, v. chapitre 4 et *infra* II, A), c'est-à-dire le rattachement d'une infraction à une personne pouvant être déclarée responsable de ses actes.

En outre, il faut que l'agent ait commis une faute pénale ; c'est toute la question de la **culpabilité**. Celle-ci sera seule l'objet de l'étude du présent chapitre, l'examen de l'imputabilité relevant d'un autre chapitre (v. chapitre 6, I, A). Effectivement, à proprement parler, l'imputabilité morale est extérieure à l'infraction, alors que la culpabilité en est un élément constitutif. Cependant, l'**élément psychologique**, même réduit à la culpabilité, est un élément controversé, du moins pour certaines infractions. Ce qui est vrai, c'est que la réponse à la question de la culpabilité ne peut pas être unique, les formes de celle-ci étant fondamentalement diverses. La culpabilité est, en effet, constituée de la faute intentionnelle et des fautes non intentionnelles.

I. La faute intentionnelle

L'article 121-3 dispose : « *Il n'y a point de crime ou de délit sans intention de le commettre.* » C'est dire que la loi, ***pour les crimes et les délits***, fait de ***l'intention*** une composante nécessaire (il s'agit même d'une exigence constitutionnelle : C. const., 16 juin 1999 ; C. const., 7 avril 2017) à la constitution de l'infraction (mais il existe des délits par imprudence, v. II, A). Elle n'en donne cependant pas la définition. La doctrine a dû rechercher ce que recouvre cette notion.

A - Ce qu'elle est

L'intention criminelle, envisagée abstraitement, suppose chez l'agent la ***volonté dirigée vers un résultat qu'il sait illicite.***

1 . La volonté dirigée vers un résultat illicite

→ La volonté du résultat, condition de l'intention

L'intention est d'abord la volonté tendue vers un résultat illicite. Elle est une ***hostilité déclarée de l'agent à l'égard de la valeur sociale protégée*** par la norme pénale. L'acte intentionnel est un acte de volonté mais ***l'acte de volonté n'est pas nécessairement intentionnel***, car il peut être constitutif d'imprudence ou de négligence. Par exemple, le comportement de l'automobiliste qui traverse un village à une vitesse

excessive est bien volontaire, mais il n'est pas intentionnel car le résultat (la mort ou les blessures), s'il survient, n'a pas été voulu par l'agent.

L'intention ou **dol général** nécessite donc que l'agent ait prévu et désiré le **résultat** prohibé par la loi. Cette volonté du résultat est caractéristique des infractions intentionnelles.

→ Dol déterminé et dol indéterminé

On distingue diverses variétés de dol général :

- ▶ Le **dol** est dit **déterminé** lorsque le résultat atteint par l'agent correspond exactement à son intention.
- ▶ En revanche, on dit que le **dol** est **indéterminé** lorsque le comportement de l'agent a provoqué un dommage sans que l'agent ait particulièrement voulu que ce dommage ait la gravité qui l'affecte. L'auteur a certes **agi avec intention mais sans se fixer un résultat bien déterminé**. Il répondra du résultat qu'il a effectivement causé. Ce résultat compte juridiquement plus que l'intention elle-même pour la détermination de la peine (v. la gradation des peines en fonction du résultat en matière de coups et blessures intentionnelles).

Il y a aussi dol indéterminé lorsque l'agent a certes voulu tel résultat dommageable (par exemple la mort, les blessures) mais **n'a pas eu l'intention d'atteindre une personne en particulier**. C'est le cas du terroriste qui dépose une bombe dans un lieu public où se promène une foule.

Dans tous ces cas, le dol indéterminé est **assimilé au dol déterminé** car l'agent avait envisagé les suites de son comportement et a pris et accepté les risques correspondant à celui-ci.

→ L'infraction *praeterintentionnelle*

Il peut encore arriver que le résultat effectivement atteint ait été voulu par l'agent mais seulement partiellement. En d'autres termes, le résultat survenu a dépassé les prévisions de l'agent. C'est l'hypothèse dite de l'***infraction praeterintentionnelle (« dol dépassé »)***. Le cas classique : une personne donne des coups à une autre qui ont pour conséquence d'entraîner le décès non voulu de cette dernière. Le Code pénal n'assimile pas, dans ce cas, l'infraction *praeterintentionnelle* à l'infraction intentionnelle (art. 222-7). En effet, les coups et blessures ayant entraîné la mort sans intention de la donner sont passibles d'une peine privative de liberté intermédiaire (quinze ans) entre celle du meurtre (trente ans) et celle des coups et blessures (trois ans, en principe). ***Le résultat n'ayant été inclus que pour partie dans l'intention***, la peine tient compte de ce fait.

Dans d'autres cas, en revanche, ***le Code pénal procède à une telle assimilation*** (par exemple, en matière de détournement d'aéronef, art. 224-7 ; d'incendie volontaire, art. 322-10 ; dans les deux exemples, en cas de mort d'une personne la réclusion criminelle à perpétuité est encourue de la même manière qu'en cas d'assassinat).

2 . La conscience de l'illicéité du comportement

L'intention suppose ensuite la conscience que l'on commet un acte interdit. Se pose alors la question de l'incidence de l'erreur de fait et de l'erreur de droit sur la culpabilité de l'agent. Sont-elles des causes de ***bonne foi***, donc de non-culpabilité ?

→ L'erreur de fait

L'erreur de fait porte sur la matérialité de l'acte lui-même. Elle consiste à avoir une **inexacte représentation de la réalité**. Elle n'est visée par aucun texte, mais la règle de principe, découlant de la jurisprudence, est que l'erreur de fait **exclut la culpabilité de l'agent en matière d'infractions intentionnelles** (l'erreur de fait est, en revanche, inopérante en matière d'infractions par imprudence ou négligence) **si certaines conditions sont réunies** ; sinon, elle est sans incidence sur la responsabilité pénale de l'agent.

► L'erreur de fait **juridiquement prise en considération** peut emprunter diverses formes.

– Elle peut tout d'abord porter sur une **condition préalable d'une infraction** (voir, à propos des conditions préalables, le chapitre 3 ; ce peut être, par exemple, l'âge de la victime, comme dans cette affaire d'enlèvement sans fraude ni violences d'une mineure de 18 ans alors que l'auteur avait cru que l'âge de cette personne était de 19 ans : Crim., 6 novembre 1963). Elle peut aussi consister en une **erreur sur la conduite matérielle elle-même** (par exemple, s'emparer par erreur du vêtement appartenant à un tiers).

Dans tous ces cas, l'erreur est **exclusive de l'intention**. L'agent est de bonne foi, n'ayant pas eu conscience du caractère illicite de son acte. L'erreur de fait entraîne l'**irresponsabilité pénale** de l'agent. On ne peut, en effet, en raison de cette erreur, relever à l'encontre de l'auteur une quelconque hostilité à l'égard de la valeur sociale protégée par l'incrimination. L'erreur est ici **cause de non-culpabilité**.

– L’erreur de fait peut encore porter sur la **personne de la victime**. Par exemple, croyant tuer une personne étrangère à sa famille, l’agent tue par erreur son père. L’erreur de fait ainsi commise aura pour conséquence de supprimer la circonstance aggravante de parricide (art. 221-4, 2°). L’erreur de fait, loin alors d’entraîner l’irresponsabilité pénale, a pour conséquence ici de **modifier seulement la qualification pénale**.

► L’erreur de fait **indifférente**, sur le plan de l’intention, donc sur la culpabilité de l’agent, est celle qui porte sur un **élément accessoire** et non plus essentiel de l’infraction. Elle **n’entraîne pas l’irresponsabilité pénale**. Elle peut porter :

- sur l’objet de l’infraction (par exemple, voler par erreur la copie d’un tableau au lieu de l’original),
- sur la possibilité du résultat (voir cependant le cas de l’infraction impossible, chapitre 4),
- ou sur la personne de la victime (par exemple, en cas d’erreur de coup, hypothèse de l’*aberratio ictus* : on atteint une autre personne que celle visée à l’origine), dans les autres cas que celui indiqué supra (la circonstance aggravante de parricide).

→ L’erreur de droit

En droit pénal, comme dans les autres branches du droit, existe le principe selon lequel « **nul n’est censé ignorer la loi** ».

Ce dernier terme, entendu au sens large, inclut non seulement la loi dans son sens formel (texte voté par le Parlement), mais aussi les règlements et même les décisions de jurisprudence. Cette **connaissance** de la

norme pénale est **présumée**, ce qui n'est pas peu lorsque l'on songe à l'inflation des textes de droit pénal notamment (v. chapitre 1, II, A). D'autant que la présomption s'applique aux crimes, délits et contraventions, aux nationaux comme aux étrangers.

Elle est classiquement justifiée par l'idée qu'elle est la **contrepartie du principe de légalité** : on ne peut à la fois exiger la prévisibilité des règles pénales (v. chapitre 1) et invoquer l'ignorance de ces règles.

► **Avant le nouveau Code pénal**, le citoyen ne pouvait pas, en principe, invoquer sa bonne foi en prétendant ignorer la loi pénale. La chambre criminelle montrait sa sévérité en rappelant comme un leitmotiv que « *l'ignorance alléguée du caractère punissable du fait délictueux ne saurait être une cause de justification* » (Crim., 24 juillet 1974). Pour elle, une simple **erreur de droit**, quelle qu'en soit la cause (ignorance de la loi ou mauvaise interprétation de celle-ci), ne pouvait faire disparaître la culpabilité d'un acte intentionnel. Cette erreur était **inopérante au regard de la responsabilité pénale**. Toutefois, un décret du 5 novembre 1870 (abrogé en 2004) indiquait que « *les tribunaux pourront, selon les circonstances, accueillir l'exception d'ignorance alléguée par les contrevenants si la **contravention** a eu lieu dans le délai des trois jours francs à partir de la promulgation* ».

► **Le nouveau Code pénal** n'a pas changé la situation à l'égard de l'erreur de droit simple, qui n'est toujours pas une cause de non-culpabilité. Seulement, l'article 122-3 admet l'**erreur de droit invincible**, sous certaines conditions ; mais celle-ci est alors une cause de **non-imputabilité** (voir chapitre 6).

B - Ce qu'elle n'est pas

1 . La distinction du dol général et du dol éventuel

À propos de ce qu'est l'intention, on a indiqué que celle-ci suppose la volonté orientée vers un résultat illicite. Or il existe des situations où l'agent a **prévu** le résultat comme possible mais **ne l'a pas voulu**. En d'autres termes, le résultat finalement atteint n'a pas été le but de l'intention. Dans cette situation, la doctrine parle de **dol éventuel** pour l'opposer au dol direct qu'est l'intention.

La tentation est grande d'assimiler le dol éventuel au dol direct, car l'individu a prévu que son action pouvait engendrer le résultat finalement produit et a agi malgré tout. Cependant, à la différence de l'intention, l'agent n'a aucunement désiré le résultat. Il a seulement pris **le risque du résultat** (par exemple, dépasser un véhicule au sommet d'une côte au détriment des règles élémentaires de sécurité, c'est envisager le risque de mort ou de blessures mais ce n'est pas accepter ceux-ci).

Certes, il y a là « imprudence consciente » ou faute lourde d'imprudence, mais elle ne saurait être considérée comme équivalente au dol. Le **dol éventuel** n'est, par conséquent, pas à proprement parler un dol, il n'est qu'une **forme particulière de faute pénale ordinaire**. L'agent répondra d'une faute non intentionnelle. Le nouveau Code pénal prévoit des incriminations de mise en danger délibérée de la vie d'autrui (v. *infra*). Mais il ne consacre pas la théorie du dol éventuel qui assimile « l'imprudence consciente » à l'intention.

2 . La distinction de l'intention et du mobile

Le **mobile** est la raison personnelle qui a incité l'agent à accomplir l'infraction. Les raisons ou motifs peuvent être

divers, l'agent pouvant être poussé à l'acte, par exemple, par vengeance, cupidité, voire sans mobile (le « crime gratuit »). Le principe, en droit pénal français, est celui de l'indifférence des mobiles. Mais ce principe comporte des exceptions.

→ **Le principe : l'indifférence du mobile**

La jurisprudence, retenant une **conception abstraite de l'intention**, rejette toute prise en considération des mobiles. La Cour de cassation indique en effet que « *l'infraction se trouve constituée [...] quel que soit le mobile qui ait inspiré cet acte* » (Crim., 29 novembre 1972 ; voir aussi Crim. 3 septembre 1996 ; Crim. 21 octobre 1998). Le mobile explique la commission de l'infraction mais n'a pas d'influence sur l'existence même de l'infraction.

Cette rigueur dans l'appréciation de l'élément psychologique est cependant quelque peu tempérée.

→ **L'exception : la prise en considération du mobile**

Cette prise en considération se constate en droit et en fait.

► **Sur le plan juridique**, il est parfois possible de constater des incriminations qui retiennent un mobile déterminé. Celui-ci est incorporé dans l'élément psychologique de l'infraction pour en faire une condition d'existence de celle-ci. Le dol général (l'intention) est insuffisant ; s'y ajoute un **dol spécial** qui est une condition supplémentaire rendant plus difficile la constatation de l'infraction. Par exemple, le **crime contre l'humanité**, lorsqu'il prend la forme d'« *une persécution*

de tout groupe ou de toute collectivité identifiable », suppose pour être constitué, qu'il ait été inspiré par « **des motifs** d'ordre politique, racial, national, ethnique, culturel, religieux ou sexiste ou en fonction d'autres critères universellement reconnus comme inadmissibles en droit international » (art. 212-1-8°).

Il faut cependant reconnaître que cette distinction opposant le dol général au dol spécial est quelque peu artificielle. Lorsque la loi inclut un mobile dans le texte incriminateur, seul celui-ci est juridiquement pris en considération, les autres mobiles étant indifférents. Il s'agit donc moins d'un motif personnel à l'agent qui est visé par le législateur que d'une raison purement abstraite incluse au titre de l'élément psychologique de l'infraction. Par exemple, dans l'**abus de biens sociaux**, autre cas classique où les auteurs voient un dol spécial, l'agent doit avoir agi à des fins personnelles. C'est le mobile ajouté par la loi. Mais la raison concrète qui a poussé l'agent à commettre le délit est indifférente, elle n'est pas visée par la loi.

Parfois le législateur prend en considération le mobile de l'agent comme **circonstance aggravante** de l'infraction (par exemple, les violences commises à l'encontre d'un témoin ou une victime pour l'empêcher de dénoncer les faits, de porter plainte ou de déposer en justice : art. 222-8, 5^e, 222-12, 5^e, 222-13, 5^e).

► **Sur le plan du fait**, dans la détermination concrète de la sanction pénale, les juges du fond, et plus particulièrement les jurés de cours d'assises, prennent en considération la **psychologie du délinquant**. Selon la nature du mobile, la peine prononcée pourra être différente dans son quantum, voire dans sa nature. L'article 132-24 n'indique-t-il pas que « *les peines peuvent être personnalisées* » ?

C'est ainsi qu'un mobile considéré comme particulièrement digne d'intérêt conduit, parfois, les juridictions répressives à montrer de l'indulgence. En tout état de cause, la prise en considération des mobiles, à ce stade, ne remet aucunement en cause la conception abstraite de l'intention (Crim., 25 mars 1998).

II. Les fautes non intentionnelles

Sous cette appellation commune, diverses catégories de fautes peuvent être discernées.

A - La faute ordinaire

La faute ordinaire, encore appelée faute ***d'imprudence*** ou ***de négligence*** ou faute pénale, se distingue de la faute intentionnelle en ce que l'agent n'a aucunement recherché le résultat.

L'article 121-3, alinéa 3, dispose qu'il peut y avoir délit « *lorsque la loi le prévoit, en cas de faute d'imprudence, de négligence ou de manquement à une obligation de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement* ».

Les articles 221-6, 222-19, R. 622-1 et R. 625-2, à propos de l'homicide et des blessures par imprudence, précisent que ces infractions sont constituées en cas de « *maladresse, imprudence, inattention, négligence* » (termes qui se recoupent sur le plan étymologique et sur le plan juridique : voir A. Ch. Dana, *Essai sur la notion d'infraction pénale*, LGDJ, 1982, n^{os} 301-307) ou de « *manquement à une*

obligation de prudence ou de sécurité imposée par la loi ou le règlement ».

La doctrine considère que la faute ordinaire s'analyse en une **indifférence** (et non, comme l'intention, en une *hostilité*) **à l'égard de la valeur sociale protégée** par la qualification.

1 . Le débat relatif à l'existence de l'élément psychologique de la faute ordinaire

Selon la doctrine dominante, la faute ordinaire réside dans le fait que l'auteur de l'acte n'a pas prévu les conséquences dommageables de son acte ou n'a pas pris les précautions nécessaires pour empêcher le dommage de survenir. Il s'agit d'une faute de prévision, ou encore une « faute d'imprévoyance ». Mais cette analyse, pas plus d'ailleurs que la définition légale très compréhensive, ne démontre quel est le contenu psychologique précis de cette faute. Elle se réfère seulement à un jugement de valeur du comportement de l'agent (le fait de ne pas avoir pris les précautions).

À vrai dire, si l'on peut distinguer la volonté de l'intention, des difficultés insurmontables apparaissent pour **distinguer la volonté de l'élément psychologique propre à ces infractions non intentionnelles**. Il faut alors admettre que le contenu psychologique de la faute d'imprudence ou de négligence est un « mythe » (A. Ch. Dana, *op. cit.*, n° 297). Ce qui corrobore cette affirmation, c'est que la faute d'imprudence ou de négligence ne peut pas être appréciée par rapport à la psychologie de l'agent. **Ce n'est pas**, en effet, **l'élément psychologique** qui assure la sélection entre les différents auteurs d'un même fait, mais le **comportement** de ceux-ci. L'appréciation abstraite est,

en réalité, inévitable, ce qui anéantit l'existence même de l'élément intellectuel de cette faute.

2 . **L'appréciation de la faute ordinaire**

Le juge pénal, comme le juge civil, dispose de deux méthodes d'appréciation de la faute d'imprudence ou de négligence :

- ***l'appréciation in concreto***, qui est celle qui juge la conduite de l'agent en se référant à ses aptitudes intellectuelles, à sa psychologie ;
- et ***l'appréciation in abstracto***, qui entraîne la comparaison de l'attitude de l'agent avec celle qu'aurait eue le citoyen moyen, prudent et avisé, placé dans les mêmes ***circonstances***.

La jurisprudence criminelle (à l'instar de la jurisprudence civile) a adopté ***l'appréciation abstraite de la faute ordinaire***, ce qui condamne l'existence d'un élément psychologique de la faute d'imprudence. Certes, depuis des réformes de 1996 et 2000, l'article 121-3, alinéa 3, précise qu'il y a faute d'imprudence, de négligence ou de manquement à une obligation de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement « *s'il est établi que l'auteur des faits n'a pas 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* ». Cependant, cette disposition ne consacre pas l'appréciation *in concreto*. En effet, l'analyse concrète conduirait à tenir compte des aptitudes intellectuelles, nerveuses, psychiques de l'agent, ce qui aurait pour conséquence de toujours justifier les personnes habituellement imprudentes, ce qui n'est pas l'objectif de la loi !

Ces réformes n'ont pas l'importance qu'on a voulu leur donner. Comme des auteurs l'ont montré, une appréciation *in abstracto* est « abstraite » uniquement en ce sens que la psychologie de l'agent est indifférente ; elle ne signifie pas que les références concrètes doivent être méconnues (voir N. Dejean de la Bâtie, *in* Aubry et Rau, *Droit civil français*, Tome VI-2, Responsabilité délictuelle, Librairies techniques, 1989, n^{os} 28-32). Lorsque le juge apprécie la conduite de l'agent, il compare cette conduite à celle qu'aurait eue « **le bon père de famille** » ou « l'homme raisonnable » (standard de référence) placé dans les **mêmes circonstances** de profession, de compétence, de temps, de lieu, voire d'état physique, donc en prenant en considération des éléments concrets. La portée des réformes de 1996 et 2000 semble se limiter à l'obligation imposée aux juges de mieux motiver leurs décisions quant à la réalité de la faute.

3 . La nécessité d'un résultat et d'un lien causal

- ▶ Le comportement imprudent ou négligent est une **condition nécessaire** mais elle est **insuffisante, à elle seule, à entraîner la responsabilité pénale de l'agent**. Doit s'y ajouter un **résultat individuel** consistant en une atteinte à la vie d'une personne ou à son intégrité corporelle. D'ailleurs, la gravité de la peine dépend de l'**intensité du résultat** produit et non du comportement lui-même.
- ▶ S'agissant du **lien de causalité**, la jurisprudence retenait le système de l'**équivalence des conditions**, qui permettait ainsi de remonter dans la chaîne des causalités et de poursuivre l'**auteur médiat ou indirect**

du dommage et non pas seulement l'auteur immédiat ou direct.

Mais depuis une loi du 10 juillet 2000 (art. 121-3, al. 4), une **personne physique, auteur indirect du dommage** (c'est-à-dire qui a créé ou contribué à créer la situation qui a permis la réalisation du dommage ou n'a pas pris les mesures permettant de l'éviter) n'est responsable qu'en cas de **violation manifestement délibérée** d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement ou en cas de **faute caractérisée** exposant autrui à un risque d'une particulière gravité qu'elle ne pouvait ignorer.

4 . **L'unité des fautes pénale et civile**

Le principe était celui de **l'unité des fautes pénale** (art. 221-6, 222-19, R. 6221, R. 625-2) **et civile d'imprudance ou de négligence** (art. 1241 [anc. art. 1383], Code civil).

Les fautes civile et pénale étaient les mêmes (Civ., 18 décembre 1912 : « *la faute pénale d'imprudance se confondant avec la faute quasi-délictuelle civile* »), quelle qu'ait été leur intensité (donc même la faute la plus légère).

La réforme de 2000 (en exigeant la preuve d'une faute particulière commise par la personne physique, auteur indirect du dommage) a **remis en cause partiellement** cette unité (v. art. 4-1, Code de procédure pénale). Désormais, 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'imprudance ou de négligence sur le fondement de l'article (art. 1241 [anc. art. 1383] du Code civil (v. Civ. 1^{re}, 30 janvier 2001).

B - La faute de mise en danger délibérée de la personne d'autrui

1 . L'incrimination d'un comportement en l'absence de résultat

Au-delà de l'imprudence, de la négligence ou de l'inobservation des règles de sécurité ou de prudence, la loi vise la mise en danger délibérée de la personne d'autrui. L'article 121-3, alinéa 2, dispose en effet que « *lorsque la loi le prévoit, il y a délit en cas de mise en danger délibérée de la personne d'autrui* ».

L'article 223-1 précise en quoi consiste cette mise en danger : « *le fait d'exposer directement autrui à un risque immédiat de mort ou de blessures de nature à entraîner une mutilation ou une infirmité permanente par la violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité imposée par la loi ou le règlement* ».

Il y a ici une **incrimination d'un comportement** en l'absence de résultat : l'agent a volontairement pris un risque grave en adoptant son comportement, et a persisté dans l'action alors qu'il savait que le dommage risquait de survenir (sorte de « tentative » d'homicide ou d'atteinte à l'intégrité physique de la personne par imprudence). Son auteur encourt une peine d'un an d'emprisonnement et de 15 000 € d'amende. Cette incrimination trouve son domaine de prédilection en matière d'infractions au **Code de la route** ou à la **législation du travail** (hygiène et sécurité : v. Crim., 19 avril 2017, en matière de risques liés à l'amiante).

Si le résultat est atteint, c'est-à-dire si un homicide ou des blessures par imprudence résultent d'un manquement

délibéré à une obligation de sécurité ou de prudence prévue par la loi ou le règlement, la peine est renforcée (v. art. 221-6, al. 2 ; 222-19, al. 2 ; 222-20 ; et R. 625-3).

2 . La mise en danger, faute non intentionnelle

Dans tous ces cas, il ne faut pas voir une consécration par le législateur de la théorie du dol éventuel. En effet :

- L'article 121-3 (voir le mot « toutefois ») place la mise en danger délibérée dans un alinéa séparé de celui relatif aux infractions intentionnelles.
- En outre, la loi d'adaptation du 16 décembre 1992, dans son article 339, va dans le même sens, la mise en danger délibérée étant placée à part des délits intentionnels.
- Enfin, la loi du 13 mai 1996 modifiant l'article 470-1 du Code de procédure pénale fait référence à l'« *infraction non intentionnelle* » au sens des alinéas 2, 3 et 4 de l'article 121-3.

La mise en danger délibérée est donc bien une **infraction non intentionnelle**. Elle ne participe pas à la théorie de l'intention mais à celle de la faute non intentionnelle. Seulement, la nature délibérée du comportement répréhensible confère à celui-ci une gravité qui dépasse la faute pénale ordinaire. Il s'agit d'une **faute pénale ordinaire renforcée**, qualifiée parfois de « faute d'imprudence consciente ».

III. La faute contraventionnelle

A - Avant le nouveau Code pénal

Sous l'empire de l'ancien Code pénal, la doctrine avait soutenu qu'il existait des **infractions** qualifiées de **matérielles** ou de purement matérielles (mais alors dans un autre sens que celui indiqué au chapitre 4, I, B). Ces infractions étaient constituées par la simple commission de l'acte matériel répréhensible. La faute (présumée) consistait, par conséquent, dans la seule violation de la norme. On parlait d'ailleurs de **faute normative**. La culpabilité de l'agent étant la seule résultante du comportement de celui-ci, **l'élément psychologique de cette faute était inexistant**. Certes, la doctrine enseignait que la contrainte pouvait faire disparaître la responsabilité de l'agent, mais la contrainte est une cause de non-imputabilité et pas de non-culpabilité (v. chapitre 6, I, A).

Le domaine de prédilection de cette faute objective était celui des **contraventions**, d'où son appellation de faute contraventionnelle. Cependant, certaines contraventions étaient exclues de cette catégorie (par exemple, les coups et blessures intentionnels ou par imprudence ou négligence si l'on admet, pour ces infractions d'imprudence, un élément psychologique ce qui est controversé, v. *supra*) et des **délits** étaient soumis à ce régime (par exemple en matière d'urbanisme, de chasse, pollution, pêche ou transport, toutes situations où il y a atteinte à une règle de « pure discipline sociale »). C'est ainsi que dans un arrêt du 28 avril 1977, à propos du délit de pollution de cours d'eau,

la chambre criminelle indiquait que ce délit avait « *seulement le caractère d'une infraction matérielle* » et que « *le fait qu'il incrimine implique une faute dont la preuve n'a pas à être spécialement rapportée par le ministère public et dont le prévenu ne peut être exonéré que par la force majeure* ». Cette **présomption** était **irréfragable**. La bonne foi était indifférente. Ce qui importait, en revanche, était le rapport de causalité entre le fait de l'auteur et le résultat. Cependant, le critère de détermination des infractions purement matérielles n'était guère aisé.

B - Sous l'empire du nouveau Code pénal

- ▶ Avec le nouveau Code pénal, la situation de la faute contraventionnelle a changé. S'agissant des **contraventions**, l'article 121-3, alinéa 5, confirme la jurisprudence antérieure puisqu'il dispose qu'« *il n'y a point de contravention en cas de force majeure* », admettant ainsi qu'une contravention peut exister en l'absence d'élément psychologique. La loi fait certes réserve du cas de force majeure (la contrainte) mais celle-ci est, on l'a dit, une cause de non-imputabilité.
- ▶ S'agissant des **délits**, il convient d'opérer une distinction :
 - Pour les **délits figurant dans le Code pénal**, en vertu des dispositions de l'article 121-3, aucun délit matériel ne peut plus exister puisque cet article exige l'intention, l'imprudence ou la négligence (si l'on admet l'existence d'un élément psychologique pour ce type d'infractions, v. *supra*), ou la mise en danger délibérée, tous éléments qui doivent être démontrés par le ministère public.

– S’agissant des **délits prévus par des textes extérieurs au Code**, ils ne devraient plus consister en des délits matériels. En effet, l’article 339 de la loi d’adaptation du 16 décembre 1992 dispose que les délits non intentionnels réprimés par les textes antérieurs demeurent constitués en cas d’imprudence, de négligence (v. *supra*, la remarque) ou de mise en danger délibérée de la personne d’autrui. Cette disposition vaut arrêt de mort des délits matériels. Et effectivement, la chambre criminelle retient, pour les anciens délits matériels, la qualification de **délits d’imprudence** (par exemple, en matière de contributions indirectes ou de pollution), voire, plus curieusement, eu égard à la loi de 1992, mais conformément à l’article 121-3 du Code pénal, la qualification de **délits intentionnels** (par exemple, en matière d’urbanisme). Mais alors, la chambre criminelle réduit au strict minimum l’élément psychologique de l’infraction intentionnelle puisque, pour elle, « *la seule constatation de la violation en connaissance de cause [d’ailleurs présumée, v. *supra*] d’une prescription légale ou réglementaire implique de la part de son auteur l’intention coupable exigée par l’article 121-3 alinéa 1^{er}* » (Crim., 25 mai 1994, Crim., 21 janvier 2003, Crim., 11 janvier 2005 ; Crim., 28 juin 2005 ; Crim., 22 mars 2016). Le paradoxe que l’on peut relever est qu’une telle définition de l’intention coupable facilite, pour ces délits, leur preuve, alors que pour les délits d’imprudence, le législateur, avec les lois du 13 mai 1996 et 10 juillet 2000, a renforcé les obligations du ministère public et des juges (v. *supra*).

