

Accessible & Complet  
**LE COURS**  
DALLOZ

# Droit pénal général

2019

Xavier Pin

10<sup>e</sup> édition

DALLOZ

# DROIT PÉNAL GÉNÉRAL

---

*10<sup>e</sup> édition*

**2018**

**Xavier Pin**

Professeur à l'Université Jean Moulin, Lyon III

**DAJLOZ**



Le pictogramme qui figure ci-contre mérite une explication. Son objet est d'alerter le lecteur sur la menace que représente pour l'avenir de l'écrit, particulièrement dans le domaine de l'édition technique et universitaire, le développement massif du photocopillage.

Le Code de la propriété intellectuelle du 1<sup>er</sup> juillet 1992 interdit en effet expressément la photocopie à usage collectif sans autorisation des ayants droit. Or, cette pratique s'est généralisée dans les établissements d'enseignement supérieur, provoquant une baisse brutale des achats de livres et de revues, au point

que la possibilité même pour les auteurs de créer des œuvres nouvelles et de les faire éditer correctement est aujourd'hui menacée.

Nous rappelons donc que toute reproduction, partielle ou totale, de la présente publication est interdite sans autorisation de l'auteur, de son éditeur ou du Centre français d'exploitation du droit de copie (CFC, 20, rue des Grands-Augustins, 75006 Paris).

# DALLOZ

31-35, rue Froidevaux - 75685 Paris Cedex 14

Le Code de la propriété intellectuelle n'autorisant, aux termes de l'article L. 122-5, 2° et 3° a), d'une part, que les « copies ou reproductions strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective » et, d'autre part, que les analyses et les courtes citations dans un but d'exemple et d'illustration, « toute représentation ou reproduction intégrale ou partielle faite sans le consentement de l'auteur ou de ses ayants droit ou ayants cause est illicite » (art. L. 122-4).

Cette représentation ou reproduction, tout comme le fait de la stocker ou de la transmettre sur quelque support que ce soit, par quelque procédé que ce soit, constituerait donc une contrefaçon sanctionnée pénalement par les articles L. 335-2 et suivants du Code de la propriété intellectuelle.

ISBN 978-2-247-17968-8

© ÉDITIONS DALLOZ - 2018

information@dalloz.com:ENGINX.com:889457667:88866242:196.200.176.177:1580751733

---

## ABRÉVIATIONS

---

Act.	Actualité
<i>AJ pénal</i>	<i>Actualité juridique pénal</i>
<i>Annonces Seine</i>	<i>Annonces de la Seine</i>
<i>Archives Phil. dr.</i>	<i>Archives de la Philosophie du droit</i>
<i>Arch. pol. crim.</i>	<i>Archives de politique criminelle</i>
Ass. plén.	Cour de cassation, Assemblée plénière
Bibl.	Bibliographie
<i>BICC</i>	<i>Bulletin d'information de la Cour de cassation</i>
<i>Bull. crim.</i>	<i>Bulletin des arrêts de la chambre criminelle de la Cour de cassation</i>
CASF	Code de l'action sociale et des familles
Cass.	Cour de cassation
C. assur.	Code des assurances
CCH	Code de la construction et de l'habitation
C. civ.	Code civil
C. com.	Code de commerce
C. consom.	Code de la consommation
C. douanes	Code des douanes
CE	Conseil d'État
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
C. éduc.	Code de l'éducation
C. envir.	Code de l'environnement
CESEDA	Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile

Ch. mixte	Cour de cassation, chambre mixte
Ch. réun.	Cour de cassation, chambres réunies
Chron.	Chronique
Civ.	Cour de cassation, chambre civile
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes (1957 à nov. 2009)
CJM	Code de justice militaire
C. marchés	Code des marchés publics
C. mon. fin.	Code monétaire et financier
COJ	Code de l'organisation judiciaire
Comm.	Commentaire
Comp.	Comparer
Cons. const.	Conseil constitutionnel
Const.	Constitution
<i>Contra</i>	Solution contraire
Conv. EDH	Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales
C. pén.	Code pénal
CPI	Code de la propriété intellectuelle
C. pr. pén.	Code de procédure pénale
Crim.	Cour de cassation, chambre criminelle
C. route	Code de la route
CSP	Code de la santé publique
CSS	Code de la sécurité sociale
C. trav.	Code du travail
C. urb.	Code de l'urbanisme
<i>D.</i>	<i>Recueil Dalloz</i>
<i>DA</i>	<i>Dalloz actualité</i>
<i>Dr. pénal</i>	<i>Revue Droit pénal</i>
DDH	Déclaration universelle des droits de l'homme et du citoyen
Décr.	Décret
<i>DH</i>	<i>Dalloz hebdomadaire</i>
Doctr.	Doctrine
<i>DP</i>	<i>Dalloz périodique</i>
<i>GADPG</i>	<i>Les grands arrêts du droit pénal général</i>
<i>Gaz. Pal.</i>	<i>Gazette du Palais</i>

<i>Ibid.</i>	<i>Au même endroit</i>
IR	Informations rapides
J.	Jurisprudence
JAP	Juge de l'application des peines
<i>JCP G</i>	<i>Juris-Classeur périodique, édition Générale</i>
<i>JCP E</i>	<i>Juris-Classeur périodique, édition Entreprise</i>
JNLC	Juridiction nationale de la libération conditionnelle
JRLC	Juridiction régionale de la libération conditionnelle
JRRS	Juridiction régionale de la rétention de sûreté
L. org.	Loi organique
Obs.	Observations
Préc.	Précité
QPC	Question prioritaire de constitutionnalité
RCA	<i>Responsabilité civile et assurances</i>
<i>RD pén. crim.</i>	<i>Revue de droit pénal et de criminologie</i>
<i>Rec. Cons. const.</i>	<i>Recueil des décisions du Conseil constitutionnel</i>
Req.	Requête
<i>Rev. dr. int. dr. comp.</i>	<i>Revue de droit international et de droit comparé</i>
<i>RGDM</i>	<i>Revue générale de droit médical</i>
<i>RID pén.</i>	<i>Revue internationale de droit pénal</i>
<i>RJ com.</i>	<i>Revue de jurisprudence commerciale</i>
<i>RPDP</i>	<i>Revue pénitentiaire et de droit pénal</i>
<i>RRJ</i>	<i>Revue de recherche juridique – Droit prospectif</i>
<i>RSC</i>	<i>Revue de science criminelle et de droit pénal comparé</i>
<i>RTD civ.</i>	<i>Revue trimestrielle de droit civil</i>
<i>RTD eur.</i>	<i>Revue trimestrielle de droit européen</i>
S.	<i>Recueil Sirey</i>
SME	Sursis avec mise à l'épreuve
Soc.	Cour de cassation, chambre sociale
T. confl.	Tribunal des conflits
T. corr.	Tribunal correctionnel
TIG	Travail d'intérêt général
T. pol.	Tribunal de police

---

# INTRODUCTION

---

- 1 Crime, interdit, peine.** Le droit pénal est un droit spectaculaire, si spectaculaire qu'il passe bien souvent, aux yeux du profane, pour la première et la seule image du droit<sup>1</sup>. Il n'est en effet pas nécessaire d'être averti de l'art juridique, ni même lecteur de romans policiers, pour avoir une idée de ce qu'est un meurtre, un viol, un attentat, un vol ou une séquestration. De même, tout citoyen, y compris celui qui n'a jamais commis le moindre forfait ni joué aux gendarmes et aux voleurs, a entendu parler de la « prison », de l'abolition de la peine de mort, de la récidive ou du sursis et il sent bien intuitivement la différence de gravité qu'il peut y avoir entre une contravention punie d'amende et un crime passible de réclusion. Cette intuition pour le droit pénal n'est pas surprenante car elle procède d'une fascination à la fois pour le crime<sup>2</sup> qui en constitue l'objet, pour l'interdit qui en constitue l'essence et pour la peine qui en constitue la sanction. Mais l'intuition ne remplace pas la connaissance et l'on peut regretter que le droit pénal soit de moins en moins enseigné dans les facultés de droit<sup>3</sup>. Certes,

---

**1.** Pour Stendhal : « Il n'y a de droit que lorsqu'il y a une loi pour défendre de faire telle chose, sous peine de punition » (*Le Rouge et le Noir*, II).

**2.** La matière est d'ailleurs aussi intitulée « droit criminel » ; V. R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel*, Cujas, t. 1, 1997.

**3.** V. M.-E. Cartier, « Libres propos sur l'enseignement du droit pénal à l'aube du XXI<sup>e</sup> siècle », *RSC* 2000. 176 s. ; Ch. Lazerges, « Pénalistes, droit pénal et sciences criminelles dans l'université française », *Mélanges R. Gassin*, PUAM, 2007, p. 27 s.

l'étude du crime n'a pas à être réservée aux juristes car, si l'on admet avec le professeur Raymond Gassin que tout crime *lato sensu* est invariablement une manifestation de violence ou de ruse<sup>1</sup>, son étude intéresse inévitablement les psychologues, les sociologues, les médecins et plus généralement tous ceux qui essayent de comprendre les comportements humains. Néanmoins, aussi longtemps que le crime relèvera de la justice humaine, c'est-à-dire d'une justice qui sanctionne les actes plus que les hommes, il sera affaire de juristes<sup>2</sup>.

- 2 Droit des infractions et des peines.** Le droit pénal est donc absolument indispensable à la formation des juristes et devrait même être mieux connu de tous les citoyens. Il est, plus précisément, la branche du droit qui définit l'exercice *par la société* du pouvoir de punir. Il s'agit, à ce titre, d'une discipline inclassable, située entre le droit public et le droit privé<sup>3</sup> – voire au dessus –, qui intéresse la sûreté et les libertés fondamentales et comporte des règles de procédure – non étudiées dans le présent *Cours*<sup>4</sup> –, et des règles de fond. Ce sont ces règles de fond qu'il convient d'examiner ci-après : gouvernées par de grands principes, elles sont d'ordre public ou d'intérêt général et déterminent non seulement la manière dont les lois pénales sont promulguées, interprétées et appliquées, mais aussi et surtout la nature et le régime des faits qualifiés d'« infractions », ainsi que des « peines » – et certaines autres mesures – qui s'appliquent à leurs auteurs. Ces deux mots « infraction » et « peine » doivent immédiatement être définis car

1. Telle est « la théorie du noyau dur de la délinquance », R. Gassin, S. Cimamonti, Ph. Bonfils, *Criminologie*, 7<sup>e</sup> éd., Dalloz, Précis, 2012, n° 75 s.

2. V. J. Larguier, « Mort et transfiguration du droit pénal », *Mélanges Ancel*, Cujas, 1975, p. 123 s.

3. Les anciens auteurs le classaient dans le droit public en estimant que le droit de punir était exercé par l'État (J.-E. Ortolan, *Éléments de droit pénal*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, 1863, p. 9 ; R. Garraud, *Précis de droit criminel*, 5<sup>e</sup> éd., Paris, 1895, p. 2), les auteurs contemporains soulignent des rapprochements avec le droit privé (des intérêts privés sont souvent lésés, les juridictions de l'ordre judiciaire sont compétentes) et concluent à une discipline sinon mixte (S. Jacopin, *Droit pénal général*, 2<sup>e</sup> éd., Bréal, 2014, p. 15 ; É. Verny, O. Décima, S. Detraz, *Droit pénal général*, LGDJ, Cours, 2<sup>e</sup> éd., 2016, n° 3), du moins et plus certainement autonome (Ph. Conte, P. Maistre du Chambon, *Droit pénal général*, 7<sup>e</sup> éd, Armand Colin « U », 2004, n° 31 ; B. Bouloc, *Droit pénal général*, 25<sup>e</sup> éd., Dalloz, Précis, 2017, n° 36 ; M. Herzog-Evans, G. Roussel, *Droit pénal général*, 3<sup>e</sup> éd., Vuibert, 2011, n° 4), spécifique (J. Leroy, *Droit pénal général*, 4<sup>e</sup> éd., Lextenso, Manuel, 2012, n° 4, n° 115-116), particulière (J. Pradel, *Droit pénal général*, 20<sup>e</sup> éd., Cujas, 2014, n° 75), voire « irréductible à toute autre » (E. Dreyer, *Droit pénal général*, 3<sup>e</sup> éd., LexisNexis, 2014, n° 185).

4. V. not. É. Verny, *Procédure pénale*, 5<sup>e</sup> éd. Dalloz, Cours, 2016 ; B. Bouloc, *Procédure pénale*, 26<sup>e</sup> éd., Dalloz, Précis, 2018.

ce sont les concepts-clés du droit pénal : l'infraction est une *transgression* grave de l'ordre social qui consiste dans le fait pour une personne d'*enfreindre* par la violence, la ruse voire l'indiscipline, ce qui est interdit par la loi sous la menace d'une peine ; cet interdit frappé d'une peine se nomme l'« incrimination », qui est classée en crime, délit ou contravention<sup>1</sup>. Quant à la peine, elle est la « punition », infligée par la loi et prononcée par le juge contre celui ou celle qui viole l'interdit en réalisant l'infraction<sup>2</sup>. En d'autres termes, pour qu'une infraction puisse être reprochée à une personne, il est nécessaire qu'il existe préalablement à son geste une incrimination, donc un interdit et une peine, et inversement une peine ne saurait être prononcée sans interdit, ni infraction. De là, il apparaît que le droit pénal est un droit original, qui remplit une fonction à la fois *expressive* (c'est un droit qui *interdit*) et *répressive* (c'est un droit qui *punit*)<sup>3</sup>.

- 3 **Droit expressif.** Le droit pénal a une fonction expressive parce que toute incrimination, à l'exception notable des contraventions<sup>4</sup>, repose sur un choix de *valeurs* ou d'*intérêts* dont le respect est jugé indispensable au maintien de l'ordre social<sup>5</sup> et dont la lésion est interdite. Tel est l'aspect axiologique du droit pénal qui justifie qu'il soit conçu comme un droit *sanctionnateur*. À cet égard, on dit volontiers à la suite de Rousseau et Portalis que la loi pénale est « moins une espèce particulière de loi que la sanction de toutes les autres ». Cette assertion est juste car la loi qui exprime une valeur est souvent distincte de la loi qui réprime sa violation (par ex., en réprimant le vol, la loi pénale sanctionne l'atteinte à la propriété régie par le droit civil) mais elle ne doit pas être mal comprise : le droit pénal peut aussi ponctuellement exprimer des

---

1. L'incrimination et la peine forment un « binôme » fondamental (v. J.-H. Robert, *Droit pénal général*, 6<sup>e</sup> éd., PUF, Thémis, 2005, p. 70).

2. Par ex., selon C. pén., art. 221-1 : « Le fait de donner volontairement la mort à autrui constitue un meurtre. Il est puni de trente ans de réclusion criminelle. » Ce texte contient à la fois l'interdit – l'homicide volontaire est incriminé sous le nom de meurtre – et la pénalité qui s'y attache – la réclusion de trente ans ; le caractère interdit se déduisant de l'existence de la peine.

3. V. F. Desportes, F. Le Guehec, *Droit pénal général*, 16<sup>e</sup> éd., Economica, 2009, n<sup>o</sup> 47 s.

4. Lesquelles pourraient plus naturellement relever du droit administratif, V. J.-H. Robert, « Pour une restauration de la contravention de police », *Mélanges Pradel*, Cujas 2006, p. 189 ; V. également S. Detraz, « Faut-il maintenir les contraventions dans le domaine pénal ? », in V. Malabat, B. de Lamy, M. Giacomelli (dir.), *Droit pénal : le temps des réformes*, Litec, Colloques et débats, p. 39 s.

5. V. R. Badinter, *Présentation du projet de nouveau Code pénal*, Dalloz, 1988, p. 10.

valeurs de manière autonome (par ex., en incriminant l'omission de porter secours à personne en péril, le Code pénal impose, dans certains cas, l'obligation d'aider autrui) car il s'agit d'une discipline potentiellement normative qui, en édictant des interdits, décrit *a contrario ce qui doit être*. En cela, le droit pénal ne doit pas être confondu avec les autres instruments de politique criminelle<sup>1</sup> qui décrivent *ce qui est*.

Le droit pénal n'est pas la criminologie, laquelle se pratique dans diverses disciplines scientifiques et permet de comprendre soit le phénomène criminel dans son ensemble (macrocriminologie), soit l'acte ou le passage à l'acte (microcriminologie)<sup>2</sup>. Si l'on excepte la criminologie « critique » ou « radicale » qui est un mouvement de contestation idéologique du système pénal<sup>3</sup>, la criminologie d'observation est utile au droit pénal, parce que la compréhension du criminel permet d'ajuster les qualifications pénales et d'individualiser les peines. De même, le droit pénal est utile à la criminologie en ce qu'il en délimite le domaine à la *délinquance*, excluant toute autre forme de *déviance*. Autrement dit, les deux disciplines se nourrissent l'une et l'autre.

Le droit pénal ne se confond pas non plus avec la criminalistique, science de la preuve qui permet d'établir l'existence d'infractions (médecine légale, police scientifique, analyse comportementale) ; ni avec la pénologie ou science de la peine qui est une réflexion sur les modalités d'exécution de la sanction pénale<sup>4</sup> ; ni encore avec la sociologie criminelle, qui est l'étude des populations délinquantes.

Enfin, au sein des disciplines normatives, le droit pénal ne se confond pas non plus avec le droit de la sécurité intérieure, qui

1. La politique criminelle comprend « l'ensemble des procédés par lesquels le corps social organise les réponses au phénomène criminel » (M. Delmas-Marty, *Les grands systèmes de politique criminelle*, PUF, Thèmes, 1992, p. 13) ; V. aussi Ch. Lazerges, *Introduction à la politique criminelle*, L'Harmattan, 2000.

2. Pour une définition pluridisciplinaire de la criminologie, V. le *Memorandum* des directeurs de centres de recherches et de diplômés en criminologie, *RPDP* 2013, 503. Sur la criminologie en général, V. R. Gassin, S. Cimamonti, Ph. Bonfils, *Criminologie, op. cit.* ; P. Morvan, *Criminologie*, LexisNexis, Manuel, 2<sup>e</sup> éd., 2016.

3. V. R. Gassin, S. Cimamonti, Ph. Bonfils, *Criminologie, op. cit.*, n° 308 s.

4. V. B. Bouloc, *Pénologie*, 3<sup>e</sup> éd., Dalloz, Précis, 2005. Pour sa 4<sup>e</sup> éd. 2011, l'ouvrage a été rebaptisé « Droit de l'exécution des peines » (5<sup>e</sup> éd. 2017), ce qui indique que la science expérimentale a laissé place au droit.

organise de manière préventive la lutte contre la criminalité et relève du droit administratif. D'ailleurs, pour respecter cette dernière distinction, le droit pénal ne doit pas être trop déterminateur ou normatif : il doit rester un droit qui interdit plus qu'un droit qui prescrit car, dans une société libérale, il faut éviter d'imposer des comportements sous la menace d'une peine. Le droit pénal est – ou devrait être – « *l'ultima ratio* de la réaction sociale »<sup>1</sup>, un droit de renfort, un droit d'exception qui intervient en dernier recours. De ce point de vue, il convient d'être réservé sur la multiplication contemporaine d'incriminations de « comportement », réprimant des abstentions (ex. le racolage passif élevé au rang de délit par une loi du 18 mars 2003 jusqu'à son abrogation par une loi du 3 avril 2016), ou d'incriminations préventives, réprimant des attitudes prétendues de mise en danger (ex. la participation à un groupe ayant des visées violentes) ; de même, il convient d'être réservé sur la multiplication des mesures de sûreté fondées moins sur la culpabilité ou le reproche que sur la dangerosité ou la crainte<sup>2</sup>. Dans ces hypothèses, le droit pénal ne sanctionne plus à proprement parler une transgression, il se veut préventif et risque paradoxalement d'être perçu comme plus oppressif que répressif<sup>3</sup>.

- 4 **Droit répressif.** Le droit pénal a néanmoins toujours – et c'est sa nature même – une fonction répressive : il s'agit d'un droit qui *punit* les auteurs d'actes violents, rusés ou indisciplinés, portant atteinte aux valeurs qu'il protège. Cette façon de lutter contre le crime a pu être contestée par un courant dit abolitionniste – dont le représentant le plus connu est le juriste néerlandais *Louk Hulsman*<sup>4</sup> – mais elle s'est maintenue faute de mieux, au prix cependant d'un adoucissement continu des peines. Ainsi, en France, comme dans tous les États où la civilisation progresse, les supplices ont disparu et la peine de mort a été abolie le 9 octobre 1981 puis interdite par la loi constitutionnelle du 23 février 2007 ;

---

1. E. Dreyer, *Droit pénal général*, LexisNexis, Manuel, 4<sup>e</sup> éd. 2016, n° 82.

2. Sur la notion de dangerosité, V. ss 16 et 23 et sur la notion de mesure de sûreté, V. ss 16 et 345 s.

3. Sur la nécessaire autolimitation du droit pénal, V. ss 34.

4. V. L. Hulsman et J. Bernat de Celis, *Peines perdues, Le système pénal en question*, Centurion, 1982 ; Hulsman s'est inspiré de T. Mathiesen, *The Politics of Abolition : Essays in political Action Theory*, Martin Robertson, Londres, 1974 ; comp. déjà au XIX<sup>e</sup> siècle E. de Girardin, *Du droit de punir*, Paris, Plon, 1871.

il est en effet désormais inscrit dans notre constitution que « Nul ne peut être condamné à la peine de mort »<sup>1</sup>. Il est vrai que les peines privatives de liberté s'exécutent encore trop souvent dans des conditions peu conformes avec les exigences actuelles de la dignité<sup>2</sup>, qui poussent parfois des condamnés à se suicider<sup>3</sup>, et qui valent à la France un certain nombre de condamnations par la Cour européenne des droits de l'homme<sup>4</sup>, mais il ne faut pas réduire la peine à la prison et il ne faut pas non plus négliger les progrès de la justice en matière de sanction des détentions indignes<sup>5</sup>. D'une manière plus générale, la peine est de moins en moins douloureuse car elle n'est plus une emprise sur le corps du coupable. Son but est aujourd'hui autant orienté vers la protection de la société et des victimes que vers l'insertion ou la réinsertion du condamné. Il est vrai que la peine s'accompagne parfois de mesures de neutralisation ou d'exclusion ; pour autant, d'un point de vue historique, l'on peut parler d'adoucissement de la peine car la souffrance du condamné n'est plus recherchée comme une fin en soi, ce qui conforte la vision de Jhering (1818-1892), pour qui l'histoire de la peine serait celle d'une abolition constante. Pour s'en convaincre, il convient de revenir brièvement sur les origines

1. Cette consécration constitutionnelle, dont on doit se féliciter, coïncide en outre avec l'engagement par la France du processus de ratification du Protocole n° 13 de la Conv. EDH, relatif à l'abolition de la peine de mort en toutes circonstances (V. B. de Lamy, « Peine de mort : de l'abolition à l'interdiction », *RSC* 2008. 126 s.). Malgré tout, la peine de mort conserve des partisans, V. note M.-L. Rassat, « Mort de la peine de mort », *JCP* 2007. Act. 142.

2. La France a ainsi été condamnée pour traitement inhumain et dégradant, dans le cas d'un détenu hospitalisé avec des entraves : CEDH, 27 nov. 2003, *Hénaf c. France*, *JCP* 2004. II. 10093, note L. Di Raimondo ; rapp. CEDH, 14 nov. 2002, *M. c. France*, *D.* 2003. 303, note H. Moutouth. La France a également été condamnée pour traitement inhumain et dégradant à l'encontre d'un détenu qui invoquait quatorze transfèrements en sept ans, ainsi que quatre ans passés à l'isolement et des fouilles systématiques : CEDH, 9 juill. 2009, *Khider c. France*, *JCP* 2010. 70, n° 4, obs. F. Sudre ; plus récemment ce sont les conditions de détention (promiscuité, absence d'hygiène) qui ont valu à la France une condamnation pour traitement dégradant : CEDH, 25 avril 2013, n° 40119/09, *Canali c. France*, *AJ pénal* 2013, 403, note J.-P. Céré.

3. Ce qui a notamment valu une condamnation de la France par la CEDH pour traitement inhumain ou dégradant (Conv. EDH, art. 3) et un rappel de son obligation positive de protéger la vie (Conv. EDH, art. 2), V. CEDH, 16 oct. 2008, *Renolde c. France*, *RSC* 2009. 173, obs. D. Roets. Les juridictions administratives françaises ont également rappelé à l'État ses obligations : CE 17 déc. 2008, Observatoire international des prisons (OIP), n° 305594 ; CAA Douai, 7 mai 2015, OIP, communiqué, 2 juin 2015.

4. Par ex, pour l'absence de recours permettant de faire cesser des conditions de détention inhumaines et dégradantes, V. CEDH, 21 mai 2015, *Yengo c. France*, n° 50494/12.

5. V. A.-G. Robert, « Conditions de détention : lorsque les juges nationaux prennent le relais de la Cour européenne des droits de l'homme », *Dr. pénal* 2013, Étude n° 15.

du droit pénal (§ 1), les doctrines qui l'ont façonné (§ 2), les principes qui le gouvernent (§ 3) et le Code qui en constitue la source la plus emblématique (§ 4).

## § 1. Les origines

- 5 **Vengeance et justice.** Le droit pénal est né avec « le contrôle social de la violence<sup>1</sup> ». On en trouve les premières expressions dans l'échelle des peines du Code de Hammourabi (1750 av. J.-C.) ou dans les tarifs de compositions de la Loi des XII Tables (450 av. J.-C.), c'est-à-dire à des époques où un pouvoir de type étatique a pu se substituer à la vengeance. On présente en effet l'histoire de la répression ou du droit de punir suivant trois types d'époques. Il y aurait eu d'abord une période de « vengeance privée », où la victime d'une agression et son clan décidaient s'il y avait ou non offense et déterminaient la mesure de la riposte. Avec la loi du talion (« œil pour œil, dent pour dent »), la vengeance est devenue mesurée et l'on est alors entré dans une période de « justice privée », durant laquelle les conflits étaient réglés par les particuliers sous forme d'une composition pécuniaire versée par l'agresseur à la victime ou à sa famille<sup>2</sup>. Enfin, est apparue une période de « justice publique » où l'État a déterminé les infractions et exercé lui-même le droit de punir. Cette évolution n'a évidemment pas été linéaire, il y eut des périodes d'affaiblissement de l'État et de retour en arrière, néanmoins il est possible de considérer que le droit pénal est né avec les premières formes de compositions tarifées et qu'il s'est renforcé avec la justice publique car la peine, telle que nous la connaissons, n'a de sens qu'en rupture avec la vengeance<sup>3</sup>. Deux grandes périodes sont ici à prendre en compte : la première s'étend de la fin de l'époque féodale à la Révolution française (A) ; la seconde, marquée par une conquête légaliste sans retour en arrière possible, s'ouvre avec la Révolution (B).

1. J.-M. Carbasse, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, 2<sup>e</sup> éd., PUF, Thémis, 2006 ; V. aussi A. Laingui, *Histoire du droit pénal*, PUF, Que sais-je ?, n<sup>o</sup> 690, 1985.

2. La composition était désignée par la « *poiné* » en Grèce et par la « *poena* » ou le « *peccus* » (ce qui signifiait le petit bétail) dans la Rome antique, d'où nous vient la « *peine* ».

3. V. Ph. Robert, *La sociologie du crime*, La Découverte, Repères n<sup>o</sup> 435, 2005, p. 17.

## A. De l'époque féodale à la Révolution

- 6 **La justice publique.** Elle s'est développée sans interruption depuis le Moyen Âge, d'abord avec la justice pénale ecclésiastique et le droit pénal canonique, puis avec la justice seigneuriale et le droit pénal coutumier. À l'époque médiévale, les seigneurs ont en effet arbitré les conflits afin d'asseoir leur autorité, avant d'être eux-mêmes supplantés dans cette tâche par les monarques qui luttèrent contre les « mauvaises coutumes » permettant aux criminels de racheter leur forfait et unifièrent le droit pénal. À partir du <sup>xvi</sup><sup>e</sup> siècle, sous l'influence des jurisconsultes, un mouvement de codification s'est répandu en Europe, avec notamment la Constitution criminelle de Charles Quint dite « la Caroline » (1532) en Allemagne, ou l'ordonnance de Villers-Cotterêts sur les faits de justice (1539) en France. Ce dernier texte ouvrit une période marquée par la rigueur et l'arbitraire<sup>1</sup>.
- 7 **Rigueur et arbitraire.** La grande ordonnance criminelle de Louis XIV de 1670 poussa à l'extrême les rigueurs de la procédure inquisitoriale et fournit une liste de peines qui laisse entrevoir la sévérité du droit pénal de l'époque : la mort, les galères perpétuelles ou à temps, le bannissement perpétuel ou à temps, la castration, l'essorillement, l'amputation du poing, le fouet ou l'amende honorable (XXV, 13). Et encore, cette liste ne rend pas compte de l'inégalité qui existait alors entre les condamnés<sup>2</sup> et ne mentionne pas l'ensemble des supplices qui étaient pratiqués pour des « crimes énormes », tels que l'écartèlement, la roue ou le feu vif, sans compter la torture qui s'appliquait dans la phase d'instruction<sup>3</sup>. Mais le pire ne réside peut-être pas tant dans la cruauté

1. V. R. Martinage, *Histoire du droit pénal en Europe*, PUF, Que sais-je ?, n° 3401, 1998, p. 5 s.

2. V. A. Loisel, *Institutes coutumières* : « en crimes qui méritent la mort, le vilain sera pendu et le noble décapité ».

3. Le supplice de Damien, relaté par M. Foucault dans l'introduction de *Surveiller et punir – Naissance de la prison* (Gallimard, 1975), suffit pour se convaincre de la cruauté de l'époque : « Damien fut condamné le 26 mars 1757 par le Parlement de Paris pour avoir agressé le roi Louis XV avec un canif à la peine prévue pour le régicide : il dut faire amende honorable devant la porte principale de l'Église de Paris, puis il fut mené dans un tombereau, nu, en chemise en tenant une torche de cire ardente de deux livres, et conduit à l'échafaud où il dut être tenaillé aux mamelles, cuisses et gras des jambes, sa main droite tenant le couteau avec lequel il a commis son crime fut brûlée de feu de soufre et sur les endroits où il était tenaillé on jeta du plomb fondu, de l'huile bouillante, de la poix résine brûlante, de la cire et du soufre fondu. Enfin, il fut écartelé par quatre chevaux. Une fois démembré, ses membres furent jetés au feu. Mais le supplice dura un peu plus longtemps que prévu car les chevaux n'étaient

que dans l'arbitraire des peines. « Les peines sont arbitraires en ce Royaume », disait-on sous l'Ancien Régime. Originellement, cet arbitraire n'était pas synonyme de fantaisie, de caprice donc d'injustice, mais d'arbitrage par le juge (*arbitrium judicis*), lequel tranchait en fonction de « l'exigence du cas », avec un esprit de modération, en se référant, comme le prescrivait le Digeste, à la coutume ou au texte<sup>1</sup>. Cependant, lorsque le juge se référait aux « usages du royaume » ou à certains textes, ceux-ci étaient souvent si imprécis qu'il avait une grande latitude dont il pouvait abuser. En dehors des infractions religieuses (hérésie, blasphème, suicide, etc.), très décriées par *Voltaire*<sup>2</sup>, beaucoup d'infractions résultaient de la « jurisprudence des arrêts » à partir d'une interprétation large des textes (parricide, assassinat entre époux, suicide) et certaines peines, comme la promenade sur l'âne du proxénète, étaient des créations prétorienne. Mais l'arbitraire a surtout montré ses dérives avec la justice retenue et la pratique des lettres de cachet : il s'agissait de lettres contenant un ordre du roi, dont les plus connues étaient des ordres d'incarcération. Sous Louis XIV, ces ordres se sont multipliés<sup>3</sup>. L'arbitraire est alors devenu synonyme de bon plaisir du roi ou de ses zélés serviteurs. Aussi, au XVIII<sup>e</sup> siècle, en réaction aux dérives de l'arbitraire et aux excès de cruauté de l'Ancien Régime, des philosophes et des magistrats du courant des Lumières ont défendu les idées de séparation des pouvoirs, de légalité des délits et des peines, d'égalité et de modération dans la répression : le châtement doit être prévisible donc prévu par la loi sans possibilité pour le juge de s'en écarter<sup>4</sup>, la loi pénale doit être la même pour tous et la répression, plutôt que cruelle, doit intervenir avec certitude et promptitude. Cette nouvelle ère s'ouvre avec Montesquieu (*L'esprit des lois*,

pas accoutumés à tirer, il fallut en mettre six, et pour leur faciliter la tâche il fallut lui couper les nerfs et lui hacher les jointures. » V. également Muyard de Vouglans, *Les lois criminelles en France*, p. 133.

1. V. J.-M. Carbasse, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, op. cit., n° 116 s.

2. V. E. Groffier, *Criez et qu'on crie ! Voltaire et la justice pénale*, PU Laval, 2011.

3. Ainsi Voltaire, lui-même « embastillé » en 1717 pour des raisons politiques, a fait signer, en 1730, une pétition des « bourgeois de la rue de Vaugirard » pour réclamer au lieutenant de police l'incarcération d'une tripière qui scandalisait tout le quartier par une conduite « très déréglée », V. J.-M. Carbasse, op. cit., n° 84.

4. V. déjà Aristote : « La meilleure loi est celle qui laisse le moins à la disposition du juge » (*Rhétorique*, I, 1, 7).

1748) et Rousseau (*Le contrat social*, 1762) ; ils inspireront Cesare Beccaria (1738-1794), auteur d'un petit ouvrage intitulé *Des délits et des peines* (1764), qui reprendra les idées de son temps et aura un rayonnement immense<sup>1</sup>.

## B. Depuis la Révolution

- 8** **Légalité, modération, égalité.** Avec la Révolution, le principe de légalité s'est durablement installé<sup>2</sup>. Certes, on a fait fonctionner la guillotine pendant les années révolutionnaires, particulièrement sous la « loi des suspects » du 17 septembre 1793, mais les peines atroces de l'Ancien Régime ont été supprimées ainsi que l'incertitude liée à l'arbitraire dévoyé. Plus précisément, les idées révolutionnaires ont été mises en application d'abord dans le Code pénal promulgué par une loi des 25 septembre et 6 octobre 1791<sup>3</sup> : il concernait principalement les crimes. Sa particularité était de limiter la répression aux seuls actes « nuisibles » à la société ; il fit en effet disparaître la foule des crimes d'ordre moral ou religieux de l'Ancien Droit. Quant aux pénalités, elles étaient dans l'ensemble modérées (bien que la peine de mort soit conservée), égales pour tous (« Tout condamné à mort aura la tête tranchée »), strictement personnelles (la confiscation des biens est abolie) mais également fixes. Ce dernier aspect est la marque d'une réaction contre l'arbitraire des juges de l'Ancien Régime. Néanmoins la fixité a bien vite montré ses limites, conduisant parfois les juges, notamment les jurys d'assises, à nier la culpabilité de l'accusé faute de pouvoir adapter la peine.

1. V. C. Beccaria, *Des délits et des peines*, trad. M. Chevallier, préf. R. Badinter, Flammarion, GF 1267, 1991 ; C. Beccaria, *Des délits et des peines, Dei Delitti e delle pene*, trad. Ph. Audegean, ENS 2009 ; V. également M. Porret, Beccaria, *Le droit de punir*, éd. Michalon, 2003.

2. L'expression de cette conquête légaliste se trouve notamment dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, laquelle dispose que « la loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la société » (art. 5) ; que « la loi est l'expression de la volonté générale, elle doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse » (art. 6) ; et que « la loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit » (art. 8).

3. Sur la codification pénale, V. J.-M. Carbasse, in *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2000, V. Code pénal, p. 210-216.

9 **Fermeté, personnalité et légalité.** Aussi, le Code pénal de 1810, tout en maintenant le principe de la légalité criminelle que Portalis avait repris en 1804 (« En matière répressive, il faut des lois précises et point de jurisprudence »), proposa une division tripartite des infractions selon leur gravité (crime, délit, contravention) et abandonna le système des peines fixes pour les délits et les contraventions : il était prévu pour chaque peine un maximum, pouvant être rehaussé en cas d'aggravation, et un minimum, en dessous duquel le juge pouvait descendre en raison d'excuses légales et de circonstances atténuantes. Le juge retrouvait donc un certain pouvoir d'arbitrer la peine. Il s'agissait cependant d'un Code sévère (peine de mort, amputation du poing, marque au fer rouge, carcan ; tentative punie comme le délit consommé, complice puni comme l'auteur) et la fixité subsista pour les crimes jusqu'à une loi du 28 avril 1832 qui généralisa les circonstances atténuantes et supprima le marquage au fer rouge, l'amputation du poing et le carcan. Par la suite, le législateur alterna la sévérité et la clémence, en fonction de la nature de la criminalité et de la personnalité des délinquants. Ainsi, les récidivistes firent l'objet d'une véritable politique de « débarras » avec la loi du 30 mai 1854, éloignant les criminels dangereux en outre-mer, puis la loi du 27 mai 1885, instaurant la relégation des délinquants d'habitude présumés incorrigibles<sup>1</sup>. Mais, parallèlement, l'espoir de réinsertion a été encouragé pour les autres délinquants, ce qui se traduit par la création en 1885 de la libération conditionnelle et en 1891 du sursis. Enfin, au xx<sup>e</sup> siècle, le Code pénal a connu, jusqu'à son abrogation en 1992, un mouvement de balancement entre la sévérité pour lutter contre de nouvelles formes de criminalité et l'humanisation des peines, avec notamment la multiplication des alternatives à l'emprisonnement et comme point marquant l'abolition de la peine de mort le 9 octobre 1981. Cette longue évolution du droit pénal a été étroitement liée à celle des doctrines pénales.

1. Le condamné était transporté après exécution de sa peine en Nouvelle-Calédonie. Ce n'est que par une loi du 3 juill. 1954 que la relégation sera rendue facultative. Elle sera supprimée par la loi du 17 juill. 1970, qui institua une tutelle pénale des multirécidivistes. La tutelle pénale était facultative, et durait dix ans à compter de l'expiration de la peine : elle pouvait s'exécuter soit dans un établissement pénitentiaire, soit sous le régime de la libération conditionnelle. Elle a été supprimée par la loi du 2 févr. 1981.

## § 2. Les doctrines

- 10 **Sens de la peine.** Sans doute parce que l'idée autant que le fait précède le droit, on observe que les institutions pénales ont toujours été, pour l'essentiel, le fruit d'une doctrine, c'est-à-dire le résultat d'une conception globale du droit criminel exprimée par des penseurs ou des techniciens qui se sont interrogés sur les finalités de la peine (Pourquoi punir ?), ainsi que sur ses modalités (Comment punir ?)<sup>1</sup>. Ces doctrines, dont les succès sont fort variables, ne reposent pas toutes sur les mêmes présupposés idéologiques ou politiques, certaines sont d'ordre philosophique ou moral et postulent le libre arbitre (A), d'autres sont d'ordre scientifique et reposent sur le déterminisme (B).

### A. Doctrines d'ordre philosophique

- 11 **Diversité.** Les réflexions sur le droit pénal sont le fruit d'un rejet de la vengeance privée et de l'insécurité qu'elle engendrait. Historiquement, les premiers courants de pensée ont donc été ceux qui ont proposé de remplacer la vengeance par une juste rétribution : il s'agit de la tendance rétributive. Mais bien vite on s'est aperçu qu'il ne suffisait pas que la peine soit juste, encore fallait-il qu'elle soit utile : telle est la tendance utilitariste. Les deux courants ne s'excluent pas l'un l'autre.
- 12 **Tendance rétributive.** L'idée de rétribution a d'abord été défendue par les doctrines pénales d'inspiration chrétienne – on en trouve l'expression dans la *Somme théologique* (1266-1274) de saint Thomas d'Aquin : la répression est alors teintée de considérations morales. L'idée est simple : le délit est un péché or le péché est volonté car l'homme est libre, donc le pécheur, constitué en faute, est débiteur d'une peine : du mal causé doit naître la souffrance, les remords et la pénitence ; le droit pénal doit être expiatoire ; il est la juste expiation d'une faute (« *punitur quia peccatum est* »)<sup>2</sup>.

1. V. J. Pradel, *Histoire des doctrines pénales*, 2<sup>e</sup> éd., PUF, Que sais-je ?, n° 2484, 1991.

2. Cette idée n'est cependant pas partagée par tous les penseurs chrétiens, V. pour les idées de charité et de miséricorde : J. Mabillon (1632-1707), *Réflexions sur les prisons des ordres religieux*. Dans cette œuvre écrite en 1690 mais publiée en 1724, on trouve les prémisses des idées actuelles de resocialisation par l'humanisation des prisons.

Cette idée de justice ou de peine juste n'est cependant pas propre aux penseurs chrétiens, elle sera reprise à la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle par Kant (1724-1804) qui prônera, dans *Métaphysique des mœurs* (1797), la théorie de la justice absolue, à travers l'allégorie d'une société quittant une île mais devant, avant son départ, punir ses criminels. Au XX<sup>e</sup> siècle, on retrouvera cette idée d'une peine méritée, notamment chez Andrew von Hirsch (*Doing Justice. The Choice of Punishment*, 1976). Toutefois, de tout temps et en tout lieu, on s'est aperçu que la rétribution n'enrayait pas la criminalité : il ne suffisait pas de châtier une âme mauvaise, encore fallait-il dissuader le criminel de recommencer (« *punitur ne peccetur* »). Autrement dit, il ne suffit pas que la peine soit juste encore faut-il qu'elle soit utile.

- 13 Tendence utilitariste.** L'un des premiers utilitaristes est certainement Platon, qui considérait que la peine devait être dirigée vers l'amendement du coupable, afin que celui-ci ne commette plus le crime à l'avenir ou le commette le moins souvent (*Les lois*, IX, 872b) et vers la protection de la société (*Gorgias*, 525b). Le châtiement aurait donc une fonction d'intimidation individuelle et collective ; le droit pénal serait donc un droit de la dissuasion. Ces idées se retrouvent chez Hobbes (*Leviathan*, 1651), Locke (*Du gouvernement civil*, 1651) ou Domat (*Les lois civiles dans leur ordre naturel*, 1713) pour qui l'objectif de paix publique ne peut être atteint que si l'on fait craindre à celui qui agit un mal plus grand que celui qu'il retirera de l'infraction. La peine doit donc intimider par sa sévérité. D'autres auteurs penseront au contraire que la dissuasion réside plus dans la promptitude et la certitude du châtiement que dans sa sévérité. Il en est ainsi de Montesquieu (*L'esprit des Lois*, 1748) qui estimait que les peines « outrées » étaient « impuissantes » à juguler le crime et de Beccaria qui souhaitait que les peines soient dissuasives<sup>1</sup> mais modérées, promptes et certaines, et que les incriminations soient peu nombreuses. Cette doctrine utilitariste a été reprise et systématisée par l'anglais Jeremy Bentham (1748-1832), qui écrivait dans son *Traité de*

---

1. « Les châtiements n'ont pour but que d'empêcher le coupable de nuire désormais à la société et de détourner ses concitoyens de la voie du crime » (*Des délits et des peines*, chap. XV).

*législation civile et pénale* en 1801 : « Le crime doit se faire craindre davantage par la répression à laquelle il expose que désirer par les satisfactions qu'il procure. » Plus généralement, pour les utilitaristes, les lois pénales doivent remplir une fonction de prévention tant spéciale (intimidation individuelle) que générale (dissuasion collective).

- 14 « **Pas plus qu'il n'est juste, pas plus qu'il n'est utile** ». Enfin, ces courants dits « classiques » ont été suivis par les « néoclassiques » qui ont proposé une synthèse des idées de justice et d'utilité : il faut punir mais « pas plus qu'il n'est juste, pas plus qu'il n'est utile ». Ce mouvement a pour représentants principaux Rossi (*Traité de droit pénal*, 1829), Guizot (*Traité de la peine de mort en matière politique*, 1822) et Ortolan (*Éléments de droit pénal*, 1875). Comme les classiques, ils croient – ou feignent de croire – au postulat de la liberté et estiment donc qu'il faut punir l'acte plus que l'homme, mais certains d'entre eux introduisent une nuance : si l'homme est libre en général, l'on sent bien que la volonté dépend de la santé, de l'habitude ou des caractères de chaque individu. D'où l'idée d'individualisation de la peine, défendue notamment par le magistrat Bonneville de Marsangy (1802-1894), lequel proposa dès 1846, la « libération préparatoire » pour bonne conduite et la « détention supplémentaire » pour les délinquants non amendés au jour de leur libération<sup>1</sup>. La voie est alors ouverte pour les doctrines d'ordre scientifique.

## **B. Doctrines d'ordre scientifique**

- 15 **Diversité.** À la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, le mouvement des idées s'amplifie parce qu'il ne s'agit plus d'unifier le droit pénal – des Codes ont été promulgués un peu partout en Europe – mais de le perfectionner. Cette période est marquée par l'affirmation de courants doctrinaux, qui réagissent non seulement aux idées classiques mais également à la mise en œuvre du droit nouveau. Ces doctrines d'inspiration scientifique vont remettre en cause durablement le

1. V. J. Pradel, *Histoire des doctrines pénales*, op. cit., p. 62 s. V. également S. Ruopoli-Cayet, *Arnould Bonneville de Marsangy (1802-1894), Un précurseur de la science criminelle moderne*, L'Harmattan, 2002.

postulat classique selon lequel l'homme serait libre. On peut les diviser en trois courants : le premier est dit positiviste, puis s'ensuit un mouvement de synthèse dit éclectique et, enfin, la défense sociale.

- 16 Tendance positiviste.** Cette tendance repose sur deux notions : le « déterminisme » et l'« état dangereux ». Le positivisme pénal est né de l'observation des délinquants et du constat selon lequel, les actions de l'homme sont déterminées par sa constitution personnelle et par le milieu social dans lequel il vit. L'idée, qui s'exprime ouvertement à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, est que le criminel n'est pas libre de ses actions, donc que le blâme ne sert à rien et que la dissuasion par la peine n'est pas efficace. À la vérité, cette idée selon laquelle l'homme n'est pas libre – mais se croit libre –, n'est pas nouvelle : ainsi, déjà au siècle des Lumières, les philosophes, dits sensualistes ou sensationnistes, ont compris que la liberté était une « chimère »<sup>1</sup>, en s'appuyant sur des observations d'ordre médical. Tel fut le cas notamment de J. de La Mettrie qui publia en 1747 *L'homme machine*. Mais la nouveauté de cette fin de XIX<sup>e</sup> siècle tient dans la systématisation de ce déterminisme par des auteurs qui n'hésitent plus à en tirer des conclusions sur le plan du droit pénal : si l'homme est déterminé, la peine est inutile et il faut lui préférer des mesures de sûreté propres à lutter contre l'état dangereux. À l'origine reconnue de ce mouvement, essentiel pour la criminologie, il convient de citer deux auteurs. Le premier a défendu la thèse du déterminisme individuel. Il s'agit de Cesare Lombroso (1836-1909) qui a écrit *L'uomo delinquente* (1871) – *L'homme criminel* (1887) –, ouvrage qui marque le début du positivisme anthropologique : les criminels y sont décrits par catégories, photos à l'appui, selon des caractéristiques morphologiques (capacité réduite du crâne, arcade sourcilière prééminente, etc.), physiologique (daltonisme, résistance à la douleur – d'où les tatouages, etc.) et caractériel (égoïste). On y trouve, d'une part, les aliénés et les criminels nés, réputés incorrigibles et, d'autre part, les criminels d'occasion, les criminels d'habitude et les crimi-

---

1. V. X. Martin, *Régénérer l'espèce humaine, Utopie médicale et Lumières (1750-1850)*, p. 25 s.

nels par passion, qui peuvent être améliorés. Mais cette théorie a bien vite montré ses limites car, en présence de deux individus souffrant des mêmes « tares », on n'explique pas que l'un devienne délinquant et l'autre non<sup>1</sup>. Le second auteur croyait au déterminisme social. Il s'agit d'Enrico Ferri (1856-1928), auteur d'une *Sociologie criminelle* (1881), qui a tenté d'expliquer la criminalité en se fondant sur un certain déterminisme social (positivisme sociologique). Le milieu naturel, familial, économique ou urbain est un facteur social déterminant. Ce constat du déterminisme a pour corollaire qu'il ne sert à rien d'infliger un blâme au criminel. Ce dernier au contraire manifeste un « état dangereux », il faut donc le traiter, le soigner comme un « microbe social » diront certains (Lacassagne), en lui appliquant des mesures de défense sociale ou de sûreté. Les mesures proposées ne doivent donc pas être uniquement répressives, elles doivent s'adapter à la dangerosité de l'individu. Elles peuvent donc être préventives en s'appliquant avant le crime (*ante delictum*), par exemple en luttant contre l'alcoolisme ou la prostitution. Ces mesures peuvent aussi, selon la dangerosité du criminel, être réparatrices (compensation des dommages causés), répressives (emprisonnement, colonie agricole) ou, dans les cas les plus graves, éliminatrices (mort, asile pour les aliénés, déportation). Ces doctrines ont semé le trouble par leur excès, notamment en ce qu'elles risquaient d'aboutir à un dangereux contrôle social.

- 17 **Éclectisme.** Une doctrine de compromis ou de synthèse a refusé de prendre parti entre libre arbitre (méthode morale) et déterminisme (méthode scientifique), en essayant de concilier, dans la réponse pénale, justice, utilité, culpabilité et état dangereux. Ce courant s'est exprimé majoritairement au sein de l'Union internationale de droit pénal fondée en 1889 par le Belge A. Prins, le Hollandais C. A. van Hamel et l'Allemand F. von Liszt, qui est devenue après la guerre de 1914 l'Association internationale de droit pénal, toujours active aujourd'hui. Le compromis s'est manifesté de la façon suivante : d'une part, l'homme est supposé libre (c'est sinon un

---

1. Pourtant, on retrouvera ce type de thèse avec les recherches vaines d'un « chromosome du crime » dans les années 1960.

principe d'ordre, du moins un postulat) donc on peut lui infliger une peine, qui le conduira à réfléchir et éventuellement à se reprendre en main mais, d'autre part, il a une personnalité déterminée dont il faut tenir compte pour lui imputer son acte et lui appliquer la peine qui lui correspond le mieux. De ce point de vue, la peine doit être juste : elle ne doit pas être trop lourde et surtout elle doit être, comme l'a montré Saleilles, individualisée<sup>1</sup>. En outre, la peine doit être utile : elle doit servir à améliorer la personne, donc à la fonction rétributive, s'ajoute une fonction perfectionnelle (création de colonies pénitentiaires, développement du droit pénal des mineurs) qui tient compte de son état dangereux. La doctrine de défense sociale ira encore plus loin dans cette voie.

- 18 Défense sociale.** Ce dernier courant de pensée est polymorphe et peut abriter le meilleur comme le pire. Issu des réflexions éclectiques du Belge Adolphe Prins en 1910<sup>2</sup>, il entendait originellement défendre la société non pas en éliminant les délinquants mais, dans la mesure du possible, en les réadaptant. C'était du « positivisme à visage humain », qui tendait plus à responsabiliser le délinquant, susceptible de réhabilitation, qu'à le punir, en proposant des mesures de resocialisation (par ex., le travail d'intérêt général). Ce mouvement a d'abord connu deux tendances. La défense sociale de l'italien Filippo Gramatica (*Principe de défense sociale*, 1961), pour qui la meilleure défense de la société, c'est l'adaptation, l'amélioration de l'individu. Mais Gramatica, qui créa en 1949 la Société internationale de Défense sociale, était en réalité très positiviste, il entendait supprimer les notions d'infractions, de responsabilité et de peine. Aussi, on retiendra surtout le nom d'un magistrat français, Marc Ancel (1902-1990), qui proposa une approche plus éclectique en publiant *La Défense sociale nouvelle* en 1954, ouvrage réédité en 1966 et en 1981<sup>3</sup>. Marc

1. V. R. Saleilles, *L'individualisation de la peine*, 1<sup>re</sup> éd., 1898, 3<sup>e</sup> éd., 1927 ; V. également R. Ottenhof (dir), *L'individualisation de la peine. De Saleilles à aujourd'hui*, Ères, 2001.

2. A. Prins, *La défense sociale et les transformations du droit pénal*, 1910 (rééd. Classiques, *Déviance et société*, 1986, intro. F. Tulkens).

3. M. Ancel, *La défense sociale nouvelle (Un mouvement de politique criminelle humaniste)*, 3<sup>e</sup> éd., Cujas, 1981. V. également B. Dreyfus, *Regard contemporain sur la défense sociale nouvelle de Marc Ancel*, Irasc, L'Harmattan, 2010 ; J. Danet, « Les politiques sécuritaires à la lumière de la doctrine de la défense sociale nouvelle », *RSC* 2010. 49 s.

Ancel préconise la prévention mais, à la différence des positivistes, il n'adhère pas au déterminisme et croit à la culpabilité, tout en insistant sur la personnalisation de la réponse pénale et sur la réinsertion par la resocialisation. La responsabilité n'est pas vue comme le point de départ de la condamnation mais comme son point d'arrivée<sup>1</sup> : autrement dit, il ne s'agit pas uniquement de dire un individu responsable, il convient aussi et surtout de le rendre responsable, en mettant en œuvre une véritable « pédagogie de la responsabilité » ; ce qui constitue peut-être le seul vrai sens de la responsabilité pénale. Une doctrine de ce type avait déjà inspiré l'ordonnance du 2 février 1945 relative à l'enfance délinquante, qui institua des mesures éducatives à l'encontre des mineurs ayant commis des infractions (admonestation, liberté surveillée, placement). Elle inspira aussi la création du sursis avec mise à l'épreuve en 1958 ou l'institution des substituts aux courtes peines d'emprisonnement en 1975. À la fin des années 1970, ces idées reculeront pour resurgir notamment en 1983 avec l'instauration du travail d'intérêt général, et reculeront à nouveau, dans les années 2000.

Puis, à partir des années 2000, en réaction au terrorisme et à la criminalité organisée, ainsi qu'à la médiatisation d'odieux crimes sexuels, s'est produite une renaissance de la défense sociale<sup>2</sup>. Une tendance dure a vu le jour, qui a été systématisée d'abord en Allemagne, par le professeur Günther Jakobs, puis diffusée en Italie, en Espagne, en Amérique latine et un peu en France, sous le nom de « droit pénal de l'ennemi »<sup>3</sup>. Il s'agit d'une conception du droit pénal qui s'adresse aux criminels les plus dangereux, lesquels ne sont plus envisagés comme des personnes mais uniquement comme des « ennemis » de la société. Les tenants de cette théorie préconisent de généraliser les mesures d'exception à leur égard, par exemple, en punissant des actes préparatoires (« punissabilité

1. V. Ch. Lazerges, « Actualité de la pensée de Marc Ancel », *RSC* 2005. 165 ; J.-P. Ancel, « Actualité de la défense sociale nouvelle », *ibid.*, p. 171.

2. V. Ch.-N. Robert, M. van de Kerchove (dir.), « Risque, dangerosité et sécurité. Renaissance et mutations de la défense sociale », *Déviante et Société*, 2010, vol. 34, n<sup>o</sup> 4.

3. V. G. Jakobs, « Aux limites de l'orientation par le droit : le droit pénal de l'ennemi », *RSC* 2009. 7 s. ; V. également J.-F. Dreuille (dir.), « Droit pénal et politique de l'ennemi », in *Jurisprudence, Revue critique*, 2015, 7 s.

anticipée») ou en recourant plus systématiquement à l'interne-ment de sûreté. Cette théorie peut choquer, non seulement pour sa rhétorique guerrière mais aussi pour sa proximité avec les thèses de Carl Schmidt, théoricien allemand de l'État totalitaire<sup>1</sup> qui développa, dans les années 1920, la figure du *communis hostis omnium*, pour lui dénier toute personnalité. Cela dit, il est difficile de mesurer l'influence d'une telle doctrine de l'inhumain, tout au plus peut-on dire qu'elle explique, sans la justifier, l'avancée d'un droit pénal d'exception, offrant peu de garanties individuelles. Son développement peut inquiéter car il est concomitant à l'avancée à la fois des idées sécuritaires et des neurosciences<sup>2</sup>.

**19 Influence des doctrines : entre esprit de liberté et esprit de sécurité.**

Entre 2001 et 2012, le droit pénal français a été dominé par un discours sécuritaire (v. par ex. : loi du 9 septembre 2002 instaurant des sanctions éducatives contre les mineurs délinquants ; loi du 12 décembre 2005 instituant le placement sous surveillance électronique mobile pour les délinquants réputés dangereux ; loi du 10 août 2007 instaurant les peines minimales à l'encontre des récidivistes ; loi du 14 mars 2011 d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure) et victimophile (par exemple, loi du 5 mars 2007 créant la sanction-réparation ; loi du 25 février 2008 créant la rétention et la surveillance de sûreté des condamnés dangereux et permettant de juger les irresponsables). Cette législation était empreinte à la fois d'un certain néoclassicisme et d'un positivisme très rudimentaire, orienté vers la satisfaction des victimes (par ex. : loi du 10 mars 2010 renforçant les moyens d'imposer l'injonction de soins aux condamnés), ce qui a eu pour effet notamment de multiplier les dispositions pénales fondées sur le concept insaisissable de *dangerosité*<sup>3</sup>. D'aucuns y ont vu une forme de « populisme pénal »<sup>4</sup>, d'autres

1. Plus généralement sur le droit pénal des États totalitaires, V. H. Donnedieu de Vabres, *La crise moderne du droit pénal, La politique criminelle des États autoritaires*, Paris, 1938 (réimp. Dalloz, 2009, préf. J. Danet).

2. V. G. Casile-Hugues, « La responsabilité pénale à la lumière des neurosciences », *RPDP* 2012, 9 s.

3. V. G. Giudicelli-Delage, Ch. Lazerges (dir.), *La dangerosité saisie par le droit pénal*, PUF, IRJS, Les voies du droit, 2011 ; V. également à propos de ce livre, F. Fiechter-Boulvard, in « Savoirs pénaux, savoirs diffus », *L'Harmattan, L'Inscible* n° 5, 2013, p. 271 s.

4. V. D. Salas, *La volonté de punir, Essai sur le populisme pénal*, Hachette, 2005 ; V. p. 17 : « La peine n'est plus comprise comme la sanction d'une faute mais comme la réparation d'un tort ».

une idéologie du pragmatisme et de l'efficacité, au nom de la sécurité<sup>1</sup>. Mais l'efficacité et la sécurité peuvent emprunter d'autres voies, comme l'a montré la conférence de Consensus en 2013<sup>2</sup>, et comme l'ont pensé les rédacteurs de la loi du 15 août 2014, qui espéraient lutter contre la récidive en privilégiant l'individualisation des peines et en insufflant dans le Code pénal une logique d'*accompagnement* plutôt que d'*enfermement*<sup>3</sup>. Tel est notamment l'objectif de la peine de « contrainte pénale » qui devait se substituer progressivement aux courtes peines d'emprisonnement en matière correctionnelle, mais n'a pas obtenu le succès escompté. Tel est encore l'objectif qui figure dans un rapport remis au gouvernement, le 15 janvier 2018, sur le « sens et l'efficacité » et qui propose, entre autres, de revaloriser la peine de travail d'intérêt général ou les stages de sensibilisation, pour remplacer les courtes peines d'emprisonnement. Il s'agit de l'un des chantiers de la justice<sup>4</sup>, sur lequel s'appuie un projet de loi de programmation pour 2018-2022, présenté en Conseil des ministres le 19 avril 2018<sup>5</sup>.

Pour autant, les idées ou les nécessités sécuritaires n'ont pas reculé, notamment depuis la recrudescence des attentats terroristes en France, comme en témoignent la réforme de la législation antiterroriste du 13 novembre 2014, qui pérennise le droit d'exception<sup>6</sup>, ou la loi relative au renseignement du 24 juillet

1. M. Massé, J.-P. Jean, A. Giudicelli, *Un droit pénal postmoderne ? Mise en perspective des évolutions et ruptures contemporaines*, PUF, Droit et justice, 2009.

2. V. notamment E. Bonis-Garçon, « Vers un droit pénal raisonné ? À propos du rapport de la conférence de consensus du 20 février 2013 », *JCP G*, 2013, 285.

3. Sur cette loi n° 2014-896 dite « Taubira », du nom de la ministre de la Justice qui l'a initiée, V. not. les dossiers *AJ Pénal* 2015. 447 s. ; *Gaz. Pal. Spécialisée*, 2015, n° 142 à 143 ; V. aussi J.-H. Robert, « Punir dehors », *Dr. Pénal* 2014, Étude n° 16.

4. V. M. Lena, « Chantier de la justice "sens et efficacité des peines" : synthèse des propositions », *AJ Pénal* 2018, 77 ; M. Imbert-Quaretta, « Un regard sur le chantier de la Justice : sens et efficacité des peines », *AJ Pénal* 2018, 79.