Chapitre 6 : Le responsable de l'infraction

Matérialité des faits et culpabilité sont nécessaires pour qu'il y ait infraction mais sont insuffisantes à entraîner la responsabilité pénale. En effet, celle-ci suppose aussi que l'agent, personne physique ou personne morale, réunisse certaines **conditions propres à sa personne** et relatives à son **aptitude à rendre compte de ses actes**.

I. Les personnes physiques responsables

La question de la responsabilité pénale des personnes physiques est classiquement envisagée sous l'angle des causes subjectives et objectives d'irresponsabilité ou d'atténuation de la responsabilité pénale.

► **Les causes subjectives** sont des circonstances **personnelles** qui affectent les facultés intellectuelles ou le libre arbitre de la personne. C'est la question dite de l'**imputabilité morale**, c'est-à-dire de l'aptitude à pouvoir répondre de ses actes. La culpabilité suppose l'imputabilité. L'imputabilité est parfois étudiée par la

doctrine avec la culpabilité, au motif que l'élément moral intègre la totalité des données psychologiques qui conditionnent la responsabilité (v. chapitre 5).

► **Les causes objectives** d'irresponsabilité pénale, ou **faits justificatifs**, sont des circonstances **externes** par rapport à l'auteur de l'infraction. Le fait commis qui est qualifié infraction, en l'absence de l'une de ces causes, perd cette qualification. Il est justifié. L'agent n'encourt aucune responsabilité pénale, ni d'ailleurs civile, en principe. Ces causes objectives sont parfois rattachées par les auteurs à l'« élément légal », ou à l'élément moral, voire inclus dans un chapitre intitulé « élément injuste ».

Le nouveau Code pénal, dans ses articles 122-1 à 122-9, redéfinit toutes les causes en s'inspirant pour l'essentiel de la jurisprudence antérieure. La seule innovation concerne l'erreur de droit invincible. Le Code pénal n'opère aucune séparation entre les causes subjectives et objectives, qu'il expose à la suite les unes des autres. Il leur applique une expression commune : « *N'est pas pénalement responsable* » la personne qui peut invoquer l'une de ces causes. La jurisprudence elle-même confond parfois les causes (par exemple la contrainte et l'état de nécessité), voire l'une des causes et le défaut d'intention coupable.

A - Les causes subjectives d'irresponsabilité pénale

Pour être pénalement responsable, l'auteur doit jouir, au moment des faits, de **toutes ses facultés de discernement**. Il doit, en outre, disposer de son **libre arbitre**, c'est-à-dire que sa volonté ne doit pas être entravée.

1 . L'absence ou la disparition du discernement

Deux causes subjectives entraînent l'irresponsabilité pénale : la minorité et le trouble psychique ou neuropsychique.

→ La minorité pénale

La minorité pénale est l'état de l'auteur d'un acte infractionnel **qui n'a pas atteint l'âge de dix-huit ans au moment des faits.**

- ▶ Au-delà de dix-huit ans, l'individu est **majeur**. Il n'est plus soumis à des règles spéciales, sauf en ce qui concerne le régime pénitentiaire pour les jeunes condamnés de moins de vingt-et-un ans.
- ▶ S'agissant des **mineurs**, le nouvel article 122-8 (rédaction de l'ordonnance du 11 septembre 2019) pose, comme dans sa rédaction antérieure (loi du 9 septembre 2002), le principe de la responsabilité pénale des mineurs capables de discernement : « *les mineurs **capables de discernement** sont **pénalement responsables** des crimes, délits ou contraventions dont ils ont été reconnus coupables en tenant compte de l'atténuation de responsabilité dont ils bénéficient en raison de leur âge, dans les conditions fixées par le Code de la justice pénale des mineurs* ». Ce dernier Code précise, à l'article L. 11-1, alinéa 2 (l'alinéa 1^{er} reprenant la condition de capacité de discernement du mineur), que « *les **mineurs de moins de treize ans** sont **présumés ne pas être capables de discernement**. Les **mineurs âgés d'au moins treize ans** sont **présumés être capables de discernement*** ». La présomption est simple.

La **capacité de discernement** suppose que l'enfant ait « *compris et voulu* » l'acte car « *toute infraction, même non intentionnelle, suppose en effet que son auteur ait agi avec intelligence et volonté* » (Crim., 13 décembre 1956, Laboube). C'est ce que confirme, d'ailleurs, l'article L. 11-3 du Code précité disposant qu'est capable de discernement « *le mineur qui a compris et voulu son acte* », ajoutant « **et** *qui est apte à comprendre le sens de la procédure pénale dont il fait l'objet* ».

L'article L. 11-3 du Code de la justice pénale des mineurs précise que les mineurs **déclarés coupables d'une infraction pénale** peuvent faire l'objet de **mesures éducatives** et, « *si les circonstances et leur personnalité l'exigent, de peines* » (sauf à l'égard des mineurs de moins de treize ans). Les peines encourues sont diminuées selon les distinctions prévues par ce Code (voir chapitre 9, II, B).

→ **Le trouble psychique ou neuropsychique**

L'article 122-1 retenant un vocabulaire moderne, mieux adapté aux termes médicaux, remplace le terme antérieur de « *démence* » par celui de « **trouble psychique ou neuropsychique** ». Cette notion est plus large que la notion de « *démence* », encore que celle-ci eût été largement entendue par la jurisprudence, qui considérait que la *démence* était toute aliénation mentale ayant pour conséquence de priver le prévenu de l'intelligence nécessaire à la compréhension de son acte. L'article distingue deux situations :

- La première concerne le cas où le trouble psychique ou neuropsychique a **aboli le discernement ou le contrôle des actes** de l'agent. Ce trouble entraîne l'**irresponsabilité pénale** (art. 122-1, al. 1^{er}).

Mais pour qu'il produise cet effet, encore faut-il qu'il ait existé « **au moment des faits** ». Cette exigence, comme auparavant avec l'expression au « temps de l'action », implique à la fois une **proximité temporelle** (trouble *contemporain* des faits, et non antérieur ou postérieur à ceux-ci) et une **proximité causale** (un fait infractionnel qui est la conséquence directe et immédiate du trouble). Mais peu importe l'origine du trouble mental (Crim., 14 avril 2021 : en l'espèce, une consommation régulière de cannabis).

- Si le trouble survient effectivement **au moment des faits** (la preuve en incombe à la personne, sujet passif de la poursuite, mais elle résultera en pratique d'une expertise psychiatrique ordonnée par le juge), l'agent bénéficie d'une ordonnance d'irresponsabilité pénale au stade de l'instruction, ou d'un jugement (tribunal de police ou correctionnel) ou d'un arrêt (cour d'assises) de déclaration d'irresponsabilité pénale au stade du jugement. Il peut alors être l'objet d'un placement d'office, par l'autorité administrative, dans un établissement spécialisé (art. L. 3213-7, Code de la santé publique). **Sur le plan civil, l'agent demeure responsable** car l'article 414-3 du Code civil dispose que : « *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.* »
- Si le trouble survient **après commission de l'infraction**, l'action publique est suspendue, et s'il survient **après décision définitive de condamnation** de la juridiction de jugement, la peine privative de liberté ne sera pas exécutée. L'agent atteint du trouble sera l'objet d'un internement dans des locaux adaptés de l'administration pénitentiaire. En revanche, tant les

peines pécuniaires que les peines privatives de droits seront normalement exécutées.

► Dans la seconde situation où le trouble psychique ou neuropsychique a seulement **altéré le discernement ou entravé le contrôle des actes** de l'agent au moment des faits (question dite de la « demi-folie », qui est la situation intermédiaire entre la démence et l'état normal), l'auteur demeure punissable. Cependant, selon l'article 122-1, alinéa 2, « *la juridiction tient compte de cette circonstance lorsqu'elle détermine la peine et en fixe le régime* ». Depuis la loi du 15 août 2014, l'article 122-1 précise que si une peine privative de liberté est encourue, celle-ci est alors **réduite du tiers** ; en cas de crime puni de la réclusion ou de la détention criminelle à perpétuité, elle est ramenée à **trente ans**. Mais la juridiction peut, par une **décision spéciale et motivée** en matière correctionnelle, ne pas appliquer la diminution de peine.

► Si la question de l'incidence du trouble psychique ou neuropsychique a été résolue par le Code pénal, la question demeure à propos des **états voisins** de ce trouble, notamment la question de l'incidence de l'absorption d'**alcool** ou de **stupéfiants** sur la responsabilité pénale. Il convient de distinguer plusieurs situations :

– Tout d'abord, il est évident que **lorsque la loi ou le règlement incrimine** l'ivresse publique, la conduite sous l'empire d'un état alcoolique ou en état d'ivresse manifeste ou encore l'usage de stupéfiants (cas des infractions obstacles, v. chapitre 4, I, B), l'agent ne peut pas invoquer l'obscurcissement ou l'altération de ses facultés intellectuelles pour échapper à sa responsabilité pénale. En effet, **c'est cet état qui est l'objet même de l'incrimination**.

- Ensuite, il n'est pas douteux que si l'agent s'est enivré afin de se donner du courage pour réaliser l'infraction envisagée (quelle qu'elle soit), sa responsabilité est totale. En revanche, si l'ivresse est purement **fortuite**, l'agent doit être considéré comme irresponsable.
- Mais que doit-on décider dans l'hypothèse où l'agent, en connaissance de cause des effets de l'alcool ou des stupéfiants, fait usage de ceux-ci et commet finalement une **infraction non voulue** ?

La doctrine a surtout distingué selon la nature de l'infraction commise. Pour les **infractions intentionnelles**, la responsabilité serait exclue car l'agent n'a pas voulu commettre le fait infractionnel. Et cela, malgré sa faute antérieure, car celle-ci ne peut pas être considérée comme équipollente à l'intention. Dans cette thèse, l'ivresse serait exclusive de toute imputabilité morale. En revanche, pour les **infractions d'imprudence**, la responsabilité serait totale, voire aggravée (par exemple, le Code de la route prévoit des incriminations et des sanctions sévères dans ce cas). À la suite de l'arrêt précité de la Cour de cassation du 14 avril 2021, un **projet de loi** ajoute un nouvel article 122-1-1 au Code pénal ainsi rédigé : « *Les dispositions du premier alinéa de l'article 122-1 ne sont pas applicables si l'abolition du discernement de la personne ou du contrôle de ses actes au moment de la commission d'un **crime** ou d'un **délit** résulte de ce que, **dans un temps très voisin de l'action**, la personne a **volontairement** consommé des **substances psychoactives dans le dessein** de commettre l'infraction ou une infraction de même nature, ou d'en faciliter la commission.* »

En outre, ce projet de loi instaure des **incriminations particulières** dans certaines situations d'**atteinte à la vie ou à l'intégrité d'une personne** « *résultant d'une **intoxication volontaire*** » lorsque l'auteur a été

pénalement déclaré irresponsable en application de l'article 122-1, alinéa 1^{er} (nouveaux articles 221-5-6 et 222-18-1).

2 . La contrainte

Selon l'article 122-2 : « *N'est pas pénalement responsable la personne qui a agi sous l'empire d'une force ou d'une contrainte à laquelle elle n'a pu résister.* » Contrairement au trouble psychique ou neuropsychique qui détruit les facultés de discernement, la contrainte **supprime la liberté d'action** de l'agent. Elle entraîne l'**irresponsabilité pénale** de l'agent.

Les termes de l'article 122-2 font penser à la force majeure du droit civil, mais le domaine de la contrainte est plus large.

→ Les cas de contrainte

On distingue la contrainte physique de la contrainte morale.

► **La contrainte physique** est celle qui s'exerce sur le **corps** même de l'agent. Elle peut avoir une origine externe ou interne.

- Elle est **externe** lorsqu'elle résulte d'une force extérieure à l'agent, une force naturelle telle que le verglas qui, se formant soudainement, fait se déporter un véhicule qui en heurte alors un autre ; un fait de l'autorité publique ou d'un tiers (Crim., 5 janvier 1957, cas du coureur cycliste se trouvant au milieu du peloton, celui-ci renversant un policier).
- Elle est **interne** lorsqu'elle tient à l'agent lui-même, comme une maladie qui entraîne un profond sommeil

empêchant un voyageur de descendre du train à la gare de destination (Crim., 19 octobre 1922).

► **La contrainte morale** s'exerce, elle, sur la **volonté** même de l'agent.

– Elle peut être également **externe** lorsqu'elle prend la forme de menaces émanant d'un tiers à l'encontre de l'agent, de ses proches ou d'un tiers. Cette menace doit être **illégitime**.

À propos de cette contrainte se pose la question des « **provocations policières** ». En effet, il peut arriver que des policiers provoquent chez une personne la commission d'une infraction par l'emploi de machinations ou d'artifices (par exemple, en matière de stupéfiants). Dans ces cas, dits **de provocation à l'infraction**, les prévenus invoquent souvent que leur libre arbitre a été aboli et qu'ainsi ils ont été contraints. Parfois, les juridictions du fond montrent une certaine indulgence à l'égard de ces prévenus et adoptent leur thèse. Mais la Cour de cassation retient rarement cette cause de non-imputabilité, en raison de l'**absence du caractère d'irrésistibilité**.

Dans le cas où il y a provocation, non à l'infraction, mais à la **constatation** (à la preuve) de l'infraction, la contrainte ne peut ici en aucun cas être retenue car l'agent aurait de toute façon commis l'infraction.

– La contrainte morale **interne** résulte des passions, émotions ou des convictions philosophiques, religieuses ou politiques. Contrairement à la contrainte morale externe, elle n'est pas juridiquement prise en considération. Elle ne constitue pas une cause d'irresponsabilité pénale (permettant, par exemple, de refuser de faire soigner son enfant en raison de ses convictions religieuses).

→ Les caractères de la contrainte

La contrainte, quelle que soit sa forme, doit, comme la force majeure du droit civil, réunir les caractères d'irrésistibilité et d'imprévisibilité.

► **L'irrésistibilité** signifie que la contrainte doit entraîner la **suppression totale de la liberté d'action** de l'agent. Celui-ci doit se trouver dans l'**impossibilité absolue** de pouvoir résister et d'agir autrement qu'il l'a fait. La jurisprudence est sévère, comme dans cette célèbre affaire dite des brigands corses, où le propriétaire d'un terrain avait été condamné pour recel de malfaiteurs malgré les menaces proférées par eux à son encontre (Crim., 28 décembre 1900), ou encore dans cette affaire où un étranger expulsé démontrait qu'aucun pays limitrophe (mais pas tout pays) ne voulait l'accueillir et qu'ainsi il ne pouvait pas respecter un arrêté d'expulsion (Crim., 8 février 1936 ; rapp. l'article L. 523-3 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile).

Cette sévérité s'explique pour une raison simple : les juges retenaient dans tous les cas une appréciation *in abstracto* pour vérifier l'existence du caractère d'irrésistibilité. Une appréciation *in concreto* paraît mieux adaptée à cette cause de non-imputabilité. C'est d'ailleurs l'appréciation que semble retenir le nouveau Code pénal qui, dans son article 122-2, renvoie à la personne (et non à un standard de référence) qui invoque la contrainte (v. le mot « *elle* »).

► S'agissant du caractère d'**imprévisibilité** de la contrainte, la jurisprudence considère que si l'agent a commis une **faute antérieure** à l'action, il ne peut pas invoquer cette cause de non-imputabilité. Dans la célèbre affaire dite du marin déserteur, le marin qui s'était enivré n'avait pas pu regagner son bord à l'heure imposée en raison de son placement en cellule de dégrisement. Pour

la Cour de cassation, il ne pouvait pas invoquer la contrainte (Crim., 29 janvier 1921). La Cour de cassation a consacré ici la théorie du **dol éventuel** permettant de retenir une infraction intentionnelle alors que l'intention de l'agent n'existait pas en raison de la situation dans laquelle il se trouvait. Le marin déserteur n'avait plus son libre arbitre au moment de la commission de l'infraction. La Cour de cassation prend en considération une faute antérieure à l'action, alors que les éléments de l'infraction doivent s'apprécier au moment de la réalisation de l'acte matériel.

3 . L'erreur de droit invincible

S'agissant de l'erreur de droit dite invincible ou inévitable, c'est-à-dire celle commise par une personne qui est **dans l'impossibilité absolue de l'éviter** (d'où parfois son assimilation à la contrainte) **malgré la recherche d'informations**, la chambre criminelle avait admis, dans un arrêt du 9 octobre 1958, qu'elle devait être juridiquement prise en considération, aux motifs qu'en présence d'une part, de textes « *prêtant à discussion* » et, d'autre part, de l'interprétation qu'en avait donnée l'autorité administrative qualifiée, les prévenus avaient pu croire en toute bonne foi « *que leur action était légitime* » (pour un délit d'entrave). Mais, dans des arrêts postérieurs, l'erreur de droit invincible n'avait pas été retenue, alors pourtant que l'agent avait été réellement induit en erreur par une autorité publique.

Le nouveau Code pénal contient un article 122-3 qui dispose : « *N'est pas pénalement responsable la personne qui justifie avoir cru, par une **erreur sur le droit** qu'elle n'était pas en mesure d'éviter, pouvoir légitimement accomplir l'acte* ». Mais la Cour de cassation n'admet que

très rarement cette cause d'impunité. **Plusieurs conditions** découlent du texte :

- l'agent doit avoir cru, de manière légitime, pouvoir accomplir l'acte en cause, c'est-à-dire avoir pu penser raisonnablement que l'acte était légal, l'erreur devant être **excusable** (appréciation *in concreto*) ;
- l'agent ne doit pas avoir pu éviter de commettre l'erreur (par exemple, il s'est renseigné auprès des autorités compétentes et celles-ci l'ont induit en erreur), l'erreur devant être **invincible** (Crim., 20 janvier 2015 ; Crim., 18 mai 2021) ;
- enfin, il appartient à celui qui invoque l'erreur de droit d'apporter tous les éléments propres à l'établir.

Ainsi, l'erreur de droit invincible (mais non l'erreur de droit simple, v. chapitre 5, I, A) a une incidence sur la responsabilité pénale. Elle est une **cause de non-imputabilité**.

B - Les causes objectives d'irresponsabilité pénale

Ces causes objectives sont les **faits justificatifs**, c'est-à-dire des circonstances matérielles ou juridiques qui neutralisent la responsabilité pénale.

Certains auteurs rattachent l'étude de ces faits justificatifs à « l'**élément légal** », d'autres à l'**élément moral**, d'autres à l'**élément injuste** :

- Les premiers considèrent que le fait normalement prohibé devient légal ; l'infraction justifiée étant utile pour la société.

- Les seconds regardent le fait justificatif soit comme une cause de non-imputabilité, l'agent ayant été contraint d'agir, la contrainte absorbant alors ces faits, soit comme une cause de non-culpabilité, lesdits faits ayant alors pour effet de supprimer la faute pénale intentionnelle ou non intentionnelle, le mobile de l'agent étant considéré comme légitime.
- Enfin, d'autres auteurs étudient les faits justificatifs sous la bannière de l'**élément injuste** de l'infraction.

Les faits justificatifs sont prévus par les articles 122-4 à 122-7 et 122-9. Ils étaient de trois catégories : l'ordre de la loi et le commandement de l'autorité légitime, la légitime défense et l'état de nécessité. La loi du 9 décembre 2016 a instauré un fait justificatif autonome pour les « **lanceurs d'alertes** » qui portent atteinte à un secret protégé par la loi dès lors que cette divulgation est « *nécessaire et proportionnée à la sauvegarde des intérêts en cause* » (voir l'article 122-9).

Les faits justificatifs ont pour effet de neutraliser la responsabilité pénale mais aussi la responsabilité civile sur le fondement des articles 1240 et suivants du Code civil (sauf, pour cette dernière responsabilité, l'état de nécessité). Quant au consentement de la victime, il n'est pas un fait justificatif.

1 . L'ordre de la loi et le commandement de l'autorité légitime

→ L'ordre de la loi

► L'**ordre de la loi (ou du règlement)** est érigé en fait justificatif par l'alinéa 1^{er} de l'article 122-4, qui dispose : «

N'est pas pénalement responsable la personne qui accomplit un acte prescrit ou autorisé par des dispositions législatives ou réglementaires. » Cette disposition est logique, la loi ne pouvant à la fois ordonner un comportement et faire de celui-ci une infraction. L'accomplissement de l'acte imposé par la loi ou le règlement justifie l'agent. C'est ainsi que le médecin qui dénonce aux autorités sanitaires les maladies contagieuses dont il a connaissance (article L. 3113-1 du Code de la santé publique) ne commet pas une violation du secret professionnel puisque la loi lui impose d'agir ainsi. Évidemment, la justification de l'acte ne joue qu'à la condition que l'agent soit intervenu dans le cadre strict de l'obligation imposée par la loi.

► À l'ordre de la loi est assimilée l'**autorisation ou la permission**, même implicite, de la loi ou du règlement. Par exemple, l'article 73 du Code de procédure pénale autorise toute personne à appréhender l'auteur d'un crime ou d'un délit flagrants, pour le conduire devant l'officier de police judiciaire compétent. Le particulier qui intervient ainsi ne commet pas l'infraction d'arrestation illégale : la loi, sans donner d'injonction d'agir, autorise l'acte. De même, les professions de médecin ou de chirurgien, autorisées et réglementées par les textes (v. par exemple l'article 16-3 du Code civil), sont justifiées pour les faits qui, autrement, seraient susceptibles de qualifications pénales (par exemple les violences ou voies de fait).

Il ne faut pas confondre l'autorisation de la loi avec la simple **tolérance** de l'administration. Cette tolérance, qui peut résulter d'une circulaire ou d'une simple inaction d'agents chargés de la poursuite, ne constitue jamais un fait justificatif (Crim., 16 octobre 2018). Le fait d'avoir obtenu de l'administration l'**autorisation d'exercer une activité** (par exemple, relevant d'une installation classée pour la

protection de l'environnement) ne peut pas davantage justifier une infraction (par exemple, une pollution des eaux) liée à cette activité. Le principe de la séparation des pouvoirs s'y opposerait, de toute façon.

► L'autorisation de la **coutume ou de l'usage** peut parfois être retenue comme cause de justification d'un acte (l'existence d'une **tradition locale ininterrompue** justifie les courses de taureaux et les combats de coqs. De même, l'exercice de sports violents justifie certains coups dès lors que les **règles du jeu** ont été respectées). Ainsi, la coutume, qui est impuissante à créer une incrimination (v. chapitre 2, I, A), peut parfois justifier un fait qui, sinon, serait infractionnel.

→ **Le prolongement de l'ordre de la loi : le commandement de l'autorité légitime**

Selon l'alinéa 2 de l'article 122-4 : « *N'est pas pénalement responsable la personne qui accomplit un acte commandé par l'autorité légitime, sauf si cet acte est manifestement illégal.* » Il s'agit du fait justificatif appelé le commandement de l'autorité légitime. Il n'est pas un cas autonome de fait justificatif mais le prolongement de l'ordre de la loi. En effet, l'acte commandé par l'autorité légitime doit évidemment être conforme à la loi.

Par **autorité légitime**, il faut entendre toute **autorité publique**, qu'elle soit administrative, judiciaire ou militaire. En revanche, une autorité privée (un employeur, un parent) ne peut être considérée comme une autorité légitime au sens de la loi.

En ce qui concerne l'**ordre** émanant de l'autorité légitime, il est nécessaire qu'il soit **légal**, c'est-à-dire conforme aux lois et règlements.

La question qui se pose est celle où l'autorité légitime ordonne un acte **contraire à la loi**. Le subordonné doit-il ou non accomplir l'acte ? La doctrine a proposé plusieurs théories :

- L'une d'elles (la théorie dite de l'**obéissance passive**) met l'accent sur la discipline, le subordonné devant en tout état de cause obéir aux ordres, même illégaux, et l'acte accompli étant alors justifié.
- Une autre (dite de l'**obéissance raisonnée** ou des « baïonnettes intelligentes » ou encore des « manches de lustrine réfléchies ») considère qu'exécuter un ordre illégal n'entraîne aucune justification. Le subordonné se doit d'apprécier la légalité de l'ordre reçu.
- Enfin, une théorie, **intermédiaire**, opère la distinction entre l'ordre manifestement illégal et l'ordre dont l'illégalité n'est pas manifeste. On doit obéir au second et on est justifié, mais on ne doit pas obéir au premier. **C'est cette troisième théorie qui a été retenue par le Code pénal.**

Le statut général des **fonctionnaires** expose que tout fonctionnaire « *doit se conformer aux instructions de son supérieur hiérarchique, sauf dans le cas où l'ordre donné est **manifestement illégal et de nature à compromettre gravement un intérêt public*** » (article 28, loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires). C'est la même règle que retient le **Code de déontologie de la police et de la gendarmerie** (article R. 434-5, I du Code de la sécurité intérieure). S'agissant des **militaires** (autres que les gendarmes), l'article D 4122-3 du Code de la défense dispose qu'« *en tant que subordonné, le militaire : 3° ne doit pas exécuter un ordre prescrivant d'accomplir **un acte manifestement illégal ou contraire aux règles du***

droit international applicable dans les conflits armés et aux conventions internationales en vigueur ».

Il faut convenir qu'en pratique, il n'est pas toujours aisé de déterminer les situations dans lesquelles il y a illégalité manifeste ou non. Le juge apprécie au cas par cas, de manière abstraite, c'est-à-dire par référence à l'attitude qu'aurait eue « le bon père de famille », placé dans les mêmes circonstances externes. Seront pris en considération divers paramètres, tels que la situation sociale et les compétences du subordonné. En effet, la solution retenue dépend de la qualité de l'agent (militaire subalterne ou haut fonctionnaire). Sous l'ancien Code pénal, la chambre criminelle avait montré sa sévérité à l'égard d'un fonctionnaire qui avait toute possibilité d'apprécier l'illégalité de l'ordre reçu (Crim., 22 mai 1959, affaire *Randon* : un ordre illégal avait été donné par un préfet à un receveur des postes de retenir provisoirement des plis et d'en différer la distribution), sévérité qu'elle maintient sous l'empire du nouveau Code pénal (Crim., 13 octobre 2004 : un ordre illégal avait été donné par un préfet de région à un colonel de gendarmerie de procéder à la destruction de paillottes).

2 . La légitime défense

Les articles 122-5 et 122-6 sont relatifs à la légitime défense (rapp. article L. 435-1 [loi du 28 février 2017] du code de la sécurité intérieure relatif à l'usage justifié des armes par les agents de la police nationale et les militaires de la gendarmerie nationale). Une personne est justifiée si elle riposte à une agression injuste pour se défendre elle-même, défendre un tiers ou un bien, alors que, sans cette cause de justification, l'acte serait infractionnel.

La légitime défense est fondée sur l'idée que les autorités de police ayant été défailtantes, il appartient à toute personne en péril de se défendre pour pallier cette carence. Il ne s'agit pas tant d'un acte de justice privée que de **police privée** ; le but étant moins de punir que de **prévenir** le mal.

→ Caractères de l'agression

L'agression peut être dirigée soit **contre l'auteur** même de la riposte, soit **contre un tiers** que défend celui qui invoque la légitime défense. L'agression peut aussi être dirigée **contre des biens** dans certains cas (crime ou délit, pas contravention). En outre, cette agression doit entraîner un **danger physique** (mort, blessures) **ou moral**.

Selon l'article 122-5, alinéa 1^{er}, deux conditions cumulatives doivent être constatées : l'agression doit être **injustifiée** et **actuelle**.

► Tout d'abord, l'agression doit être **injustifiée**. En effet, si l'acte est juste, conforme au droit, la personne ne saurait invoquer la légitime défense. Ainsi, un individu qui est arrêté par un policier exécutant un mandat du juge d'instruction ne peut pas prétendre être en état de légitime défense s'il résiste et commet des violences à l'égard de ce policier. L'« agression » du policier est présumée juste. Que décider lorsque le policier agit de manière illégale, par exemple lorsqu'il commet des violences non nécessaires à l'arrestation ? En principe, appliquant strictement la présomption, la jurisprudence se montre sévère. Elle considère depuis longtemps qu'une telle « *illégalité ne peut, en aucun cas, autoriser un particulier à s'y opposer avec violences et voies de fait* » (Crim., 5 janvier 1821 ; Crim., 9 février 1972). Un système contraire « *conduirait directement à autoriser chaque*

particulier à se constituer juge des actes émanés de l'autorité publique » et « *serait subversif de tout ordre public* » (Crim., 5 janvier 1821, préc.). La seule réserve concerne le cas où l'illégalité serait à ce point manifeste qu'il faudrait considérer que le policier n'agissait pas en cette qualité.

Enfin, l'agression demeure injustifiée quand bien même elle émane d'une personne non pénalement responsable (par exemple, un dément), car cette personne commet un fait matériel répréhensible et la riposte est un acte de police et non de justice privée.

► Ensuite, l'agression doit être **actuelle**. L'article 122-5 indique en effet que la riposte doit être accomplie « *dans le même temps* » que l'atteinte. Il exige, par conséquent, une **condition temporelle**, une unité de temps. Le danger doit être certain, actuel, imminent et non éventuel. Si l'agression a déjà produit ses effets, la riposte n'est pas justifiée. Il s'agirait d'une **vengeance**, non d'une défense légitime. Cependant, il est évident qu'il n'est pas nécessaire d'attendre que l'on soit atteint pour réagir car, en matière de légitime défense, il s'agit de **prévenir un mal**. Pour la **légitime défense des biens**, il existe cependant une nuance. L'alinéa 2 de l'article 122-5 indique que la riposte doit intervenir pour « *interrompre l'exécution d'un crime ou d'un délit* », ce qui suppose que l'exécution de ce crime ou délit a déjà commencé. À la différence de la légitime défense des personnes, la riposte ne doit pas intervenir trop tôt.

À cette question d'actualité de l'agression est liée celle de la **légitime défense dite putative** (ou encore de l'atteinte putative), c'est-à-dire de la situation où celui qui se défend a cru, par une **erreur d'interprétation** de l'attitude de l'agresseur, être réellement en état de légitime défense. La solution dépend des éléments de fait de l'espèce. L'agent est justifié s'il démontre qu'il a pu raisonnablement se croire

en état de légitime défense comme toute personne placée dans les mêmes circonstances (Crim., 8 juillet 2015). En revanche, si l'agression résulte de sa pure imagination, elle n'est pas considérée comme justifiant la riposte.

→ La riposte

► La riposte, tout d'abord, ne doit pas consister en une **infraction non intentionnelle**. La chambre criminelle a décidé (Crim., 16 février 1967 ; Crim., 9 juillet 1984 ; Crim., 28 novembre 1991) que « *la légitime défense est inconciliable avec le caractère involontaire* » de l'infraction de blessures par imprudence. Cette solution confond la volonté de l'acte de défense qui existe, même pour une infraction par imprudence, et la volonté du résultat. Le comportement seul doit être juridiquement pris en considération en matière de légitime défense, et il est bien volontaire. En revanche, ce qui n'est pas voulu est le résultat réalisé. La solution jurisprudentielle aboutit à la situation paradoxale où l'agent a intérêt à être poursuivi sous la qualification d'infraction intentionnelle (par exemple, le meurtre) plutôt que sous la qualification d'infraction non intentionnelle (l'homicide par imprudence, par exemple), et n'est guère conforme au nouveau Code pénal.

► Ensuite, l'acte de défense doit être **nécessaire**, c'est-à-dire être la seule possibilité pour son auteur. C'est ce qu'exprime l'article 122-5, alinéa 1^{er}, en indiquant que l'acte de riposte doit être commandé « *par la nécessité de la légitime défense* ». Si l'agressé, plutôt que de se défendre, avait la possibilité de fuir pour se protéger, la nécessité de l'acte de défense sera parfois contestée. Tout dépendra de la situation de fait.

Pour la légitime défense des **biens**, le Code pénal renforce l'exigence de nécessité en précisant que l'acte de défense doit être « **strictement nécessaire** » au but poursuivi.

► Enfin, l'acte de défense doit être **proportionné** à la gravité de l'agression. Proportionné ne veut pas dire proportionnel. Une stricte équivalence entre l'agression et la riposte n'est, par conséquent, pas exigée. Par exemple, il n'y aura pas une telle proportion dans le fait pour une personne de porter un violent coup de bouteille sur la tête de celui qui lui avait saisi le cou pour la séparer d'autres protagonistes lors d'une rixe (Crim., 21 novembre 1961). Et dès lors que la défense est proportionnée à l'agression, peu importe au final le « *résultat de l'action* » (Crim., 17 janvier 2017 : cas où l'agresseur déséquilibré par la riposte de l'agressé fait une chute mortelle).

Et pour la légitime défense des **biens**, le Code pénal indique que l'acte de défense ne peut être un homicide volontaire, ce qui est d'ailleurs surabondant car l'exigence de proportionnalité empêche, à l'évidence, qu'un tel homicide soit justifié pour défendre un bien, même de valeur !

Si l'acte de riposte a excédé l'agression (cas dit de l'**excès de légitime défense**), l'agent pourra cependant bénéficier d'une réduction de peine.

→ **La preuve de la légitime défense**

Il appartient à celui qui invoque la légitime défense de rapporter la preuve de la réunion des conditions du fait justificatif. Mais, après tout, c'est la règle commune à tous les faits justificatifs. Cependant, l'article 122-6 prévoit **deux cas de légitime défense présumée** :

- repousser, de nuit, l'entrée par effraction, violence ou ruse dans un lieu habité ;
- se défendre contre les auteurs de vols ou de pillages exécutés avec violence.

Celui qui invoque l'un de ces cas de légitime défense est dispensé de démontrer la réunion des conditions de la légitime défense. Pour ces cas « privilégiés » de légitime défense se pose la question de la force de cette présomption. S'agit-il d'une présomption irréfragable ou d'une présomption simple opérant un renversement de la charge de la preuve, le ministère public ayant alors l'obligation de démontrer l'absence des conditions de la légitime défense ? Dans un arrêt non démenti du 19 février 1959, la chambre criminelle a affirmé le **caractère simple de la présomption** : « *il s'agit là d'une présomption légale qui, loin de présenter un caractère absolu et irréfragable, est susceptible de céder devant la preuve contraire* ».

3 . L'état de nécessité

L'état de nécessité est la situation dans laquelle se trouve une personne de **commettre un fait infractionnel pour neutraliser un péril actuel ou imminent qui porte atteinte à une valeur supérieure** (par exemple, franchir une ligne continue pour éviter de heurter un enfant). L'agent a été placé devant une alternative : laisser le péril se réaliser ou commettre l'infraction.

Cette situation présente une ressemblance avec la légitime défense (cas particulier d'état de nécessité) car, dans les deux cas, on est en présence d'un danger actuel ou imminent qu'il s'agit d'éviter, et d'une réaction de l'agent. Mais l'état de nécessité se distingue de la légitime défense en ce que la situation dans laquelle se trouve l'agent n'a

pas été, ici, nécessairement provoquée par un fait infractionnel, mais par un **danger** quelconque.

Selon certains auteurs, l'état de nécessité se distinguerait de la **contrainte**, car le premier laisserait un choix libre entre deux possibilités (dans le cas extrême, tuer ou mourir : mais est-ce réellement un choix ?) alors que la seconde obligerait l'agent à commettre l'infraction. Il y aurait liberté de choix dans le premier cas et contrainte d'agir dans le second cas. Mais, pour d'autres auteurs, l'état de nécessité se réduirait en réalité à la contrainte en raison, notamment, de l'absence d'un véritable choix de l'agent dans le cas de l'état de nécessité comme en matière de contrainte.

L'état de nécessité est fondé sur des **considérations d'ordre social**. L'agent qui invoque l'état de nécessité s'est trouvé dans une situation exceptionnelle, il ne présente aucune dangerosité particulière et la menace d'une peine serait sans effet. « Nécessité fait loi », dit-on. Au demeurant, l'acte est utile pour la société.

C'est l'article 122-7 qui vise l'état de nécessité. Il consacre la jurisprudence antérieure (par exemple, Crim., 25 juin 1958). L'ancien Code pénal ne contenait pas de dispositions générales sur l'état de nécessité. Seuls des cas particuliers existaient en législation (par exemple, l'interruption volontaire de grossesse pour motif thérapeutique [médical]).

→ **Les conditions relatives au danger**

► Peu importe la nature du danger. Il est indifférent que le danger vise **une personne** (risque d'atteinte physique ou morale de celui qui invoque l'état de nécessité ou d'un tiers) ou **un bien**. En revanche, le péril doit être **actuel ou imminent**, c'est-à-dire présent et certain. Le danger éventuel n'est pas juridiquement pris en considération.

Le danger a été considéré comme hypothétique dans une affaire où un bijoutier craignant d'être agressé avait commis une infraction aux règles du stationnement pour garer son véhicule le plus près possible du lieu de livraison (Crim., 21 novembre 1974 ; v. aussi à propos de la destruction de parcelles de plants de riz ou de maïs génétiquement modifiés : Crim., 19 novembre 2002, et Crim., 18 février 2004, qui rejettent l'état de nécessité, et Crim., 15 juin 2021, rejetant le fait justificatif dans une situation d'intrusion dans une centrale nucléaire).

► Enfin, il résultait de la jurisprudence (Crim., 28 juin 1958) que le danger ne devait pas provenir d'une **faute antérieure** de l'agent. Cette condition subjective s'ajoutait aux conditions objectives. Par exemple, ne pouvait invoquer l'état de nécessité le conducteur d'un véhicule qui avait défoncé les barrières d'un passage à niveau pour éviter de rester bloqué sur la voie à l'approche d'un train alors qu'il n'avait pas obtempéré aux injonctions du garde-barrière de s'arrêter (Rennes, 12 avril 1954).

Le maintien de cette condition subjective sous l'empire du Code pénal de 1992 est controversé. Des auteurs invoquent, d'une part, que l'état de nécessité est une cause **objective** d'irresponsabilité pénale, et d'autre part, que les éléments de l'infraction doivent s'apprécier au moment de la commission du fait matériel. D'autres répliquent que celui qui s'est délibérément placé dans une situation de nécessité génératrice de danger peut difficilement invoquer ce fait justificatif (v. en ce sens Crim., 22 septembre 1999, et Crim., 1er juin 2010 [arrêt de l'ourse Cannelle]).

→ **Les conditions relatives à l'acte justifié**

Selon l'article 122-7, le fait infractionnel n'est justifié que s'il est « **nécessaire** à la sauvegarde de la personne ou du bien ». L'état de nécessité ne peut pas être admis si l'agent dispose d'un autre moyen pour éviter le péril (Crim., 15 juin 2021 ; Crim., 22 septembre 2021). En outre, l'acte **ne doit pas être disproportionné** à la gravité du danger.

Trois situations doivent à cet égard être distinguées en fonction de la finalité de l'acte :

- Si la valeur sacrifiée par le comportement de l'agent est inférieure à la valeur sauvegardée (un vol de pain commis par une personne affamée, affaire Ménard, 1898), le fait justificatif est admis.
- Lorsqu'il y a égalité entre les valeurs sacrifiée et sauvegardée, la doctrine est partagée mais la majorité des auteurs considère que le fait justificatif devrait être encore admis.
- En revanche, si la valeur sacrifiée est supérieure à celle préservée, l'état de nécessité n'est pas retenu.

→ Les effets de l'état de nécessité

L'état de nécessité, comme tout fait justificatif, **supprime la responsabilité pénale**. Mais à la différence des autres faits justificatifs, il n'empêche pas d'engager la **responsabilité civile** de l'agent, à condition toutefois que ce soit sur un autre fondement que la faute, l'état de nécessité ne permettant pas de déclarer fautif le comportement de l'agent (Crim., 12 mai 1950 ; Crim., 4 janvier 1956). Ce pourra être, par exemple, sur le fondement de l'article 1242, alinéa 1^{er} [ancien article 1384, alinéa 1^{er}] du Code civil (« *On est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait [...] des choses que*

l'on a sous sa garde. ») ou sur le fondement de la loi du 5 juillet 1985 (accidents de la circulation). L'enrichissement injuste pourrait aussi être invoqué.

4 . La question du consentement de la victime

Il n'existe aucune disposition générale relative au consentement de la victime, c'est-à-dire à l'acceptation par une personne des éléments de l'infraction.

► **Le consentement de la victime n'est pas un fait justificatif.** En effet, une volonté privée ne peut pas rendre licite un fait déclaré infractionnel par la loi ou le règlement. La Cour de cassation l'a jugé ainsi depuis longtemps (Crim., 23 juin 1838 : « *Le consentement de la victime d'une voie de fait homicide ne saurait légitimer cet acte* »). C'est le cas pour l'homicide et les atteintes à l'intégrité corporelle (Crim., 1^{er} juillet 1937, affaire dite des stérilisations de Bordeaux, à propos du délit de violences et voies de fait). Ce n'est pas le consentement de la victime qui fait disparaître l'infraction de blessures commises par les chirurgiens, mais l'autorisation de la loi (v. *supra*). Il est donc inopérant sur le plan de la responsabilité pénale (sauf parfois à retenir le consentement de la victime pour faire de celle-ci un coupable, par exemple, du fait d'accepter en connaissance de cause un chèque contrefait).

► **Mais le consentement de la personne** plus que de la « victime » peut être pris en considération pour **apprécier la réalité** de certaines infractions.

Il existe, en effet, des situations où l'infraction suppose l'absence de consentement de la personne protégée par la qualification. Le vol, qui est la soustraction frauduleuse de la chose d'autrui, n'est pas constitué si le propriétaire consent

à la dépossession. Il y a, dans ce cas, consentement de la personne propriétaire et non pas d'une victime puisque aucune infraction n'a, par hypothèse, été réalisée en raison de ce consentement préalable. D'autres exemples peuvent être cités (le viol, la séquestration arbitraire).

Dans toutes ces situations, le consentement de la personne doit être **libre, éclairé, et antérieur ou concomitant à l'acte**. Un consentement postérieur serait un ***pardon*** sans effet sur l'infraction commise mais qui pourrait valoir réduction de peine.

II. Les personnes morales responsables

La responsabilité pénale des personnes morales est une ***innovation du nouveau Code pénal***. Certes, il existait antérieurement des cas particuliers de responsabilité des personnes morales. Mais, partant du principe de la personnalité des peines, la jurisprudence considérait que les personnes morales étaient irresponsables pénalement (Crim., 18 février 1927).

► **À l'encontre de la responsabilité pénale des personnes morales**, divers arguments étaient présentés par la doctrine : tout d'abord, était invoqué le fait qu'il était impossible d'imputer une infraction à un groupement. Ensuite, le principe de spécialité des personnes morales était considéré comme un obstacle à cette responsabilité pénale, au motif que l'infraction dépassait l'objet social. Enfin, le principe de la personnalité des peines s'opposait à la condamnation de l'être moral puisque, en définitive, ce sont les membres du groupement qui en subissent concrètement les

conséquences alors qu'ils n'ont aucunement participé à la réalisation de l'infraction. Seuls les dirigeants coupables doivent être condamnés.

► **En faveur de la responsabilité pénale des personnes morales** était soutenu le fait que la personne morale (qui d'ailleurs peut exister même sans texte, en vertu du principe de la réalité de la personne morale : Civ. 2^e, 28 janvier 1954) peut, par l'intermédiaire des dirigeants qui agissent en son nom et pour son compte, commettre des infractions et en profiter, comme elle peut être victime des faits d'autrui. La personnalité morale, qu'elle emprunte la forme de l'écran total ou transparent, selon les formes de groupements, est un moyen de commettre des infractions, particulièrement dans le domaine économique et fiscal.

Le nouveau Code pénal admet donc le principe de la responsabilité pénale des personnes morales (art. 121-2). Mais cette responsabilité, soumise à certaines conditions, n'exclut évidemment pas celle « *des personnes physiques auteurs ou complices des mêmes faits* ».

A - Le domaine de la responsabilité pénale des personnes morales

Une double limite a été posée par le Code (mais la seconde a, par la suite, disparu), tout d'abord quant aux personnes morales pouvant être pénalement déclarées responsables, ensuite, quant aux infractions qui peuvent leur être imputées.

1 . Les personnes morales responsables

► L'article 121-2 précise, en premier lieu, que ce sont les « *personnes morales* » qui sont pénalement responsables. Le groupement considéré doit, par conséquent, avoir la **personnalité morale**. Une société en participation ou une association non déclarée, dépourvues de la personnalité juridique, ne peuvent pas être déclarées responsables sur le plan pénal. Or, le droit pénal, plus proche du fait que le droit civil ou le droit commercial, aurait pu retenir l'idée de groupement plutôt que celle de personne morale. La personnalité juridique aurait pu être un élément indifférent à la responsabilité des groupements de personnes (v. le projet de Code pénal de 1978).

► L'article 121-2 contient, en second lieu, une disposition qui **exclut l'État de toute responsabilité pénale**. Cette règle est logique puisque c'est l'État qui détient le monopole de la punition.

► L'article 121-2 conduit, en troisième lieu, à distinguer entre les **personnes morales de droit privé** et les **personnes morales de droit public** (autres que l'État).

– S'agissant des **personnes morales de droit privé**, leur responsabilité pénale peut être retenue, peu importe qu'elles aient un but lucratif (par exemple, les sociétés civiles, commerciales, les groupements d'intérêt économique) ou non (par exemple, les associations, les partis politiques, les syndicats, les institutions représentatives du personnel).

– S'agissant des **personnes morales de droit public**, il existe un élément de complication pour les collectivités territoriales et leurs groupements : en effet, leur responsabilité pénale ne peut être admise que pour « *des infractions commises dans l'exercice d'activités susceptibles de faire l'objet de conventions de délégation de service public* » telles que, par exemple,

le ramassage des ordures ménagères, les transports en commun, la distribution d'eau, les cantines scolaires, dès lors que ces activités sont exercées en régie et non par un concessionnaire (sinon c'est évidemment ce dernier qui est responsable). En revanche, lorsque ces collectivités exercent leurs **prérogatives de puissance publique** (par exemple, la sécurité publique ou une activité d'enseignement), elles n'engagent pas leur responsabilité pénale.

2 . Les infractions imputées

Pour les personnes morales, l'expression « imputabilité morale » apparaît inappropriée. Aussi parle-t-on plus facilement d'imputation d'une infraction à telle personne morale.

L'article 121-2, alinéa 1^{er}, disposait que les personnes morales étaient responsables pénalement « *dans les cas prévus par la loi ou le règlement* ». Les cas prévus par la loi (pour les crimes et délits) ou par le règlement (pour les contraventions) étaient nombreux. On les retrouvait dans le Code pénal lui-même (par exemple, actes de terrorisme, crimes contre l'humanité, proxénétisme, atteintes involontaires à la vie des personnes, vol, escroquerie, abus de confiance) ou dans des textes extérieurs (par exemple, dans le Code du travail pour le travail clandestin et l'emploi irrégulier de la main-d'œuvre étrangère).

Aussi la **loi du 9 mars 2004**, tenant compte de la multiplication des cas, a modifié l'article 121-2, alinéa 1^{er} et a procédé à une **généralisation de la responsabilité pénale des personnes morales** qui, depuis le 31 décembre 2005, est engagée par la **commission de toute infraction** (sauf exceptions en matière de presse

[art. 43-1, loi du 29 juillet 1881] et de communication [art. 93-4, loi du 29 juillet 1982]).

B - Les conditions de la responsabilité pénale des personnes morales

L'article 121-2, alinéa 1^{er}, dispose que « *les personnes morales [...] sont responsables pénalement, selon les distinctions des articles 121-4 à 121-7, des infractions commises, pour leur compte, par leurs organes ou représentants* ».

Pour que la personne morale puisse être déclarée pénalement responsable, en qualité d'auteur ou de complice, deux conditions cumulatives doivent par conséquent être réunies :

► La première condition, nécessaire mais non suffisante, est que l'infraction ait été **commise par un organe ou un représentant de la personne morale** (par exemple, assemblée générale d'associés, conseil d'administration, président du conseil d'administration, directeur général, gérant, conseil municipal, maire). **La Cour de cassation avait considéré qu'il n'était pas nécessaire que l'auteur, personne physique, soit identifié** dès lors que « *l'infraction n'a pu être commise pour son compte que par un organe ou un représentant de la personne morale* » (par exemple, Crim., 20 juin 2006), mais elle est revenue ensuite sur cette jurisprudence (par exemple : Crim., 6 mai 2014 ; Crim., 31 octobre 2017 ; Crim., 9 mai 2021). Si la gérance est de fait, la responsabilité peut être retenue (Crim., 15 juin 2016). Par ailleurs, les préposés ne sont pas des représentants de la personne morale (sauf

s'ils ont reçu une **délégation de pouvoirs**, v. chapitre 7, II, B). Celle-ci n'engage donc pas sa responsabilité pénale, à la différence de ce qui se passe en droit civil (v. art. 1242, al. 5 [ancien art. 1384, al. 5], Code civil, responsabilité des commettants du fait de leurs préposés).

► La seconde condition est que l'infraction ait été **commise pour le compte de la personne morale**, c'est-à-dire qu'il est nécessaire que l'organe ou le représentant ait agi dans l'intérêt matériel ou moral de la personne morale. S'il a agi dans son intérêt personnel, la personne morale n'engage pas sa responsabilité pénale ; seul l'agent est pénalement responsable. En revanche, peu importe que l'organe ou le représentant ait outrepassé ses pouvoirs dès lors qu'il a agi dans l'intérêt social.

Ces conditions démontrent que la responsabilité des personnes morales est bien une responsabilité **personnelle** et non du fait d'autrui, la personne morale agissant par l'intermédiaire de ses organes ou représentants.

C - Le cumul des responsabilités

L'article 121-2, alinéa 3, dispose que « *la responsabilité pénale des personnes morales n'exclut pas celle des personnes physiques auteurs ou complices des mêmes faits, sous réserve des dispositions du quatrième alinéa de l'article 121-3* ». Le Code pénal prévoit ainsi un cumul de responsabilités, une responsabilité n'excluant pas l'autre (Crim., 11 mars 2003).

Le cumul sera constaté en matière d'**infractions intentionnelles** car la personne morale, dépourvue de toute intention, ne peut commettre de telles infractions sans

l'activité de ses dirigeants. La personne morale emprunte alors sa criminalité à son représentant (v. Crim., 2 décembre 1997).

En revanche, en matière d'**infractions non intentionnelles**, on aurait pu concevoir que la personne morale puisse se voir imputer directement une imprudence ou une négligence sans que pour autant le représentant légal soit coupable (par exemple, parce que l'infraction est le résultat d'un défaut d'organisation de la structure sociétaire, non imputable matériellement à une personne physique déterminée). Mais la Cour de cassation (Crim., 18 janvier 2000 ; rappr. Crim., 26 juin 2001) a, même pour ces infractions, considéré que la personne morale n'était responsable que si une telle infraction était imputable au dirigeant.

Par conséquent, le **cumul** de responsabilités est **la règle** (sous réserve du principe de l'appréciation de l'opportunité des poursuites reconnu au ministère public). La seule **restriction** (la responsabilité de la personne morale est encourue à l'exclusion de celle du dirigeant) concerne l'hypothèse où la responsabilité du dirigeant, **personne physique auteur indirect** du dommage, ne pourrait être retenue en raison de l'absence d'une faute délibérée ou caractérisée de sa part, au sens de l'article 121-3, alinéa 4 (v. art. 123-2 *in fine* ; Crim., 24 octobre 2000 ; Crim., 8 septembre 2004 ; Crim., 2 octobre 2012). V. chapitre 5, II, A.

Chapitre 7 : La pluralité de responsables de l'infraction

L'infraction n'est pas nécessairement réalisée par une seule personne, elle peut être le fait de plusieurs individus. La participation de plusieurs agents à la réalisation de l'infraction a alors des incidences sur la responsabilité pénale.

L'infraction commise collectivement peut emprunter diverses formes.

Il se peut, tout d'abord, qu'il n'y ait, entre les participants, **aucune entente préalable**, l'infraction collective ayant été commise spontanément. Dans cette situation, chaque participant est responsable du fait infractionnel qu'il commet.

Il se peut, au contraire, qu'il y ait une **entente préalable** entre les participants. La loi prévoit alors des **incriminations spécifiques** comme l'association de malfaiteurs (art. 450-1 et s.) ou le complot (art. 412-2), ou des circonstances aggravantes, par exemple en cas de bande organisée (art. 132-71 et 311-9) ou de réunion (vol en réunion : art. 311-4, 1°).

Enfin, la pluralité d'agents se constate dans le cas de la **complicité où l'entente est limitée à la commission d'une infraction** particulière et dans le cas dit de la **responsabilité pénale du fait d'autrui**.

I. La complicité

A - La notion de « complicité »

1. Précisions terminologiques

Il convient de distinguer trois types de participants : l'auteur, le coauteur, le complice.

► D'un point de vue conceptuel, l'**auteur** d'une infraction est celui qui accomplit le fait infractionnel (article 121-4, 1°). Mais cette notion se dédouble. En effet, la doctrine distingue l'**auteur matériel** de l'infraction, c'est-à-dire celui qui réalise les éléments de l'infraction, en particulier la composante matérielle, et l'**auteur moral** ou **intellectuel** ou **instigateur** (encore appelé en langage courant le « cerveau »), c'est-à-dire celui qui détermine autrui (« l'exécutant ») à accomplir l'acte matériel sans réaliser lui-même cet acte.

L'auteur moral est la **cause intellectuelle** de l'acte matériel exécuté par une personne distincte. Il **fait** commettre par un autre l'acte prohibé. L'auteur moral est, en principe, puni au titre de la **complicité par provocation** (v. *infra*), mais parfois la loi fait de ce participant un véritable auteur de l'infraction puni de **manière autonome**. C'est ainsi que l'article 211-1 punit de la même manière celui qui commet un génocide et celui qui le fait commettre. L'auteur moral est alors traité comme un coauteur et poursuivi concurremment avec l'auteur matériel. Parfois même, la peine applicable à l'auteur moral est aggravée par rapport à celle encourue par l'auteur matériel, eu égard à sa dangerosité particulière. Par exemple, l'article 222-34 prévoit la réclusion criminelle à

perpétuité à l'encontre de celui qui dirige ou organise un groupement ayant pour objet le trafic de stupéfiants alors que les exécutants encourent une peine privative de liberté de trente, vingt, dix ou cinq ans, selon les situations (v. art. 222-35 et s.).

► Le **coauteur** est celui qui a personnellement accompli tous les éléments constitutifs de l'infraction en collaboration avec une autre personne. Dans cette situation de **coaction** (dite encore coactivité ou coréalité), chacun des participants commet les éléments de l'infraction et répond en conséquence de son fait, comme s'il était l'auteur unique de l'infraction. La coaction entraîne parfois une **aggravation de la peine** (par exemple, en matière de vol, art. 3114, 1°).

► Le **complice** est celui qui participe à la réalisation de l'infraction en accomplissant l'un des actes prévus par la loi (v. *infra*), mais **sans réaliser lui-même un élément constitutif de l'infraction**. Alors que l'auteur du vol est celui qui soustrait frauduleusement la chose appartenant à autrui, le complice est celui qui fait le guet pour que l'auteur accomplisse le forfait. Le complice n'appréhende pas lui-même le bien convoité, il aide l'auteur principal. Le rôle du complice est donc, sur le plan technique, accessoire, car il facilite seulement la réalisation de l'infraction. Cependant ce rôle est plus important lorsque le complice agit par instigation. La complicité entraîne parfois une **aggravation de la peine** (par exemple, en matière de vol, art. 311-4, 1°).

2 . La portée atténuée de la distinction auteur-complice

La distinction auteur-complice présente moins d'intérêt depuis le nouveau Code pénal, le complice étant puni

comme auteur (art. 121-6). Mais même avant ce Code, la jurisprudence avait atténué la portée de la distinction en recourant à trois techniques :

► La première consistait à **considérer le coauteur comme également complice**, et cela à des fins répressives. La Cour de cassation estimait, en effet, que « *le coauteur d'un crime aide nécessairement l'autre coupable dans les faits qui consomment l'action, et devient par la force des choses légalement son complice* » (Crim., 9 juin 1848).

L'intérêt de cette théorie dite de la **complicité corespective** est aujourd'hui limité à la situation où une infraction est commise par une personne indéterminée au sein d'un groupe déterminé (**infraction dite collective**) : par exemple, au cours d'une scène unique de violences, plusieurs individus frappent la victime mais on ne sait pas lequel a porté le coup fatal. Ce problème de preuve de la causalité matérielle de l'acte a été résolu par une solution jurisprudentielle qui heurte le principe de la personnalité de la responsabilité. En effet, il n'y a pas de responsabilité pénale collective. Or, tous les participants qui ont porté les coups seront **poursuivis sous la qualification pénale la plus haute**, chacun étant considéré comme **coauteur** et comme **complice de celui qui a été à l'origine du résultat** dommageable. L'infraction est appréciée dans son ensemble, le ministère public étant dispensé de la preuve du rôle causal de chacun des membres du groupe. Ce sont les idées de **faute unique** ou commune et de **dommage indivisible** qui expliquent cette jurisprudence.

► La seconde technique utilisée pour atténuer la portée de la distinction a été de **considérer le complice comme coauteur** (coaction corespective).

– **En matière d'aide ou d'assistance** (v. *infra*), la jurisprudence décide que « *celui qui assiste l'auteur*

« dans les faits de consommation coopère nécessairement à la perpétration de l'infraction en qualité de coauteur » (Crim., 24 août 1827).

- **En matière d'instigation** aussi, la jurisprudence considère parfois comme auteur (auteur moral) celui qui a ordonné à un autre de commettre l'infraction (l'auteur matériel, sujet parfois purement passif s'il est de bonne foi), par exemple dicter un faux en écriture.

► Enfin, la troisième technique était celle dite de la **théorie de la peine justifiée**. La Cour de cassation ne censurait pas une décision qui confondait les notions de coauteur et de complice (erreur de qualification) si la peine finalement prononcée était juridiquement justifiée.

3 . Les systèmes concevables

En matière de complicité, deux systèmes principaux sont concevables :

- Le premier système est celui dit de la **pluralité d'infractions** (ou complicité délit distinct), c'est-à-dire celui où la complicité est un **délit autonome** par rapport à l'infraction principale.
- Le second système est celui dit de l'**unité d'infraction** (ou complicité délit unique), c'est-à-dire celui de la **criminalité d'emprunt**, le complice empruntant la criminalité de l'acte principal.