5. Certains craignent que les propositions faites n'atteignent pas leur objectif, v. J. Goldszlagier, « La révolution des peines n'aura pas lieu », *AJ Pénal*, 2018, 234.

6. Loi n° 2014-1353, 13 nov. 2014 renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme : *JO* 14 nov. 2014, p. 19162 ; R. Ollard, O. Deslaunay, « La réforme de la législation antiterroriste ou le règne de l'exception pérenne », *Dr. Pénal* 2015, Étude n° 1 ; V. déjà C. Hennefier, *Dr. Pénal* 2014, Entretien, n° 2 ; V. également le dossier « Les nouvelles dispositions de la lutte contre le terrorisme », *AJ Pénal* 2014. 555 s.

2015<sup>1</sup>, qui conforte la logique d'anticipation, ou encore les différentes lois de 2016 et 2017 prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence<sup>2</sup> ainsi que la loi du 3 juin 2016 qui renforce les prérogatives des policiers et des procureurs dans la lutte contre le crime organisé et le terrorisme<sup>3</sup>, la loi du 21 juillet 2016 portant non seulement prorogation de l'état d'urgence mais aussi mesure de renforcement de la lutte antiterroriste<sup>4</sup>, ou encore la loi du 28 février 2017 relative à la sécurité publique<sup>5</sup>. Et ce mouvement a abouti à la loi du 30 octobre 2017 sur la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme, qui, malgré les invitations à la retenue de la doctrine<sup>6</sup>, a pérennisé des dispositions d'exception<sup>7</sup>. En l'occurrence, il s'est produit une mutation du droit pénal<sup>8</sup>, voire sa mise à l'écart<sup>9</sup> au profit d'une nouvelle matière « aux confins du droit administratif et du droit pénal » : le droit de l'antiterrorisme<sup>10</sup>.

1. L. n° 2015-912, 24 juill. 2015 relative au renseignement et Cons. const., n° 2015-713 DC, 23 juill. 2015 : *JO* 26 juill. 2015 ; O. Desaulnay, R. Ollard, « Le renseignement français n'est plus hors-la-loi », *Dr. pénal* 2015, Étude, n° 17.

2. V. en dernier lieu L. n° 2017-1154, 11 juill. 2017, *JO* 12 juill. 2017.

3. L. n° 2016-731, 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement : *JO* 4 juin 2016 ; E. Dupic, « La loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé et le terrorisme, *Perben III* de la procédure pénale française ? », *Gaz. Pal.*, 14 juin 2016, p. 12.

4. L. n° 2016-987, 21 juill. 2016, prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence et portant mesures de renforcement de la lutte antiterroriste : *JO* 22 juill. 2016 ; V. H. Matsopoulou, « La loi du 21 juillet 2016 prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence et portant mesures de renforcement de la lutte antiterroriste », *JCP G*, 2016, 911.

5. L. n° 2017-258, 28 févr. 2017 relative à la sécurité publique, *JO* 1<sup>er</sup> mars 2017 ; V. F. Fourment, « La loi n° 217-258 du 28 février 2017 relative à la sécurité publique dans ses aspects de droit pénal », *Dr. pénal*, 2017, Étude 12.

6. J. Leblois-Happe, O. Cahn, « Nouveau Projet de loi antiterroriste : attention danger ! », *JCP G* 2017, doctr., 815.

7. L. n° 2017-1510, 30 oct. 2017 : *JO*, 31 oct. 2017 ; v. E. Dupic, « Sécurité intérieure : une nouvelle loi renforçant les prérogatives du préfet pour lutter contre le terrorisme », *Gaz. Pal.* 2017, n° 38, p. 14 ; H. Matsopoulou, « La transposition dans le droit permanent des principales mesures de l'état d'urgence », *JCP G*, doctr., 1268.

8. V. Malabat, « Les mutations du droit pénal à l'épreuve de la lutte contre le terrorisme », in J. Alix, O. Cahn (dir.), *L'hypothèse de la guerre contre le terrorisme - implications juridiques*, Thèmes et commentaires, Dalloz, 2017, p. 172 s.

9. G. Beaussonie, « Le droit pénal écarté de la lutte contre le terrorisme », *RSC* 2017. 777 s. ; E. Raschel, « La sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme entre cadence et décadence : commentaire de la loi n° 2017-1510 du 30 octobre 2017 », *Dr. pénal* 2017, Étude 23 (l'auteur parle d'un « droit pénal contourné »)

10. J.-E. Gicquel, « Le droit de l'antiterrorisme, un droit aux confins du droit administratif et du droit pénal », *JCP G* 2017, doctr. 1039 ; v. égal. J. Alix, « La lutte contre le terrorisme entre prévention pénale et prévention administrative », in M. Touillier, *Le Code de la sécurité intérieure, artisan d'un nouvel ordre ou semeur de désordre ?*. Les sens du droit, Dalloz, 2017, p. 147 s. ; du même auteur « Quel place

D'une manière plus générale, toutes les doctrines ou les idées pénales ont inévitablement, à un moment ou à un autre, une influence sur le droit positif, car le droit pénal est politique par essence, mais il est difficile d'évaluer cette influence sur le plan des solutions techniques qui ont été politiquement reprises puis juridiquement appliquées<sup>1</sup>. Il est d'ailleurs difficile, d'un point de vue philosophique, de savoir si la peine a vraiment un sens ; tout au plus peut-on constater que sa pratique n'a jamais cessé et que l'on n'en voit pas encore la fin<sup>2</sup>. En revanche, l'héritage doctrinal et culturel est perceptible, lorsque l'on évoque les grands principes du droit pénal.

### § 3. Les principes

20 **Principes directeurs.** L'histoire et les différentes philosophies pénales nous ont légué trois principes directeurs, régulièrement enrichis par d'autres<sup>3</sup>, qui forment aujourd'hui l'ossature du droit pénal général : le principe de légalité **(A)**, le principe de culpabilité **(B)** et le principe de personnalité<sup>4</sup> **(C)**.

---

pour le droit pénal dans la lutte contre le terrorisme ? », in *Mélanges G. Giudicelli-Delage*, Dalloz, 2016, p.423 ;

1. Sur le mouvement de balancier entre « surenchère sécuritaire » et « désescalade humanitaire », V. C. André, « Alternance et politique pénale : le droit pénal français en quête de sens (1981-2015) », in *L'exigence de justice, Mélanges en l'honneur de Robert Badinter*, Dalloz, 2016, p. 1 s.

2. V. G. Casadamont, P. Poncela, *Il n'y a pas de peine juste*, Odile Jacob, 2004.

3. V. J.-B. Perrier, S. Cimamonti, « Naissance, la vie et la mort des principes en matière pénale », in *Les nouveaux principes de la matière pénale*, NPASC, t. XXVII, 2016, p. 151 s.

4. Il existe aussi des principes supérieurs qui gouvernent l'ordre juridique tout entier et qui trouvent à s'appliquer au droit pénal. Tel est le cas des *principes de nécessité et de proportionnalité*, contenus dans l'art. 8 de la DDH, qui commandent de modérer la répression : toutes les branches du droit les connaissent (« *Summum ius, summa injuria* », Cicéron, *De officiis*, 1, 10, 33 : « Droit porté à l'extrême, extrême injustice »), même si en matière pénale il est réversible et peut conduire si l'on n'y prend garde à un surcroît de répression. V. O. Cahn, K. Parrot (dir.), *Le principe de nécessité en droit pénal*, Lejep, Lextenso, 2013. Il en va de même du *principe de dignité*, qui a conduit progressivement à l'abandon des peines cruelles (v. B. Bouloc, *Droit pénal général, op. cit.*, n° 497) et qui justifie sans doute la prise en compte progressive des victimes dans le processus pénal. Mais ce type de principe matriciel n'est pas propre au droit pénal (v. pour une présentation générale P. Sargos, « Les sept piliers de la sagesse du droit : 12 janvier 1815-12 janvier 2015 », *JCP G* 2015, doct., 34). Il en va de même du *principe d'effectivité* du droit que l'on rencontrera en étudiant la peine voire du *principe d'égalité* devant la loi (v. par ex. Cons. const. n° 2004-496 DC, 10 juin 2004).

## A. Principe de légalité

**21** **Légalité formelle et légalité matérielle.** Le principe de légalité criminelle, hérité de la Révolution, est aujourd'hui susceptible de deux acceptions. Dans un sens formel traditionnel, repris par le Code pénal (C. pén., art. 111-3), il signifie qu'il n'y a pas d'incrimination sans texte (*nullum crimen sine lege*), ni de peine sans texte (*nulla poena sine lege*)<sup>1</sup>. Ce principe dit aussi de « textualité » a pour corollaire, comme nous le verrons, la nécessaire interprétation stricte de la loi pénale et la non-rétroactivité des lois pénales plus sévères. Il s'agit d'une garantie contre l'arbitraire dévoyé, qui trouve son expression la plus complète dans les articles 5, 7, et 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, lesquels sont intégrés au « bloc de constitutionnalité »<sup>2</sup> et concernent également la procédure pénale<sup>3</sup>. S'agissant plus précisément des infractions et des peines, ce principe est aussi affirmé par de nombreux textes internationaux, notamment par l'article 7 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950<sup>4</sup>. La Cour européenne des droits de l'homme estime qu'il s'agit d'un « élément essentiel de la prééminence du droit »<sup>5</sup>, ce qui est attesté par son caractère absolu et sa portée universelle<sup>6</sup>. Néanmoins, pour la Cour européenne, le principe de légalité ne doit pas être entendu uniquement dans un sens formel (la nécessité d'un texte pour pouvoir punir) mais aussi dans un sens matériel, comme la nécessité pour toute norme pénale, y compris non écrite, d'être conforme à un double principe de prévisibilité (les incriminations doivent être

1. Sur le sens du principe de la légalité, V. Ph. Conte, P. Maistre du Chambon, *Droit pénal général*, 7<sup>e</sup> éd., Armand Colin, 2004, n° 86 s.

2. Cons. const. n° 80-127, 19-20 janv. 1981, *JCP* 1981. II. 19701, note Franck ; *D.* 1982. 441, note A. Dekeuwer.

3. Selon le Conseil constitutionnel, le principe de légalité « s'impose non seulement pour exclure l'arbitraire dans le prononcé des peines, mais encore pour éviter une rigueur non nécessaire lors de la recherche des auteurs d'infractions », Cons. const. n° 2004-492 DC, 2 mars 2004, *JCP* 2004. II. 10048, note J.-C. Zarka.

4. Conv. EDH, art. 7, § 1 : « Nul ne peut être condamné pour une action ou une omission qui, au moment où elle a été commise, ne constituait pas une infraction d'après le droit national ou international. De même, il n'est infligé aucune peine plus forte que celle qui était applicable au moment où l'infraction a été commise ».

5. CEDH, 22 nov. 1995, *S.W. c. Royaume-Uni*, série A, n° 335-B.

6. V. également l'article 49 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

claires et accessibles) et de proportionnalité (les sanctions pénales doivent être mesurées). Cette conception plus réaliste provient des systèmes de *common law* où le juge avait originairement le pouvoir de créer des infractions (ce qu'il n'a plus) et avait donc mis en place des mécanismes d'autocontrôle, comme la règle du précédent et le principe de proportionnalité, pour exclure l'arbitraire<sup>1</sup>. La Cour européenne des droits de l'homme l'a fait sienne, au point qu'elle estime que l'important est la prédétermination des infractions par le droit, y compris le droit non écrit. Le droit français ne va pas aussi loin, même si, comme nous le verrons, il organise un contrôle de la qualité de la loi pénale et de la proportionnalité de la répression<sup>2</sup>, de sorte qu'il est important aujourd'hui, pour tout pénaliste, de bien connaître les mécanismes de contrôle permettant de s'assurer de la validité substantielle des normes pénales<sup>3</sup>.

- 22 **Légalité versus proportionnalité.** Mais l'évolution de loin la plus remarquable, qui pourrait transformer durablement la conception que l'on se fait de la légalité criminelle est certainement la conversion de la Cour de cassation elle-même au contrôle de proportionnalité<sup>4</sup>. Emboîtant le pas à la Cour européenne des droits de l'homme, la Haute juridiction française apprécie désormais la violation éventuelle des droits fondamentaux au regard de données factuelles relevées par les juges du fond, ce qui revient, en droit pénal, à vérifier que la répression pénale est bien proportionnée. Concrètement, cela signifie que le juge vérifie avant d'appliquer une règle de droit que son application est bien adéquate et nécessaire et qu'elle

1. Pour une comparaison, V. E. Grande, « Droit pénal, principe de légalité et civilisation juridique : vision globale », *Rev. dr. int. dr. comp.* 2004. 119 s. Pour une analyse du recul en France de la légalité formelle v. P. Maistre du Chambon, « Le déclin du principe de la légalité en matière pénale », *Mélanges Decottignies*, PUG, 2003, p. 209 s.

2. D. Zerouki, *La légalité criminelle. Enrichissement de la conception formelle par une conception matérielle*, thèse Lyon 3, 2001. V. également D. Rebut, « Le principe de la légalité des délits et des peines », in *Libertés et droits fondamentaux*, Dalloz, 2005, n° 684 s.

3. M. Bouchet, *La validité substantielle de la norme pénale*, Thèse Paris II, 2016 (pour cet auteur les principes supérieurs sont la mesure, la prévisibilité et l'équité).

4. D. de Bechillon, « Observations sur le contrôle de proportionnalité », *JCP G* 2016, suppl. au n° 1-2, 11 janv. 2016, p. 27. V. égal. B. de Lamy, « La chambre criminelle face au contrôle de proportionnalité en droit pénal européen (la proportionnalité est-elle l'avenir du droit pénal européen) », in D. Guerrin, B. de Lamy (dir.), *La chambre criminelle de la Cour de cassation face aux droits européens*, Institut universitaire Varennes, 2017, p. 115 s. ; E. Dreyer, F. Fourment (dir.), « La proportionnalité en matière pénale », *Gaz. Pal.* 2017, n° 36, Dossier, p. 64 s.

ne contrevient pas à des intérêts jugés supérieurs. Nous verrons que ce contrôle<sup>1</sup> affecte principalement la peine qui doit être proportionnée à la gravité de la faute<sup>2</sup>, mais qu'il concerne aussi l'opération de qualification par le biais de la justification<sup>3</sup>. On peut le regretter car le syllogisme s'en trouve nécessairement affecté et la loi perd de son autorité<sup>4</sup>. Et si, à cela, on ajoute la tentation pour la Cour de Cassation d'instaurer un filtrage des pourvois en cassation<sup>5</sup>, la légalité formelle sera bientôt définitivement reléguée aux oubliettes<sup>6</sup>. Toutefois, la sécurité juridique peut encore y trouver son compte si les critères du contrôle de proportionnalité sont bien définis car finalement ce contrôle, s'ajoutant à celui de la nécessité, n'a d'autre but que de faire respecter les articles 5 (« La loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la société ») et 8 (« La loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires ») de la DDH<sup>7</sup>.

## B. Principe de culpabilité

**23 Pas de peine sans faute.** Le second principe, également ancré dans notre tradition juridique, est le principe de culpabilité. D'influence chrétienne et d'origine en partie processuelle<sup>8</sup>, ce principe est certainement moins intangible que le principe de légalité. Il signifie qu'il n'y a pas d'infraction (donc pas de peine non plus) sans faute (« *Nullum crimen, nulla poena sine culpa* »)<sup>9</sup>. La faute dans son

1. V. M. Bouche, « L'utilisation du contrôle de proportionnalité par la Cour de cassation en droit pénal de fond », *RSC* 2018, p. 495 s. ; v. égal. M.-C. Sordido, « De la proportionnalité en droit pénal », *Mélanges J.-H. Robert*, LexisNexis 2012, p. 711 s.

2. V. ss 420.

3. V. ss.258 et pour le cas d'une journaliste infiltrée dans un parti politique sous une fausse identité, relaxée du chef d'escroquerie au nom de la liberté d'expression, au motif que ses agissements s'inscrivent « dans le cadre d'une enquête sérieuse, destinée à nourrir un débat d'intérêt général » : *Crim.* 26 oct. 2016, n° 15-83774, *JCP G* 2016, p. 1314, note G. Beaussonie et B. de Lamy.

4. V. P.-Y. Gauthier, « Éloge du syllogisme », *JCP G* 2015, 902.

5. E. Dreyer, « Le filtrage des pourvois ou la tentation pour la Cour de cassation d'agir en Cour suprême », *Gaz. Pal.* 12-13 juin 2015, n° 163 à 164.

6. Ph. Conte, « Le droit n'est plus le tennis, un juge vous le dira », *JCP G* 2016, 1405.

7. E. Jeuland, « Une approche non utilitariste du contrôle de proportionnalité », *JCP G* 2016, suppl. au n° 1-2, p. 24, n° 10.

8. Sous la Révolution, le Tribunal de cassation a contribué à forger ce principe en exigeant dans les questions posées au jury une « déclaration claire et séparée sur l'intention coupable », V. J. Ferrand, « Quand la forme l'emporte sur le fond : de l'incidence des formes processuelles sur la genèse de la théorie générale de l'infraction », *RSC* 2013, 505 s.

9. V. R. Sicurella, « *Nulla poena sine culpa* : un véritable principe commun européen ? », *RSC* 2002, 15 s.

aspect matériel (*actus reus*) et surtout moral (*mens rea*) est en effet le fondement classique de la répression pénale ; elle est l'objet du reproche. Traduisant un mépris de la norme, elle est traditionnellement rattachée à la volonté<sup>1</sup> : soit une volonté orientée vers le résultat de l'acte incriminé (le *dolus* ou l'intention), soit une volonté mal maîtrisée, qui conduit à un dommage, dont la production est incriminée (la *culpa* ou la faute au sens strict). Ce principe connaissait une importante atténuation avant l'entrée en vigueur du Code pénal actuel, puisqu'il existait des délits dits « matériels » pour lesquels la culpabilité morale était présumée de manière irréfragable à partir d'un simple comportement matériel. Mais la loi du 16 décembre 1992, relative à l'entrée en vigueur du nouveau Code pénal, a entendu supprimer ces délits « matériels », en précisant que les incriminations pour lesquelles aucune faute morale n'avait auparavant à être démontrée, demeurent constituées en cas d'imprudence, de négligence ou de mise en danger délibérée de la personne d'autrui, même lorsque la loi ne le prévoit pas expressément (art. 339)<sup>2</sup>. Seules certaines contraventions présentent encore cette particularité de pouvoir être constituées sans la démonstration préalable d'un élément moral : on parle de « fautes contraventionnelles ». En revanche, s'agissant des crimes et délits, ils supposent tous, pour être punissables, la preuve d'une faute intentionnelle ou, lorsque la loi le prévoit, non intentionnelle (C. pén., art. 121-3). Tout au plus faut-il signaler, en matière d'intention, que la jurisprudence a considérablement assoupli cette exigence, en se contentant très souvent d'une preuve par présomption voire par implication<sup>3</sup>, particulièrement

1. V. déjà le Digeste : « La volonté et l'intention sont la mesure des méfaits » (D. 47, 2, 54, pr.) ou « En matière de crime, on doit avoir égard à l'intention, non aux suites de l'acte » (D. 48, 8, 1, 3).

2. L'article 339 a fait l'objet de deux interprétations : l'une consistant à dire qu'il s'agissait d'un texte de droit transitoire ne concernant que les délits *extérieurs* au Code pénal constitués avant son entrée en vigueur ; et l'autre, inspirée par la circulaire, consistant à dire qu'il concernait tous les délits figurant dans des textes non seulement *antérieurs* mais aussi *postérieurs* à son entrée en vigueur. La Cour de cassation n'a pas vraiment tranché, elle préfère exercer une option entre les deux textes : pour certains délits, notamment en matière d'environnement, elle applique l'article 339 de la loi d'adaptation exigeant au minimum une imprudence, pour d'autres, plus nombreux, elle applique l'article 121-3, al. 1<sup>er</sup> du Code pénal et exige une intention.

3. V. par ex., Crim. 25 mai 1994, *Bull. crim.* n° 203 : « La seule constatation de la violation en connaissance de cause d'une prescription légale ou réglementaire implique de la part de son auteur, l'intention coupable exigée par l'article 121-3, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code pénal ».

dans le domaine du droit pénal économique. Mais sous cette dernière réserve, le principe de culpabilité reste vivace, de sorte qu'en l'absence de faute, mais en présence d'un simple état dangereux, il n'est pas possible de prononcer une peine, pas plus qu'il n'est possible, à l'inverse, de punir « la seule intention délictueuse », en l'absence d'élément matériel corroborant la faute<sup>1</sup>.

- 24 Culpabilité versus dangerosité.** Est-ce à dire que les doctrines positivistes et de défense sociale n'ont pas eu d'influence sur le droit positif ? Certainement pas : si la culpabilité est encore le moteur de la répression pénale, la dangerosité quant à elle permet d'en prendre la mesure. En effet, actuellement, culpabilité et dangerosité se combinent<sup>2</sup> au point que les peines s'accompagnent de plus en plus de mesures de sûreté destinées à anticiper l'avenir pour prévenir la récidive (par exemple, l'injonction de soins ou le placement sous surveillance électronique mobile, au titre du suivi socio-judiciaire de certains délinquants), que les incriminations se veulent preventives et que la justice pénale se dit prédictive<sup>3</sup>. Le droit pénal est alors mû par une recherche de rationalité prospective et scientifique<sup>4</sup> et glisse vers la criminologie<sup>5</sup> et l'expertise<sup>6</sup>. En 2008, le législateur a même expressément offert au juge la possibilité d'adopter, pour les délinquants réputés dangereux, une double voie : peine (réclusion) et mesure de sûreté (rétention ou surveillance de sûreté). La réponse à la criminalité ne repose donc plus uniquement sur le châtement (sanction d'une faute) mais aussi sur le traitement (sanction d'un état dangereux), allant de l'obligation éducative au placement en rétention, en passant par diverses mesures de surveillance ou de soins.

---

1. Cons. const., 7 avr. 2017, n° 2017-625 QPC, Mamadou S. (entreprise individuelle terroriste), cons. n° 13 *in fine* ; JCP G 2017, 670, note S. Pellé.

2. V. M. Delmas-Marty, *Pour un droit commun*, Seuil, 1994, p. 19.

3. M. Delmas-Marty, « Vers une justice pénale prédictive », in *Mélanges G. Giudicelli-Delage*, Dalloz, 2016, p. 57 s.

4. X. Pin, « Une politique criminelle en quête de rationalité : le cas français », in J. Boulad-Ayoub, M. Antaki, P. Robert (dir.), *Rationalité pénale et démocratie*, PU Laval 2013, p. 29 s.

5. V. F. Fiechter-Boulevard, « Des liens entre la criminologie et le droit pénal : propos autour de la dangerosité », *Arch. pol. crim.* 2009, n° 31, p. 265.

6. A. Coche, « Faut-il supprimer les expertises de dangerosité ? », *RSC* 2012. 21.

## C. Principe de personnalité

- 25 **Imputabilité et responsabilité personnelle.** Enfin, le dernier grand principe est certainement celui qui est le plus profondément ancré dans notre tradition juridique<sup>1</sup>, à savoir celui de la personnalité de la répression. Ce principe de personnalité irradie tant l'infraction que la peine et signifie que la punition ne doit en principe affecter que l'auteur de l'infraction.

Plus précisément, s'agissant de l'infraction, il signifie que tout acte n'entraîne la répression de son auteur que s'il lui est imputable personnellement (C. pén., art. 121-1). Sous certaines réserves qui seront étudiées plus loin, il n'existe en effet pas de « responsabilité pénale du fait d'autrui » et l'imputabilité subjective demeure la condition essentielle de toute reconnaissance de culpabilité : un individu n'est coupable donc punissable que s'il a compris et voulu son acte.

- 26 **Individualisation.** S'agissant de la peine, le principe de personnalité a pour corollaire le principe d'individualisation des peines (C. pén., art. 132-1) et est illustré par la personnalisation de la répression (C. pén., art. 132-24), c'est-à-dire l'adaptation de la peine à la personne condamnée (prise en compte de son passé, de son âge, de sa santé, de sa situation matérielle, familiale et sociale) pour favoriser son insertion ou sa réinsertion (au moins en ce qui concerne les personnes physiques). Ce principe peut apparaître comme contraire au principe d'égalité de tous devant la loi car individualiser la peine, c'est « l'inégaliser pour des fautes égales » (G. Tarde) mais il faut bien reconnaître que c'est un principe réaliste, qui invite le juge à tenir compte des particularités de chaque délinquant pour faciliter l'effectivité voire l'efficacité de la répression. Ce pouvoir d'individualisation des peines a été élevé au rang des principes constitutionnels<sup>2</sup>, d'abord par son rattachement au principe de nécessité des peines puis de manière autonome, pour finalement être inscrit en 2014 dans le Code pénal (C. pén., art. 132-1).

1. V. déjà le Digeste : « Le crime ou la peine du père ne peuvent imprimer aucune souillure à son fils » (D. 48, 19, 26) ou des adages tels que « Tous délits sont personnels », « Qui fait la faute, il la boit », « Mon père vole, est pendu un voleur » ; V. A. Laingui, « Les adages du droit pénal », RSC 1986. 46.

2. Cons. const., 22 juill. 2005, n° 2005-520 DC, consid. 3.

On observera enfin que ces trois grands principes (légalité, culpabilité, personnalité) permettent de bien distinguer la « responsabilité » pénale de la responsabilité civile<sup>1</sup> et qu'ils constituent, du fait de leur longue maturation, l'essence même du droit pénal *général*. Ils sont à ce titre inscrits dans le Code pénal.

## § 4. Le Code pénal

**27 Lois pénales, Code pénal et droit pénal général.** La législation pénale n'est pas entièrement contenue dans le Code pénal, et elle ne le sera sans doute jamais<sup>2</sup>. Il existerait en effet plus de 10 000 infractions, dont seulement 2 500 environ dans le Code pénal ; la plupart figure dans des dispositions non codifiées ou dans d'autres Codes : il suffit par exemple d'ouvrir un Code de la route pour constater qu'il s'agit en réalité d'un Code pénal de la route. Néanmoins, le Code pénal reste un instrument à part non seulement parce qu'il est un instrument emblématique qui permet de saisir dans un *corpus* unique l'orientation pénale d'une Nation à un moment donné, mais aussi parce qu'il constitue encore la principale – mais pas l'unique – source de droit pénal *général* – objet du présent Cours (C. pén., art. 111-1 à 133-7 et R. 610-1 à R. 610-5)<sup>3</sup> – lequel doit être défini, par opposition au droit pénal spécial<sup>4</sup>, comme l'ensemble des règles de fond, issues d'une longue tradition, applicables à *toutes* les infractions et à *toutes* les peines<sup>5</sup>.

1. La responsabilité civile en effet ne suppose pas de cas limitativement énumérés par la loi ; elle peut être retenue sans faute ; elle ne suppose plus l'imputabilité et peut naître du fait d'autrui.

2. J.-B. Thierry, « La question de la complétude du Code pénal vue au travers de son Livre V », in *La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale, Opinio doctorum*, Dalloz, 2009, p. 11 s.

3. Même si la tendance est aujourd'hui au morcellement : certaines règles de droit pénal général figurent dans le Code de procédure pénale (dispositions sur l'exécution des peines) ou dans des textes particuliers (not. dans l'Ord. n° 45-174, 2 févr. 1945 sur l'enfance délinquante).

4. Le droit pénal spécial, qui historiquement a devancé le droit pénal général, comprend les règles propres à chaque infraction (meurtre, vol, escroquerie, viol, etc.). Pour approfondir, V. notamment V. Malabat, *Droit pénal spécial*, 7<sup>e</sup> éd., Dalloz, Hypercours, 2015 ; M.-L. Rassat, *Droit pénal spécial, Infractions du Code pénal*, 8<sup>e</sup> éd. Dalloz, Précis, 2018 ; Ch. André, *Droit pénal spécial*, Dalloz, Cours, 4<sup>e</sup> éd. 2017 ; A. Lepage, H. Matsopoulou, *Droit pénal spécial*, PUF Thémis, 2015 ; J. Pradel, M. Danti-Juan, *Droit pénal spécial*, 7<sup>e</sup> éd., Cujas, 2017 ; E. Dreyer, *Droit pénal spécial*, Ellipses, Cours magistral, 2<sup>e</sup> éd. 2012. Le droit pénal spécial connaît de nombreuses subdivisions *ratione materiae* telles que le droit pénal des affaires (v. not. J. Larguier, Ph. Conte, *Droit pénal des affaires*, Armand Colin, U, 11<sup>e</sup> éd., 2004 ; W. Jeandier, *Droit pénal des affaires*, 6<sup>e</sup> éd., Dalloz, Précis, 2005 ; M. Véron, *Droit pénal des affaires*, Dalloz, Cours, 11<sup>e</sup> éd., 2016) ou le droit pénal du travail (E. Fortis, A. Cœuret, *Droit pénal du travail*, 5<sup>e</sup> éd., LexisNexis, Manuel, 2012).

5. Pour une définition du droit pénal général, V. Y. Mayaud, *Droit pénal général*, 5<sup>e</sup> éd., PUF, Droit fondamental, 2015, n° 2 s., V. également B. Bouloc, *Droit pénal général*, 25<sup>e</sup> éd., Dalloz, Précis, 2017 ;

**28 Code pénal de 1994 : « le dernier Code ? »** Le Code pénal est le fruit de quatre lois du 22 juillet 1992, entrées en vigueur le 1<sup>er</sup> mars 1994. Ce Code a remplacé celui de 1810 qui, à force d'ajouts, n'était certes plus le Code de « l'époque des diligences », mais méritait une refonte formelle : sa partie générale était anémique et sa partie spéciale présentait les infractions contre les particuliers après les crimes et délits contre la chose publique, ce qui était le signe d'une époque révolue ; les multiples numéros d'articles et les renvois – notamment au Code de procédure pénale (dispense de peine, sursis, semi-liberté, application de la loi dans l'espace) – alourdissaient l'ensemble ; certains points ont été jugés dignes d'être modernisés (ex. : l'état de « démence » remplacé par le « trouble psychique ou neuropsychique »)<sup>1</sup>. Du point de vue des idées, ce Code de 1994 est un texte de compromis, fruit d'une époque où les idées ne sont guère tranchées : alors que le Livre I (Partie générale) devait beaucoup à la défense sociale nouvelle (par exemple, les alternatives à l'emprisonnement), il fait aujourd'hui de plus en plus de place aux mesures visant à lutter contre un état dangereux (par exemple le placement sous surveillance électronique à titre de mesure de sûreté) et les Livres II à V (Partie spéciale) sont de plus en plus répressifs.

D'un point de vue formel, son élaboration a été chaotique<sup>2</sup> et son évolution n'est pas très méthodique. Si sa partie générale (Livre I<sup>er</sup>) est structurée selon un plan simple et logique, en traitant successivement de la « loi pénale », de la « responsabilité pénale »<sup>3</sup> et de la « peine », on peut néanmoins être très réservé sur la numérotation des articles qui se voulait systématique mais qui n'est pas

J. Pradel, *Droit pénal général*, 21<sup>e</sup> éd., Cujas, 2016 ; E. Dreyer, *Droit pénal général*, 3<sup>e</sup> éd., LexisNexis, 2014 ; pour les examens, V. J. Larguier, Ph. Conte, P. Maistre du Chambon, *Droit pénal général*, 22<sup>e</sup> éd., Dalloz, Mémento, 2014. Sur les interactions entre le droit pénal général et le droit pénal spécial v. G. Vermelle, « Du droit pénal général reconfiguré par le droit pénal spécial (échantillons) », *Mélanges Pradel*, Cujas, 2006, p. 645 s.

**1.** Sur les raisons de la révision, V. R. Badinter, *Projet de nouveau Code pénal*, Dalloz, 1988.

**2.** V. P. Poncela, P. Lascoumes, *Réformer le Code pénal : où est passé l'architecte ?* PUF, Les voies du droit, 1998.

**3.** Le concept de « responsabilité pénale », qui recoupe ceux de culpabilité et d'imputabilité, n'est apparu en législation qu'avec le Code pénal de 1994 ; le Code de 1810 traitait bien dans son Livre II « Des personnes punissables, excusables ou responsables », mais le mot responsable renvoyait à la responsabilité civile. Plus généralement, V. M. Villey, « Esquisse historique sur le mot responsable », *APD* XXII, 1977, p. 45 s.

facilement mémorisable<sup>1</sup>, ou sur l'existence d'un Livre V (« des autres crimes et délits ») qui n'a pas réellement de contenu et d'unité, ainsi que sur certains regroupements qui ne tiennent pas compte de la nature profonde des règles concernées (par ex. les causes d'irresponsabilité et d'atténuation de la responsabilité sont confondues dans un même chapitre alors que certaines sont objectives et d'autres subjectives). Sans compter qu'il s'agit d'un Code qui enfle de manière permanente et pas toujours cohérente : ainsi, il a été augmenté, avec la loi n° 2010-930 du 9 août 2010 portant adaptation du droit pénal à l'institution de la Cour pénale internationale, d'un Livre IV *bis* consacré aux crimes et délits de guerre. Du reste, de 787 articles en 1994, il est passé à plus de 1 200 articles aujourd'hui<sup>2</sup>. En vingt ans<sup>3</sup>, sa partie générale a évolué sous l'emprise de courants contraires, tantôt plus libéraux, tantôt plus sécuritaires, sa partie spéciale a enflé et été régulièrement modifiée pour suivre les exigences des textes européens et internationaux ou des Cours européennes, si bien que la question de sa réforme voire de son abrogation, au profit d'une autre forme de législation pénale, se pose déjà<sup>4</sup>.

Quant au fond, le Code a consacré, de manière plus ou moins explicite, les principes de légalité (C. pén., art. 111-3), de culpabilité (C. pén., art. 121-3) et de personnalité (C. pén., art. 121-1 et 132-24) et introduit des innovations comme la responsabilité des personnes morales (C. pén., art. 121-2), l'erreur de droit (C. pén., art. 122-3) ou la suppression des minima légaux dans l'énoncé

1. Chaque numéro est en principe composé d'un chiffre accolé à un nombre à trois décimales qui renvoie aux trois niveaux du plan : livre, titre, chapitre. Ex. C. pén., art. 221-1 (meurtre) = art. 1<sup>er</sup> du Livre II (les personnes) du Titre II (atteintes à la personne), du Chapitre 1 (atteinte à la vie). Lorsque le législateur ajoute une ou plusieurs dispositions intermédiaires, il est alors conduit à accoler un deuxième chiffre, ce qui augmente le risque d'erreurs de frappe (ex. C. pén., art. 131-36-1 à 131-36-8 sur le suivi socio-judiciaire ; 131-36-9 à 131-36-13 sur le placement sous surveillance électronique mobile ; C. pén., art. 225-16-1 à 225-16-3 sur le bizutage).

2. Pour les principaux, V. Y. Mayaud, *Les grands articles du Code pénal*, Dalloz, 2<sup>e</sup> éd. 2015.

3. V. L. Saenko (dir.), « Le nouveau Code pénal, 20 ans après, État des questions », LGDJ/Lextenso, 2014 ; G. Roujou de Boubée, « Code pénal, vingt ans après », *D.* 2014, 549 ; J. Pradel, « Notre Code pénal, vingt ans à peine et déjà des dérivés qui n'ont pas attendu le nombre des années » : *JCP G*, 2014, libre propos, n° 259 ; du même auteur, « La notion de Code pénal à la lumière du droit comparé », *RDPD* 2014, 515 s. ; J.-H. Robert, « Le Code pénal vingt ans après », *Dr. pénal* 2014, Repère n° 3.

4. M. Delmas-Marty, « Le dernier Code pénal ? », in L. Saenko (dir.), *op. cit.*, Préface, p. XI s. ; V. aussi M. van de Kerchove, « Pourquoi punir au-delà d'un Code pénal ? Réflexions à partir du droit belge », in L. Saenko (dir.), *op. cit.*, p. 183 s.

des peines. Il a également consacré ou clarifié des solutions jurisprudentielles en matière d'état de nécessité (C. pén., art. 122-7) ou d'appréciation par le juge répressif de la légalité d'un règlement administratif (C. pén., art. 111-5).

Le premier titre sur la loi pénale a été peu remanié depuis 1994 : les ajouts les plus notables sont le fruit de lois renforçant la lutte contre le terrorisme ; ainsi, depuis 2012, il est possible de juger en France des faits de terrorismes commis hors du territoire (C. pén., art. 113-13) et depuis 2016, est réputé commis sur le territoire français tout crime ou tout délit réalisé au moyen d'un réseau de communication électronique, lorsqu'il est tenté ou commis au préjudice d'une personne physique résidant en France ou d'une personne morale ayant son siège en France (C. pén., art. 113-2-1). Le titre sur la responsabilité pénale a été davantage modifié, suivant des philosophies différentes qui lui ont fait perdre de sa cohérence, d'abord par une loi du 10 juillet 2000 censée dépenaliser une partie de la délinquance d'imprudence (C. pén., art. 121-3), ensuite par une loi du 9 mars 2004 généralisant la responsabilité des personnes morales (C. pén., art. 121-2). Enfin, c'est le titre sur la peine qui a été le plus touché, avec de manière notable l'introduction du suivi socio-judiciaire en 1998, du placement sous-surveillance mobile à titre de mesure de sûreté en 2005, de la sanction-réparation et des peines minimales en 2007 et surtout l'inscription pour la première fois en 2014 d'une définition des finalités et des fonctions de la peine (C. pén., art. 130-1) – mais pas des mesures de sûreté – et la consécration par la même loi du principe de l'individualisation des peines (C. pén., art. 132-1). Entre-temps, il est notable que les dispositions concernant les mesures de sûreté et l'exécution des peines se sont surtout développées dans le Code de procédure pénale (C. pr. pén., art. 706-47 s., art. 707 s.), au point de faire naître une nouvelle branche du droit à cheval sur les deux Codes : le droit de la peine<sup>1</sup>.

La partie spéciale a été beaucoup remaniée, notamment par l'introduction d'infractions dont le régime est dérogatoire par rap-

---

1. E. Bonis-Garçon, V. Peltier, *Droit de la peine*, LexisNexis, Manuel, 2<sup>e</sup> éd. 2014.

port aux règles générales de la responsabilité, de sorte qu'un auteur a pu se demander s'il était encore possible d'enseigner le droit pénal général<sup>1</sup>. Le présent *Cours* tentera de démontrer que oui, dès lors que le droit pénal général ne se résume pas aux règles contenues dans la partie générale du Code. Il est fait de synthèses et de constructions théoriques qui se renouvellent constamment, non seulement à partir du droit pénal spécial contenu dans le Code mais aussi à partir du droit européen ou encore en contrepoint voire en complément d'un droit pénal *spécialisé* qui se développe hors du Code (droit pénal de la presse, droit pénal douanier, droit pénal fiscal, droit pénal du travail, droit pénal de l'urbanisme, droit pénal de l'environnement, etc.). Ce droit spécialisé a besoin sinon d'une régénéralisation<sup>2</sup>, du moins d'un tronc commun<sup>3</sup>, fait de tradition et de régénération : tel est l'objet du droit pénal général, qui a besoin autant de soubassements philosophiques et criminologiques<sup>4</sup> que de constructions théoriques et juridiques<sup>5</sup>.

- 29 **Plan.** Dans cette perspective, il convient de présenter ce *Cours*, en suivant les trois grandes étapes de tout raisonnement pénal face à des faits de violence, de ruse ou d'indiscipline. La démarche consiste à rechercher, en s'appuyant sur les principes précédemment décrits, d'abord si ces faits sont interdits par la *loi* pénale (PREMIÈRE PARTIE), pour élaborer ensuite un « verdict » de culpabilité, à partir du constat de l'infraction (DEUXIÈME PARTIE) – et choisir enfin une « sentence » adaptée : la peine (TROISIÈME PARTIE).

---

1. D. Mayer, « Peut-on encore enseigner le droit pénal général ? », *Mélanges J.-H. Robert*, Litec, 2012, p. 521 s.

2. G. Beaussonie (dir.), *Faut-il « régénéraliser » le droit pénal ?*, LGDJ, Grands Colloques, 2015.

3. V. B. de Lamy (dir.), *Le droit pénal spécial à l'épreuve du droit pénal et de la procédure pénale*, *Dr. pénal* 2013, études n° 2 à 9.

4. V. X. Pin, « Quelles perspectives pour le droit pénal ? », *Revue de droit d'Assas*, n° 13-14, 2017, p. 155 s.

5. V. J. Leroy (dir.), *Faut-il « rethéoriser » le droit pénal ?*, LexisNexis, 2016

international.scholarvox.com:ENCG Marrakech:715618305:88866242:196.200.176.177:1580720413

## LA LOI PÉNALE

---

**30 « Loi pénale ».** L'expression « loi pénale » doit être comprise comme désignant la règle ou la norme de droit pénal, qu'il s'agisse d'une loi au sens strict ou d'un règlement. Le Titre I<sup>er</sup> du Livre I<sup>er</sup> du Code pénal entend sous ce terme à la fois les normes qui comportent une incrimination et une peine (lois pénales de fond) et les normes qui édictent des règles gouvernant la recherche des auteurs d'infractions, leur poursuite et leur jugement par les juridictions judiciaires (lois pénales de forme). Ce rapprochement s'explique parce que le droit pénal de fond est indissociable de la procédure pénale<sup>1</sup>, qui est l'instrument de sa mise en œuvre, le trait d'union entre l'infraction et la peine – c'est d'ailleurs une particularité du droit pénal qui, à la différence du droit civil, ne peut exister sans action. D'ailleurs la plupart des réformes touchant à la justice pénale comportent aussi des dispositions de droit pénal de fond<sup>2</sup>. Néanmoins, pour des raisons tenant à la délimitation des programmes d'enseignement et à la cohérence des matières, l'accent sera surtout mis dans le présent ouvrage sur la loi pénale de fond.

---

1. V. not. B. Boulloc, *Procédure pénale*, 25<sup>e</sup> éd., Dalloz, Précis, 2016 ; É. Verny, *Procédure pénale*, 5<sup>e</sup> éd., Dalloz, Cours, 2016 ; J. Pradel, *Procédure pénale*, Cujas, 17<sup>e</sup> éd. 2013 ; F. Desportes et L. Lazerges-Cousquier, *Traité de procédure pénale*, Economica, 3<sup>e</sup> éd. 2013.

2. V. par ex. à propos de la loi n<sup>o</sup> 2016-1547 du 18 nov. 2016 dite « Justice du XXI<sup>e</sup> siècle », J.-B. Perrier, « La justice pénale du XXI<sup>e</sup> siècle », *Dr pénal* 2017, Étude n<sup>o</sup> 2 ; S. Detraz, « Les dispositions pénales de la loi de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle », *JCP G*, 1305.

- 31 « **Matière pénale** ». Pour la même raison de cohérence, la loi pénale ne sera pas confondue avec la notion autonome de « matière pénale » au sens que lui donne la Cour européenne des droits de l'homme pour étendre largement les garanties du procès équitable (Conv. EDH, art. 6) et le principe de la légalité des délits et des peines (Conv. EDH, art. 7). Cette dernière notion s'étend en effet à des infractions et sanctions disciplinaires ou administratives<sup>1</sup>, chaque fois que la Cour européenne en raison soit de la qualification juridique de l'infraction, soit de la nature même de celle-ci, soit de la nature et du degré de sévérité de la sanction, estime qu'elle revêt un caractère pénal<sup>2</sup>. Ainsi, la Cour européenne a notamment décidé que relevait de la matière pénale la sanction administrative du retrait de points en matière d'infractions à la circulation routière<sup>3</sup>, alors que, pour la Cour de cassation, cette mesure ne présente pas le caractère d'une sanction pénale et qu'en conséquence son fondement légal échappe à l'appréciation du juge répressif<sup>4</sup>. De la même façon, le Conseil constitutionnel a dégagé les contours d'une « matière pénale » qui lui est propre, en recourant à la notion de « sanction ayant le caractère d'une punition », mais cette matière, aux limites incertaines, ne coïncide pas pleinement avec le droit pénal, tel que nous l'entendons<sup>5</sup>.
- 32 **Plan.** Il convient donc de déterminer précisément ce qu'est la loi pénale (TITRE 1) avant d'envisager son application (TITRE 2).

1. Cette conception large est retenue car « si les États contractants pouvaient à leur guise qualifier une infraction de disciplinaire ou de pénale [...] le jeu des clauses fondamentales des articles 6 et 7 se trouverait subordonné à leur volonté souveraine. Une latitude aussi étendue risquerait de conduire à des résultats incompatibles avec le but et l'objet de la Convention » ; CEDH 8 juin 1976, *Engel et autres c. Pays-Bas*, série A, n° 22, p. 81 ; V. J. Pradel, G. Corstens, G. Vermeulen, *Droit pénal européen*, 3<sup>e</sup> éd., Dalloz, Précis, 2009, n° 372.

2. V. par ex., parmi une jurisprudence fournie depuis l'arrêt *Engel*, CEDH 21 oct. 1997, *Bloch c. France*, Rec. CEDH 1997, p. 2224, § 53. Plus généralement, V. F. Massias, « Le champ pénal européen selon la Cour européenne des droits de l'homme : interprétation autonome et applicabilité des articles 6 et 7 de la Convention européenne des droits de l'homme », *Mélanges Ottenhof*, Dalloz, 2006, p. 89 s.

3. CEDH, 23 sept. 1998, *Malige c. France*, RSC 1999. 145 s., obs. F. Massias.

4. Crim. 6 juill. 1993 : *Bull. crim.* n° 240 ; D. 1994. 33, note P. Couvrat et M. Massé ; Crim. 15 févr. 1995, *Bull. crim.* n° 68 ; RSC 1996. 116, obs. B. Bouloc.

5. V. E. Dreyer, « Le conseil constitutionnel et la "matière" pénale – La QPC et les attentes déçues... », *JCP* 2011. 976 ; et à propos des diverses sanctions punitives, V. ss 351.

## LA DÉTERMINATION DE LA LOI PÉNALE

---

- 33 Autonomie de la loi pénale.** Un premier élément de détermination de la loi pénale est certainement son autonomie par rapport aux règles de nature civile ou administrative. En effet, malgré l'aphorisme déjà cité de Rousseau selon lequel « les lois criminelles sont moins une espèce particulière de lois que la sanction de toutes les autres », le droit pénal est autonome dans la mesure où les définitions, les sanctions et les principes qu'il comporte lui sont propres. Inversement, les concepts des autres disciplines sont sans incidence en droit pénal car chaque matière poursuit ses propres finalités<sup>1</sup>. Par exemple, la notion de domicile : en droit civil, c'est le lieu du principal établissement ; en droit pénal, ce peut être tout autre lieu, à l'intérieur duquel l'individu a droit à ce que son intimité soit protégée ; il peut donc y avoir violation de domicile (C. pén., art. 226-4) par la pénétration forcée ou le maintien dans une chambre d'hôtel, une chambre d'hôpital ou une cave<sup>2</sup>. De

---

**1.** V. J.-L. Goutal, « L'autonomie du droit pénal : reflux et métamorphose », *RSC* 1980. 911 s. ; F. Alt-Maes, « L'autonomie du droit pénal, mythe ou réalité d'aujourd'hui ou de demain ? », *RSC* 1987. 347.

**2.** Bien d'autres concepts ou notions sont interprétés de manière autonome, V. par ex. Crim. 19 mars 2003, *JCP* 2003. I. 178, n° 11, obs. E. Dreyer (qualité de « personne chargée d'une mission de service public » appliquée à des journalistes pigistes poursuivis pour corruption passive) ; Crim. 15 nov. 2005, *JCP* 2005. II. 10057, note J.-Y. Maréchal (concept de « testament » interprété comme un « acte gravement préjudiciable » dans une poursuite pour abus de faiblesse).

même, la nullité d'un titre ne fait pas obstacle à sa prise en compte en droit pénal, notamment en cas d'extorsion d'une signature, d'un engagement ou d'une renonciation (C. pén., art. 312-1). Semblablement, le droit pénal ne connaît pas la rétroactivité : ainsi la nullité d'un contrat, qui conduit à son anéantissement rétroactif, n'est pas un obstacle à la condamnation du contractant indélicat qui a réalisé un abus de confiance (C. pén., art. 314-1), alors même que l'existence du contrat est une condition préalable à cette infraction<sup>1</sup>. Cela dit, l'autonomie peut être critiquée lorsqu'elle est un moyen pour élargir le champ de la responsabilité pénale. Par exemple, la jurisprudence se livre à une interprétation autonome de la notion de représentant de la personne morale, qui conduit à élargir le domaine de la responsabilité des personnes morales<sup>2</sup>. L'autonomie du droit pénal doit, en effet, rester uniquement d'ordre technique, elle ne doit pas être l'occasion d'un développement incontrôlé du droit pénal, qui serait contraire à la nécessaire autolimitation de la matière.

- 34 Autolimitation de la loi pénale – Principe de nécessité.** Un second élément caractéristique de la loi pénale est sa soumission à un principe plus général d'économie<sup>3</sup>, de nécessité<sup>4</sup>, de subsidiarité<sup>5</sup> ou d'autolimitation qui implique son aspect fragmentaire ou « discontinu » (Portalis)<sup>6</sup>. Ce principe est le fondement d'une société libérale car, à trop étendre la pénalisation, on risquerait de rendre le droit pénal oppressif donc, à terme, ineffectif : plus personne ne serait criminel, si tout le monde l'était. Autrement dit, la sanction pénale ne doit être qu'une *ultima ratio* et n'être employée que lorsque l'on peut en attendre un effet utile. Montesquieu, avant Beccaria, l'avait dit en estimant que tout châtement qui ne décou-

1. V. J. et A.-M. Larguier, « Le rejet de l'analyse rétroactive en droit pénal », RSC 1972. 759 s.

2. V. J.-H. Robert, « Les préposés délégués sont-ils les représentants de la personne morale ? », *Mélanges Couvrat*, PUF, 2001, p. 383.

3. V. J.-P. Doucet, « La loi pénale », 3<sup>e</sup> éd., *Gaz. Pal.*, 2003, chap. prélim. n° 123 et <http://ledroitcriminel.free.fr>.

4. V. R. Parizot, « Pour un véritable principe de nécessité des incriminations », in *Mélanges Ch. Lazerges*, Dalloz, 2014, p. 244 s.

5. V. E. Dreyer, « La subsidiarité du droit pénal », in *Mélanges J.-H. Robert*, LexisNexis, 2012, p. 247 s.

6. On dit d'ailleurs du Code pénal qu'il est « la grande charte des criminels » (F. von Liszt) car, par la force des choses, il existe toujours des comportements violents, malhonnêtes ou indisciplinés qui ne sont pas incriminés.

lerait pas d'une nécessité absolue serait tyrannique. Les articles 5 et 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen le proclament également, en disposant que « la loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la société » et qu'elle « ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires ». Plus près de nous, le Comité européen pour les problèmes criminels a recommandé aux législateurs nationaux en 1980 d'encadrer le processus de pénalisation en veillant à ce que l'incrimination de tel ou tel comportement s'accorde avec les objectifs du système pénal ; et surtout le Conseil constitutionnel a reconnu les principes de nécessité et de proportionnalité des incriminations et des peines<sup>1</sup>. Quant au législateur, il ressent parfois lui-même le besoin d'alléger la pression pénale en procédant soit à la « décriminalisation », c'est-à-dire à la suppression de tout interdit, soit à la « dépénalisation », qui consiste à conserver l'interdit mais en le faisant sortir du champ pénal<sup>2</sup>. On rencontre ce phénomène, d'abord, lorsque les mœurs ont évolué et que les citoyens ont gagné une liberté (par exemple la suppression des délits d'adultère, d'homosexualité, d'avortement, de vagabondage et de mendicité) ou lorsque les textes d'incriminations tombent en désuétude<sup>3</sup>. Néanmoins, en termes d'allègement du droit pénal, ce mouvement est difficile à évaluer car il entraîne parfois une nouvelle pénalisation pour ceux qui s'opposent à l'évolution (par exemple, le délit d'entrave à l'interruption de grossesse) voire une renaissance de l'ancienne pénalisation sous une autre forme (par exemple, la contravention de violation d'un arrêté anti-mendicité). Il y a ensuite dépénalisation lorsque le législateur est découragé par une délinquance de masse (dépénalisation partielle du droit pénal bancaire en 1991), ou lorsque des sanctions de nature civile ou administrative plus souples sont préférées (dépénalisation du droit pénal des sociétés, du droit de la concurrence, du droit des marchés financiers en 2001 et 2003, substitution de sanctions administratives aux sanctions pénales en droit de la

---

1. Cons. const. 16 juill. 1996, *JCP* 1996. II. 22709, note Nguyen Van Tuong.

2. V. J.-H. Robert, « La dépénalisation », *Archives Phil. dr.*, 1997, t. 41, p. 191 s.

3. Mais encore faut-il que le législateur soit alerté, V. par ex. A. Lévy, J. Monin de Flaugergues, « Le délit de non-déclaration de seuil : une infraction désuète », *Dr. pénal* 2015, Étude n° 22.

consommation en 2014, en matière de contraventions de stationnement en 2018 ou en droit du travail en 2016)<sup>1</sup>. Néanmoins, à l'époque contemporaine, la dépenalisation est souvent ambiguë (par exemple, la dépenalisation du droit économique)<sup>2</sup> et le principe d'autolimitation est souvent oublié à la faveur d'une pénalisation croissante<sup>3</sup> voire d'une surpénalisation de la vie sociale<sup>4</sup>.

**Plan.** Or, cette dernière tendance est fâcheuse car elle compromet la définition même de la loi pénale, en affectant à la fois sa nature (CHAPITRE 1) et ses formes (CHAPITRE 2).

---

1. V. par ex. J.-H. Robert, «Dépenalisation des manquements aux règles de stationnement payant», *Dr. Pénal* 2017, étude, n° 25.

2. V. à propos du rapport du groupe de travail sur la dépenalisation de la vie des affaires (prés. J.-M. Coulon), Dossier : «Quelle dépenalisation pour le droit des affaires ?», *AJ pénal* 2008. 61 s. ; H. Matsopoulou, «Un premier regard sur la dépenalisation de la vie des affaires», *D.* 2008. 864 s. V. également V. Valette-Ercole, «La loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation : entre dépenalisation et pénalisation», *Dr. pénal* 2014, Étude 13.

3. V. «La pénalisation», *Pouvoirs* 2009, n° 128, p. 5 à 121 ; également O. Mouysset, *Contribution à l'étude de la pénalisation*, LGDJ, 2008, Bibl. sc. crim., t. 43.

4. V. F. Debove, «L'overdose législative», *Dr. pénal* 2004. Chron. 12, p. 6 s.

## CHAPITRE 1

---

# La nature de la loi pénale

---

- 35 Préalable de l'infraction.** Il est courant d'évoquer la loi pénale de fond en parlant de l'« élément légal de l'infraction » pour inviter l'étudiant ou le praticien à toujours rechercher si l'acte criminel et la peine qu'on lui applique sont bien prévus par un texte. L'expression est parlante mais elle n'est pas exacte car la norme pénale de fond comporte une incrimination et commine une peine, elle est donc plus un préalable nécessaire à toute infraction qu'un « élément » de l'infraction. Quoi qu'il en soit, la nature de la loi pénale se déduit de son contenu (SECTION 1) et de ses qualités (SECTION 2).

## SECTION 1

---

# LE CONTENU DE LA LOI PÉNALE

---

- 36 Incrimination et peine.** La loi pénale de fond comporte des incriminations, c'est-à-dire des interdits frappés de peines<sup>1</sup>. Or ces incriminations reposent, en droit pénal général, sur une double division : suivant leur gravité, les incriminations sont divisées en trois classes (§ 1) et, suivant leur nature, elles sont divisées en différentes catégories (§ 2).

---

1. V. ss 2 s.

## § 1. Les classes d'infractions

- 37 **Crimes, délits et contraventions.** Selon l'article 111-1 du Code pénal, « les infractions pénales sont classées, suivant leur gravité, en crimes, délits et contraventions ». Cette classification correspond à une répartition des compétences entre le pouvoir législatif et le pouvoir réglementaire. En effet, la loi détermine les crimes et délits et fixe les peines applicables à leur auteur, alors que le règlement détermine les contraventions et fixe, dans les limites et selon les distinctions établies par la loi, les peines applicables aux contrevenants (C. pén., art. 111-2)<sup>1</sup>. Mais cette classification tripartite découle surtout de la nomenclature des peines (C. pén., art. 131-1 s.), elle-même adaptée à la gravité des fautes **(A)**, ce qui en fait tout l'intérêt **(B)**.

### A. La classification tripartite

- 38 **Différence de nature à l'origine.** La classification tripartite des infractions est une particularité française qui s'explique par son histoire. À l'origine, il y eut la loi des 12 et 22 juillet 1791 relative à l'organisation d'une police municipale et d'une police administrative, le mot police désignait le pouvoir d'assurer le maintien de l'ordre public, la liberté et la propriété. Ce texte organisait les tribunaux de police comme des tribunaux administratifs jugeant les contraventions. Dans son voisinage, le Code pénal du 25 septembre et 6 octobre 1791 réprimait les crimes et une grosse partie des délits. Puis, après la confusion révolutionnaire, les contraventions ont été intégrées au Code pénal, tout en gardant leur spécificité. Il s'agissait de prévenir des situations dangereuses de la vie courante : obligation d'entretenir les fours, de nettoyer et d'éclairer les rues, de réparer les édifices menaçant ruines, etc. Ensuite, les contraventions se sont développées dans d'autres domaines (police de l'hygiène et de la sécurité du travail, des eaux, de la fraude, etc.). Le législateur aurait pu concevoir de les faire échapper au droit pénal pour les rattacher, en tant que règles de police,

1. Sur la compétence du pouvoir exécutif pour déterminer des contraventions, V. CE 12 févr. 1960, *Sté Eky*, J. Pradel et A. Varinard, *GADPG*, 7<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2009, n° 3, p. 35.

au droit administratif (un tel rattachement a, par exemple, eu lieu en 1975 en Allemagne) car elles visent à imposer aux administrés des obligations de faire<sup>1</sup>, pour les besoins de discipline ou d'organisation de la vie en société ; elles sont sans connotation morale alors que traditionnellement les crimes et les délits sont des interdictions de faire, protégeant des valeurs sociales indépendamment de toute idée d'organisation<sup>2</sup>. Néanmoins, la catégorie s'est maintenue au sein du droit pénal et, progressivement, la différence de nature entre les crimes et délits, d'une part, et les contraventions, d'autre part, s'est estompée. En témoignent les nombreux délits d'omission, qui participent de la nature des incriminations de police et les contraventions de cinquième classe qui, à l'inverse, ressemblent à des délits. Sans compter que les délits se sont rapprochés des crimes en raison de l'allongement de la durée maximale de l'emprisonnement. Donc désormais, la différence entre ces trois classes d'infractions est plus une différence de degrés.

- 39 Différence de degrés.** La division tripartite des infractions correspond à la nomenclature des peines encourues, qui tient compte de la gravité des infractions. Il suffit donc de connaître la peine qui s'attache au comportement prohibé pour savoir de quelle classe d'infractions il relève. Ainsi, sont des crimes les infractions qui, pour les personnes physiques, sont punies de la réclusion ou de la détention, à perpétuité ou à temps, d'une durée de 30, 20 ou 15 ans au plus et de 10 ans aux moins (C. pén., art. 131-1). Selon l'article 381 du Code de procédure pénale, sont des délits les infractions que la loi punit d'emprisonnement ou d'amende égale ou supérieure à 3 750 € ; l'emprisonnement comportant une échelle, allant de 2 mois au moins à 10 ans au plus (C. pén., art. 131-4). Enfin, selon l'article 131-13 du Code pénal, sont des contraventions les infractions que la loi punit d'un maximum de 3 000 € d'amende, ce qui correspond à une amende pour contravention de la cinquième classe commise en récidive. Les contraventions sont en effet divisées en 5 classes, allant de 38 €

1. J.-H. Robert, « L'obligation de faire pénalement sanctionnée », *Archives Phil. dr.* 2000, t. 44, p. 153 s.

2. V. S. Detraz, « Faut-il maintenir les contraventions dans le domaine pénal ? », in V. Malabat, B. de Lamy, M. Giacomelli (dir.), *Droit pénal : le temps des réformes*, Litec 2011, p. 39 s.

au plus pour les contraventions de la 1<sup>re</sup> classe, jusqu'à 1 500 € au plus pour les contraventions de la 5<sup>e</sup> classe, montant qui peut être doublé en cas de récidive lorsque le règlement le prévoit (C. pén., art. 131-13). On notera enfin que les contraventions ne peuvent plus être punies d'une peine privative de liberté<sup>1</sup>, ce qui est conforme au principe de proportionnalité, compte tenu de la faible gravité du comportement incriminé.