L'ancien Code pénal adoptait le système de l'**emprunt de criminalité** auquel il ajoutait celui de l'**emprunt de pénalité**, les complices étant punis « *de la même peine que les auteurs* » (art. 59, anc. Code pénal). Le nouveau Code pénal (art. 121-6) confirme le principe de l'emprunt de criminalité mais donne une **autonomie juridique à la**

sanction encourue par le complice, puisque celui-ci « *sera puni comme auteur* » de l'infraction.

B - Les conditions de la complicité

L'article 121-7 expose ces conditions qui, pour l'essentiel, sont reprises de l'ancien Code pénal. La complicité nécessite l'existence d'un fait principal punissable et une participation du complice à ce fait.

1 . Le préalable à la complicité : l'existence d'un fait principal punissable

→ La nécessité d'un fait principal punissable

L'existence d'un **fait principal punissable** est la condition *sine qua non* de la complicité. En effet, dans un système où le complice emprunte sa criminalité à l'acte principal, il ne saurait évidemment y avoir complicité sans ce fait principal. Le comportement du complice n'est pas apprécié de manière autonome, **mais en rapport avec le fait principal** dont la réalisation a été facilitée par l'action du complice. Comme le dit la Cour de cassation, « *le fait principal constitue un des éléments nécessaires de la complicité* » (Crim., 2 juillet 1958).

L'« *infraction* » (art. 121-6 et 121-7) peut être un crime, un délit ou une contravention. La rédaction de l'article 121-7 conduit cependant à distinguer selon la nature de l'infraction envisagée :

► S'agissant des **crimes et délits**, sont punissables les cas de complicité par provocation, instruction, et aide ou assistance. Toutefois, en ce qui concerne les délits, une restriction existe, selon la doctrine. Celle-ci estime que pour les **délits d'imprudence**, la complicité ne peut pas exister. L'auteur, n'ayant pas voulu la réalisation du résultat, n'a pas pu recevoir une aide consciente pour parvenir à ce résultat (v. *infra*, l'exigence de l'intention dans la complicité). Pour ces délits, la jurisprudence traite le coparticipant soit comme coauteur soit comme complice (par exemple, Crim., 13 septembre 2016).

► S'agissant des **contraventions**, seule la complicité par provocation ou instruction est punissable (art. 121-7, al. 2, et R. 610-2, al. 2). La complicité par aide ou assistance est donc exclue en cette matière. Mais l'aide ou assistance est parfois prise en considération, en matière de contraventions, sans que le texte incriminateur en fasse un cas de complicité (v., par exemple, l'art. R. 6251, al. 3, pour les violences).

En tout état de cause, **le fait principal doit être répréhensible**. Par exemple, aider une personne à se suicider n'est pas se rendre complice, le suicide ne constituant pas un fait infractionnel. Mais, dans ce cas, la loi sanctionne à titre d'**infractions distinctes**, la provocation au suicide suivie du suicide ou d'une tentative de suicide (art. 223-13 et s.) et l'omission de secours à personne en péril (art. 2236, al. 2).

→ Le cas de la tentative de complicité

Il n'y a pas davantage de complicité punissable, faute d'un fait principal lui-même punissable, dans la situation dite de **tentative de complicité** (Crim., 23 mars 1978), l'auteur principal n'ayant accompli que des **actes**

préparatoires de l'infraction ou, après commencement d'exécution, s'étant désisté (v. chapitre 4, II, A). C'est ainsi que remettre de l'argent à un tueur qui n'exécute pas l'assassinat parce qu'il a été dénoncé avant commencement d'exécution (Crim., 25 octobre 1962, affaire Benamar et Schieb) ou parce qu'il a renoncé à l'action (Crim., 25 octobre 1962, affaire Lacour) n'est pas une complicité punissable, l'auteur principal n'ayant pas accompli une tentative punissable. Cette solution, irréprochable sur le plan juridique, car conforme au principe de l'emprunt de criminalité, a été critiquée. Elle laisse en effet impunie, au titre de la complicité, une personne (le donneur d'ordre) qui a montré une dangerosité particulière. Cependant, depuis la loi du 9 mars 2004, l'article 221-5-1 sanctionne, à titre de délit autonome, de dix ans d'emprisonnement et d'une amende « *le fait de faire à une personne des offres ou des promesses ou de lui proposer des dons, présents ou avantages quelconques afin qu'elle commette [...] un assassinat ou un empoisonnement [...] lorsque ce crime n'a été ni commis ni tenté* ».

Si la tentative de complicité est logiquement impunie, en revanche la **complicité de tentative** est punissable car l'auteur principal a réalisé, dans ce cas, un commencement d'exécution de l'infraction sans désistement.

→ **Le fait principal doit demeurer punissable**

Enfin, la répression de la complicité suppose que le fait principal demeure punissable. Tel ne serait pas le cas si devait jouer une **amnistie réelle**, ou la **prescription de l'action publique**. En revanche, est indifférent le fait que l'auteur principal ne soit pas punissable parce qu'il est décédé, en fuite, inconnu, dément ou relaxé pour défaut

d'intention coupable (Crim., 8 janvier 2003 ; comp. Crim., 18 juin 2003). Il suffit que le **fait principal** le soit, l'acte de participation du complice étant rattaché au fait principal et non à l'auteur de ce fait.

2 . La participation du complice au fait principal

La participation du complice doit être **matérielle et intellectuelle**.

La doctrine emploie parfois l'expression « élément matériel » et « élément moral » de la complicité. Or ces expressions sont ambiguës car elles donnent à penser que le fait du complice constituerait une infraction distincte de l'infraction principale, ce qui n'est pas le cas. Il n'y a pas juxtaposition d'infractions. Le complice ne commet pas une infraction, il participe à l'exécution du fait infractionnel, réalisé par un tiers.

→ La participation matérielle du complice

Conformément au principe de légalité, l'acte matériel de complicité doit nécessairement revêtir l'un des trois modes de participation limitativement énumérés par l'article 121-7 : la provocation, la fourniture d'instructions, et l'aide ou assistance. Les deux premiers modes sont parfois regroupés sous l'appellation de « *complicité par instigation* », le troisième mode étant qualifié de « *complicité par collaboration* ». La loi du 5 mars 2007 a ajouté un cas particulier (enregistrer sciemment des images relatives à la commission de certaines infractions intentionnelles contre l'intégrité de la personne) à ces trois cas généraux (v. art. 222-33-3 modifié par la loi du 4 août 2014).

► **La provocation** est un mode de participation au fait principal, antérieure à l'action et constituée par l'un des procédés (admicules) énumérés par le Code : don, promesse, menace, ordre, abus d'autorité ou de pouvoir. De simples conseils ne suffisent pas, car le provocateur doit pousser l'auteur à agir.

La provocation doit être personnelle et directe : **personnelle** (ou individuelle) car elle doit être adressée à une personne déterminée et non au public ; **directe**, c'est-à-dire qu'elle doit déterminer l'agent à exécuter l'infraction envisagée et pas seulement l'inciter à la haine à l'égard d'une autre personne. Enfin, la provocation doit être **suivie d'effet**, c'est-à-dire que l'auteur principal a dû tenter ou consommer l'infraction.

En l'absence de ces conditions, il n'y a pas de complicité punissable. Cependant, il existe des **délits distincts** réprimant la provocation même non suivie d'effet, le provocateur étant alors puni comme auteur.

► **La fourniture d'instructions** est un autre mode de complicité qui consiste dans la fourniture de renseignements par le complice à l'auteur. Elle est proche de la provocation mais elle s'en distingue. Alors que la provocation est un procédé de contrainte et suppose l'un des procédés cités par le Code, la fourniture d'instructions n'est pas le résultat d'une pression émanant de l'auteur principal. Les instructions facilitent son action (par exemple, on fournit au voleur un plan des lieux à cambrioler). Les instructions doivent être **suffisamment précises pour être utiles** à l'auteur. Des renseignements par trop imprécis ne seront pas juridiquement pris en considération au titre de la complicité. Le simple conseil ne suffit pas : l'article 121-7 fait état des instructions données **pour** commettre l'infraction, ce qui suppose une certaine précision et une certaine utilité.

► **L'aide ou l'assistance** constitue un autre mode de complicité qui consiste, soit en la **fourniture de moyens matériels** (fourniture d'une arme ou d'un véhicule) destinés à l'action, soit en une **collaboration au stade de l'exécution** (faire le guet) ou même **à un stade antérieur** (faire un repérage des lieux). Le complice facilite ainsi la préparation ou l'exécution du dessein criminel de l'auteur principal.

L'aide ou assistance suppose la réunion de plusieurs **conditions** pour être retenue au titre de la complicité :

1. **1°**) L'aide ou assistance doit être **antérieure** (condition remplie, par hypothèse, pour les deux autres modes) **ou concomitante au fait principal**. Il n'y a pas de complicité par aide postérieure. C'est une conséquence du principe de l'emprunt de criminalité. Cependant, il existe des **atténuations** :
 - D'une part, l'aide postérieure du complice (attendre au volant d'un véhicule pour aider les voleurs à fuir) peut être retenue au titre de la complicité s'il y a eu un **accord préalable** entre l'auteur principal et son complice.
 - D'autre part, il arrive que la loi érige en **infractions autonomes** l'aide postérieure apportée par une personne à l'auteur, par exemple le recel de malfaiteurs (art. 434-6).
2. **2°**) En outre, l'aide ou assistance suppose un **acte positif** du complice. Il n'y a pas, en principe, de complicité par abstention. Mais cette affirmation mérite d'être nuancée car il faut distinguer deux situations : l'abstention-indifférence et l'abstention-adhésion.
 - L'**abstention-indifférence** ou **abstention-neutralité** est la situation où une personne montre une indifférence totale à l'égard du

comportement de celui qui réalise une infraction sous ses yeux. Le **simple témoin** ne saurait être considéré comme complice, même s'il n'intervient pas pour s'opposer au délit ou ne provoque pas l'intervention de la police. Comme le dit la Cour de cassation, « *le prévenu a facilité le délit par une inaction ou abstention et non par un acte positif antérieur ou concomitant pouvant seul caractériser l'aide ou l'assistance* » (Crim., 15 janvier 1948). Cette solution est justifiée par le principe de légalité qui interdit d'assimiler une omission à une action (v. chapitre 4, I, A). Cependant, l'article 121-7, en visant l'aide ou l'assistance, ne semble pas imposer la réalisation d'une action. Une abstention devrait pouvoir être considérée comme une aide morale si elle était causale (v. *infra*). L'abstention pure et simple peut être sanctionnée en vertu d'une **incrimination particulière** (délit distinct) : par exemple, l'omission de secours à personne en péril (art. 223-6, al. 2), le non-obstacle à la commission d'un crime ou d'un délit contre l'intégrité corporelle d'une personne (art. 223-6, al. 1^{er}).

- L'**abstention-adhésion** est la situation où **le complice adhère au projet criminel de l'auteur principal**. Comme dans le cas précédent, l'agent est présent sur les lieux, mais ici sa présence n'est pas neutre. Sa présence, même passive, s'analyse en une aide ou assistance **morale**. Cette inaction est retenue au titre de la complicité en raison d'un **accord préalable tacite ou exprès** (par exemple, la promesse d'un brigadier des douanes de ne pas s'opposer aux agissements de l'auteur de l'infraction : Crim., 27 octobre 1971) ou parce que

celui qui s'est abstenu avait, en vertu de sa profession ou de ses fonctions, l'**obligation d'intervenir** (par exemple, le cas du fonctionnaire de police qui laisse un collègue commettre un vol, du membre du directoire d'une société qui laisse le président commettre un abus de biens sociaux, de l'expert comptable qui, omettant de procéder aux vérifications, laisse commettre par son client une fraude fiscale). En n'agissant pas, alors qu'il avait les moyens d'empêcher la réalisation de l'infraction, l'agent est considéré comme complice. Son inaction présente un lien de causalité avec la réalisation du fait principal.

3. **3°)** Or l'existence d'un tel **lien de causalité** est une autre condition de l'aide ou assistance. Celle-ci doit, en effet, être en **relation de causalité** avec le fait principal, elle doit avoir permis la réalisation de celui-ci ; ce n'est pas le cas si les moyens fournis n'ont pas servi à l'action ou ne l'ont pas encouragée.

► Enfin, s'agissant des trois modes de participation, une question classique, dite de la « **complicité de complicité** », ou complicité indirecte (ou « au second degré »), se pose. C'est la situation où une personne aide non pas l'auteur principal mais le complice de l'auteur. La doctrine est divisée sur la punissabilité ou non de cette participation. L'article 121-7 ne comporte pas de restriction de la répression à ce sujet. Il n'y a pas lieu de distinguer selon que la participation est directe au profit de l'auteur principal, ou indirecte s'effectuant par l'intermédiaire d'une tierce personne. D'ailleurs, la jurisprudence considérait, avant le nouveau Code pénal, que la complicité indirecte était punissable (Crim., 30 mai

1989), ce qu'elle a confirmé sous l'empire du nouveau Code pénal (Crim., 15 décembre 2004).

→ La participation intellectuelle du complice

► La punissabilité de la complicité suppose encore que la participation au fait principal ait été apportée **en connaissance de cause**, c'est-à-dire avec l'intention de s'associer au projet criminel. C'est ce qu'exprime expressément l'article 121-7 lorsqu'il vise, dans son alinéa 1^{er}, la personne qui, « **sciemment**, par aide ou assistance » facilite la préparation ou la consommation d'un crime ou d'un délit. L'alinéa 2, qui fait état de celui qui a provoqué à une infraction ou qui a donné des instructions, contient implicitement l'intention. Il s'agit encore d'une exigence de l'**emprunt de criminalité**. Le complice doit participer intentionnellement au fait principal (Crim., 19 juin 2001).

► Que décider lorsqu'il existe une **discordance** entre l'intention du complice et le fait infractionnel réalisé par l'auteur principal ? La réponse est différente selon que la discordance est totale ou partielle :

– En cas de **discordance totale**, c'est-à-dire lorsque l'infraction commise par l'auteur principal diffère de l'infraction projetée par ses **éléments**, par sa structure fondamentale, la complicité n'est pas punissable. Par exemple, le créancier qui remet des pistolets à un tiers pour faire pression sur son débiteur n'est pas complice du meurtre finalement commis sur la personne du concierge de l'immeuble après une altercation (Crim., 13 janvier 1955, Nicolai).

- Lorsque la **discordance** est **partielle**, c'est-à-dire lorsque l'infraction commise diffère de l'infraction projetée par le **mode d'exécution ou les circonstances aggravantes réelles**, le complice subit les conséquences de la modification du plan initial par l'auteur principal. Par exemple, le complice reste punissable dans le cas où, alors que l'assassinat devait avoir lieu par strangulation, la victime a finalement été électrocutée (Crim., 31 janvier 1974). De même, le complice subira la circonstance aggravante de vol dans un local habité même s'il l'a désapprouvé car, comme l'exprime la Cour de cassation, « *il devait prévoir toutes les qualifications dont le fait était susceptible, les circonstances dont il pouvait être accompagné* » (Crim., 31 décembre 1947). Peu importe donc qu'en fait le complice ait ou non prévu et voulu celles-ci.

C - La répression de la complicité

1 . Le principe retenu par le code pénal : l'emprunt de criminalité

Alors que l'**ancien Code pénal** retenait les deux principes, l'**emprunt de criminalité et l'emprunt de pénalité**, le nouveau Code pénal n'a retenu que le premier.

L'emprunt de pénalité, qui consiste à faire dépendre la sanction du complice de celle de l'auteur, n'a pas été repris. En effet, il était difficile de maintenir la formule de l'ancien article 59 du Code pénal, selon lequel « *les complices [...]seront punis de la même peine que les auteurs mêmes* » de l'infraction, dans la mesure où les personnes morales, qui peuvent être complices, n'encourent pas les mêmes peines que les personnes physiques (par exemple, la peine

de dissolution est propre aux personnes morales). Le législateur a donc adopté dans l'article 121-6 la règle selon laquelle : « *Sera puni **comme auteur** le complice de l'infraction, au sens de l'article 121-7.* » Ainsi, sur le plan de la peine, la situation du complice est **désolidarisée** de celle de l'auteur principal. Le complice ne subira pas, par exemple, les déchéances ou incapacités professionnelles qui pourraient, en l'occurrence, frapper l'auteur principal. Mais l'article 121-4 (qui définit l'auteur de l'infraction, v. *supra*) ne fait pas pour autant du complice un auteur, et la règle de l'article 121-6 signifie seulement que le complice encourt la peine qu'il aurait pu encourir s'il avait eu la qualité d'auteur principal.

2 . **Conséquences relatives aux circonstances de l'infraction**

À propos de l'incidence des circonstances de l'infraction sur la répression de la complicité, il faut opérer des distinctions :

- ▶ Les **circonstances personnelles ou subjectives** aggravantes (par exemple, la récidive), ou d'exemption ou d'atténuation des peines (par exemple, la minorité), ne se communiquent pas à l'autre, auteur ou complice.
- ▶ Les **circonstances aggravantes réelles ou objectives** (par exemple, le lieu habité dans le vol, la qualité [par exemple, notaire] de l'auteur principal) jouent à l'égard de tous les participants, auteurs et complices. Peu importe que ces circonstances aient été envisagées ou non, approuvées ou non.
- ▶ Enfin, s'agissant des circonstances **mixtes**, c'est-à-dire celles qui tiennent à la fois à l'infraction et au participant lui-même (par exemple, la préméditation), en raison de la désolidarisation de l'auteur et du complice pour la peine,

ces circonstances restent personnelles à l'auteur ou au complice selon le cas. Par exemple, le complice du meurtre de son père encourt les peines aggravées du parricide (art. 221-4, 2°) alors qu'avant le nouveau Code pénal, une telle solution n'était possible que par application de la théorie de la complicité corespective.

II. La responsabilité pénale du fait d'autrui

En droit civil, il existe des cas de responsabilité du fait d'autrui (responsabilité des parents du fait de leurs enfants mineurs habitant avec eux, des artisans du fait des apprentis, des commettants du fait des préposés), et même depuis 1991 (Cass. Ass. plén. 29 mars 1991), un principe général de responsabilité du fait d'autrui. Mais en droit pénal, prévoir une responsabilité du fait d'autrui serait critiquable. Comme l'écrivait Loysel : « *Tous les délits sont personnels, en crime il n'y a pas de garants.* » La Cour de cassation rappelle de manière constante qu'« *en principe, nul n'est passible de peines qu'à raison de son fait personnel* », et l'article 121-1 entérine cette jurisprudence lorsqu'il dispose que « **nul n'est responsable pénalement que de son propre fait** ».

Les prétendus cas de responsabilité du fait d'autrui, parfois présentés en doctrine, ne sont de tels cas qu'en apparence. Par exemple, le complice est pénalement responsable d'une infraction matériellement réalisée par un autre (l'auteur principal), mais en raison de sa participation personnelle au fait infractionnel. De même, lorsque les textes incriminent l'action de faire tel acte (par exemple, l'art. 223-8 : « faire » pratiquer une recherche biomédicale

de façon illégale), ils ne prévoient pas une responsabilité du fait d'autrui car l'agent est responsable de son propre fait. Il y a également apparence de responsabilité pénale du fait d'autrui lorsque la loi met à la charge d'une personne (le garant) le **paiement d'une amende** due par l'auteur d'une infraction (par exemple, art. L. 4741-2, Code du travail ; art. L. 121-1, al. 2, et L. 121-3, Code de la route) : la personne déclarée redevable de l'amende n'étant pas « *responsable pénalement de l'infraction* ». Il n'y a pas non plus responsabilité pénale du fait d'autrui dans le cas de la responsabilité pénale du chef d'entreprise.

A - Les sources de la responsabilité pénale du chef d'entreprise

La responsabilité pénale du chef d'entreprise découle de la loi et, plus largement, de la jurisprudence.

1 . La loi

Divers textes prévoient une responsabilité pénale de l'employeur. Par exemple, l'article L. 4741-1 du Code du travail retient le fait pour l'employeur (ou son délégataire) de méconnaître, par sa « **faute personnelle** », les dispositions en matière de **santé et sécurité au travail**. L'article L. 244-1 du Code de la sécurité sociale envisage aussi une responsabilité pénale du chef d'entreprise, en matière de **cotisations sociales**.

Dans ces cas, le chef d'entreprise est désigné directement responsable de ces infractions commises dans son entreprise.

2 . La jurisprudence

Les juridictions sont allées plus loin que la loi, celle-ci n'envisageant que des situations particulières. En effet, selon la jurisprudence, 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 subordonné* » (Crim., 28 février 1956).

B - L'engagement de la responsabilité pénale du chef d'entreprise

1 . Les conditions de la responsabilité

Plusieurs conditions doivent être réunies pour que le chef d'entreprise engage sa responsabilité pénale du fait des infractions commises dans l'entreprise.

- ▶ La première condition est relative à la **nature de l'entreprise**. Selon la jurisprudence, la responsabilité pénale peut remonter aux chefs d'entreprise notamment dans « les industries ou commerces réglementés », c'est-à-dire dans toutes les entreprises soumises à des règles de police générale ou spéciale (par exemple, protection de l'environnement, transport, législation sociale).
- ▶ La seconde condition est relative à l'**infraction commise par le préposé**. Celui-ci doit avoir commis une infraction **à l'occasion des fonctions** auxquelles il est employé dans l'entreprise. En revanche, peu importe la

nature de l'infraction commise. Il peut s'agir d'une infraction de commission (par exemple, la pollution d'un cours d'eau) ou d'omission (par exemple, le fait de ne pas porter de casque de protection), d'une infraction non intentionnelle ou intentionnelle. La responsabilité du commettant n'empêche pas la poursuite du préposé auteur de l'infraction.

► Enfin, la troisième condition est relative à la **faute imputable à l'employeur**. L'employeur doit avoir commis une « faute personnelle », comme l'exige d'ailleurs l'article L. 4741-1 du Code du travail en matière de santé et de sécurité au travail depuis une loi du 6 décembre 1976. Mais cette faute personnelle a été largement entendue. La Cour de cassation a précisé, à plusieurs reprises (même avant la loi de 1976), qu'il incombe au chef d'entreprise « *de veiller personnellement à la stricte application par ses subordonnés des prescriptions légales ou réglementaires* » (Crim., 23 novembre 1950).

Une partie de la doctrine considère qu'il s'agit là d'une responsabilité pénale du fait d'autrui, le chef d'entreprise empruntant la matérialité de l'infraction au préposé. En réalité, les chefs d'entreprise ont, comme le dit la Cour de cassation, « *le devoir d'exercer une action directe sur les faits d'un subordonné* », et le non-respect de la norme pénale témoigne de leur faute de négligence dans le contrôle de l'application de la réglementation. En laissant ses subordonnés violer la norme légale, le chef d'entreprise n'a d'ailleurs pas un simple comportement d'omission. Il y a ici une véritable omission dans l'action qui le rend personnellement responsable. Mais le chef d'entreprise n'engage sa responsabilité pénale, dans ce cas, que si le préposé a lui-même commis une infraction (v. chapitre 5, II, A, à propos de l'incidence de la loi du 10 juillet 2000 sur la responsabilité pénale du chef d'entreprise).

2 . Le transfert de la responsabilité pénale du chef d'entreprise : la délégation de pouvoirs

La seule possibilité pour le chef d'entreprise d'échapper à cette responsabilité pénale est de déléguer ses pouvoirs à un préposé. La **délégation de pouvoirs** ne se conçoit que dans une entreprise d'une certaine importance où l'organisation est à ce point complexe que le chef d'entreprise ne peut pas, en pratique, veiller au respect des normes légales.

La jurisprudence a fixé des **conditions** strictes : l'employeur ne peut donner délégation de pouvoirs qu'à un ***salarié de l'entreprise pourvu de la compétence, de l'autorité et des moyens nécessaires*** (Crim., 19 janvier 1988 ; Crim., 29 avril 1998). La délégation doit être ***antérieure*** à l'infraction commise, et elle ne doit pas être générale, mais ***spéciale*** à un secteur donné. En revanche, elle n'a pas à être nécessairement écrite.

Par la délégation de pouvoirs, s'opère un **transfert de la responsabilité pénale sur le délégataire** considéré alors comme un représentant de la personne morale (Crim., 23 novembre 2010 ; Crim., 25 mars 2014) : par exemple, en matière de pollution, d'hygiène et de sécurité du travail. Le délégant ne peut donc voir sa responsabilité pénale engagée (sauf faute personnelle distincte de l'employeur qui s'ajouterait à celle du préposé, par exemple, en matière d'homicide ou de blessures par imprudence, sous réserve de l'incidence de la loi du 10 juillet 2000, v. chapitre 5, II, A). Il n'y a pas, en principe, de cumul de responsabilités car la délégation de pouvoir démontre l'absence de faute du délégant. Une ***subdélégation*** est autorisée dans les mêmes conditions que pour la délégation.

Partie 3 : La sanction pénale

Chapitre 8 : Les sanctions pénales

Derrière la notion de « sanction pénale », qu'il faut définir, peuvent être discernées des sanctions pénales nombreuses et diverses, car édictées par un législateur soucieux d'individualisation de la sanction en fonction du cas à traiter.

I. La notion de « sanction pénale »

Il convient, en premier lieu, de distinguer la sanction pénale d'autres sanctions et, en second lieu, d'opérer, au sein même de la catégorie sanction pénale, des distinctions selon la nature des peines encourues.

A - La distinction des sanctions pénales et non pénales

1. Les critères de la distinction

Des sanctions existent dans les autres branches du droit que le droit pénal. Le droit civil, par exemple, connaît la sanction des **dommages-intérêts** alloués à la victime d'un dommage, à titre de réparation (non de punition du responsable). Des **sanctions disciplinaires** sont prévues à l'encontre des membres des professions réglementées (par exemple, les avocats, les médecins) et prononcées par les ordres professionnels, en cas de manquement aux règles déontologiques. Aussi faut-il préciser la notion de « sanction pénale ».

Cette notion n'est pas univoque. En effet, tout dépend du critère retenu.

- Selon un **critère formel** (sens strict de la notion), la sanction pénale est celle énumérée comme telle par le Code pénal et prononcée par une juridiction pénale.
- Selon un **critère matériel** (sens large de la notion), la sanction pénale est une mesure quelconque destinée à **punir** l'auteur d'un fait répréhensible, même lorsqu'elle est prononcée par une juridiction non pénale ou par un organisme non juridictionnel. Cette dernière acception englobe, par conséquent, sous une bannière commune, les sanctions pénales au sens strict et les sanctions extra-pénales telles que les sanctions administratives.

2 . L'insuffisance du critère formel

Le critère formel, qui est le critère juridique classique de la distinction, peut s'avérer insuffisant dès lors que l'on entend protéger efficacement les citoyens. En effet, à l'époque contemporaine, le législateur a multiplié le nombre de sanctions, juridiquement non pénales, mais qui ont le caractère d'une **punition**, sans pour autant que soient mises en œuvre les garanties entourant la sanction pénale.

C'est ainsi que des **sanctions administratives** sont prononcées par l'administration (parfois en concurrence avec le juge pénal), comme la suspension du permis de conduire en matière d'infractions routières ou la fermeture d'établissement en matière d'infractions de stupéfiants. Il arrive même que le législateur délègue à une **autorité administrative ou publique indépendante** le pouvoir de prononcer des sanctions pécuniaires pouvant atteindre des montants élevés (par exemple, le Conseil supérieur de l'audiovisuel, l'Autorité des marchés financiers, l'Autorité de la concurrence). On parle, dans toutes ces situations, de **droit administratif pénal**.

3 . L'adoption du critère matériel

Aussi, devant le risque de voir le législateur multiplier ces sanctions non pénales dans le dessein de n'être pas soumis aux obligations constitutionnelles qui s'appliquent à la formulation des peines, le **Conseil constitutionnel** a considéré que les principes de légalité, de non-rétroactivité (v. chapitre 1), de nécessité et de proportionnalité des peines, de respect des droits de la défense, s'imposent au législateur lorsqu'il a recours à ces sanctions (v. par exemple, C. const., 30 décembre 1982).

Cette protection (v. chapitre 2, II, A) des citoyens est renforcée par l'existence de textes internationaux. La Convention européenne de 1950 énonce, dans son article 6, 1°, le droit de toute personne à un procès équitable lorsqu'elle est l'objet d'une « *accusation en matière pénale* ». Or la notion de « matière pénale » a été définie par la **Cour européenne des droits de l'homme** comme un concept autonome (critère matériel) par rapport au droit interne. La Convention a donc vocation à s'appliquer à toute mesure de punition prononcée par tout organisme ou

juridiction (v., par exemple, CEDH, 4 mars 2014, affaire Grande Stevens et autres c. Italie).

B - Les distinctions au sein de la catégorie « sanction pénale »

Même si l'on retient le critère formel de la sanction pénale, on constate que la sanction ainsi entendue emprunte des natures très diverses. D'où, classiquement, les distinctions suivantes :

1 . La distinction de la peine et de la mesure de sûreté

La peine est traditionnellement opposée à la mesure de sûreté. Le Code pénal ne retient pas cette distinction. Il qualifie de peine toute sanction pénale. Ce sont donc la doctrine et la jurisprudence qui opèrent cette distinction en qualifiant certaines peines de **mesures de sûreté** ou encore de « mesures de police et de sécurité ». Malgré des différences entre ces deux sanctions, il existe entre elles des similitudes.