- 40 Critère.** Le critère de distinction est donc celui du maximum de la peine abstraitement prévue par le législateur. En conséquence, seul le législateur peut intervenir pour modifier la nature de l'infraction : en déclassant par exemple un crime en délit (correctionnalisation législative)<sup>2</sup>, en criminalisant un délit ou en correctionnalisant une contravention. Au contraire, et sous réserve de la pratique de la correctionnalisation judiciaire, légalisée partiellement par la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 (C. pr. pén., art. 469), qui consiste pour les autorités de poursuites ou d'instruction à retenir, avec l'accord de toutes les parties, une qualification correctionnelle à la place d'une qualification criminelle, en passant sous silence un élément ou une circonstance de l'infraction<sup>3</sup>, le juge n'a en principe pas le pouvoir de faire changer une infraction de classe. Même s'il lui arrive de descendre en dessous des maxima légaux, en prononçant un emprisonnement pour un crime (C. pén., art. 132-18) ou une amende au taux des contraventions pour un délit (C. pén., art. 132-20), chaque infraction conserve sa nature et, par conséquent, son régime.

## B. Les intérêts de la classification

- 41 Intérêts procéduraux.** Plusieurs intérêts sont d'ordre procédural. Ainsi, la distinction tripartite offre le critère de compétence des juridictions répressives : les crimes relèvent de la cour d'assises,

1. Tel n'était pas le cas sous l'empire du Code de 1810 avec les contraventions de la 5<sup>e</sup> classe créées en 1958 : le Conseil constitutionnel avait estimé en 1973 que seul le législateur pouvait priver un individu de liberté mais le Conseil d'État et la Cour de cassation ont refusé de retenir l'inconstitutionnalité des textes réglementaires prévoyant des peines d'emprisonnement, V. CE 17 janv. 1974, avis : D. 1974. 280 et Crim. 26 févr. 1974, *Schiavon*, J. Pradel et A. Varinard, *GADPG*, *op. cit.*, n° 3, p. 33.

2. V. W. Jeandidier, « La correctionnalisation législative », *JCP* 1991. I. 3847.

3. V. A. Darsonville, « La légalisation de la correctionnalisation judiciaire », *Dr. pénal* 2007. Chron. 4.

les délits du tribunal correctionnel et les contraventions du tribunal de police (contravention de la 5<sup>e</sup> classe) ou encore de la juridiction de proximité, (contravention des quatre premières classes), avant que celle-ci ne disparaisse, avec les juges de proximité, au 1<sup>er</sup> juillet 2017, tel que la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 l'a prévu. De même, la prescription de l'action publique varie suivant le cas : sous réserve de nombreuses exceptions, elle est, depuis la loi n° 2017-242 du 27 février 2017 portant réforme de la prescription en matière pénale, de vingt ans pour les crimes (C. pr. pén., art. 7), six ans pour les délits (C. pr. pén., art. 8) et un an pour les contraventions (C. pr. pén., art. 9). Semblablement, certaines procédures sont fonction du type d'incrimination en cause : ainsi, la citation directe est possible pour les délits et les contraventions (C. pr. pén., art. 388, 531) mais non pour les crimes ; il en va de même de l'ordonnance pénale (C. pr. pén., art. 495 et 524). La comparution immédiate également n'est possible qu'en matière correctionnelle (C. pr. pén., art. 395), comme d'ailleurs la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité (C. pr. pén., art. 495-7).

- 42 Intérêts en droit pénal de fond.** Quant au fond, un premier intérêt est lié à la tentative : elle est toujours punissable en matière criminelle, mais n'est punissable en matière de délits que si un texte le prévoit et elle n'est jamais punissable en matière de contraventions (C. pén., art. 121-4). Un intérêt est également lié à la complicité qui est punissable sous toutes ses formes en matière de crimes et délits (C. pén., art. 121-7, al. 1<sup>er</sup>), mais uniquement sous la forme des provocations ou instructions en matière de contraventions (C. pén., art. 121-7, al. 2, et R. 610-2), sauf texte prévoyant une participation par aide ou assistance (v. par ex., C. pén., art. R. 624-2). En outre, l'intention coupable doit en principe être prouvée en matière de crimes et délits (C. pén., art. 121-3), alors qu'elle peut être présumée pour certaines contraventions. La prescription de la peine est également différente d'une infraction à l'autre. Ainsi les délais de droit commun sont de vingt ans pour les crimes (C. pén., art. 133-2), six ans pour les délits (C. pén., art. 133-3) et trois ans pour les contraventions (C. pén., art. 133-4). Il faudrait ajouter des différences sur lesquelles nous reviendrons, en matière notamment de cumul des peines, de récidive ou de sursis.

## § 2. Les catégories d'infractions

---

- 43 **Classification des infractions selon leur nature.** Lorsque l'on s'intéresse non plus à la gravité des infractions mais à leur nature profonde, il faut bien reconnaître qu'il existe un grand nombre d'infractions dont le régime de droit pénal de fond comme de procédure est particulier. Ces catégories s'expliquent par le fait qu'en droit, toute différence de nature implique une différence de régime et réciproquement<sup>1</sup>. Principalement, on oppose les infractions de droit commun aux infractions politiques et militaires<sup>2</sup>.
- 44 **Infractions de droit commun.** Les infractions de droit commun constituent une catégorie résiduelle très hétérogène, qui comporte de multiples sous-catégories, correspondant à autant de régimes distincts, tant sur le plan du droit pénal de fond que de la procédure. Ces régimes sont liés soit à la dangerosité des auteurs ou à leurs mobiles (terrorisme ; crimes contre l'humanité ; infractions liées à la criminalité organisée), soit à la vulnérabilité de la victime (infractions sexuelles), soit à la technicité du contentieux (infractions économiques, douanières, fiscales). Leur étude relève cependant du droit pénal spécial et de la procédure pénale. En effet, en droit pénal général, la catégorie des infractions de droit commun n'a d'intérêt que par opposition à deux types d'incriminations dont le particularisme est de sanctionner moins l'atteinte à des valeurs partagées par tous que des manifestations d'indiscipline : les infractions politiques (**A**) et les infractions militaires (**B**).

### A. Les infractions politiques

---

- 45 **Indiscipline politique.** Les infractions politiques sont celles qui menacent le régime ou les institutions politiques du pays. Traditionnellement, pour des raisons variables, le législateur les a toujours traitées à part, soit avec plus de sévérité, en raison de la bassesse alléguée de certains procédés (crime de lèse-majesté, atteinte à la sûreté de l'État, etc.), soit avec plus de mansuétude, en raison de la noblesse supposée du combat politique (complot, insurrection, etc.), mais avec

---

1. V. J.-L. Bergel, « Différence de nature (égale), différence de régime », *RTD civ.* 1984. 255 s.

2. V. F. Desportes et F. Le Guehec, *Droit pénal général, op. cit.*, n° 146.

le temps les divergences entre ces infractions et les infractions de droit commun se sont amenuisées<sup>1</sup>, de sorte que l'on peut s'interroger sur le maintien de cette catégorie dans le droit pénal général. Ainsi, il n'y a plus de différences, au stade de l'exécution, entre la peine de réclusion pour les criminels de droit commun et la peine de détention pour les criminels politiques. De même, la contrainte judiciaire, qui sous son ancienne dénomination de « contrainte par corps » ne s'appliquait pas aux délinquants politiques<sup>2</sup>, devrait désormais s'y appliquer (C. pr. pén., art. 749). Néanmoins, des différences sont encore observables. Ainsi, un délit politique n'est pas un obstacle à l'octroi d'un sursis simple (C. pén., art. 132-30) et n'entraîne pas non plus sa révocation (C. pén., art. 132-35 et 132-48) – en revanche, les sursis avec mise à l'épreuve sont exclus pour les délinquants politiques car leur finalité est la réinsertion (C. pén., art. 132-41). De même, la comparution immédiate n'est pas possible pour un délit politique (C. pr. pén., art. 397-6), ni la convocation par procès-verbal (C. pr. pén., art. 394), comme l'a rappelé la Cour de cassation à propos des manifestations interdites contre le barrage de Sievens, qui ont donné lieu à des poursuites pour attroupements (C. pén., art. 431-4) qualifiés de délits politiques<sup>3</sup> ; et, surtout, l'extradition est refusée pour les crimes et délits politiques ou lorsqu'il résulte des circonstances que l'extradition est demandée dans un but politique (C. pr. pén., art. 696-4). Il en va de même en matière de mandat d'arrêt européen (C. pr. pén., art. 695-22)<sup>4</sup>.

- 46 Critères.** Les principales infractions politiques sont contenues dans le Code électoral et dans le Livre IV du Code pénal, Crimes ou délits contre la Nation, l'État, et la paix publique, mais pas uniquement. Aussi la difficulté, pour qualifier de politique une infraction en dehors des cas où elle est identifiée comme telle, réside dans le choix d'un critère de qualification<sup>5</sup>. À vrai dire, cette difficulté ne se pose pas trop en matière criminelle car le critère réside dans la dénomi-

1. G. Grécourt, « Reflexions autour de la notion d'infraction politique », *Dr. pénal* 2017, Étude 17.

2. V. pour des auteurs de fraudes électorales, Crim. 2 oct. 2001, *RSC* 2002. 319, obs. B. Bouloc.

3. Crim. 28 mars 2017, n° 15-84940, *Gaz. Pal.* 2017, n° 15, p. 44.

4. Sur les conditions du refus d'exécution d'un mandat d'arrêt européen d'un réfugié politique, V. Crim. 26 sept. 2007, *JCP* 2007. II. 10192, note V. Malabat.

5. V. J.-J. Lemouland, « Les critères jurisprudentiels de l'infraction politique », *RSC* 1988. 22.

nation de la peine : les crimes politiques sont punis de la « détention » à perpétuité ou à temps et non de la « réclusion ». Il s'agit de la trahison et de l'espionnage, des attentats, des complots et de la participation à un mouvement insurrectionnel (C. pén., art. 411-2, 411-3, 411-4, 411-9 et 412-1 à 412-8). En revanche, en matière correctionnelle, et pour les crimes autres que ceux punis de détention, l'interprète ne dispose pas d'un indicateur aussi fiable. De là, deux techniques objectives ont été mises en œuvre par la jurisprudence. La première technique consiste à déduire le caractère politique d'une infraction de sa proximité dans le Code avec les crimes politiques (ex. : les atteintes au secret de la défense nationale, C. pén., art. 413-9 à 413-12) ou de sa connexité avec une infraction politique. Ainsi, l'auteur d'un vol dans une armurerie, commis pour participer à une insurrection pouvait naguère échapper à la contrainte par corps<sup>1</sup> et ne serait toujours pas extradable. La seconde technique consiste à relever l'objet politique de l'infraction qui est de porter atteinte à l'organisation politique du pays : ce critère objectif fait apparaître des infractions politiques par nature. Il en est ainsi des infractions prévues par le Code électoral<sup>2</sup> et la jurisprudence y a même inclus, un temps, les délits de presse ; notons cependant que les infractions de presse ont été assimilées aux infractions politiques surtout pour échapper à la contrainte par corps<sup>3</sup>, or le nouveau régime de la contrainte judiciaire ne justifie plus cette assimilation. L'intérêt demeure donc uniquement pour le refus d'extradition. Mais ce critère objectif permet surtout, de manière plus générale, d'exclure les infractions qui pourraient être accomplies avec un dessein politique, mais qui ne déstabiliseraient pas véritablement l'organisation politique. Ainsi, au début du xx<sup>e</sup> siècle, un dénommé Gorguloff, qui entendait protester contre la politique de la France envers la Russie, avait attenté à la vie du président de la République Paul Doumer : il a été décapité parce que l'assassinat du président de la République a été qualifié de crime de droit commun, le mobile politique étant indifférent<sup>4</sup>. Depuis, cette

1. Crim. 18 nov. 1959, RSC 1960. 276, obs. A. Légal.

2. Crim. 17 févr. 1972, Bull. crim. n° 67 ; Crim. 2 oct. 2001, Bull. crim. n° 197.

3. Crim. 9 janv. 1974, Bull. crim. n° 12.

4. Crim. 20 août 1932, DP 1932. 1. 121 concl. Matter.

solution a été plusieurs fois reprise en matière de violences sur les agents de la force publique ou de graffitis politiques : il s'agit d'infractions de droit commun. De la même façon, la jurisprudence ne considère pas les infractions de terrorisme comme des infractions politiques, quand bien même la question pourrait se poser. La Cour de cassation a tout au plus jugé que l'article 421-1 du Code pénal n'exige, pour qualifier des agissements de sabotage d'actes de terrorisme, ni qu'ils aient eu une finalité terroriste, ni qu'ils aient été susceptibles de provoquer des atteintes à l'intégrité physique des personnes. L'important est que ces infractions aient été commises en relation avec une entreprise individuelle ou collective ayant pour but de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur<sup>1</sup>. Le mobile politique n'est toutefois pas indifférent en matière d'extradition : en effet, la France refuse généralement d'extrader en raison des buts poursuivis et des intentions exprimées par les coupables ou du contexte politique de l'infraction, du moins lorsque celle-ci n'excède pas une certaine gravité<sup>2</sup>.

## B. Les infractions militaires

- 47 Indiscipline militaire.** La discipline militaire impose des règles particulières, dont la transgression appelle une répression adaptée. D'où l'existence d'infractions militaires définies non pas dans le Code pénal mais dans le Code de la justice militaire. Ces infractions militaires ont un régime qui leur est propre : elles ne donnent pas lieu à extradition, ne font pas obstacle à l'octroi ultérieur d'un sursis pour une infraction de droit commun (CJM, art. L. 265-2) et ne comptent pas pour la récidive (CJM, art. L. 265-3). La procédure est particulière (C. pr. pén., art. 697 s.), différente en temps de paix (CJM, art. L. 111-1 s.) et en temps de guerre (CJM, art. L. 212-1) et il existe des peines spécifiquement militaires, s'ajoutant aux peines de droit commun (CJM, art. L. 311-2), par exemple la dégradation ou la perte de grade (CJM, art. L. 311-3 s.).
- 48 Critères.** Les infractions militaires sont aisément identifiables, en ce qu'elles figurent dans le Titre II du Livre II de la partie législa-

1. Crim. 10 janv. 2017, n° 16-84596.

2. V. F. Desportes et F. Le Guehec, *Droit pénal général, op. cit.*, n° 158.

tive du Code de la justice militaire, dans sa version issue d'une ordonnance n° 2006-637 du 1<sup>er</sup> juin 2006 (CJM, art. L. 321-1 à L. 324-11). On y trouve des infractions tendant à soustraire leur auteur à ses obligations militaires (insoumission, mutilation volontaire, diverses désertions), des infractions contre l'honneur ou le devoir (par ex., capitulation, complot militaire, pillage et destructions, usurpation d'uniformes, outrage au drapeau ou à l'armée), des infractions contre la discipline (par ex., rébellion, refus d'obéissance, voie de fait et outrage à un supérieur ou à un subordonné) et des infractions aux consignes (par ex. non-accomplissement d'une mission, y compris par négligence, abandon de poste). Le critère d'identification des infractions militaires est donc formel, mais il recouvre en réalité deux critères matériels. Le premier critère est celui de la personne concernée : en principe, les infractions militaires sont commises par des militaires, mais il existe des exceptions (l'incitation à la désertion peut ainsi être commise par un civil - CJM, art. L. 321-18). Le second critère complémentaire est celui de l'intérêt protégé, à savoir l'armée ou la défense nationale. Suivant ce critère, sont militaires d'une part les infractions par nature inconcevables dans la vie civile, en ce qu'elles impliquent l'inexécution d'une obligation militaire, ou le manquement à l'honneur de l'armée et, d'autre part, les infractions de droit commun qui, commises dans le contexte de la vie militaire, constituent une violation de la stricte discipline ou une infraction aux consignes, ce qui justifie l'application de règles spécifiques de compétence et de procédure. Quant aux autres infractions de droit commun commises par des militaires (ex. vol, blessures, meurtre), elles échappent à la qualification militaire mais, si leur auteur était en service au moment des faits, elles relèvent de la compétence des juridictions militaires (CJM, art. L. 121-1 ; C. pr. pén., art. 697-1, al. 1 et 3).

## SECTION 2

---

## LES QUALITÉS DE LA LOI PÉNALE

---

- 49 **Prévisibilité et accessibilité.** Selon le principe de la légalité criminelle, nul ne doit pouvoir être poursuivi et puni si l'interdiction et la sanction n'étaient pas prévues par la loi, ni même suffisamment prévisibles au moment des faits<sup>1</sup>. Cette exigence se manifeste dans deux qualités de la loi pénale, régulièrement rappelées par la Cour européenne des droits de l'homme<sup>2</sup> : sa prévisibilité (§ 1) et son accessibilité (§ 2).

---

### § 1. La prévisibilité

---

- 50 **Sécurité juridique.** Dire que la loi pénale doit être prévisible, c'est dire que tout citoyen doit pouvoir connaître à l'avance la prohibition pénale à la lecture du texte d'incrimination. En ce sens, la Cour européenne des droits de l'homme juge de manière constante que toute prohibition d'ordre pénal doit être raisonnablement prévisible<sup>3</sup> et qu'il en va ainsi « lorsque l'individu peut savoir, à partir du libellé de la clause pertinente et, au besoin, à l'aide de son interprétation par les tribunaux, quels actes et omissions engagent sa responsabilité<sup>4</sup> ». La prévisibilité de la loi pénale implique en effet la prédétermination des incriminations et des peines par le législateur (A) et l'interprétation stricte de ces textes par le juge (B).

---

#### A. La prédétermination

---

- 51 **Fondement du principe.** Aux termes de l'article 111-3 du Code pénal, « nul ne peut être puni pour un crime ou pour un délit dont les éléments ne sont pas définis par la loi, ou pour une contraven-

---

1. On rappellera que le « principe d'accessibilité et d'intelligibilité » de la loi a été érigé par le Conseil constitutionnel au rang des « objectifs à valeur constitutionnelle », Cons. const. n° 99-421, 16 déc. 1999, D. 2000. Chron. 361, note M.-A. Frison-Roche et W. Baranès.

2. V. notamment CEDH, 1<sup>er</sup> sept. 2016, n° 48158/11, *X et Y c. France*, Dr. pénal 2017, chron. 6, n° 16, obs. E. Dreyer (selon la Cour, l'exigence de légalité « englobe le droit d'origine tant législative que jurisprudentielle et implique des conditions qualitatives, entre autres celles d'accessibilité et de prévisibilité », § 54).

3. CEDH 22 nov. 1995, *SW c. Royaume-Uni*, JCP 1996. I. 3910, n° 28, obs. F. Sudre.

4. CEDH 30 mars 2004, *Radio France c. France*, § 20, D. 2004. IR 1212 ; CEDH, 22 janv. 2013, n° 42931/10, *Camilleri c. Malte*.

tion dont les éléments ne sont pas définis par le règlement (al. 1<sup>er</sup>). Nul ne peut être puni d'une peine qui n'est pas prévue par la loi, si l'infraction est un crime ou un délit, ou par le règlement si l'infraction est une contravention (al. 2)<sup>1</sup>. Cette disposition fait écho à Portalis pour qui « le législateur ne doit pas frapper sans avertir : s'il en était autrement, la loi, contre son objet essentiel, ne se proposerait donc pas de rendre les hommes meilleurs, mais seulement de les rendre plus malheureux ; ce qui serait contraire à l'essence même des choses<sup>2</sup> ».

- 52 Sens du principe.** Le principe de prédétermination s'oppose à la rétroactivité des lois pénale et impose leur précision. Il interdit en effet au législateur d'édicter des lois pénales rétroactives et au juge d'appliquer rétroactivement des lois pénales<sup>3</sup>. Tel est le sens de l'article 112-1 du Code pénal, aux termes duquel « sont seuls punissables les faits constitutifs d'une infraction à la date à laquelle ils ont été commis » et « peuvent seules être prononcées les peines légalement applicables à la même date ». Il conviendra d'y revenir car la question de la non-rétroactivité des lois pénales intéresse l'application de la loi dans le temps<sup>4</sup>. Le principe de prédétermination oblige également le législateur à faire preuve de « précision » suffisante dans la description du comportement incriminé. Cette exigence de précision rejoint celle de clarté que nous rattacherons au principe d'accessibilité<sup>5</sup>. Le Conseil constitutionnel exige, d'ailleurs, dans une même formule, que les textes répressifs soient « suffisamment clairs et précis » pour exclure l'arbitraire. Mais l'exigence de précision est distincte de celle de clarté, en ce qu'elle condamne des formulations, qui bien que claires, seraient trop vagues. Ainsi, un texte comme l'article 82 de l'ancien Code pénal, qui punissait « quiconque, en temps de guerre, accomplira un acte de nature à nuire à la défense natio-

1. Comp. anc. C. pén., art. 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. »

2. Portalis, *Discours préliminaire sur le projet de Code civil*, rééd. in *Bibl. de philosophie politique et juridique*, 1989, p. 12.

3. V. également Portalis, *Discours préliminaire*, préc. : « La loi qui sert de titre à l'accusation doit être antérieure à l'action pour laquelle on accuse. »

4. V. ss 90 s.

5. V. ss 57.

nale non prévu et réprimé par un autre texte», est si vague qu'il serait contraire au principe de prévisibilité. Mais bien d'autres textes de notre droit positif encourent la même critique, comme en témoigne la censure récente par le Conseil Constitutionnel des dispositions relatives à la qualification d'inceste<sup>1</sup>, ou de celles concernant l'incrimination du harcèlement sexuel, devenue au fil des réformes, trop imprécise<sup>2</sup>. Enfin, l'exigence de prédétermination s'impose aussi au juge, qui doit toujours vérifier que le comportement qui est poursuivi est bien constitutif d'une infraction et ne doit prononcer aucune autre peine que celle qui est prévue<sup>3</sup>, ni aucune autre mesure non prévue par la loi<sup>4</sup>; pour cela le juge est tenu d'interpréter strictement la loi pénale.

## B. L'interprétation stricte

**53 Sens.** La seconde conséquence du principe de prévisibilité est l'obligation qui est faite au juge d'interpréter strictement le texte pour ne pas risquer de punir des comportements que le législateur n'avait pas interdits. Ce principe dégagé très tôt<sup>5</sup> par la Cour de cassation<sup>6</sup> – qui a le pouvoir d'interpréter les lois depuis 1837 – a été consacré par le Code pénal de 1994, dont l'article 111-4 dispose : « La loi pénale est d'interprétation stricte. » Cela signifie que le juge ne peut pas étendre le texte au-delà de son contenu ni le restreindre, sinon il s'érigerait en législateur et violerait ouvertement le principe de légalité criminelle. On relira à cet égard Beccaria, qui écrivait en 1764 que « le pouvoir d'interpréter

1. Cons. const. QPC n° 2011-163, 16 sept. 2011.

2. Cons. const. QPC n° 212-240, 4 mai 2012, *D.* 2012. 1189.

3. V. par ex., Crim. 5 mai 1998, *Dr. pénal* 1998. 110, obs. M. Véron (pas de délit d'évasion par effraction en l'absence de bris du dispositif de fermeture – jurisprudence caduque depuis la modification de C. pén., art. 434-27 par la L. n° 2004-204, 9 mars 2004, art. 194); Crim. 18 sept. 1997, *Bull. crim.* n° 308 (prononcé d'une peine complémentaire de suspension de permis non prévue par la loi); Crim. 18 déc. 2002, *Bull. crim.* n° 236 (illégalité d'une peine de 6 ans de « réclusion » car la durée minimum de la réclusion est de 10 ans; en dessous c'est un « emprisonnement » qui doit être prononcé); Crim. 18 févr. 2004, *Bull. crim.* n° 47; RSC 2004. 868, obs. G. Vermelle (illégalité d'un suivi socio-judiciaire prononcé sans que la loi l'ait prévu).

4. V. pour la communication à l'Ordre national des médecins d'une décision de condamnation du chef d'agressions sexuelles, non prévues par la loi : Crim. 25 mai 2016, n° 15-81511, *Gaz. Pal.*, 2016, n° 27, p. 48, obs. S. Detraz.

5. Crim. 4 févr. 1898, *S.* 1899. 1. 249.

6. V. Crim. 11 juin 1965, *Bull. crim.* n° 152 : « Les textes répressifs sont d'interprétation stricte et [...] les juges ne peuvent procéder par voie d'exception ou d'analogie ».

les lois pénales ne peut pas être confié [...] aux juges des affaires criminelles, pour la bonne raison qu'ils ne sont pas législateurs<sup>1</sup> ». Selon Beccaria, les juges ne devraient donc pas interpréter les règles légales, ni même en « chercher l'esprit », mais ils devraient se contenter d'appliquer littéralement la loi pénale.

- 54 Application.** Cette position n'est cependant pas réaliste ; au contraire le respect du texte impose de lui donner tout son sens, ce qui conduit à son interprétation. Pour cela, le juge dispose d'au moins deux méthodes de l'herméneutique : la méthode littérale ou exégèse grammaticale, qui s'attache à la lettre de la loi<sup>2</sup>, et la méthode téléologique, qui relève également de l'exégèse mais tend à découvrir l'esprit du texte, la *ratio legis*, en recourant notamment aux travaux préparatoires<sup>3</sup>. En revanche, la méthode analogique (ou le raisonnement *a pari*), qui consisterait à étendre un texte pour l'appliquer à des cas similaires à ceux prévus par la loi, doit en principe être prohibée<sup>4</sup>. Néanmoins, une distinction s'impose selon que le texte est clair (1) ou obscur (2).

### **1. En présence d'un texte clair et précis**

- 55 Prohibition de l'analogie.** En présence d'un texte clair et précis, le juge doit l'appliquer et se garder de l'étendre par analogie, y compris lorsqu'un vide juridique apparaît. Ainsi, on s'était jadis posé la question de savoir si le fait de partir sans payer au restaurant pouvait être pénalement poursuivi. Or, quand la Cour de cassation se pencha sur la question, au milieu du XIX<sup>e</sup> siècle, elle dut conclure qu'il ne s'agissait ni d'un vol (faute de soustraction), ni d'une escroquerie (faute de manœuvre frauduleuse), ni d'un abus de confiance (faute de remise dans les conditions légales), donc que la relaxe se justifiait. Le législateur a donc créé par la suite le délit de filouterie d'aliments puis les filouteries de transport ou de

1. C. Beccaria, *Des délits et des peines*, op. cit., § IV, Interprétation des lois.

2. Ainsi, il est interdit d'étendre les dispositions de l'article 434.11 du Code pénal concernant l'abstention de témoigner en faveur d'une personne « détenue provisoirement » à une personne « gardée à vue » car la détention provisoire et la garde à vue ne se confondent pas, Crim. 11 mars 2014, n° 12-88131, *Dr. pénal* 2014, comm. n° 69, obs. M. Véron.

3. Sur les différentes méthodes d'interprétation v. F. Stasiak (dir.), « Histoire et méthode d'interprétation en droit criminel », *Dalloz*, Thèmes et commentaires, 2015, p. 61 s.

4. Seul le législateur peut procéder par analogie en procédant à des assimilations, V. X. Pin, « De l'interprétation législative à l'assimilation légale », in F. Stasiak (dir.), « Histoire et méthode d'interprétation en droit criminel », *Dalloz*, Thèmes et commentaires, 2015, p. 61 s.

logement (C. pén., art. 313-5). Néanmoins ces textes ne couvrent pas tous les comportements analogues, ainsi la filouterie hôtelière s'entend exclusivement du non-paiement d'une chambre mais pas du non-paiement des prestations annexes telles que des communications téléphoniques<sup>1</sup>. De la même façon, c'est à la suite du scandale dit des décorations de 1887 que le législateur a dû introduire dans l'ancien Code pénal en 1889 le délit de trafic d'influence, car le délit de corruption s'était révélé inadapté pour punir, en l'occurrence, le gendre du président de la République qui monnayait ses interventions auprès de son beau-père pour faire obtenir la légion d'honneur à ceux qui le sollicitaient.

Cela dit, là encore il faut nuancer. L'analogie qui est strictement prohibée est l'analogie juridique qui consiste à étendre une incrimination à un cas que le législateur n'a pas prévu alors qu'il aurait pu le prévoir<sup>2</sup>. Le juge en effet ne doit pas aller au-delà de la volonté du législateur. Ainsi, le juge ne doit pas prendre un mot pour un autre. La Cour de cassation l'a rappelé, par exemple, à propos du délit d'intrusion dans l'enceinte d'un établissement « d'enseignement scolaire » de l'article 431-22 du Code pénal. En l'espèce, une personne avait été condamnée pour avoir pénétré sans y être habilitée dans l'École normale supérieure de Lyon. Or cette condamnation a été censurée au motif que l'école en question était définie réglementairement comme un « établissement public à caractère scientifique, culturel et professionnel » et non comme un établissement scolaire au sens du texte d'incrimination. Cet établissement recevait des étudiants et non des élèves, d'où il résulte que l'article 432-12 n'était pas applicable<sup>3</sup>. Mais le juge ne doit pas non plus aller en deçà de la volonté du législateur. Il doit donner au texte toute sa portée<sup>4</sup>. De même il peut étendre l'application de la loi à des hypothèses voisines que le législateur

---

1. Rennes, 3 mai 2000, *Dr. pénal* 2000. 125, obs. M. Véron.

2. L'analogie juridique a pu être encouragée dans des pays totalitaires au moyen d'incriminations très larges. Ainsi, le Code pénal allemand de 1935 disposait : « Sera puni, quiconque méritant une peine selon le concept de base du droit pénal et selon le saint-esprit du peuple » ; V. également C. pénal russe 1926, art. 16.

3. Crim. 11 déc. 2012, n° 11-88431, *Dr. pénal* 2013, comm. n° 19, obs. M. Véron.

4. Crim. 3 oct. 2012, n° 12.82498, *Bull. Crim.* n° 207 (C. route art. L. 235-1, conduite après usage de stupéfiants).

n'a pas pu prévoir parce qu'elles sont liées au progrès technique et à l'évolution des mœurs, mais qu'il aurait prévu s'il les avait connues. Cette extension est permise grâce à la méthode téléologique qui consiste à rechercher l'esprit du législateur (on parle encore parfois d'analogie légale). Ainsi, un branchement frauduleux d'électricité a pu être qualifié de vol<sup>1</sup>, avant que le Code pénal ne l'assimile expressément au vol (C. pén., art. 311-2). De même, le délit d'apologie des crimes de guerre, prévu par l'article 24 de la loi 29 juillet 1881 visant les supports imprimés, a pu être étendu à ce type d'apologie réalisée au moyen d'un disque<sup>2</sup>. Semblablement, les appels téléphoniques malveillants et réitérés ont pu être réprimés au titre des coups et blessures volontaires<sup>3</sup>, avant que le législateur ne crée un délit particulier (C. pén., art. 222-16), lequel a également été étendu par la jurisprudence aux « SMS » malveillants et réitérés<sup>4</sup>. Le droit réagit ainsi à l'accélération du progrès technique.

Hors de ces cas, il faut admettre que la méthode d'interprétation stricte des textes pénaux peut révéler un vide juridique. Ainsi, on s'est interrogé sur le point de savoir si un individu qui, au moyen de sa carte bancaire non falsifiée, retirait dans un distributeur automatique de billets une somme dépassant le solde créditeur de son compte était punissable. La Cour de cassation a dû reconnaître qu'aucune des qualifications pénales en vigueur n'était applicable et qu'il n'y avait « qu'une inobservation d'une obligation contractuelle qui n'entre dans les prévisions d'aucun texte répressif<sup>5</sup> ». En effet, il n'y avait pas de vol faute de soustraction frauduleuse, ni d'escroquerie faute de manœuvre frauduleuse, ni d'abus de confiance en l'absence de remise préalable de la somme détournée. Le comportement du client de la banque relevait donc des seules règles du droit civil (responsabilité, répéti-

---

1. Crim. 3 avr. 1912, S. 1913. 337.

2. Crim. 14 janv. 1971, JCP 1972. II. 17072, note H. Blin.

3. Crim. 3 janv. 1969, Bull. crim. n° 1.

4. Crim. 30 sept. 2009, JCP 2009. 587, note J. Lasserre-Capdeville. Et le législateur a pris les devants en étendant lui-même le texte aux envois réitérés de message malveillant par voie de communication électronique (L. n° 2014-873, 4 août 2014, art. 36).

5. Crim. 24 nov. 1983, Bull. crim. n° 315.

tion de l'indu). L'interprétation stricte corrobore ici le principe d'autolimitation du droit pénal : les banques ont dû trouver la parade (technologique et juridique) car le législateur n'est pas intervenu pour pénaliser le comportement en question. Dans le même sens, mais dans un tout autre domaine du progrès technique, il a été jugé, conformément au principe d'interprétation stricte, que l'interdiction de fumer dans les espaces ferroviaires ne s'applique pas à l'usage de la cigarette électronique<sup>1</sup> ou encore que le fait de signaler des radars sur Facebook ne tombe pas sous le coup de l'article R. 413-5-1 du Code de la route, lequel prohibe « uniquement » la détention, le transport et l'usage de dispositifs ou produit de nature à déceler la présence de radars ou à perturber leur fonctionnement<sup>2</sup>.

Une question du même ordre a été de savoir si un bien incorporel, comme une information, pouvait être volé. Pendant longtemps, la jurisprudence a considéré que la « chose » visée par l'article 311-1 du Code pénal s'entendait uniquement d'une chose corporelle, ce qui permettait de retenir le vol si, par exemple, des CD-roms avaient été soustraits, avec leur contenu informationnel<sup>3</sup> mais pas pour la seule captation d'information. Mais la jurisprudence a évolué : la Cour de cassation a d'abord admis le vol lorsque les données informatiques soustraites ont été fixées sur un support<sup>4</sup>, ouvrant la voie à la reconnaissance plus générale du vol par téléchargement<sup>5</sup>, après une première brèche créée par le législateur, qui a introduit subrepticement en 2014 une incrimination spéciale de transmission de données contenues par un Système de Traitement Automatisé de Données (C. pén. art. 323-3)<sup>6</sup>,

1. Crim. 26 nov. 2014, n° 14-81888 : *Dr. pénal* 2015, comm. n° 21, obs. J.-H. Robert.

2. Crim. 6 sept. 2016, n° 15-86412, *JCP G* 2016, 1246, note L. Dessessard ; *Dr. pénal* 2016, comm. n° 172, obs. J.-H. Robert ; *AJ Pénal* 2016, 534, obs. J.-B. Perrier ; V. déjà pour l'appel de phare : CA Pau, 7 mai 1974, *RSC* 1975, 1010, obs. A. Vitu.

3. Crim. 12 janv. 1989, *Bull. crim.* n° 14.

4. Crim. 20 mai 2015, n° 14-81336 : *Gaz. Pal. Généraliste*, 2015, n° 168 à 169, p. 8, obs. S. Detraz ; *D.* 2015. 1466 s., note L. Saenko (qui voit dans l'exigence de fixation des données sur un support « une pure arabesque », visant à renforcer le caractère matériel d'une soustraction qui ne l'est pas vraiment).

5. G. Beaussonie, « L'entrée dans l'ère du vol par téléchargement, à propos de l'épilogue (provisoire ?) de l'affaire *Bluetouff* », note sous Crim. 20 mai 2015, n° 14-81336, *JCP G* 2015. 887.

6. E. Chauvin, F. Vadillo, « Quand la lutte antiterroriste fait évoluer la notion de vol : les modifications de l'article 323-3 du Code pénal introduite par l'article 16 de la loi du 13 novembre 2014 », *Gaz. Pal. Généraliste*, 2015, n° 105 à 106, p. 6.

pour finir par admettre plus directement le vol en cas de reproduction d'informations<sup>1</sup>, provenant par exemple du contenu d'un courriel<sup>2</sup>.

Le texte sur l'abus de confiance (C. pén., art. 314-1) visant la remise d'un « bien quelconque » permet plus facilement de réprimer le détournement d'un bien immatériel, tel qu'un numéro de carte de crédit<sup>3</sup>, une connexion Internet<sup>4</sup> ou un projet<sup>5</sup>. Néanmoins il s'applique difficilement à une prestation de service ou une force de travail, qui n'est pas susceptible de remise et de détournement<sup>6</sup>. De ce point de vue, il est contestable que la Cour de cassation ait retenu un abus de confiance en cas d'utilisation par un salarié de son temps de travail à des fins autres que celles pour lesquelles il était rémunéré<sup>7</sup>.

En revanche, l'utilisation du principe de l'interprétation stricte de la loi pénale est parfois plus critiquable lorsqu'on a le sentiment que les juges ne donnent pas au texte sa pleine signification et se drapent derrière l'interprétation stricte pour proposer une *interprétation restrictive*.

Ainsi, à l'occasion de la poursuite d'une mère se livrant sur la voie publique à la mendicité avec son jeune enfant, la Cour de cassation a estimé que le délit de privation de soins envers un mineur n'était pas constitué dès lors que les faits n'avaient pas compromis la santé du mineur<sup>8</sup>, alors pourtant que le texte vise le fait de « compromettre » la santé du mineur (C. pén., art. 227-15). En l'occurrence, le législateur a prévu une infraction de mise en péril du mineur et le juge, par une interprétation, à notre sens trop restrictive, la transforme en infraction d'atteinte au mineur.

1. Crim. 28 juin 2017, n° 16-81.113, *Dr. pénal* 2017, comm. 141, obs. Ph. Conte.

2. Crim. 24 janv. 2018, n° 16-86.597, *AJ Pénal*, 151, obs. G. Beaussonie.

3. Crim. 14 nov. 2000, *Bull. crim.* n° 38. V. aussi S. Jacopin, « Le début d'une évolution sur la nature de la chose susceptible d'appropriation frauduleuse », *Dr. pénal* 2001. Chron. 16.

4. Crim. 19 mai 2004, *RPDP* 2005. 239, obs. V. Malabat.

5. Crim. 22 sept. 2004, *Dr. pénal* 2004. 179, obs. M. Véron.

6. Pour le cas du président d'une association ayant utilisé à des fins personnelles des salariés de l'association, la Cour de cassation a retenu le détournement de fonds destinés à rémunérer les prestations Crim. 20 oct. 2004, *Bull. crim.* n° 248 ; D. 2005. 411, note B. de Lamy ; Crim. 13 sept. 2006, *Bull. crim.* n° 220.

7. Crim. 19 juin 2013, n° 12-83031, *Gaz. Pal.*, 4-8 août 2013, n° 216 à 220, p. 9, note R. Mésa ; D. 2013. 1936, note G. Beaussonie.

8. Crim. 12 oct. 2005, *JCP* 2006. II. 10022, note J. Leblois-Happe.

Plus récemment, la chambre criminelle a estimé, au visa de l'article 111-4 du Code pénal, que n'était pas pénalement punissable le fait de diffuser, sans son accord, l'image d'une personne réalisée dans un lieu privé avec son consentement. Cette solution résultait d'une interprétation combinée du délit d'espionnage audiovisuel (C. pén. art. 226-1), en l'occurrence non constitué, et du délit d'exploitation ou d'utilisation de cet espionnage (C. pén. art. 226-2), qui, à notre avis, aurait dû être constitué, dans la mesure où le consentement initial à être photographié n'impliquait pas un accord pour la diffusion des clichés ; en combinant les deux textes, sous couvert d'interprétation stricte, la Cour de cassation a restreint le champ de la protection pénale de la vie privée<sup>1</sup>. Fort heureusement, le législateur a ensuite condamné cette solution, par une loi du 7 octobre 2016, qui institue un délit de diffusion d'images ou de paroles à caractère sexuel, lequel consiste dans « le fait, en l'absence d'accord de la personne pour la diffusion, de porter à la connaissance du public ou d'un tiers tout enregistrement ou tout document portant sur des paroles ou des images présentant un caractère sexuel, obtenu, avec le consentement exprès ou présumé de la personne ou par elle-même » (C. pén., art. 226-2-1)<sup>2</sup>.

Dans le même ordre d'idée – encore que la question soit beaucoup plus délicate – on peut citer la jurisprudence sur l'atteinte à la vie d'un fœtus *in utero* à la suite d'un accident. Pendant plusieurs années, la Cour de cassation a répété inlassablement, au visa de l'article 111-4 du Code pénal, que le texte sur l'homicide involontaire qui réprime l'atteinte par imprudence à la vie d'« autrui » (C. pén., art. 221-6) ne s'appliquait pas au fœtus, en raison du principe d'interprétation stricte de la loi pénale. La Cour de cassation considère donc que le fœtus *in utero*, fut-il viable, n'est pas un « autrui »<sup>3</sup>, dès lors que l'enfant n'est pas né vivant<sup>4</sup>.

1. Crim. 16 mars 2016, n° 15-82676, *JCP G* 2016. 658, note J.-C. Saint-Pau ; *Dr. pénal* 2016, comm. 73, obs. Ph. Conte.

2. V. ss 223.

3. Crim. 30 juin 1999, *D.* 1999. 710, note D. Vigneau ; *JCP* 2000. II. 10231, note G. Fauré ; Ass. plén., 29 juin 2001, *JCP* 2001. II. 10569, rapp. P. Sargos, note M.-L. Rassat ; Crim. 25 juin 2002, *Dr. pénal* 2002. 93, obs. M. Véron.

4. V. Crim. 4 mai 2004, *D.* 2004. 3097, note J. Pradel.

Cette solution ne va pas de soi ; elle repose sur le postulat selon lequel l'être humain protégé par le texte est uniquement l'être qui respire. Or l'on pourrait estimer que la vie méritant la protection pénale commence bien avant la naissance<sup>1</sup>. Certes, il ne s'agit pas de s'en remettre au sentiment de la mère, qui perçoit pourtant très tôt l'altérité de son enfant, puisque ce critère serait trop aléatoire ; mais l'on pourrait retenir le seuil de la viabilité sans que le texte ne s'en trouve fondamentalement déformé. En l'occurrence, le principe de l'interprétation stricte est donc surtout utilisé comme un prétexte pour ne pas avoir à se prononcer sur le point de départ de la vie humaine. D'ailleurs, on peut comprendre que la Cour de cassation ne souhaite pas trancher une question qui, en raison de ses prolongations éthiques, relève surtout du débat parlementaire. Mais il est dommage que l'interprétation stricte serve de prétexte, d'autant que, lorsque l'enfant ne meurt pas dans le ventre de sa mère mais peu de temps après sa naissance, une qualification d'homicide involontaire est envisageable<sup>2</sup> (s'il est blessé, la qualification de blessures sera retenue)<sup>3</sup>. Le législateur, qui a pour l'heure renoncé à créer un délit d'interruption involontaire de grossesse, devra sans doute se saisir à nouveau de la question, parce que la Cour européenne des droits de l'homme considère que « le point de départ de la vie relève de l'appréciation des États<sup>4</sup> » et refuse de consacrer un droit à la vie du fœtus, compte tenu de l'absence de consensus européen sur la définition scientifique et juridique des débuts de la vie. Certaines juridictions du fond sont cependant entrées en résistance, refusant courageusement, et à juste titre, de considérer l'enfant à naître comme une simple chose<sup>5</sup>.

1. V. Montpellier, 3<sup>e</sup> ch., 17 févr. 2000, *Dr. pénal* 2000. 125, obs. M. Véron.

2. Crim. 2 déc. 2003, *JCP* 2004. II. 10054, note M.-L. Rassat ; *D.* 2004. Chron. 449, note J. Pradel.

3. Et surtout cette situation est d'autant plus regrettable que la Cour de cassation n'a pas hésité, il y a quelques années, à retenir l'infraction de tentative de meurtre à l'encontre de celui qui avait donné des coups à un cadavre, ce qui revenait à assimiler un mort à un vivant, V. Crim. 16 janv. 1986, *Perdreau, D.* 1986. 625, note D. Mayer et G. Gazounaud.

4. CEDH, 8 juill. 2004, *Vo c. France, D.* 2004. 2801. Chron. E. Severin.

5. Trib. corr. Tarbes, 4 févr. 2014 : *Juris-Data* n° 2014-01303 (condamnation pour homicide involontaire du conducteur d'un véhicule ayant fauché une femme enceinte de 30 semaines, provoquant la mort *in utero* du fœtus), V. N. Catelan, « Existe-t-il une personnalité juridique propre au droit pénal ? », in G. Beaussonie (dir.), *Faut-il « régénéraliser » le droit pénal ?*, LGDJ, Grand Colloques, 2015, p. 7 s.

Cela dit, ce qui est plus critiquable encore, c'est la tendance de la jurisprudence à se livrer parfois à une *interprétation extensive* des textes qui la conduit à pénaliser des comportements non prévus par le législateur. L'interprétation est rarement ouvertement extensive, car on rappellera qu'aux termes de l'article 5 du Code civil, « il est défendu aux juges de se prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises<sup>1</sup> », mais elle est plus insidieuse. Il en est ainsi lorsque le juge se livre à ce qu'un éminent auteur a qualifié de « fausse stricte interprétation de la loi pénale<sup>2</sup> » ou lorsqu'il s'appuie sur des considérations étrangères à la définition légale de l'infraction pour qualifier celle-ci<sup>3</sup> ; ou encore lorsque, à force de « dérapages », l'interprétation est de plus en plus large ; tel est le cas notamment en droit pénal des affaires<sup>4</sup>. Cette tendance doit être dénoncée.

## **2. En présence d'un texte obscur**

- 56 **Méthode téléologique.** En présence d'un texte obscur, la méthode téléologique permettra au juge de déjouer une éventuelle erreur matérielle. Il faut ici citer la célèbre affaire *Bailly*, du nom de ce voyageur qui était poursuivi pour être descendu d'un train en marche. Il invoquait pour sa défense la rédaction du texte d'incrimination, aux termes duquel il était interdit « de descendre ailleurs que dans les gares et lorsque le train est complètement arrêté » (Décr. 11 nov. 1917, art. 78). Mais à l'évidence les rédacteurs du décret s'étaient mal exprimés en employant un « lorsque » au lieu d'un « avant que », les juges du fond ont donc eux-mêmes rectifié l'erreur et le pourvoi contre la décision de condamnation fut rejeté<sup>5</sup>. En revanche, si l'examen des travaux préparatoires ne donne rien, le juge doit se garder d'un choix arbitraire<sup>6</sup>. Il devra

1. V. Crim. 25 mai 1971, *Bull. crim.* n° 175 ; 18 juill. 1991, *Bull. crim.* n° 301.

2. L'expression est de Y. Mayaud, à propos de Crim. 18 déc. 2002, *D.* 2003. 1062 ; la Cour de cassation a admis que le délit de non-représentation d'enfant puisse se perpétrer par stratagème alors que le texte vise des agissements matériels plus concrets.

3. V. à propos de l'apologie du terrorisme, TGI Paris, 1<sup>re</sup> ch. corr., 18 mars 2015, *JCP G* 2015, actualités, 363, obs. P. Mbongo.

4. C. Mascala, « Le dérapage de l'interprétation jurisprudentielle en droit pénal des affaires », *D.* 2004. Point de vue 3050.

5. Crim. 8 mars 1930, *Bailly*, *D.* 1930. 1. 101, note R. Vouin.

6. V. Ph. Conte et P. Maistre du Chambon, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 130.

non pas refuser d'appliquer la loi car il commettrait alors un déni de justice (C. civ., art. 4, et C. pén., art. 434-7-1), mais trancher en faveur du prévenu (relaxe ou acquittement). Il en va de même lorsque le texte est absurde<sup>1</sup> ou trop vague. Certes, lorsque le texte en question est une loi, sous réserve de la question prioritaire de constitutionnalité, le juge répressif ne dispose pas du pouvoir d'apprécier sa constitutionnalité, mais il peut toujours s'appuyer sur la valeur conventionnelle du principe de légalité, pour opérer un contrôle<sup>2</sup>, d'autant que le défaut de clarté de la loi affecte autant sa prévisibilité que son accessibilité.

## § 2. L'accessibilité

- 57 **Sens.** Plus que toute autre loi, la loi pénale doit être accessible. Cette accessibilité, corollaire du principe de la légalité criminelle, signifie que tout citoyen doit disposer de « renseignements suffisants, dans des circonstances de la cause, sur les normes juridiques applicables<sup>3</sup> ». Elle recouvre deux aspects : la publicité (**A**) et la clarté de la loi pénale (**B**).

### A. La publicité

- 58 **Publication.** Selon la Cour de cassation, « il est de principe que, pour devenir obligatoires, les lois ou décrets doivent avoir été, par leur publication dans les formes légales, portés à la connaissance des citoyens<sup>4</sup> ». Une publicité est en effet nécessaire pour que les textes soient portés à la connaissance des citoyens, c'est-à-dire rendus accessibles. À cet égard, on rappellera que, conformément à l'article 1<sup>er</sup> du Code civil, sauf disposition contraire, toute loi entre en vigueur dès sa parution au *Journal officiel*, et que certains actes réglementaires ont besoin d'une autre forme de publicité

1. Crim. 1<sup>er</sup> juin 1994, *Dr. pénal* 1994. 254.

2. Crim. 11 déc. 1996, *Bull. crim.* n° 462.

3. CEDH, 2 août 1984, *Malone*, série A, n° 82.

4. Crim. 23 nov. 1935, *Gaz. Pal.*, 1935. 2. 945.

officielle pour être opposables<sup>4</sup>, telle qu'une mesure d'affichage (arrêtés municipaux ou préfectoraux). Dès lors, aucune poursuite ne pourrait être engagée sur le fondement d'un texte non publié. Aussi, en cas de contestation sur cette publicité, il revient au ministère public de démontrer que les formes légales ont bien été suivies<sup>2</sup> et il ne peut être suppléé à ces formes par la constatation de la connaissance du texte par le public<sup>3</sup>.

## B. La clarté

**59 Principe de clarté et de précision.** La loi pénale doit contenir des incriminations définies « en termes suffisamment clairs et précis pour exclure l'arbitraire ». Cette exigence a été affirmée par le Conseil constitutionnel dans une décision du 19 au 20 janvier 1981<sup>4</sup> et a été plusieurs fois reprise<sup>5</sup>. Elle peut être rattachée « au principe de clarté de la loi, qui découle de l'article 34 de la Constitution » et à « l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi, qui découle des articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration de 1789 »<sup>6</sup>. On peut néanmoins déplorer que le Conseil constitutionnel considère parfois comme suffisamment claire une incrimination dont les termes sont pourtant équivoques<sup>7</sup> ou encore que la Cour de cassation prononce assez facilement des non-lieux à renvoi de questions prioritaires de constitutionnalité fondées sur la violation du principe de légalité des délits et des peines, au motif que l'incrimination en cause

1. C. civ., art. 1<sup>er</sup> (réd. Ord. n° 2004-164, 20 févr. 2004, art. 1<sup>er</sup>-7) ; « Les lois et, lorsqu'ils sont publiés au *Journal officiel*, les actes administratifs entrent en vigueur à la date qu'ils fixent ou, à défaut, le lendemain de leur publication. Toutefois, l'entrée en vigueur de celles de leurs dispositions dont l'exécution nécessite des mesures d'application est reportée à la date d'entrée en vigueur de ces mesures (al. 1<sup>er</sup>). En cas d'urgence, entrent en vigueur dès leur publication les lois dont le décret de promulgation le prescrit et les actes administratifs pour lesquels le gouvernement l'ordonne par une disposition spéciale (al. 2). Les dispositions du présent article ne sont pas applicables aux actes individuels (al. 3) ».

2. Crim. 5 mars 1991, *Gaz. Pal.*, 1992. I. 287, note J.-P. Doucet.

3. Crim. 5 mai 1923, S. 1923. I. 398.

4. Cons. const. n° 80-127, 19-20 janv. 1981, *JCP* 1981. II. 19701, note Franck ; *D.* 1982. 441, note A. Dekeuwer.

5. V. not. Cons. const. n° 84-183, 23 janv. 1985, *D.* 1986. 425, note Renoux (déclaration d'inconstitutionnalité du délit de malversation) ; Cons. const. n° 98-401, 10 juin 1998, *D.* 2000. Somm. 60, obs. L. Favoreu.

6. Cons. const. 29 juill. 2004, n° 2004-500 DC, Loi organique relative à l'autonomie financière des collectivités territoriales, consid. 13.

7. Comme pour l'ancien délit de racolage public passif (C. pén., anc. art. 225-10, abrogé par la loi n° 216-444 du 13 avril 2016), V. Cons. const. n° 2003-467, 13 mars 2003, *RSC* 2003. 616.

serait définie « de façon suffisamment claire et précise », alors que dans le même temps elle s'en remet à l'office du juge pour interpréter cette disposition<sup>1</sup>. Selon des formules qui se ressemblent, la Cour de cassation estime en effet qu'une question ne présente pas de caractère sérieux dès lors que la disposition critiquée est définie de manière suffisamment claire et précise « pour que son interprétation, qui entre dans l'office du juge pénal, puisse se faire sans risque d'arbitraire »<sup>2</sup>. La clarté n'empêche pas, il est vrai, une certaine généralité dans la description des modalités de l'infraction (« par tous moyens », « tout acte », « d'une manière quelconque », etc.), d'autant que la politique criminelle impose parfois d'incriminer largement pour pouvoir saisir toutes les formes d'une criminalité particulière ; le tout est une question de mesure<sup>3</sup>. À cet égard, la Cour européenne des droits de l'homme juge que « l'utilisation de la technique législative des catégories laisse souvent des zones d'ombre aux frontières de la définition. À eux seuls, ces doutes, à propos de cas limites ne suffisent pas à rendre une disposition incompatible avec l'article 7 [de la Conv. EDH], pour autant que celle-ci se révèle suffisamment claire dans la grande majorité des cas<sup>4</sup> » (en l'occurrence il s'agissait de la référence à la notion de « médicament » dans une incrimination du Code de la santé publique) et d'ajouter que si la lecture du texte est insuffisamment éclairante, il est possible de se référer « à des conseils éclairés pour évaluer, à un degré raisonnable dans les circonstances de la cause, les conséquences pouvant résulter d'un acte déterminé ». Mais cette position s'appuie sur une conception très molle de la légalité criminelle, en laissant entendre qu'une interprétation jurisprudentielle peut rendre un texte suffisamment

1. Crim. 20 févr. 2013, n° 19-90074, *Dr. pénal* 2013, comm. n° 86, obs. M. Véron (corruption de mineur).

2. Crim. 5 déc. 2012, n° 12-90062, *Dr. pénal*, 2013, comm. n° 58, obs. J.-H. Robert (démarchage juridique) ; Crim. 21 août 2013, n° 13-90-021 : *Dr. pénal* 2013, comm. n° 153, obs. M. Véron (recours à la prostitution de mineur) ; Crim. 7 août 2013, n° 13-90015, *Dr. pénal*, 2013, comm. 151, obs. M. Véron (agression sexuelle). Crim. 19 mars 2013, n° 12-85617 ; 28 mai 2013, n° 12-87266 ; 19 mars 2013, n° 12-82163 ; *Dr. pénal* 2013, comm. n° 115, obs. J.-H. Robert (entrave aux fonctions de délégués du personnel et entrave à la liberté syndicale). Et pour plus d'illustrations, v. V. Peltier, « Chronique de droit pénal et procédure pénale », in *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2013, n° 40, p. 183 s.

3. CEDH 16 nov. 1996, *Cantoni c. France*, RSC 1997. 462, obs. R. Koering-Joulin.

4. CEDH 16 nov. 1996, *Cantoni c. France*, préc.

clair et précis, alors que par nature la jurisprudence varie et n'est donc pas elle-même très accessible. Pour autant, il s'agit d'une position qui est actuellement défendue par la Cour de cassation de manière assez surprenante<sup>1</sup>. Ainsi, à propos de la définition de la faute caractérisée de l'article 121-3, alinéa 4 du Code pénal, la Haute juridiction a estimé non sérieuse une QPC prise d'une éventuelle non-conformité au principe de clarté et de précision de la loi pénale, en jugeant que « la disposition critiquée, qui laisse au juge le soin de qualifier des comportements que le législateur ne peut énumérer *a priori* de façon exhaustive, est rédigée en des termes suffisamment clairs et précis pour permettre que son interprétation se fasse sans risque d'arbitraire et dans des conditions garantissant tant le respect de la présomption d'innocence que l'intégralité des droits de la défense ». <sup>2</sup> En cela, la Cour de cassation consacre, au nom d'un certain réalisme judiciaire, « l'incorporation de l'office du juge à la norme écrite » <sup>3</sup>.

**60 Obscure clarté.** L'ennui est surtout que nos textes pénaux sont de moins en moins accessibles en raison d'une piètre façon de rédiger les lois <sup>4</sup> qui multiplie les risques d'erreur de droit <sup>5</sup>. Plusieurs manifestations de cet affaiblissement de la légalité formelle peuvent être relevées. On assiste tout d'abord à un transfert de la fonction de punir au pouvoir réglementaire, signe d'un affaiblissement de la légitimité des sources. Il existe ainsi des textes d'incrimination et de pénalité renvoyant au pouvoir réglementaire pour préciser le comportement interdit ou les modalités d'exécution de la peine. L'effectivité de l'incrimination est alors subordonnée à la rédaction d'un décret d'application qui parfois n'arrive que très tardivement, voire jamais <sup>6</sup>. De même, en multi-

1. V. P. Conte, « La question prioritaire de constitutionnalité et le petit bricoleur (ou l'apport de la clé de 12 à la clarification de la loi pénale) », *Dr. pénal* 2013, Étude n° 8.

2. Crim. 24 sept. 2013, n° 12-87059, QPC incidente (non-lieu à renvoi), *Gaz. Pal.*, 30-31 oct. 2013, n° 303 à 304, p. 9, note R. Méza ; *JCP G*, 2013, 1176 note S. Detraz.

3. V. Peltier, chron. préc. p. 184.

4. V. sur les lois « élastiques » en matière pénale, G. Ripert, *Le déclin du droit*, LGDJ, 1949, p. 171, n° 56.

5. V. A.-Ch. Dana, « La norme pénale, le juge et le citoyen (une idée certaine de la légalité républicaine) », *Mélanges Decocq*, Litec, 2004, 143 s., spéc. p. 150.

6. V. M. Véron, « Lois virtuelles », *Dr. pénal* 2006. Repère n° 1. Pour autant la Cour de cassation considère que la loi qui renvoie au règlement satisfait aux exigences de clarté et de précision lorsque ce renvoi est explicite. Crim. 4 déc. 2012, n° 12-90059 QPC, *Bull. crim.* n° 270. Comp. Crim. 11 janv. 2011, n° 10-90116 QPC D. 2011, 2824 obs. Th. Garé.

pliant les peines complémentaires, le législateur provoque parfois l'embarras du juge qui, confondant les peines complémentaires et de substitution, ou se trompant dans l'échelle des peines, prononce finalement des peines illégales<sup>1</sup>. D'une manière générale, la multiplicité des lois pénales, liée au phénomène contemporain d'inflation, conduit non seulement à « l'overdose » législative<sup>2</sup> mais aussi à l'inaccessibilité, source d'ineffectivité.

- 61 Incrimination par renvoi.** On peut citer en ce sens la technique des incriminations par renvoi, qui contribue à faire perdre la clarté et la lisibilité de la loi. Ainsi des comportements sont incriminés mais la peine est fixée dans un autre texte, ou des éléments de l'infraction, qui transforment la nature d'une incrimination principale, sont précisés dans des textes isolés. En soi, l'incrimination par renvoi n'est pas condamnable, il s'agit même d'une technique courante pour notamment relier la loi à des règlements européens<sup>3</sup>, mais elle peut le devenir en cas de modification ou de disparition du texte vers lequel le renvoi est opéré. Du reste, il peut arriver qu'à force de renvois et de recodification, l'incertitude règne quant au champ d'application de l'incrimination<sup>4</sup>.
- 62 Incriminations redondantes.** Parfois, un texte d'incrimination en reproduit un autre. De prime abord, cette technique peut sembler préférable au simple renvoi d'un texte à un autre car cela permet au praticien de ne se référer qu'à un seul corps de règles mais en réalité ces incriminations redondantes ou « doublons »<sup>5</sup> nuisent à

1. V. Crim. 2 sept. 2004, *D.* 2004. IR 2548 (illégalité de la peine de suivi socio-judiciaire pour des violences mortelles en réunion) ; Crim. 18 déc. 2002, *Bull. crim.* n° 236 ; *Dr. pénal* 2003. 46, obs. M. Véron (illégalité d'une réclusion criminelle de 6 ans) ; Crim. 13 mai 1997, *RSC* 1998. 97 (illégalité d'une double peine d'affichage et de publication pour un délit de travail clandestin).

2. V. F. Debove, « L'overdose législative », *Dr. pénal* 2004. Chron. 12, p. 6 s.

3. Pour un exemple de renvoi jugé clair et précis malgré la technicité des textes, Crim. 22 mars 2016, n° 15-80944, *Dr. pénal* 2016, comm. 82, obs. J.-H. Robert.

4. V. par ex., Crim. 29 juin 1999, *JCP E* 2000. 704, note X. Pin : un cardiologue a été condamné pour tromperie sur une prestation de service parce qu'il avait utilisé plusieurs fois une sonde à usage unique alors qu'à la lecture combinée des textes d'incrimination de l'époque (C. consom., anc. art. 216-1 et 213-1), il apparaissait que l'infraction concernait les opérations contractuelles économiques et non les actes médicaux. Une interprétation téléologique des textes aurait évité cette dérive.