→ La différenciation et le rapprochement de la peine et de la mesure de sûreté

► La différenciation classique :

- **La peine**, qui suppose la commission préalable d'une infraction, est fondée sur la **faute** commise par son auteur et dépend dans sa durée de l'importance de

cette faute (v. toutefois chapitre 5, II, A, les cas de l'homicide, des blessures par imprudence ou des coups intentionnels, où c'est le **résultat** atteint qui est la mesure de la peine). La peine tend à infliger un **châtiment** à l'agent. Elle a une **fonction de répression**.

- En revanche, **la mesure de sûreté** ne suppose pas nécessairement la réalisation d'une infraction. Elle peut être appliquée avant celle-ci (*ante delictum*), ou après infraction mais avant condamnation (par exemple, le contrôle judiciaire, art. 137, Code de procédure pénale), et **indépendamment de toute faute pénale** (par conséquent, elle peut être prononcée à l'encontre d'un individu non pénalement responsable, par exemple un dément). La mesure de sûreté est, en effet, **fondée sur l'état dangereux d'un individu** (voir décision du Conseil constitutionnel du 7 août 2020). Elle ne tend aucunement à punir celui-ci mais à le traiter, c'est-à-dire à assurer sa **réadaptation sociale** et dans la mesure du possible aussi, à **protéger la société** contre ses agissements nuisibles. La mesure de sûreté, à la différence de la peine, a un **but préventif de neutralisation d'une personne dangereuse**.

La **durée** de la mesure de sûreté est de ce fait souvent considérée comme devant être indéterminée ou, si elle est déterminée, comme susceptible de prolongation. La mesure de sûreté doit, en effet, être **révisable à tout moment**, selon l'évolution de l'état dangereux. Et toujours selon la conception classique, la juridiction qui prononce cette mesure devrait se singulariser dans sa composition par la présence de médecins qui siègeraient aux côtés des juges, l'**aspect médical** prenant une importance particulière pour le prononcé de certaines de ces mesures. Enfin, certains des principes classiques du droit pénal n'auraient pas vocation à

s'appliquer aux mesures de sûreté (le principe de la non-rétroactivité, v. chapitre 1, I, C ; le principe de la personnalité ; l'amnistie, v. chapitre 10, I, A).

Ces oppositions entre la peine et la mesure de sûreté ont été remises en cause. Des similitudes peuvent, en effet, être constatées aujourd'hui.

► **Les similitudes.** Notre droit pénal n'est guère enclin à l'application de sanctions, même qualifiées de mesures de sûreté, **avant** commission d'une infraction. Il y va de la garantie des droits individuels contre l'arbitraire. Aussi, le prononcé de toute sanction suppose la **réalisation préalable d'un acte infractionnel**. Cependant, parfois, le législateur fait de l'**état dangereux** une infraction (par exemple, la toxicomanie, art. L. 3421-1, Code de la santé publique ; v. aussi les infractions obstacles, chapitre 4, I, B). Et, comme pour la peine, le prononcé d'une mesure de sûreté suppose, en principe, l'**imputabilité morale** (Crim., 13 décembre 1956, à propos des mesures applicables aux mineurs délinquants, v. chapitre 6, I, A).

En outre, la plupart des **principes du droit pénal** (légalité, égalité, personnalité, nécessité et proportionnalité de la peine) sont **applicables aux mesures de sûreté**. Également, ce sont des **juridictions pénales**, normalement composées de juges, qui décident de ces mesures dont la durée n'est aucunement indéterminée.

Enfin, les **buts** (ou fonctions) de la peine et de la mesure de sûreté sont devenus communs aux deux institutions. En effet, la peine et la mesure de sûreté tendent, non plus à punir mais à **réadapter** socialement l'individu (v. art. 130-1 qui définit les fonctions de la peine). Ainsi, la frontière est désormais floue entre elles, comme on peut le voir en examinant les diverses mesures de sûreté.

→ **Les diverses mesures de sûreté en droit pénal positif**

L'examen du droit positif permet de constater la présence de peines et de mesures de sûreté. Le juge pénal a parfois le choix entre une peine et une mesure de sûreté, comme c'est le cas à l'égard de l'automobiliste qui sera condamné à une peine d'amende, par exemple, et à la suspension du permis de conduire.

► Parmi les mesures de sûreté, une distinction s'opère entre les **mesures de sûreté administratives** (la suspension administrative du permis de conduire, la fermeture administrative d'établissement, l'expulsion des étrangers) et les **mesures de sûreté judiciaires** (le contrôle judiciaire avant condamnation, art. 137, Code de procédure pénale ; le traitement des toxicomanes, art. L. 34231 et suivants du Code de la santé publique ; le « suivi » socio-judiciaire, qui comporte pour le condamné l'obligation de se soumettre à des mesures de surveillance et d'assistance « *destinées à prévenir la récidive* », art. 131-36-1 et s. ; la rétention et la surveillance de sûreté (art. 706-53-13 et s. Code de procédure pénale) ; la suspension et l'annulation du permis de conduire).

S'agissant des mesures de sûreté applicables aux **mineurs** délinquants, la panoplie est, elle aussi, variée. Le **Code de la justice pénale des mineurs** (entré en vigueur le 30 septembre 2021) remplace les mesures applicables aux mineurs prévues par les articles 15 et suivants de l'ordonnance du 2 février 1945. Parmi les mesures de sûreté figure, par exemple, l'**assignation à résidence avec surveillance électronique** (art. L. 423-11 du Code précité). Peuvent y être ajoutées les **mesures éducatives** (art. L. 111-1 à L. 113-8 dudit Code).

► Enfin, il existe **des peines** qui, par l'extrême souplesse dans leur prononcé et dans leur exécution, ou en raison de leur caractère réel, **sont devenues de véritables mesures de sûreté**. C'est le cas de l'interdiction de séjour, des interdictions professionnelles, de la confiscation, de la fermeture d'établissement et même de l'exécution de la peine d'incarcération, celle-ci ayant aujourd'hui pour but de réadapter socialement le condamné.

2 . La distinction des peines principales, accessoires, complémentaires et alternatives

Cette classification est fondée sur la façon dont les peines sont encourues ou prononcées.

→ La peine principale

La peine principale est celle qui est **attachée, à titre fondamental, à une incrimination**. Elle constitue l'essentiel de la condamnation prononcée (par exemple, la réclusion criminelle, l'emprisonnement, l'amende).

La peine principale permet de déterminer la **nature de l'infraction** (crime, délit, contravention) [v. chapitre 3, I, A, et *infra*, II]. Les peines principales sont prévues par chaque texte incriminateur et le juge a la faculté, selon le texte, de prononcer l'une **et** l'autre des peines principales qui y figurent (par exemple, l'emprisonnement et l'amende) ou l'une **ou** l'autre de ces peines seulement (emprisonnement ou amende, par exemple). En tout état de cause, la peine principale doit être **expressément prononcée par le juge** pour pouvoir s'appliquer au condamné.

→ La peine accessoire

La peine accessoire est celle qui **découle de plein droit du prononcé d'une peine principale**. Elle s'ajoute donc à la peine principale, qu'elle vient renforcer sans que le juge ait à la mentionner dans son jugement (par exemple, les interdictions professionnelles, dans la plupart des cas).

Le nouveau Code pénal remet en cause, pour partie, l'existence de ces peines accessoires. En effet, il dispose dans l'article 132-17, alinéa 1^{er}, qu'« *aucune peine ne peut être appliquée si la juridiction ne l'a expressément prononcée* ». Cette disposition signifie l'arrêt de mort de ces peines. Mais cette règle ne vaut que pour le Code pénal, et non pour les textes extérieurs. En effet, il existe de nombreuses lois comportant des peines accessoires (par exemple, la loi du 30 août 1947 sur l'assainissement des professions commerciales, qui envisageait des interdictions d'exercice en cas de condamnation pour certaines infractions) qui n'ont pas été abrogées par la loi d'adaptation du 16 décembre 1992. Et l'article 132-21, alinéa 2, prévoyant le relèvement immédiat ou ultérieur de toute interdiction, déchéance ou incapacité « *qui résulte de plein droit, en application de dispositions particulières, d'une condamnation pénale* », admet explicitement la survivance des peines accessoires dans des textes particuliers. Le caractère automatique des peines pose cependant problème au regard des principes constitutionnels et conventionnels de nécessité et de proportionnalité des peines.

→ La peine complémentaire

La peine complémentaire est celle qui s'ajoute à la peine principale, comme la peine accessoire, mais qui, à la

différence de celle-ci, **ne découle pas de plein droit** de la condamnation.

Le juge doit (peine complémentaire **obligatoire**, comme la confiscation des objets dangereux ou nuisibles, art. 131-21, al. 1^{er}) ou peut (peine complémentaire **facultative**, comme la suspension ou l'annulation du permis de conduire en matière d'infraction routière, art. L. 234-2-I, 1° et 2°, Code de la route, ou le « suivi » socio-judiciaire, art. 131-36-1 et s.) la prononcer.

La peine complémentaire obligatoire ressemble (avec la même observation que ci-dessus quant aux exigences constitutionnelles et conventionnelles) à la peine accessoire puisque toutes deux sont nécessairement encourues par le prévenu. Cependant, la peine complémentaire obligatoire se distingue de la peine accessoire car si elle a été omise par le juge dans la décision de condamnation, elle n'est pas subie par le délinquant, alors que la peine accessoire non indiquée (dans les rares cas où cela demeure possible, voir *supra*) dans le jugement doit être exécutée.

La peine complémentaire peut parfois être prononcée à titre principal (v. les art. 131-11 et 131-18).

→ La peine alternative

► Une loi du 11 juillet 1975 avait inséré dans l'ancien Code pénal des **peines** dites par la doctrine « **de substitution** » (ou « substituts ») à une peine d'emprisonnement, comme la suspension du permis de conduire. Ces peines constituaient des palliatifs aux courtes peines d'emprisonnement, qui présentent souvent plus d'inconvénients que d'avantages (risque de perte d'emploi, promiscuité avec des condamnés récidivistes et, par conséquent, danger de corruption).

Sous l'empire du nouveau Code pénal, il est préférable de parler de **peines alternatives** (d'ailleurs non qualifiées comme telles par le Code) parce que, d'une part, ces peines ne sont plus des substituts à l'emprisonnement seulement (elles ont une vocation plus large), et d'autre part, elles n'ont plus un caractère secondaire par rapport à l'emprisonnement ou à l'amende qu'elles remplacent. Le Code pénal fait de ces peines alternatives **de véritables peines principales**. Elles sont, en effet, placées sur un même plan que l'emprisonnement ou l'amende et ne peuvent logiquement être cumulées avec eux, en principe (v. chapitre 9, II).

► **La liste des peines alternatives** se caractérise par son **hétérogénéité** :

- Il peut s'agir, en matière **correctionnelle**, des peines de jours-amende, du travail d'intérêt général, du stage de citoyenneté, des peines privatives ou restrictives de droits de l'article 1316 (par exemple, la suspension ou l'annulation du permis de conduire, l'interdiction d'exercer une activité professionnelle) et de la sanction-réparation.
- En matière **contraventionnelle** (mais uniquement pour les contraventions de 5^e classe), les peines alternatives sont les peines privatives ou restrictives de droits énumérées à l'article 131-14 (suspension du permis de conduire, interdiction d'émettre des chèques, confiscation, par exemple).

II. Les différentes sanctions pénales

L'examen des différentes sanctions pénales nécessite la connaissance préalable des données concernant la gradation des peines.

A - La gradation des peines

La gradation (ou échelle) des peines présente divers intérêts. Elle fixe la marge de manœuvre du juge dans le prononcé de la sanction et permet de déterminer la nature de l'infraction (crime, délit ou contravention), la peine principale servant de référence à cet égard (v. chapitre 3, I, A). La gradation des peines diffère selon que la personne poursuivie est une personne physique ou une personne morale.

1 . Pour les personnes physiques

Des peines les plus importantes aux peines les moins importantes, on distingue :

→ Les peines criminelles

► Les peines criminelles **principales** sont les peines privatives de liberté :

- la **réclusion** criminelle (à perpétuité ou à temps de trente ans, vingt ans ou quinze ans au plus et dix ans au moins) pour les infractions de droit commun ;
- la **détention** criminelle (à perpétuité ou à temps) pour les infractions politiques.

► La loi prévoit parfois, en plus, l'**amende** et des **peines complémentaires** (art. 131-10).

→ **Les peines correctionnelles**

► Les peines **principales** (art. 131-3, loi du 23 mars 2019) sont l'**emprisonnement** (de dix ans, sept ans, cinq ans, trois ans, deux ans, un an, six mois ou deux mois), la **détention à domicile sous surveillance électronique**, le travail d'intérêt général, l'amende, le jour-amende, les peines de stage (voir art. 131-5-1), les peines privatives ou restrictives de droits (voir art. 131-6), la sanction-réparation, toutes ces peines n'étant pas exclusives des peines complémentaires prévues à l'article 131-10.

► S'agissant des peines **complémentaires**, le texte incriminateur énumère celles applicables (par exemple, la fermeture d'un établissement), adaptées en principe à la violation de la norme pénale (art. 131-10). Ces peines peuvent éventuellement être prononcées à la place des peines principales (art. 131-11).

→ **Les peines contraventionnelles**

► Les peines **principales** sont l'**amende**, dont le montant maximum est de 1 500 € (3 000 € en cas de récidive) pour les contraventions de 5^e classe, 750 € pour les contraventions de 4^e classe, 450 € pour celles de 3^e classe, 150 € pour celles de 2^e classe et 38 € pour celles de 1^{re} classe (art. 131-13), ainsi que les **peines privatives ou restrictives de droits** (qui peuvent aussi être des peines alternatives), pour les contraventions de 5^e classe seulement (art. 131-14), la peine de sanction-réparation.

► Des peines **complémentaires** sont encourues si le règlement les prévoit et à condition qu'il édicte une ou plusieurs des peines énumérées dans les articles 131-16 et 131-17 (par exemple, l'interdiction de conduire certains véhicules terrestres à moteur). Enfin les peines complémentaires peuvent être prononcées à titre principal lorsque la contravention est punie de ces peines (v. art. 131-18).

2 . Pour les personnes morales

Tenant compte des spécificités propres aux personnes morales, le législateur a édicté dans les articles 131-37 à 131-49, dans une section intitulée « Des peines applicables aux personnes morales », des sanctions qui leur sont adaptées. Cependant, d'autres sanctions sont communes aux personnes physiques et aux personnes morales.

→ Les peines criminelles et correctionnelles

► Les peines **principales** applicables aux personnes morales sont l'**amende** (dont le taux maximum est égal au quintuple de celui fixé pour les personnes physiques par le texte incriminateur ou 1 000 000 € pour un crime si l'amende n'est pas prévue pour les personnes physiques) ou, lorsque la loi le prévoit, l'une des peines énumérées à l'article 131-39 (par exemple, la dissolution [sauf exception, pour les partis politiques, les syndicats, les personnes morales de droit public], l'interdiction d'exercice d'une ou plusieurs activités professionnelles ou sociales, le placement sous surveillance judiciaire, la fermeture d'établissement, l'exclusion des marchés publics, l'interdiction de faire appel public à l'épargne,

l'interdiction d'émettre des chèques, la confiscation, l'affichage de la décision). Ces peines sont prononcées à titre définitif ou à titre temporaire (cinq ans maximum).

► Aucune peine **complémentaire** n'est envisagée dans le Code à la suite de l'énoncé des peines principales. Cependant, des textes en prévoient pour certaines infractions. C'est le cas de l'article 222-50 en matière de trafic de stupéfiants, qui vise la fermeture d'établissement.

→ Les peines contraventionnelles

► À titre de peines **principales**, l'article 131-40 énumère l'**amende** (dont le taux maximum est le quintuple de celui fixé pour les personnes physiques, et le décuple dans certains cas de récidive, art. 132-15) et, pour les contraventions de 5^e classe, les **peines privatives ou restrictives de droits** prévues par le règlement (celles-ci pouvant être prononcées comme peines alternatives à l'amende), et énumérées par l'article 131-42 (interdiction d'émettre des chèques, confiscation), la **sanction-réparation**.

► Enfin, l'article 131-43 autorise le règlement qui réprime une contravention à prévoir les peines **complémentaires** mentionnées dans cet article (par exemple, la confiscation de la chose ayant servi à commettre l'infraction).

B - L'objet des peines

La peine peut avoir pour objet une atteinte à la vie, à l'intégrité physique de la personne condamnée, à sa liberté, à ses droits, à ses biens ou à son honneur.

► Notre droit pénal ne connaît plus, aujourd'hui, de **peines corporelles**, c'est-à-dire de peines qui portent atteinte à la vie ou à l'intégrité corporelle du condamné. Les peines corporelles étaient fréquentes sous l'Ancien Régime (par exemple, fer rouge, mutilations). Le Code pénal de 1810 avait maintenu la peine (supprimée en 1832) de l'amputation du poing du parricide effectuée juste avant l'exécution capitale du condamné.

► Une loi du 9 octobre 1981 a supprimé la **peine de mort**, seule peine corporelle qui demeurait dans notre arsenal répressif. Elle a été remplacée par la **réclusion ou la détention criminelle à perpétuité**. Le débat sur la légitimité de la peine de mort est périodiquement relancé, généralement après la commission d'un crime particulièrement odieux. Mais sur un plan strictement juridique, il faut considérer que cette peine ne peut pas, en l'état, être rétablie. En effet, d'une part, la France a ratifié **le protocole n° 6, additionnel à la Convention européenne** de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales de 1950, et relatif à l'abolition de la peine de mort. Conformément à l'article 55 de la Constitution (v. chapitre 2, II, C), la Convention a une autorité supérieure à celle de la loi. Par conséquent, le rétablissement de cette peine en droit interne supposerait la dénonciation de la Convention de 1950 elle-même. D'autre part, en 2007, un article 66-1 disposant que « *nul ne peut être condamné à la peine de mort* » a été inséré dans la Constitution. Enfin, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne affirme que « *nul ne peut être condamné à la peine de mort ni exécuté* » (sur la valeur juridique de la Charte, v. chapitre 2, I, B).

1 . Les peines privatives de liberté

Le nombre de détenus écroués est particulièrement important en France depuis plusieurs années (69 173 au 1^{er} octobre 2021). La **surpopulation carcérale** demeure, malgré les réformes tendant à éviter l'enfermement et malgré les constructions ou rénovations d'établissements pénitentiaires (voir CEDH, 30 janvier 2020, JMB et autres c/ France qui condamne la France à raison des conditions indignes de détention ; Crim., 8 juillet 2020, ouvrant la voie, dans le cas de telles conditions, à la mise en liberté de la personne détenue ; et l'article 803-8 [loi du 8 avril 2021] du Code de procédure pénale qui donne compétence au juge des libertés et de la détention pour ordonner, dans ce cas, la mise en liberté immédiate du détenu).

Parmi ces détenus figure une très forte proportion (presque un tiers) de personnes placées en **détention provisoire**, donc présumées innocentes.

→ Définition

Les peines privatives de liberté consistent en l'incarcération de la personne condamnée dans un établissement pénitentiaire approprié : **maison d'arrêt**, essentiellement pour les personnes placées en détention provisoire et, à titre exceptionnel, pour les condamnés dont la peine ou le reliquat de peine n'excède pas deux ans d'emprisonnement, **maison centrale** comportant un régime de sécurité renforcé, **centre de détention**, dont le régime est moins strict que dans les maisons centrales, **centre de semi-liberté**, **centre pour les peines aménagées**, **établissements de santé**, **établissements spécialisés pour mineurs**.

Avant même toute condamnation, une personne peut être privée temporairement de sa liberté, soit parce qu'elle est placée en **garde à vue**, c'est-à-dire retenue (on parle de

rétenction) dans les locaux des services de police ou de gendarmerie pour les besoins de l'enquête, soit parce qu'elle est soumise à la **détention provisoire** (incarcération de la personne mise en examen pendant la durée de l'instruction ou du prévenu dans le cadre de la procédure dite de comparution immédiate devant la juridiction de jugement). Mais dans ces cas, il ne s'agit pas de peine.

→ La nature des peines privatives de liberté

Les peines privatives de liberté sont d'une **nature différente** selon les infractions et comportent chacune un régime approprié :

- Pour les **crimes**, la peine privative de liberté est la **réclusion** ou la **détention criminelle**.
- Pour les **délits**, elle est l'**emprisonnement**.
- En ce qui concerne les **contraventions**, il n'existe plus de peine privative de liberté depuis le nouveau Code pénal.

Le **xix^e** siècle avait considéré la peine privative de liberté comme la peine par excellence car on voyait en elle un moyen, tout à la fois, de châtement et d'amendement du condamné. Le **xx^e** siècle a été plus réservé à l'égard de cette peine, qui ne montre pas toujours son efficacité et qui place souvent le délinquant primaire au contact du récidiviste. Des **alternatives à l'emprisonnement** ont ainsi été édictées (v. *supra*), et le législateur a donné au juge de l'application des peines des moyens pour **réduire la durée d'exécution de la peine** si le détenu présente des gages

sérieux de réadaptation (par exemple les réductions de peine et la libération conditionnelle).

L'**incarcération perpétuelle** est possible sur le plan théorique, pour les crimes les plus graves (par exemple, l'assassinat). Mais, par le jeu des remises de peines ou autres mesures de faveur, le condamné peut espérer sortir de prison. Notre droit pénal ne connaît pas l'incarcération définitive (même dans les cas prévus à l'article 221-3, alinéa 2, par exemple, en cas d'assassinat d'un mineur de 15 ans précédé ou accompagné d'un viol, de tortures ou d'actes de barbarie), car le tribunal de l'application des peines peut mettre fin à l'incarcération si le détenu a déjà exécuté sa peine pour une durée au moins égale à trente ans (art. 720-4, alinéa 3, Code de procédure pénale). Une peine d'incarcération réellement perpétuelle poserait la question de sa compatibilité au regard de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme qui interdit les « *peines ou traitements inhumains ou dégradants* » (v. CEDH Grande Chambre, 19 juillet 2003, Vinter et autres c. Royaume-Uni ; CEDH Grande Chambre, 26 avril 2016, Murray c. Pays-Bas ; CEDH, 28 octobre 2021, Bancsóck et László Magyar c. Hongrie).

Afin d'**éviter l'incarcération**, la **loi du 15 août 2014** avait instauré une **peine restrictive de liberté** en matière correctionnelle, applicable aux personnes physiques : la **contrainte pénale** (art. 131-4-1), qui prévoyait des mesure d'assistance, de contrôle, et des obligations particulières. La **loi du 23 mars 2019** l'a remplacée par la **détention à domicile sous surveillance électronique, peine privative de liberté**, qui peut être prononcée lorsqu'un délit est punissable d'emprisonnement, à la place de celui-ci. La durée de cette détention à domicile est comprise entre 15 jours et 6 mois. Le condamné n'est autorisé à s'absenter de son domicile que pour des périodes fixées par le juge (par exemple, pour l'exercice d'une activité

professionnelle). En cas de non-respect par le condamné de ses obligations, voir l'article 131-4-1 pour la sanction.

2 . Les peines restrictives de liberté

Ces peines ont pour objet de restreindre la liberté d'action de la personne condamnée, soit en l'empêchant de paraître ou de séjourner à certains endroits, soit en la contraignant à exécuter une prestation.

→ Les interdictions de paraître ou de séjourner

► **L'interdiction de séjour** est la défense faite à un condamné de paraître dans certains lieux (déterminés par la juridiction) **après exécution de sa peine** privative de liberté comportant des mesures de surveillance et d'assistance (art. 131-31). En raison de sa souplesse dans son prononcé et son exécution (le juge de l'application des peines pouvant adapter la mesure en fonction de l'évolution de la situation du condamné), cette peine est devenue une véritable mesure de sûreté. Elle ne peut pas excéder dix ans ou cinq ans, selon que l'infraction est un crime ou un délit.

► **L'interdiction du territoire français** est l'interdiction faite à un étranger (condamné pour crime ou délit) de séjourner sur le territoire français, **à titre définitif ou pour une durée de dix ans au plus** (art. 131-30 à 131-30-2). Cette interdiction entraîne de plein droit la reconduite du condamné à la frontière à l'expiration de sa peine privative de liberté. L'interdiction du territoire est une **mesure judiciaire**, à la différence de la **reconduite à la frontière** des étrangers ou de l'**expulsion**, mesures

administratives, qui peuvent être décidées en l'absence de toute condamnation pénale.

► **L'interdiction de participer à des manifestations sur la voie publique** (art. 131-32-1, loi du 10 avril 2019), qui ne peut excéder une durée de **trois ans**, emporte défense de manifester sur la voie publique **dans certains lieux** désignés par la juridiction.

→ **L'exécution d'un travail d'intérêt général**

Cette peine consiste, pour la personne condamnée, à effectuer un travail d'intérêt social (par exemple, le nettoyage de graffitis ou l'entretien de jardins publics), non rémunéré, au profit d'une personne morale de droit public, d'une personne morale de droit privé chargée d'une mission de service public ou d'une association habilitée à mettre en œuvre des travaux d'intérêt général, voire, à titre expérimental, au profit de personnes morales de droit privé (v. art. 71-XIX de la loi du 23 mars 2019).

► Le travail d'intérêt général est, soit une peine **complémentaire** (pour les contraventions de 5^e classe si le règlement le prévoit, art. 131-17, al. 2 ; ou en cas de conduite en état d'ivresse ou sous l'empire d'un état alcoolique, art. L. 234-2, 3^o, Code de la route), soit une peine **alternative** (lorsqu'un délit est puni d'emprisonnement, art. 131-8, al. 1^{er}), soit une peine **principale** (v. art. 322-1, al. 2), soit une **obligation** dans le cadre du sursis avec mise à l'épreuve (v. chapitre 9, IV, A).

Dans tous les cas, le prononcé ou l'exécution de cette peine suppose un prévenu **donnant son accord** (art. 131-8), la loi prévoyant en effet la possibilité de refuser le travail d'intérêt général. Il s'agit ici d'une manifestation de la

volonté privée et de sa prise en considération pour le prononcé ou l'exécution d'une peine.

Le travail d'intérêt général a une **durée** comprise entre 20 et 400 heures pour les délits, 20 et 120 heures pour les contraventions de 5^e classe, et il doit être effectué dans un délai de dix-huit mois au maximum.

Le travail d'intérêt général est également applicable aux mineurs de 16 à 18 ans.

► Le **non-respect du travail d'intérêt général** fait encourir une peine de deux ans d'emprisonnement (peine que l'on avait pourtant voulu éviter initialement en prononçant le travail d'intérêt général), l'amende et l'interdiction des droits civils, civiques et de famille (art. 434-42 et 434-44).

3 . Les peines privatives ou restrictives de droits

Ces peines, qualifiées parfois par le Code de peines privatives ou restrictives de « liberté » (v. art. 131-6, al. 1^{er}), ont pour objet de priver la personne condamnée de certaines prérogatives ou d'en restreindre l'exercice. Elles ont, souvent, un lien avec l'infraction. Par ces mesures, qui ont un effet préventif, c'est le renouvellement de l'infraction que l'on entend éviter. Elles ont une durée limitée, en principe. Par leur souplesse et leur but, elles constituent des mesures de sûreté. Une faculté de relèvement est prévue pour ne pas entraver le reclassement du condamné.

→ **Les interdictions d'exercice d'une activité professionnelle ou sociale**

Le Code pénal édicte de manière générale l'interdiction (définitive ou temporaire [5 ans maximum], selon les cas) d'exercer une **fonction publique** ou une **activité professionnelle ou sociale** (sauf l'exercice d'un mandat électif ou de responsabilités syndicales).

L'interdiction suppose un lien avec l'infraction commise (v. art. 131-6, 11° et 131-28) mais pas nécessairement (v. l'art. 131-28 *in fine*). Des textes particuliers précisent les interdictions professionnelles applicables en cas de commission de certaines infractions (par exemple, art. 1750-1° du Code général des impôts, en cas de fraude fiscale).

→ **Les interdictions relatives à l'usage d'un permis administratif**

Dans certains cas, la peine a pour objet de priver la personne condamnée de l'usage d'un permis administratif.

C'est ainsi que la loi prévoit **la suspension ou l'annulation du permis de conduire**, à titre de peine complémentaire, en matière d'infraction de conduite sous l'empire d'un état alcoolique ou en état d'ivresse manifeste. La mesure peut aussi être prononcée plus largement comme peine alternative (v. art. 131-6, 1°, 2° et 3°, et 131-7).

Le condamné est ainsi puni par où il a failli, mais parfois la peine n'a aucun rapport avec l'infraction commise : par exemple, la suspension du permis de conduire en matière de fraude fiscale (art. 1750-2°, Code général des impôts).

Comme peines privatives de droits, la loi envisage aussi le retrait du permis de chasser et l'interdiction de la détention d'armes.

→ **L'interdiction des droits civils, civiques et de famille**

Cette interdiction, qui peut être **totale ou partielle**, porte sur le droit de vote, l'éligibilité, le droit d'exercer une fonction juridictionnelle ou d'être expert ou représentant devant une juridiction, le droit de témoigner en justice, le droit d'être tuteur ou curateur (art. 131-26, al. 1^{er}).