5. Sur la question des doublons volontaires ou involontaires, V. V. Malabat, « Le champ inutile du droit pénal : les doubles incriminations », *Mélanges Ottenhof*, Dalloz, 2006, p. 155 s. On ne confondra pas cette question avec celle du « dédoublement » d'incriminations qui peut présenter une certaine cohérence, V. A. Lepage, « Réflexions sur quelques incriminations dédoublées (Livre II/Livre IV du Code pénal) », in G. Beaussonnie, *Faut-il régénéraliser le droit pénal ?*, LGDJ/Lextenso, Grands Colloques, 2015, p. 49 s.

la clarté et à la prévisibilité de la loi pénale. Il en est ainsi notamment lorsque la redondance provient d'une maladresse du législateur, de sorte que les incriminations reproduites à l'identique ne comportent pas la même pénalité d'un Code à l'autre. Tel est le cas du harcèlement moral qui figure non seulement à l'article 222-33-2 du Code pénal, mais aussi dans le Code du travail, aux articles L. 1152-1 et L. 1155-2<sup>1</sup> ; or l'amende prévue par le Code du travail – y compris depuis sa recodification entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> mai 2008 – demeure moindre que celle prévue par le Code pénal et les peines complémentaires sont différentes. Cette situation est pour le moins fâcheuse non seulement parce que, s'il y a identité d'incrimination, les règles des conflits de qualifications – notamment la règle *lex specialia* – ne s'appliquent pas<sup>2</sup> mais aussi parce que ce « doublon » porte atteinte au principe d'égalité. Le Conseil constitutionnel a donc logiquement censuré le procédé, en considérant dans une décision sur QPC du 28 juin 2013, qu'en vertu du principe constitutionnel d'égalité devant la loi pénale, le législateur ne saurait, pour des infractions semblables, instituer des peines de nature différente, sauf à ce que cette différence soit justifiée par une différence de situation en rapport direct avec l'objet de la loi<sup>3</sup>. De ce point de vue, il semble que la redondance soit moins problématique lorsqu'elle est voulue par le législateur car les incriminations sont alors parfaitement identiques et elles sont assorties des mêmes pénalités. Il en est ainsi des atteintes involontaires à la vie ou à l'intégrité corporelle commises avec un véhicule prévues par le Code de la route (C. route, art. L. 232-1 à L. 232-3), lequel reproduit les dispositions des articles 221-6-1, 222-19-1 et 222-20-1 du Code pénal, décrivant ces infractions, ainsi que les peines complémentaires énumé-

1. Plus généralement sur l'abondance des textes en matière de harcèlement, V. V. Malabat, « À la recherche du sens du droit pénal du harcèlement », *Dr. social* 2003. 491 s.

2. Sur ces règles v. ss 261 s.

3. Cons. const. 28 juin 2013, n° 2013-328 QPC, association Emmaüs Forbach, *Gaz. Pal.*, 5 sept. 2013, n° 248, p. 12, note S. Detraz ; *AJ pénal* 2013. 471, note Ph. Belloir. En l'espèce, le « doublon » concernait le délit de perception frauduleuse de prestations sociales qui était incriminé par plusieurs textes disparates : le coupable encourait soit un emprisonnement de cinq ans et une amende de 375 000 € (C. action sociale, art. L. 135-1), soit une amende de 5 000 € (C. sécurité sociale, art. L. 114-13). L'article L. 135-1 du Code de l'action sociale et des familles qui renvoyait aux pénalités de l'escroquerie a été abrogé avec effet immédiat.

rées par les articles 221-8 et 222-44 du Code pénal ; ou encore, les infractions en matière biomédicale, prévues par les articles 511-3, 511-5 et 511-6 du Code pénal et reproduites aux articles L. 1272-2, L. 1272-4 et L. 1272-7 du Code de la santé publique<sup>1</sup>. Néanmoins, cette technique de recopiage, même réfléchie, demeure fâcheuse car elle contribue à alourdir inutilement la législation et peut engendrer des difficultés pratiques en ce qui concerne la portée des lois d'abrogation ou d'amnistie, conduisant l'interprète à se demander quel est le « code pilote » et quel est le « code suiveur ». La difficulté s'est, par exemple, présentée à propos du défaut d'assurance, lorsqu'il était défini et réprimé à la fois par l'article L. 211-1 et l'ancien article R. 211-45 du Code des assurances et l'article L. 324-1 et l'ancien article R. 324-1 du Code de la route. La Cour de cassation a estimé qu'il s'agissait alors d'une contravention amnistiée parce qu'en l'occurrence le Code de la route, code suiveur, se bornait à reproduire le Code des assurances, code pilote<sup>2</sup>. En l'espèce, la Cour de cassation a été fidèle à une interprétation littérale des lois d'amnistie mais elle est venue affaiblir la volonté du législateur de ne pas faire preuve de clémence à l'égard de la délinquance routière.

- 63 Incriminations surabondantes.** Une autre situation déplorable est celle qui résulte d'une tendance du législateur à rédiger des lois d'affichage ou symboliques<sup>3</sup>, lesquelles créent des incriminations surabondantes donc inutiles<sup>4</sup>. Ainsi, beaucoup d'incriminations, sans être identiques, comportent des éléments constitutifs qui se recoupent de sorte qu'il est très difficile d'opter pour une qualification ou pour une autre. Un bel exemple de ces « infractions poupées russes<sup>5</sup> » est l'incrimination par la loi du 3 janvier 2008 des pratiques commerciales agressives (C. consom., art. L. 121-6)

1. Sur la redondance de ces dispositions pénales, V. O. Sautel, « Le Livre V du Code pénal et les infractions en matière d'éthique biomédicale », *Réflexions sur le nouveau Code pénal*, Pédone, 1995, p. 131 s.

2. Crim. 17 sept. 2003, *Dr. pénal* 2003. 124, obs. J.-H. Robert. Depuis, le défaut d'assurance est devenu un délit (C. route, art. L. 324-2).

3. V. Ch. Lazerges, « De la fonction déclarative de la loi pénale », *RSC* 2004. 194 s.

4. V. Malabat, « Les infractions inutiles. Plaidoyer pour une production raisonnée du droit pénal », in *La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale, Opinio doctorum*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2009, p. 71 s.

5. V. Malabat, « Les infractions inutiles », art. préc., p. 72.

qui vient recouvrir très largement le champ d'application du délit d'abus de faiblesse déjà puni par le même Code (C. consom., art. L. 121-8) lequel chevauche également le domaine du délit de manipulation mentale (C. pén., art. 223-15-2)<sup>1</sup>. Un autre exemple de ce type de chevauchement est donné par l'incrimination d'occupation illicite de hall d'immeuble qui, selon une première formulation due à la loi du 18 mars 2003 sur la sécurité intérieure, était constituée par des « voies de fait ou la menace de commettre des violences contre des personnes ou l'entrave portée de manière délibérée à l'accès et à la libre circulation des personnes ou au bon fonctionnement des dispositifs de sécurité et de sûretés, lorsqu'elles sont commises en réunion de plusieurs auteurs ou complice dans les entrées, cages d'escalier ou autres parties communes d'immeubles collectifs d'habitation » (CCH, art. L. 126-3). Or ce type d'entrave pouvait, la plupart du temps, tomber sous le coup des incriminations de violation de domicile, de menaces, de violences, d'injures, de dégradations, bref autant de qualifications qui rendaient ineffective l'incrimination spécifique, notamment en raison de la règle selon laquelle en cas de conflits de qualifications on retient les faits sous la qualification la plus sévère. La loi du 5 mars 2007 sur la prévention de la délinquance est donc venue réécrire ce texte : est désormais puni, à titre principal, de deux mois d'emprisonnement et 3 750 € d'amende, le fait d'occuper en réunion les espaces communs ou les toits des immeubles collectifs d'habitation en entravant délibérément l'accès ou la libre circulation des personnes ou en empêchant le bon fonctionnement des dispositifs de sécurité et de sûreté. Lorsque cette infraction est accompagnée de voies de fait ou de menaces, de quelque nature que ce soit, elle est punie de six mois d'emprisonnement et de 7 500 euros d'amende. Il n'est pas certain que cette nouvelle définition évite les chevauchements. Mais l'on peut aussi citer des incriminations ambiguës car purement symboliques. Il en est ainsi du délit de bizutage (C. pén., art. 225-16-1 à 225-16-3) qui consiste dans le fait pour une personne « hors les cas de

1. Sur l'abus de faiblesse concurrenté, V. E. Bazin, « L'abus de faiblesse dans le Code de la consommation », *Dr. pénal* 2015, Étude 19.

violences, de menaces ou d'atteintes sexuelles », d'amener autrui « contre son gré ou non, à subir ou à commettre des actes humiliants ou dégradants ou à consommer de l'alcool de manière excessive lors de manifestations ou de réunions liées au milieu scolaire, sportif et socio-éducatif ». Or comment prouver ce caractère humiliant ou dégradant lorsque précisément il n'y a ni atteinte sexuelle, ni menace ni violence ? Le juge aura beaucoup de mal à le mettre en évidence car tout dépendra de la plus ou moins grande vulnérabilité de la victime<sup>1</sup> ; dans ces conditions, l'on ne s'étonnera pas qu'en pratique ce texte ait été peu appliqué, avant que le législateur n'ajoute en 2016 la consommation « excessive » d'alcool, et en 2017, les manifestations et réunions liées au milieu « sportif ». Et l'on pourrait multiplier les exemples d'incriminations risquant d'être ineffectives, ou affaiblissant des incriminations existantes, du fait même de leur formulation ambiguë<sup>2</sup> ou de leur logique d'affichage<sup>3</sup>. Il suffit de songer en dernier lieu à la création du délit d'outrage sexiste et sexuel pour réprimer le harcèlement de rue, lequel risque d'affaiblir les qualifications de violences, de menaces, d'injures ou de discriminations<sup>4</sup>.

D'une manière plus générale, ces atteintes à la légalité formelle sont très regrettables puisqu'elles conduisent à un glissement des sources du droit pénal de la loi vers la jurisprudence.

---

1. Pour une analyse plus détaillée, V. Ch. Lazerges, art. préc.

2. Ainsi, le délit de manipulation mentale (C. pén., art. 223-15-2) vise tant de situations qu'il est difficile de savoir avec certitude quel comportement est punissable, d'autant que le concept sur lequel repose l'incrimination, à savoir « l'état de sujétion physique ou mentale de la victime » est extrêmement difficile à prouver. Il en allait de même du racolage public pouvant être constitué par une « attitude même passive » (C. pén., anc. art. 225-10-1), avant son abrogation par la loi n° 2016-444 du 13 av. 2016 (art. 15).

3. On pourrait citer le délit d'outrage à l'hymne national ou au drapeau tricolore créé en 2003 (C. pén., art. 433-5-1), v. S. Detraz, « L'outrage au drapeau national », *Gaz. Pal.* 2018, n° 16, p. 89 ; le délit d'embuscade créé en 2007 (C. pén., art. 222-15-1) ; la contravention de dissimulation de visage lors d'une manifestation créée en 2009 (C. pén., art. R. 645-14) ou le délit de participation à un groupement formé en vue de réaliser des violences créé en 2010 (C. pén., art. 222-14-2).

4. Pour le débat, v. M.-L. Rassat, « De la création d'un outrage sexiste et sexuel », *Dr. Pénal* 2018, Étude n° 7 ; N. Drouin, « L'outrage par la parole fait aux femmes : quel bilan, quelles perspectives ? », *Gaz. Pal.* 2018, n° 16, p. 77 ; C. Saas, « Harcèlement de rue ou le droit à être dans l'espace public », *Gaz. Pal.* 2018, n° 16, p. 81

## CHAPITRE 2

---

# Les formes de loi pénale

---

- 64 **Sources.** La loi pénale prend différentes formes, qui en constituent autant de sources (SECTION 1), lesquelles sont articulées entre elles selon un principe de hiérarchie<sup>1</sup> (SECTION 2).

### SECTION 1

---

## LA VARIÉTÉ DES SOURCES

---

- 65 **Légalité formelle.** L'exigence de légalité formelle a toujours conduit à limiter les sources du droit pénal. Néanmoins, ces sources se sont multipliées depuis la seconde moitié du XX<sup>e</sup> siècle. Le pouvoir de punir n'appartient plus seulement à la société française, la souveraineté pénale a reculé, l'Europe s'en est mêlée. Le droit pénal n'est donc plus uniquement issu de sources internes ou nationales (§ 1) mais provient de plus en plus de sources internationales ou supranationales (§ 2).

---

1. Sur la hiérarchie des normes, V. plus généralement P. Puig, « Hiérarchie des normes : du système au principe », *RTD civ.* 2001. 750 s.

## § 1. Les sources nationales

- 66 **Lex scripta.** Le droit pénal est, par tradition, un droit écrit (A). Toute source non écrite comme la coutume ou la jurisprudence devrait donc en principe être rejetée (B).

### A. Les sources écrites

- 67 **Loi et règlement.** Selon l'article 111-2 du Code pénal, « la loi détermine les crimes et les délits et fixe les peines applicables à leurs auteurs » et « le règlement détermine les contraventions et fixe, dans les limites et selon les dispositions de la loi, les peines applicables aux contraventions ». On relève donc uniquement deux sources écrites de droit pénal : la loi (1) et le règlement (2). Tout autre texte ne peut servir de fondement à une incrimination ; il en est ainsi des circulaires administratives<sup>1</sup> sauf délégation exceptionnelle et expresse du législateur<sup>2</sup>.

#### 1. La Loi

- 68 **Loi parlementaire et ordonnances.** Par « loi » on entend, tout d'abord, la loi votée par le Parlement et promulguée par le président de la République. En vertu de l'article 34 de la Constitution du 4 octobre 1958<sup>3</sup>, 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 ». En outre, il faut assimiler à la loi les ordonnances de l'article 38 de la Constitution prises sur délégation du Parlement par le pouvoir réglementaire. Une fois ratifiées, ces ordonnances ont valeur de loi, mais, avant leur ratification, elles ne sont que des règlements et sont soumises au contrôle de la légalité (à rapprocher des décrets-lois sous la IV<sup>e</sup> République, qui avaient une nature intermédiaire). Ont également valeur législative les décisions du président de la République prises, en période de crise, en application de l'article 16 de la

1. Lyon, 25 nov. 1971, *Pollet-Villard*, J. Pradel et A. Varinard, *GADPG*, *op. cit.*, n° 6, p. 71.

2. Crim. 16 janv. 1976, *Gryson*, J. Pradel et A. Varinard, *GADPG*, *op. cit.*, *ibid.*

3. À condition d'avoir une portée normative. Ce qui n'est pas le cas des lois mémorielles, V. Cons. const. 28 févr. 2012, n° 2012-647 DC, *D.* 2012. 987, note J. Roux ; RCS 2012. 179, obs. J. Francillon. Crim. 5 janv. 2013, n° 11-85909, *Bull. Crim.* n° 38 ; RCS 2013. 79 obs. Y. Mayaud et 99 obs. J. Francillon.

Constitution. Enfin, il convient d'assimiler à la loi certaines conventions collectives car même s'il n'existe pas un droit pénal de source conventionnelle<sup>1</sup>, contrairement à ce qu'aurait pu laisser penser une ancienne jurisprudence<sup>2</sup>, le cas de la violation d'une convention collective<sup>3</sup> est prévu, depuis une loi du 13 novembre 1982, par le Code du travail<sup>4</sup> en ces termes : « Lorsque en vertu d'une disposition législative expresse dans une matière déterminée, une convention ou un accord collectif étendu déroge à des dispositions législatives ou réglementaires, les infractions aux stipulations dérogatoires sont passibles des sanctions qu'entraînerait la violation des dispositions législatives ou réglementaires en cause » (C. trav. art. L. 2263-1).

## **2. Le règlement**

- 69 Règlements d'application.** Deux types de règlements se rencontrent en matière pénale. Ce sont d'abord des règlements d'application, qui viennent préciser une disposition légale ou réglementaire dans des matières où le législateur a fixé une incrimination ou une peine dans son principe, mais a renvoyé au pouvoir exécutif le soin de préciser le détail technique. Tel est le cas par exemple d'une incrimination légale qui comporte un élément défini par un texte réglementaire (on songe au trafic de stupéfiants, C. pén., art. 222-34 ; la définition des « stupéfiants » est donnée par l'article L. 5132 du Code de la santé publique, lequel renvoie à des arrêtés du ministre de la Santé). Tel est le cas également de nombreux textes de pénalité renvoyant à un décret ou un arrêté pour leurs modalités d'application (ainsi la mise en œuvre du pla-

1. Crim. 24 févr. 1987, *Bull. crim.* n° 97 ; comp. Crim. 26 mai 1987, *Bull. crim.* n° 219 ; Crim. 10 janv. 1989, *Bull. crim.* n° 10.

2. Crim. 14 févr. 1978 (aff. *Plessis*), *Bull. crim.* n° 58 ; D. 1978, IR 384, obs. J. Pélissier. En l'espèce, un accord d'entreprise attribuait aux délégués du personnel et aux délégués syndicaux un nombre d'heures de délégation nettement supérieur au minimum légal. Le patron réduisit ce nombre d'heures pendant l'été, en refusant aux délégués le droit de s'absenter ; il fut poursuivi pour délit d'entrave. L'arrêt de relaxe fut cassé. La Cour de cassation admit le principe de la condamnation pénale, alors même que les droits accordés par la loi étaient respectés. Comp. Crim. 22 mai 1979, *Bull. crim.* n° 181 ; Crim. 6 nov. 1979, *Bull. crim.* n° 307. V. aussi J. Pradel, « Est-il possible de sanctionner pénalement des dispositions conventionnelles plus favorables aux travailleurs que la loi ? » (Cass., 14 févr. 1978), *Dr. social* 1979. 172 s. ; J. Borricand, « Donner et reprendre ne vaut. Réflexions sur quelques décisions « sociales » récentes de la chambre criminelle », *D.* 1980. 1. 323 s.

3. V. Crim. 4 avr. 1991, *Bull. crim.* n° 164 ; *JCP* 1991. IV. 269.

4. V. Cons. const. 10 nov. 1982, *JO* 11 nov. 1982, p. 3393 et Y. Chalaron, « La sanction pénale du droit conventionnel : une nouvelle base ? (C. trav., art. L. 153-1) », *Dr. social* 1984. 3. 505 s.

gement sous surveillance électronique repose sur un arrêté décrivant la technique du « bracelet » électronique). Ces textes sont soit des *décrets pris en Conseil d'État*, soit des *décrets simples*, soit des *arrêtés ministériels, préfectoraux* ou *municipaux*.

- 70 **Règlements autonomes.** Ce sont ensuite les *règlements autonomes* pris en application de l'article 37 de la Constitution. Mais tous n'ont pas la même force. Seuls les *décrets pris par le Premier ministre, ou par le président de la République, lorsqu'ils sont délibérés en Conseil des ministres avec le contreseing du Premier ministre, après avis du Conseil d'État* peuvent créer des contraventions, en prévoyant la peine qui les assortit<sup>1</sup> (C. pén., art. R. 610-1) ; il en est ainsi de la partie réglementaire du Code pénal. Néanmoins, malgré leur caractère autonome, ces décrets en Conseil d'État ne pourront pas édicter de peines au-delà des limites établies par la loi (C. pén., art. 111-2, al. 2) : cela signifie que les contraventions ainsi créées ne pourront pas être punies de plus de 1 500 € d'amende à titre de peine principale (C. pén., art. 131-13), ni d'une peine complémentaire ne ressortissant pas au catalogue légal (C. pén., art. 131-16 et 131-17). On notera à cet égard que le pouvoir réglementaire ne peut plus édicter de peines privatives de liberté depuis la loi n° 93-913 du 19 juillet 1993, alors que, malgré une position exprimée en ce sens par le Conseil constitutionnel en 1973<sup>2</sup>, le précédent Code le permettait depuis 1958 et la Cour de cassation ne pouvait s'y opposer<sup>3</sup>, ce qui constituait une excessive atteinte au principe de la légalité dans sa dimension politique.

Les *décrets simples* et *arrêtés* ne sont pas des règlements créateurs de contraventions au sens de l'article 111-2 du Code pénal : ils peuvent comporter une interdiction mais pas de peines. Toutefois, la violation des interdictions édictées par des décrets et *arrêtés de police* constitue, aux termes de l'article R. 610-5 du Code pénal, une contravention de 1<sup>re</sup> classe (d'un montant maximum de 38 € ; C. pén., art. 131-13-1°).

1. V. CE 12 févr. 1960, *Stré Eky*, in J. Pradel et A. Varinard, *GADPG*, op. cit., n° 3.

2. Cons. const. 28 nov. 1973, *D.* 1974. 269.

3. Crim. 26 févr. 1974, *Schiavon*, in J. Pradel et A. Varinard, *GADPG*, op. cit., n° 3.

## B. Les sources non écrites

71 **Deux sources ?** Il convient de s'interroger sur le rôle joué en droit pénal par deux sources non écrites du droit : la coutume (1) et la jurisprudence (2).

### 1. La coutume

72 **La coutume source d'incrimination (non).** Certes, la Cour de cassation a parfois retenu des cas de fraude sur les qualités de certains produits (C. consom., art. L. 441-1 et L. 454-1), de la part de prévenus qui n'avaient pas respecté les usages constants et loyaux du commerce<sup>1</sup> et on a pu penser que, dans ces hypothèses, la coutume jouait un rôle *praeter legem*, c'est-à-dire qu'elle suppléait la loi dans le silence de celle-ci. Néanmoins, à y regarder de plus près, on s'aperçoit qu'il n'est pas question pour le juge de voir dans les usages la source d'une incrimination, mais de se convaincre que l'auteur de la tromperie avait bien induit son client en erreur, en ne respectant pas les usages ; il s'agit donc de se référer à la coutume pour établir la faute et non pour compléter l'infraction<sup>2</sup>. La Cour de cassation ne dit pas autre chose, en matière de fraude commerciale portant sur un produit non réglementé, lorsqu'elle affirme que, les juges du fond ont tout pouvoir pour reconnaître ou dénoncer l'existence d'un usage<sup>3</sup>.

73 **La coutume source de justification (oui).** La coutume, en revanche, peut être invoquée comme *source de justification*. Il en est ainsi notamment en matière de tauromachie ou de combats de coqs. Alors que l'article 521-1 du Code pénal punit les sévices graves ou actes de cruauté envers les animaux, ce même texte, reprenant les dispositions de deux lois du 24 avril 1951 et du 19 novembre 1963, admet une exception lorsqu'une tradition locale ininterrompue peut être démontrée. Ainsi, régulièrement la question de la tauromachie est portée devant les tribunaux et le débat se porte sur le point de savoir si une coutume est bien établie de façon

1. V. pour des « quatre-quarts » vendus avec la mention « spécialité bretonne », alors qu'ils ne contenaient que 5 % de beurre... ce qui ne respectait pas la tradition bretonne, Crim. 5 oct. 1967, *Le Guern*, *Bull. crim.* n° 242 ; J. Pradel et A. Varinard, *GADPG*, *op. cit.*, n° 2.

2. V. J.-H. Robert, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 119.

3. Crim. 17 janv. 1996, *Gaz. Pal.*, 1996. 1. Chron. J.-P. Doucet, p. 77-78.

ininterrompue (une habitude de quelques années ne suffisant pas) et si cette tradition est bien locale (la difficulté étant de délimiter l'ensemble démographique concerné par la tradition taurine)<sup>1</sup>. Le principe même de la justification par la tradition locale a du reste été reconnu au plus haut point par le Conseil constitutionnel, qui a admis la constitutionnalité de l'article 521-1 du Code pénal, au regard du principe d'égalité devant la loi, d'abord pour la tauro-machie<sup>2</sup>, puis pour les combats de coqs, en validant toutefois l'interdiction légale de création de nouveaux gallodromes<sup>3</sup>. D'aucuns pensent néanmoins qu'une telle solution demeure contraire au principe de la légalité, estimant qu'il appartient au législateur lui-même de déterminer le champ d'application de la loi pénale, en définissant les causes de justification<sup>4</sup>. Cette conception se défend mais elle ne correspond pas à notre droit positif qui a toujours admis des justifications liées à une *opinio necessitatis* forte. Ainsi, en 1981, la coutume a pu être invoquée dans le cas d'un enseignant qui avait donné une gifle à un élève insolent<sup>5</sup>. Aujourd'hui au contraire ce « droit de correction » est en recul, de sorte que la permission coutumière ne devrait plus jouer. Au contraire, en 2012, un maire a été condamné en première instance pour avoir donné une gifle éducative à un adolescent qui l'insultait<sup>6</sup> et s'il a été relaxé en appel, ce n'est pas sur le fondement de la coutume mais du caractère inoffensif de son geste, en réponse à l'atteinte à l'autorité de sa fonction<sup>7</sup>. C'est dire que la tradition de la gifle et de la fessée recule. Malgré tout, le Comité européen des droits sociaux estime que la France ne respecte pas la charte sociale européenne en n'interdisant pas de

1. V. pour des corridas organisées dans la région toulousaine Civ. 2<sup>e</sup>, 10 juin 2004, *JCP* 2004. IV. 2608.

2. Cons. const. déc., 21 sept. 2012, n° 2012-271 QPC, *D.* 2012, 2486, note X. Daverat.

3. Cons. cons. 31 juill. 2015, n° 2015-477 QPC, *Dr. pénal* 2015, comm. 140, obs. Ph. Conte ; *RSC* 2015. 719, obs. B. de Lamy.

4. J.-Y. Maréchal, « La tradition taumachique devant le conseil constitutionnel : la réponse contestable à une question mal posée », *Dr. pénal* 2012, Étude n° 25.

5. T. pol. Bordeaux, 18 mars 1981, *D.* 1982. 182, note D. Mayer.

6. T. corr. Avesnes-sur-Helpe, 17 févr. 2012, n° 199/2012, *RSC* 2013. 343 obs. Y. Mayaud.

7. CA Douai, 10 oct. 2012, n° 12/01253, *RSC* 2013. 343 obs. Y. Mayaud. Il est notable que le maire n'a pas été relaxé sur le terrain de la coutume, ni sur celui de la légitime défense, mais sur celui, plus surprenant, du commandement de l'autorité légitime.

façon claire, contraignante et précise les châtiments corporels<sup>1</sup> : la loi du 14 mars 2016 sur la protection de l'enfance a fait un pas dans cette direction.

Enfin, la coutume peut parfois être source d'immunité<sup>2</sup>.

## **2. La jurisprudence**

- 74 Source interprétative.** Dans un pays de droit écrit, la jurisprudence n'est pas une source directe de droit et la tradition légaliste refuse encore d'y voir une source de droit pénal. Mais les choses évoluent. Ainsi, la Cour européenne des droits de l'homme, pour tenir compte de la variabilité du concept de légalité dans les États européens, l'intègre aux sources du droit pénal<sup>3</sup> : la jurisprudence est englobée dans la notion de *law*<sup>4</sup>. Quant au Conseil constitutionnel, il apprécie désormais le respect du principe légaliste au regard des précisions que « la jurisprudence dégagée par les juridictions pénales » a apportées. Il a ainsi décidé que la notion de bande organisée contenue dans l'article 132-71 du Code pénal était suffisamment claire et précise pour exclure l'arbitraire, dès lors que « la jurisprudence dégagée par les juridictions pénales a apporté des précisions complémentaires utiles pour caractériser la circonstance aggravante de bande organisée, laquelle suppose la préméditation des infractions et une organisation structurée de leur auteur »<sup>5</sup>. La Cour de cassation elle-même, qui pourtant refuse de transmettre sa propre jurisprudence au Conseil constitutionnel<sup>6</sup>, a prétendu en 2015 faire reconnaître son rôle « normatif » pour réclamer une procédure de filtrage des pourvois en

1. CEDS, 4 mars 2015, n° 922013, *Association pour la protection des enfants (APPROACH) c. France*, JCP G, 2015, 338, obs. H. Matsopoulou.

2. En droit pénal international, la coutume a été invoquée en faveur de l'immunité des chefs d'État étrangers en exercice, V. Crim. 13 mars 2001, D. 2001. 2631, note J.-F. Roulot.

3. CEDH 25 mai 1993, *Kokkikanis c. Grèce*, Rec. CEDH 1993, série A, n° 260, p. 19.

4. CEDH, 24 avr. 1990, *Kruslin et Huwig c. France*, série A, n° 176 ; 16 nov. 1996, *Dr. pénal* 1997. 11, obs. J.-H. Robert.

5. Cons. const., 2 mars 2004, n° 2004-492 DC, D. 2004, Somm. 2757, obs. B. de Lamy ; JCP G, 2004. II. 10048, note J.-C. Zarka ; V. aussi depuis l'introduction de la QPC, S. Pellé, « Le contrôle de légalité criminelle par le Conseil Constitutionnel », *RPDP* 2013. 265 s.

6. Alors que le Conseil constitutionnel reconnaît au justiciable le droit de contester par la voie de la question prioritaire de constitutionnalité, la portée effective qu'une « interprétation jurisprudentielle constante » confère à une disposition (Cons. const. 6 oct. 2010, n° 2010-39 QPC, D. 2010, 2744 note F. Chénédy ; *RTD Civ.* 2011, 90 obs. P. Deumier), la Cour de cassation rechigne à le faire (v. par exemple Crim. 20 mai 2011, n° 11-90.025, n° 11-90.0033, n° 11-90.042, D. 2011, 1346, obs. A. Lienhard ; D. 2011, 1426, Point de vue, D. Chagnollaud).

cassation afin de se concentrer sur « les affaires importantes »<sup>4</sup>. Elle intègre du reste, depuis plusieurs années, la fonction d'interprétation dans l'office du juge pour rejeter comme non sérieuses des questions prioritaires de constitutionnalité remettant en cause la légalité de telle ou telle incrimination<sup>5</sup>. En cela, la Cour de cassation *incorpore* l'office du juge à la norme écrite, mettant les décisions des juges du fond pratiquement au même rang que la loi. C'est dire d'une manière plus générale, que les décisions de justice jouent un grand rôle dans la structuration du droit pénal, lequel vit grâce à l'interprétation des textes<sup>6</sup>. Rappelons toutefois que les juges doivent s'en tenir à une interprétation stricte<sup>4</sup>.

- 75 Source déclarative.** Par ailleurs, il faut souligner le rôle joué par les principes généraux du droit découverts par la Cour de cassation, soit pour justifier une règle de procédure pénale, soit pour offrir à la personne poursuivie une possibilité d'exonération. Ainsi, la chambre criminelle a-t-elle reconnu un « principe général d'après lequel l'intention criminelle est un élément constitutif de l'infraction<sup>5</sup> » ce qui implique qu'elle soit démontrée par l'accusation. De même, la Haute juridiction a-t-elle invoqué les « principes généraux du droit » pour affirmer, dans le célèbre arrêt *Laboube* du 13 décembre 1956, que toute infraction suppose que son auteur ait « compris et voulu son acte<sup>6</sup> ». Néanmoins, ces principes généraux du droit ne sauraient être invoqués pour créer une incrimination ou une peine<sup>7</sup>.

1. E. Dreyer, « Le filtrage des pourvois ou la tentation pour la Cour de cassation d'agir en cour suprême », *Gaz. Pal. Professionnelle*, 2015, n° 163 à 164, p. 6.

2. V. ss 59.

3. Sur le rôle interprétatif et le rôle créateur de la jurisprudence, V. J.-B. Perrier, « La jurisprudence en droit pénal », in G. Beaussonie (dir.), *Faut-il « régénéraliser » le droit pénal ?*, LGDJ/Lextenso, Grands Colloques, 2015, p. 115 s.

4. V. ss 53.

5. Crim. 30 mars 1944, *Luze et Devaux*, J. Pradel et A. Varinard, *GADPG*, *op. cit.*, n° 2.

6. Crim. 13 déc. 1956, *Laboube*, J. Pradel et A. Varinard, *GADPG*, *op. cit.*, n° 42.

7. Sauf si les principes évoqués reposent sur des textes qui contiennent l'incrimination ; on songe notamment aux crimes contre l'humanité. Avant leur incrimination par le droit français (C. pén., art. 211-1 s.), les tribunaux en ont trouvé le fondement dans des accords internationaux, V. pour l'aff. *Klaus Barbie*, Crim. 6 oct. 1983, *JCP* 1983. II. 20107, rapp. F. Le Guehec, concl. H. Dontenville ; 26 janv. 1984, *JCP* 1984. II. 20197, rapp. F. Le Guehec, concl. H. Dontenville ; 20 déc. 1985, *JCP* 1986. II. 20655, rapp. F. Le Guehec, concl. H. Dontenville ; 3 juin 1988, *JCP* 1988. II. 21149, rapp. H. Angevin.

## § 2. Les sources internationales ou supranationales

---

76 **Internationalisation et européanisation du droit pénal.** À l'échelle mondiale, il existe de nombreuses conventions internationales touchant le droit pénal de fond (terrorisme, criminalité organisée, traite des êtres humains, blanchiment d'argent, corruption, pollution, etc.) mais leur effectivité est encore subordonnée à l'intervention des législateurs nationaux. En effet, sauf en matière de justice pénale internationale<sup>1</sup>, ces normes ne contiennent aucune peine directement applicable<sup>2</sup>, si bien qu'elles ne deviennent effectives que si une loi ou un décret interne prévoit de les assortir d'une sanction<sup>3</sup>. De ce point de vue, la norme internationale reste une source relativement discrète du droit de punir, même si l'on peut parler sans hésiter d'internationalisation du droit pénal<sup>4</sup>. Le phénomène est cependant plus visible, à l'échelle européenne, du fait de l'existence de conventions, de directives et de décisions de justice très incitatives, qui exercent une influence forte sur les droits répressifs nationaux. Notre Code pénal est lui-même régulièrement touché par cette européanisation<sup>5</sup>, qui provient désormais autant de l'Union européenne (A) que du Conseil de l'Europe (B).

### A. Le droit de l'Union européenne

---

77 **Droit originaire et dérivé.** « L'ère du droit pénal européen » s'est ouverte le 1<sup>er</sup> décembre 2009, avec l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne d'où découlent le Traité sur l'Union européenne (TUE)

---

1. V. ss 142.

2. V. Crim. 18 mai 1998, *Bull. crim.* n° 168.

3. Par ex., des lois françaises sont venues sanctionner pénalement la violation des stipulations des conventions d'Oslo du 15 févr. 1972 et de Londres du 2 nov. 1973 en matière de pollution maritime (C. envir., art. L. 218-42 et L. 218-48 ; art. L. 218-10 et L. 218-11).

4. Sur ce phénomène v. S. Manacorda, « Devoir de punir ? Les obligations de protection pénale à l'heure de l'internationalisation du droit », in G. Giudicelli-Delage, S. Manacorda, J. Tricot (dir.), « Devoir de punir ? » *Le système pénal face à la protection internationale du droit à la vie*, Société de législation comparée, coll. UMR droit comparé de Paris, 2013, vol. 32.

5. J. Leblois-Happe, « Le Code pénal et le droit européen : harmonie ou cacophonie », in L. Saenko (dir.), *Le Nouveau Code pénal, 20 ans après, op. cit.*, p. 35 s.

et le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE)<sup>1</sup>. Cette date marque en effet l'aboutissement d'une véritable « métamorphose<sup>2</sup> », fruit d'une lente intégration du droit pénal dans l'ordre juridique européen<sup>3</sup>. Pour la retracer très brièvement, on rappellera que les traités fondateurs des Communautés puis de l'Union européenne, à savoir les traités de Rome (1957), de Maastricht (1992) et d'Amsterdam (1997), ne contenaient pas de droit pénal.

L'Europe n'avait une influence sur le droit pénal que par l'intermédiaire du droit *dérivé* et cette compétence pénale était réduite et complexe. L'Union européenne était en effet organisée, depuis le traité de Maastricht, en trois « piliers », dont deux étaient susceptibles d'influer sur le droit pénal interne. Le premier pilier n'avait une incidence que très indirecte ; il représentait la Communauté européenne et avait pour objectif de réaliser un marché commun au moyen de deux instruments : les *règlements*, directement applicables dans tous les États membres et les directives, nécessitant une transposition. Or si l'on excepte la question des fraudes au budget communautaire<sup>4</sup>, le droit issu de ces textes n'était en principe pas du droit pénal : seul le législateur interne pouvait décider d'en réprimer la violation<sup>5</sup>. Le troisième pilier constituait en revanche le support de la compétence pénale de l'Union européenne ; sa finalité était de créer un espace de liberté de justice et de sécurité, au moyen d'abord d'*actions communes puis de décisions-cadres*, ayant vocation à l'harmonisation des législations. Là encore, ces textes étaient sans effet direct mais ils

1. C. Nourissat, « Lisbonne: and so what ? », *RPDP* 2010. 153. Pour approfondir, V. G. Giudicelli-Delage, Ch. Lazerges (dir.), *Le droit pénal de l'Union européenne au lendemain du Traité de Lisbonne*, Société de législation comparée, coll. UMR droit comparé de Paris, 2012, vol. 28.

2. V. G. Pradel, G. Corstens, G. Vermeulen, *Droit pénal européen*, 3<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2009, préc., n° 724 s.

3. Pour aller plus loin, V. C. Haguenuau-Moizard, G. Gazin, J. Leblois-Happe, *Les fondements du droit pénal de l'Union européenne*, Larcier, Paradigme, 2016 ; E. Rubi-Cavagna, *L'essentiel du droit pénal de l'Union européenne*, Gualino, Lextenso, coll. « Les Carrés », 2014.

4. Qui permettait à la communauté de prendre des mesures incitatives en matière pénale, V. CJCE, 21 sept. 1989, *Commission c. Grèce*, 68/88, *Rec. CJCE*, p. 2965, 2985 (aff. dite du « maïs grec »).

5. Ainsi, en matière de sécurité des produits C. consom., art. L. 412-2 dispose que lorsqu'un règlement européen contient des dispositions qui entrent dans le champ d'application du présent titre, un décret en Conseil d'État précise que ces dispositions, ainsi que celles des règlements européens qui les modifient ou qui sont pris pour leur application, constituent les mesures d'exécution prévues à l'article. Ces dispositions peuvent donc être pareillement sanctionnées.

étaient plus légitimes à intervenir dans le domaine du droit pénal que les précédents car ils procédaient de décisions intergouvernementales prises à l'unanimité ; ils devaient faciliter la coopération judiciaire par l'adoption progressive « de mesures instaurant des règles minimales relatives aux éléments constitutifs des infractions pénales et aux sanctions applicables dans le domaine de la criminalité organisée, du terrorisme et du trafic de drogue » (TUE, art. 31.1.e anc.). Sur ce fondement l'Union a invité de plus en plus souvent les États, au moyen de décisions-cadres, à réprimer certains comportements définis en commun par des « sanctions pénales effectives, proportionnées et dissuasives, incluant du moins dans les cas graves, des peines privatives de liberté pouvant permettre l'extradition<sup>1</sup> ». Et les textes sont devenus toujours plus incitatifs et toujours plus précis, notamment depuis un sommet de Tampere de 1999, qui a clairement posé comme finalité l'harmonisation des droits en Europe. Certains textes ont ainsi imposé un minimum pour certaines peines privatives de liberté<sup>2</sup>. Dans le même sens, le *Programme de La Haye* de 2005, visant à renforcer la reconnaissance mutuelle et la confiance mutuelle entre les États membres de l'Union européenne, a encouragé l'intégration normative<sup>3</sup>.

Mais le plus remarquable est que la Communauté puis l'Union européenne s'est progressivement vue reconnaître un pouvoir d'incitation pénale dans les matières relevant du premier pilier. La voie a été ouverte par un arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes du 13 septembre 2005, qui a octroyé à la commission le pouvoir de prescrire par voie de directives des sanctions pénales en cas d'atteintes graves à l'environnement<sup>4</sup> ; et cette solution a été confirmée par un arrêt du 23 octobre 2007

1. V. par ex., Action commune, 24 févr. 1997, relative à la lutte contre la traite des êtres humains et l'exploitation sexuelle des enfants. V. plus généralement, M. Delmas-Marty (dir.), *L'harmonisation des sanctions pénales en Europe*, Soc. Législation comparée, 2003.

2. V. par ex., *Décision-Cadre*, 29 mai 2000, portant sur le faux monnayage ; *Décision-Cadre*, 26 juin 2001, sur le blanchiment, etc.

3. V. S. Manacorda, « L'intégration pénale indirecte », *RSC* 2005, 7 s.

4. CJCE 13 sept. 2005, *Commission des communautés européennes c. Conseil de l'Union européenne*, *RTD eur.* 2006. 369, obs. C. Haguenu-Moizard ; V. aussi R. de Bellescize, « La CJCE limite la souveraineté des États en matière pénale », *Dr. pénal* 2005. Chron. 16.

en matière de pêche maritime<sup>1</sup>. La compétence pénale est alors devenue une compétence annexe à celle dont disposait déjà la Communauté pour réaliser le marché intérieur avec cette conséquence que les gouvernements nationaux ont perdu leur pouvoir de décider. Mais ce mouvement, dit de « communautarisation » du droit pénal appartient désormais à l'histoire ; il s'est achevé et a été dépassé par le Traité de Lisbonne signé le 13 décembre 2007 et entré en vigueur, après quelques soubresauts, le 1<sup>er</sup> décembre 2009.

Ce traité consacre la disparition des piliers (il n'est donc plus question de droit « communautaire » mais uniquement du droit de l'Union européenne) et fait de l'Union européenne une véritable source de droit pénal, non seulement parce que, dans la lignée des préconisations du *Corpus juris*, il instaure une compétence pénale quasi-directe en matière d'infractions portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union européenne (TFUE, art. 86), mais aussi et surtout parce qu'il permet au Parlement européen et au Conseil d'établir des « règles minimales » concernant la définition des infractions pénales et leurs sanctions dans le domaine de la criminalité particulièrement grave revêtant une dimension transfrontière (TFUE, art. 83, § 1) – harmonisation pénale autonome –, voire dans tout autre domaine ayant déjà fait l'objet d'une mesure d'harmonisation (TFUE, art. 83, § 2) – harmonisation pénale accessoire. Plus exactement, l'article 83, § 2, TFUE ouvre une sérieuse brèche dans le principe de subsidiarité, en disposant que « lorsque le rapprochement des dispositions législatives et réglementaires s'avère indispensable pour assurer la mise en œuvre efficace d'une politique de l'Union dans des domaines ayant fait l'objet d'une mesure d'harmonisation, des directives peuvent établir des règles minimales relatives à la définition des infractions pénales et des sanctions dans le domaine concerné ». L'ensemble de ces règles consacre donc le pouvoir d'incrimination de l'Union

1. CJCE 23 oct. 2007, *Commission soutenue par le Parlement c. Conseil*, C-440/05, RSC 2008. 168 obs. L. Idot ; V. également R. de Bellescize, « La communautarisation silencieuse du droit pénal », *Dr. pénal* 2008. Chron. 2.

européenne<sup>1</sup> et annonce peut-être déjà, pour les États membres, « la perte du droit de ne pas punir »<sup>2</sup>.

Formellement, ce pouvoir d'incitation pénale de l'Union est facilité puisqu'il se coule dans des directives « adoptées selon une procédure (...) identique à celle utilisée pour l'adoption des mesures d'harmonisation » (TFUE, art. 69 F, § 2). Certes, il s'agit encore de textes nécessitant une transposition, de sorte que l'on ne verra pas demain un juge français punissant un individu en lui appliquant une peine qui n'aurait pas été votée ou décrétée par les autorités françaises<sup>3</sup>. De même, le traité contient une clause de sauvegarde des identités nationales, à savoir la possibilité de saisine du Conseil européen, si un État estime que ces mesures risquent « de porter atteinte aux aspects fondamentaux de son système de justice pénale » (TFUE, art. 83 F, § 3). Toutefois, il faut bien reconnaître que le processus d'européanisation du droit pénal est désormais bien lancé<sup>4</sup>, et que l'« espace pénal européen » est une réalité, au sein duquel l'harmonisation du droit pénal de fond est de plus en plus forte<sup>5</sup>, à en croire le rythme et l'ampleur des lois de transposition<sup>6</sup>. La politique pénale de l'Union a donc dépassé le stade de l'adolescence<sup>7</sup>, pour être parvenu à « l'âge de la maturité »<sup>8</sup>. Et l'on pourrait pour s'en convaincre regarder aussi

1. C. Sotis, « Criminaliser sans punir – Réflexions sur le pouvoir d'incrimination (directe et indirecte) de l'Union européenne prévu par le traité de Lisbonne », *RSC* 2010. 773.

2. V. D. Zerouki-Cottin, « L'obligation d'incriminer par le juge européen ou la perte du droit de ne pas punir », *RSC* 2011. 575.

3. Sans doute parce que la souveraineté pénale est aussi liée à la culture, rapp. Montaigne (Essais, I, 23) : « Quelle chose peut être plus étrange que de voir un peuple obligé de suivre des lois ni écrites ni publiées dans sa langue. Je sais bon gré à la fortune que ce fut un gentilhomme gascon, et de mon pays qui le premier s'opposa à Charlemagne nous voulant donner des lois latines. »

4. V. E. Gindre, *L'émergence d'un droit pénal de l'Union européenne*, LGDJ/Fondation Varenne, coll. Thèse, 2009.

5. V. D. Zerouki-Cottin (dir.), *L'espace pénal européen : à la croisée des chemins ?*, *RD pén. crim.* 2013, Dossier n° 20.

6. V. par ex. en droit pénal de fond L. n° 2013-711, 5 août 2013 portant diverses dispositions d'adaptation dans le domaine de la justice en application du droit de l'union européenne et des engagements internationaux de la France (transposition de deux directives, trois décisions-cadres et divers accords internationaux) ; Dossier, *AJ Pénal*, 2013. 535 s ; V. également en procédure pénale la Loi n° 2015-993, 17 août 2015 portant adaptation de la procédure pénale au droit de l'union européenne (transposition de deux directives et trois décisions-cadres) ; C. Ribeyre, « Loi portant adaptation de la procédure pénale au droit de l'Union européenne : tout ça pour ça ? », *Dr. pénal* 2015, Étude 21 ; E. Vergès, « La réforme par transposition : la nouvelle voie de la procédure pénale », *RSC* 2015. 683 s.

7. S. Manacorda, « Un bilan des dynamiques d'intégration pénale à l'aube du traité de Lisbonne », *RSC* 2009. 927.

8. S. Manacorda, « L'âge de la maturité : stabilisation et traits conservateurs dans la politique pénale de l'Union européenne », *RSC* 2012. 931 s.

du côté de la procédure et des règles de coopération, lesquelles ont abouti à la création, par le règlement (UE) 2017/1939 du 12 octobre 2017 d'un Parquet européen<sup>1</sup>, mais l'on dépasserait le cadre de ce cours de droit pénal général.

- 78 Code pénal européen ?** Quant au droit pénal de fond précisément, l'évolution précédemment décrite suscite des réflexions sur la nécessité d'adopter une politique criminelle européenne<sup>2</sup> qui conforterait encore plus l'Europe pénale<sup>3</sup>. L'hypothèse d'un Code pénal européen a d'ailleurs été discutée même si ce thème n'est plus vraiment d'actualité. À cet égard, on signalera qu'il existe déjà des propositions de codification. Ainsi, lorsque le besoin s'est fait sentir de protéger les finances communautaires contre ceux qui voudraient frauduleusement en détourner une partie, un groupe d'universitaires européens a élaboré, en marge du droit européen conventionnel<sup>4</sup>, un texte qui présente de fortes analogies avec un Code, contenant à la fois des règles de fond et de procédure : le *Corpus juris portant dispositions pénales pour la protection des intérêts financiers de l'Union européenne*<sup>5</sup>. Pour ce qui est du droit pénal de fond, on observera que ce texte définit des infractions (fraude, corruption, abus de fonction, malversation) et contient les principes fondamentaux du droit pénal général : principe de légalité, principe de culpabilité, principe de proportionnalité des peines. Certes, il ne s'agit que d'un travail de droit savant, non de règles de droit positif, mais il n'est pas le seul. Un autre groupe d'universitaires a élaboré un *projet de Code pénal européen* sur les délits d'affaire (*Euro-délits*), comportant une partie générale et une partie spéciale<sup>6</sup>. Ces textes, il est vrai, concernent une délinquance sectorielle et n'ont pas vocation à

1. V. not. le dossier « Parquet européen : c'est parti ! », *AJ Pénal* 2018. 275 ; G. Taupiac-Nouvel, A. Botton, « Coopération renforcée pour la création du Parquet européen, Aspect procéduraires du règlement (UE) du 12 octobre 2017 », *JCP G* 2017. 122.

2. V. le manifeste signé par des professeurs de 10 pays européens intitulé « Manifeste pour une politique criminelle européenne, *European policy initiative* », *RPDP* 2009. 777 s.

3. F.-X. Roux-Demare, *De l'entraide pénale à l'Europe pénale*, Dalloz, ENM, Bibl. de la justice, 2014.

4. V. la Convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes, Bruxelles, 26 juill. 1995.

5. M. Delmas-Marty (dir.), *Corpus juris portant dispositions pénales pour la protection des intérêts financiers de l'Union européenne*, Economica, 1997.

6. V. *RPDP* 2003. 289 s. et la présentation générale par J. Pradel.

priver complètement les législateurs nationaux de leurs compétences pénales (*principe de subsidiarité*), lesquels doivent plutôt s'atteler à mieux maîtriser l'art de la transposition<sup>1</sup>. Néanmoins, si le processus d'eupéanisation est long, il n'en est pas moins en marche.

## B. Le droit du Conseil de l'Europe

79 **Convention de sauvegarde des droits de l'homme.** Sous l'égide du Conseil de l'Europe ont été conclues plusieurs conventions destinées à lutter par exemple contre la torture, le terrorisme ou la corruption ; ces conventions intéressent le droit pénal spécial car elles comportent des incriminations, qui ont pu être, selon les cas, rendues effectives grâce à des textes nationaux les assortissant de sanctions. Mais le texte le plus emblématique, qui mérite d'être mentionné au titre des sources du droit pénal, est la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, du 4 novembre 1950. Il s'agit aussi du texte le plus effectif parce qu'une juridiction supranationale veille à son application : la Cour européenne des droits de l'homme. Certes, cette convention ne comporte pas d'incrimination mais elle influence le droit pénal interne, non seulement parce qu'elle peut être invoquée par tout justiciable qui se prévaut des principes qu'elle contient pour contester la régularité d'un texte pénal national, soit parce qu'il ne respecte pas les principes de la matière pénale (art. 7 : principe de légalité et de non-rétroactivité de la loi ; art. 4, Protocole n° 7 : règle *non bis in idem* qui signifie « pas deux poursuites pour une même infraction ») soit parce qu'il porte atteinte à une liberté garantie. À l'inverse, un justiciable pourrait se plaindre d'une insuffisante protection pénale, en démontrant que le droit national ne respecte pas les « obligations positives » posées par la Cour européenne des droits de l'homme d'établir et d'appliquer de manière effective des sanctions pénales<sup>2</sup>. Autrement dit, la Cour

1. V. S. Corioland et E. Letouzey (dir.), *La transposition du droit de l'Union européenne dans la loi pénale interne : l'intégration d'un corps étranger*, CEPISCA, Colloques, Lextenso, 2017.

2. V. F. Massias, « Pénaliser : une obligation positive très circonscrite », *Mélanges B. Bouloc*, Dalloz, 2007, p. 745.

européenne des droits de l'homme peut contrôler le pouvoir de punir, en termes d'accessibilité et de prévisibilité, mais aussi donner des *impulsions de politique pénale*, en édictant soit des *interdictions d'incriminer* soit des *obligations d'incriminer*.

Au titre des interdictions d'incriminer, on peut évoquer l'arrêt *Dudgeon c. Royaume-Uni* du 22 octobre 1981, dans lequel la Cour jugea qu'en matière de *moralité sexuelle* la société n'avait pas à imposer ses normes ni à opérer de discriminations en fonction de l'orientation sexuelle et elle réprova la punition de l'homosexualité<sup>1</sup>. Un mouvement du même ordre existe en matière de *liberté d'expression*, où la Cour condamne régulièrement les législations trop répressives. Ce fut notamment le cas de la France dans l'affaire *Colombani et autre c. France* du 25 juin 2002<sup>2</sup> à propos de notre ancien délit d'offense à un chef d'État étranger, déclaré contraire à la liberté d'expression parce qu'il n'offrait pas aux requérants le fait justificatif de l'*exceptio veritatis* (délit abrogé par une loi du 9 mars 2004) ; ou dans l'affaire *Eon c. France* du 14 mars 2013<sup>3</sup> à propos du délit d'offense au Chef de l'État (délict abrogé par une loi du 5 août 2013).

Au titre des obligations d'incriminer, on retiendra le retentissant arrêt *Siliadin c. France*, du 26 juillet 2005<sup>4</sup> : la France a été condamnée pour l'insuffisance, à l'époque des faits, de son dispositif pénal permettant de lutter contre l'esclavage domestique (C. pén., art. 225-13 et 225-14), ce qui conduisit, sous l'influence également convergente d'une directive de l'Union européenne du 5 avril 2011 et d'une Convention du Conseil de l'Europe du 16 mai 2005 sur la lutte contre la traite des êtres humains, à l'adoption de la loi du n° 2013-711, du 5 août 2013, incriminant spécialement l'esclavage (C. pén., art. 224-1), le travail forcé (C. pén., art. 225-14-1) et la servitude (C. pén., art. 225-14-2). D'une manière plus générale, il est notable qu'en cas de condamnation pour irrégula-

1. CEDH, 22 oct. 1981, n° 7525/76, *Dudgeon c. Royaume-Uni*.

2. CEDH, 25 juin 2002, n° 51279/99, *Colombani c. France* : D. 2003, 716, note B. Beignier et B. de Lamy.

3. CEDH, 14 mars 2013, n° 26118/10 *Eon c. France* : D. 2013, 968, obs. S. Lavric, note O. Beaud.

4. CEDH 26 juill. 2005, *Siliadin c. France*, JCP 2005. II. 10142, note F. Sudre ; D. 2006. 346, note D. Roets ; Rappr. CEDH 4 déc. 2003, M. c. *Bulgarie*, JCP 2004. I. 107. Chron. F. Sudre.

rité ou pour insuffisance, le législateur français doit se plier aux exigences européennes, en raison d'un principe de hiérarchie des sources.

## SECTION 2

# LA HIÉRARCHIE DES SOURCES

- 80** **Légalité matérielle.** Comme toutes les normes juridiques, les textes répressifs sont hiérarchisés, ce qui favorise leur harmonisation et le contrôle de leur régularité par référence à la norme supérieure. En matière pénale, cette exigence découle du principe de légalité matérielle et recouvre trois cas de figure selon que la norme supérieure est la Constitution (§ 1), un texte international ou supranational (§ 2) ou la loi (§ 3).

## § 1. La supériorité de la Constitution sur la loi

- 81** **Contrôle a priori.** Le juge répressif n'a pas le pouvoir d'apprécier la constitutionnalité d'une loi<sup>1</sup> car cette tâche est dévolue au seul Conseil constitutionnel, lequel n'a longtemps exercé qu'un contrôle *a priori* : il ne pouvait en effet être saisi que par le président de la République, le Premier ministre, les présidents des assemblées, soixante députés ou soixante sénateurs, et uniquement avant la promulgation d'une loi (Const., art. 61, al. 2). Le Conseil constitutionnel a ainsi eu l'occasion de reconnaître plusieurs principes intéressant le droit pénal général : le principe selon lequel les textes pénaux doivent être clairs et précis<sup>2</sup>, le principe de non-rétroactivité des lois pénales plus sévères et le principe de rétroactivité *in mitius*<sup>3</sup>, le principe de proportionnalité

1. V. déjà Crim. 11 mai 1833, S. 1833. 1. 357.

2. Cons. const. 19-20 janv. 1981, D. 1982. 441, note A. Dekeuwer. V. pour exemple de censure d'une loi manquant de précision : Cons. const. 9 oct. 2013, n° 2013-675 DC et n° 2013-676 DC.

3. Cons. const. 19-20 janv. 1981, préc.

entre la gravité de l'infraction et la gravité de la peine<sup>1</sup>, le principe de responsabilité pénale personnelle<sup>2</sup>, le principe de la nécessaire atténuation de la responsabilité des mineurs et de primauté de l'action éducative à leur égard<sup>3</sup>, ou encore le « principe d'individualisation des peines qui découle de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789<sup>4</sup> ». Malgré tout, l'inconvénient de ce contrôle *a priori* était que si le Conseil constitutionnel n'avait pas été saisi à temps, la norme irrégulière était intégrée dans notre ordre juridique et le juge répressif ne pouvait plus en contrôler directement la constitutionnalité.

**82 Question prioritaire de constitutionnalité.** Pour pallier cet inconvénient, la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions a inséré une procédure d'exception d'inconstitutionnalité, dite de la question prioritaire de constitutionnalité (QPC), qui est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> mars 2010<sup>5</sup> et dont les justiciables se sont immédiatement emparés<sup>6</sup>. Selon l'article 61-1 de la Constitution : « Lorsqu'à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, 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 sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé ». Le mécanisme est donc celui de la question préjudicielle<sup>7</sup>, qui nécessite, pour ce qui concerne la matière pénale, la saisine par un juge pénal de la Cour de cassation qui renverra ou non devant le Conseil. À cet égard, la loi organique du 10 décembre 2009 impose à la Cour de cassation de vérifier, non seulement que

1. Cons. const. 16 juill. 1996, *JCP* 1996. II. 22709, note V. Nguyen Van Tuong. Il est notable s'agissant de la proportionnalité des peines, que le Conseil constitutionnel n'effectue qu'un contrôle minimum (celui de l'erreur manifeste d'appréciation) : il ne se substitue donc pas au législateur. V. ss 342.

2. Cons. const. 2 déc. 1976, *JCP* 1977. I. 2868. Chron. N. Catala et J.-C. Soyer.

3. Cons. const. 29 août 2002, *RSC* 2003. 606, obs. V. Bück ; Cons. const. 3 mars 2007, n° 2007-553 DC.

4. Cons. const. 22 juill. 2005, n° 2005-520 DC.

5. L. org. n° 2009-1503, 10 déc. 2009, *JO* 11 déc. 2009, p. 21379 ; Décr. n° 2010-148 et 2010-149, 16 févr. 2010 : *JO* 18 févr. 2010, p. 2969 et 2973.

6. V. P. Cassia, « Premières QPC devant la Cour de cassation. Précisions sur le régime transitoire applicable aux instances en cours », *JCP* 2010. Ap. rap. 370 ; V. également J.-B. Perrier, « L'avocat face à la question prioritaire de constitutionnalité », *AJ pénal* 2010. 122.

7. V. not. B. Mathieu, « La question prioritaire de constitutionnalité : une nouvelle voie de droit », *JCP* 2009. Étude 609 ; comp. B. de Lamy, « Brèves observations sur la question préjudicielle de constitutionnalité en attendant la loi organique », *D.* 2009. Chron. 177.

la disposition critiquée est bien applicable à la procédure en cause, mais aussi qu'elle n'a pas déjà été jugée conforme à la Constitution par le Conseil constitutionnel et que la contestation présente un caractère sérieux. Certes, le juge répressif n'a pas lui-même le pouvoir d'apprécier la constitutionnalité de la loi, mais il faut bien reconnaître qu'au moment où la Cour de cassation se prononce sur le caractère nouveau ou sur le caractère sérieux de la question posée, la Haute juridiction prend plus ou moins position. Ainsi en cas de refus de la Cour de cassation de transmettre la question au Conseil constitutionnel, pour défaut de sérieux, on peut avoir le sentiment qu'elle porte déjà une appréciation sur la conformité de la loi à la Constitution<sup>1</sup>, sauf lorsque le refus de transmission est motivé par le fait que la question porte plus sur l'interprétation de la loi que sur la loi elle-même<sup>2</sup>. Dans ce cas, la réticence de la Cour de cassation s'explique uniquement par le fait qu'elle n'a pas l'intention de laisser le Conseil constitutionnel contrôler sa jurisprudence<sup>3</sup>. Un arrêt de transmission met au contraire en évidence les doutes du juge judiciaire sur la constitutionnalité de la disposition contestée. Enfin, en cas de transmission et de déclaration d'inconstitutionnalité, l'article 62 de la Constitution précise que les dispositions inconstitutionnelles seront abrogées à compter soit de la décision du Conseil constitutionnel, soit d'une date ultérieure fixée par cette décision. Il est même prévu que le Conseil détermine

1. V. not. Cass. QPC, 7 mai 2010, n° 09-80.774 QPC : « Mais attendu que la question posée ne présente pas un caractère sérieux dans la mesure où l'incrimination critiquée se réfère à des textes régulièrement introduits en droit interne, définissant de façon claire et précise l'infraction de contestation de l'existence d'un ou plusieurs crimes contre l'humanité tels qu'ils sont définis par l'article 6 du statut du tribunal militaire international annexé à l'accord de Londres du 8 août 1945 et qui ont été commis soit par des membres d'une organisation déclarée criminelle en application de l'article 9 dudit statut, soit par une personne reconnue coupable de tels crimes par une juridiction française ou internationale, infraction dont la répression, dès lors, ne porte pas atteinte aux principes constitutionnels de liberté d'expression et d'opinion ».