L'interdiction ne peut excéder une durée de dix ans (pour les crimes) ou cinq ans (pour les délits) et ne peut résulter de plein droit de la condamnation pénale (art. 131-26, al. 3).

4 . Les peines affectant le patrimoine

Il existe des peines qui portent atteinte directement au patrimoine de la personne condamnée. Elles sont de deux catégories : l'une crée une charge pécuniaire pour le condamné (l'amende ou le jour-amende), l'autre consiste, pour l'État, à se faire remettre un ou plusieurs biens par le condamné (la confiscation).

→ **Le paiement d'une somme d'argent**

► L'**amende** est la peine qui consiste à obliger la personne condamnée à payer, à l'État, une somme d'argent.

Elle constitue une **sanction pécuniaire**. Elle se distingue des dommages-intérêts, qui sont aussi une sanction pécuniaire mais civile, les dommages-intérêts étant alloués à la victime, à titre de réparation de son préjudice. Elle se distingue encore des autres types de sanctions pécuniaires : **amendes fiscales ou douanières** (qui revêtent un caractère mixte de réparation et de sanction), **amendes**

administratives (par exemple, celles décidées par le Conseil supérieur de l'audiovisuel), **amendes civiles** (qui sanctionnent le comportement procédural d'un plaideur). Rapp. la **sanction-réparation** prononcée à la place ou en même temps que l'emprisonnement ou l'amende, qui consiste dans l'obligation pour le condamné (pour délit ou contravention de 5^e classe) de procéder, dans un délai et selon les modalités fixées par la juridiction, à la réparation même en nature du préjudice de la victime (v. art. 131-8-1 et art. 131-12).

L'amende est fixée, dans son maximum, par le texte incriminateur. Le juge en détermine le montant en prenant en considération les ressources et les charges de l'auteur de l'infraction (art. 132-20, al. 2). L'amende est, parfois, **proportionnelle** (par exemple, en matière de recel, v. art. 321-3 : « *jusqu'à la moitié de la valeur des biens recelés* »), ou forfaitaire (en matière d'infractions aux règles du stationnement).

Comme garanties du paiement de l'amende, existent notamment la **contrainte judiciaire** (ex-contrainte par corps) qui consiste en l'incarcération (mais elle n'est pas une peine, sauf pour la CEDH [arrêt Jamil c. France du 8 juin 1995, à propos de la contrainte par corps qui a été remplacée par la contrainte judiciaire]) du débiteur de l'amende qui refuse de la payer (v. art. 749 et s., Code de procédure pénale) et la **solidarité passive** (en matière de crime, de délit ou de contravention de 5^e classe), c'est-à-dire la condamnation solidaire, au paiement de l'amende, du prévenu qui s'est « *entouré* » de coauteurs ou complices insolvables (art. 480-1 et 543, Code de procédure pénale : la solidarité a lieu de plein droit pour les dommages-intérêts).

► Le **jour-amende** est une **peine pécuniaire**, comme l'amende, mais à la différence de celle-ci, qui est exigible en totalité dès que la condamnation est devenue définitive, le jour-amende permet au condamné de **ne**

payer la somme qu'à l'expiration du nombre de jours fixé par le juge.

En effet, pour cette peine, le juge détermine, en premier lieu, le nombre de jours-amende auquel il entend condamner le prévenu (360 jours au maximum) en tenant compte des circonstances de l'infraction. Il fixe, en second lieu, le montant de chaque jour-amende (sans pouvoir excéder 1 000 € par jour) en prenant en considération les ressources et les charges du prévenu (art. 1315). Par cette technique, le juge peut prononcer une sanction pécuniaire dépassant le maximum prévu par la loi pour l'amende simple.

Le jour-amende, qui présente une spécificité (rappr. Crim., 26 septembre 1990, qui considère que la peine de jour-amende est une modalité de l'amende et est de même nature que celle-ci) par rapport à l'amende simple (et ne s'applique qu'aux majeurs), peut être prononcé en matière correctionnelle, à condition que le délit soit punissable d'emprisonnement (art. 131-5). Parfois, cette peine est complémentaire.

Le ***défaut total ou partiel du paiement*** du montant des jours-amende entraîne l'incarcération pour une durée correspondant au nombre de jours-amende impayés (art. 131-25, al. 2).

→ **La dépossesion de biens**

La ***confiscation*** consiste, pour l'État, à s'appropriier tout ou partie des biens du condamné (confiscation ***générale***) ou seulement un ou plusieurs biens déterminés (confiscation ***spéciale***).

► La ***confiscation générale***, peine complémentaire, est encourue lorsqu'un ***texte spécial*** la prévoit (par exemple, art. 222-49 al. 2, en matière de trafic de

stupéfiants). Mais pour les crimes et les délits punis d'une durée supérieure à cinq ans d'emprisonnement, elle est encourue de plein droit (art. 131-21, al. 5).

► La **confiscation spéciale** est, en revanche, réglementée par les dispositions de portée générale de l'article 131-21. Cette confiscation présente, en principe, un lien avec l'infraction commise. Elle porte, soit sur le **corps** du délit (l'objet de l'infraction), par exemple la chose appréhendée par le voleur, soit sur le **moyen** (l'instrument) du délit, par exemple l'arme utilisée pour commettre le meurtre, soit sur le **produit** du délit, par exemple l'argent provenant d'un trafic de stupéfiants. Mais, l'article 131-21, alinéa 4, dispose aussi que la confiscation « *peut en outre porter sur tout bien meuble ou immeuble défini par la loi ou le règlement qui réprime l'infraction* ».

Une question se pose : la confiscation peut-elle porter atteinte **aux droits des tiers** ? L'article 131-21, alinéa 3, apporte la réponse. La confiscation **ne peut porter sur des** « *objets susceptibles de restitution à la victime* » **ou** « *sous réserve des droits du propriétaire de bonne foi* » (**alinéa 2**). Par conséquent, sauf exception résultant de la loi, la confiscation ne peut porter que sur des biens dont le condamné est propriétaire. Le tiers de bonne foi, c'est-à-dire celui qui n'a été ni poursuivi ni condamné, et dont le titre de propriété ou de détention est valable, ne peut se voir opposer cette mesure. Ses droits sont préservés.

5 . Les peines portant atteinte à l'honneur

Ces peines, encore appelées **peines morales**, étaient nombreuses sous l'Ancien Régime (par exemple, le carcan). Notre droit pénal ne connaît plus ces peines (sauf la publicité du jugement de condamnation). En effet, elles

seraient contraires aux stipulations de l'article 3 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950, qui dispose que « *nul ne peut être soumis [...] à des peines ou traitements [...] dégradants* ».

La ***publicité (affichage ou diffusion par la presse écrite ou par tout moyen de communication au public par voie électronique) du jugement*** de condamnation est prévue, à titre de peine complémentaire en matière criminelle et correctionnelle pour une durée qui ne peut, en principe, excéder deux mois (art. 131-35, al. 4), si la loi le prévoit dans le cas considéré (art. 131-10).

Chapitre 9 : La détermination de la sanction pénale

L'examen des différentes sanctions pénales révèle que le législateur a mis à la disposition du juge tout un arsenal diversifié de peines. Les peines abstraitement encourues sont choisies et prononcées par la juridiction ; elles sont « *personnalisées* », comme l'exprime l'article 132-24 (rapp. art. 132-1, al. 2).

Les pouvoirs du juge, dans la fixation de la peine, sont considérables. Mieux, il peut parfois ne pas prononcer de sanction, dispenser le condamné d'exécuter la peine qu'il vient pourtant de prononcer ou encore agir sur les modalités d'exécution de celle-ci. Cette ***personnalisation judiciaire*** connaît certes des limites légales, mais celles-ci ont été repoussées si loin par le législateur qu'il en résulte un large pouvoir judiciaire.

I. L'absence de sanction pénale

Il arrive parfois que la loi ***oblige*** (exemption légale) ***ou autorise le juge*** (exemption judiciaire) à ne pas prononcer de peine à l'égard d'une personne déclarée pénalement

responsable. Il s'agit de manifestations du pardon de la loi ou du juge. Mais, alors que les cas légaux d'exemption sont exceptionnels, le législateur, dans le dessein d'accroître toujours plus les possibilités d'individualisation judiciaire de la sanction, a reconnu à la juridiction pénale de larges pouvoirs d'exemption de peine.

A - L'exemption légale de peine

L'indulgence du législateur à l'égard du délinquant se manifeste dans les cas limitativement énumérés par le Code pénal.

1 . La condition requise : le repentir actif de l'agent

C'est le **comportement de l'agent postérieur à l'infraction** (son repentir actif) qui est juridiquement pris en considération. On dit que l'exemption de peine est, dans ces cas, une prime donnée aux repentis et dénonciateurs. C'est ainsi que l'article 132-78, alinéa 1^{er} dispose que « *la personne qui a tenté de commettre un crime ou un délit est, dans les cas prévus par la loi, exempte de peine si, ayant averti l'autorité administrative ou judiciaire, elle a permis d'éviter la réalisation de l'infraction et, le cas échéant, d'identifier les autres auteurs ou complices* ».

Par exemple, sur ce fondement, l'article 422-1 prévoit une exemption de peine pour les **actes de terrorisme**. De même, à propos de l'infraction d'association de malfaiteurs, le Code pénal exempte de peine le participant qui, avant toute poursuite, a révélé le groupement ou l'entente aux

autorités compétentes et a permis l'identification des autres participants (art. 450-2).

2 . Les effets de l'exemption

Loin d'avoir une incidence sur la responsabilité pénale de l'agent (l'infraction subsiste), l'exemption de peine exerce seulement une influence sur l'existence de la peine.

L'exemption légale, qui est, en principe, obligatoire si les conditions sont réunies, a pour conséquence de dispenser l'individu de toute peine. Cette **dispense** suppose, au préalable, que la juridiction de jugement ait déclaré la culpabilité de l'agent et constaté la réunion des conditions de l'exemption. Elle n'est, par conséquent, pas assimilable à une cause de non-responsabilité, ce qui explique que la victime peut obtenir l'indemnisation de son préjudice.

L'exemption opère *in personam*, c'est-à-dire que les coauteurs ou complices n'en profitent pas nécessairement.

B - L'exemption judiciaire de peine

L'indulgence judiciaire peut s'exercer sous la forme de la dispense de peine, après déclaration de culpabilité de l'agent. En outre, si les conditions de la dispense sont seulement en voie de réalisation, le juge peut recourir à l'ajournement de peine (art. 132-58).

1 . La dispense de peine

La dispense de peine, qui suppose que la juridiction ait déclaré le prévenu coupable, ne peut être prononcée qu'**en**

matière de délit ou de contravention. Elle ne peut être accordée (il s'agit ici d'une faculté discrétionnaire « *dont les juges ne doivent aucun compte* » [Crim., 20 novembre 1985], non d'un droit pour le prévenu) que si **trois conditions cumulatives** sont réunies : lorsqu'il « apparaît » que le reclassement du coupable est acquis, que le dommage causé est réparé et que le trouble résultant de l'infraction a cessé (art. 132-59, al. 1^{er}).

La dispense de peine **empêche le prononcé de toute peine**, y compris les interdictions, déchéances et incapacités qui résultent de plein droit de la condamnation (art. 469-1, al. 2, Code de procédure pénale) et les peines complémentaires. Mais, selon la jurisprudence, la dispense de peine **laisse subsister les mesures de sûreté** à caractère réel (Crim., 23 mai 1977).

Le pardon peut aller jusqu'à l'oubli, puisque la juridiction peut décider que sa décision ne sera pas mentionnée au casier judiciaire (art. 132-59, al. 2). Et la dispense de peine ne permet pas l'inscription au fichier national automatisé des empreintes génétiques (Crim., 9 avril 2008).

2 . L'ajournement de peine

L'ajournement de peine est la technique qui permet (il s'agit ici encore d'une simple faculté) au juge, après avoir déclaré la culpabilité de l'agent, de surseoir au prononcé de la sanction lorsqu'il apparaît que **les conditions de la dispense de peine sont en voie de réalisation**. Comme pour la dispense de peine, l'ajournement est applicable seulement en matière de délit et de contravention.

L'ajournement de peine, **dissociation** de la déclaration de culpabilité et du prononcé de la peine, a été introduit dans notre droit pénal des majeurs en 1975 (pour les mineurs, v. art. 19, al. 2, ord. 2 février 1945, et, à partir du

30 septembre 2021, art. L. 521-1 du Code de la justice pénale des mineurs). La jurisprudence considérait qu'une telle dissociation était impossible en raison de l'existence d'un lien indivisible entre la déclaration de culpabilité et le prononcé de la peine. L'ajournement n'est pas la consécration des idées de la doctrine de la défense sociale nouvelle (v. chapitre préliminaire, III, A), car il n'a pas, en principe, particulièrement pour but de procéder à un examen de personnalité du prévenu et la composition de la juridiction n'est pas remise en cause. Le Code pénal prévoit cinq formes d'ajournement :

► **L'ajournement simple** (art. 132-60 à 132-62). Le tribunal peut ajourner le prononcé de la peine et fixe dans sa décision la date à laquelle il sera statué sur la peine. L'ajournement suppose la présence du prévenu, personne physique, ou du représentant de la personne morale.

À l'audience de renvoi, la juridiction peut dispenser de peine le prévenu, prononcer la peine prévue par la loi ou ajourner une nouvelle fois le prononcé de la peine. Mais la décision sur la peine doit intervenir au plus tard un an après la première décision d'ajournement.

► **L'ajournement avec probation** (art. 132-63 à 132-65). Cet ajournement ne peut s'appliquer qu'à une **personne physique**, présente à l'audience. Il est soumis aux mêmes conditions que l'ajournement simple, mais la particularité réside dans le fait que la juridiction va placer le prévenu sous le régime de la probation (v. *infra*, le sursis probatoire) pendant un délai qui ne peut être supérieur à un an.

À l'audience de renvoi, la juridiction peut, en tenant compte de la conduite du coupable au cours du délai d'épreuve, le dispenser de peine, prononcer la peine prévue par la loi ou ajourner une nouvelle fois. Avec l'accord du procureur de la République, **le juge de l'application des peines** peut, trente jours avant l'audience de renvoi,

prononcer lui-même la dispense de peine, à l'issue d'un débat contradictoire. La décision sur la peine doit intervenir un an au plus tard après la première décision d'ajournement.

► **L'ajournement avec injonction** (art. 132-66 à 132-70). Dans les cas prévus par les lois ou les règlements qui répriment des manquements à des **obligations déterminées** (par exemple, en matière d'hygiène et de sécurité du travail), la juridiction qui ajourne le prononcé de la peine peut enjoindre à la **personne physique ou morale** déclarée coupable, même non présente, de se conformer à une ou plusieurs prescriptions prévues par ces lois ou règlements. La juridiction impartit un **délai** pour l'exécution de ces obligations, et peut même assortir l'injonction d'une astreinte si le texte le prévoit. La décision peut être assortie de l'exécution provisoire.

À l'audience de renvoi, la juridiction peut dispenser le coupable de peine ou le condamner à la peine prévue par la loi. En cas de retard dans l'exécution ou d'inexécution de la prescription, la juridiction peut liquider l'astreinte et ordonner que l'exécution de cette prescription soit poursuivie d'office aux frais du condamné, outre le prononcé d'une peine. La décision sur la peine intervient au plus tard un an après la décision d'ajournement.

► **L'ajournement aux fins d'investigations** sur la personnalité ou la situation matérielle, familiale et sociale (art. 132-70-1 et 2) et l'ajournement aux fins de consignation d'une somme d'argent en vue de garantir le paiement d'une éventuelle amende (art. 132-70-3) sont deux formes nouvelles instaurées par la loi du 15 août 2014.

II. La détermination de la sanction en cas d'infraction unique

Le nouveau Code pénal a modifié les règles de détermination de la nature et du quantum de la peine dans le sens de pouvoirs accrus reconnus à la juridiction de jugement.

A - La détermination de la nature de la sanction

Le juge dispose d'une grande liberté dans le choix de la sanction pénale. La juridiction « *personnalise* » les peines (art. 132-24). Et selon l'article 132-17, alinéa 2, « *la juridiction peut ne prononcer que l'une des peines encourues pour l'infraction dont elle est saisie* ». Ce texte a une portée générale, il a vocation à s'appliquer en matière criminelle, correctionnelle ou contraventionnelle. Cependant, des limites existent quant au choix de la peine.

1. En matière criminelle

► En application de l'article 132-17, alinéa 2, lorsque le texte envisage **la réclusion ou la détention criminelle en concours avec une peine d'amende** (par exemple, l'article 222-34, en matière de trafic de stupéfiants, qui prévoit la réclusion criminelle à perpétuité et 7 500 000 € d'amende), le juge pourrait prononcer seulement l'amende, éventuellement réduite à un euro.

Mais cette solution apparaît étrange. Certes, elle semble seule compatible avec les termes de l'article 132-17, alinéa 2, qui a une portée générale ; cependant, on discerne immédiatement le pouvoir considérable du juge. Cette solution aboutit d'ailleurs à un illogisme car lorsque la réclusion criminelle est seule encourue, des limites sont prévues (le juge ne peut descendre en dessous de deux ans ou un an, selon les hypothèses, v. *infra*), de sorte que le délinquant est moins sévèrement puni dans le cas où le législateur a pourtant renforcé la répression en ajoutant l'amende à la réclusion.

► L'article 132-17, alinéa 2, n'autorise pas la juridiction criminelle à **prononcer une peine complémentaire à la place de la peine principale** car cette possibilité n'est ouverte par l'article 131-11 qu'en matière correctionnelle. Cependant, cette règle ne s'applique qu'aux personnes physiques. Pour les personnes morales, les peines privatives ou restrictives de droits sont classées comme peines principales et peuvent donc être prononcées à la place d'une autre peine principale, comme par exemple l'amende.

2 . En matière correctionnelle

► Lorsque le juge prononce une **peine d'emprisonnement**, il peut prononcer une **peine d'emprisonnement ferme** ou assortie en partie ou en totalité du **sursis**, pour une durée inférieure à celle qui est encourue (art. 132-19, al. 1). Mais il ne peut pas, depuis la **loi du 23 mars 2019**, prononcer une peine d'emprisonnement ferme d'une durée **inférieure ou égale à un mois**.

Une **peine d'emprisonnement sans sursis** ne peut être **prononcée qu'en dernier recours**, « *si la gravité de*

*l'infraction et la personnalité de son auteur rendent cette peine **indispensable et si toute autre sanction est manifestement inadéquate** » (art. 132-19, al. 2, loi du 23 mars 2019). Dans ce cas, si **la peine est inférieure ou égale à six mois**, elle **doit**, en principe, faire l'objet d'une **mesure d'aménagement** prévue à l'article 132-25 (v. *infra* les autres cas d'aménagement prévus par cet article). Sur la **motivation** de la décision de justice, voir l'article 132-19, al. 4.*

- ▶ Si le juge entend prononcer une peine d'emprisonnement et une autre peine, l'article 131-9, alinéa 1^{er} expose les cas où le **cumul** est interdit : l'emprisonnement ne peut pas être cumulé avec la contrainte pénale ou le travail d'intérêt général, ni avec certaines peines privatives ou restrictives de droits prévues à l'article 131-6. En outre, l'article 131-9, alinéa 3 précise un autre cas de cumul interdit : le jour-amende ne peut pas être prononcé cumulativement avec l'amende.
- ▶ Si l'amende est seule encourue, le juge a le choix entre l'amende et les peines privatives ou restrictives de droits de l'article 131-6 (art. 131-7).
- ▶ Lorsque le juge prononce certaines peines (par exemple, le travail d'intérêt général), il peut prévoir que leur inexécution sera sanctionnée par un emprisonnement ou une amende dont il fixe le maximum (art. 131-9, al. 2).

3 . En matière contraventionnelle

En matière de contraventions de 5^e classe, le juge peut prononcer une peine d'amende **ou** l'une des peines privatives ou restrictives de droits énumérées par l'article 131-14. Il ne peut pas cumuler l'amende avec l'une de ces peines (art. 131-15). En revanche, les peines privatives ou restrictives de droits peuvent être prononcées

cumulativement (v. aussi art. 131-18, à propos des peines complémentaires). Pour les **personnes morales**, v. art. 131-43 et 131-44-1.

B - La détermination du taux de la sanction

Le taux de la peine abstraitement prévu par la loi peut être modifié par l'existence de causes légales ou par l'intervention du juge dans la fixation concrète du quantum (durée ou montant) de la sanction.

1 . Les causes légales modifiant le taux de la sanction

Ces causes légales existent dans les deux sens : le sens de la **sévérité** (l'**aggravation** du taux de la sanction), le sens de l'**indulgence** (la **diminution** du taux de la sanction).

→ Les circonstances aggravantes

Les circonstances aggravantes sont **des faits ou qualités limitativement énumérés par la loi** qui ont pour effet d'entraîner **de plein droit** l'application d'une sanction d'un taux supérieur à celui normalement prévu.

► Les circonstances aggravantes sont diverses.

– On distingue les circonstances aggravantes **générales** (qui s'appliquent à toute infraction : par exemple, la récidive, v. *infra*) ou **spéciales** (attachées plus

particulièrement à une infraction : par exemple, la circonstance de local d'habitation en matière de vol).

- Elles sont, soit ***réelles ou objectives*** (relatives à la matérialité de l'acte : par exemple, le vol dans un local d'habitation), soit ***personnelles ou subjectives*** (concernant la personne ou les qualités de l'auteur de l'infraction : par exemple, l'état de récidiviste, la qualité de descendant ou d'ascendant), soit **mixtes** (tenant à l'acte et à la personne : par exemple, la préméditation).

Ces distinctions présentent des intérêts, spécialement à propos de la complicité (v. chapitre 7, I, C).

- La circonstance aggravante **se distingue de l'élément de l'infraction** en ce que la circonstance aggravante ne modifie pas la structure fondamentale de l'infraction ; par exemple, pour le vol, qui est la soustraction frauduleuse de la chose d'autrui (éléments de l'infraction), le local d'habitation (circonstance aggravante) ajoute seulement une circonstance d'exécution de l'acte, mais **ne modifie pas l'infraction** elle-même.

→ **Les causes légales de diminution de la sanction**

Ces causes figurent dans le Code pénal lui-même et dans des textes extérieurs.

- **S'agissant du Code pénal**, l'article 132-78, alinéas 2 et 3, a prévu, de manière générale, une diminution du taux de peine lorsque certaines conditions sont réunies. En effet, dans les cas prévus par la loi (par exemple, en matière d'***infractions de terrorisme*** [art. 422-2] ou de ***stupéfiants*** [art. 222-43]), la durée de la peine privative de liberté encourue par une personne ayant commis un crime ou un délit est réduite si, ayant averti l'autorité

administrative ou judiciaire, elle a permis de faire cesser l'infraction, d'empêcher la réalisation d'une infraction connexe de même nature, d'éviter que l'infraction ne produise un dommage ou d'identifier les auteurs ou complices. Rappr. *supra* les cas d'exemption de peine.

► **En dehors du Code pénal**, il faut signaler l'ordonnance du 2 février 1945 (art. 20-1 à 20-3), qui instaurait une diminution de ***peine applicable aux mineurs délinquants***. L'ordonnance a été remplacée, à partir du 30 septembre 2021, par le Code de justice pénale des mineurs, qui prévoit, par exemple, que la juridiction pour mineurs ne peut prononcer une peine privative de liberté supérieure à la moitié de la peine encourue ou, si la réclusion criminelle à perpétuité est encourue, à vingt ans de réclusion (art. L. 121-5, Code de la justice pénale des mineurs). Mais, par décision spéciale et motivée, les atténuations de peine peuvent être refusées aux mineurs âgés de plus de seize ans, dans les circonstances prévues par l'article L. 121-7 du Code précité.

2 . Les prérogatives du juge dans la fixation du taux de la sanction

→ Des pouvoirs étendus

Le nouveau Code pénal a ***supprimé le minimum de la peine*** (la loi ne fixe plus que le maximum) et, par voie de conséquence, les ***circonstances atténuantes*** (qui permettaient de descendre en dessous du minimum), devenues inutiles.

Le juge détermine le ***quantum de la peine*** en tenant compte des circonstances de l'infraction et de la

personnalité du délinquant, et détermine le **montant de l'amende** en tenant compte des ressources et charges de l'auteur de l'infraction (art. 132-20, al. 2). Une majoration de l'amende est possible pour financer l'aide aux victimes (voir art. 132-20, al. 3)

Le Code pénal reconnaît au juge le pouvoir de prononcer une peine privative de liberté ou d'amende inférieure à celle encourue (art. 132-18, 132-19, al. 1^{er}, et 132-20). Le juge n'a pas d'obligation de motiver spécialement sa décision (sauf s'il prononce un emprisonnement sans sursis, en principe, art. 132-19, al. 4 ; v. *infra*, IV). Il dispose donc de pouvoirs importants dans la fixation de la peine.

→ **Les limites aux pouvoirs du juge**

Toutefois, des limites sont prévues en matière criminelle.

► Tout d'abord, des **limites inférieures** :

- Si le crime est puni de la **réclusion (ou détention) criminelle à perpétuité**, la cour d'assises peut prononcer une peine de réclusion (ou détention) criminelle à temps ou une peine d'emprisonnement qui ne peut être inférieure à **deux ans** (art. 132-18, al. 1^{er}).
- Si le crime est puni de la **réclusion (ou détention) criminelle à temps**, la juridiction peut prononcer une peine de réclusion (ou détention) pour une durée inférieure à celle encourue, ou une peine d'emprisonnement qui ne peut être inférieure à **un an** (art. 132-18, al. 2).

Dans les deux cas, l'emprisonnement peut être assorti du sursis.

► En plus de ces limites inférieures, la loi prévoit des **limites supérieures**.

- Si la cour d'assises ne retient pas la peine de la réclusion criminelle à perpétuité encourue, elle ne peut pas prononcer une peine de réclusion criminelle supérieure à trente ans (art. 362, al. 2, Code de procédure pénale).
- Si c'est la réclusion criminelle de trente ans qui est encourue, la cour d'assises qui ne la retient pas ne peut pas prononcer une peine de réclusion criminelle supérieure à vingt ans (art. 362, al. 2, Code de procédure pénale).

III. La détermination de la sanction en cas de pluralité d'infractions

Diverses situations de pluralité d'infractions peuvent se présenter :

- **La récidive** est la situation où une personne ayant déjà été condamnée définitivement pour une précédente infraction commet une nouvelle infraction. Elle est une cause d'aggravation de la peine.
- **La réitération** d'une infraction est la situation où une personne qui a été condamnée définitivement pour une infraction antérieure commet une nouvelle infraction sans que les conditions de la récidive légale soient réunies. La réitération est devenue en 2005 une cause de cumul des peines sans limitation de quantum et sans possibilité de confusion avec les peines définitives antérieurement prononcées (art. 132-16-7).

► **Le concours réel d'infractions** est la situation où une personne a commis plusieurs infractions distinctes non séparées par une condamnation définitive. Il n'est pas une cause d'aggravation de la peine car, contrairement à la récidive, le délinquant n'a pas reçu un avertissement par une condamnation antérieure.

A - Les concours d'infractions

Selon l'article 132-2 : « *Il y a concours d'infractions lorsqu'une infraction est commise par une personne avant que celle-ci ait été définitivement condamnée pour une autre infraction.* »

1 . Le concours idéal d'infractions

Le concours réel d'infractions ne doit pas être confondu avec le **concurso idéal d'infractions** (ou concours formel ou intellectuel) qui consiste en l'existence d'une **pluralité de qualifications** pour un même fait. La loi n'apporte aucune solution à ce conflit, la jurisprudence a donc dû faire œuvre prétorienne.

Lorsqu'un **fait matériel unique** est susceptible de **plusieurs qualifications pénales**, le juge ne doit retenir **que l'une de celles-ci**, la plus haute en principe, c'est-à-dire celle qui prévoit la peine la plus sévère ; ou la qualification la plus spéciale, c'est-à-dire celle qui est la plus proche des faits commis. Cependant, lorsque ce fait matériel unique porte atteinte à plusieurs **valeurs sociales protégées**, donc recouvre plusieurs infractions, il faut alors admettre que plusieurs déclarations de culpabilité sont possibles, une seule peine étant cependant prononcée (par

exemple, lancer une grenade dans un café porte atteinte à deux valeurs sociales : la vie des personnes et la propriété d'autrui, d'où le cumul de qualifications : tentative de meurtre et tentative de destruction de bâtiment par explosifs, Crim., 3 mars 1960). Mais certaines qualifications sont incompatibles (par exemple, les qualifications de vol et de recel sont exclusives l'une de l'autre : Crim., 22 janvier 1948 ; Crim., 6 juin 1979).

C'est le critère de la **pluralité des valeurs sociales protégées** qui explique la solution, plus que celui, parfois proposé, de la dualité des intentions coupables ou des éléments psychologiques, ce dernier critère étant en effet par trop réducteur, puisque limité aux seules infractions intentionnelles, les infractions non intentionnelles étant dépourvues d'élément psychologique (v. chapitre 5, II, A). Dans cette situation d'atteinte à plusieurs valeurs sociales protégées, il s'agit d'ailleurs moins d'un concours idéal que d'un concours réel d'infractions.

2 . Le concours réel d'infractions

S'agissant du concours réel d'infractions, plusieurs solutions sont possibles : cumul des peines, aggravation de la peine la plus élevée (cumul juridique) ou non-cumul des peines.

→ En matière de contraventions

En matière de contraventions, c'est le système du **cumul des peines** qui est retenu pour les amendes. Elles se cumulent, en effet, entre elles et avec celles prononcées pour crimes ou délits en concours (art. 132-7).

→ En matière de crimes et délits

Pour les crimes et délits, le système retenu est celui du **non-cumul des peines** (sauf exceptions, par exemple en matière d'hygiène et de sécurité du travail). Mais la mise en œuvre concrète du principe qui atténue celui-ci suppose la distinction entre la situation où il y a unité de poursuites et celle où existe une pluralité de poursuites.

► Le cas d'unité de poursuite :

- En cas d'unité de poursuite, **si les peines encourues sont de nature différente**, chacune d'elles peut être prononcée (art. 132-3, al. 1^{er}) : par exemple, l'emprisonnement et une interdiction professionnelle.
- **Si les peines encourues sont de même nature**, une seule peine de cette nature peut être prononcée, dans la limite du maximum légal le plus élevé (art. 132-3, al. 1^{er}). Les peines privatives de liberté sont, à cet égard, des peines de même nature (v. art. 132-5 pour les autres cas).

La peine (ou chaque peine) prononcée est réputée **commune aux infractions en concours**, dans la limite du maximum légal applicable à chacune d'elles (art. 132-3, al. 2). C'est le principe de l'**indivisibilité** de la peine la plus forte prononcée, qui présente divers intérêts : la disparition de la peine prononcée par une mesure d'amnistie n'empêchera pas l'exécution de la peine de l'autre infraction en concours non amnistiée.

► Le cas de pluralité de poursuites :

En cas de pluralité de poursuites, c'est-à-dire de procédures séparées qui peuvent s'expliquer soit parce que les faits ne sont pas encore connus lorsque la juridiction statue relativement à l'infraction commise en concours, soit parce que les infractions commises en concours relèvent de

la compétence de juridictions de ressorts différents, les règles sont plus complexes.

En raison de la pluralité de poursuites, il y aura une **pluralité de condamnations**, mais lorsque les peines prononcées sont de **même nature**, elles s'exécutent cumulativement, dans la limite du maximum légal le plus élevé. La **confusion des peines** s'opère obligatoirement au-delà de ce maximum et facultativement en deçà (dans ce dernier cas, le juge peut, en effet, ordonner la confusion totale ou partielle des peines, art. 132-4). Lorsque les peines sont de **nature différente**, les peines prononcées s'exécutent cumulativement dans la limite du maximum légal le plus élevé de chaque peine.

Les peines confondues conservent « *leur existence propre et leurs conséquences légales* », selon la jurisprudence. La confusion n'affecte que l'exécution de la peine la moins forte.

B - La récidive

1 . Définition

La récidive est la situation où une personne déjà condamnée définitivement pour une précédente infraction commet une nouvelle infraction.

► **Deux termes de la récidive** doivent donc être constatés :

– Le **premier terme** consiste en une **condamnation définitive**. Cette exigence s'explique aisément. On ne peut pas aggraver une peine si le délinquant n'a pas déjà reçu un avertissement. Il doit s'agir, par exemple,

d'une condamnation qui n'a pas été amnistiée. En revanche, peu importe que la condamnation ait été suivie d'une grâce, d'une prescription ou accompagnée d'un sursis. En outre, la condamnation doit être une condamnation à une peine (ce n'est pas le cas s'il y a dispense ou ajournement de peine, ou prononcé de mesures d'éducation pour les mineurs), définitive (donc insusceptible de recours) et prononcée par une juridiction française ou d'un État membre de l'Union européenne.

- Le **second terme** de la récidive consiste en la **commission d'une nouvelle infraction** qui doit être indépendante de la première (par exemple, l'évasion n'est pas considérée comme une infraction indépendante de l'infraction d'origine, donc, ici, il n'y a pas récidive).

► **Les termes de la récidive** peuvent être **très divers**.

- En effet, la récidive peut être **générale** (elle existe quelles que soient les infractions réalisées) ou **spéciale** (la seconde infraction devant être identique ou assimilée à la première). Le Code pénal retient les deux systèmes. Pour les infractions les plus graves, la récidive est générale, pour les infractions les moins graves, la récidive est, en principe, spéciale.
- La récidive peut être **permanente** (existant quel que soit le délai dans lequel survient la seconde infraction), mais elle peut être **temporaire** (lorsque la seconde infraction doit avoir été commise avant l'expiration d'un certain délai). Le **Code pénal** retient ici encore les **deux systèmes** : la récidive est, en principe, permanente pour les infractions les plus graves et temporaire pour les infractions les moins graves.

2 . La récidive des personnes physiques

Plusieurs cas sont à considérer (les minimums obligatoires appelés *peines planchers* ont été abrogés par la loi du 15 août 2014) :

- ▶ La récidive dont le **premier terme** est une condamnation pour **crime**, ou pour **délit** punissable de dix ans d'emprisonnement (art. 132-8 et 132-9) :
 - Si le second terme consiste en un **crime** et que le maximum de la peine pour ce crime est de vingt ou trente ans, le maximum devient la réclusion ou la détention criminelle à perpétuité. Si le crime est puni de quinze ans, le maximum de la peine est porté à trente ans de réclusion ou de détention.
 - Si le second terme consiste en un **délit punissable de dix ans d'emprisonnement**, commis dans un délai de dix ans « *à compter de l'expiration ou de la prescription de la précédente peine* », le maximum des peines d'emprisonnement et d'amende est doublé. Si la nouvelle infraction est un **délit punissable d'une peine d'emprisonnement supérieure à un an et inférieure à dix ans**, commise dans le délai de cinq ans, comme ci-dessus, le maximum des peines d'emprisonnement et d'amende encourues est doublé.
- ▶ La récidive dont le **premier terme** est une condamnation pour **délit** (art. 132-10) : si le second terme est **le même délit ou un délit assimilé** (le vol, l'extorsion, le chantage, l'escroquerie et l'abus de confiance sont considérés, au regard de la récidive, comme une même infraction, art. 132-16 ; v. aussi art. 132-16-1 et suivants), commis dans un délai de cinq ans, le maximum des peines d'emprisonnement et d'amende encourues est doublé.

► La récidive dont le **premier terme** est une condamnation pour **contravention de 5^e classe** (art. 132-11, al. 1^{er}) : dans les cas où le règlement le prévoit, si le second terme de la récidive est **la même contravention**, commise dans un délai d'un an, le maximum de l'amende encourue est porté à 3 000 €. Et dans le cas où la loi prévoit que la **récidive d'une contravention de 5^e classe constitue un délit**, la récidive est constituée si les faits sont commis dans un délai de trois ans à compter de l'expiration ou de la prescription de la précédente peine (art. 132-11, al. 2).

3 . La récidive des personnes morales

Les cas sont exposés par les articles 132-12 à 132-15. Par exemple, le taux maximum de l'amende applicable est doublé par rapport à celle prévue par la loi ou le règlement pour les personnes physiques.

La récidive est, selon la gravité des infractions, générale et permanente, générale et temporaire, ou spéciale et temporaire.

4 . La preuve de la récidive : le casier judiciaire

L'application des règles relatives à la récidive suppose l'**identification du délinquant** (par le recours aux techniques de la **dactyloscopie**, qui consiste dans le relevé des **empreintes digitales**, et de l'**anthropométrie** (Bertillon), qui est une technique fondée sur les mensurations du corps et sur certains signes particuliers) et la **connaissance du passé pénal** du délinquant (par l'établissement d'un casier judiciaire national automatisé,

art. 768 et s., Code de procédure pénale). Il existe de multiples fichiers de données personnelles, par exemple le fichier national automatisé des empreintes digitales ou celui des empreintes génétiques, qui posent cependant problème au regard de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH, 4 décembre 2008, S. et M. Marper c. Royaume-Uni ; 17 décembre 2009, M. B. c. France ; 18 avril 2013, M. K. c. France ; 22 juin 2017, Aycaguer c. France ; Crim., 22 septembre 2021).

→ **Les décisions inscrites au casier judiciaire**

Il existe aussi un casier judiciaire pour les personnes morales (voir art. 768-1 du Code de procédure pénale). Seul sera étudié ici le casier judiciaire national automatisé applicable aux personnes physiques. Une liste précise (dix cas recensés) indique les décisions qui doivent figurer au casier judiciaire des personnes physiques (art. 768, Code de procédure pénale). Par exemple :

- les **condamnations pénales** prononcées pour crime, délit ou contravention de 5^e classe,
- les jugements ou arrêts de **déclaration d'irresponsabilité pénale** pour cause de trouble mental, lorsqu'une hospitalisation d'office a été ordonnée ou lorsqu'une ou plusieurs mesures de sûreté ont été prononcées,
- les **déclarations de culpabilité** avec dispense ou ajournement de peine, sauf possibilité pour la juridiction de décider que sa décision ne sera pas mentionnée au casier judiciaire.

Le casier judiciaire ne peut pas rester immuable. Aussi est-il susceptible de modifications. Au titre des **ajouts**, l'article 769 du Code de procédure pénale donne une liste, par exemple, les grâces ou réductions de peine, la libération conditionnelle. En ce qui concerne les **retraits**, figurent par exemple les condamnations effacées par une amnistie, la réhabilitation lorsque la juridiction a expressément ordonné la suppression de la condamnation.

Pour les mineurs, des règles spéciales de retrait des fiches du casier existent : le retrait est parfois obligatoire (mesures et sanctions éducatives à l'expiration d'un délai de trois ans à compter du jugement, sous certaines conditions), parfois facultatif (lorsque la rééducation du mineur apparaît acquise, le tribunal pour enfants peut décider la suppression de la fiche).

→ Les bulletins

Le relevé intégral ou partiel du casier s'effectue sous la forme de bulletins.

► Le **bulletin n° 1** est le relevé **intégral** du casier et n'est délivré qu'aux autorités judiciaires et greffes des établissements pénitentiaires.

► Le **bulletin n° 2** est le relevé **partiel** du casier et n'est délivré qu'à certaines administrations publiques. Il ne comprend pas, par exemple, les condamnations exclues du B2 par la juridiction lors du prononcé de la sanction ou ultérieurement, cette exclusion emportant d'ailleurs le relèvement de toutes les interdictions, déchéances ou incapacités, les déclarations de culpabilité avec dispense ou ajournement de peine, des décisions concernant les mineurs délinquants, les condamnations avec sursis lorsque la condamnation est considérée comme non avenue, les condamnations pour contraventions.

► Le **bulletin n° 3** (délivré à la personne concernée) est le relevé **expurgé** (afin de ne pas entraver le reclassement) délivré à la personne concernée. Il ne comprend principalement que les condamnations (non exclues du bulletin n° 2) pour crime ou délit à une peine privative de liberté sans sursis supérieure à deux ans (ou inférieure ou égale, sur décision de la juridiction), ainsi que les condamnations à des interdictions, déchéances ou incapacités, prononcées sans sursis à titre de peine principale, pendant leur durée d'exécution ou les décisions prononçant le suivi socio-judiciaire. En tout état de cause, la mention d'une condamnation au bulletin n° 3 peut être exclue par la juridiction immédiatement ou ultérieurement.

IV. La détermination de l'exécution de la sanction

Après avoir déclaré le prévenu coupable des faits qui lui sont reprochés, et l'avoir condamné à une peine, la juridiction peut, dans un dessein de personnalisation, décider immédiatement de **suspendre l'exécution** de la peine ou d'en **adapter les modalités d'exécution**.

A - La dispense d'exécution de la sanction

Il ne faut pas confondre cette situation, où le prévenu est **condamné à une peine** mais **dispensé de l'exécuter**, avec celle où il y a dispense de peine (v. *supra*), la

juridiction se limitant à une simple déclaration de culpabilité.

La dispense d'exécution de la peine est un **sursis à l'exécution** de la peine, c'est-à-dire une **suspension conditionnelle, totale ou partielle**, de l'exécution avant même que celle-ci soit mise en application.

Le **sursis simple** a été introduit par une loi du 26 mars 1891, le **sursis avec mise à l'épreuve** (appelé « sursis probatoire » depuis la loi du 23 mars 2019) par le Code de procédure pénale de 1958. S'y ajoutait le **sursis avec obligation d'accomplir un travail d'intérêt général** (loi du 10 juin 1983), abrogé par la loi du 23 mars 2019.

Le sursis laisse au condamné une chance de se réadapter. Toute peine d'emprisonnement sans sursis ne peut être prononcée qu'en dernier recours, « *si la gravité de l'infraction et la personnalité de son auteur rendent cette peine indispensable et si toute autre sanction est manifestement inadéquate* » (art. 132-19, al. 2).

1 . Le sursis simple

Il est régi par les articles 132-29 à 132-39.

→ Les conditions du sursis

Elles sont relatives, d'une part, au passé pénal du délinquant, et d'autre part, à la condamnation prononcée.

► S'agissant du **passé pénal** du délinquant, **personne physique**, le sursis simple ne peut être octroyé en matière criminelle, correctionnelle ou contraventionnelle que lorsque le prévenu n'a pas été condamné, au cours des cinq années précédant les faits, à une peine de réclusion ou d'emprisonnement (avec ou sans sursis) pour

crime ou délit de droit commun (sont donc exclus les crimes ou délits politiques ou militaires).

En ce qui concerne les **personnes morales**, des règles spécifiques existent : par exemple, en matière criminelle ou correctionnelle, la personne morale ne doit pas avoir été condamnée dans le délai de cinq ans pour crime ou délit de droit commun à une peine d'amende d'un montant supérieur à 60 000 € (art. 13230, al. 2).

► En ce qui concerne la **condamnation qui peut être assortie du sursis simple**, pour les **personnes physiques**, il s'agit, **en matière criminelle ou correctionnelle**, de l'emprisonnement d'une durée de cinq ans maximum, de l'amende, du jour-amende, des peines privatives ou restrictives de droits ; de certaines peines complémentaires (art. 132-31, al. 1^{er}).

En matière contraventionnelle, le sursis est applicable à l'amende prononcée pour contravention de 5^e classe, à certaines peines privatives ou restrictives de droits, à certaines peines complémentaires (art. 132-34, al. 1^{er}).

Pour les **personnes morales**, le sursis s'applique à l'amende (sauf celle prononcée pour les contraventions des quatre premières classes) et à certaines peines privatives ou restrictives de droits (art. 132-32 et 132-34, al. 2).

→ Les effets du sursis

L'effet du sursis est de dispenser le condamné de l'exécution de la peine, mais cette dispense est conditionnelle.

► Le sursis est tout d'abord une **dispense d'exécution de la peine**, ordonnée immédiatement par le jugement de condamnation lui-même. La dispense peut être totale ou partielle (par exemple, pour l'emprisonnement ou

l'amende). La suspension d'exécution de la peine **n'affecte pas la condamnation**, qui subsiste, ce qui explique que les interdictions, déchéances et incapacités demeurent.

► La dispense est **conditionnelle** (la juridiction doit avertir le condamné de ce fait), c'est-à-dire que le sursis peut être **révoqué** si, au cours d'un délai de cinq ans (pour un crime ou un délit) ou de deux ans (pour une contravention de 5^e classe), le condamné commet une **nouvelle infraction** entraînant l'une des condamnations sans sursis visées aux articles 132-35 à 132-37.

– **En cas de révocation**, la première peine est exécutée, sans qu'elle puisse se confondre avec la seconde (art. 132-38, al. 1^{er}). En effet, la juridiction peut, par **décision spéciale et motivée**, révoquer totalement ou partiellement le sursis en cas de nouvelle condamnation à une peine de réclusion ou à une peine d'emprisonnement sans sursis (voire à une autre peine : article 132-36, al. 2).

– **En cas de réalisation de la condition**, c'est-à-dire si au cours du délai aucune révocation totale du sursis n'a été prononcée, **la condamnation est réputée non avenue** (art. 132-35 et 132-37). La dispense d'exécution, qui était conditionnelle, devient définitive. En cas de **sursis partiel**, la condamnation est réputée non avenue dans tous ses éléments (art. 132-39). La condamnation est effacée avec toutes ses conséquences (disparition des interdictions, déchéances ou incapacités, notamment, et elle disparaît du bulletin n° 2 du casier judiciaire).

Cependant, cet effet n'est pas rétroactif, car le condamné reste tenu aux frais de justice et aux dommages-intérêts,

ainsi d'ailleurs qu'à l'amende ou à la partie d'amende non assortie du sursis.

2 . Le sursis probatoire

→ Les conditions du sursis

Ce sursis, régi par les articles 132-40 à 132-53, peut bénéficier à tout condamné, car **aucune condition relative au passé pénal** du délinquant n'est prévue (sauf exceptions, v. art. 132-41, al. 3). En revanche, en ce qui concerne la **condamnation pouvant être assortie d'une telle mesure**, il ne peut s'agir, en principe, que d'un **emprisonnement pour cinq ans au plus** (dix ans en cas de récidive), prononcé pour crime ou délit de droit commun (il est exclu, par exemple, pour l'amende).

→ Les effets du sursis

- ▶ Ce sursis, comme le sursis simple, entraîne la **dispense totale ou partielle et conditionnelle de la peine**.
- ▶ Mais, et il s'agit ici de la spécificité de ce sursis, il est accompagné d'une épreuve renforcée (d'une durée de douze mois au moins et trois ans au plus en principe, portée à cinq ans, voire sept ans, en cas de récidive), puisqu'il comporte des **mesures de contrôle** et d'aide à caractère social ou matériel (art. 132-44 et 132-46) relevant du juge de l'application des peines et de l'agent de probation. En outre, des **obligations** peuvent être imposées immédiatement par la juridiction (pouvant aussi être fixées par la suite par le juge de l'application des peines ou modifiées par lui). Ces obligations sont énumérées limitativement par l'article 132-45, qui en

prévoit vingt-cinq (par exemple, exercer une activité professionnelle, se soumettre à des examens médicaux, ne pas fréquenter les débits de boissons).

- **Le manquement aux mesures de contrôle ou aux obligations** imposées a pour conséquence d'entraîner la **révocation** du sursis par le juge de l'application des peines. Mais cette révocation est facultative (art. 132-47). En outre, si le condamné commet au cours du délai de probation un crime ou un délit de droit commun suivi d'une condamnation à une peine privative de liberté sans sursis, la juridiction de jugement peut également (simple faculté) ordonner la **révocation totale ou partielle** du ou des sursis antérieurement accordés (art. 132-47, al. 1^{er}, et 132-48). Le juge de l'application des peines peut prononcer la révocation du sursis ou une **prolongation du délai de probation** dans certains cas (voir art. 742 du Code de procédure pénale).
 - En l'absence de révocation **totale** du sursis (art. 132-52, al. 1^{er}), la condamnation est réputée non avenue, avec les mêmes conséquences que pour le sursis simple. En cas de sursis partiel, la condamnation est réputée non avenue dans tous ses éléments.
- Il ne faut pas confondre cette forme de sursis avec la **libération conditionnelle** (art. 729 et s., Code de procédure pénale), qui est une mesure de libération anticipée (décidée par le juge ou le tribunal de l'application des peines) d'un condamné ayant subi une partie de sa peine privative de liberté et manifestant « *des efforts sérieux de réadaptation sociale* ». Certes, la libération conditionnelle est, comme le sursis avec mise à l'épreuve, une **dispense conditionnelle** (car pouvant être révoquée en cas de mauvaise conduite du libéré) d'exécution de la peine et comportant, comme lui, des

mesures d'assistance et de contrôle. Cependant, elle **suppose que le condamné a effectué une partie de sa peine**, donc qu'il se trouve au stade de l'exécution de celle-ci, alors que le sursis probatoire est prononcé avant toute exécution, même partielle, de la peine (rappr. la libération sous contrainte instaurée par la loi du 15 août 2014, art. 720 du Code de procédure pénale).

B - Les modalités d'exécution de la sanction

Le législateur, dans un dessein de personnalisation de la sanction, a confié à la juridiction de jugement le pouvoir d'adapter, le mieux possible, l'exécution de la peine à la situation du délinquant. Le Code pénal expose les « *modes de personnalisation des peines* » tels que la détention à domicile sous surveillance électronique, la semi-liberté, le placement à l'extérieur et le fractionnement de la peine (art. 132-25 et s.).

1 . La détention à domicile sous surveillance électronique, la semi-liberté et le placement à l'extérieur

Il s'agit de régimes particuliers d'exécution des peines privatives de liberté permettant au condamné d'**exécuter sa peine sous une autre forme que l'incarcération**.

Lorsque la **juridiction de jugement prononce une peine inférieure ou égale à six mois d'emprisonnement** ou un emprisonnement partiellement assorti du sursis simple ou du sursis probatoire, et que la partie ferme de la peine est inférieure ou égale à six mois,

elle doit, sauf impossibilité résultant de la personnalité ou de la situation du condamné, **ordonner que la peine sera exécutée en totalité sous l'un des régimes cités ci-dessus** (art. 132-25, al. 1^{er}).

Et lorsque la peine prononcée ou la partie ferme de la peine prononcée est supérieure à six mois et inférieure ou égale à un an d'emprisonnement, la juridiction doit décider, « *si la personnalité et la situation du condamné* » le permettent, que la peine sera exécutée **en tout ou partie** sous l'un des régimes indiqués ci-dessus (art. 132-25, al. 2).

Le condamné placé sous **détention à domicile sous surveillance électronique** est soumis aux obligations exposées *supra* (chapitre 8, II, B).

Le condamné admis au bénéfice de la **semi-liberté** bénéficie d'un temps pour exercer une activité professionnelle, suivre un enseignement ou un traitement, rechercher un emploi, participer à la vie de famille ou à tout projet d'insertion ou de réinsertion (art. 132-26, al. 2). Le condamné placé sous le régime de la semi-liberté est astreint à ***rejoindre l'établissement pénitentiaire après avoir exécuté journallement ses obligations***. Le juge de l'application des peines est chargé du contrôle de la mesure. Celle-ci est **révocable** en cas de manquement du condamné à ses obligations ou en cas de mauvaise conduite.

Le condamné admis au bénéfice du **placement à l'extérieur** (art. 132-26, al. 4) est, par exemple, employé en dehors d'un établissement pénitentiaire à des travaux contrôlés par l'administration.

2 . Le fractionnement de la peine

Le fractionnement de la peine est la mesure qui permet au condamné de subir, par **fractions séparées**, la peine prononcée. Cette mesure est prévue pour les **condamnations correctionnelles à l'emprisonnement d'une durée, en principe, de deux ans au plus** ou si la personne est en état de récidive légale égale ou inférieure à un an au plus, pour les condamnations correctionnelles et contraventionnelles à l'amende (dans ce cas, y compris pour les personnes morales), à la peine de jours-amende ou à la peine de suspension de permis de conduire (art. 132-27 et 132-28). Dans tous les cas, la mesure suppose un **motif grave** d'ordre médical, familial, professionnel ou social. La période de fractionnement ne peut pas excéder quatre ans (trois ans pour l'amende, le jour-amende et la suspension du permis de conduire). Rappr. la **suspension de peine** pour les **condamnés gravement malades**, c'est-à-dire « *atteints d'une pathologie engageant le pronostic vital* » ou dont l'état physique ou mental est « *durablement incompatible avec le maintien en détention* » (art. 720-1-1, Code de procédure pénale).

Lors du prononcé du jugement, la juridiction dispose ainsi de très larges pouvoirs. Même si elle n'utilise pas les moyens mis à sa disposition, cela ne signifie pas que la peine, lors de son exécution, sera nécessairement immuable. L'individualisation de la sanction qui existe au stade du jugement se retrouve, en effet, **au stade de son exécution**, même si cette adaptation s'effectue au détriment (pour partie) de la chose jugée. C'est ainsi que de multiples aménagements du régime pénitentiaire relevant, en principe, du **juge de l'application des peines** sont prévus par divers articles du Code de procédure pénale, dans un dessein de reclassement du condamné (libération sous contrainte, art. 720, instituée par la loi du 23 mars 2019 ; réductions de peine, art. 721 et s. ; permissions de sortir, art. 723-3 ; suspension ou fractionnement de peine,

art. 720-1 ; semi-liberté et placement à l'extérieur, art. 723-1 et 723-2 ; libération conditionnelle, art. 729 et s. ; placement de la personne condamnée sous surveillance électronique mobile à titre de mesure de sûreté [art. 763-10 et s.] qui peut aussi être proposée par la juridiction de jugement, v. art. 131-36-10 et s., v. *supra*).

Mais, afin de faire prévaloir la certitude de l'exécution, au moins pour partie de la peine, le législateur a instauré une **période de sûreté** (art. 13223, Code pénal, et 720-2 et s., Code de procédure pénale), **parfois obligatoire** (par exemple, en matière de meurtre aggravé), **parfois facultative**. Elle est une modalité d'exécution des peines privatives de liberté sans sursis d'une durée égale ou supérieure à cinq ou dix ans selon les cas, qui empêche un condamné de bénéficier des mesures de faveur (par exemple, la semi-liberté, la libération conditionnelle) pendant un certain délai (par exemple, la moitié de la peine ou dix-huit ans pour une peine perpétuelle, lorsque la période de sûreté est obligatoire), avec des possibilités, pour la juridiction, de réduction ou d'extension, par exemple aux deux tiers ou jusqu'à 22 ans en cas de réclusion criminelle à perpétuité. L'étude de l'ensemble de ces mesures relève plus particulièrement de la pénologie ou **science pénitentiaire**.

Chapitre 10 :

L'extinction de la sanction pénale

La sanction pénale s'éteint normalement par son exécution totale ou partielle (le condamné a bénéficié de réductions de peine ou de la libération conditionnelle). Elle est éteinte également par la survenance d'autres événements : le décès du condamné ou la dissolution de la personne morale (sauf lorsque la dissolution est prononcée comme peine par la juridiction pénale) « *empêchent ou arrêtent l'exécution de la peine* » (art. 133-1, al. 1^{er}).

Cet article expose aussi les **causes générales** d'extinction de la peine que sont l'amnistie, la réhabilitation, la prescription de la peine et la grâce. Ces causes, auxquelles il convient d'ajouter le relèvement, ne doivent pas être toutes placées sur un même plan. Certaines d'entre elles sont des causes d'extinction de la peine avec disparition de la condamnation elle-même (amnistie et réhabilitation), alors que d'autres éteignent la peine sans que la condamnation soit pour autant effacée (prescription de la peine, grâce, relèvement). En effet, toute extinction de la peine n'est pas nécessairement liée à un effacement de la condamnation.

I. L'extinction de la sanction pénale avec disparition de la condamnation

Il existe deux causes importantes d'extinction de la sanction pénale liées à la disparition de la condamnation : l'amnistie et la réhabilitation.

A - L'amnistie

L'amnistie est une mesure du législateur (art. 34, Constitution) qui fait disparaître rétroactivement le caractère délictueux de certains faits. Le Code pénal fixe, dans les articles 133-9 à 133-11, des normes qui constituent une sorte de théorie générale de l'amnistie.

On distingue :

- l'**amnistie réelle**, qui prend en considération les infractions, non la personne du bénéficiaire, et qui opère *in rem*, c'est-à-dire qui s'applique à tous les participants à l'infraction, qu'ils soient qualifiés d'auteurs, de coauteurs ou de complices ;
- l'**amnistie personnelle** (par « mesure individuelle »), qui prend en considération la personne du bénéficiaire et qui opère *in personam*, c'est-à-dire qui s'applique uniquement à la personne visée, non aux coauteurs ou complices, les faits conservant leur caractère délictueux à l'égard de ceux-ci.

1 . Le domaine de l'amnistie

Le législateur fixe ce domaine dans chaque loi d'amnistie (la dernière loi d'amnistie date de 2002).

► Il peut amnistier les faits en tenant compte de la **nature de l'infraction** commise avant telle date. Il énumère alors les infractions qu'il amnistie et fournit une liste des infractions exclues de la mesure (il s'agit souvent des infractions de terrorisme, des infractions économiques, fiscales ou routières).

L'amnistie peut encore être accordée en fonction de la **nature** ou du **quantum de la peine**. Dans ce cas, **la loi délègue au juge** le pouvoir de faire bénéficier ou non le délinquant de la mesure d'amnistie, car cette amnistie suppose la comparution du délinquant devant le juge répressif et sa condamnation à une peine amnistiable.

► En ce qui concerne les **personnes visées** par la loi d'amnistie (toute personne en principe), le législateur indique parfois que certaines catégories désignées (par exemple, les personnes de moins de 21 ans, celles qui se sont distinguées de manière exceptionnelle dans certains domaines) pourront être admises de manière privilégiée au bénéfice de l'amnistie, par **décret du président de la République**. Dans ce cas, il s'agit d'une amnistie par mesure individuelle, appelée encore, mais de manière ambiguë, **grâce amnistiante**.

► Enfin, si l'amnistie est, en principe, pure et simple, il peut arriver parfois qu'elle soit **conditionnelle**, c'est-à-dire subordonnée à l'exécution par le délinquant de certaines obligations (par exemple, le paiement de l'amende).

2 . Les effets de l'amnistie

L'amnistie produit des effets puissants sur la responsabilité pénale, mais aucun effet sur la responsabilité

civile.