2. Alors que le Conseil constitutionnel – comme d'ailleurs le Conseil d'État – reconnaît au justiciable le droit de contester par la voie de la QPC, la portée effective qu'une « interprétation jurisprudentielle constante » confère à une disposition (Cons. const. 6 oct. 2010, n° 2010-39 QPC, D. 2010. 2744, note F. Chénédy ; RTD civ. 2011. 90, obs. P. Deumier), selon la doctrine dite du « droit vivant », la Cour de cassation s'y refuse, V. par ex., à propos des effets d'un acte interruptif de prescription sur les infractions connexes, Crim. 20 mai 2011, n° 11-90.025, 11-90.0033 et 11-90.042, D. 2011. 1346, obs. A. Lienhard et 1426. Point de vue, D. Chagnollaud. V. également à propos de l'interprétation de l'article 121-2 du Code pénal, Cass. QPC, 11 juin 2010, n° 09-87.884 ; Crim. 29 mars 2011, n° 11-90.007 ; Crim. 27 avr. 2011, n° 11-90.013 ; V. ss 337.

3. V. pour la critique de cette position N. Molfessis, « La jurisprudence *supra constitutionem* », JCP 2010. Doctr. 1039.

les conditions et les limites dans lesquelles les effets que la disposition censurée a produits seront susceptibles d'être remis en cause ; il s'agit donc d'une modulation par le Conseil des effets de sa décision dans le temps. En pratique, un grand nombre de procès pénaux ont donné lieu à des QPC, confirmant le succès de cette nouvelle arme procédurale<sup>1</sup> mais le bilan est mitigé<sup>2</sup>. S'il faut se réjouir d'un certain nombre de décisions ayant fait progresser les droits des justiciables, on déplore que d'autres soient confuses ou plus franchement régressives<sup>3</sup>. Ainsi, à propos des peines accessoires et complémentaires obligatoires, le Conseil constitutionnel a créé de l'incertitude<sup>4</sup> et à propos de l'ancien délit de harcèlement sexuel de l'article 222-33 du Code pénal, devenu très imprécis au fil des réformes, il n'a pas hésité à créer un vide juridique, en abrogeant ce texte<sup>5</sup>, pour forcer le législateur à très vite le réécrire. D'une manière plus générale, il faut bien reconnaître que la question prioritaire de constitutionnalité a eu une incidence certaine sur le droit pénal de fond mais que le contrôle est plus prégnant en ce qui concerne la sanction, qu'en ce qui concerne l'incrimination<sup>6</sup>. Ce contrôle a pu apparaître en effet d'une faible intensité en matière de clarté et de précision des incriminations<sup>7</sup>, si bien que des imperfections de la loi n'ont pas été sanctionnées, ce qui a conduit certains

1. V. les dossiers suivants : « Un an de QPC en matière pénale », *AJ pénal* 2011. 273 s. ; S. Cimamonti, M. Gicoppelli, (dir.) ? « La QPC en matière pénale », in *Les nouveaux Problèmes actuels de sciences criminelles*, PUAM, 2012, vol. XXII ; C. Courtin (dir.), *La QPC et la matière pénale*, Bruylant, Procédures, 2013.

2. V. Ch. Lazerges, « La question prioritaire de constitutionnalité devant le Conseil constitutionnel en droit pénal : entre audace et prudence », *RSC* 2011. 193 s.

3. V. E. Dreyer, « Le Conseil constitutionnel et la "matière pénale" – La QPC et les attentes déçues... », *JCP* 2011. 976.

4. V. not. L. Leturmy, « Constitutionnalité des peines accessoires et des peines complémentaires obligatoires – Une conception à repenser du principe d'individualisation », *AJ pénal* 2011. 280 ; V. Peltier, « L'individualisation de la peine dans les décisions liées aux questions prioritaires de constitutionnalité », *Dr. pénal* 2011. Étude 4 ; B. Bouloc, « Flux, reflux, flux en matière de peine obligatoire, note sous Cons. const. 10 déc. 2010 », *D.* 2011. 929 s.

5. Cons. const. 4 mai 2012, n° 2012-240 QPC, *D.* 2012. Act. 1189 ; *RPDP* 2012. 370, obs. X. Pin ; S. Detraz, « Harcèlement sexuel : justification et portée de l'inconstitutionnalité », *D.* 2012. J. 1372 ; F. Kerbel, « Abrogation du délit de harcèlement sexuel : une décision courageuse », *Gaz. Pal. généraliste*, 16-17 mai 2012, p. 9 ; G. Roujou de Boubée, « Valmont doit-il aller en prison ? », *D.* 2012. Point de vue 1344 ; A. Lepage, « À propos de l'abrogation de l'article 222-33 du Code pénal », *JCP* 2012. Libre propos 662 ; Ch. Radé, « Abrogation du délit de harcèlement sexuel : quelles conséquences en droit du travail », *D.* 2012. Entretien 1392 ; F. Rome, « Harceleurs, le retour ? », *D.* 2012. Édito 19.

6. V. en ce sens J. Dechepty, « L'incidence de la question prioritaire de constitutionnalité sur le droit pénal de fond – Essai de synthèse (1<sup>er</sup> mars 2010-1<sup>er</sup> oct. 2011) », *RPDP* 2012. 53 s.

7. V. ss 59.

auteurs à parler de « désenchantement »<sup>1</sup>. Toutefois, avec la multiplication des incriminations terroristes préventives, le Conseil constitutionnel a redoublé de vigilance : il a ainsi invalidé, au nom de la liberté d'expression, le délit de consultation habituelle de sites terroristes, dans sa version issue de la loi du 3 juin 2016, pour manque de précision quant à l'intention illicite<sup>2</sup>, forçant le législateur à la réécrire en hâte, en précisant que cette consultation devait s'accompagner d'une manifestation d'adhésion à l'idéologie exprimée sur ce site (C. pén., anc. art. 421-2-5-2)<sup>3</sup>. Mais l'incrimination dans sa nouvelle mouture n'a pas résisté à une deuxième QPC : le Conseil constitutionnel, l'appréciant dans sa globalité, a considéré en effet qu'elle portait une atteinte à l'exercice de la liberté de communication qui n'était pas nécessaire, adaptée et proportionnée<sup>4</sup>. De même a-t-il encadré et partiellement invalidé l'incrimination d'entreprise terroriste individuelle, sur le fondement des principes de nécessité des délits et des peines et de proportionnalité des peines, d'une part, en émettant une réserve d'interprétation précisant que la preuve de l'intention de l'auteur des faits ne saurait résulter des seuls faits matériels retenus comme actes préparatoires et d'autre part, en abrogeant une partie du texte qui permettait de punir le seul fait de « rechercher » des objets ou des substances de nature à créer un danger pour autrui, sans circonscrire les actes pouvant constituer une telle recherche, ce qui revenait à punir des actes ne matérialisant pas, en eux-mêmes, la volonté de préparer une infraction (C. pén. art. 421-2-6)<sup>5</sup>. À cette occasion le Conseil constitutionnel a même exprimé pour la première fois un grand principe du droit pénal, précisant que la nécessité des délits et des peines s'oppose à la répression de « la seule intention délictueuse ou criminelle » (Cons. 13).

1. S. Pelé, « Le contrôle de la légalité criminelle par le Conseil constitutionnel », *RPDP* 2013. 265 ; N. Catelan, J.-B. Perrier, « Le terrorisme par entreprise individuelle sous contrôle constitutionnel », *D.* 2017. 1134.

2. Cons. const., 10 févr. 2017, n° 2016-611 QPC.

3. L. n° 2017-258, 28 févr. 2017 relative à la sécurité publique : *JO* 1<sup>er</sup> mars 2017.

4. Cons. Const., 15 déc. 2017, n° 2017-682 QPC, *Dr. pénal* 2018, comm. 22, obs. Ph. Conte ; *D.* 2018. 97, note Y. Mayaud ; *AJ Pénal* 2018. 149, obs. J.-B. Perrier ; *RSC* 2018. 75, obs. P. Beauvais.

5. Cons. const., 7 avril 2017, n° 2017-625 QPC ; *JCP G* 2017, 670, note S. Pellé ; *RSC* 2018. 75, obs. P. Beauvais.

## § 2. La supériorité des textes internationaux ou supranationaux sur la loi

83 **Primauté.** Selon l'article 55 de la Constitution, les conventions *internationales* dûment ratifiées par le Parlement ont une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve de leur application par les autres parties. Donc si un prévenu soulève la non-conformité d'un texte d'incrimination ou de pénalité interne avec un texte international, ce dernier doit l'emporter, même si la loi française est postérieure<sup>1</sup>. Quant aux textes *supranationaux*, en particulier les textes européens, ils sont issus d'une source autonome et leur primauté s'explique moins par le jeu de l'article 55 de la Constitution, que par leur nature spécifique : la Cour de justice des Communautés européennes a très tôt affirmé que le droit qu'ils créent ne saurait se voir opposer le droit interne sans perdre son caractère communautaire<sup>2</sup>. La disparition du droit communautaire au sens strict n'a rien changé à cette supériorité. Au contraire, le processus d'intégration s'est accéléré, comme l'illustre la position du Conseil constitutionnel français qui a saisi la Cour de justice de l'Union européenne, le 4 avril 2013, d'une question préjudicielle, à propos du mandat d'arrêt européen<sup>3</sup>, avant même d'exercer son contrôle « au regard de l'interprétation » donnée par la Cour de justice et de constater « par suite » de l'arrêt préjudiciel<sup>4</sup>, la contrariété de la disposition à la Constitution<sup>5</sup>. C'est ce qu'il convient de voir en confrontant le droit français d'abord au droit de l'Union européenne (A), puis au droit du Conseil de l'Europe (B).

1. Ch. mixte, 24 mai 1975, *Administration des douanes c. Sté Cafés Jacques Vabres*, JCP 1975. II. 18180 bis, concl. Touffait.

2. CJCE 15 juill. 1964, *Costa c. Enel* : 6/64, Rec. CJCE 1964. 1141.

3. Cons. const. 4 avr 2013, n° 2013-314P QPC : *Gaz. Pal. Professionnelle*, 5-7 mai 2013, note D. Rousseau ; JCP G, 2013, 649 note A. Levade.

4. CJUE, 30 mai 2013, aff. C-168/13 PPU, *Jeremy F. c. Prem. Min.*, JCP G, 2013, 851 note C. Maurp.

5. Cons. const., 14 juin 2013, n° 2013-314 QPC, JCP G, 2013, 842 note A. Levade.

## A. Droit de l'Union européenne

**84 Droit originaire et dérivé.** Les traités instituant l'Union européenne, ainsi que le droit européen qui en découle (droit dérivé) créent un ordre juridique applicable aux ressortissants des États membres et s'imposant aux législateurs nationaux, y compris en droit pénal. La loi pénale peut donc être soumise aujourd'hui à un double contrôle constitutionnel et européen<sup>1</sup>. Plus précisément, l'influence de ce droit de l'Union européenne sur le pouvoir d'incriminer et de punir se manifeste de deux façons : soit de *façon négative*, en neutralisant les incriminations et les pénalités internes, soit de *façon positive* en mobilisant le droit interne. Ainsi, lorsqu'un texte pénal interne est contraire au droit européen, le juge doit l'écartier. L'hypothèse la plus fréquente est celle d'un texte interne interdisant ce que le droit européen autorise<sup>2</sup>. Le texte européen vient alors neutraliser l'incrimination interne. Ainsi, dans l'arrêt *Société « Les fils d'Henri Ramel »*, du 22 octobre 1970<sup>3</sup>, la Cour de cassation a approuvé la relaxe d'un importateur de vins italiens qui n'étaient pas conformes à une loi mais répondaient aux conditions d'un règlement communautaire.

En outre, une directive non encore transposée en droit interne produit effet lorsqu'elle est suffisamment claire et précise, en ce sens que le juge est tenu d'interpréter le droit national à la lumière de la directive. Il fera donc prévaloir ce texte sur les dispositions non conformes d'un texte interne. La même solution a été retenue pour les anciennes décisions-cadres<sup>4</sup>. Sous cette réserve, il convient de rappeler que les directives ne peuvent produire un effet direct à l'encontre des particuliers<sup>5</sup>.

Enfin, le droit européen n'est pas uniquement source de *neutralisation* d'une incrimination interne, il peut aussi servir à sa

1. CJUE, 22 juin 2010, aff. C-188/10, *Aziz Melki* et aff. C-189/10 *Selim Abdelli* ; Cons. const., déc. 12 mai 2010, n° 2010-605 DC.

2. Plus généralement sur la neutralisation des infractions et des sanctions par le droit international, V. R. Koering-Joulin et A. Huet, *Droit pénal international, op. cit.*, n° 41 s.

3. Crim. 22 oct. 1970, *Société « Les fils d'Henri Ramel »*, J. Pradel et A. Varinard, *GADPG, op. cit.*, n° 4, p. 47.

4. CJCE 16 juin 2005, *Pupino c. Italie*, *AJ pénal* 2005. 452, obs. J. Leblois-Happe.

5. Crim. 3 févr. 2016, n° 14-85198, *Gaz. Pal.*, 26 avr. 2016, p. 55, obs. E. Dreyer ; *Dr. pénal* 2016, comm. 62, obs. J.-H. Robert (une condamnation pour une infraction fiscale non prévue par la loi française ne peut se fonder sur une directive).

*mobilisation*. Tel est le cas, lorsqu'une infraction consiste dans la violation d'une règle européenne et que le texte européen doit être interprété. Le juge français doit alors surseoir à statuer et saisir la *Cour de justice de l'Union européenne* d'une demande d'interprétation<sup>1</sup>, sous la forme d'une question préjudicielle (TFUE, art. 234)<sup>2</sup>. C'est donc au final le juge européen qui permet ou non, par le biais de l'interprétation, la mise en œuvre d'une incrimination interne<sup>3</sup>.

## B. Droit du Conseil de l'Europe

**85 Convention de sauvegarde des droits de l'homme.** Pour s'en tenir à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, il est notable qu'elle ne constitue pas une source d'incriminations ou de peines, mais qu'elle est très souvent invoquée car les principes qu'elle contient s'imposent au droit interne<sup>4</sup>. Le contrôle de conformité s'opérera soit devant la Cour européenne des droits de l'homme, soit devant le juge interne.

S'agissant de la Cour européenne, on notera que sa saisine suppose l'épuisement des voies de recours internes et que, en cas de condamnation de la France, l'affaire pourra faire l'objet d'un réexamen (C. pr. pén., art. 626-1 s.), y compris lorsque le législateur a décidé d'abroger les dispositions censurées<sup>5</sup>. On notera également que la Cour européenne n'hésite pas à déclarer l'inconventionnalité d'une condamnation pénale, alors même que celle-ci reposerait sur un texte que le Conseil constitutionnel a

1. Alors que les autres textes internationaux peuvent être interprétés par le juge français, V. Crim. 11 févr. 2004, *Bull. crim.* n° 37.

2. V. par exemple la question de l'interprétation des articles 5 à 9 de la directive n° 2005/29/CE du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur, sur le point de savoir si l'annonce d'une réduction de prix sans références régulières à la base de calcul constitue une pratique commerciale trompeuse ou une pratique simplement déloyale, Crim. 9 sept. 2014, n° 13-85927 : *Dr. pénal* 2014, comm. n° 138, obs. J.-H. Robert. V. aussi à propos de la définition d'une information privilégiée en matière de délits boursiers, CJUE, 11 mars 2015, aff. C-628/13, RSC 2015. 103, obs. F. Stasiak et Com. 27 mai 2015, n° 12-21361, *Dr. pénal* 2015. comm. 128, obs. J.-H. Robert

3. Sur les obligations d'incrimination, V. ss 77 s. ; Manacorda, « Un bilan des interférences entre droit communautaire et droit pénal : neutralisation et obligation d'incrimination », RSC 2006. 245 s.

4. V. ss 79.

5. Par ex., le délit d'outrage à chef d'État de l'article 36 de la loi sur la presse du 29 juill. 1881, abrogé par la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004, à la suite notamment de CEDH 25 juin 2002, *Colombani c. France*, D. 2002. Somm. 2571, obs. J.-F. Renucci ; D. 2003. 715, note B. Beignier, B. de Lamy.

préalablement jugé conforme à la Constitution et à propos duquel la Cour de cassation a non seulement refusé de transmettre une QPC, mais a aussi considéré au fond qu'il ne s'analysait pas comme une ingérence manifestement disproportionnée dans un droit fondamental. Il en a été ainsi de la condamnation pénale d'un manifestant pour refus d'inscription au fichier national automatisé des empreintes génétiques (C. pr. pén., art. 706-54 à 706-56), que la Cour européenne a estimé contraire à l'article 8 de la Convention<sup>1</sup>, après avoir effectué un contrôle de proportionnalité approfondi<sup>2</sup>, ce qui pose la question d'une meilleure articulation des contrôles de proportionnalité entre le juge européen et le juge interne.

S'agissant précisément du juge interne, il est le premier juge de la compatibilité du système juridique avec la Convention de sauvegarde et son contrôle est de plus en plus fréquent. Ce contrôle a d'abord été exercé en procédure pénale, conduisant progressivement notre droit à s'accorder avec le modèle du procès équitable résultant de l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme. Ainsi, par l'arrêt *Baroum* du 5 décembre 1978, la chambre criminelle considéra, au nom du droit de tout accusé d'être informé des charges pesant contre lui, que des juges ne pouvaient retenir une circonstance aggravante que le prévenu ignorait<sup>3</sup>. Mais ce contrôle déborde aujourd'hui la procédure pénale pour s'étendre au droit pénal de fond.

Il est ainsi notable que le juge répressif peut contrôler la *qualité et la nécessité de la loi pénale*<sup>4</sup>. Par exemple, la Cour de cassation a refusé d'appliquer les sanctions prévues par l'article 2 de la loi du 10 juillet 1931 pour la publication d'informations relatives à une constitution de partie civile au motif que l'interdiction était trop large<sup>5</sup> (elle a depuis été abrogée). Certes, l'arrêt faisait suite

1. CEDH, 22 juin 2017, n° 8806/12 *Aycaguer c. France*, *Gaz. Pal.* 2017, n° 26, p. 32, obs. J. Andriant-simbazovina ; comp. Cons. const., 16 sept. 2010, n° 2010-25, QPC, Jean-Victor C. ; Crim. 11 juill. 2012, n° 12-81533 QPC (non lieu à renvoi) ; Crim. 19 mars 2013, n° 12-81533 (mesure non manifestement disproportionnée).

2. V. F. Sudre, « Le contrôle de proportionnalité de la Cour européenne des droits de l'homme. De quoi est-il question ? », *JCP G* 2017, I, 289

3. Crim. 5 déc. 1978, *Baroum*, J. Pradel et A. Varinard, *GADPG, op. cit.*, n° 5.

4. V. D. Mayer, « Vers un contrôle du législateur par le juge pénal », *D.* 2001. Chron. 1643 s.

5. Crim. 16 janv. 2001, *D.* 2001. Somm. 1067, obs. J.-F. Renucci.

à une condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'homme<sup>1</sup> et il était essentiellement motivé sur la violation de l'article 10 de la Convention protégeant la liberté d'expression<sup>2</sup>. Mais l'on peut relever une autre affaire dans laquelle la Cour de cassation s'est appuyée directement sur l'article 7 de la Convention, pour juger contraire au principe de légalité l'article 38, alinéa 3, de la loi du 29 juillet 1881, qui prohibait la reproduction et la publication de « tout ou partie des circonstances d'un crime » au motif qu'il s'agissait d'une formule trop vague et trop large<sup>3</sup>. Le législateur en a tiré la conséquence en abrogeant les dispositions litigieuses<sup>4</sup>.

### § 3. La supériorité de la loi sur le règlement

**86 Appréciation de la légalité des actes administratifs.** Le règlement étant source de droit pénal, il se peut qu'un prévenu en conteste la légalité. Cette hypothèse se rattache à la question plus générale de l'appréciation par le juge de la légalité d'un acte administratif, tranchée par l'article 111-5 du Code pénal en ces termes : « 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. » Ce texte est venu mettre fin à une célèbre opposition entre le Tribunal des conflits et la Cour de cassation. Le Tribunal des conflits, dans un arrêt *Avranches et Des-*

1. CEDH 3 oct. 2000, *Du Roy et Malaurie c. France*, RSC 2001. 176, obs. J. Francillon.

2. V. également Crim. 4 sept. 2001, *Bull. crim.* n° 170 (interdiction des sondages d'opinion préélectoraux jugée disproportionnée par rapport à la liberté de communiquer et de recevoir des informations).

3. Crim. 20 févr. 2001, *Dr. pénal* 2001. 86, obs. M. Véron ; D. 2001. 3001, note P. Wachsmann.

4. Mais curieusement, la loi du 15 juin 2000 a ajouté un article 35 *quater* à la loi du 29 juill. 1881, qui crée le délit de diffusion sans l'accord des victimes de l'image des circonstances d'un crime ou d'un délit portant gravement atteinte à leur dignité. Or, outre que la valeur protégée est certainement plus l'honneur que la dignité (v. en ce sens J.-F. Seuvic, « Chronique législative », RSC 2000. 867), on relèvera que ce délit apparaît encore plus imprécis que le texte abrogé : il vise en effet « la diffusion, par quelque moyen que ce soit et quel qu'en soit le support, de la reproduction des circonstances d'un crime ou d'un délit », alors que l'article 38 décrivait précisément le support et renvoyait à un groupe précis de crimes ou délits. La Cour de cassation a pourtant estimé que le texte était rédigé en termes suffisamment clairs et précis pour permettre son interprétation, sans risque d'arbitraire, par le juge pénal, Crim. 18 déc. 2013, n° 13-83129 QPC (non-lieu à transmission), *Dr. pénal* 2014, comm. n° 27, obs M. Véron.

*marets* du 5 juillet 1951, avait estimé que le juge pénal pouvait interpréter et apprécier la légalité des actes administratifs réglementaires, qu'ils servent de fondement à la poursuite ou qu'ils soient invoqués comme moyens de défense. La Cour de cassation avait quant à elle décidé, dans un arrêt du 1<sup>er</sup> juin 1967, *Canivet et Dame Moret*, que le juge pénal pouvait apprécier la légalité des actes administratifs tant réglementaires qu'individuels, lorsqu'ils étaient assortis d'une sanction pénale, sous la réserve, s'agissant des actes individuels, qu'ils soient clairs et qu'il ne soit pas nécessaire de les interpréter<sup>1</sup>.

- 87 Portée du contrôle.** Désormais, compte tenu des termes de l'article 111-5 du Code pénal, ce contrôle s'applique non seulement aux *actes réglementaires*<sup>2</sup> mais également aux *actes individuels*, tels que des arrêtés d'expulsion, des ordres de perquisition ou des assignations à résidence<sup>3</sup>. La seule condition est que de ce contrôle *dépende la solution du procès pénal*. Le juge répressif ne saurait donc apprécier le fondement légal de certaines mesures qui n'ont pas d'incidence sur le procès pénal. Il en est ainsi du retrait de points du permis de conduire qui ne constitue pas, à proprement parler, une sanction pénale<sup>4</sup> ou encore des actes de l'administration qui ne sont pas source de droit pénal, même s'ils peuvent être la condition préalable de certains délits<sup>5</sup>. Sous cette réserve, le contrôle portera sur la *compétence*<sup>6</sup> *des autorités qui ont pris l'acte, sur la forme et la publicité* de l'acte : le juge vérifiera par exemple que l'arrêté préfectoral violé a bien été affiché<sup>7</sup>. Il vérifiera s'il n'y a pas eu de *détournement de pouvoir*<sup>8</sup> et si le

1. T. confl., 5 juill. 1951, *Avranches et Desmarets*, Crim. 1<sup>er</sup> juin 1967, *Canivet et Dame Moret*, J. Pradel et A. Varinard, *GADPG*, *op. cit.*, n° 7, p. 78 s.

2. Y compris les ordonnances non encore ratifiées, V. Crim. 17 nov. 2009, n° 09-81.531 (le juge vérifie que le gouvernement n'a pas excédé les limites fixées par la loi d'habilitation).

3. La question de l'appréciation de la légalité des *contrats administratifs* est plus délicate : il semblerait que le juge ne puisse pas en apprécier la validité, mais qu'il puisse les interpréter « pour caractériser les divers éléments constitutifs de l'infraction dont il est saisi », notamment en matière de prise illégale d'intérêts ou d'octroi d'avantages injustifiés, V. Crim. 25 sept. 1995, n° 94-83771, *Bull. crim.* n° 279.

4. La sanction du retrait de points étant, selon la Cour de cassation, de nature administrative (v. ss 31), la Haute juridiction a refusé d'apprécier la légalité du décret du 25 juin 1992 pris pour l'application de la loi du 10 juill. 1989 instituant le permis à points.

5. V. pour une décision administrative de refus d'autorisation de licenciement, Crim. 11 déc. 2001, *Bull. crim.* n° 266 ; *Dr. pénal* 2002. 45, obs. J.-H. Robert.

6. Crim. 3 juill. 1935, *Dlle Hiron*, J. Pradel et A. Varinard, *GADPG*, *op. cit.*, n° 8, p. 92 s.

7. Crim. 23 mai 1978, *Brassy*, *ibid.*

8. Crim. 21 déc. 1961, *Dame Leroux*, *ibid.*

texte n'est pas trop vague. Il pourra même relever une erreur manifeste d'appréciation de la part de l'autorité administrative (ex. : arrêté d'expulsion comportant une erreur sur l'appréciation de la menace pour l'ordre public) ou sanctionner la contrariété avec un principe général du droit comme celui de la liberté individuelle<sup>1</sup> ou de l'égalité des citoyens<sup>2</sup>. À noter que les actes susceptibles d'un contrôle ne sont pas uniquement les actes pénalement sanctionnés. Il peut s'agir d'un acte constituant un fait justificatif comme une autorisation administrative<sup>3</sup>, avec cette conséquence qu'en cas d'irrégularité, l'infraction poursuivie ne pourra être justifiée. De même, il peut s'agir d'un règlement définissant des actes interruptifs de prescription : en cas d'illégalité de ce règlement, les juges pourront l'écartier et considérer que les actes pris sur son fondement n'ont pas eu d'effet interruptif, avec cette conséquence que la prescription pourra être acquise<sup>4</sup>. Il est notable, à cet égard, que l'article 111-5 du Code pénal a longtemps été interprété comme permettant d'apprécier les actes ou règlements administratifs pouvant avoir une incidence sur la qualification pénale ou sur la peine, mais une interprétation plus littérale et plus audacieuse du texte a permis d'apprécier des actes qui ont une incidence sur la seule procédure pénale. Le juge répressif a pu ainsi apprécier la légalité d'un ordre de perquisition administrative, délivré en application de l'état d'urgence et qui, sans constituer le fondement des poursuites, détermine la régularité de la procédure. Dans ce cas, il apprécie la légalité, en se référant à la rédaction de la loi

1. Crim. 1<sup>er</sup> févr. 1956, *Dlle Flavien*, J. Pradel et A. Varinard, *GADPG*, *op. cit.*, n° 8, p. 93 (illégalité, en raison de son caractère trop général, d'un arrêté préfectoral interdisant aux prostituées de stationner et de déambuler sur la voie publique). Comp. par ex. Crim. 20 mars 1980, *Bull. crim.* n° 97 (légalité du règlement qui prévoit le port de la ceinture de sécurité obligatoire) ; Crim. 18 nov. 2003, *Bull. crim.* n° 215 (légalité de l'arrêté municipal interdisant l'usage de la planche à roulettes en dehors des espaces réservés à cet effet) ; Crim. 14 mai 2008, *Bull. crim.* n° 114 (légalité de l'arrêté municipal interdisant le stationnement dans certains espaces naturels).

2. Crim. 16 févr. 1999, *Bull. crim.* n° 19 (légalité de l'arrêté municipal instaurant un tarif préférentiel de stationnement en faveur des riverains).

3. Crim. 16 févr. 1999, *Dr. pénal* 1999, 70, obs. J.-H. Robert.

4. V. en matière de prescription de la peine, Crim. 26 juin 2013, n° 12-88265, *Dr. pénal* 2013, comm. n° 150, obs. E. Bonis-Garçon (Illégalité de l'art. D. 48-5 du Code de procédure pénale, issu du décret n° 2004-1364, du 13 déc. 2004, aux termes duquel la prescription de la peine est interrompue par les actes et décisions du ministère public qui tendent à son exécution ; or en matière de crime, seul le législateur doit fixer les règles afférentes à la prescription, le pouvoir réglementaire était donc incompétent).

du 3 avril 1955 en vigueur à l'époque de la perquisition, alors même que la loi de 1955 n'est pas une disposition de procédure pénale<sup>1</sup>. Dans le même sens, il a été jugé que la personne poursuivie pour n'avoir pas respecté les modalités de son assignation à résidence peut, en vertu de l'article 111-5 du Code pénal, contester la légalité de l'arrêté ministériel qui a prononcé cette mesure administrative. Et la Cour de cassation de préciser, dans ce cas, que le juge répressif compétent pour apprécier la légalité des arrêtés d'assignation à résidence ne doit pas faire peser la charge de la preuve de l'illégalité sur le seul prévenu, mais doit « solliciter, le cas échéant, le ministère public afin d'obtenir de l'autorité administrative les éléments factuels sur lesquels celle-ci s'était fondée pour prendre sa décision »<sup>2</sup>.

- 88 Effet du contrôle.** Si l'acte dont la violation servait de fondement à la poursuite est jugé illégal, le juge devra relaxer pour défaut de qualification ou à tout le moins annuler la mesure individuelle (ex. perquisition) voire la procédure subséquente, et ce, même si un recours en annulation a été rejeté par une juridiction administrative car le juge pénal n'est pas lié par la décision de rejet du juge administratif<sup>3</sup>. En revanche, en cas d'annulation de ce règlement par la juridiction administrative, cet acte est réputé n'avoir jamais existé et la poursuite pénale est privée de toute base légale<sup>4</sup>. Dans tous les autres cas, si l'exception d'illégalité est soulevée, le juge pénal doit l'examiner, même si le juge administratif a été saisi<sup>5</sup> et, sauf exception légale lui imposant de poser une question préjudicielle au juge administratif (par ex. C. urb.,

1. Crim. 13 déc. 2016, n° 16-82176, n° 16-84162, n° 16-84794 (3 arrêts), *JCP G* 2017. 141, conclusions F. Desportes ; *JCP G* 2017. 206, note J.-H. Robert ; C. Ribeyre, *Dr. pénal* 2017, Étude 6 ; Crim. 28 mars 2017, n° 16-85072, *JCP G* 2017. 473, note J.-B. Perrier ; *D.* 2017. 1169, note P. Cassia.

2. Crim. 3 mai 2017, n° 16-86155, *D.* 2017. 1775, note G. Beaussonie ; *Dr. pénal*, comm. 109, obs. J.-H. Robert.

3. Crim. 17 déc. 2015, n° 13-86686 ; *RSC* 2015. 643, E. Fortis.

4. Crim. 21 nov. 2007, *Bull. crim.* n° 290 (poursuite pour conduite avec un permis invalidé privée de base légale du fait de l'annulation par le juge administratif de la décision du ministre de l'Intérieur constatant la perte de validité du permis et de l'arrêté préfectoral enjoignant la restitution du permis), V. également Crim. 12 mars 2008, *Bull. crim.* n° 63.

5. Il n'existe pas, dans le contentieux administratif, de règle équivalente à celle selon laquelle « le criminel tient le civil en l'état », mais le Conseil d'État reconnaît une autorité rétroactive de la chose jugée au pénal sur l'administratif, CE, sect. 16 févr. 2018, n° 395371, *JCP G* 2018. 519, note A. Botton.

art. L. 480-13), il a plénitude de juridiction<sup>1</sup>. Toutefois ses pouvoirs sont plus limités que ceux du juge administratif car il n'est saisi que par voie d'exception : il ne peut pas annuler un acte réglementaire irrégulier.

---

1. Ch. Vautrot-Schwarz, « La plénitude de juridiction du juge pénal sur l'interprétation et l'appréciation de la légalité des actes administratifs », in F. Stasiak (dir.), « Histoire et méthode d'interprétation en droit criminel », Dalloz, Thèmes et commentaires, 2015, p. 61 s.

## TITRE 2

---

# L'APPLICATION DE LA LOI PÉNALE

---

- 89** **Quand et où ?** La nécessaire prévisibilité de la loi pénale implique de savoir, *d'une part*, à partir de quand et jusqu'à quand la loi s'applique : il s'agit de la question de l'application de loi dans le temps (CHAPITRE 1) ; et, *d'autre part*, à quel endroit la loi pénale s'applique, telle est la question de l'application de la loi dans l'espace (CHAPITRE 2).

# L'application de la loi pénale dans le temps

---

- 90 **Conflit de lois dans le temps.** La question de l'application de la loi pénale dans le temps se présente en cas *de conflits de lois*. La situation est celle d'une infraction qui a été commise sous l'empire d'une disposition pénale et qui n'a pas été jugée définitivement lorsqu'un nouveau texte intervient, lequel modifie le régime de l'infraction, de la peine ou de la procédure en cours. Cette situation est de plus en plus fréquente en raison de la frénésie législative et réglementaire contemporaine.
- 91 **Droit transitoire.** La solution du conflit de lois est parfois réglée par les lois nouvelles qui édictent leur propre régime d'application dans le temps. Ainsi, la loi du 16 décembre 1992 portant adaptation du Code pénal énonça que les nouvelles dispositions relatives aux concours d'infractions et à la confusion des peines (C. pén., art. 132-2 à 132-5) ne pouvaient préjudicier aux personnes reconnues coupables de crimes et délits commis avant l'entrée en vigueur du Code pénal, soit le 1<sup>er</sup> mars 1994<sup>1</sup>. Il en est ainsi également des lois relatives aux voies de recours : par exemple, la loi du 15 juin 2000 réserva l'appel criminel qu'elle venait

---

1. Pour une application, V. Crim. 17 mars 2004, RSC 2004. 634, obs. E. Fortis.

d'instituer aux seules condamnations prononcées à partir du 16 juin 2000. De manière plus critiquable certaines lois pénales de fond ont prévu leur application aux procédures en cours, au mépris du principe de non-rétroactivité de lois plus sévères<sup>1</sup> ou, à l'inverse, ont différé leur entrée en vigueur alors qu'elles étaient plus douces<sup>2</sup>. Nous verrons que, dans ce second cas de figure, le Conseil constitutionnel fait preuve d'une certaine tolérance. Enfin, il est également fréquent de rencontrer des lois qui contiennent des dispositions reportant leur entrée en vigueur ; ces dispositions n'évitent pas les conflits mais elles offrent au moins à ceux qu'elles concernent, la possibilité d'anticiper la réforme.

- 92 Droit constant et « continuité d'incrimination ».** Parfois le conflit de lois est écarté parce que les textes se succèdent à l'identique en raison soit d'une codification dite « à droit constant », dont l'objectif est de simplifier l'accès à la loi, soit de la reprise dans un nouveau texte, mais sous une formulation différente, du contenu d'une incrimination ancienne. Dans les deux cas le droit ne change pas. Plus précisément, la codification à droit constant consiste à compiler des textes épars dans un nouveau Code. *A priori*, ces textes codifiés ne sont pas concernés par un conflit de lois dans le temps car l'abrogation de la loi ancienne à la suite de la codification ne modifie ni la teneur des dispositions transférées, ni leur portée<sup>3</sup>. Toutefois, cette dernière affirmation n'est pas totalement exacte car, qu'on le veuille ou non, codifier c'est modifier ; ne serait-ce que parce que les textes repris s'insèrent dans un *corpus* nouveau suivant un plan et une numérotation différents qui rendent difficile la concordance<sup>4</sup>. Quant à la reprise

1. V. pour la durée de la faillite personnelle, fixée à quinze ans par la loi du 26 juill. 2005 (contre 5 ans auparavant, selon la jurisprudence), applicable au 1<sup>er</sup> janv. 2006 aux procédures en cours, Crim. 8 nov. 2006 (3 arrêts), *D.* 2007. Act. 10, obs. A. Lienhard. V déjà pour le délit de malversation créée par une loi du 30 déc. 1985, applicable au 1<sup>er</sup> janv. 1986, Crim. 12 juin 1989, *D.* 1989. 585, Rapp. J. Soupe, note F. Derrida.

2. V. pour la survie d'une loi ancienne, parce que la loi nouvelle écartait son application *in mitius*, Crim. 6 févr. 1997, *Bull. crim.* n° 51 ; Crim. 6 oct. 2004, *Dr. pénal* 2005. 9, obs. J.-H. Robert.

3. Crim. 16 oct. 1996, *Gaz. Pal.*, 1997. Chron. J.-P. Doucet, I, 4°. Cet arrêt ajoute que les arrêtés ou règlements légalement pris par l'autorité compétente revêtent un caractère de permanence qui les fait survivre aux lois dont ils procèdent, tant qu'ils n'ont pas été rapportés ou qu'ils ne sont pas devenus inconciliables avec la législation postérieure.

4. Ainsi, dans une affaire où un vétérinaire était poursuivi pour exercice illégal de la pharmacie, la Cour de cassation ne s'est pas estimée liée par la table de concordance publiée par le législateur pour relier l'ancien et le nouveau Code de la santé publique, Crim. 18 juin 2002, *Dr. pénal* 2002. 111, obs. J.-H. Robert.

dans un texte nouveau du contenu d'un texte ancien sous une formulation différente, il s'agit de l'hypothèse de la « continuité d'incrimination », qui permet de poursuivre sous la qualification nouvelle des faits qui tombaient sous l'ancienne qualification. Ainsi, la disparition dans le Code pénal de 1994 de l'incrimination spécifique de castration n'a pas entraîné l'impunité de ces faits, dès lors que ceux-ci peuvent être poursuivis sous la qualification de violences ayant entraîné une mutilation<sup>1</sup>. De même, un individu ayant perpétré, sous l'empire du Code de 1810, le crime d'attentat à la pudeur « précédé ou accompagné de tortures ou d'actes de barbarie » (anc. C. pén., art. 333-1) a pu être renvoyé devant une cour d'assises sous l'accusation de tortures ou actes de barbarie « accompagnés d'agressions sexuelles autre que le viol » (C. pén., art. 222-3, al. 2). La Cour de cassation approuva ce renvoi au motif que le nouveau texte assurait la continuité de l'ancienne incrimination<sup>2</sup>. On le comprend car, en l'absence d'aggravation des peines, la permutation de la circonstance aggravante de tortures et actes de barbarie en incrimination autonome, corrélée à la transformation de l'infraction principale d'agressions sexuelles (ancien attentat à la pudeur) en circonstance aggravante de ces tortures, apparaît neutre juridiquement. Une solution comparable a été retenue en matière des pratiques commerciales trompeuses ayant succédé au délit de publicité mensongère, parce qu'en l'espèce le comportement reproché tombait aussi bien sous le coup de l'ancienne qualification que de la nouvelle<sup>3</sup>.

- 93 Non-rétroactivité de la loi pénale.** Plus généralement, en dehors des hypothèses précédentes, les solutions des conflits de lois sont contenues dans les articles 112-1 et suivants du Code pénal. Il s'agit d'un dispositif *a priori* simple, qui découle du principe de la légalité : un texte pénal ne doit en principe pas régir des situations nées avant son entrée en vigueur. Autrement dit, une infrac-

1. Crim. 16 nov. 2004, *Dr. pénal* 2004, 22, obs. M. Véron.

2. Crim. 11 déc. 2005, *Bull. crim.* n° 146 ; *RPDP* 2005, 628, obs. A. Lepage, 633, obs. X. Pin, et 963, obs. J.-Y. Chevallier. V. également P.-Y. Gautier, « La loi pénale abrogée : du principe de continuité des poursuites », *Mélanges B. Bouloc*, Dalloz, 2007, p. 379 s.

3. Crim. 27 janv. 2015, n° 14-80220 : *Gaz. Pal. Généraliste*, 2015, n° 95 à 99, p. 9, note J. Lasserre Capdeville, N. Eréseo.

tion devrait être jugée selon le droit en vigueur au moment de sa commission. Ce principe de non-rétroactivité de la loi pénale n'a cependant pas la même portée à l'égard des lois pénales de fond (SECTION 1) et des lois pénales de forme (SECTION 2).

## SECTION 1

# LES LOIS PÉNALES DE FOND

**94 Non-rétroactivité.** Il n'est pas possible dans un État de droit de punir une personne sur le fondement d'une règle qu'elle ne pouvait pas connaître. Il s'agit d'un corollaire de la légalité criminelle, que l'on formule sous la forme d'un principe de non-rétroactivité des lois pénales plus sévères (§ 1). Toutefois, il n'y a pas de raison de repousser l'application de la loi pénale lorsque celle-ci est plus douce, car si le législateur a décidé d'atténuer la répression, c'est qu'il envisage une solution pour l'avenir plus favorable : l'égalité de tous devant la loi implique que les personnes poursuivies bénéficient immédiatement de cette faveur, d'où l'adoption d'un principe d'application immédiate des lois pénales plus douces, dit aussi de rétroactivité *in mitius* (§ 2).

## § 1. La non-rétroactivité des lois pénales plus sévères

**95 Sens.** Aux termes de l'article 112-1 du Code pénal, « sont seuls punissables les faits constitutifs d'une infraction à la date à laquelle ils ont été commis » et « peuvent seules être prononcées les peines légalement applicables à la même date... ». Tel est le sens du principe de non-rétroactivité des lois pénales plus sévères : une loi pénale en principe ne s'applique que pour l'avenir, à moins qu'il s'agisse d'une *loi déclarative* qui se borne à constater des règles préexistantes, comme la loi du 26 décembre 1964 tendant à constater le principe d'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité déjà intégré dans notre droit par des accords internationaux (statut du Tribunal international de Nuremberg annexé à l'accord de Londres, 8 août 1945, art. 6). Sous cette réserve, la

loi nouvelle ne peut rétroagir car si elle venait à incriminer un comportement, jusque-là non punissable, il y aurait *incrimination sans loi* ; de même, si elle venait à aggraver une peine, cela reviendrait à créer rétroactivement une peine sans loi.

- 96 Principe absolu.** Ce principe a connu des exceptions par le passé dans des périodes troublées (par exemple, une ordonnance du 26 décembre 1944 réprimait des faits de collaboration sous l'Occupation) et la Cour de cassation les a admises, en jugeant que la non-rétroactivité des lois pénales ne peut supporter d'autres dérogations que celles qui seraient expressément et clairement affirmées par le législateur<sup>1</sup>. Néanmoins, ces dérogations législatives ne doivent plus être admises de nos jours car le Conseil constitutionnel a consacré la valeur constitutionnelle du principe sur le fondement de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789<sup>2</sup> et ce principe est également proclamé par l'article 7, § 1, de la Convention de sauvegarde de droit de l'homme<sup>3</sup>, lequel n'est susceptible d'aucune autre dérogation que celle visées par son § 2<sup>4</sup>, y compris en cas de guerre ou d'autre danger public (Conv. EDH, art. 15)<sup>5</sup>. Malgré tout, sa mise en œuvre est difficile. Aussi convient-il d'envisager les applications de ce principe **(A)**, avant de voir qu'il connaît certaines atténuations **(B)**.

## A. Les applications

- 97 Moment de l'infraction.** L'application du principe de non-rétroactivité suppose que l'on puisse déterminer exactement le moment de commission d'une infraction, pour savoir si ce fait est antérieur ou non à la loi nouvelle. Or certaines infractions s'éta-

1. Crim. 14 mai 1957, *D.* 1957. 542.

2. Cons. const. n° 80-127, 19-20 janv. 1981, *JCP* 1981. II. 19701, note Franck ; *D.* 1982. 441, note A. Dekeuwer.

3. V. également *Pacte des Nations unies sur les droits civils et politiques*, art. 15.

4. Qui recouvre, à notre sens, l'hypothèse des lois déclaratives : « Le présent article ne portera pas atteinte au jugement et à la punition d'une personne coupable d'une action ou d'une omission qui, au moment où elle a été commise, était criminelle d'après les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées. »

5. V. D. Roets, « L'application de la loi pénale dans le temps et la Convention européenne des droits de l'homme », *D.* 2004. Chron. 1991 s. ; et sur la question de l'application de ce principe à la récidive v. ss 101.

lent dans le temps, telles que la séquestration arbitraire ou l'exercice illégal de la médecine. Il faut donc opérer une distinction selon le mode d'exécution de l'infraction, en traitant différemment les infractions instantanées (1), continues (2) ou d'habitude (3) et en réservant une place à part aux infractions commises en état de récidive (4).

### **1. Infractions instantanées**

- 98 **Définition.** Les *infractions instantanées* s'exécutent en un instant plus ou moins long, sans que la durée soit un élément de la définition juridique de l'infraction (ex. : le vol, l'escroquerie). Puisqu'elles se réalisent en un trait de temps, il n'est pas difficile de mettre en œuvre le principe de non-rétroactivité de la loi pénale, il suffit de constater qu'au moment des faits le comportement ne tombait pas sous le coup de la loi nouvelle. Ainsi, il a été jugé que des crimes contre l'humanité commis pendant la guerre d'Algérie ne sauraient être punis sur le fondement des articles 211-1 à 212-3 du Code pénal entrés en vigueur le 1<sup>er</sup> mars 1994<sup>1</sup>. Il convient en outre d'assimiler aux infractions instantanées les *infractions permanentes*, dont les effets s'étalent dans le temps sans qu'il y ait réitération de la volonté coupable. Tel est le cas de l'affichage illicite, de la construction sans permis, de la bigamie et plus généralement de toutes les infractions qui supposent un acte de publication : l'infraction est consommée dès que le message est publié, y compris lorsque la diffusion a lieu sur l'Internet<sup>2</sup>.

### **2. Infractions continues**

- 99 **Définition.** Les *infractions continues* ou successives supposent une certaine durée pour être constituées, durée pendant laquelle la volonté coupable doit persister. Il s'agit par exemple des séquestrations arbitraires, du recel de chose, du port illégal de décora-

---

1. Crim. 17 juin 2003, *JCP* 2003. II. 10146, note J.-F. Roulot. La Cour précisa que ces faits ne relevaient pas non plus des dispositions de la loi du 26 déc. 1964 ni de celles du statut du Tribunal de Nuremberg, annexé à l'accord de Londres du 8 août 1945, lesquelles ne concernent que les actes commis par les puissances de l'Axe.

2. V. not. Crim. 30 janv. 2001, *Bull. crim.* n° 28 ; D. 2001. 1833, note E. Dreyer ; *JCP* 2001. II. 10515, note A. Lepage ; *RSC* 2001. 605, obs. J. Francillon ; Crim. 16 oct. 2001, *Bull. crim.* n° 211 ; *RSC* 2002. 621, obs. J. Francillon.

tion, de l'hébergement contraire à la dignité, de l'exploitation illicite d'un débit de boissons ou de la publicité en faveur du tabac. Cette catégorie est importante en procédure pénale car le point de départ de la prescription de l'action publique est, en principe, le fait initial dans les infractions instantanées (ou plutôt sa découverte) alors qu'il s'agit du moment où cesse la volonté coupable dans les infractions continues (par ex. la libération de l'otage séquestré). De même, la règle *non bis in idem* ne s'applique pas, de sorte que si l'agissement se poursuit après une première condamnation, une nouvelle condamnation est possible<sup>1</sup>. Mais la notion est surtout intéressante en ce qui concerne l'application de la loi dans le temps : la loi nouvelle s'applique à l'infraction continue dont les effets se sont prolongés après son entrée en vigueur car la volonté coupable a perduré. Il en est ainsi du délit relatif aux conditions d'hébergement contraires à la dignité de la personne (C. pén., art. 225-14), lequel se poursuit tant que dure l'hébergement illicite. Un tel délit a donc pu être sanctionné alors que l'hébergement avait sa cause dans un contrat conclu avant l'entrée en vigueur du texte d'incrimination<sup>2</sup>. De même, a pu être validée une décision de condamnation pour complicité de corruption passive par personne n'exerçant pas une fonction publique, qui constate après l'entrée en vigueur de la loi qui les incrimine, la continuité des actes initiés antérieurement à cette loi<sup>3</sup>.

Enfin, à ces infractions continues, il convient d'assimiler les infractions dites « continuées », que l'on rencontre « chaque fois qu'une opération délictueuse unique entraîne une répétition d'actes d'exécution<sup>4</sup> », comme un abus de biens sociaux résultant du versement de salaires pour un emploi fictif ; cette dernière infraction est consommée lors de chaque paiement indu, de sorte qu'en pratique elle suit le même sort qu'une infraction continue.

### 3. Infractions d'habitude

- 100 Définition.** Les *infractions d'habitude* supposent plusieurs faits matériels qui se répètent, dont chacun pris isolément n'est pas

1. Crim. 14 févr. 1957, *Bull. crim.* n° 150.

2. Crim. 11 févr. 1998, *Bull. crim.* n° 53 ; *Dr. pénal* 1998. 65, obs. M. Véron.

3. Crim. 25 févr. 2015, n° 13-88506, *Dr. pénal* 2015, comm. n° 81, obs. M. Véron.

4. F. Desportes, F. Le Guehec, *Droit pénal général, op. cit.*, n° 442.

punissable : l'habitude punissable commence donc avec la répétition. L'exemple classique est celui de l'exercice illégal de la médecine qui suppose une répétition d'actes médicaux mais l'on peut citer également la célébration par un ministre du culte d'un mariage religieux avant le mariage civil, les appels téléphoniques malveillants ou encore le harcèlement sexuel. Là encore la catégorie est importante du point de vue de la prescription de l'action publique, qui ne court qu'à partir de l'acte constitutif de l'habitude. Mais surtout en cas de conflit de lois : la loi nouvelle s'applique à l'infraction d'habitude si l'acte constitutif de l'habitude est postérieur à son entrée en vigueur. On le comprend car l'acte d'habitude est celui qui consomme l'infraction, donc s'il intervient sous l'empire de la loi nouvelle son auteur doit s'attendre à en supporter les conséquences. Il en va de même lorsque la loi nouvelle crée une circonstance aggravante d'habitude et que le fait constitutif de l'habitude est perpétré sous cette loi.

#### **4. Infractions commises en récidive**

- 101 Discussion.** Traditionnellement, il était admis que lorsqu'une loi instituait un nouveau cas de récidive<sup>1</sup>, il suffisait pour son application immédiate que l'infraction constitutive du second terme fût postérieure à son entrée en vigueur<sup>2</sup>. La circulaire du 14 mai 1993, portant commentaire des dispositions législatives du Code pénal, préconisait d'ailleurs l'application immédiate du nouveau régime de récidive, au motif qu'une personne condamnée *ne dispose pas, si elle commet une nouvelle infraction, d'un droit acquis à bénéficier des règles relatives à la récidive en vigueur au moment de la commission de la première infraction*. Néanmoins, cette analyse a été malmenée (pour finalement l'emporter), à l'occasion d'une affaire qui a donné lieu, en 2004 et 2006, à deux arrêts remarquables de la Cour européenne des droits de l'homme – l'un en première instance, l'autre en appel – : l'affaire *Achour c. France*<sup>3</sup>.

1. Sur la récidive v. ss 475.

2. Crim. 14 juin 1945, *Bull. crim.* n° 68 ; Crim. 29 janv. 1948, *Bull. crim.* n° 38 ; Crim. 11 févr. 1981, *Bull. crim.* n° 56 ; Crim. 27 mars 1996, *Bull. crim.* n° 140.

3. CEDH 10 nov. 2004, *Achour c. France*, D. 2005. 1203, note D. Roets ; D. 2006. 53, note D. Zerouki-Cottin ; CEDH 29 mars 2006, *Achour c. France*, D. 2006. 2513, note D. Zerouki-Cottin ; *RPDP* 2006. 375, obs. X. Pin ; *RSC* 2006. 677, obs. F. Massias.

M. Achour fut condamné une première fois, le 16 octobre 1984 pour trafic de stupéfiants, puis, une seconde fois, le 25 novembre 1997 pour de nouvelles infractions à la législation sur les stupéfiants commises en 1995. Sa peine pour cette nouvelle condamnation fut portée à douze ans pour avoir agi en état de récidive légale, en application de l'article 132-9 du Code pénal, entré en vigueur le 1<sup>er</sup> mars 1994. Il se pourvut en cassation, estimant que la disposition qu'on lui appliquait violait le principe de non-rétroactivité des lois pénales plus sévères, puisqu'elle prévoyait, pour son cas, un délai de récidive légale de dix ans à compter de l'expiration ou de la prescription de la peine, alors que le texte applicable au moment de la première condamnation (anc. C. pén., art. 58) comportait seulement un délai de cinq ans et qu'il était déjà échu depuis le 13 juillet 1991. Son pourvoi fut cependant rejeté par la Cour de cassation, qui estima, conformément à sa jurisprudence constante que « lorsqu'une loi institue un nouveau régime de la récidive, il suffit, pour entraîner son application immédiate, que la seconde infraction soit postérieure à l'entrée en vigueur de cette loi<sup>1</sup> ». Mais la Cour européenne donna raison à M. Achour au motif que les juridictions françaises n'avaient pas tenu compte du fait que le délai de récidive légale plus court sous l'ancien Code était déjà échu, au moment de la nouvelle infraction ; elles avaient donc, selon la Cour, fait revivre une situation déjà éteinte. Cette solution était cependant critiquable car la récidive n'est pas une situation juridique qui perdure, elle n'est qu'une cause d'aggravation de la peine pour la nouvelle infraction. Il convient donc pour appliquer la récidive, après un durcissement de son régime, de vérifier uniquement que la seconde infraction est postérieure à ce durcissement. Et telle est finalement l'analyse qui a été adoptée par la Grande Chambre de la Cour européenne, dans son arrêt du 26 mars 2006, pour conclure à la non-violation de l'article 7 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et infirmer du même coup l'appréciation cumulative et globalisante des deux termes de la récidive. L'un des arguments

---

1. Crim. 29 févr. 2000, *Bull. crim.* n° 95 ; RSC 2001. 167, obs. J.-P. Delmas Saint Hilaire.

était de dire que le requérant pouvait prévoir qu'en commettant une nouvelle infraction avant l'échéance du délai légal de dix ans, « il courait le risque de se faire condamner en état de récidive et de se voir infliger une peine d'emprisonnement et/ou d'amende susceptible d'être doublée. Il était donc en mesure de prévoir les conséquences légales de ses actes et d'adapter son comportement ». Les conditions de prévisibilité de la loi étaient donc remplies. En outre, la Cour a ajouté que l'expiration du délai de récidive tel que prévu lors de la commission de la première infraction ne conférait au prévenu aucun « droit à l'oubli » et qu'il n'y avait en l'espèce aucun problème de rétroactivité, s'agissant d'une simple succession de lois qui n'ont vocation à s'appliquer qu'à compter de leur entrée en vigueur. La solution a été réitérée à propos de l'article 132-23-1 du Code pénal, issu de la loi du 10 mars 2010, prenant en compte les condamnations prononcées par un autre État membre de l'Union européenne : cette disposition a été jugée d'application immédiate, la Cour de cassation répétant qu'il suffit, pour retenir l'état de récidive, que l'infraction constitutive du second terme, qu'il dépend de l'agent de ne pas commettre, soit postérieure à son entrée en vigueur<sup>1</sup>.

## **B. Les atténuations**

**102 Lois apparemment rétroactives.** Si l'on excepte le cas des lois *déclaratives*<sup>2</sup>, le principe de non-rétroactivité a connu deux séries d'atténuations, actuellement en retrait, qui correspondent, selon l'expression du professeur Larguier, à des cas où la loi, soit « n'est pas réellement nouvelle » (1), soit « n'est pas réellement pénale » (2).

### **1. Les lois interprétatives**

**103 Discussion.** Traditionnellement, il était admis que la loi pénale *interprétative* pouvait rétroagir car elle était considérée comme faisant corps avec le texte qu'elle éclairait<sup>3</sup>. Ainsi l'article 15 de la loi du 17 juin 1998, précisant que l'obligation de dénoncer

1. Crim. 24 mars 2015, n° 15-80023, *AJ pénal*, 2015. 421, obs. J. Lasserre Capdeville.

2. V. ss 95.

3. Crim. 21 oct. 1943, *Civrais*, J. Pradel et A. Varinard, *GADPG, op. cit.*, n° 10.

les mauvais traitements sur mineur s'applique aussi aux atteintes sexuelles (C. pén., art. 434-3)<sup>1</sup>, a pu être qualifié d'interprétatif. Mais ce principe d'une rétroactivité naturelle des lois interprétatives n'était pas pleinement satisfaisant pour deux raisons : d'une part, parce que l'on pouvait estimer que si un texte méritait une interprétation par le législateur, c'est que la jurisprudence était confuse, donc que le précédent texte ne répondait pas aux objectifs de précision et de clarté de la loi ; d'autre part, parce que la qualification de loi interprétative pouvait en réalité cacher des dispositions modificatives. Certes, le juge était amené à opérer un contrôle strict du caractère interprétatif de la loi pour n'admettre la rétroactivité qu'au profit de la loi qui « se borne à reconnaître, sans rien innover, un droit préexistant qu'une définition imparfaite a rendu susceptible de controverse<sup>2</sup> ». Il n'empêche que l'application rétroactive du texte d'interprétation conduisait toujours à faire supporter aux citoyens les impérities du législateur. Toutefois la Cour de cassation a opéré en matière civile, une clarification, par un arrêt d'assemblée plénière du 23 janvier 2004<sup>3</sup> qui, compte tenu de sa généralité, devrait également s'appliquer au droit pénal. La Haute juridiction a décidé qu'une loi nouvelle ne pouvait être rétroactive *par nature*. Autrement dit, la loi interprétative est, comme toute autre loi, soumise aux règles d'application de la loi dans le temps qui gouvernent la matière qu'elle concerne. La loi pénale interprétative devrait donc être soumise au principe de non-rétroactivité des lois plus sévères.

**104 Lois de validation.** Les lois interprétatives peuvent être rapprochées, sans toutefois se confondre avec elles, des *lois de validation*, qui se veulent ouvertement rétroactives pour valider après coup une pratique ou un règlement illégal. Ces lois ne sont admises qu'en *matière civile* et uniquement pour d'« impérieux motifs d'intérêt général<sup>4</sup> », car elles constituent une ingérence du pouvoir législatif dans l'administration de la justice, contraire au principe de la

1. Crim. 12 janv. 2000, *Bull. crim.* n° 71.

2. Soc. 3 oct. 1957, *Bull. civ.* IV, n° 150.

3. Ass. plén., 23 janv. 2004, *RTD civ.* 2004. 602, obs. P. Deumier.

4. V. Soc., 24 avr. 2001, *D.* 2001. 2445, note J. Kibalo Adom ; Ass. plén., 24 janv. 2003, *D.* 2003. 1648, note S. Paricard-Pioux.

prééminence du droit et à la notion de procès équitable (Conv. EDH, art. 6)<sup>1</sup>. En revanche, elles ne sauraient s'appliquer au droit pénal, en raison de la valeur constitutionnelle du principe de non-rétroactivité. Il n'est en effet pas admissible que l'on condamne une personne pour la violation d'un règlement illégal car, si cette personne avait été poursuivie sous l'empire du texte illégal, elle aurait pu obtenir une relaxe en plaçant l'exception d'illégalité<sup>2</sup>. Décider le contraire conduirait à priver le justiciable d'un recours juridictionnel effectif.

**105 Interprétation jurisprudentielle.** Une question proche est de savoir si le principe de non-rétroactivité s'applique également à l'interprétation jurisprudentielle. La Cour de cassation estime, d'une manière générale, que nul n'a de droit acquis à une jurisprudence constante<sup>3</sup>. La sécurité juridique doit en effet faire quelques concessions à la flexibilité du droit, qui est le moteur de son évolution<sup>4</sup>. La chambre criminelle a ainsi décidé que « le principe de non-rétroactivité [de la loi pénale] ne s'applique pas à une simple décision de jurisprudence »<sup>5</sup>, de sorte que les interprétations jurisprudentielles s'appliquent aux infractions commises antérieurement à leur élaboration<sup>6</sup>. Cette solution a été retenue de manière critiquable à propos de l'interprétation jurisprudentielle reportant le point de départ de la prescription de l'action publique en matière d'infractions clandestines<sup>7</sup>. Mais la Cour européenne des droits de l'homme ne partage pas cette position. Elle considère que l'article 7, § 1, de la Convention de sauvegarde, interdisant l'application rétroactive du droit pénal s'applique non seulement

1. Cons. const. 21 déc. 1999, n° 99-549, *Rec. Cons. const.*, p. 143. Le Conseil constitutionnel a durci ses exigences depuis que la Cour européenne des droits de l'homme a jugé contraire aux règles du procès équitable une loi de validation que la haute juridiction française avait pourtant jugée conforme à la Constitution, CEDH, 28 oct. 1999, *Zilinski, Pradal, Gonzalez et autres c. France*, D. 2000. Somm. 184, obs. N. Fricero ; Sur tous ses points, V. Ph. Malaurie, P. Morvan, *Introduction générale au droit*, 2<sup>e</sup> éd., Deffrénois, n° 269.