→ Les incidences de l'amnistie sur la responsabilité pénale

L'amnistie a pour effet de **supprimer de manière rétroactive le caractère infractionnel des faits commis** tout en laissant subsister la matérialité de ceux-ci. Selon l'article 133-9 : « *L'amnistie efface les condamnations prononcées.* »

Elle entraîne **la remise de toutes les peines** (principales, accessoires, complémentaires ou alternatives), c'est-à-dire la dispense de leur exécution. Mais la dispense a lieu « **sans restitution** » (art. 133-9), ce qui signifie que les peines déjà exécutées ne sont pas affectées et ne donnent pas lieu à indemnisation du condamné (par exemple, l'amende payée n'est pas remboursée). Il s'agit là d'une limite à l'effet rétroactif de l'amnistie.

La condamnation est **retirée du casier judiciaire** (art. 769, al. 3, Code de procédure pénale). Elle n'empêche plus le prononcé du sursis et rétablit le condamné dans le bénéfice du **sursis** qui avait été révoqué à cause de l'infraction désormais amnistiée (art. 133-9). La condamnation amnistiée ne peut plus constituer un terme de la **récidive** en cas de nouvelle condamnation.

Selon les dernières lois d'amnistie (à la différence des précédentes), les mesures de sûreté disparaissent.

→ Les incidences de l'amnistie sur la responsabilité civile

Les faits amnistiés perdent leur caractère infractionnel mais **demeurent, dans leur matérialité**, pour la

réparation des préjudices subis par les tiers. Comme l'exprime l'article 133-10 : « *L'amnistie ne préjudicie pas aux tiers.* » La victime peut donc solliciter la condamnation de l'agent à des **dommages-intérêts**.

Les faits amnistiés pouvaient traditionnellement justifier des **poursuites et sanctions professionnelles ou disciplinaires**, mais les dernières lois d'amnistie ont été en sens contraire. Enfin, l'amnistie n'entraîne **pas droit à réintégration** dans les emplois publics ou privés.

B - La réhabilitation

Elle est la mesure qui **efface la condamnation pénale** (art. 133-1, al. 3) **après l'écoulement d'un certain délai, en cas de bonne conduite** du condamné.

Comme l'amnistie, la réhabilitation efface la condamnation pénale, **avec effet rétroactif**, mais elle s'en différencie car la réhabilitation suppose une condamnation et une peine **exécutée** alors que l'amnistie s'applique que la peine ait ou non été exécutée et même avant toute condamnation. En outre, la réhabilitation, fondée sur la bonne conduite du condamné, **tend au reclassement social** de celui-ci, alors que l'amnistie a un but d'apaisement social et ne prend pas, en principe, en considération la conduite du délinquant.

Il existe **deux sortes de réhabilitation** : la réhabilitation judiciaire octroyée par la juridiction pénale (art. 782 et s., Code de procédure pénale) et la réhabilitation légale, acquise de plein droit (art. 133-12 et s.).

Mais il est possible de discerner des **conditions communes** aux deux institutions : la réhabilitation peut intervenir pour toute condamnation pénale de nature criminelle, correctionnelle ou de police. Elle suppose

l'exécution effective de la peine principale prononcée ou une mesure équivalente (grâce, prescription de la peine ou contrainte judiciaire), et l'écoulement d'un certain délai.

1 . Les deux formes de réhabilitation

→ La réhabilitation judiciaire

La réhabilitation judiciaire ne peut être sollicitée qu'après l'écoulement d'un **délai** de cinq ans, trois ans ou un an, suivant que la condamnation est de nature criminelle, correctionnelle ou de police, ces délais étant allongés pour les récidivistes par exemple. Elle ne peut être octroyée que si des **conditions spéciales** sont respectées : exécution de la peine prononcée, paiement de l'amende, et règlement des dommages-intérêts dus à la victime, sauf remise par celle-ci ou prescription (art. 788, Code de procédure pénale).

La **procédure** de la réhabilitation est complexe. La demande présentée par le condamné est adressée au procureur de la République. Après enquête de celui-ci, la chambre de l'instruction se prononce. En cas de rejet de la demande, le condamné doit attendre deux ans avant de déposer une nouvelle demande.

Pour les personnes morales, des règles spécifiques sont prévues. C'est ainsi que le délai pour déposer la demande de réhabilitation est de deux ans, et il est d'un an après un refus, afin d'éviter que le groupement subisse trop longtemps les conséquences de la condamnation.

→ La réhabilitation légale

Elle est **acquise de plein droit à la personne physique** à l'expiration d'un délai, à condition qu'aucune nouvelle condamnation à une peine criminelle ou correctionnelle n'ait été prononcée (art. 133-13). À la différence de la réhabilitation judiciaire, qui suppose un certain formalisme et une décision judiciaire, la réhabilitation légale opère **automatiquement**, d'où l'exigence d'un **délai d'épreuve plus long** (qui varie selon la nature et la gravité de la peine prononcée : par exemple, trois ans à partir du paiement pour une condamnation à l'amende ou au jour-amende) qui présume la bonne conduite du condamné.

Pour les personnes morales, un **délai unique** de cinq ans est prévu pour toutes les peines (sauf la dissolution : article 133-14).

2 . Les effets communs aux deux formes de réhabilitation

Depuis le nouveau Code pénal, les effets de la réhabilitation sont **proches de ceux de l'amnistie**.

La réhabilitation **efface la condamnation avec effet rétroactif** (art. 133-1, al. 3). Par conséquent, la condamnation disparaît des bulletins n° 2 et 3 (du B1 pour la réhabilitation judiciaire, sur décision du tribunal) du **casier judiciaire** (art. 769, al. 4, Code de procédure pénale). Mais, depuis une loi du 5 mars 2007, elle est prise en considération pour la **récidive** (art. 133-16, alinéa 3 : sauf si la juridiction avait ordonné le retrait de la fiche du B1).

En outre, et c'est là un intérêt fondamental de la réhabilitation, elle **efface toutes les interdictions, déchéances ou incapacités qui résultent de la condamnation**, donc y compris celles qui ont la nature de

mesures de sûreté (ce qui peut être plus favorable que l'amnistie).

Mais la réhabilitation (comme l'amnistie) **ne préjudicie pas aux tiers**. La victime peut réclamer des dommages-intérêts en réparation du préjudice subi.

II. L'extinction de la sanction pénale avec maintien de la condamnation

Les causes qui entraînent l'extinction de la peine, alors que la condamnation subsiste, sont la prescription de la peine, la grâce et le relèvement.

A - La prescription de la peine

La prescription de la peine est une **mesure d'extinction de la sanction non exécutée**, après l'écoulement d'un certain délai à compter de la condamnation définitive.

La prescription de la peine (art. 133-1, al. 2, et 133-2 et s.) ne doit pas être confondue avec la prescription de l'action publique (art. 7, 8 et 9, Code de procédure pénale), qui constitue un obstacle à l'exercice des poursuites après l'écoulement d'un certain délai depuis l'infraction (en principe, vingt ans, six ans ou un an selon qu'il s'agit d'un crime, d'un délit ou d'une contravention).

On justifie la prescription de la peine par divers motifs : avec le temps, le trouble social résultant de l'infraction s'estompe ; le condamné, pendant le délai, évite d'attirer

l'attention sur lui et, par conséquent, n'adopte pas un comportement criminel. Mais ces arguments sont contestés, et on leur oppose l'idée que la prescription de la peine porte atteinte à l'autorité des jugements.

1 . Les conditions de la prescription de la peine

- ▶ En principe, **toutes les peines** criminelles, correctionnelles ou contraventionnelles, de quelque nature qu'elles soient (donc même les mesures de sûreté), peuvent se prescrire. Il existe cependant des **exceptions** légales (par exemple, en matière de crimes contre l'humanité, art. 133-2, alinéa 3).
- ▶ Un **délai**, fonction de la nature de l'infraction commise (et non de la peine prononcée), doit s'être écoulé. Les peines prononcées **pour un crime** se prescrivent, en principe, par **vingt années** révolues à compter de la décision de condamnation définitive, **pour un délit** par **six années** révolues, **pour une contravention** par **trois années** révolues. Parfois, les délais sont allongés pour certaines infractions (par exemple, trente ans pour les crimes de terrorisme, art. 133-2, al. 2).
- ▶ Le délai de prescription de la peine est susceptible d'interruption et de suspension :

L'**interruption** résulte de tout acte d'exécution (contrainte judiciaire, saisie, commandement de payer pour l'amende ; arrestation pour une peine privative de liberté). Elle a pour effet de faire **disparaître le temps écoulé avant l'acte interruptif** et de faire courir un nouveau délai de vingt, six ou trois ans, selon l'infraction commise.

La **suspension** est un événement qui a pour effet d'**arrêter le cours de la prescription**, l'exécution de la peine se révélant impossible. Il peut s'agir d'un **obstacle**

de droit (par exemple, une condamnation avec sursis) ou d'un **obstacle de fait** (par exemple, une catastrophe naturelle). Contrairement à l'interruption, la suspension a pour effet de **conserver le temps écoulé avant la suspension**.

2 . Les effets de la prescription de la peine

- ▶ La prescription est une **dispense d'exécution de la peine** (art. 133-1, alinéa 2 : « *La prescription de la peine empêche l'exécution de celle-ci.* ») Mais la prescription laisse subsister la condamnation pénale, qui demeure inscrite au casier judiciaire, s'oppose à l'octroi du sursis simple et est prise en considération pour l'application des règles relatives à la récidive. De plus, les peines accessoires sont maintenues.
- ▶ En revanche, la prescription de la peine n'a **aucune incidence sur les obligations civiles** (art. 133-6) : la victime peut par conséquent solliciter la condamnation de l'agent à des dommages-intérêts. Ces obligations se prescrivent d'après les règles du Code civil.

B - La grâce

La grâce est une **mesure de clémence discrétionnaire du chef de l'État, qui dispense un condamné de l'exécution totale ou partielle de sa peine**.

Le pouvoir de grâce est de la **compétence exclusive** du chef de l'État (art. 17, Constitution de 1958). Les articles 133-1, alinéa 1^{er}, 133-7 et 133-8 posent des règles relatives à cette mesure.

La grâce apparaît comme **contraire au principe de la séparation des pouvoirs** puisque l'exécutif s'immisce dans la fonction judiciaire en remettant en cause la chose jugée. Elle présente cependant divers intérêts : elle permet d'atténuer la rigueur de certaines décisions pénales et de prendre en considération les **efforts faits par le condamné** sur le chemin de la réadaptation ; elle permet encore d'adapter la peine en fonction de **motifs humanitaires** (âge, maladie du condamné) ou de remédier pour partie à une **erreur judiciaire**.

1 . Les conditions de fond de la grâce

La grâce, qui peut bénéficier à **toute personne condamnée**, nécessite une **condamnation définitive** (c'est-à-dire non susceptible de voies de recours) et **exécutoire** (ce qui n'est pas le cas si elle est assortie du sursis, si elle est l'objet d'une amnistie ou si elle est déjà exécutée).

En outre, la sanction doit être une **peine** (et non une sanction administrative, fiscale ou disciplinaire ou une mesure de sûreté). Enfin, la grâce ne peut pas s'appliquer aux réparations civiles, telles que les dommages-intérêts accordés à la victime.

2 . La procédure de la grâce

La grâce est octroyée par **décret** du président de la République, **à la suite d'une demande** de la personne condamnée (le recours en grâce), ou même **d'office** (donc sans possibilité d'y renoncer).

Les grâces accordées d'office étaient surtout les **grâces collectives** (par exemple, pour la Fête nationale), qui

concernaient un ensemble d'individus, à la différence de la **grâce individuelle**, qui s'appliquait à une personne en particulier. Depuis la réforme constitutionnelle du 23 juillet 2008, l'article 17 de la Constitution dispose que le président de la République a le droit de faire grâce « à titre individuel ».

3 . Les effets de la grâce

► La grâce a pour effet une **dispense d'exécution de la peine** (art. 133-7). Cette dispense peut être **totale** (remise intégrale) ou **partielle** (réduction du quantum de la peine), ou consister en une **substitution** d'une peine à une autre (commutation de peine) comme, par exemple, le remplacement de la réclusion criminelle à perpétuité par la réclusion criminelle à temps. La dispense d'exécution s'applique aux peines principales (pas aux peines accessoires et complémentaires, sauf décision contraire du chef de l'État), mais pas aux mesures de sûreté.

► **Si la grâce est conditionnelle**, c'est-à-dire si le décret la subordonne à l'existence de conditions (par exemple, l'absence de condamnation pendant un délai déterminé ou la réparation du préjudice subi par la victime), l'inexécution des obligations entraîne la révocation de la grâce.

► En revanche, la grâce **n'a pas pour effet d'effacer la condamnation**. Elle n'a **pas d'effet rétroactif**, ce qui l'oppose fondamentalement à l'amnistie. Par conséquent, la condamnation reste inscrite au casier judiciaire, constitue un empêchement à l'obtention du sursis simple et est prise en considération pour la récidive.

► Enfin, la grâce est accordée **sous réserve des droits des tiers** (art. 133-8) : la victime peut obtenir réparation

du préjudice causé par l'infraction.

C - Le relèvement

Le relèvement est la **décision par laquelle le juge neutralise les interdictions, déchéances, incapacités ou mesures de publication attachées à une condamnation pénale.**

Le relèvement a pour but d'éviter que le reclassement du condamné soit entravé par l'exécution de peines accessoires ou complémentaires qui perdureraient (par exemple, une interdiction professionnelle ou le « suivi » socio-judiciaire applicable à certains délinquants). Le relèvement peut intervenir à divers moments, mais dans tous les cas, il produit des effets identiques.

1 . Le moment du relèvement

Le relèvement peut intervenir soit au moment du prononcé de la condamnation pénale (relèvement immédiat), soit ultérieurement (relèvement différé).

► Le **relèvement immédiat** est celui qui peut être demandé au cours de l'audience de jugement. Le tribunal, s'il fait droit à la demande, prononce dans le même jugement la condamnation et le relèvement (en tout ou partie, y compris en ce qui concerne la durée). Celui-ci s'applique aux interdictions, déchéances, incapacités qui résultent de plein droit de la condamnation pénale (art. 132-21, al. 2), c'est-à-dire aux **peines accessoires** (voir chapitre 8, I, B).

Aucune condition n'est imposée pour bénéficier de la mesure.

► Le **relèvement différé** est celui qui est sollicité **ultérieurement** par le condamné auprès de la juridiction de jugement qui a prononcé la condamnation. Le domaine de ce relèvement est plus vaste puisqu'il s'étend non seulement aux **peines accessoires** mais aussi aux **peines complémentaires** (art. 702-1, Code de procédure pénale).

Le **comportement du condamné** depuis la condamnation est pris en considération par la juridiction (art. 703, al. 2, Code de procédure pénale).

Dans tous les cas, le relèvement ne s'applique pas aux **mesures de sûreté** (par exemple, la fermeture d'un établissement, l'annulation du permis de conduire), aux **sanctions administratives** (par exemple, la perte des points du permis de conduire), aux **sanctions disciplinaires**, et aux mesures à caractère civil (par exemple, les dommages-intérêts).

2 . Les effets du relèvement

Le relèvement présente des effets plus restreints que l'amnistie ou la réhabilitation. En effet, le relèvement **neutralise** les interdictions, déchéances, incapacités ou mesures de publication (en cas de relèvement différé) visées par la décision de relèvement, et uniquement celles-ci.

La **condamnation subsiste**. Elle reste inscrite au casier judiciaire (mention du relèvement est cependant portée au casier). Elle constitue un empêchement à l'obtention du sursis simple et est prise en considération pour la récidive. Enfin, elle ne fait pas obstacle à la réparation des préjudices subis par la victime.

Il existe aussi un **relèvement particulier**, dit « par ricochet », en cas d'exclusion d'une condamnation du

bulletin n° 2 du casier judiciaire (art. 775-1, al. 2, Code de procédure pénale, v. chapitre 9, III, B).

Conseils bibliographiques

- L'étudiant doit, en premier lieu, consulter le Code pénal afin de se familiariser avec cet outil de base du pénaliste.

Deux éditeurs publient chaque année le Code pénal, annoté de références de jurisprudence et comprenant en annexe les incriminations pénales extérieures au Code :

Code pénal, Dalloz, par Y. **MAYAUD** et C. **GAYET**.

Code pénal, LexisNexis, sous la direction de D. **DECHENAUD**.

- L'examen de la jurisprudence (en particulier les arrêts cités dans le présent ouvrage) s'impose aussi à l'étudiant. À cet égard, les recueils suivants (outre les revues juridiques classiques comme la *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*) sont à consulter :

Le Bulletin des arrêts de la chambre criminelle de la Cour de cassation.

Les grands arrêts du droit pénal général, Dalloz-Sirez, 11^e éd., 2018, par J. **PRADEL** et A. **VARINARD**.

- L'étudiant peut compléter ses connaissances par la lecture des ouvrages suivants, dans leur dernière édition :

BOULOC (B.), *Droit pénal général*, Dalloz, coll. « Précis », 26^e éd., 2019.

DESPORTES (F.) et LE GUNEHEC (F.), *Droit pénal général*, Economica, coll. « Corpus droit privé », 17^e éd., 2011.

DREYER (E.), *Droit pénal général*, LexisNexis/Litec, 5^e éd., 2019.

GUÉRIN (M.-C.), *Droit pénal général*, Hachette, coll. « Préparation aux examens », 2010.

KOLB (P.) et LETURMY (L.), *Droit pénal général*, Gualino, coll. « Mémentos », 16^e édition, 2021.

LARGUIER (J.), **CONTE (Ph.)** et **MAISTRE DU CHAMBON (P.)**, *Droit pénal général*, Dalloz, coll. « Mémentos », 23^e éd., 2018.

LEROY (J.), *Droit pénal général*, LGDJ, coll. « Manuel », 8^e éd., 2020.

MAYAUD (Y.), *Droit pénal général*, PUF, coll. « Droit fondamental », 7^e éd., 2021.

PRADEL (J.), *Droit pénal général*, Cujas, 22^e éd., 2019.

ROUJOU DE BOUBÉE (J.), **FRANCILLON (J.)**, **BOULOC (B.)** et **MAYAUD (Y.)**, *Code pénal commenté, article par article*, livres I à IV, Dalloz, 1996.

• En outre, un ouvrage antérieur à la réforme du Code pénal peut être consulté, pour ses analyses :

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

• Enfin, à propos de la notion d'« infraction », la lecture de l'ouvrage suivant s'impose :

DANA (A.-Ch.) [préface de A. Decocq], *Essai sur la notion d'infraction pénale*, LGDJ, 1982.

Index alphabétique

Nota : les numéros renvoient aux pages.

A

abstention [52](#)
 complicité par [104](#)
acte administratif [40](#)
acte préparatoire [55](#), [55](#), [57](#)
aide ou assistance [104](#), [105](#), [106](#)
ajournement de peine [133](#)
amende [108](#), [121](#), [122](#), [128](#), [129](#), [136](#)
amnistie [154](#), [155](#)
apparence [13](#)
assignation à résidence [117](#)
auteur matériel [98](#)
auteur moral [98](#)
autonomie du droit pénal [11](#), [12](#), [13](#)
autorisation
 de la loi [83](#)

B

bonne foi [63](#)

C

casier judiciaire [144](#), [144](#), [145](#)
chef d'entreprise [108](#), [109](#), [110](#), [110](#)
circonstances aggravantes [97](#), [107](#)
circulaire [35](#)
coaction [98](#)
commandement de l'autorité légitime [84](#)
commencement d'exécution [54](#), [55](#), [55](#), [57](#)
complicité [98](#), [99](#), [100](#), [101](#), [102](#), [103](#), [105](#), [106](#), [107](#)
 conditions [100](#), [101](#), [102](#), [102](#), [103](#), [104](#), [105](#), [106](#)
 correspective [99](#)
 de tentative [102](#)
 notion [44](#), [98](#), [99](#), [100](#)
 par abstention [104](#), [105](#)
 par provocation [98](#), [101](#)
 répression [17](#), [44](#), [106](#)
concours idéal d'infraction [140](#)
concours réel d'infraction [141](#)
condition préalable [50](#)
confiscation [129](#), [130](#)
 générale [129](#), [129](#)
 spéciale [130](#)
confusion des peines [142](#)
consentement de la victime [91](#)
constitutionnalité
 contrôle de [23](#), [37](#), [40](#)
contrainte [79](#), [80](#), [81](#), [82](#)
contrainte judiciaire [128](#)
contrainte pénale [125](#)
contravention [35](#), [43](#), [44](#), [72](#), [73](#), [101](#), [121](#), [122](#), [124](#),
[126](#), [128](#), [136](#), [141](#), [141](#), [143](#), [143](#), [145](#), [146](#), [147](#)
coutume [33](#), [34](#), [84](#)
crimes, délits, contraventions [43](#), [44](#)
culpabilité [61](#)
cumul
 de qualifications [140](#)

d'infractions [141](#)

D

délégation de pouvoirs [110](#)
démence [77](#), [78](#), [78](#)
désistement volontaire [57](#)
détention à domicile [121](#), [125](#), [150](#)
diminution de peine [138](#)
dispense de peine [132](#), [133](#)
dol
 déterminé [62](#)
 éventuel [65](#)
 général [65](#)
 indéterminé [62](#)
 spécial [67](#)

E

éléments de l'infraction [8](#)
emprisonnement [121](#), [124](#)
erreur
 de droit [65](#)
 de fait [63](#)
 invincible [65](#), [81](#)
établissements pénitentiaires [123](#), [150](#)
état de nécessité [88](#), [89](#), [90](#)
exception d'illégalité [40](#)
excès de légitime défense [88](#)
exclusion du casier judiciaire [145](#)
exemption judiciaire de peine [132](#), [133](#)
exemption légale de peine [131](#)

F

fait principal [101](#)
faits justificatifs [82](#), [82](#)
faute [62](#)
 antérieure [81](#), [90](#)
 contraventionnelle [72](#)
 d'imprudence ou de négligence [68](#)
 normative [72](#)
 ordinaire [68](#), [69](#)
fichiers [144](#)
force majeure [79](#), [80](#)
fractionnement de peine [150](#), [151](#)

G

grâce [159](#), [160](#), [161](#)

H

habitude [49](#)

I

ignorance de la loi [65](#), [82](#)
imprudence [68](#), [69](#)
imputabilité [93](#), [116](#)
 matérielle [61](#), [93](#)
 morale [61](#), [75](#)
individualisation de la sanction [29](#), [151](#)
infraction
 collective [48](#), [99](#)

complexe [45](#), [49](#)
connexe [45](#)
d'habitude [49](#)
d'imprudence [68](#), [79](#), [87](#), [101](#)
d'omission [52](#)
de commission [51](#)
formelle [54](#), [57](#)
impossible [58](#)
intentionnelle [62](#), [79](#)
matérielle [54](#), [57](#), [72](#)
militaire [46](#)
obstacle [54](#)
permanente [48](#)
politique [45](#)
praeterintentionnelle [63](#)
putative [59](#)
simple [49](#)
successive [48](#)
terroriste [45](#)

instigateur [98](#)
instructions [103](#)
intention [62](#)
interdiction
 de manifester [126](#)
 des droits civils, civiques et de famille [128](#)
 professionnelle [127](#)
intoxication volontaire [79](#)

J

jour-amende [129](#)

L

légalité

contrôle de [40](#)

principe de [21](#)

légitime défense [85](#), [85](#), [86](#), [88](#)

libération conditionnelle [149](#)

libération sous contrainte [149](#)

lien de causalité [70](#), [105](#)

M

maladie mentale [77](#)

mesure de sûreté [115](#), [116](#), [117](#)

minimum de la peine [138](#)

minorité [76](#)

mise en danger [71](#), [72](#)

mobile [66](#), [67](#)

N

négligence [68](#)

non-cumul des peines [141](#)

non-rétroactivité de la loi pénale [25](#), [26](#)

O

omission [52](#)

ordre de la loi [83](#), [83](#), [84](#)

P

peine [113](#)

accessoire [118](#)

alternative [119](#)
complémentaire [119](#), [121](#), [122](#)
détermination de la [131](#)
extinction de la [153](#)
principale [118](#), [119](#), [120](#)
privative de liberté [124](#), [125](#)
privative ou restrictive de droits [127](#)
restrictive de liberté [125](#)

période de sûreté [151](#)
permission de la loi [83](#)
personnes morales [92](#)
personnes physiques [75](#)
prescription de la peine [157](#), [158](#), [159](#)
provocation [103](#)
 policière [80](#)

Q

qualification
 incompatible [140](#)
 pluralité de [140](#)

R

récidive [139](#), [142](#), [143](#), [144](#)
réclusion [120](#), [123](#)
règlement [34](#), [40](#)
réhabilitation [156](#), [156](#), [157](#)
 judiciaire [156](#)
 légale [157](#)
réitération [139](#)
relèvement [161](#), [162](#)
repentir actif [57](#), [132](#)

résultat [53](#), [62](#), [63](#), [70](#), [99](#), [115](#)
rétroactivité in mitius [28](#)

S

sanction-réparation [128](#)
semi-liberté [150](#)
stage [120](#)
substance psychoactive [79](#)
suivi socio-judiciaire [119](#)
sursis
 probatoire [146](#), [148](#), [149](#)
 simple [146](#), [147](#)
surveillance
 de sûreté [18](#), [117](#)
 électronique [18](#), [149](#), [150](#)

T

tentative [54](#)
tentative de complicité [102](#)
terrorisme [18](#), [45](#), [46](#), [132](#), [138](#)
tolérance de l'administration [83](#)
traités internationaux [36](#)
travail d'intérêt général [126](#)
trouble psychique ou neuropsychique [77](#), [77](#), [78](#)

U

unité des fautes pénale et civile [70](#)
usage [33](#), [84](#)

V

valeurs sociales [12](#), [22](#), [50](#), [62](#), [140](#)
volonté [62](#)

Table des matières

| | |
|--|----|
| <u>Préliminaire</u> | 7 |
| <u>I. La définition du droit pénal général</u> | 7 |
| <u>A - Le contenu du droit pénal général</u> | 7 |
| <u>B - Les rapports du droit pénal général avec les autres disciplines criminelles</u> | 9 |
| <u>II. L'autonomie du droit pénal</u> | 11 |
| <u>A - Les données du débat</u> | 11 |
| <u>B - Les manifestations de l'autonomie du droit pénal</u> | 13 |
| <u>III. L'évolution du droit pénal</u> | 13 |
| <u>A - L'évolution des idées pénales</u> | 13 |
| <u>B - L'évolution des normes pénales</u> | 15 |
| <u>Partie 1 : La légalité pénale</u> | 19 |
| <u>Chapitre 1 : Le principe de légalité</u> | 21 |
| <u>I. La légalité des incriminations et des sanctions</u> | 22 |
| <u>II. Les atteintes au principe de légalité</u> | 29 |
| <u>Chapitre 2 : Les sources du droit pénal</u> | 33 |
| <u>I. La diversité des sources du droit pénal</u> | 33 |
| <u>II. Le contrôle de la régularité de la norme pénale interne</u> | 37 |
| <u>Partie 2 : L'infraction pénale</u> | 41 |
| <u>Chapitre 3 : Les classifications des infractions</u> | 43 |
| <u>I. La classification fondée sur la gravité de l'infraction</u> | 43 |
| <u>II. Les classifications fondées sur la nature des infractions</u> | 45 |
| <u>III. Les classifications fondées sur le mode d'exécution des infractions</u> | 47 |

| | |
|--|-----|
| <u>Chapitre 4 : L'élément matériel de l'infraction</u> | 51 |
| <u>I. L'infraction consommée</u> | 51 |
| <u>II. L'infraction tentée</u> | 54 |
| <u>Chapitre 5 : L'élément moral de l'infraction</u> | 61 |
| <u>I. La faute intentionnelle</u> | 62 |
| <u>II. Les fautes non intentionnelles</u> | 68 |
| <u>III. La faute contraventionnelle</u> | 72 |
| <u>Chapitre 6 : Le responsable de l'infraction</u> | 75 |
| <u>I. Les personnes physiques responsables</u> | 75 |
| <u>II. Les personnes morales responsables</u> | 92 |
| <u>Chapitre 7 : La pluralité de responsables de l'infraction</u> | 97 |
| <u>I. La complicité</u> | 98 |
| <u>II. La responsabilité pénale du fait d'autrui</u> | 107 |
| <u>Partie 3 : La sanction pénale</u> | 111 |
| <u>Chapitre 8 : Les sanctions pénales</u> | 113 |
| <u>I. La notion de « sanction pénale »</u> | 113 |
| <u>II. Les différentes sanctions pénales</u> | 120 |
| <u>Chapitre 9 : La détermination de la sanction pénale</u> | 131 |
| <u>I. L'absence de sanction pénale</u> | 131 |
| <u>II. La détermination de la sanction en cas d'infraction unique</u> | 135 |
| <u>III. La détermination de la sanction en cas de pluralité d'infractions</u> | 139 |
| <u>IV. La détermination de l'exécution de la sanction</u> | 146 |
| <u>Chapitre 10 : L'extinction de la sanction pénale</u> | 153 |
| <u>I. L'extinction de la sanction pénale avec disparition de la condamnation</u> | 153 |
| <u>II. L'extinction de la sanction pénale avec maintien de la condamnation</u> | 157 |
| <u>Annexes</u> | |
| <u>Conseils bibliographiques</u> | 163 |
| <u>Index alphabétique</u> | |