2. Crim. 15 mars 1956, *RSC* 1957. 129, obs. A. Légal : la Cour de cassation refuse d'appliquer rétroactivement des lois validant des actes administratifs annulés.

3. Crim. 30 janv. 2002, *RSC* 2002. 581, obs. B. Bouloc.

4. V. Civ. 3<sup>e</sup>, 2 oct. 2002, *BICC* n° 569 ; V. également Civ. 1<sup>re</sup>, 21 mars 2000, *RTD civ.* 2000. 666, obs. N. Molfessis.

5. Crim. 30 janv. 2002, *RSC* 2002. 581, obs. B. Bouloc.

6. V. F. Le Guehec, F. Desportes, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 329-1.

7. Crim. 2 févr. 2016, n° 15-84356, *Gaz. Pal.*, 26 avr. 2016, p. 54, obs. E. Dreyer.

aux lois pénales mais aussi à la jurisprudence pénale. Pour autant, la Cour européenne ne sanctionne pas les interprétations judiciaires nouvelles défavorables à la personne poursuivie<sup>1</sup>, si celles-ci sont prévisibles et non contraires à la substance de l'infraction<sup>2</sup>. En revanche, un revirement imprévisible ne saurait s'appliquer rétroactivement s'il est défavorable au prévenu. Telle est la solution de l'arrêt *Pessino c. France* du 10 octobre 2006<sup>3</sup>. En l'espèce, un individu avait été poursuivi pour des travaux réalisés malgré un permis de construire suspendu par le juge administratif. Deux qualifications étaient envisageables : celles de continuation de travaux malgré une décision judiciaire ou un arrêté ordonnant l'interruption (C. urb., art. L. 480-3) ou celle d'exécution de travaux sans permis de construire (C. urb., art. L. 480-4). La Cour de cassation opta pour la seconde qualification<sup>4</sup>, alors qu'elle semblait auparavant favorable à la première. La Cour européenne considéra alors qu'il s'agissait d'un revirement défavorable, en l'absence de précédents topiques et que l'article 7 de la Convention n'était pas respecté, faute au minimum d'une interprétation jurisprudentielle accessible et raisonnablement prévisible<sup>5</sup>. Cette position a été plus clairement réaffirmée dans l'arrêt *Del Rio Prada c. Espagne* du 12 juillet 2012<sup>6</sup>, confirmée par un arrêt de grande chambre, le 21 octobre 2013<sup>7</sup>. Cet arrêt ne concerne pas la France mais la motivation est transposable. En l'espèce, la requérante

1. CEDH 25 mai 1993, *Kokkinakis c. Grèce*, préc. ; CEDH 15 nov. 1996, *Cantoni c. France*, préc.

2. V. à propos de la prévisibilité de la répression du viol entre époux aux Royaume Uni, CEDH 22 nov. 1995, *S.W. c. Royaume-Uni* ; CEDH 22 nov. 1995, *C.R. c. Royaume-Uni*. D. Roets, « L'application de la loi pénale dans le temps et la Convention européenne des droits de l'homme », *D.* 2004. Chron. 1991 s.

3. V. CEDH 10 oct. 2006, *Pessino c. France*, *D.* 2007. 124, note D. Roets ; *JCP* 2007. II. 10 092, note D. Zerouki-Cottin.

4. Crim. 6 mai 2002, *Bull. crim.* 2002 ; *Dr. pénal* 2002. 100, obs. J.-H. Robert.

5. La France ayant été condamnée, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation a été saisie pour réexamen et elle estima, le 13 févr. 2009, que l'article L. 480-4 du Code de l'urbanisme était d'interprétation stricte et qu'il fallait donc, contrairement à ce qu'avait décidé la chambre criminelle, refuser d'assimiler à la construction sans permis le fait de ne pas interrompre les travaux malgré le sursis à l'exécution du permis prononcé par le juge administratif. Ass. plén., 13 févr. 2009, *Dr. pénal* 2009. 54 obs. J.-H. Robert.

6. CEDH, 3<sup>e</sup> section, 12 juill. 2012, n° 42750/09, *Del Rio Prada c. Espagne* ; *Rev. sc. crim.* 2012, p. 698, obs. D. Roets ; *AJ pénal* 2012. 494, obs. M. Herzog-Evans ;

7. CEDH, gr. ch., 21 oct. 2013, n° 42750/09, *Del Rio Prada c. Espagne*, *D.* 2013, act., p. 2775 ; *RSC* 2014. 174 obs. D. Roets. À noter que la Cour intègre au passage « les mesures ayant une incidence sur la portée de la peine », dans le champ de l'article 7 de la Convention, V. sur ce point V. Peltier « CEDH, *Del Rio Prada c. Espagne*, ou les bouleversements apportés au droit conventionnel de la peine sans revirement de jurisprudence... », *Dr. pénal* 2014, Étude n° 2.

avait été condamnée en Espagne pour des faits de terrorisme, d'assassinat et de tentative d'assassinat à plus de 3 000 ans de prison (l'Espagne ne connaissant pas la règle du non-cumul). Le 30 novembre 2000, l'*Audiencia nacional* réduisit sa peine à trente ans de réclusion, en application d'un texte du Code pénal en vigueur depuis 1973. Et le 15 février 2001, elle arrêta la date de sa libération au 27 juin 2017. Puis, le 24 avril 2008, le centre pénitentiaire proposa à l'*Audiencia nacional* une remise de peine de 3 282 jours supplémentaires, du fait d'un travail effectué en détention, ce qui l'aurait conduite à être libérée le 2 juillet 2008. Or la Haute juridiction rejeta cette proposition, en demandant au centre pénitentiaire de tenir compte d'un mode de calcul des réductions de peine fixé le 28 février 2006 par le Tribunal suprême espagnol (dit « doctrine Parrot ») et par une ordonnance du 23 juin 2008, elle fixa la date de la libération au 27 juin 2017, ce qui conduisait la requérante à subir un allongement de près de neuf ans de son incarcération. La Cour européenne fut saisie et elle conclut à la violation de l'article 7 au motif notamment « (...) que le nouveau mode de calcul (...) a eu (...) un impact décisif sur la portée de la "peine" infligée à la requérante aboutissant en pratique à l'allongement de presque neuf ans de la peine à purger » (§ 59). Et d'ajouter « (...) qu'il était difficile, voire impossible pour la requérante de prévoir le revirement de jurisprudence (...) allongeant ainsi substantiellement la durée de son emprisonnement » (§ 63). La Cour européenne prend donc en compte non seulement l'absence de prévisibilité mais aussi la gravité de la conséquence de l'interprétation nouvelle, pour conclure à la violation du principe de non-rétroactivité. La Cour de cassation devra vraisemblablement s'incliner<sup>1</sup>.

## **2. Les lois créant des mesures à caractère pénal**

- 106 Mesure de sûreté.** La deuxième série d'atténuations concerne les lois qui prévoient des mesures à caractère pénal qui ne répondent pas à la définition des peines. Ainsi, lorsque la loi nouvelle prévoit non une peine véritable mais une *mesure de sûreté*, il est admis

---

1. D. Roets, obs. préc., p. 179.

que cette mesure s'applique immédiatement car elle tend à lutter contre un état dangereux, qui ne doit pas perdurer. Il en est ainsi des mesures éducatives prévues à l'encontre des mineurs délinquants<sup>1</sup> ou encore de certaines interdictions qui découlent automatiquement d'une condamnation pénale. En ce sens, l'interdiction d'exercer la profession d'agent immobilier et d'administrateur de biens a été appliquée immédiatement à un individu condamné antérieurement, au motif que ce type d'interdiction « ne constitue pas une peine complémentaire mais une mesure de sûreté qui, dès l'entrée en vigueur de la loi qui l'institue, frappe la personne antérieurement condamnée<sup>2</sup> ». La mesure est effectivement destinée à empêcher le délinquant de nuire à l'avenir et l'on pourrait comprendre, dans l'absolu, l'entorse au principe de non-rétroactivité. Il en va de même en ce qui concerne la mesure d'inscription au fichier national automatisé des auteurs d'infractions sexuelles ou violentes (C. pr. pén., art. 706-53-1) : la chambre criminelle a approuvé une inscription concernant une condamnation pour une agression sexuelle aggravée commise avant la loi du 9 mars 2004 instituant ce fichier au motif qu'il ne s'agirait pas d'une peine au sens de l'article 7 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme mais d'« une mesure ayant pour seul objet de prévenir le renouvellement des infractions sexuelles et de faciliter l'identification de leurs auteurs<sup>3</sup> ». Tel est le cas aussi de l'inscription au fichier national automatisé des empreintes génétiques (C. pr. pén., art. 706-56)<sup>4</sup>. Enfin, la Cour européenne des droits de l'homme estime que la déclaration d'irresponsabilité pénale et les mesures de sûreté qui l'accompagnent ne constituent pas une « peine » au sens de l'article 7 § 1 de la Convention et doivent être analysées comme des mesures préventives auxquelles le principe de non-rétroactivité n'a pas vocation à s'appliquer.<sup>5</sup>

1. Crim. 11 juin 1953, *Merbouche*, J. Pradel et A. Varinard, *GADPG*, *op. cit.*, n° 10.

2. Crim. 26 nov. 1997, *Bull. crim.* n° 404 ; *D.* 1998. 495, note D. Rebut ; *RSC* 1998. 539, obs. B. Boulloc.

3. Crim. 31 oct. 2006, *Bull. crim.* n° 267 ; *Dr. pénal* 2007. 15 obs. M. Véron.

4. Crim. 28 sept. 2005, *Bull. crim.* n° 45.

5. CEDH, 3 sept. 2015, n° 42875/10, *Berland c. France* ; *RSC* 2016. 129 obs. D. Roets.

**107 Mesure d'exécution.** La même solution prévalait également en matière de contrainte par corps au motif qu'elle n'était pas une peine mais une « mesure d'exécution forcée » des peines d'amende<sup>1</sup>. Cette solution a cependant valu à la France d'être condamnée par la Cour européenne des droits de l'homme, dans l'affaire *Jamil*<sup>2</sup>, les juges de Strasbourg estimant que la notion de peine contenue dans l'article 7, § 1, de la Convention de sauvegarde possédait une portée autonome, et que la base même de l'appréciation de l'existence d'une peine consistait à déterminer si la mesure en question était imposée à la suite d'une condamnation pour une infraction. Pourtant, la Cour de cassation a maintenu sa solution estimant quant à elle que la contrainte par corps n'était pas une peine, mais plutôt une voie d'exécution civile dont le « coloris pénal<sup>3</sup> » ne s'opposait pas à son application immédiate<sup>4</sup>. Il reste que cette jurisprudence est devenue caduque depuis que la contrainte par corps a été transformée par la loi du 9 mars 2004 en contrainte « judiciaire ». Celle-ci consiste désormais en un « emprisonnement<sup>5</sup> », de sorte qu'il n'est plus possible d'en nier le caractère réellement pénal pour la faire échapper à la non-rétroactivité<sup>6</sup>.

**108 Mesure ne constituant « ni une peine, ni une sanction ».** La solution est moins évidente concernant les *mesures de sûreté ordonnées* par la juridiction de l'application des peines ; en la matière, la nuance s'impose. Le Conseil constitutionnel a jugé, le 8 décembre 2005, à propos de la *surveillance judiciaire* des condamnés présentant un risque élevé de récidive, que cette mesure, qui peut comprendre un placement sous surveillance électronique mobile, « ne constitue ni une peine, ni une sanction ». En conséquence, la surveillance judi-

1. Crim. 12 mai 1960, *D.* 1960. 706, note J.M.R.

2. CEDH 8 juin 1995, *RSC* 1995. 855, obs. L. E. Pettiti ; *RSC* 1996. 471, obs. R. Koering-Joulin.

3. V. M.-H. Renaut, « La contrainte par corps : une voie d'exécution civile à coloris pénal », *RSC* 2002. 791.

4. V. Crim. 24 sept. 1996, *Bull. crim.* n° 328 ; Crim. 16 sept. 1997, *Bull. crim.* n° 297, *V. contra* Com., 16 mai 2000, *D.* 2000. IR 163.

5. V. S. Detraz, « Rémanence et renaissances d'une institution : de la contrainte par corps à la contrainte judiciaire », *Dr. pénal* 2004. Chron. 14.

6. En ce sens, D. Roets, « L'application de la loi pénale dans le temps et la Convention européenne des droits de l'homme », préc., spéc. p. 1994 : l'auteur estime que la jurisprudence *Jamil* invite encore à s'interroger sur l'application dans le temps des textes comportant des mesures de sûreté.

ciaire a pu s'appliquer immédiatement à des personnes condamnées pour des faits commis antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi qui la prévoyait, sans que soit violé le principe de non-rétroactivité des peines et des sanctions résultant de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789<sup>1</sup>. Cette solution, qui semble rejoindre la position de la Cour européenne des droits de l'homme<sup>2</sup>, a pu être approuvée car la surveillance judiciaire n'implique aucune appréciation de la culpabilité de l'intéressé mais ne s'explique que par sa dangerosité ; elle apparaît donc comme une mesure de sûreté, qui échappe à la juridiction de jugement. Néanmoins, il s'agit d'une solution qui s'articule mal avec l'article 112-2, 3° du Code pénal, selon lequel « les lois relatives au régime d'exécution et d'application des peines » ne s'appliquent pas rétroactivement lorsqu'elles ont pour effet de rendre plus sévères les peines prononcées par la décision de condamnation<sup>3</sup>. Au reste, cette position a été fortement tempérée par le Conseil constitutionnel le 21 février 2008, lorsqu'il a dû se prononcer sur l'application dans le temps de la rétention de sûreté. La Haute juridiction a condamné en effet la rétroactivité de la rétention de sûreté<sup>4</sup>, mais dans des termes qui révèlent un certain « embarras »<sup>5</sup>. En effet, tout en estimant que cette mesure n'est « ni une peine, ni une sanction ayant le caractère d'une punition » le Conseil constitutionnel considère « que la rétention de sûreté, eu égard à sa nature privative de liberté, à la durée de cette privation, à son caractère renouvelable sans limite et au fait qu'elle est prononcée après une condamnation par une juridiction, ne saurait être appliquée à des personnes condamnées avant la publication de la loi ou faisant l'objet d'une condamnation postérieure à cette date pour des faits commis antérieurement ». Autrement dit, la question de l'application dans le temps des mesures de sûreté n'est pas encore alignée sur celle des peines, mais

1. Cons. const. 8 déc. 2005, n° 2005-527 DC, *D.* 2006. 966, note F. Rouvillois.

2. CEDH 12 févr. 2008 *Kafkaris c. Chypre*, n° 21906/04.

3. V. cependant Crim. 21 janv. 2009, *RPDP* 2009. 149, obs. X. Pin (application de la surveillance judiciaire à une personne condamnée pour des faits antérieurs à la loi instaurant le suivi socio-judiciaire, V. ss 123).

4. Cons. const. 21 févr. 2008, n° 2008-562 DC, *JCP* 2008. Aperçu 166, B. Mathieu ; V. aussi Y. Mayaud, « La mesure de sûreté après la décision du Conseil constitutionnel n° 2008-562 DC du 21 févr. 2008 », *D.* 2008. Chron. 1359 s.

5. V. Ch. Lazerges, « La rétention de sûreté : le malaise du Conseil constitutionnel », *RSC* 2008. 731 s.

elle dépend désormais des caractères de ces mesures<sup>1</sup>. Enfin, il est notable que la Cour européenne des droits de l'homme a qualifié, à plusieurs reprises, de « peine » au sens de l'article 7, § 1 de Convention de sauvegarde des droits de l'homme, la mesure d'internement de sûreté du droit allemand, pour condamner la loi qui en avait permis la prolongation rétroactive<sup>2</sup>. Ces décisions ne sont pas transposables en droit français car, même si les juges européens ont cité en exemple la décision du Conseil constitutionnel du 21 février 2008, ils ont évidemment apprécié la régularité de la mesure qui leur était soumise par rapport à la seule législation allemande et à son application concrète et des décisions postérieures ont même montré que, selon les cas, l'internement de sûreté pouvait aussi être considéré comme une mesure de sûreté. C'est dire, d'une manière plus générale, que la distinction entre les peines et les mesures de sûreté est toujours incertaine<sup>3</sup>.

## § 2. La rétroactivité des lois pénales plus douces

**109** **Rétroactivité *in mitius*.** Les lois pénales s'appliquent immédiatement à des faits antérieurs non encore jugés au moment de leur entrée en vigueur lorsqu'elles sont favorables aux personnes poursuivies, ou plus douces. Tel est le second principe qui gouverne l'application des lois pénales dans le temps. On parle dans ce cas de rétroactivité *in mitius*, même si l'article 112-1, alinéa 3, du Code pénal consacre plutôt le principe de l'application immédiate des lois plus douces. Selon ce texte « les dispositions nouvelles s'appliquent aux infractions commises avant leur entrée en vigueur et n'ayant donné lieu à aucune condamnation passée en force de chose jugée lorsqu'elles sont moins sévères que les dispositions anciennes ». Ce principe est particulièrement appréciable en période d'instabilité

1. V. Ch. Courtin, « La surveillance post-carcérale des personnes dangereuses et l'application de la loi dans le temps », *Dr. pénal* 2008. Chron. 11.

2. CEDH 17 déc. 2009, *M. c. Allemagne*, D. 2010. 723, note J. Pradel ; *AJ pénal* 2010. 129, J. Leblois-Happe ; CEDH, 13 janv. 2011, n° 17792/07, *Kallweit c. A* ; n° 20008/07, *Mauts c. Allemagne* ; n° 27360/04 et 4225/07, *Schummer c. Allemagne* ; CEDH, 14 avr. 2011, n° 4646/08, *O.H. c. Allemagne*.

3. V. ss 348.

législative et il s'est vu reconnaître une « valeur constitutionnelle<sup>1</sup> », par le biais du principe de nécessité des peines, avant d'être curieusement rogné par le Conseil constitutionnel lui-même<sup>2</sup> et nuancé par la Cour de cassation. Cette dernière limitation est d'autant plus surprenante que la Cour européenne des droits de l'homme<sup>3</sup> et la Cour de justice de l'Union européenne<sup>4</sup> y voient un principe fondamental du droit pénal, qui ne devrait tolérer aucune exception, dès lors que la loi nouvelle affecte la peine ou modifie les éléments de l'infraction. C'est dire que l'application de ce principe n'est pas toujours aisée (A) et qu'il connaît des atténuations (B).

## A. Les applications

**110 Application immédiate.** La loi pénale plus douce s'applique à des faits commis antérieurement à son entrée en vigueur mais non encore jugés ou à des faits déjà jugés mais susceptibles de voies de recours. Quant aux condamnations déjà prononcées et passées en force de chose jugée, elles doivent au contraire être exécutées, selon la loi ancienne sauf lorsque la peine a été prononcée pour un fait qui depuis la loi postérieure n'a plus le caractère d'une infraction pénale (C. pén., art. 112-4, al. 2). La Cour européenne semble même aller plus loin en admettant qu'une loi nouvelle plus douce puisse remettre en cause une condamnation pénale définitive<sup>5</sup>. Mais quand peut-on affirmer qu'une loi pénale est plus douce ? Cela ne fait aucun doute lorsqu'une incrimination est abrogée mais quid lorsqu'elle est seulement modifiée ? Distinguons trois cas de figure.

1. Cons. const. 19-20 janv. 1981, Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes, § 75, D. 1982. 441, note A. Dekeuwer.

2. Cons. const, 3 déc. 2010, n° 2010-74 QPC, *AJ pénal* 2011. 30, obs. J.-B. Ferrier ; *Dr. pénal* 2011. 38, obs. J.-H. Robert ; *JCP* 2011. 82, note E. Dreyer ; *RSC* 2011. 180 obs. B. de Lamy ; *RPDP* 2012. 141, obs. J.-Y. Chevallier ; V. ss 118.

3. CEDH, 17 déc. 2009, *Scoppola c. Italie* [n° 2], § 106, *JCP* 2010. Doctr. 70, n° 8, chron. F. Sudre.

4. CJCE, 3 mai 2005, aff. C-387/02, *Berlusconi et a.*, § 69, *JCP* 2006. II. 10020, note O. Dubos.

5. CEDH, 12 janv. 2016, n° 33427/10, *Gouarré Patte c. Andorre, Dr. pénal* 2017, chron. 6, n° 17, obs. E. Dreyer (hypothèse d'une interdiction perpétuelle d'exercer une profession prononcée définitivement, avant la survenance d'une loi nouvelle plus douce interdisant que ce type de mesure dépasse la durée supérieure de la peine la plus grave).

### 1. Peine plus douce

- 111 Peine encourue.** Si une loi nouvelle modifie la peine encourue, elle est plus douce lorsqu'elle décline un crime en délit (correctionnalisation législative) ou un délit en contravention, ou lorsqu'elle supprime une peine ou en réduit son taux<sup>1</sup>. Ainsi, conformément à l'article 112-1 du Code pénal, la loi du 15 août 2014 qui a supprimé les peines minimales s'est appliquée aux infractions commises avant son entrée en vigueur et n'ayant pas donné lieu à une condamnation passée en force de chose jugée<sup>2</sup>. La même solution a été retenue à propos de l'article 122-1, alinéa 2 du Code pénal, dans sa rédaction issue de la même loi, instaurant une diminution du tiers de la durée de la peine privative de liberté encourue par une personne qui était atteinte, au moment des faits, d'un trouble psychique ou neuropsychique ayant altéré son discernement. Même si ce texte permet à la juridiction de décider, par une décision spécialement motivée, de ne pas appliquer la diminution, il a été considéré comme plus favorable, donc applicable rétroactivement<sup>3</sup>.
- 112 Peine prononcée.** Si une loi nouvelle modifie le pouvoir du juge dans le prononcé de la peine, elle est plus douce quand elle est plus favorable au prévenu (création d'un nouveau cas de sursis, création d'une peine de substitution). A ainsi été jugée plus douce la loi du 26 novembre 2003 relative à la maîtrise de l'immigration qui a introduit dans le Code pénal un article 131-30-2, en vertu duquel la peine de l'interdiction de territoire ne peut être prononcée pour certaines considérations humanitaires. Cette loi s'est appliquée immédiatement à un condamné dont l'état de santé nécessitait une prise en charge médicale qu'il n'aurait pas eue dans son pays d'origine<sup>4</sup>. A également été jugée plus douce – ce qui n'allait pas de soi – la loi du 4 août 2008 ayant supprimé le

1. Par ex., la suppression par la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 de la peine de dissolution applicable aux personnes morales en cas d'escroquerie (C. pén., art. 313-9). Cette suppression a été jugée suspecte car elle est intervenue au cours d'un procès impliquant l'église de scientologie, laquelle a pu bénéficier ainsi de la rétroactivité *in mitius*. Le rétablissement de cette peine par la loi n° 2009-1437 du 24 nov. 2009 constitue en revanche une loi plus sévère qui ne saurait s'appliquer rétroactivement.

2. Crim. 14 oct. 2014, n° 13-85779, *Dr. pénal* 2014, comm. n° 153, obs. V. Peltier.

3. Crim. 15 sept. 2015, n° 14-86135, *Dr. pénal* 2015, comm. 152, obs. E. Bonis-Garçon.

4. Crim. 6 janv. 2004, *D.* 2004. IR 397.

caractère automatique de l'interdiction d'exercer une profession commerciale ou de gérer les sociétés et lui ayant donné le régime d'une peine complémentaire facultative ; la Cour de cassation a considéré que la complémentarité était moins sévère que l'accessoriété, indépendamment du constat que l'interdiction nouvellement prononcée pouvait être définitive, alors que l'interdiction peine accessoire était d'une durée limitée ; en conséquence, une personne poursuivie pour avoir violé cette interdiction résultant d'une condamnation antérieure à cette loi a été relaxée<sup>1</sup>. De la même façon, et de manière plus surprenante encore, la Cour de cassation a considéré que la contrainte pénale, qui constitue une peine alternative à la privation de liberté, pouvait être substituée à un emprisonnement sans sursis, pour des faits commis avant l'entrée en vigueur de la loi qui l'a instituée<sup>2</sup>. Cette solution, qui était certes préconisée par la Circulaire ministérielle d'application de la loi du 15 août 2014, surprend, car la contrainte pénale est une nouvelle peine, or la nouveauté aurait dû s'opposer à la rétroactivité. En outre, il n'est pas certain que la solution retenue ait été plus favorable aux prévenus car, dans les espèces concernées, le juge avait déjà les moyens d'éviter l'emprisonnement ferme, en prononçant un sursis ou en choisissant une autre peine alternative (TIG, stage de citoyenneté, sanction-réparation, etc.). Or, en comparaison avec ces dernières sanctions, la contrainte pénale apparaît plus sévère<sup>3</sup>. Une meilleure solution aurait été de dire que l'ensemble de la loi, en ce qu'elle augmentait l'éventail des peines offertes aux juges, constituait un tout indivisible, plus favorable au prévenu<sup>4</sup>. Autre exemple : a également été jugée plus douce la loi du 15 août 2014, ayant permis aux juridictions de l'application des peines de prononcer une révocation partielle du sursis avec mise à l'épreuve, en cas d'inexécution de l'épreuve

1. Crim. 16 déc. 2009, *Dr. pénal* 2010. 23, obs. J.-H. Robert ; comp. Versailles, 18 déc. 2008, *Dr. pénal* 2009. Étude 6, comm. H. Matsopoulou (la portée de la peine accessoire d'interdiction commerciale résultant de condamnations antérieures à la loi du 4 août 2008).

2. Crim. 14 avr. 2015, n° 15-80858 ; Crim. 14 avr. 2015, n° 14-84473 ; Crim. 14 avr. 2015, n° 14-84260 ; *JCP G*, 2015, 697, note V. Pelletier ; V. également E. Bonis-Garçon, « De l'application dans le temps de la contrainte pénale », *Dr. Pénal* 2015, Études, n° 13.

3. V. ss 360.

4. En ce sens, E. Bonis-Garçon, Étude préc., n° 12., et v. ss 122.

(C. pén., art. 132-52 al. 3), alors que seule une révocation totale était possible selon le droit antérieur. Cette nouvelle disposition a donc été jugée immédiatement applicable à la révocation d'un sursis avec mise à l'épreuve assortissant une peine d'emprisonnement prononcée contre l'auteur d'une infraction commise avant son entrée en vigueur<sup>1</sup>.

## **2. Incrimination plus douce**

- 113 Abrogation.** La loi nouvelle est évidemment plus douce lorsqu'elle abroge une incrimination, parce que le préalable légal disparaît<sup>2</sup> : les personnes poursuivies au moment de l'abrogation doivent donc être relaxées. Il peut également arriver qu'une abrogation soit suivie d'une nouvelle loi incriminant le comportement, les faits ne peuvent plus être poursuivis, même s'ils ont été commis sous l'empire de la première loi, car ils bénéficient de la loi plus douce intervenue entre-temps<sup>3</sup>.
- 114 Modification.** La loi pénale est également plus douce lorsqu'elle ajoute à l'incrimination des éléments, de sorte que celle-ci sera plus difficilement constituée. Il en a été ainsi de la loi du 10 juillet 2000 qui en redéfinissant la faute non intentionnelle en a rendu l'établissement plus difficile (C. pén., art. 121-3)<sup>4</sup>. Il en est de même lorsque la loi nouvelle exige la preuve de l'intention, alors qu'auparavant cette intention était présumée<sup>5</sup> ; ou lorsque le texte dont la violation est sanctionnée par renvoi est supprimé<sup>6</sup> ou encore lorsque la loi nouvelle transforme une infraction simple en infraction d'habitude<sup>7</sup>. Elle est, en revanche, plus sévère lorsqu'elle augmente le nombre d'actes punissables. Ainsi, un terme vague substitué à un terme précis est une aggravation. Par exemple, pour l'abus de confiance l'article 408 de l'ancien Code

1. Crim. 13 déc. 2017, n° 16-86128, *Dr. pénal* 2018, comm. 39, obs. E. Bonis.

2. V. par ex. Crim. 22 mars 2011, n° 10-80.203, *AJ pénal* 2011, 412, obs. J. Gallois (abrogation de C. com., art. L. 310-5, 3° réprimant les soldes « en dehors de périodes autorisées »).

3. V. par ex. pour l'infraction d'abandon de famille par défaut de paiement de pension alimentaire (C. pén., art. 227-3), Crim. 23 mai 2012, n° 11-83901, *D.* 2012, 2368, note M. Bénilouche ; V. aussi Crim. 8 juin 2011, n° 10-87050, *Dr. pénal.* 2011, comm. 115, obs. M. Véron ; Crim. 14 juin 2017, n° 16-81926, n° 16-81927, *Dr. pénal* 2017, comm.123, obs. Ph. Conte.

4. Crim. 5 sept. 2000, *JCP* 2001. II. 10507, note J.-Y. Chevallier.

5. Crim. 28 juin 1995, *Bull. crim.* n° 243 (délit d'abandon de famille, C. pén., art. 227-3).

6. Crim. 17 déc. 1997, *Bull. crim.* n° 435 ; RSC 1998. 535, obs. B. Bouloc ; Crim. 26 mars 1998, *Bull. crim.* n° 116 ; RSC 1998. 761, obs. B. Bouloc.

7. Crim. 6 juin 1974, *Djian*, *Bull. crim.* n° 207 ; J. Pradel et A. Varinard, *GADPG, op. cit.*, n° 11.

pénal prévoyait une liste limitative de contrats en vertu desquels la remise de la chose finalement détournée devait avoir été effectuée, or le texte actuel se contente d'un détournement de fonds, d'un bien ou de valeurs sans préciser le type de contrat de remise (C. pén., art. 314-1) : la loi nouvelle est donc plus sévère. De même, est plus sévère une loi qui en reformulant une incrimination supprime un élément de contrainte et rend donc sa caractérisation plus simple<sup>1</sup>. Est également plus sévère la loi nouvelle qui rétrécit le champ d'une immunité familiale<sup>2</sup>.

### **3. Loi à la fois plus douce et plus sévère**

- 115 Critères.** Lorsque l'incrimination et la peine sont modifiées dans le même sens, il n'est pas difficile de dire si la loi nouvelle est plus douce ou plus sévère. La difficulté est qu'une loi peut comporter des dispositions à la fois plus douces et plus sévères (loi « complexe »). Dans ce cas, il convient de distinguer selon que ces dispositions sont divisibles ou non. Si elles sont divisibles, c'est-à-dire si elles portent sur un objet distinct, elles seront soumises à des conditions distinctes d'application de la loi dans le temps ; les dispositions plus douces seront applicables immédiatement aux faits commis antérieurement, et les dispositions plus sévères pour l'avenir. Ce fut par exemple le cas d'une loi du 23 décembre 1980, qui étendait la notion de viol (plus sévère) et correctionnalisait les attentats à la pudeur (moins sévère)<sup>3</sup>. Si les dispositions du texte sont indivisibles (ce qui en pratique est très rare), elles « ne sauraient être arbitrairement scindées »<sup>4</sup>, il faut

1. Crim. 23 juin 2009, *AJ pénal* 2009. 405, obs. J. Laserre-Capdeville (abus de faiblesse qui consistait, avant la loi du 12 juin 2001, à « obliger » un mineur ou une personne vulnérable à un acte ou une abstention préjudiciables ; et qui après cette loi consiste plus largement à « conduire » ce mineur ou cette personne au même type d'abstention ou d'acte, C. pén., art. 223-15-2 ; l'élément de contrainte a disparu).

2. Crim. 18 janv. 2017, n° 16-80178.

3. Crim. 21 avr. 1982, *Pauletto*, J. Pradel et A. Varinard, *GADPG*, *op. cit.*, n° 9 (actes de pénétration anale et homicide : refus de la qualification de viol ; application de la qualification correctionnelle d'attentat à la pudeur ; rejet de la circonstance aggravante de concomitance de l'homicide avec un autre « crime »). V. également Crim. 22 août 1981, *RSC* 1983. 65, obs. J. Larguier (la pénalité pour le viol étant plus douce, la Cour de cassation a refusé d'appliquer rétroactivement la définition de l'incrimination mais a accepté l'application de la peine plus douce à une personne dont le comportement entrait dans le champ de la nouvelle incrimination).

4. Crim. 6 mai 1942, *Desroziers*, *JCP* 1942. II. 1910, J. Pradel et A. Varinard, *GADPG*, *op. cit.*, n° 11 (à propos de la loi du 2 sept. 1941 qui en matière d'infanticide a substitué aux peines criminelles des peines correctionnelles, tout en supprimant la possibilité d'accorder le bénéfice des circonstances atténuantes).

donc, pour essayer de respecter la volonté du législateur, soit envisager le texte « dans son ensemble »<sup>1</sup>, soit suivre le régime des dispositions principales<sup>2</sup>. Dans ce dernier cas, il convient de considérer qu'entre une disposition touchant à l'incrimination et l'autre à la peine, c'est la première qui est principale ; qu'entre deux dispositions touchant l'une à la nature, l'autre à la mesure de la peine, c'est la disposition relative à la nature de la peine qui est principale ; et qu'entre deux dispositions sur les peines de référence (emprisonnement et amende, ou réclusion et amende), c'est la disposition sur la privation de liberté qui est principale.

## B. Les atténuations

**116 Limitation en cas de dispositions expresses.** La rétroactivité *in mitius* étant un principe de faveur, on pourrait s'attendre à ce qu'elle ne connaisse pas d'exception dans un droit pénal attentif aux libertés individuelles. Pourtant la Cour de cassation a toujours admis que cette rétroactivité pouvait être écartée dans certains cas ; elle l'a d'abord admis à propos des lois temporaires en matière économique<sup>3</sup> puis, elle s'est ravisée pour ne l'admettre qu'en cas de dispositions expresses le permettant, en matière douanière<sup>4</sup>. Cette position a été critiquée au regard de la hiérarchie des normes puisque le principe de rétroactivité *in mitius* est consacré par l'article 15 § 1 du Pacte des Nations Unies sur les droits civils et politiques en cas de disparition ou de diminution de la sanction<sup>5</sup>. Mais la Cour de cassation a maintenu sa position estimant que ce texte ne s'appliquait pas, en matière douanière, à l'abrogation du texte d'incrimination ou à la réduction de son

1. Crim. 5 juin 1971, *Martin*, JCP 1972. II. 10739, note A. Vitu, J. Pradel et A. Varinard, *GADPG*, *op. cit.*, n° 11 (à propos de la loi du 17 juill. 1970 qui a introduit le sursis partiel, tout en facilitant l'octroi du sursis et en réduisant les cas de révocation ; la loi a été jugée globalement plus douce).

2. Crim. 6 mai 1942, *Desroziers*, *préc.*

3. Crim. 3 mai 1974, *Bull. crim.* n° 157.

4. Sous l'empire de l'ancien Code pénal : Crim. 1<sup>er</sup> juin 1981, *Bull. crim.* n° 191 ; Crim. 3 févr. 1986, *Bull. crim.* n° 41 ; Crim. 16 févr. 1987, : *Bull. crim.* n° 73 ; D. 1988. 39, 1<sup>re</sup> esp., note A. Dekeuwer. Sous l'empire du nouveau Code pénal : Crim. 6 févr. 1997, *Bull. crim.* n° 51 ; D. 1997. 615, note Ph. Conte ; Crim. 8 nov. 2006, *Bull. crim.* n° 280 ; D. 2007. 10 obs. A. Lienhard.

5. V. A. Huet, « Une méconnaissance du droit international (à propos de la rétroactivité *in mitius*) », JCP 987. I. 3293 ; V. également du même auteur « De quelques méconnaissances du droit international par le droit pénal français », *Mélanges B. Bouloc* ; D. 2006. 450.

champ d'application<sup>1</sup>. Cette interprétation littérale est difficile à justifier et a d'ailleurs valu un recours contre la France devant le Comité des droits de l'homme de l'ONU<sup>2</sup>, lequel conclua à la violation de l'article 15<sup>3</sup>. Pour autant, la Cour de cassation persiste et s'est même demandée si, en droit de l'Union européenne, le principe de coopération loyale ne devait pas l'emporter sur le principe de non rétroactivité *in mitius*, lorsque l'avis du législateur sur la lutte contre les fraudes douanières n'avait pas changé<sup>4</sup>. Il faut reconnaître en effet que le droit de l'Union européenne est ambigu et qu'il ne s'oppose pas à ce que le principe de rétroactivité *in mitius* puisse être limité aux seules modifications des textes d'incriminations ou de sanction. L'Assemblée plénière de la Cour de cassation a d'ailleurs estimé, pour écarter la responsabilité de l'État dans l'affaire ayant donné lieu à la saisine du comité des droits de l'Homme, que l'exigence de répression pouvait justifier la non-application du principe de rétroactivité *in mitius*, au motif « qu'il ne résulte d'aucun texte ou principe général du droit de l'Union, ni d'une jurisprudence établie de la Cour de justice de l'Union européenne que le principe de l'application rétroactive de la peine plus légère fait obstacle à ce que soient poursuivies et sanctionnées les fausses déclarations en douane ayant pour but ou pour effet d'obtenir un avantage quelconque attaché à des importations intracommunautaires commises antérieurement à la mise en place du marché unique, de sorte que l'application par la Cour de cassation de l'article 110 de la loi du 17 juillet 1992 ne contrevenait pas au droit de l'Union »<sup>5</sup>. Cette décision valide celle de la Chambre criminelle du 19 septembre 2007 qui avait estimé, à l'origine de cette affaire, que « le principe communautaire de l'effet rétroactif de la peine la plus légère ne s'oppose pas à l'application de l'article 110 de la loi du 17 juillet 1992, selon lequel les

---

1. Crim. 6 oct ; 2004, *Dr. pénal* 2005. 9, obs. J.-H. Robert.

2. V. A. Huet, « Le comité des droits de l'homme de l'ONU et la rétroactivité de la loi pénale plus douce », *D.* 2010. 2865.

3. Comité des droits de l'homme, 21 oct. 2010, n° 1760/2008 X. c. France

4. Crim. 23 nov. 2016 n° 15-82333, *Dr. Pénal* 2017, comm. 9, obs. J.-H. Robert ; RSC 2017. 400, obs. B. Aubert.

5. Ass. plén, 18 nov. 2016, n° 15-21438, *AJ Pénal* 2017. 125, note M.C Sordido ; RSC 2017. 395, obs. B. Aubert.

dispositions de cette loi, relative à la suppression des taxations et contrôles douaniers, ne font pas obstacle à la poursuite des infractions douanières commises avant son entrée en vigueur sur le fondement de dispositions législatives antérieures, lorsque la modification apportée par ladite loi n'a eu d'incidence que sur les modalités de contrôle du respect de la réglementation communautaire et non sur l'existence de l'infraction ou la gravité des peines »<sup>1</sup>.

- 117 Limitation en cas d'abrogation des seuls règlements d'application.** La Cour de cassation s'affranchit aussi de la rétroactivité *in mitius* lorsque les dispositions réglementaires prises pour l'application de la loi ancienne ont été abrogées et remplacées par des dispositions, qui la rendent plus douce. Il est en effet régulièrement jugé que « lorsqu'une disposition législative, support légal d'une incrimination, demeure en vigueur, l'abrogation des textes pris pour son application n'a pas d'effet rétroactif »<sup>2</sup>. On relèvera par exemple cette affaire de « favoritisme » (C. pén., art. 432-14)<sup>3</sup>, dans laquelle il avait été procédé à un « saucissonnage » de marchés publics afin d'éviter le seuil financier de déclenchement des procédures d'appel d'offres. En l'espèce, un décret ayant relevé ce seuil postérieurement aux faits, le prévenu invoquait le principe de rétroactivité *in mitius* pour échapper à sa condamnation. Mais la Cour de cassation a réaffirmé son hostilité à la rétroactivité des textes réglementaires et il fut condamné. Autre exemple : un individu était poursuivi pour ouverture d'un débit de boissons dans une zone protégée (CSP, art. L. 3335-1, L. 3355-2 et L. 3355-6), mais avant qu'il ne fût jugé, l'arrêté préfectoral définissant le périmètre de protection fut abrogé, de sorte que l'implantation de son débit n'apparaissait plus illicite. Il fut quand même condamné<sup>4</sup>. En faveur de cette solution, on peut avancer que la législation considérée – de nature économique voire sanitaire – est prévue pour s'appliquer de manière contingente et temporaire et qu'il ne faudrait pas que les fraudeurs profitent de ce caractère

1. Crim. 19 sept. 2007, n° 06-85899 ; RTD com 2008. 435, obs. B. Bouloc.

2. V. pour un décret de taxation, Crim. 8 févr. 1988, Bull. crim. n° 62.

3. Crim. 28 janv. 2004, RSC 2004. 634, obs. E. Fortis.

4. Crim. 15 avr. 2008, RPDP 2009. 141, obs. X. Pin.

temporaire pour échapper à leur responsabilité pénale<sup>1</sup>. De même, il est possible de faire observer que l'atteinte au principe de la rétroactivité *in mitius* n'est pas totale, dans la mesure où cette jurisprudence ne joue que si les dispositions légales, support de l'incrimination, ne sont pas modifiées<sup>2</sup>. Certains auteurs justifient même ces solutions en s'appuyant sur le principe constitutionnel de nécessité des peines : la nécessité de réprimer le passé trouvant son assise dans « des circonstances objectives qui ne tiennent pas à un caprice du législateur »<sup>3</sup>. L'ennui est que le principe de rétroactivité *in mitius* repose aussi sur ce même principe de nécessité : or la nécessité ne s'ordonne pas. Peut-être conviendrait-il plutôt – si l'on tient absolument à essayer de justifier ces solutions – d'insister plus sur le principe d'égalité de tous devant la loi, lequel commanderait de réprimer également tous ceux qui ont violé la même loi, dans la même période ; le changement ultérieur des conditions réglementaires d'application de cette loi ne change rien à la culpabilité des uns ou des autres.

**118 Limitation en cas de « répression antérieure plus sévère inhérente aux règles auxquelles la loi nouvelle s'est substituée ».** Le Conseil constitutionnel a, dans une décision de QPC du 3 décembre 2010 apporté une nouvelle entorse au principe de la rétroactivité *in mitius*<sup>4</sup>. La disposition en cause était l'article 47 de la loi n° 2005-882 du 2 août 2005, qui abaissait le seuil de la revente à perte, incriminée par l'article 441-2, alinéa 1<sup>er</sup> du Code de commerce, tout en précisant que les opérations réalisées avant son entrée en vigueur continuaient à être appréciées au regard du seuil antérieurement fixé. Les requérants invoquaient une violation de l'article 8 de la DDH et l'on aurait pu s'attendre à ce qu'ils obtiennent gain de cause compte tenu du rattachement constitutionnel du principe de rétroactivité *in mitius* au principe de néces-

1. V. A. Dekeuwer, « La rétroactivité *in mitius* en droit pénal : un principe encore et toujours contesté », *JCP* 1997. I. 4065.

2. Crim. 16 févr. 1987, préc : « en l'absence de dispositions contraires expresses, une loi nouvelle, même de nature économique qui, pour une ou des incriminations déterminées, prévoit désormais des peines plus douces, s'applique aux faits commis avant son entrée en vigueur et non encore définitivement jugés ».

3. En ce sens, F. Desportes, F. Le Guehec, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 343.

4. Cons. const., 3 déc. 2010, n° 2010-74 QPC, préc.

sité des peines. Or il n'en a rien été car le Conseil a introduit une limitation en jugeant que « sauf à ce que la répression antérieure plus sévère soit inhérente aux règles auxquelles la loi nouvelle s'est substituée, le principe de nécessité des peines implique que la loi pénale plus douce soit rendue immédiatement applicable aux infractions commises avant son entrée en vigueur et n'ayant pas donné lieu à des condamnations passées en force de choses jugées ». Et de conclure que « la précédente définition de ce seuil était inhérente à la législation économique en vigueur » de sorte qu'en écartant l'application immédiate du nouveau seuil, la loi du 2 août 2005 n'avait pas porté atteinte au principe de nécessité des peines. Cette décision laisse dubitatif et a été justement critiquée<sup>1</sup> car, même si on en limite la portée à la seule législation économique, elle introduit une subtile différence qui ne figure ni dans l'article 112-1, ni dans l'article 112-4 du Code pénal entre les lois principalement pénales soumises à la rétroactivité *in mitius* et les lois accessoirement pénales<sup>2</sup>, qui échapperaient à ce principe. Certes, l'on peut estimer que le Conseil constitutionnel, dans un souci d'efficacité économique, se rallie à l'idée qu'il faut faire obstacle à l'anticipation des délinquants d'affaires en considérant « que la répression ancienne puisse se poursuivre au-delà de la promulgation de la loi nouvelle dès lors que des circonstances objectives mettent en évidence que la répression demeure nécessaire pour le passé »<sup>3</sup>, il n'empêche qu'une application distributive du principe de rétroactivité *in mitius* ne nous convainc pas et qu'il n'est pas certain non plus qu'elle puisse toujours convaincre les juridictions européennes<sup>4</sup>.

**119 Limitation au nom des objectifs de l'Union européenne.** Enfin, dans le même sens, mais sur un autre fondement, on notera que la Chambre criminelle, qui avait pourtant jugé que certaines infrac-

1. V. particulièrement E. Dreyer, « Limitation constitutionnelle de la rétroactivité *in mitius* », *JCP* 2011. 82 ; C. Kleitz, « Comment faire du neuf avec du vieux... », *Gaz. Pal.* 16 déc. 2010, n° 350, p. 3.

2. En ce sens, B. de Lamy, obs. préc., p. 142.

3. En ce sens, J.-Y. Chevalier, obs. préc., p. 142 ; V. également les explications avancées dans les commentaires aux Cahiers du Conseil constitutionnel, d'où il ressort qu'il convenait de préserver « le caractère dissuasif et efficient de la sanction pénale en une matière où les dispositions normatives sont contingentes et temporaires » (v. aussi *RPDP* 2011. 445, obs. Th. S. Renoux et X. Magnon).

4. V. ss 105.

tions à l'accès au marché du travail perdaient leur caractère punissable pour les ressortissants d'un État lorsque celui-ci adhéra à l'Union européenne<sup>1</sup>, notamment l'infraction de recours à l'emploi de travailleurs non munis d'une autorisation<sup>2</sup>, a opéré un revirement en 2017 estimant que la levée de la totalité des restrictions à l'accès au marché du travail pour les ressortissants d'un État adhérent constituait « une situation de fait » étrangère aux éléments constitutifs des infractions d'embauche de travailleurs non munis d'une autorisation, de sorte que l'adhésion de l'État n'avait produit aucun effet sur la qualification des infractions commises antérieurement<sup>3</sup>. Cette position s'inscrit dans le sillage d'un arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne du 6 octobre 2016, qui a déclaré, à l'occasion d'une question préjudicielle posée par l'Italie en matière d'aide au séjour irrégulier d'étrangers, que, malgré la consécration par le droit de l'Union du principe de rétroactivité *in mitius*, « l'application de la loi pénale plus favorable implique nécessairement une succession de lois dans le temps et repose sur la constatation que le législateur a changé d'avis soit sur la qualification pénale des faits, soit sur la peine à appliquer à une infraction » ; or en l'occurrence « l'acquisition de la citoyenneté de l'Union constitue une situation de fait qui n'est pas de nature à modifier les éléments constitutifs du délit d'aide à l'immigration illégale »<sup>4</sup>. Autrement dit, dès lors que l'infraction est pleinement constituée avant le changement de situation, elle le demeure après car « rien ne vient l'affecter dans ses éléments intrinsèques »<sup>5</sup>. L'ennui est qu'en visant une situation de fait, la Cour de cassation laisse entendre qu'une situation de droit ne produirait pas le même effet, sans vraiment poser de critère de distinction, alors qu'en l'occurrence il y a bien eu modification du *droit* applicable et disparition d'une condition préa-

1. Crim. 15 mars 2011, n° 10-81510, *Dr. Pénal* 2011, comm. 110, obs. J.-H. Rober ; Crim. 18 oct. 2016, n° 15-85946.

2. Crim. 11 déc. 2012, n° 11-86415, comm. 52, obs. M. Véron (Pologne).

3. Crim. 7 juin 2017, n° 15-87214 ; *Gaz. Pal.* 2017, n° 36, p. 40, obs. S. Detraz ; *Dr. pénal* 2017, comm. 131, obs. J.-H. Robert (Roumanie).

4. CJUE, 6 oct. 2016, C-218/15.

5. En ce sens S. Detraz, obs. préc.

lable de l'infraction<sup>1</sup>. La justification est donc certainement beaucoup plus pragmatique, comme l'a d'ailleurs affirmé la Chambre criminelle dans un arrêt postérieur en jugeant, en opportunité, que « tout autre interprétation aurait pour conséquence d'encourager le trafic de main-d'œuvre en fraude aux droits des ressortissants d'un État ayant engagé le processus d'adhésion », ce qui serait « contraire aux objectifs recherchés par le droit de l'Union, tel qu'interprété par la Cour de justice dans son arrêt C.-218/15 du 6 octobre 2016 »<sup>2</sup>. C'est dire que le principe de rétroactivité *in mitius* est d'application très relative.

## SECTION 2

# LES LOIS PÉNALES DE FORME

**120 Application immédiate.** Les lois pénales de forme ne déterminent ni les incriminations ni les peines mais concernent la procédure pénale ou l'exécution des condamnations. En la matière, le principe est celui de *l'application immédiate* de la loi nouvelle aux infractions commises avant son entrée en vigueur (C. pén., art. 112-2) car on considère qu'une loi nouvelle améliore forcément le fonctionnement de la justice ; il ne faut donc pas attendre pour l'appliquer. Néanmoins, cette application immédiate ne remet pas en cause les actes déjà accomplis avant son entrée en vigueur (C. pén., art. 112-4) car, si la loi nouvelle a pour finalité de renforcer l'efficacité de la procédure, l'anéantissement des anciennes procédures serait contre-productif. Cela dit, le régime des lois pénales de forme n'est pas uniforme. Il convient en effet de distinguer entre les lois modifiant une procédure (§ 1), et les lois modifiant un délai de prescription (§ 2).

1. Sur la notion v. ss 161.

2. Crim. 12 déc. 2017, n° 16-87230 (Bulgarie), *Dr. pénal* 2018, comm. 21, obs. Ph. Conte ; *AJ Pénal* 2018, 90, obs. F. Chopin.

## § 1. Lois de procédure

- 121 Procédure *lato sensu*.** La loi nouvelle s'applique immédiatement, en matière *d'organisation judiciaire et de compétence* si aucun jugement de condamnation ou d'acquiescement n'est intervenu en premier ressort avant son entrée en vigueur (C. pén., art. 112-2, 1°). Ce fut le cas par exemple de la loi ayant créé les juridictions de proximité et cela concerne plus généralement toute loi créant des juridictions spécialisées, destinées à lutter plus efficacement contre telle ou telle forme de criminalité. La création de ces juridictions entraîne le dessaisissement des juridictions de droit commun, si celles-ci n'ont pas encore statué en première instance.
- 122 Procédure *stricto sensu*.** Ce principe vaut également pour les *lois de procédures* au sens strict, c'est-à-dire celles intéressant les modalités des poursuites et les formes de la procédure (C. pén., art. 112-2, 2°). La Cour de cassation a eu l'occasion de dire que tel était le cas de la loi du 14 août 2014 renforçant l'obligation de motivation de la peine d'emprisonnement ferme (C. pén., art. 132-19) : selon la Haute juridiction, il ne s'agit pas d'une loi de fond applicable rétroactivement car plus favorable, mais bien d'une loi de procédure applicable immédiatement. Elle ne saurait donc entraîner l'annulation d'une décision sur le fond régulièrement rendue avant son entrée en vigueur<sup>1</sup>. La même solution vaut pour l'obligation de motivation qui résulte non d'une loi, mais d'une interprétation nouvelle de dispositions de procédure : selon la chambre criminelle, l'objectif d'une bonne administration de la justice, reconnu par le Conseil constitutionnel, commande que cette interprétation n'ait pas d'effet rétroactif, de sorte qu'elle ne s'appliquera qu'aux décisions prononcées à compter de l'arrêt qui la propose<sup>2</sup>.
- 123 Voies de recours.** Pour les lois relatives à l'exercice des voies de recours, le principe de l'application immédiate est assoupli. Les règles de forme conditionnant l'exercice des recours sont bien

1. Crim. 31 mars 2015, n° 14-86-654 et Crim. 16 juin 2015 n° 14-85136 ; *Dr. pénal* 2016, Chronique « Un an de droit de la peine », obs. E. Bonis-Garçon, p. 26, n° 12.

2. Crim. 30 mai 2018, n° 16-85777, *JCP G* 2018, act. 703, obs. Ph. Collet, v. ss 423.

d'application immédiate, car elles n'ont pas d'incidences véritables sur les personnes qui les exercent. Mais les lois relatives à la nature et aux cas d'ouverture des voies de recours ainsi qu'aux délais dans lesquels elles doivent être exercées et à la qualité des personnes admises à se pourvoir sont applicables seulement aux recours formés contre les décisions prononcées après leur entrée en vigueur (C. pén., art. 112-3), ce qui permet de ne pas perturber la stratégie judiciaire des parties, qui disposent des voies de recours dont elles ont eu la connaissance préalable.

En revanche, lorsque la loi nouvelle est relative aux procédures d'exécution ou d'application des peines et qu'elle aurait pour effet de rendre plus sévère les peines prononcées, elle ne s'appliquera qu'aux condamnations prononcées après son entrée en vigueur (C. pén., art. 112-2, 3°). Cette disposition – parfois qualifiée de « chauve-souris » car relevant à la fois du régime des lois de forme et des lois de fond – est due à une décision du Conseil constitutionnel du 3 septembre 1986 relative à la période de sûreté, qui considérait que cette dernière institution « bien que relative à l'exécution de la peine, n'en relève pas moins de la décision de la juridiction de jugement, qui dans les conditions déterminées par la loi, peut en faire varier la durée, en même temps qu'elle se prononce sur la culpabilité »<sup>1</sup>. Le législateur, à la suite du Conseil constitutionnel, a donc décidé d'appliquer aux mesures d'exécution des peines ayant un caractère punitif, la même solution qu'en matière de loi pénale de fond.

Néanmoins, on a vu que le Conseil constitutionnel avait nuancé sa position, en estimant, dans sa décision du 8 décembre 2005 à propos de l'examen de la loi sur la récidive, que la surveillance judiciaire, y compris lorsqu'elle comporte un placement sous surveillance électronique mobile « ne constitue ni une sanction ni une peine », dès lors qu'elle est ordonnée par la juridiction de l'application des peines et qu'elle n'a pas de caractère punitif. Cette mesure de surveillance judiciaire est donc, d'après le Conseil constitutionnel, d'application immédiate. La Cour de cassation a

---

1. Cons. const. 3 sept. 1986, n° 86-215 DC, RSC 1986. 278.

même décidé que cette mesure (envisageable en cas de condamnation « pour un crime ou un délit pour lequel le suivi socio-judiciaire est encouru », C. pr. pén., art. 723-29) pouvait être appliquée à un condamné dont le crime ou le délit avait été commis avant l'entrée en vigueur des dispositions ayant instauré le suivi socio-judiciaire<sup>1</sup>. Cette solution est critiquable, si l'on considère que la mesure en question aggrave la situation des condamnés<sup>2</sup>.

Dans le même ordre d'idée, la Cour de cassation a estimé que la saisie en valeur, introduite par la loi n° 2012-409 du 27 mars 2012, de *programmation relative à l'exécution des peines* (C. pr. pén., art. 706-141-1), pouvait être appliquée à des faits antérieurs à son entrée en vigueur<sup>3</sup>, alors qu'on pourrait considérer que la saisie en valeur aggrave la situation des personnes susceptibles d'être condamnées à une peine de confiscation en valeur, puisqu'elle permet que celle-ci soit exécutée par anticipation<sup>4</sup>. La Cour de cassation semble donc avoir analysé cette dernière loi d'exécution des peines en une simple loi de procédure.

## § 2. Lois de prescription

**124 Prescription de l'action publique ou de la peine.** Le Code pénal de 1994 considérait les lois modifiant la prescription de l'action publique ou de la peine comme des lois de forme, mais il leur appliquait les règles prévues pour les lois pénales de fond, à savoir la non-rétroactivité des lois plus sévères et l'application immédiate des lois plus douces. Lorsque les prescriptions n'étaient pas acquises, ces lois étaient d'application immédiate si elles n'aggravaient pas la situation de l'intéressé. Or ce principe de l'application *in mitius* des lois de prescription conduisait en pratique à n'admettre l'application immédiate que si les délais nouveaux étaient plus courts. Cette solution a été supprimée par la loi du 9 mars 2004 (C. pén., art. 112-2, 4°) : désormais, peu importe que

1. Crim. 21 janv. 2009, *RPDP* 2009. 149, obs. X. Pin.

2. V. ss 105.

3. Crim. 24 sept. 2014, n° 13-88602 : *JCP G*, 2014, 1205, note D. Rebut.

4. En ce sens, D. Rebut, note préc.

le nouveau délai de prescription soit favorable ou non au prévenu, la loi nouvelle s'applique immédiatement. Seule demeure la condition logique que la prescription ne soit pas définitivement acquise<sup>1</sup>. Ainsi ont pu être appliquées aux prescriptions en cours, les augmentations de dix à vingt ans de la prescription des crimes sexuels contre des mineurs et de trois mois à un an de la prescription des délits de presse pour motif raciste. Cette réforme peut paraître sévère mais elle permet notamment un renforcement de la protection des mineurs victimes d'infractions<sup>2</sup>. En revanche, n'a pas pu être appliqué rétroactivement l'article 707-1 alinéa 5 du Code de procédure pénale, issue de la loi de programmation relative à l'exécution des peines du 27 mars 2012 et prévoyant des causes d'interruption de la peine, dans deux espèces où, faute d'avoir pu être valablement interrompue, la prescription des peines criminelles prononcées par contumace avait été définitivement acquise avant l'entrée en vigueur de la loi nouvelle, soit le 29 mars 2012<sup>3</sup>.

**125 Droit transitoire.** Il est notable en outre que les lois de prescription peuvent prévoir un régime transitoire. Ainsi la loi n° 2017-242 du 27 février 2017, portant réforme de la prescription en matière pénale, a étendu à toutes les infractions la théorie jurisprudentielle des infractions occultes ou dissimulées, qui reporte le point de départ de la prescription à la date de révélation des faits. Cette même loi a créé également dans ce cas de figure un délai butoir de 12 ans pour les délits et de 30 ans pour les crimes à compter de la date des faits, lequel n'est pas un délai de prescription mais

1. Pour une question délicate de droit transitoire, V. Ph. Bonfils, « Les dispositions relatives aux mineurs de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 », *JCP* 2004. I. 140, n° 14.

2. Le système est cependant complexe, V. Ch. Guéry, « Kafka II ou "pourquoi faire simple quand on peut faire..." », une nouvelle loi sur la prescription des infractions commises contre les mineurs ? », *D.* 2004. Chron. 3015.

3. Crim. 26 juin 2013, n° 12-81646 (condamnation par contumace d'un arménien pour vol avec arme et tentatives de vol avec arme, le 19 mai 1989 – prescription acquise vingt ans plus tard, malgré un mandat d'arrêt européen délivré le 6 mai 2004, une demande d'extradition aux autorités arméniennes le 28 avr. 2005 et une interception de correspondance ordonnée le 27 juin 2007, car ces actes ne constituaient pas, selon le droit antérieur, des actes interruptifs de prescription) ; Crim. 26 juin 2013, n° 12-88265 (condamnation par contumace pour recel qualifié, le 17 janv. 1992, affichée le 24 janv. 1992 – prescription acquise le 24 janv. 2012, malgré un mandat d'arrêt européen délivré le 30 déc. 2011, car cet acte n'était pas prévu par la loi comme pouvant interrompre la prescription), *Dr. pénal* 2013, comm. n° 150, obs. E. Bonis-Garçon.

un délai préfix. Or pour neutraliser l'application de cette réforme aux procédures en cours, la loi a prévu un dispositif transitoire selon lequel « la présente loi ne peut avoir pour effet de prescrire des infractions qui, au moment de son entrée en vigueur avait valablement donné lieu à la mise en mouvement ou à l'exercice de l'action publique à une date à laquelle, en vertu des dispositions législatives alors applicables et conformément à leur interprétation jurisprudentielle, la prescription n'était pas acquise ». Mais d'aucuns estiment que cette disposition ne constitue pas un garde-fou suffisant et qu'une question prioritaire de constitutionnalité pourrait bien conduire à son annulation, en raison de la discrimination qu'elle crée entre les justiciables ayant un droit automatique à la règle du délai butoir et les autres, privés de ce droit du seul fait que des poursuites auront été engagées avant le 1<sup>er</sup> mars 2017. Le risque d'une telle annulation serait de prescrire d'importantes affaires économiques et financières non encore jugées<sup>1</sup>.

- 126 Droit de la presse.** Enfin, en droit pénal de la presse, il a été jugé par l'assemblée plénière de la Cour de cassation, que lorsqu'une règle nouvelle modifie le régime de la prescription de l'action civile, au point d'en faciliter l'acquisition, son application immédiate doit être écartée, pour ne pas déjouer les prévisions de la victime ; peu importe que cette règle nouvelle soit d'origine légale ou résulte, comme en l'espèce, d'un revirement de jurisprudence<sup>2</sup>.

<sup>1</sup>. J. de Maillard, « La réforme de la prescription pénale : une « amnistie »... occulte et dissimulée ? », *Gaz. Pal* 2017, n° 15, p. 21.

<sup>2</sup>. Ass. plén., 21 déc. 2006, *JCP* 2007. II. 10111, note X. Lagarde ; *D.* 2007. 835, note P. Morvan. Cette décision repose non sur l'article 7 Conv. EDH relatif au principe de légalité (applicable uniquement en droit pénal de fond) mais sur l'article 6 Conv. EDH relatif au procès équitable.

## L'application de la loi pénale dans l'espace

---

127 « **Droit pénal international** ». La question de l'application de la loi pénale dans l'espace est liée à l'existence d'une criminalité qui dépasse les frontières. Ce phénomène concerne non seulement la *criminalité organisée* comme, par exemple, le trafic de stupéfiants, la corruption transfrontalière, le blanchiment d'argent ou le terrorisme, mais également les infractions présentant un élément d'extranéité. Il suffit d'imaginer le cas d'un ressortissant français qui commettrait un crime ou un délit à l'étranger, ou à l'inverse celui de l'étranger qui accomplirait son forfait en France. Ces situations présentent plusieurs séries de difficultés qui consistent à se demander quelle est la loi applicable (*conflit de lois*), quel est le juge compétent (*conflit de juridictions*), quelle est l'autorité des jugements prononcés à l'étranger (*conflit d'autorités*) et quels sont les moyens pour coordonner les actions des organes de chaque État, sur le plan de la poursuite (*entraide policière*), de l'instruction et du jugement (*entraide judiciaire*)<sup>1</sup>.

---

1. Sur l'entraide pénale, V. N. Le Coz, « L'entraide pénale dans l'Union européenne : retour sur les (r)évolutions procédurales introduites par la loi n° 2013-711 du 5 août 2013 », *AJ pénal* 2013. 523 ; comp. J.-C. Saint-Pau, « L'entraide judiciaire internationale et européenne », *Dr. pénal* 2004. Chron. 9.

**128 Conflits de lois et de juridictions.** Les questions d'entraide (par ex., Parquet européen, Interpol, Europol, Eurojust, signalement dans l'espace Schengen, commission rogatoire internationale, extradition, mandat d'arrêt européen, etc.) et de conflit d'autorités (par ex., extradition, transfèrement des condamnés) ne seront pas développées dans le présent ouvrage car elles relèvent d'un cours de droit pénal international<sup>1</sup> ou de droit pénal européen<sup>2</sup>. Seule relève du droit pénal général la question des conflits de lois qui consiste à se demander quelles sont les infractions pénales relevant du droit français. La réponse à cette question est primordiale car elle permet de régler, du même coup, celle du conflit de juridictions puisqu'en matière pénale, les compétences législatives et judiciaires sont liées : le juge français en principe n'applique que le droit français. Tel est le principe dit de la solidarité ou de l'unité des compétences législative et juridictionnelle. Or plusieurs systèmes sont théoriquement envisageables pour résoudre ce double conflit : le système de la personnalité des lois – le droit pénal ne s'applique qu'aux nationaux mais à tous les nationaux y compris hors du territoire – ; le système de la territorialité des lois – la loi pénale s'applique sur le territoire de l'État où l'infraction a été commise, conformément à la souveraineté nationale et ne s'applique hors du territoire que si l'ordre public national est troublé – ; le système de la réalité – le droit donc le juge national est compétent en fonction de la nature de l'infraction commise – ; enfin le système de l'universalité – le droit donc le juge national est compétent, quel que soit le lieu de l'infraction, quelle que soit la nationalité de l'auteur.

**Plan.** Le Code pénal recourt alternativement à chacune de ces méthodes pour retenir largement la compétence de la loi française (C. pén., art. 113-1 s.) donc des juridictions françaises (C. pr. pén.,

---

1. Le droit pénal international est la « branche du droit criminel qui règle l'ensemble des problèmes pénaux qui se posent au plan international » (A. Huet, R. Koering-Joulin, *Droit pénal international*, 3<sup>e</sup> éd., PUF, Thémis, 2005). V. dans le même sens D. Rebut, *Droit pénal international*, Précis, Dalloz, 2012. À ne pas confondre avec une science de la comparaison que l'on nomme droit pénal comparé, mais qui, contrairement à son nom, n'est pas une discipline normative : il s'agit de « l'étude des différences ou des ressemblances entre deux (ou plusieurs) ensembles juridiques pénaux », V. J. Pradel, *Droit pénal comparé*, 3<sup>e</sup> éd., Dalloz, Précis, 2009.

2. V. J. Pradel, G. Corstens, G. Vermeulen, *Droit pénal européen*, 3<sup>e</sup> éd., Dalloz, Précis, 2009.

art. 689 s.). En effet, le droit français s'applique aux infractions commises ou réputées commises sur le territoire de la République, en application du principe de territorialité (SECTION 1), mais de nombreuses exceptions sont prévues pour saisir une criminalité qui se déroulerait hors des frontières (C. pén., art. 113-6 et 113-7) en application des principes de personnalité ou d'universalité (SECTION 2).

## SECTION 1

# LES INFRACTIONS COMMISES SUR LE TERRITOIRE FRANÇAIS

**129 Territorialité.** Les infractions commises sur le territoire national relèvent du droit français car la France a choisi le principe de *territorialité de la loi pénale* (§ 1), lequel connaît cependant certaines limites (§ 2).

## § 1. Le principe de territorialité

**130 Sens.** Le droit pénal est en principe d'application territoriale<sup>1</sup>. Cela signifie, conformément à l'article 113-2, alinéa 1<sup>er</sup> du Code pénal, que la loi pénale s'applique uniquement en raison de la commission d'une infraction sur le territoire de la République indépendamment de la nationalité de l'auteur. Plus exactement, le principe de territorialité implique, *d'une part*, que l'étranger ayant commis une infraction en France peut y être jugé<sup>2</sup>, et ce même s'il a été déjà jugé dans un autre pays pour cette même infraction car une décision de condamnation étrangère n'a aucune autorité positive de *chose jugée* en France<sup>3</sup>, sauf convention internationale contraire<sup>4</sup>. Cette situation est néanmoins critiquable au regard du principe *non bis in idem* et du principe de nécessité des peines,

1. V. É. Verny, « Le principe de territorialité de l'ordre répressif français : "Quand tu seras à Rome, conduis-toi en Romain" », *Mélanges Decocq*, Litec, 2004, p. 593 s.

2. Crim. 29 mars 2000, *Bull. crim.* n° 146.

3. Crim. 11 sept. 1873, S. 1874. 1. 335 ; Crim. 17 mars 1999, *Bull. crim.* n° 44.

4. Ex. accord de Schengen signé entre certains États de l'Union européenne, 19 juin 1990, art. 54 à 58 (Décr. 21 mars 1995).

c'est sans doute pour cela que la Cour de cassation a admis l'imputation de la durée de la peine prononcée à l'étranger sur la durée de la peine prononcée en France lors de son exécution<sup>1</sup> et que pour les peines d'une autre nature, elle indique que « le montant global des sanctions éventuellement prononcées ne peut dépasser le montant le plus élevé des sanctions encourues »<sup>2</sup>. D'autre part, il résulte du principe de territorialité que l'infraction peut être jugée en France même si elle n'est pas réprimée dans le pays d'origine de l'auteur. Autrement dit, la mise en œuvre du principe de territorialité suppose seulement que l'on puisse définir le territoire (A) et que l'on soit en mesure de localiser l'infraction (B).

## A. La définition du territoire

- 131 Espace terrestre.** Aux termes de l'article 113-1 du Code pénal, le territoire de la République inclut les espaces terrestres, maritimes et aériens. *L'espace terrestre* comprend la Métropole, ses îles proches (par ex., la Corse) et certaines îles lointaines considérées comme propriété de l'État (par ex., l'île de Clipperton), ainsi que les espaces relevant de l'outre-mer à savoir : les régions d'outre-mer (Martinique, Guadeloupe, Guyane, Réunion), les collectivités d'outre-mer (Wallis-et-Futuna, Mayotte, Saint-Pierre-et-Miquelon), les terres australes et antarctiques françaises ; la Polynésie française devenue pays d'outre-mer et la collectivité *sui generis* de Nouvelle-Calédonie. On relèvera cependant que la loi applicable à l'outre-mer n'est pas toujours la loi métropolitaine, celle-ci peut faire l'objet d'adaptation selon le statut du territoire considéré, suivant une distinction entre l'identité ou la spécialité législative (C. pén., art. 711-1 s.).
- 132 Espace maritime.** L'espace maritime comprend la mer territoriale (12 miles marins à partir de la côte), sur laquelle tout type d'infraction peut être relevé ; la zone économique exclusive (200 miles marins à partir de la côte), dans laquelle seules sont concer-

1. Crim. 23 oct. 2013, n° 13-83499 ; D. 2013. 2950, note D. Rebut ; *AJ Pénal* 2014. 127, obs. T. Herran.

2. Crim. 15 avr. 2015, n° 15-90001, *Dr. pénal* 2015, comm. 119, obs. E. Bonis-Garçon.

nées les infractions à l'exploration et l'exploitation des ressources naturelles ; cette zone est étendue lorsque le plateau continental est plus grand jusqu'aux limites de celui-ci. Sur ces espaces au-delà de la mer territoriale, la loi pénale s'applique dès lors que les conventions internationales et la loi le prévoient (C. pén., art. 113-12). Tel a été le cas dans l'affaire de l'*Erika*, ce pétrolier qui a sombré au-delà de la mer territoriale et qui a pollué les côtes françaises : les responsables du navire et de la cargaison ont pu être reconnus coupables du délit de pollution des mers de l'article L. 218-19 du Code de l'environnement, en raison de l'application de la Convention MARPOL 1973-1978, définissant les infractions, combinée à la Convention des Nations Unies du 10 décembre 1982 sur le droit de la mer dite « Convention de Montego Bay », permettant que les poursuites soient engagées par l'État côtier en cas de « dommage grave », ce qui était évidemment le cas compte tenu de l'ampleur de la catastrophe<sup>1</sup>.

- 133 Espace aérien.** L'espace aérien, quant à lui, est verticalement délimité et comprend tout ce qu'il y a au-dessus de la terre et de la mer, ce qui permet de retenir la compétence française en cas de détournement d'avion étranger survolant le territoire (C. transport, art. L. 1631-2 ; C. pén. art 224-6 à 224-10).
- 134 Espaces assimilés (navires, aéronefs).** Par extension, sont assimilés au territoire les navires et aéronefs français. En effet, selon l'article 113-3 du Code pénal, la loi pénale française est applicable aux infractions commises à bord des navires battant pavillon français ou à l'encontre de ces « navires » ou « des personnes se trouvant à bord » (ajout de la loi n° 2011-525 du 17 mai 2011), en quelque lieu qu'ils se trouvent<sup>2</sup>. La Cour de cassation a même étendu cette compétence à des filets traînés par un navire, qui avaient subi des dégradations par des militants de Greenpeace dans les eaux internationales, dès lors que ces filets constituent l'accessoire et le prolongement du navire auxquels ils sont ratta-

1. Crim. 25 sept. 2012, n° 10-82938, D. 2012, 2711, note Ph. Delebecq ; *RPDP* 2012. 958, obs. A. Beziz ; V. également le dossier « Droit pénal maritime et pollution marine », *AJ pénal* 2012. 569.

2. Ce qui n'est pas le cas des infractions commises à bord d'un « bateau » de navigation fluviale, V. Crim. 18 sept. 2007, *RPDP* 2007. 876 obs. Ph. Bonfils (vol commis en Allemagne à l'occasion d'une croisière sur le Rhin).

chés et qu'ils sont donc soumis au même statut juridique que celui-ci<sup>1</sup>. Toutefois, cette compétence n'exclut pas la compétence concurrente d'une autre loi, sauf en ce qui concerne les navires de la marine nationale où la compétence française est exclusive. Il est par ailleurs notable, en marge de ce dispositif, que pour se conformer à une résolution des Nations Unies adoptée en avril 2010 en matière de piraterie, la loi n° 2011-13 du 5 janvier 2011 a aggravé les sanctions applicables aux actes de piraterie et fixé un cadre juridique spécifique autorisant la rétention à bord des navires des personnes soupçonnées de piraterie ; la loi prévoit notamment que le contrôle de cette retenue est confié au juge des libertés et de la détention<sup>2</sup>. Enfin, l'article 113-4 du Code pénal prévoit les mêmes règles pour les aéronefs immatriculés en France : la compétence est concurrente pour les aéronefs civils et exclusive pour les avions militaires.

## **B. La localisation de l'infraction**

**135 Extensions de compétence.** L'infraction est localisée en France soit parce qu'elle est entièrement commise sur le territoire ou à bord d'un navire ou aéronefs français, soit parce que l'un de ses « faits constitutifs » a lieu sur le territoire **(1)**, soit parce que la complicité a lieu sur le territoire **(2)**, soit parce que des infractions connexes ont eu lieu en France **(3)**. Dans ces trois derniers cas, les éléments de rattachement l'emportent sur les éléments d'extranéité. Enfin, la loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, a ajouté le cas des crimes ou délits réalisés au moyen d'un réseau de communication électronique, lorsqu'ils ont été tentés ou commis au préjudice d'une personne physique résidant sur le territoire de la République ou d'une personne morale dont le siège se situe sur le territoire de la République. Ces crimes ou délits sont réputés commis sur le territoire de la République (C. pén., art. 113-2-1), mais nous les envisagerons plus loin comme une extension singulière et

1. Crim. 16 nov. 2016, n° 14-86980, *Gaz. Pal.* 2017, n° 3, p. 43, obs. E. Dreyer.

2. L. Briand, « Lutte contre la piraterie maritime : la France renforce son arsenal législatif », *Gaz. Pal.*, 19 janv. 2011, p. 8-12.

curieuse du principe de personnalité passive. Plus généralement, cette question de la localisation des crimes ou délits réalisés au moyen d'un réseau de communication électronique montre qu'il est difficile de rattacher la criminalité du cyber-espace à un ordre juridique déterminé. Et cette difficulté est plus grande encore lorsqu'on ne peut identifier les adresses IP des ordinateurs connectés, ce qui est le cas des infractions commises sur le *Darknet*<sup>1</sup>.

### **1. Faits constitutifs**

- 136 Définition.** Sont réputées commises sur le territoire de la République les infractions dont l'un des « faits constitutifs » a lieu sur ce territoire (C. pén., art. 113-2, al. 2). Autrement dit, lorsque l'infraction n'est pas totalement localisée sur le territoire, le droit pénal français peut quand même saisir l'ensemble, grâce à la notion de faits constitutifs. La jurisprudence a toujours considéré cette condition de localisation comme facilement réalisée y compris sous l'empire du texte ancien qui visait pourtant les « éléments constitutifs ». Ainsi, en matière de non-représentation d'enfant, délit d'omission – difficile à situer –, la Cour de cassation a très tôt considéré que l'infraction se situait là où l'obligation aurait dû être exécutée<sup>2</sup>. Pour les délits de commission, l'acceptation du fait constitutif est également assez large. Par exemple, un *abus de confiance* commis à l'étranger a pu être poursuivi en France, dès lors que la chose avait été remise en France, avant d'être détournée à l'étranger<sup>3</sup>. De même, une *tentative d'escroquerie* a été poursuivie alors que seulement un élément des manœuvres frauduleuses – en l'espèce des allégations mensongères – avait été réalisé en France<sup>4</sup>. Un délit d'initié commis à l'étranger a été poursuivi sur la base d'une information donnée

1. V. B. Barraud, « Le darknet et le droit », *JCP G* 2018, Libre propos. 3.

2. Crim. 18 mai 1905, *Dame Favier*, *Bull. crim.* n° 244 ; J. Pradel, A. Varinard, *GADPG*, *op. cit.*, n° 15.

3. Crim. 12 févr. 1979, *Grimberg*, *Bull. crim.* n° 60 ; J. Pradel, A. Varinard, *GADPG*, *op. cit.*, n° 15. En revanche, ne peut être pris en considération le lieu de conclusion du contrat, Crim. 22 avr. 1966, *Bull. crim.* n° 121 ; *adde* Paris, 30 mai 2002, *Dr. pénal* 2002. 132, obs. M. Véron (une convention cause de versement des fonds ne peut s'analyser en un élément constitutif de l'infraction et n'est pas dès lors un lien de rattachement du délit au territoire français).

4. Crim. 19 avr. 1983, *Bull. crim.* n° 108.

en France<sup>1</sup>. Semblablement un *recol* a été considéré comme relevant de la loi française, parce que la prise de possession avait eu lieu en France par l'intermédiaire d'un tiers pour une commande passée par un étranger à l'étranger<sup>2</sup>. De même a pu être jugé en France le *recol* en Belgique d'un vol d'objets d'art commis en France<sup>3</sup>, alors qu'à proprement parler le vol n'est pas un fait constitutif du *recol* ; les deux infractions étant plutôt connexes. C'est dire que les critères de localisation sont très souples. Tout au plus, convient-il de vérifier que l'auteur savait bien que son comportement pouvait avoir des répercussions en France, notamment dans l'hypothèse de propos illicites tenus à l'étranger puis introduits et diffusés sur le territoire français<sup>4</sup>. Ajoutons toutefois qu'en matière d'infractions de presse, le seul fait que des propos diffusés sur l'Internet soient accessibles depuis le territoire de la République ne suffit pas à emporter la compétence de la loi française sur la presse<sup>5</sup>, alors que de tels propos relèveraient de la loi française s'ils étaient diffusés sur un support écrit ou audiovisuel. Cette interprétation de l'article 113-2 du Code pénal a été jugée conforme au principe constitutionnel d'égalité, dans la mesure où il s'agit de distinguer ce qui relève d'une diffusion nationale et ce qui constitue une diffusion mondiale<sup>6</sup>.

## 2. Complicité

- 137 **Conditions.** Un deuxième cas d'extension légale de compétence est prévu par l'article 113-5 du Code pénal. Selon ce texte, « la loi pénale française est applicable à quiconque s'est rendu coupable sur le territoire de la République, comme complice, d'un crime ou délit commis à l'étranger ». Mais deux conditions sont requises pour juger la complicité : l'infraction qualifiée crime ou délit doit être punie également par la loi étrangère et elle doit avoir été

1. Crim. 3 nov. 1992, *Bull. crim.* n° 352.

2. Crim. 1<sup>er</sup> oct. 1986, *Bull. crim.* n° 262.

3. Crim. 26 sept. 2007, *RPDP* 2007. 878, obs. Ph. Bonfils.

4. Crim. 23 janv. 2018, n° 17-80323, *Gaz. Pal.* 2018, n° 16, p. 52 ; S. Detraz (L'introduction en France et la diffusion sur Internet d'un article de presse étranger provoquant à la haine raciale ne peuvent être reprochées à l'auteur des propos qui n'a pas contribué à sa parution sur le territoire de la République ou ne l'a pas envisagée).

5. Crim. 12 juill. 2016, n° 15-86645 ; D. 2016. 1848, note E. Dreyer ; *Dr. pénal* 2016, comm.156, obs. Ph. Conte.

6. Crim. 26 juill. 2017, n° 16-87533 ; *Dr. pénal* 2017, comm. 142, obs. Ph. Conte

constatée par un jugement définitif à l'étranger<sup>1</sup>. Cette exigence d'une décision définitive de la juridiction étrangère peut se révéler irréaliste, comme par exemple dans l'hypothèse d'une infraction de corruption commise à l'étranger. Aussi la loi du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique a-t-elle fait le choix de rendre cette condition inapplicable aux infractions de corruption et trafic d'influence (C. pén., art. 435-6 al. 2 et 435-11-2). De manière plus générale, pour éviter ces conditions strictes, il peut être plus judicieux d'essayer de rattacher la complicité au territoire français par le jeu de l'article 113-2 du Code pénal, en relevant un fait constitutif situé en France d'une complicité à l'étranger. Ainsi, il a été jugé que constituait un acte d'aide et d'assistance le fait d'escorter des jeunes femmes en provenance de Suisse depuis l'aéroport jusqu'à leur hôtel à Nice dans le but de les conduire à Monaco où elles se livraient à la prostitution ; en l'occurrence, ces faits ont été considérés comme les éléments constitutifs du délit de proxénétisme<sup>2</sup>. Enfin, la jurisprudence admet que, si le fait principal relève de la loi française, le complice peut être jugé selon la loi française, quels que soient le lieu de la complicité et la nationalité du complice<sup>3</sup>.

### **3. Connexité ou indivisibilité**

**138 Définitions.** Enfin, à ces hypothèses d'extension légale de compétence, la jurisprudence en ajoute une autre, en admettant que des infractions commises à l'étranger soient poursuivies en France, si elles se trouvent dans un lien de connexité ou d'indivisibilité avec des faits constatés en France. La connexité suppose, conformément à sa définition légale (C. pr. pén., art. 203), une unité de temps et de lieu, voire une relation de corrélation entre les infractions alors que l'indivisibilité est une notion purement jurisprudentielle qui désigne des infractions liées par une unité de cause

---

1. V. Crim. 10 févr. 1999, *D.* 1999. 491, note A. Fournier.

2. Crim. 9 nov. 2011, n° 09-86381 et n° 05-87745, *Dr. pénal* 2012, comm. n° 3, obs. M. Véron.

3. V. Crim. 13 mars 1891, *DP* 1891. 1. 76. Sur l'aspect incomplet ou excessif des solutions en la matière, V. A. Fournier, « La responsabilité de la complicité et ses avatars en droit pénal international », *RSC* 2003. 13 s.

ou de dessein<sup>1</sup>. Ce critère de rattachement a été utilisé, par exemple, dans le cas d'une association de malfaiteurs commise en France pour réaliser une infraction à l'étranger : l'infraction commise à l'étranger a pu être rattachée au droit français<sup>2</sup>. De même et inversement, une association de malfaiteurs commise à l'étranger pour réaliser des infractions en France serait justiciable du droit français<sup>3</sup>. Il est notable que lorsque l'infraction est entièrement commise à l'étranger, la connexité ne suffit pas, seule l'indivisibilité permet le rattachement : il a été jugé, en ce sens, que la loi pénale française est applicable à une infraction commise à l'étranger, par un étranger et à l'encontre d'un étranger uniquement lorsque cette infraction est « indivisible » d'une infraction commise en France<sup>4</sup>. De même, l'indivisibilité permet de juger en France un acte de complicité, lorsque le fait principal relève du droit français<sup>5</sup>.

## § 2. Les limites au principe de territorialité

**139** **Passé et avenir.** Malgré sa grande souplesse, le principe de territorialité comprend deux limites : la première appartiendra peut-être un jour au passé, elle est liée à l'existence d'immunités **(A)**. La seconde appartient encore en grande partie à l'avenir, elle est liée à l'existence d'une criminalité particulièrement odieuse pour laquelle des juridictions supranationales sont compétentes **(B)**.

### A. Les immunités

**140** **Immunité diplomatique.** Sauf pour les crimes de guerre ou contre l'humanité, une immunité protège les *ambassadeurs et personnels diplomatiques accrédités* et leur famille (à l'exception des person-

1. Pour une définition, V. Crim. 13 juin 1968, n° 68-90382, *Bull. crim.* n° 196.

2. V. Crim. 15 janv. 1990, *Bull. crim.* n° 222.

3. Crim. 11 juin 2008, *RPDP* 2009. 134, obs. J.-Y. Chevallier.

4. Crim. 31 mai 2016, n° 15-85920, *Gaz. Pal.* 2016, n° 27, p. 45, obs. S. Detraz (agressions sexuelles commises en France, à Monaco et en Italie par un ressortissant étranger sur son enfant de même nationalité)

5. Crim. 29 nov. 2016, *Dr. Pénal* 2017, comm. 32, obs. Ph. Conte.

nels consulaires lorsqu'ils ne sont pas en fonction) qui commettraient des infractions en France. L'agent diplomatique est seulement déclaré *persona non grata* et se voit retirer son accréditation. Il s'agit d'une règle de courtoisie internationale qui s'applique universellement et réciproquement et qui évite qu'un État exerce des pressions politiques contre un autre au moyen de poursuites judiciaires à l'encontre de ses représentants. Consacrée par la *convention de Vienne du 18 avril 1961*, cette immunité affecte l'exercice de l'action publique<sup>1</sup>. Il s'agit donc à proprement parler non d'une cause d'irresponsabilité mais d'une *inviolabilité* en ce sens que l'obstacle à la répression est seulement procédural. L'infraction demeure constituée, elle peut donc être jugée dans le pays d'origine.

- 141 Immunité des chefs d'État.** Une immunité du même ordre protège les *chefs d'État étrangers* en séjour en France, ainsi que les chefs d'État en exercice qui commettraient des infractions rattachables au territoire. La Cour de cassation a en effet jugé que, en l'absence de dispositions internationales contraaires s'imposant aux parties concernées, la *coutume internationale* s'oppose à ce qu'un chef d'État en exercice fasse l'objet de poursuites devant les juridictions d'un autre État<sup>2</sup>.

## **B. Les crimes supranationaux**

- 142 Juridictions pénales internationales.** Les notions de frontières et de conflits de lois sont dépassées en présence de *crimes contre l'humanité, de génocides ou de crimes de guerre relevant de la compétence de juridictions pénales internationales*. En effet, dans ces hypothèses (auxquelles il faudra peut-être un jour ajouter les crimes d'agression<sup>3</sup>), les États qui ont ratifié les statuts de ces juridictions internationales doivent en principe décliner leur compétence. La plupart de ces juridictions ont une compétence limitée, en ce sens qu'elles sont chargées d'instruire et de juger

1. V. également P. Morvan, « L'immunité pénale d'une personne poursuivie et nommée ambassadeur d'un État membre à l'Unesco », *D.* 2004. Chron. 288.

2. Crim. 13 mars 2001, *D.* 2001. 2631, note J.-F. Roulot.

3. V. B. Ferencz, « Pour mettre un terme à l'impunité du crime d'agression », *RSC* 2009. 739 s.

des affaires liées à un conflit particulier et qu'elles sont instituées pour un temps déterminé (*juridictions ad hoc*). Ainsi, il y eut, après la Seconde Guerre mondiale, le Tribunal de Nuremberg, chargé, à la suite d'un accord signé à Londres le 8 août 1945, de juger les criminels nazis, ainsi que le Tribunal international militaire pour l'Extrême-Orient de Tokyo, créé le 19 janvier 1946 pour juger les grands criminels de guerre japonais. Actuellement, on citera, outre certaines juridictions spéciales internationalisées ou mixte statuant sur les crimes commis à l'occasion de guerres civiles (certaines ont cessé leurs activités comme le Tribunal spécial pour la Sierra Leone ou le Tribunal spécial pour le Timor oriental ; d'autres sont en activité comme les chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens ou la Cour pénale spéciale centrafricaine) ainsi que le Tribunal spécial pour le Liban chargé de poursuivre et de juger les auteurs d'actes criminels liés à l'assassinat du président Rafiq Hariri le 14 février 2005, trois juridictions pénales véritablement internationales : deux ont eu une existence temporaire, à savoir le Tribunal international, situé à La Haye, a jugé au terme de la résolution n° 827 du Conseil de sécurité de l'ONU du 25 mai 1993, les violations graves et généralisées du droit universel humanitaire commises en ex-Yougoslavie, et le Tribunal international situé à Arusha en Tanzanie, créé par la résolution n° 955 des Nations unies le 8 novembre 1994, pour juger les crimes de même nature commis au Rwanda ; ces deux juridictions ont jugé de nombreuses affaires jusqu'au terme de leur mandat et ont pu terminer leur activité sous l'égide d'un « Mécanisme pour les tribunaux pénaux internationaux », mis en place en 2010 par une résolution du Conseil de sécurité de l'ONU ; la troisième est une juridiction permanente à vocation générale, la Cour pénale internationale (CPI), dont le siège est à La Haye, créée par le traité de Rome le 17 juillet 1998 pour juger des crimes contre l'humanité, les crimes de génocide, les crimes de guerre et, à l'avenir, les crimes d'agression. Elle est entrée en fonction le 1<sup>er</sup> juillet 2002<sup>1</sup>. Depuis, des procédures d'enquête ont été

1. V. C. Girault, B. Gravelet, « La Cour pénale internationale, illusion ou réalité », *RSC* 1999. 410 ; M. Delmas-Marty, « La Cour pénale internationale et les interactions entre droit interne et droit international », *RSC* 2003. 1.

ouvertes notamment contre l'Ouganda, la République démocratique du Congo, la République de Centrafrique, le Darfour (Soudan), la République du Kenya, la Libye et la Côte d'Ivoire<sup>1</sup>. Le premier procès de la CPI, celui du Congolais Thomas Lubanga pour crimes de guerre, a commencé le 26 janvier 2009 et s'est achevé le 14 mars 2012 par une condamnation. D'autres condamnations ont suivi – l'une d'elles<sup>2</sup> a même donné lieu à un acquittement en appel<sup>3</sup> – et des mesures de réparation individuelles ont aussi été prononcées<sup>4</sup>. Ces jugements, comme l'ensemble de ceux qui ont déjà été rendus par les autres juridictions pénales internationales ou internationnalisées, contribuent à façonner le droit des crimes internationaux. Ce droit s'appuie principalement sur le précédent judiciaire, dans la plus pure tradition de *common law*<sup>5</sup>, mais aussi sur une interprétation toujours plus osée du statut de la CPI, qui peut conduire à reconnaître de nouvelles infractions punissables, comme la subornation de témoins, forme particulière d'atteinte à l'administration de la justice<sup>6</sup>.

Quant au droit pénal français, il a été adapté aux dispositions de fond du statut de la CPI par une loi du 9 août 2010<sup>7</sup>, qui a notamment élargi la définition des crimes contre l'humanité, introduit un nouveau Livre consacré aux crimes et délits de guerre dans le Code pénal et créé un nouveau cas de compétence extra-territoriale des juridictions<sup>8</sup>.

1. V. les dossiers suivants : « Justice internationale pénale : bilan et perspectives », *AJ pénal* 2013, 247 ; D. Bernard, D. Scalia (dir.), « Vingt ans de justice internationale pénale », *RD pén. crim.*, 2014, 21.

2. Prononcée contre J.-P. Bemba, vice-président de la République démocratique du Congo de 2003 à 2006, en tant que chef militaire pour des crimes contre l'humanité et crimes de guerre, CPI, chambre de première instance, 21 mars 2016, n° ICC-01/05-01/08, *AJ Pénal* 2016. 327, obs. G. Poissonnier.

3. CPI, chambre d'appel, ICC-01/05-01/08-3636-Red, 8 juin 2018, Le procureur général c/Jean-Pierre Bemba Gombo, *JCP G* 2018, act. 809.

4. CPI, chambre de première instance II, 24 mars 2017, ICC-01/04-01/07-3728, Le procureur général c./ Germain Katanga, *AJ Pénal* 2017. 347, obs. G. Poissonnier.

5. V. A. Cassese, D. Scalia, V. Thalmann, *Les grands arrêts du droit international pénal*, Dalloz, 2010.

6. CPI, Chambre préliminaire, 11 nov. 2014, ICC-01/05-01/13-749-tFRA : *JCP G*, 2014. 1290, obs. R. Nollez-Goldbach.

7. V. H. Ascencio, « Une entrée mesurée dans la modernité du droit international pénal – À propos de la loi du 9 août 2010 », *JCP* 2010. 910.

8. V. ss 153.

## SECTION 2

---

## LES INFRACTIONS COMMISES HORS DU TERRITOIRE FRANÇAIS

---

**143 Incompétence de principe de la loi française.** Pour les infractions commises entièrement hors du territoire français, sans élément de rattachement, le principe est celui de *l'incompétence de la loi française* car au-delà du territoire national s'arrête la souveraineté et, comme le souligne le professeur Soyer, la France a parfois du mal à faire respecter chez elle ses propres lois, alors pourquoi voudrait-elle les faire respecter ailleurs ? Malgré tout, il existe de nombreuses infractions commises à l'étranger relevant du droit français, dès lors que leurs auteurs sont trouvés sur le territoire de la République. Certaines touchent à un intérêt français (§ 1), d'autres sont des crimes pour lesquels la France assume une sorte de responsabilité internationale (§ 2).

### § 1. Application de la loi française en raison de l'atteinte à des intérêts français

---

**144 Intérêt français.** Une infraction commise à l'étranger peut léser un intérêt français, soit parce que la victime est française (A), soit parce que l'ordre public français est menacé (B).

#### A. Atteinte à une victime française ou résidant en France

---

**145 Compétence personnelle passive.** En vertu du principe de *personnalité passive*, la loi pénale française s'applique indifféremment à un Français ou un étranger, dès lors qu'il a commis un crime ou un délit puni d'emprisonnement contre une victime qui était française au moment de l'infraction (C. pén., art. 113-7). Ce principe qualifié par certains d'« opportuniste »<sup>1</sup> n'est mis en œuvre

---

1. R. Koering-Joulin, « Appréciation critique du droit français de la compétence personnelle passive », *Mélanges B. Bouloc*, Dalloz, 2007, p. 529 s. V. aussi E. Cafritz et O. Tene, « Plaidoyer en faveur d'une restriction de la compétence personnelle passive en droit français », *RSC* 2003,733 s.

qu'à certaines conditions. Tout d'abord, la victime au sens de ce texte, est uniquement la victime « directe » de l'infraction : il ne s'agit pas de ses proches, de sorte que si la victime est de nationalité étrangère, alors que les proches sont français, la loi pénale française est incompétente<sup>1</sup>. Ensuite, sauf dérogation<sup>2</sup>, les poursuites doivent être exercées par le ministère public sur plainte de la victime ou de ses ayants droit (même contre un auteur inconnu) – la victime ne peut pas déclencher elle-même les poursuites en se constituant partie civile – ou sur dénonciation officielle par l'autorité du pays où le fait a été commis (C. pén., art. 113-8). Au titre des dispositions dérogatoires, on peut relever l'article 698-2 du Code de procédure pénale, qui permet à la partie lésée de mettre en mouvement l'action publique en se constituant partie civile. Cet article a pu être combiné aux articles L. 121-1 et L. 121-7 du Code de justice militaire, pour permettre aux familles de soldats tués dans une embuscade en Afghanistan, de se constituer partie civile en France pour saisir un juge d'instruction<sup>3</sup>. Ensuite, la loi française est subsidiaire, c'est-à-dire qu'elle ne s'applique pas si la personne a été jugée définitivement à l'étranger et en cas de condamnation, si la peine a été subie ou prescrite (C. pén., art. 113-9). Il s'agit d'une application du principe *non bis in idem* ou de l'*autorité négative des jugements étrangers*. En revanche, si le jugement étranger n'est pas devenu définitif et n'est pas susceptible d'exécution, l'auteur peut être poursuivi et jugé en France<sup>4</sup>. Il revient au condamné de prouver qu'il a bien été jugé définitivement et, s'il a été condamné, qu'il a exécuté sa peine. En effet, aucune règle ne permet d'imputer sur la peine privative de liberté prononcée en France pour un crime ou un délit commis par un Français dans un pays étranger, la durée de l'incarcération qu'il a subie dans ce pays pour les mêmes faits,

1. Crim. 8 nov. 2016, n° 16-84115, *Gaz. Pal.* 2017, n° 4, p. 42, obs. S. Detraz.

2. Par ex., en cas de violences graves commises sur une victime mineure résidant habituellement en France, la plainte de cette dernière n'est pas requise (C. pén., art. 222-16-2).

3. Crim. 10 mai 2012, n° 12-81697, *D.* 2012, 2145, Concl. M. Gautier, 2151, note J. Baillet et G. Poissonnier ; V. également. P.-J. Delage, « La chambre criminelle et l'embuscade d'Uzbin », *RSC* 2012, 353.

4. Crim. 17 oct. 1889, *DP* 1890. 1. 138.

dès lors qu'il ne justifie ni qu'il a intégralement subi sa peine, ni qu'il l'a prescrite ou qu'il a obtenu sa grâce<sup>1</sup>.

Enfin, la loi n° 2016-731 du 3 juin 2016, renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale, a ajouté un cas se situant à mi-chemin entre le principe de territorialité et le principe de personnalité passive : celui de la cybercriminalité visant une victime résidant en France, quelle que soit sa nationalité. Le nouvel article 113-2-1 du Code pénal dispose en effet que « tout crime ou tout délit réalisé au moyen d'un réseau de communication électronique, lorsqu'il est tenté ou commis au préjudice d'une personne physique résidant sur le territoire de la République ou d'une personne morale dont le siège se situe sur le territoire de la République, est réputé commis sur le territoire de la République ». Ce nouveau cas échappe aux conditions des articles 113-7 et 113-8 du Code pénal, il permet de refuser l'extradition (C. pr. pén., art. 696-4 3°), et pourrait même échapper à l'application du principe *ne bis in idem* car il ne répond pas aux conditions de l'article 113-9 du Code pénal.

## **B. Atteinte à l'ordre public français**

**146 Compétence réelle.** La loi s'applique également à des auteurs ou complices français ou étrangers, lorsqu'ils ont commis des crimes ou délits qualifiés d'atteintes aux intérêts fondamentaux de la Nation (trahison, espionnage), de falsification ou contrefaçon de sceaux de l'État, de pièces de monnaie, de billets de banque ou d'effets publics ; voire des délits contre un agent diplomatique ou consulaire français – ici, outre la réalité, la personnalité passive joue également – (C. pén., art. 113-10 ; C. pr. pén., art. 689).

1. Crim. 11 juin 1986, *Bull. crim.* n° 203 ; RSC 1987. 266, obs. P. Couvrat ; Crim. 26 oct. 1993 ; *Bull. crim.* n° 315, 21 oct. 1997, *Bull. crim.* n° 344.

## § 2. Application de la loi française en raison d'une responsabilité internationale de la France

---

**147 Compétence personnelle active et compétence universelle.** Parfois la loi française s'applique afin que la France assume une certaine responsabilité sur le plan international. Tel est le cas lorsque l'auteur est français, résident en France, ou naturalisé français depuis l'infraction : c'est le système dit de la *personnalité active* (A). Tel est le cas également lorsque la nationalité ou la résidence de l'auteur est indifférente mais que la loi française s'applique par une sorte de délégation de la communauté internationale : c'est le système de la compétence universelle (B).

### A. La compétence personnelle active

---

#### 1. Infractions de droit commun

**148 Auteur français.** La loi française s'applique à tout crime et à certains délits commis par un Français à l'étranger (C. pén., art. 113-6). Tel est le système de la *personnalité active* qui repose sur l'idée selon laquelle chaque pays doit dissuader ses ressortissants ou ses résidents d'aller commettre ailleurs des infractions. Cette compétence personnelle concerne tous les Français, y compris les agents diplomatiques : leur immunité ne les empêche pas d'être poursuivis et jugés en France. Elle peut également concerner, si la loi le prévoit, les personnes résidant habituellement en France<sup>1</sup>. L'application de la loi française est néanmoins soumise à certaines conditions.

**149 Plainte de la victime ou dénonciation officielle.** Tout d'abord, la poursuite est subordonnée à la *requête du ministère public* (la citation directe de la victime n'est donc pas possible) et suppose, aux termes de l'article 113-8 du Code pénal, soit la *plainte de la victime ou de ses ayants droit*, soit la *dénonciation par l'autorité*

---

1. Sur ces cas d'extension de la compétence personnelle, V. A. Giudicelli, « Le critère de la résidence habituelle en droit pénal international », *Mélanges G. Giudicelli-Delage*, Dalloz, 2016, p. 363 s.

*officielle* du pays du lieu où l'infraction a été commise. Néanmoins des exceptions existent. Ainsi, depuis une loi du 17 juin 1998, le ministère public peut agir sans plainte, ni dénonciation pour certaines infractions de nature sexuelle impliquant des victimes mineures, commises par un français ou une personne résidant habituellement en France (C. pén., art. 227-27-1). Ces dernières dispositions permettent de mieux réprimer le *tourisme sexuel*<sup>1</sup>. Un dispositif analogue est prévu en matière de clonage : si un clonage est réalisé à l'étranger par un Français ou une personne résidant habituellement en France, la loi française est applicable sans condition de dénonciation (C. pén., art. 511-1-1). Il en va de même pour l'activité de mercenaire (C. pén., art. 436-3).

- 150 Subsidiarité.** Ensuite, l'application de la loi française est subsidiaire en ce sens qu'elle ne s'applique pas si la personne a été jugée définitivement à l'étranger et, en cas de condamnation, si la peine a été subie ou prescrite (C. pén., art. 113-9 ; C. pr. pén., art. 692). Tel est le principe de *l'autorité négative des jugements étrangers* en France.
- 151 Réciprocité ou « double incrimination » (délit).** Enfin, une dernière condition est propre au délit : le délit prévu par la loi française doit être également punissable dans la loi étrangère (système de la double incrimination ou de la réciprocité législative, C. pén., art. 113-6, al. 2)<sup>2</sup>. Cette condition ne concerne que les délits commis à l'étranger par des Français, non par des étrangers, lesquels ne sont pas justiciables du droit français<sup>3</sup>. Par exemple, un condamné français qui s'évade d'une prison en Belgique peut être jugé en France, car l'évasion est punie également dans nos deux pays. Là encore cette règle comprend des exceptions. Ainsi, certaines infractions sexuelles sur mineur, commises par un français ou une personne résidant habituellement en France, seront punies en France même s'ils ne sont pas incriminés dans le pays où ils

1. Comp. pour des faits de fixation de l'image d'un mineur en vue de sa diffusion commis avant la loi du 17 juin 1998 (C. pén., art. 227-27) : Crim. 3 févr. 2004, RSC 2004. 663, obs. J. Francillon (compétence française retenue grâce au système de la territorialité).

2. A. Fournier, « Appréciation critique du principe de double incrimination en droit pénal international », *Mélanges B. Bouloc*, Dalloz, 2007, p. 333 s.

3. Crim. 8 nov. 2017, n° 17-81546 (blanchiment), *Gaz. Pal.* 2018, n° 3, p. 42, obs. S. Detraz.

sont commis (C. pén., art. 227-27-1) ; il en va de même en matière de clonage (C. pén., art. 511-1-1) et d'activité de mercenaire (C. pén., art. 436-3).

### **2. Infractions en matière de transport routier**

- 152 Infractions commises dans un État de l'Union.** À ces hypothèses, une loi du 8 décembre 2009 est venue ajouter le cas très particulier des infractions aux dispositions du règlement (CE) n° 561/2006 du Parlement européen et du Conseil du 15 mars 2006 relatif à l'harmonisation de certaines dispositions de la législation sociale dans le domaine des transports par route. La loi pénale française leur est applicable lorsqu'elles ont été commises dans un autre État membre de l'Union européenne et constatées en France, sous réserve des dispositions de l'article 692 du Code de procédure pénale ou de la justification d'une sanction administrative qui a été exécutée ou ne peut plus être mise à exécution (C. pén., art. 113-6, al. 3 ; C. pr. pén., art. 689-12).

### **3. Infractions de terrorisme**

- 153 Compétence *sui generis*.** La loi n° 2012-1432 du 21 décembre 2012, relative à la sécurité et à la lutte contre le terrorisme, a créé un nouveau cas de compétence *sui generis* en matière de terrorisme. Désormais, la loi pénale française s'applique aux crimes et délits qualifiés d'actes de terrorisme et réprimés par le Titre II du Livre IV commis à l'étranger par un Français ou par une personne résidant habituellement sur le territoire français. Ce nouveau chef de compétence, dont on peut se demander s'il était bien nécessaire, emprunte à la fois au système de la réalité et à celui de la personnalité active. Il devrait néanmoins l'emporter sur les autres chefs de compétence en raison de la règle *specialia generalibus derogant*<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup>. D. Brach.-Thiel, « Le nouvel article 113-13 du Code pénal : contexte et analyse », *AJ pénal* 2013, 90 ; J. Alix, « Fallait-il étendre la compétence des juridictions pénales en matière de terrorisme ? » (à propos de l'article 2 de la loi relative à la sécurité et à la lutte contre le terrorisme), *D.* 2013, Point de vue, 518 ; Th. Herran, « La nouvelle compétence française en matière de terrorisme. Réflexions sur l'article 113-13 du Code pénal », *Dr. pénal* 2013, Étude n° 10

## B. La compétence universelle

**154 Indifférence de la nationalité.** En vertu d'une règle dite de *compétence universelle*<sup>1</sup>, dont la conventionnalité a été reconnue récemment par la Cour européenne des droits de l'homme<sup>2</sup>, la loi française s'applique à des faits commis à l'étranger quelle que soit la nationalité de l'auteur ou des victimes, à condition que l'auteur ait été arrêté sur le sol français. Il en est ainsi soit parce qu'il y a violation du droit international (1), soit parce que l'on se trouve dans un cas de refus d'extradition (2), soit parce qu'on est en présence d'un crime ou d'un délit commis à bord d'un aéronef (3).

### 1. Violation du droit international

**155 Conventions internationales.** La République française s'est parfois érigée en gendarme du droit international humanitaire en acceptant de coopérer avec une juridiction internationale. Ainsi, par une loi du 2 janvier 1995, les autorités françaises se sont reconnues compétentes pour appréhender l'auteur ou le complice d'un crime contre l'humanité commis dans l'ex-Yougoslavie, tout en s'engageant à le transmettre au tribunal de La Haye. De même, la loi du 26 février 2002, relative à la coopération avec la Cour pénale internationale, prévoit la possibilité de mettre à exécution en France des peines prononcées par cette juridiction. Parfois, il s'agit bien plus de suppléer les carences de la communauté internationale. Ainsi, la Cour de cassation a admis que les juridictions françaises étaient compétentes pour juger un crime de génocide, tel qu'il est défini par une convention du 9 décembre 1948, en admettant une constitution de partie civile contre un prêtre rwandais<sup>3</sup>.

Néanmoins, en principe, si le droit français s'applique, c'est uniquement parce qu'un texte, en l'occurrence une *convention internationale*, donne compétence aux juridictions françaises pour

1. V. M. Massé, « Actualité de la compétence universelle », *RSC* 2008. 440 s. *Adde* D. Chilstein, « De la retenue de matière de compétence universelle », in *La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale, Opinio doctorum*, Dalloz, 2009, p. 25 s.

2. CEDH 17 mars 2009, *Ould Dah c. France*, n° 13113/03, *Dr. pénal* 2009. Étude 23, comm. M. Touillier ; *JCP* 2009. 114, p. 38, note C. Madeleine ; *D.* 2009. 1573, note J.-F. Renucci.

3. Crim. 6 juin 1998, *Dr. pénal* 1998. 17. Mais l'affaire n'ayant toujours pas été jugée au fond en 2004, la France a été condamnée pour non-respect du délai raisonnable par la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH 8 juin 2004, *Mutimura c. France*, *D.* 2004. Somm. 2541, obs. L. Burgorgue-Larsen).

juger des personnes se trouvant sur son territoire : il en est ainsi en cas de torture et de traitements inhumains ou dégradants (Conv. 1984 ; C. pr. pén., art. 689-2)<sup>1</sup>, de certaines infractions en matière de terrorisme (Conv. 1977 et 1998 ; C. pr. pén., art. 689-3 et 689-9), de substances nucléaires (Conv. 1980 ; C. pr. pén., art. 689-4), de navigation maritime (Conv. 1988, art. 689-5), de détournement aérien (Conv. 1970 et 1988 ; C. pr. pén., art. 689-6 et 689-7) ou de protection des intérêts financiers de l'Union européenne (Conv. 1995 ; C. pr. pén., art. 689-8). Dans tous ces cas, l'application de la loi française est *subsidaire* : aucune poursuite ne peut être engagée si la personne a été jugée définitivement à l'étranger et, en cas de condamnation, si la peine a été subie ou prescrite (C. pr. pén., art. 692). Quant à la juridiction compétente, il s'agit de celle du lieu de résidence du prévenu, du lieu où il est trouvé, de la résidence de la victime, ou à défaut d'une juridiction parisienne (C. pr. pén., art. 693).

La loi n° 2010-930 portant adaptation du droit pénal à l'institution de la Cour pénale internationale a créé un dernier cas de compétence universelle, concernant toute personne qui réside habituellement sur le territoire de la République et qui s'est rendue coupable à l'étranger de l'un des crimes relevant de la compétence de la Cour pénale internationale, si les faits sont punis par la législation de l'État où ils ont été commis ou si cet État ou l'État dont elle a la nationalité est parti à la convention portant statut de la CPI. Là encore, l'application du droit français est subsidiaire : le ministère public doit s'assurer qu'aucune autre juridiction nationale ou internationale ne demande la remise ou l'extradition et que la Cour pénale internationale a décliné expressément sa compétence (C. pr. pén., art. 689-10).

Enfin, loi n° 2013-711 du 5 août 2013 portant diverses dispositions d'adaptation dans le domaine de la justice en application du droit de l'Union européenne et des engagements internationaux de la France a créé un nouveau cas de compétence universelle, en créant l'article 689-13 du Code de procédure pénale qui dispose :

---

1. V. par ex., Crim. 10 janv. 2007, *RPDP* 2007. 371, obs. X. Pin, 427, obs. D. Chilstein.

« Pour l'application de la convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, adoptée à New York, le 20 décembre 2006, peut être poursuivie et jugée dans les conditions prévues à l'article 689-1 du présent Code toute personne coupable ou complice d'un crime défini au 9° de l'article 212-1 ou à l'article 221-12 du Code pénal lorsque cette infraction constitue une disparition forcée au sens de l'article 2 de la convention précitée. »<sup>1</sup>

## **2. Refus d'extradition**

**156 Conditions.** La loi du 9 mars 2004 a ajouté, en créant l'article 113-8-1 du Code pénal<sup>2</sup>, un cas de compétence universelle, à l'occasion de la réforme du droit de l'extradition, lequel a été étendu par la loi n° 2013-711 du 5 août 2013 portant diverses dispositions d'adaptation dans le domaine de la justice en application du droit de l'Union européenne et des engagements internationaux de la France, notamment pour adapter le Code pénal aux règles internationales de protection des personnes contre les disparitions forcées<sup>3</sup>. L'article 113-8-1 du Code pénal déclare la loi française applicable à tout crime ou délit puni d'au moins cinq ans d'emprisonnement, commis hors du territoire de la République par un étranger dont « l'extradition » ou « la remise » (ajout de la loi du 5 août 2013) est refusée à l'État requérant par l'État français pour l'un des motifs suivants : soit parce que le fait à raison duquel l'extradition est demandée est puni par la législation de l'État requérant d'une peine ou d'une mesure de sûreté contraire à l'ordre public français (C. pr. pén., art. 696-4, 6°) ; soit parce que la personne réclamée a été jugée dans l'État requérant par un tribunal n'assurant pas les garanties fondamentales de procédure et de protection des droits de la défense (C. pr. pén., art. 696-4, 7°) ; soit parce que le fait considéré revêt le caractère d'une infraction politique (C. pr. pén., art. 696-4, 2°) ; soit enfin, depuis la loi du 5 août 2013, parce que l'extradition ou la remise serait suscep-

1. D. Brach-Thiel, « Et une compétence universelle de plus... », *AJ pénal* 2013, 520.

2. Pour approfondir v. J. Le Calvez, « Réflexions sur l'article 113-8-1 du Code pénal. Vous avez dit : amendement de coordination ? », *Mélanges B. Bouloc*, Dalloz, 2007, p. 591 s. ; D. Brach-Thiel, « De la nécessaire réécriture de l'article 113-8-1 du Code pénal », *RSC* 2009, 523.

3. D. Brach-Thiel, « L'heureux toilettage de l'article 113-8-1 du Code pénal », *AJ pénal* 2013, 517.

tible d'avoir, pour la personne réclamée, des conséquences d'une gravité exceptionnelle en raison, notamment, de son âge ou de son état de santé. La France se reconnaît donc compétente pour juger les faits lorsqu'elle refuse d'extrader en raison d'une certaine défiance vis-à-vis de l'État requérant, mais encore faut-il que la poursuite soit exercée par le ministère public. Il est notable à cet égard que la loi du 5 août 2013 a fait disparaître la condition d'une dénonciation officielle des autorités de cet État.

### **3. Crime ou délit en matière aéronautique**

- 157 **Conditions.** La loi française s'applique de manière subsidiaire aux crimes ou délits commis à bord ou à l'encontre d'aéronefs non immatriculés en France lorsque l'auteur ou la victime est de nationalité française au moment de l'infraction, lorsque l'appareil atterrit en France après l'infraction ou lorsque l'aéronef a été loué sans équipage à une entreprise française (C. pén., art. 113-11).

international.scholarvox.com:ENCG Marrakech:889380223:88866242:196.200.176.177:1580745866

## L'INFRACTION

---

**158 Qualification et imputation.** L'infraction est une transgression de la loi<sup>1</sup>, qui consiste à accomplir un *fait interdit par la loi sous la menace d'une peine*<sup>2</sup> ; il s'agit donc d'une transgression *punissable*. Or, dans le langage du droit, ce caractère punissable affecte autant le *fait* que son *auteur*. Le fait n'est punissable que s'il peut être qualifié pénalement : il doit pour cela correspondre exactement au comportement interdit par la loi et n'être pas couvert par une cause de justification. Quant à l'auteur, il n'est punissable que si ce fait qualifié peut lui être imputé. Deux opérations étroitement mêlées sont donc nécessaires pour établir la culpabilité de l'auteur de l'infraction et sa punissabilité : la *qualification* (TITRE 1) et l'*imputation* (TITRE 2) de l'infraction.

---

1. V. Y. Mayaud, *Droit pénal général*, PUF, Droit fondamental, 5<sup>e</sup> éd. 2015, n° 161.

2. Ce fait pouvant être un « acte » ou une « omission » V. J. Larguier, Ph. Conte, P. Maistre du Chambon, *Droit pénal général*, 22<sup>e</sup> éd., Dalloz, Mémento, 2014, p. 11.

international.scholarvox.com:ENCG Marrakech:889380223:88866242:196.200.176.177:1580745866

## LA QUALIFICATION DE L'INFRACTION

---

**159 Subsumption et présomption.** Pour qualifier un fait d'infraction, il convient de se placer *au temps de l'action*<sup>1</sup> et de suivre intellectuellement deux étapes, l'une relevant de la *subsumption*, l'autre de la *présomption*. La première étape consiste à subsumer le fait considéré sous une incrimination, c'est-à-dire à rechercher le « préalable légal » de l'infraction (le texte d'incrimination), afin de vérifier que les faits concrets correspondent au *type*<sup>2</sup> de comportement abstraitement incriminé, c'est-à-dire qu'il y a bien eu transgression de l'interdiction telle qu'elle est décrite dans le texte d'incrimination<sup>3</sup>. En cas de correspondance, le fait est alors *préssumé* contraire à l'ordre juridique, c'est-à-dire *préssumé illicite*. Néanmoins, cette présomption de contrariété à l'ordre juridique peut tomber : on entre alors dans la deuxième étape du raisonne-

---

1. L'obligation de qualifier les faits appartient au juge pénal. Saisi *in rem*, il doit rechercher la qualification la mieux adaptée aux faits et ne saurait relaxer au seul motif que la qualification retenue par l'autorité de poursuite ne s'applique pas (v. Crim. 28 mars 2000, *Bull. crim.* n° 38). Et pour trouver la qualification adéquate le juge doit se placer « au temps de l'action », ce qui signifie que tout événement postérieur à la commission de l'infraction est sans incidence sur la qualification de l'infraction (v. Crim. 4 févr. 2004, *D.* 2004. Somm. 2748, obs. G. Roujou de Boubée).

2. L'expression « type » est empruntée à la doctrine allemande qui parle de *Tatbestand* et de *Tatbestandsmäßigkeit*, pour désigner la conformité de l'infraction au comportement expressément incriminé. Les auteurs suisses parlent également de « typicité » (v. not. Ph. Graven, B. Sträuli, *L'infraction pénale punissable*, Staempfli, 2<sup>e</sup> éd., 1995, n° 12 s.).

3. Pour une définition de l'infraction comme la transgression d'une interdiction, v. G. Beaussonie, *Rép. Pén. V° Infraction*.

ment, qui conduira le juge à vérifier, sur les allégations de la personne poursuivie, s'il n'existe pas de circonstances, de droit ou de fait, rendant le geste licite. En conséquence, l'infraction peut être décrite comme un fait typique, qui impose de rechercher des éléments de qualification (CHAPITRE 1), et comme un fait illicite, qui conduit à s'interroger sur l'existence d'éventuels obstacles à la qualification (CHAPITRE 2).

## Un fait typique

---

- 160 Type.** Une infraction est constituée lorsque ses modalités concrètes correspondent à un *type* de conduite préalablement incriminé. Cela signifie qu'en présence d'un fait ayant l'apparence d'une infraction, il est nécessaire de vérifier, *d'une part*, que ce fait a été réalisé dans la situation décrite par l'incrimination et, *d'autre part*, qu'il l'a été suivant le *processus* également décrit.
- 161 Conditions.** Le constat de la situation qui permet la réalisation de l'infraction consiste à caractériser ce qu'il est convenu d'appeler, en doctrine, les *conditions préalables*<sup>1</sup>. Ces conditions, qui ne se confondent pas avec l'intérêt juridique protégé, sont dénuées de coloration pénale mais leur existence est nécessaire à la commission de l'infraction. Par exemple, la corruption de fonctionnaire suppose l'existence d'un fonctionnaire ; l'abus de confiance suppose l'existence d'un contrat en vertu duquel une chose a été remise ; la soumission à des conditions de travail et d'hébergement contraire à la dignité suppose l'existence d'une victime vulnérable ou en état de dépendance. D'une manière générale, la mise en évidence de cette condition préalable ne pose pas de difficultés particulières, sauf lorsqu'elle est décrite en des termes imprécis

---

<sup>1</sup>. V. J.-P. Doucet, « La condition préalable de l'infraction », *Gaz. Pal.* 1972. Chron. 726 s. V. aussi B. Thellier de Pondeville, *La condition préalable de l'infraction*, PUAM, 2010.

(comme, par ex., la référence à la « vulnérabilité » de la victime)<sup>1</sup>. Tout au plus, peut-on noter en ce qui concerne la preuve de la condition préalable qu'elle peut être gouvernée par des règles non pénales : ainsi le contrat, condition préalable à l'abus de confiance, doit être prouvé selon les règles de preuves des actes juridiques du droit civil et non par tous moyens. En outre, la notion est intéressante en matière de localisation de l'infraction dans l'espace, car la jurisprudence refuse en principe de l'inclure dans les « faits constitutifs » visés par l'article 113-2 du Code pénal<sup>2</sup>.

- 162 Éléments.** Cela étant dit, l'opération de qualification « pénale » commence véritablement avec l'analyse du *processus* décrit par l'incrimination, c'est-à-dire, avec la recherche des « éléments constitutifs » de l'infraction<sup>3</sup>. Ces éléments sont toujours de deux ordres : un *élément matériel*, c'est-à-dire un fait matériel d'action ou d'abstention (*actus reus*), inspiré par la violence (agression, soustraction, soumission, etc.), la ruse (mensonge, manœuvre, détournement, etc.) ou l'indiscipline ; un *élément moral*, qui réside dans une *volonté coupable (mens rea)*, c'est-à-dire, en fonction du type d'infraction, soit une *volonté dirigée vers un résultat* (l'intention), soit une *volonté mal maîtrisée* (une imprudence, une négligence, une mise en danger). Ces deux éléments matériel et moral sont *indissociables*<sup>4</sup>, de sorte qu'un comportement matériel non soutenu par une volonté coupable ne serait pas condamnable, ni inversement la seule pensée coupable<sup>5</sup>.
- 163 Circonstances.** Enfin, l'analyse du processus pénal impose souvent de rechercher les *circonstances*, qui entourent l'infraction et qui conduisent, en règle générale, soit à l'atténuation (minorité, repentir), soit à l'aggravation de la répression (récidive, circonstances aggravantes). Toutefois, ces circonstances influencent

1. Sur ce point, V. X. Pin, « La vulnérabilité en matière pénale », in *Vulnérabilité et droit*, PUG, 2000, p. 119 s., spéc. p. 134-136.

2. V. ss 136.

3. V. J.-H. Robert, « Histoire des éléments de l'infraction », *RSC* 1977. 268 s.

4. Par ex., C. pén., art. 221 dispose que « le fait de donner volontairement la mort à autrui constitue un meurtre. Il est puni de 30 ans de réclusion criminelle ». L'homicide volontaire se décompose en un élément matériel – le fait de donner la mort à autrui – et un élément moral – l'homicide doit être commis « volontairement ».

5. Sauf dans les films ou romans de science-fiction, V. not. *Minority report* de S. Spielberg.

moins la qualification que la peine (un vol qu'il soit simple ou aggravé reste un vol) et seront donc envisagées plus loin<sup>1</sup> ; parfois, elles sont même indifférentes en termes de répression – on parle, dans ce cas, de « surqualification » – et ne méritent pas qu'on s'y arrête<sup>2</sup>. Tout au plus faut-il évoquer le cas où le législateur décrit telle ou telle circonstance (âge de la victime, relation avec l'auteur, etc.) en indiquant qu'un élément de l'infraction peut en « résulter », mais il ne s'agit alors que de guider les juges dans leur appréciation et leur raisonnement, sans les dispenser d'établir les éléments de l'infraction<sup>3</sup>.

Nous n'envisagerons donc, à ce stade, que l'élément matériel (SECTION 1) puis l'élément moral de l'infraction (SECTION 2).

---

1. Sur les *circonstances aggravantes*, V. ss 412 s.

2. Il en était ainsi de la qualification d'inceste introduite par la L. n° 2010-121, 8 févr. 2010 et censurée par le Conseil constitutionnel, Cons. const. 16 sept. 2011, 2011-163 QPC, *JO* 17 sept. 2011, p. 15600 : étaient qualifiés d'incestueux, les viols et agressions sexuelles commis au sein de la famille sur la personne d'un mineur par un ascendant, un frère, une sœur ou par toute autre personne, y compris s'il s'agit d'un concubin d'un membre de la famille, ayant sur la victime une autorité de droit ou de fait (C. pén., art. 222-31-1). Cette « qualification » ne respectait cependant pas le principe de légalité des délits et des peines, car le texte ne permettait pas de désigner précisément les personnes qui devaient être regardées comme membres de la famille. Il s'agissait en outre d'une qualification inutile pénalement car elle n'apportait pas un surcroît de répression, mais permettait seulement à la juridiction répressive de se prononcer sur le retrait de l'autorité parentale (C. pén., art. 222-31-2). Sur l'inutilité de cette surqualification et le paradoxe auquel elle conduisait, en excluant la catégorie des victimes majeures, V. A. Lepage, « Réflexions sur l'inscription de l'inceste dans le Code pénal par la loi du 8 févr. 2010 », *JCP* 2010. 335. Le Conseil constitutionnel a réitéré sa position à propos de l'article 227-27-2 du Code pénal qui souffrait des mêmes vices (Cons. const. n° 2012-222 QPC, 17 févr. 2012). La qualification d'incestueux a cependant fait son retour avec la loi n° 2016-297 du 14 mars 2016 relative à la protection de l'enfant, V. A. Lepage, « Le retour de la qualification d'incestueux dans le Code pénal : une cote toujours mal taillée », *Dr. pénal* 2016, Étude n° 11.

3. L'exemple est celui de l'article 222-22-1 du Code pénal, introduit par la loi n° 2010-121 du 8 février 2010, au terme duquel « la contrainte prévue par le premier alinéa de l'article 222-22 peu être physique ou morale. La contrainte morale peut résulter de la différence d'âge existant entre une victime mineur et l'auteur des faits et de l'autorité de droit ou de fait que celui-ci exerce sur cette victime ». Le Conseil constitutionnel a validé ce texte estimant qu'il « a pour seul objet de désigner certaines circonstances des faits sur lesquelles la juridiction saisie peut se fonder pour apprécier si, en l'espèce, les agissements dénoncés ont été commis avec contrainte » et d'en déduire qu'il n'a pas pour objet de définir les éléments constitutifs du délit : Cons. const., déc. 6 février 2015, 2014-448 QPC ; RSC 2015. 86, obs. Y. Mayaud. Il s'agit donc de dispositions purement didactiques, qui invitent les juges à déduire la contrainte morale subie par la victime notamment de sa différence d'âge avec le mis en examen (Crim. 23 sept. 2015, n° 13-83881, *Dr. pénal* 2015, comm. 154, obs. Ph. Conte ; Crim. 4 nov. 2015, n° 13-81710, *Gaz. Pal.*, 26 janv. 2016, p. 53, obs. E. Dreyer). V. égal. S. Detraz, « L'article 222-22-1 *in fine* du Code pénal à la lumière de la jurisprudence », *Dr. pénal* 2015, Étude 24. À noter que la loi contre les violences sexuelles et sexistes en discussion durant l'été 2018 pourrait compléter ce texte pour permettre de déduire la contrainte morale du fait que « la victime était âgée de moins de 15 ans et ne disposait pas de la maturité sexuelle suffisante », *JCP G* 2018, act. 1344 ; v. aussi Ph. Conte, « Lutte contre les violences sexuelles et sexistes, à propos de l'article 2 du projet de loi », *JCP G* 2018, Libre propos. 596.

## SECTION 1

## L'ÉLÉMENT MATÉRIEL

**164 Matérialité de l'infraction.** Pour être punissable, une infraction doit d'abord être matériellement constituée, c'est-à-dire comporter un *élément matériel*. Cet élément matériel consiste dans un fait de violence ou de ruse, qui produit un résultat à la suite d'un processus plus ou moins long : l'*iter criminis* ou « chemin du crime ». Si l'on excepte la phase non matérialisée de *la pensée, du désir et du projet criminel*, ce cheminement comporte, pour les infractions intentionnelles, au plus deux étapes : *la préparation puis la réalisation* de l'infraction. La question de politique criminelle qui se pose est alors de savoir à partir de quel degré de matérialisation la répression doit-elle intervenir<sup>1</sup> : les *actes préparatoires* sont-ils punissables ou uniquement les actes de réalisation ? Par exemple, faut-il attendre que des malfaiteurs aient commis un *hold-up* pour les interpellier et les punir ou peut-on, préventivement, les appréhender alors qu'ils chargent les armes dans leur véhicule et qualifier pénalement leur geste (tentative d'extorsion) ? La réponse dépend de la détermination de la *phase d'exécution* car le droit français, sauf exception, *ne punit pas les actes préparatoires* mais intervient soit à l'issue de la phase d'exécution, lorsque l'infraction est consommée (§ 1), soit, dans certains cas, à l'entrée de cette phase, lorsque *l'infraction est tentée* (§ 2).

## § 1. L'infraction consommée

**165 Comportement, résultat, causalité.** L'infraction consommée correspond à la réalisation irréversible de l'acte prohibé. Pour la mettre en évidence, il convient de constater un comportement (A), un résultat (B) et, dans la plupart des cas, un lien de causalité entre les deux (C).

1. V. S. Grunvald, « À propos de l'élément matériel de l'infraction : quelques questions de frontières », *Mélanges Ottenhof*, Dalloz, 2006, p. 131.

## A. Le comportement

**166 Action et abstention.** Les comportements humains se répartissent toujours, selon la nature des choses, en deux grandes catégories : les *actions* et les *abstentions*. Aussi, il n'est pas étonnant qu'à cette distinction naturelle corresponde une typologie des comportements interdits. Il existe en effet des *infractions de commission* qui correspondent à des *interdictions d'agir* (1) et des *infractions d'omission*, que le législateur punit pour imposer des *devoirs d'agir* (2).

### 1. Les infractions de commission

**167 Définition.** La plupart des infractions supposent un *fait positif*, qui consiste à *commettre* ou à *perpétrer* un acte interdit par la loi (agression, soustraction, manœuvre, expression verbale, etc.). La caractérisation de ce comportement relève du droit pénal spécial. Tout au plus, peut-on indiquer que les juges ne devraient pas faire preuve d'approximation dans l'appréciation du comportement causal, car le principe de la légalité commande une exacte adéquation entre le fait et le droit. Certes, il arrive parfois que la jurisprudence déforme les textes en punissant un comportement qui n'était pas prévu par le législateur. Par exemple, le texte de l'article 227-5 du Code pénal incrimine « le fait de refuser indûment de représenter un enfant mineur à la personne qui a le droit de le réclamer » (délict de non-représentation d'enfant), or la chambre criminelle a admis<sup>1</sup> qu'un stratagème pouvait constituer l'élément matériel de ce délit. En l'espèce, à la demande de la mère d'une fillette, la grand-mère avait téléphoné au père pour le convaincre de ne pas venir la chercher en lui faisant croire que sa fille était malade. Le père n'a donc pas réclamé l'enfant mais le stratagème a été découvert et la mère a été jugée coupable du délit. Certes, le résultat du stratagème était comparable à celui d'un refus, mais tromper n'est pas refuser. Semblablement, en matière de banqueroute (C. com., art. L. 654-2), la jurisprudence assimile parfois le retard dans la production de pièces comptables ou le refus de produire une comptabilité à la disparition de

1. Crim. 18 déc. 2002, *Bull. crim.* n° 237 ; D. 2003. 1062, note Y. Mayaud.

comptabilité visée par le texte<sup>1</sup>. Ces cas de non-respect du principe d'interprétation stricte ont été à juste titre critiqués<sup>2</sup>. Cependant, d'une manière générale, la Cour de cassation veille à respecter l'adéquation entre le comportement réel et le comportement typiquement illégal<sup>3</sup>.

**168 Commission par omission.** La jurisprudence refuse en principe de condamner pour commission l'auteur d'une abstention qui parvient au même résultat que s'il avait agi. Telle est la problématique des infractions de « commission par omission ». En France, ces comportements doivent demeurer impunis en l'absence d'assimilation légale de l'action et de l'omission. Ainsi, le meurtre est défini comme le « fait de donner volontairement » (action) « la mort » (résultat), donc il n'est pas possible de punir sous cette qualification celui qui, même volontairement, laisse mourir son prochain. L'illustration fameuse de ce principe a été donnée par la cour d'appel de Poitiers le 20 novembre 1901<sup>4</sup>, dans l'affaire *Monnier* – dite de « la séquestrée de Poitiers », en raison de la pièce qu'elle inspira à André Gide<sup>5</sup>. En l'espèce, la victime était une handicapée mentale qui avait été confiée à son frère mais celui-ci la laissait dépérir dans une pièce sans air et sans hygiène. Elle survécut et son frère fut poursuivi pour blessures volontaires. Toutefois, malgré son attitude particulièrement blâmable, la cour d'appel dut le relaxer car il n'avait joué qu'un rôle passif, lequel ne tombait pas sous le coup de la loi pénale (anc. C. pén., art. 311). Le raisonnement est irréfutable : le comportement de celui qui s'abstient pour parvenir au même résultat que celui qui agit est atypique et il n'est pas possible de raisonner par analogie pour

1. Crim. 19 janv. 2000, *Bull. crim.* n° 29 ; RSC 2000. 829, obs. J.-F. Renucci ; Crim. 25 févr. 2004, *Dr. pénal* 2004. 112, obs. J.-H. Robert.

2. V. C. Mascala, « Le dérapage de l'interprétation jurisprudentielle en droit pénal des affaires », *D.* 2004. Chron. 3050.

3. V. par ex. Crim. 7 sept. 2016, n° 15-83287 (cassation pour manque de base légale de l'arrêt qui retient une atteinte sexuelle à l'encontre d'un prévenu qui s'était masturbé devant la victime, alors que pour être matériellement constitué, le délit d'atteinte sexuelle suppose l'existence d'un contact corporel entre l'auteur et la victime), *Dr. pénal* 2016, comm. 167, obs. Ph. Conte ; *AJ pénal* 2016, 529, note V. Malabat.

4. Poitiers, 20 nov. 2001, S. 1902. 2. 305, note J. Hémar.

5. V. pour plus d'illustrations W. Jeandidier, « L'élément matériel des infractions d'affaires ou la prédilection pour l'inconsistance », *Mélanges R. Gassin*, PUAM, 2007, p. 245. Plus particulièrement pour le dirigeant d'entreprise, V. ss 324.

assimiler l'action à l'omission. Tel est le principe, mais celui-ci connaît de plus en plus d'atténuations, notamment en matière d'infractions d'affaires, où il n'est pas rare, par exemple, de voir une tromperie retenue en cas de simple dissimulation d'informations, ou encore un abus de biens sociaux commis au moyen d'une abstention volontaire<sup>1</sup>.

## **2. Les infractions d'omission**

- 169 Définition.** Il y a infraction d'omission lorsque le législateur a incriminé une passivité coupable. Formellement, le législateur interdit *d'omettre* (par exemple, le défaut de port de ceinture de sécurité) mais en réalité il cherche moins à interdire qu'à *prescrire*, c'est-à-dire à imposer un comportement (mettre sa ceinture de sécurité). Aussi, l'on comprend que beaucoup de *contraventions* soient des infractions d'omission car le législateur peut imposer des *devoirs de faire* lorsqu'il s'agit de veiller au bon ordre ou à la police de la vie sociale. En revanche, s'agissant des *crimes* et des *délits*, qui ne sont pas des incriminations de police, le législateur devrait être plus réservé. On constate cependant une multiplication des sanctions correctionnelles, voire criminelles, contre des attitudes passives blâmables. On citera notamment le *délit de non-assistance à personne en péril* (C. pén., art. 223-6) ; le *délit de délaissement de personne vulnérable* qui devient un crime, lorsqu'il a entraîné une mutilation, une infirmité ou la mort (C. pén., art. 223-4) ; les *délits de non-révélation de crime* aux autorités judiciaires et administratives (C. pén., art. 434-1), de *non-révélation aux autorités de mauvais traitement* ou de privation à mineur de 15 ans ou à personne vulnérable (C. pén., art. 434-3) ; de *non-témoignage en faveur d'un innocent poursuivi* (C. pén., art. 434-11) ou de *non-révélation de certaines infractions* d'atteinte aux intérêts fondamentaux de la nation ou d'acte de terrorisme (C. pén., art. 434-2). Mais l'on retrouve surtout ce type d'infractions en *droit pénal des affaires* (non-révélation de certaines infractions par le commissaire aux comptes, omission de déclaration des parts sociales dans l'acte de société, etc.) ou en

---

1. V. D. Rebus, « L'abus de biens sociaux par abstention », *D.* 2005. Chron. 1290.

*droit pénal du travail* (omission de suivre la réglementation sur la sécurité du travail, non-déclaration de travailleurs, etc.), sans doute par souci du législateur d'une plus grande efficacité répressive. Dans tous les cas, l'omission est difficile à percevoir et les juges se réfèrent donc au *moment* et au *lieu* où le devoir devait être accompli, pour considérer que l'infraction est constituée. Nous l'avons vu en matière d'application de la loi dans l'espace – le lieu qui compte est celui où doit être exécutée l'obligation<sup>1</sup> ; il en va de même en matière de prescription de l'action publique : celle-ci commence à courir au moment où l'obligation est exigible. Ainsi, il a été jugé, à propos du délit de non-assistance à personne en danger, que celui-ci se trouve constitué « au moment où l'intervention est possible, son existence découlant de l'instantanéité de l'obligation d'intervenir »<sup>2</sup>.

Enfin, à tous ces cas nommés, dont la liste est loin d'être exhaustive, il convient d'ajouter certains cas où le juge, au mépris du principe de la légalité criminelle, étend une qualification d'action à un geste d'abstention. Il en est ainsi de l'abus de biens sociaux qui suppose, selon la loi, un *usage* des biens ou du crédit de la société contraire aux intérêts de celle-ci (par ex. C. com., art. L. 242-6). Or selon la jurisprudence, le délit peut être constitué aussi bien par un dirigeant qui dilapiderait des fonds de la société (une action) que par celui qui négligerait de recouvrer une créance au profit de celle-ci ou retiendrait des fonds (une abstention)<sup>3</sup>. Or s'abstenir, ce n'est pas véritablement faire *usage*. De manière moins critiquable, il faut relever les cas où la loi elle-même punit l'accomplissement d'un résultat illicite en incriminant aussi bien l'action que l'omission. Tel est le cas des *infractions non intentionnelles* : ainsi, un homicide ou des blessures involontaires peuvent avoir pour cause aussi bien une action (une imprudence) qu'une omission (une négligence). Il en va de même des infractions pour lesquelles le législateur ne précise pas la nature du comportement. Par exemple, l'abus de confiance est caractérisé par le fait de

1. V. ss 130.

2. Hte C. just., comm. instr., 5 févr. 1993, *D.* 1993. 261, note J. Pradel ; RSC 1993. 327, obs. G. Levasseur.

3. Crim. 28 janv. 2004, *Rev. sociétés* 2004. 722, obs. B. Bouloc.

*détourner* un bien (C. pén., art. 314-1) mais les moyens de cette *intersion* de possession ne sont pas précisés, de sorte que la jurisprudence considère qu'il peut s'agir soit d'une aliénation frauduleuse, soit d'une absence de restitution du bien. Pour ces infractions, l'important est donc moins le mode de consommation que le résultat de l'infraction.

## B. Le résultat

---

**170 Résultat pénal.** Toute infraction n'est punissable que si elle comporte un résultat, qui coïncide avec le résultat visé par le texte d'incrimination (*résultat légal*). Ce résultat est différent d'une infraction à l'autre, selon que le législateur a fixé le seuil de l'illécite plus ou moins loin sur le chemin du crime. Il peut, tout d'abord, être *effectif* ou *matériel*, c'est-à-dire consister en une atteinte concrète à une valeur protégée, on est alors en présence d'une *infraction matérielle* ; mais il peut aussi être purement juridique et se confondre avec le comportement incriminé. Dans ce second cas de figure, le résultat consomme l'infraction indépendamment de l'atteinte à la valeur protégée : on parlera d'*infraction formelle*. Enfin, le législateur souhaite parfois éviter toute atteinte et place l'interdit très en amont sur le chemin du crime, en créant une infraction « obstacle », qui vise à prévenir la commission d'infractions matérielles.

### 1. Les infractions matérielles

**171 Définition (résultat matériel et résultat juridique).** Les infractions matérielles sont celles qui supposent, pour être constituées, une atteinte effective à une valeur protégée par le législateur (ex. : dans le meurtre, l'atteinte effective à la vie). Cette atteinte consiste toujours en une modification du monde extérieur (*résultat matériel*) et en une violation de l'ordre juridique (*résultat juridique*). Ainsi, une escroquerie suppose la remise d'un bien ou d'un service ou la conclusion d'un acte portant obligation ou décharge (*résultat matériel*), procédant des agissements de l'escroc (notamment les manœuvres frauduleuses : acte matériel) et entraîne une atteinte à la propriété privée ou à la liberté de la victime directe ou d'un tiers de disposer de ses biens (*résultat juridique*). De même,

le vol suppose la soustraction frauduleuse de la « chose d'autrui » (*résultat matériel*) et constitue ainsi une atteinte à la propriété (*résultat juridique*).

Le plus souvent, le débat sur la qualification matérielle des faits porte sur le résultat matériel, c'est-à-dire sur l'*objet* même de l'infraction<sup>1</sup>, car le résultat juridique, c'est-à-dire l'atteinte à la valeur sociale ou à l'intérêt juridique protégé, est en principe présumé à partir de la matérialité. Il arrive néanmoins que l'on débattre aussi du résultat juridique, soit parce que le législateur, de manière inhabituelle, a visé l'exigence d'un *préjudice* dans la constitution de l'infraction<sup>2</sup>, comme en matière d'escroquerie<sup>3</sup>, d'abus de confiance ou d'abus de biens sociaux<sup>4</sup>, soit parce que l'atteinte à l'intérêt juridique semble justifiée et qu'il s'agit de savoir si un intérêt supérieur commande, en l'espèce, de neutraliser ou non la qualification<sup>5</sup>.

Enfin, lorsque le résultat matériel est fonction de la gravité de l'atteinte, il est question d'*infraction de résultat*<sup>6</sup>. Ainsi, les violences constituent, suivant la gravité du dommage corporel infligé, soit un délit, soit un crime (C. pén., art. 222-7 s.), soit une contravention (C. pén., art. R. 624-1 s.).

## **2. Les infractions formelles**

**172 Définition.** Les infractions formelles n'incluent jamais une atteinte effective à la valeur protégée : le législateur incrimine un simple procédé (*le résultat légal*). L'exemple type est *l'empoisonnement* (C. pén., art. 221-5) : cette infraction est matériellement consom-

1. Par exemple, la doctrine a beaucoup écrit à propos de l'*objet* de l'abus de confiance, qui consiste dans le détournement d'un « bien quelconque », pour s'étonner ou, au contraire, constater que pour la jurisprudence ce bien peut être immatériel, V. notamment R. Ollard, S. Detraz, « La dissociation de l'objet de l'abus de confiance » : *Dr. pénal* 2014, Études 20 et 22 ; M.-L. Rassat, « De l'objet de l'abus de confiance » : *Dr. Pénal* 2015, Étude, 10. Autre exemple : on s'est interrogé sur le point de savoir si un immeuble pouvait être l'objet d'une remise en matière d'escroquerie ou l'objet d'un recel et la jurisprudence a fini par l'admettre : V. Crim. 28 sept. 2016, n° 15-84485, *Dr. pénal* 2016, comm. n° 168 et 169, obs. Ph. Conte.

2. V. Y. Mayaud, « La résistance du droit pénal au préjudice », *Mélanges B. Bouloc*, Dalloz 2007, p. 807.

3. V. G. Beaussonie, « Les contours des préjudices causés par une escroquerie », obs. sous Crim. 28 janv. 2015, n° 13-86772, *AJ Pénal* 2015, 311 ; V. également D. 2015, 845, note L. Saenko.

4. Pour un cas d'absence d'atteinte à l'intérêt social, malgré l'utilisation des fonds sociaux par des dirigeants à des fins personnelles, V. Crim. 28 sept. 2016, n° 15-87232, *Dr. pénal* 2016, comm. 177, obs. J.-H. Robert.

5. V. ss 229 s.

6. V. M.-A. Raymond, *Les infractions de résultat*, thèse, Bordeaux 2010.

mée sitôt qu'il y a eu *administration* de substances de nature à donner la mort, indépendamment du résultat que ces substances provoquent. De même la *fabrication de fausse monnaie* (C. pén., art. 442-1) : les pièces fabriquées constituent le résultat légal de l'infraction qui déclenche la répression indépendamment de l'atteinte effective à la valeur protégée, c'est-à-dire, en l'occurrence, indépendamment de la mise en circulation de la fausse monnaie, portant atteinte effective à la confiance publique. De même, la *subornation de témoin* (C. pén., art. 434-15) n'a pas besoin d'être suivie d'effet pour être punissable. Et l'on pourrait multiplier les exemples, notamment en droit pénal des affaires, où toute une série d'infractions qui visent à favoriser la communication d'informations ou à faire respecter un certain équilibre entre contractants sont des infractions de comportements<sup>1</sup>. Peuvent aussi être placés dans cette catégorie toujours plus vaste les actes préparatoires à des infractions, incriminés de manière autonome, tels que la traditionnelle *association de malfaiteurs* (C. pén., art. 450-1 s.) ou la toute nouvelle entreprise individuelle terroriste, instituée par la loi n° 2014-1353 du 13 novembre 2014 renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme (C. pén., art. 421-2-6). De manière plus générale, pour les infractions formelles, le résultat tangible importe peu, l'important est que le résultat légal soit atteint, à savoir la violation d'une règle légale interdisant tel ou tel procédé. La sanction frappe très tôt sur l'*iter criminis* de sorte que l'infraction formelle apparaît quelques fois comme la tentative d'une infraction matérielle incriminée de façon autonome (*un attentat*). Tel est le cas de l'empoisonnement par rapport au meurtre : la survenance de la mort est indifférente à l'empoisonnement alors qu'elle est nécessaire au meurtre.

### 3. Les infractions obstacle

- 173 Définition.** Les *infractions obstacle* sont des comportements dangereux, incriminés très en amont sur l'*iter criminis*. Elles se résument à la création d'un péril. Ce sont des comportements qui

1. V. W. Jeandidier, « L'élément matériel des infractions d'affaires ou la prédilection pour l'inconsistance », art. préc., spéc. p. 256 s.

sont incriminés pour *faire obstacle* à la commission d'une infraction matérielle. Il s'agira par exemple de la conduite en état d'ivresse (C. route, art. L. 234-1) ou sous l'emprise de stupéfiants (C. route, art. L. 235-1), de la livraison d'informations sensibles (C. pén., art. 411-6), de la divagation d'animaux dangereux (C. pén., art. R. 622-2) ou de l'abandon d'une arme dans un lieu public (C. pén., art. R. 641-1). Ces infractions sont distinctes des infractions formelles car le lien de causalité avec le résultat est plus distant : on incrimine une simple éventualité (« susceptible de », « de nature à », etc.). Alors que, pour les infractions formelles, le rapport avec un résultat tangible, même s'il n'est pas exigé, est plus direct et sa survenance est quasi certaine. Ainsi, l'article 223-1 du Code pénal incrimine le fait d'exposer *directement* autrui à un risque de mort. De là, il apparaît que la différence entre les infractions formelles et les infractions obstacle est moins une différence de nature qu'une différence de degrés. D'où les difficultés en cas de *concours de qualifications* : si les auteurs admettent unanimement que le cumul de qualifications entre une infraction matérielle et l'infraction formelle correspondante est impossible – l'infraction formelle absorbant l'infraction matérielle – en revanche, l'unanimité ne se fait pas s'agissant d'un cumul entre une infraction obstacle et une infraction matérielle qui en est la conséquence<sup>1</sup>.

### C. Le lien de causalité

**174 Condition *sine qua non*.** Lorsqu'une infraction procède d'une action et suppose un résultat, il est, en principe, nécessaire de démontrer une relation de cause à effet entre l'action et le résultat. En bonne logique, ce *lien de causalité*<sup>2</sup> ne devrait exister que si le comportement de l'auteur est la condition *sine qua non* du résultat légal, c'est-à-dire si le comportement apparaît indispensable à la pro-

1. V. ss 269.

2. Sur la causalité, V. Ph. Conte, P. Maistre du Chambon, *Droit pénal général*, op. cit., n° 343 s.

duction de ce résultat<sup>1</sup> car toute causalité est, dans un sens quasi mathématique, une « probabilité » de résultat qui s'est vérifiée. Pour la caractériser et conclure à une culpabilité, il convient en effet de se demander ce qu'il serait advenu si le comportement n'avait pas eu lieu. Il s'agit toutefois d'une « probabilité » particulière puisqu'elle est appréciée de manière *rétrospective* à partir d'un résultat, ce qui lui confère le caractère d'une certitude<sup>2</sup>. Cette définition conduit à exclure logiquement la recherche d'un lien de causalité pour les infractions de pure omission car celles-ci ne sont réprimées qu'en raison d'une véritable probabilité appréciée cette fois de *manière prospective*. En revanche, pour les autres infractions, la recherche du lien de causalité s'impose comme une *nécessité* (1) mais elle n'est pas toujours aisée, car elle suppose de prendre parti sur la consistance de ce lien (2).

### **1. La nécessité du lien de causalité**

- 175 **Un lien certain.** À l'exception des infractions d'omission, toute infraction n'est matériellement constituée que si elle procède d'une action causale. Cette exigence ressort clairement de la plupart des textes pénaux (par ex., l'homicide involontaire est défini comme « le fait de causer » la mort d'autrui ; C. pén., art. 221-6) et de la jurisprudence de la chambre criminelle qui n'admet de condamnation qu'en cas de preuve d'un *lien de causalité certain*<sup>3</sup>. Par exemple, en cas d'accident mortel causé par un automobiliste sans permis, le juge ne pourrait pas se contenter de relever que le conducteur n'avait pas le permis, car ce fait n'est pas en soi causal du décès, mais il devra prouver une imprudence causale. Autrement dit, la faute reprochée doit figurer dans l'enchaînement des événements préalables au résultat et être déterminante de celui-

1. Qui n'est pas forcément un résultat tangible ou effectif : la causalité s'apprécie entre le comportement et le résultat légal. Ainsi, dans le délit de risques causés à autrui, la jurisprudence exige que le manquement défini à l'article 223-1 du Code pénal soit la « cause directe et immédiate » du risque auquel a été exposé autrui, Crim. 16 févr. 1999, *Dr. pénal* 1999. 99, obs. M. Véron.

2. V. Y. Mayaud, « Quelle certitude pour le lien de causalité dans la théorie de la responsabilité pénale ? », *Mélanges Decocq*, Litec, 2004, p. 475 s.

3. V. Crim. 24 oct. 1973, *Bull. crim.* n° 378. V. également Crim. 5 oct. 2004, *Bull. crim.* n° 23 ; RSC 2005. 1, obs. Y. Mayaud (En l'espèce, un automobiliste a renversé un piéton ; celui-ci atteint de blessures superficielles est décédé dix jours plus tard à l'hôpital des suites d'une infection nosocomiale ; une cour d'appel a condamné l'automobiliste pour homicide involontaire mais l'arrêt est cassé en l'absence de constat d'une certitude de la causalité entre l'accident et le décès).

ci<sup>1</sup>. Mais la démonstration de ce lien de causalité n'est pas aisée. Imaginons, comme dans un roman d'Agatha Christie, qu'une personne sait qu'une autre est cardiaque ; souhaitant réaliser le crime parfait, elle place un écriteau sur l'ascenseur pour le signaler en panne, afin que sa victime prenne l'escalier. Si la victime meurt effectivement par crise cardiaque dans l'escalier, la question est de savoir si une poursuite pour assassinat est envisageable. La réponse devrait être négative car l'apposition de l'écriteau est un comportement dont il est difficile de prouver avec certitude qu'il a entraîné la mort (la victime se sachant cardiaque aurait pu ne pas prendre l'escalier, son attitude a donc été également déterminante du résultat). Pour autant, il pourrait paraître choquant de ne retenir qu'une qualification d'imprudence si l'intention homicide était prouvée. Dans ce cas la logique a ses limites, une solution pragmatique consisterait à tricher avec la causalité en considérant que l'intention doit primer sur la logique causale. Un tel accommodement avec les exigences de causalité se rencontre d'ailleurs déjà en jurisprudence dans des situations où il est très difficile de savoir *qui* est à l'origine du dommage constitutif de l'infraction. Bien souvent, les juges ne recherchent pas la causalité de manière individualisée mais se contentent d'une approche d'ensemble<sup>2</sup>, qui les conduit à un artifice ou une fiction de causalité.

- 176 Fautes conjuguées.** Une première illustration de cet assouplissement se rencontre en matière d'infractions non intentionnelles, avec la théorie des « fautes conjuguées ». Cette construction consiste à dire que tous les participants à une action commune dangereuse sont censés avoir eu un rôle causal dans les dommages subis par la victime. La Cour de cassation juge en effet, dans ces hypothèses, que « les imprudences, négligences et inobservances des règlements, imputables à plusieurs prévenus, bien

1. Ce qui n'est pas le cas, par exemple, de professionnels de santé poursuivis pour homicide involontaire, dès lors qu'il n'est pas établi que le traitement serait en lien de causalité « certain et déterminant » avec le décès, alors que la victime, elle-même professionnel de santé, qui se savait atteinte d'asthme grave, s'est abstenue d'appeler les secours, ce qui aurait permis la mise en œuvre des traitements en temps utile : Crim. 23 sept. 2014, n° 13-85592 : *Dr. pénal* 2014, comm. n° 136, obs. M. Véron.

2. V. J. Larguier, « Théorie des ensembles et qualification pénale », *Mélanges Chavanne*, 1989, p. 109 s.

que distinctes les unes des autres, peuvent par leurs effets conjugués, être la cause directe ou indirecte d'un homicide ou de blessures involontaires, et suffisent à fonder la responsabilité pénale de chacun des prévenus<sup>1</sup> ». Ainsi, lorsque deux chasseurs tirent imprudemment dans une même direction ou dans des directions convergentes et qu'une personne est atteinte par une seule cartouche, la logique voudrait que seul l'un des chasseurs soit responsable mais, si la cartouche ne peut pas être attribuée, la jurisprudence retiendra la culpabilité des deux pour leur participation à une *action commune dangereuse*. Le cas serait identique pour deux conducteurs ayant imprudemment heurté une victime, à quelques secondes d'intervalle, sans que l'on puisse savoir qui des deux a réellement provoqué la mort<sup>2</sup>.

- 177 Scène unique de violence.** Une théorie prétorienne analogue existe dans le domaine des fautes intentionnelles commises à l'occasion d'une *rixe*. Les juges déduisent en effet de la « scène unique de violence » l'égale participation causale de chacun, en décidant que, « lorsque les blessures ont été faites volontairement par plusieurs prévenus au cours d'une scène unique de violence, l'infraction peut être appréciée dans son ensemble, sans qu'il soit nécessaire pour les juges du fond, de préciser la nature des coups portés par chacun des prévenus à chacune des victimes »<sup>3</sup>. Cette construction prétorienne ne respecte pas la règle *in dubio pro reo* qui voudrait que le doute profite aux prévenus, mais l'on notera qu'elle ne s'applique qu'aux actions communes inextricables et qu'à ceux qui ont « volontairement pris part » au fait unique de violence<sup>4</sup>. Au reste, la construction est acceptable car il ne s'agit jamais de décider du principe de la responsabilité pénale des participants, mais seulement de la qualification pénale de leur geste : complicité ou coaction<sup>5</sup>.

1. Crim. 14 déc. 1967, *Bull. crim.* n° 326 (mise en circulation de viande avariée) ; Crim. 27 janv. 1971, *Bull. crim.* n° 28 (imprudences lors de travaux de construction) ; Crim. 20 nov. 1973, *Bull. crim.* n° 425 (imprudences lors d'une intervention sur un appareil de gaz).

2. V. Crim. 12 avr. 1930, *Bull. crim.* n° 214 ; rappr. Crim. 4 nov. 1998, *RSC* 1999. 323, obs. Y. Mayaud.

3. Crim. 13 juin 1972, *RSC* 1973. 879 s., obs. J. Larguier.

4. Sur le plan civil, la responsabilité *in solidum* des membres du groupe serait retenue en raison d'une « faute collective », V. en ce sens Civ. 2<sup>e</sup>, 2 avr. 1997, *JCP* 1997. I. 4068, n° 11, obs. G. Viney.

5. Comp. Crim. 5 oct. 1972, *Bull. crim.* n° 269 ; *RSC* 1973. 880, obs. J. Larguier.

**178 Complicité.** Enfin, en matière de complicité, on constate également que la jurisprudence prend des libertés avec l'exigence du lien de causalité. Alors que, en principe, il faudrait mettre en évidence un « lien de causalité entre l'activité déployée par le complice et la réalisation de l'infraction par l'auteur »<sup>1</sup>, ce lien est si imprécis en droit positif qu'il cesse d'être une condition de la responsabilité du complice<sup>2</sup>.

## **2. La consistance du lien de causalité**

**179 Discussion.** La deuxième question qui se pose en matière de causalité est de savoir quelle doit être la consistance du lien de causalité : peut-on rattacher le résultat à une faute qui serait une cause lointaine ou minime ? Doit-on ne retenir que des causes proches ou des causes déterminantes ? Pour saisir la difficulté empruntons l'exemple suivant<sup>3</sup> : un homme se promène en ville avec son chien non tenu en laisse, au mépris d'un règlement ; aux abords d'un carrefour le chien effrayé par le geste brutal d'un enfant traverse brusquement la route et surprend un automobiliste qui ne tenait pas sa droite et roulait à vive allure ; ce dernier donne un coup de volant et renverse un piéton qui venait de s'engager sur le côté gauche de la chaussée alors qu'il n'avait pas le passage. Ce piéton décède à l'hôpital des suites d'une infection nosocomiale. Dans l'enchaînement des causes du décès, on relève la faute du propriétaire du chien, le fait de l'enfant, trois fautes de l'automobiliste, une faute de la victime et peut-être une faute du personnel médical. Peut-on reprocher au maître du chien un homicide involontaire ? La réponse dépend de la notion de causalité que l'on adopte. Sur ce point, trois approches théoriques sont possibles : la théorie de *l'équivalence des conditions*, qui donne tous son sens à la notion de condition *sine qua non*, en considérant que tout événement intervenant dans la production du dommage est causal car si on en retire un seul, ce dommage ne se serait pas produit (ce qui conduit, dans l'exemple cité, à admettre la responsabilité du propriétaire du chien) ; la théorie de *la cause*

1. Ph. Salvage, « Le lien de causalité en matière de complicité », RSC 1981. 25 s.

2. Ph. Salvage, art. préc., p. 39, n° 18.

3. R. Merle, A. Vitu, *Traité de droit criminel*, op. cit., n° 565.

*proche (causa proxima)*, qui conduit à ne retenir que l'événement qui précède immédiatement le résultat (le propriétaire ne serait pas responsable) ; ou bien la théorie de la causalité adéquate, qui conduit à se livrer à ce que l'on appelle de manière un peu obscure « un pronostic objectif rétrospectif », pour ne retenir que l'événement qui a naturellement contribué à la survenance du résultat et écarter ceux qui n'ont contribué au résultat qu'à la suite d'un malencontreux hasard (en l'occurrence, les fautes de l'automobiliste semblent plus adéquates que celle du propriétaire du chien).

**180 Théorie de l'équivalence des conditions.** Pendant des années, la jurisprudence a, en matière d'infractions par imprudence, accrédité la seule thèse de *l'équivalence des conditions*, refusant d'opérer une distinction au sein de la chaîne causale, entre les causes proches ou lointaines<sup>1</sup> et adéquates ou fortuites. Cependant, cette jurisprudence a été critiquée car elle aboutissait à une pénalisation excessive de l'activité de certains décideurs, en particulier, des décideurs publics. En effet, les maires se sont vus progressivement reprocher, devant le juge pénal, de nombreux faits dommageables liés à des dysfonctionnements au sein de certains services municipaux ou assimilés, alors même qu'ils n'exerçaient pas eux-mêmes un pouvoir de contrôle sur ces services. Aussi, à leur attention, une première loi du 13 mai 1996 est venue modifier l'article 121-3 du Code pénal, pour préciser que la faute non intentionnelle devait être concrètement appréciée, puis, allant plus loin, une loi du 10 juillet 2000, sur laquelle nous reviendrons, a modifié à nouveau le texte en indiquant que, pour les personnes physiques, la faute devait être appréciée différemment selon le rôle causal de l'auteur<sup>2</sup>.

**181 Théorie de la causalité adéquate ?** Désormais, l'article 121-3, alinéa 4, du Code pénal invite le juge, pour les personnes physiques, à apprécier la faute différemment suivant que la causalité entre le comportement fautif et le dommage est directe ou indirecte. La

1. Régulièrement la jurisprudence estimait qu'il n'était pas nécessaire de démontrer que la faute avait été la cause directe et immédiate du dommage, V. Crim. 2 juill. 1932, *Bull. crim.* n° 166 ; Crim. 14 févr. 1996, *Bull. crim.* n° 78 ; RSC 1996. 856, obs. Y. Mayaud.

2. Sur la faute non intentionnelle, V. ss 198 s.

causalité directe n'est pas définie par le législateur <sup>1</sup>; seule est décrite la figure de l'auteur indirect <sup>2</sup>. Il s'agit d'une personne physique qui n'a pas causé directement le dommage mais « qui a créé ou contribué à créer la situation qui a permis la réalisation du dommage ou qui n'a pas pris les mesures permettant de l'éviter ». Selon l'article 121-3, alinéa 4, cet auteur indirect ne sera responsable pénalement que s'il a commis une faute qualifiée au sens de ce texte <sup>3</sup>. N'est-ce pas une façon de dire qu'une faute ordinaire commise par un auteur indirect n'est pas « adéquate » dans la production du dommage et exclut donc la responsabilité ? Et qu'inversement, en cas de causalité directe, une faute ordinaire serait adéquate ? En d'autres termes, faut-il voir dans cette réforme une application de la causalité adéquate ? Rien n'est moins sûr, car le législateur a adopté une solution plus pragmatique que théorique en ne s'interrogeant pas sur la consistance du lien de causalité : au contraire, le nouveau texte semble postuler le rôle causal du comportement matériel et il invite seulement le juge à déterminer la position de l'auteur dans l'enchaînement des causes, afin de pouvoir apprécier sa faute. Il pourrait donc s'agir d'une consécration partielle de la thèse de la *causa proxima* <sup>4</sup>. La jurisprudence a cependant dégagé un critère de la causalité directe qui pourrait donner prise à la théorie de la causalité adéquate : pour que la causalité soit directe, l'action de l'auteur doit, en effet, apparaître comme un « paramètre déterminant » <sup>5</sup> ou une « cause essentielle et déterminante » <sup>6</sup> dans la production du dommage. La jurisprudence admet ainsi qu'une cause médiate puisse être qualifiée de directe lorsqu'elle procède d'une faute « essentielle et détermi-

1. Ce qui pourrait être un motif d'inconstitutionnalité, V. cependant Crim. 24 sept. 2013, n° 12-87059 (non-lieu à renvoi au Conseil constitutionnel)

2. V. Ph. Salvage, « L'auteur indirect dans la loi du 10 juillet 2000 », *Mélanges de Cottignies*, PUG, 2003, p. 329 s.

3. V. ss 200.

4. V. Ph. Conte, « Le lampiste et la mort », *Dr. pénal* 2001. Chron. 2.

5. Crim. 25 sept. 2001, *Bull. crim.* n° 188 (collision de deux voitures provoquée par l'arrivée inopinée d'un sanglier : il a été décidé que la vitesse excessive du conducteur poursuivi constituait bien le paramètre déterminant de l'accident, donc la faute en relation directe avec le dommage), V. aussi. Crim. 23 oct. 2001, 2 arrêts, *Bull. crim.* n° 217 et 218, *RSC* 2002. 102, obs. Y. Mayaud ; Crim. 29 oct. 2002, *Bull. crim.* n° 196, *RSC* 2003. 330, obs. Y. Mayaud.

6. Crim. 5 avr. 2005, n° 04-85503 : *Dr. pénal* 2005, comm. n° 103, obs. M. Véron.

nante »<sup>1</sup>. Ce critère n'est donc pas seulement un critère de proximité ou d'immédiateté entre le comportement et le dommage, ni même de linéarité de la trajectoire : il contient un élément d'intensité, conforme à la théorie de la causalité adéquate. Cela dit, la jurisprudence ne se soucie guère de théorie et procède plus par intuition. Il a ainsi été jugé par la Cour de cassation qu'il résulte de l'article 121-3 du Code pénal que cause « directement » le dommage subi par une personne mordue par un chien la faute de négligence du propriétaire de l'animal l'ayant laissé sortir de chez lui sans être contrôlé et tenu en laisse<sup>2</sup>. L'essentiel est donc de retenir qu'en présence d'un résultat dommageable, un lien de causalité doit être établi avec certitude, mais peu importe qu'il soit direct ou indirect<sup>3</sup> : l'important est qu'il y ait un *continuum* dans la chaîne causale, une forme d'« empreinte continue du mal », qui *explique* le résultat comme nous l'enseignait le professeur Noël Dejean de la Bâtie<sup>4</sup>.

En revanche, en l'absence de résultat tangible, la culpabilité devrait être exceptionnelle car il est impossible de l'apprécier de manière rétrospective (une causalité) mais uniquement de manière *prospective* (une potentialité)<sup>5</sup> : tel devrait être le cas des infractions formelles mais également de la *tentative*, réprimée moins pour la culpabilité qu'elle recèle que pour la dangerosité qu'elle révèle.

---

1. Crim. 29 oct. 2002, *Bull. crim.* n° 196.

2. Crim. 21 janv. 2014, n° 13-80267, *Gaz. Pal.*, 2014, n° 106 à 107, p. 5, note R. Mésa. ; RPDP 2014, p. 77 note S. Fournier ; même revue, p. 641, obs. X. Pin. V. déjà en ce sens, Crim. 29 mai 2013, n° 12-85427 : *Dr. pénal* 2013, comm. n° 125, obs. M. Véron.

3. Lorsque la Cour de cassation considère que le lien de causalité est indirect, elle ne censure pas pour autant les juges du fond qui ont retenu la causalité directe, dès lors que la faute retenue est une faute caractérisée, V. Crim. 12 sept. 2006, *JCP* 2007. II. 10006, note Th. Faict, P. Mistretta (médecin ayant posé un diagnostic d'hyperglycémie qui n'a pas accompli les diligences normales alors qu'il connaissait les risques d'une évolution vers un coma diabétique mortel).

4. Pour une revalorisation de cette théorie qui pourrait être transposée en droit pénal, V. Ch. Quezel-Ambrunaz, *Essai sur la causalité en droit de la responsabilité civile*, Dalloz, Nouv. Bibl. des thèses, 2010, vol. 99, n° 295 s.

5. V. Y. Mayaud, « Quelle certitude pour le lien de causalité dans la théorie de la responsabilité pénale ? », art. préc., p. 479 : l'auteur parle de « potentialité répressive ».

## § 2. L'infraction tentée

**182 Tentative.** L'infraction tentée ou tentative est une entreprise criminelle ou délictuelle qui n'atteint pas son résultat mais que le législateur, dans certains cas, punit comme l'infraction consommée. L'article 121-4 du Code pénal considère en effet comme « auteur de l'infraction » celui qui tente de commettre un *crime* ou, dans les cas prévus par la loi, un *délit* ; la tentative de contravention n'est quant à elle pas punissable<sup>1</sup>. Néanmoins, malgré ces limites, l'assimilation de l'auteur d'une tentative à l'auteur d'une infraction consommée peut paraître sévère<sup>2</sup>. Elle se justifie pourtant parce que celui qui *tente de commettre* une infraction, dans les conditions légales, présente la même dangerosité que celui qui réalise l'infraction. En effet, selon l'article 121-5 du Code pénal, « 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 ». Plus précisément, le texte distingue deux types de tentative punissable, soumis aux mêmes conditions<sup>3</sup> : ou bien les actes d'exécution n'ont pas été menés à leurs termes par l'agent, l'infraction tentée est suspendue (A) ; ou bien, les actes d'exécution ont manqué leur effet, l'infraction tentée est *infructueuse* (B).

### A. La tentative suspendue

**183 Deux conditions.** Selon l'article 121-5 du Code pénal, deux conditions cumulatives sont exigées pour qu'une infraction suspendue en cours d'exécution soit réprimée au titre de la tentative : un *commencement d'exécution* (1) et une *absence de désistement volontaire* (2).

1. Outre cette exclusion légale, il est certaines infractions qui sont naturellement étrangères à la notion de tentative. Il en est ainsi, des infractions d'imprudence qui exigent un résultat (on ne tente pas d'être imprudent : on cause un dommage par imprudence). Il en va de même des infractions formelles qui se consomment sans résultat tangible. Par ex., la tentative d'obstacle à la mission d'un contrôleur du travail par des renseignements inexacts n'est pas incriminée, mais le délit est constitué dès que les renseignements sont donnés, même si le contrôleur n'a pas été dupe.

2. Au moins au stade des peines encourues, car le juge pourra tenir compte de l'absence de résultat pour abaisser la peine prévue, en raison de son pouvoir de personnalisation, V. ss 418.

3. Crim. 22 mars 2000, *Bull. crim.* n° 135.

### 1. Le commencement d'exécution

**184 Définition.** La première condition requise pour conclure à une tentative est qu'elle se manifeste par un « commencement d'exécution ». Celui-ci constitue la dernière phase de l'*iter criminis*, lequel comprend schématiquement trois étapes. La première étape est la résolution criminelle : elle n'est pas punissable au titre de la tentative car la seule pensée coupable non extériorisée n'est pas un commencement d'exécution<sup>1</sup>. La deuxième étape est celle des *actes préparatoires* : ils ne sont pas punissables non plus, parce qu'ils sont certes extériorisés mais ils demeurent par nature équivoques, de sorte que l'on ne peut pas en déduire une volonté d'exécution (on peut, par exemple, acheter un couteau sans vouloir forcément poignarder quelqu'un). Tout au plus, sont-ils punissables lorsqu'ils sont incriminés de façon autonome (par exemple, le port d'arme, l'embuscade, le complot ou l'association de malfaiteurs) ou s'ils constituent un cas de complicité. Enfin, la dernière étape est celle de la réalisation ou de l'*exécution* de l'infraction : dès que cette phase débute, il y a « commencement d'exécution » et la loi pénale peut s'appliquer.

Toute la difficulté consiste cependant à tracer la frontière entre les actes préparatoires et le commencement d'exécution. Pour cela, différents critères ont été proposés par la doctrine. Certains auteurs ont insisté plus sur la matérialité du commencement d'exécution (*théories objectives*) considérant que celui-ci supposait soit l'exécution d'un élément de l'infraction, soit au moins la réalisation d'un acte univoque qui révèle le délit. D'autres auteurs ont davantage insisté sur la psychologie de l'agent (*théories subjectives*) considérant que le commencement d'exécution devait révéler soit la volonté criminelle irrévocable de l'agent, soit sa puissance de nuire (*témibilité*). Actuellement, une conception mixte prévaut : le commencement d'exécution apparaît comme un acte révélant sans équivoque la résolution arrêtée par l'agent de réaliser l'infraction. Plus précisément, le commencement d'exécution est un acte qui révèle chez son auteur le *désir* et le *pouvoir* d'aller jusqu'au bout : l'agent a (ou croit avoir) la maîtrise des

1. En revanche, la résolution extériorisée est, dans certains cas, incriminée de façon autonome, au titre des *menaces* (C. pén., art. 222-17 s.).

moyens d'exécution et il agit de telle sorte qu'il ne reviendra plus en arrière ; on dira qu'il a « brûlé ses vaisseaux ». La jurisprudence adopte cette conception puisqu'elle considère que le commencement d'exécution est soit un acte « tendant directement à l'infraction avec l'intention de la commettre »<sup>1</sup>, soit un acte ayant « pour conséquence directe et immédiate de consommer le crime, celui-ci étant entré dans la période d'exécution »<sup>2</sup>, soit enfin un acte qui tend « directement et immédiatement à la réalisation de l'infraction projetée »<sup>3</sup>. Cette dernière formulation est, à notre sens, complète<sup>4</sup> puisque l'adverbe « directement » indique une proximité dans l'espace entre l'acte d'exécution et le résultat matériel probable<sup>5</sup>. L'adverbe « immédiatement » implique, quant à lui, une proximité dans le temps d'où l'on peut déduire la détermination<sup>6</sup> ou la volonté irrévocable de l'agent d'aller jusqu'au bout<sup>7</sup>. Enfin, l'adjectif « projetée » indique que l'auteur a bien pris la *décision* de réaliser l'infraction et qu'il s'y est résolu.

Néanmoins, la preuve de cette résolution n'est pas toujours aisée<sup>8</sup>. Lorsqu'elle ne résulte pas de l'aveu par l'intéressé de son projet<sup>9</sup>, elle doit être déduite des circonstances de l'infraction. Or, en ce domaine, la jurisprudence a parfois tendance à adopter une conception extensive du commencement d'exécution<sup>10</sup>. Ainsi, il a été jugé qu'un faux médecin invitant une femme à se déshabiller pour subir un examen préalable à l'embauche se rendait coupable

1. Crim. 5 juill. 1951, *Bull. crim.* n° 198 (tentative de vol d'un coffre-fort par des agents appréhendés avec des instruments d'effraction et un véhicule, après avoir éprouvé la solidité des barreaux d'une fenêtre).

2. Crim. 25 oct. 1962, *Bull. crim.* n° 292 (aff. *Lacour*) et no 293 (aff. *Schieb et Benamar*). Il ressort de ces arrêts, que le fait d'engager un tueur n'est pas le commencement d'exécution d'un meurtre. La solution s'explique parce que, dans les deux espèces, le commanditaire avait eu recours à un tiers pour perpétrer l'infraction, il n'avait donc pas la maîtrise de cette exécution. La tentative de complicité n'est pas punissable, V. également Crim. 23 mars 1978, *Bull. crim.* n° 116.

3. Crim. 19 juin 1979, *Bull. crim.* n° 219.

4. V. également, J. Devèze, « Le commencement d'exécution de l'infraction en jurisprudence », *RSC* 1981. 777 s.

5. Crim. 3 janv. 1913, S. 1913. 1. 281, note J.-A. Roux (en l'espèce, il s'agissait du fait de faire le guet en attendant le moment propice à la réalisation d'un vol).

6. Le terme « tenter » implique d'ailleurs en lui-même la volonté de réaliser l'acte, V. Crim. 22 juin 1988, *RSC* 1989. 318, obs. G. Levasseur.

7. V. Crim. 4 août 1927 (aff. *Riegler*), S. 1929, 1, 33, note J.-A. Roux.

8. Crim. 29 avr. 1980, *Bull. crim.* n° 117.

9. Crim. 27 févr. 1968, *Bull. crim.* n° 107.

10. V. B. Bouloc, H. Matsopoulou, *Droit pénal général et procédure pénale*, 20<sup>e</sup> éd., Sirey, 2016, n° 150.

d'une tentative d'agression sexuelle<sup>1</sup>, alors qu'en soi cette seule circonstance ne permettait pas d'établir la volonté d'agression. De même, il a été jugé qu'une personne ayant essayé en vain de louer les services d'un pilote d'hélicoptère, susceptible de survoler un établissement pénitentiaire, s'était rendue coupable de tentative de connivence à évasion<sup>2</sup>, alors que l'acte était en soi équivoque. Dans ce type d'hypothèses, il est probable que les juges du fond se laissent influencer par des éléments liés à la personnalité de l'auteur (antécédents pénaux, lien avec des comparses).

Enfin, en pratique, la frontière entre l'acte préparatoire et le commencement d'exécution est souvent ténue. Ainsi, en matière d'*escroquerie à l'assurance*, si un assuré procède à une mise en scène destinée à faire croire à l'existence d'un sinistre pour obtenir une remise de fonds de la part de son assureur, la simple mise en scène ne suffit pas à constituer une tentative d'escroquerie<sup>3</sup>; en revanche, il y a tentative dès que l'intéressé adresse à l'assureur une déclaration de sinistre<sup>4</sup>, même sans l'accompagner d'une demande d'indemnisation<sup>5</sup> car, dans ce cas, l'agent a fait tout ce qui était en son pouvoir pour consommer l'infraction.

## **2. L'absence de désistement volontaire**

**185** **Caractérisation.** La deuxième condition exigée par l'article 121-5 du Code pénal, pour conclure à une tentative est une *absence de désistement volontaire*. Le désistement volontaire empêche en effet la constitution de la tentative, à condition toutefois qu'il intervienne à temps et qu'il soit véritablement volontaire.

S'agissant du *moment du désistement*, il faut noter que l'agent qui a franchi le seuil de la phase d'exécution peut encore se désister et échapper à la répression tant que l'infraction n'est pas consommée. En revanche, après la consommation, son attitude est celle d'un *repentir tardif*, sans effet exonératoire, y compris lorsqu'il est actif. Ainsi, le fait pour l'agent d'essayer de réparer les conséquences de son acte (par exemple, en restituant la chose volée ou en soignant la personne bles-

1. Crim. 19 juin 1995, RSC 1996. 365, obs. B. Bouloc.

2. Crim. 3 sept. 1996, Dr. pénal 1997. 17, obs. M. Véron.

3. Crim. 22 mai 1984, D. 1984. 602, note J.-M. Robert.

4. Crim. 1<sup>er</sup> juin 1994, Dr. pénal 1994. 234, obs. M. Véron.

5. V. Crim. 22 févr. 1996, Dr. pénal 1996. 184, obs. M. Véron.

sée) ne s'oppose pas à la constitution de la tentative<sup>1</sup>. Tout au plus, le repentir actif peut-il, dans certains cas, être une cause d'atténuation ou de diminution de peine (cas des repentis), voire un obstacle à l'exercice de l'action publique (cure de désintoxication). En outre, il faut noter que la possibilité de se désister est plus grande dans les infractions matérielles que dans les infractions formelles<sup>2</sup>. Ainsi, pour le meurtre (*infraction matérielle*), l'agent qui a, par exemple, tendu une embuscade à sa victime et s'est élancé vers elle peut toujours se désister avant de porter le coup fatal, il ne sera alors pas punissable au titre de la tentative de meurtre (ce qui n'exclut pas, le cas échéant, des poursuites pour blessures). En revanche, pour l'empoisonnement (*infraction formelle*), l'administration d'un contrepoison serait un repentir tardif car ce crime est consommé dès que le poison a été administré à la victime.

S'agissant du *caractère volontaire* du désistement, celui-ci est établi chaque fois que l'agent a *librement* et *spontanément* renoncé à son projet criminel, sans intervention d'une cause extérieure<sup>3</sup>. S'il a, en revanche, renoncé sous l'unique pression d'un événement extérieur, la tentative demeurera punissable. Tel serait le cas de l'arrivée des forces de l'ordre ou de la résistance de la victime<sup>4</sup> ou encore d'une défaillance physique de l'agent<sup>5</sup>. Dans les situations intermédiaires où le désistement procède à la fois d'une résolution personnelle de l'agent et de la survenance d'un événement extérieur, qui fait naître en lui la crainte de poursuivre son entreprise (par exemple, la peur d'être dénoncé par un témoin qui ne s'oppose pourtant pas à l'infraction), il convient de rechercher la cause déterminante du désistement. Si la cause intérieure l'emporte, la tentative n'est pas punissable, si la cause extérieure

1. Ainsi l'individu qui met le feu à la victime puis qui éteint les flammes ne réalise qu'un repentir actif inopérant ; la tentative d'assassinat est constituée, Crim. 21 juin 2017, n° 16-82607, *Gaz. Pal.* 2017, n° 36, p. 41, obs. S. Detraz.

2. V. ss 172.

3. V. par ex., Douai, 6 mai 2003, *Dr. pénal* 2003. 122, obs. M. Véron (a été considéré comme s'étant spontanément désisté de sa tentative d'évasion le détenu qui a informé un surveillant de « la connerie » qu'il a faite en commençant à creuser le béton de sa cellule).

4. Crim. 26 avr. 2000, *Bull. crim.* n° 164 (libération d'une mineure de 15 ans qui avait opposé de la résistance à son enlèvement ; ses appels au secours ont été considérés comme la cause de sa libération).

5. Crim. 10 janv. 1996, *Dr. pénal* 1996. 97, obs. M. Véron (tentative de viol constituée malgré la « déficience » momentanée de l'agresseur).

est prépondérante, la tentative est punissable. Ainsi, un désistement libre et spontané a été reconnu de la part d'un homme qui avait cherché à s'introduire dans un bureau de tabac pour y commettre un vol, mais qui y avait renoncé à la suite de la venue fortuite d'un ami, lequel avait su, sans contrainte, le dissuader de poursuivre son entreprise criminelle<sup>1</sup>. Il en va différemment de celui qui remplit un chariot dans un grand magasin et avant de franchir la porte l'abandonne car il se sent épié par les employés<sup>2</sup> ; ou du détenu qui brise les vitres de la fenêtre de sa cellule, scie les barreaux, puis se couche sur son lit, l'air de rien, en entendant les gardiens arriver : sa tentative d'évasion est constituée car l'infraction n'a été suspendue que par la crainte provoquée par l'arrivée des surveillants<sup>3</sup>. Dans ce dernier cas, la tentative suspendue est proche d'une tentative infructueuse.

## B. La tentative infructueuse

---

**186 Conditions.** L'article 121-5 du Code pénal envisage le cas de la tentative qui « a manqué son effet » en raison de circonstances indépendantes de la volonté de son auteur. Cette situation suppose également un commencement d'exécution et une absence de désistement volontaire<sup>4</sup>, mais elle est distincte de la tentative suspendue, en ce sens que *la totalité des actes d'exécution* a été accomplie, donc que l'on est vraiment certain que l'interruption est involontaire. Seul le résultat de l'infraction n'a pas été atteint, soit en raison de la survenance d'un obstacle : l'infraction est *manquée* (1) ; soit en raison d'une impossibilité initiale de parvenir au résultat : l'infraction est *impossible* (2).

### 1. L'infraction manquée

**187 Définition.** L'infraction manquée correspond à la situation de l'agent qui a tout fait pour parvenir au résultat mais qui manque son but, soit par maladresse (par exemple, l'agent tire sur sa vic-

---

1. Crim. 20 mars 1974 (arrêt *Weinberg*), RSC 1974. 575, obs. J. Larguier ; J. Pradel et A. Varinard, *GADPG, op. cit.*, n° 31.

2. Crim. 3 janv. 1973 (arrêt *Berchem*) : J. Pradel et A. Varinard, *GADPG, op. cit.*, n° 31.

3. Crim. 11 mai 1975, *Bull. crim.* n° 150.

4. V. ss 184 et 185.

time mais il la manque car le coup était mal ajusté), soit à cause d'une intervention extérieure (la victime esquivait la balle, un obstacle s'interpose). Pour les infractions matérielles, cet acte est punissable au titre de la tentative infructueuse car l'intention de l'agent d'aller jusqu'au bout ne peut être mise en doute. L'idée est que sans la survenance de l'obstacle, l'infraction aurait été consommée. Donc si la tentative est prévue, l'infraction manquée est punissable à ce titre. Cette situation ne doit pas être confondue avec celle de l'infraction impossible, pour laquelle le résultat est dès l'origine objectivement hors d'atteinte.

## **2. L'infraction impossible**

**188 Définition.** L'infraction impossible correspond au cas où le résultat est *hors d'atteinte*, soit parce que l'infraction manque d'objet (par exemple, tirer sur une personne déjà morte ; essayer de faire avorter une femme non enceinte), soit parce que l'infraction manque de moyens (par exemple, tirer avec un fusil non chargé ; utiliser une substance non abortive ; « voler » dans une poche vide). Ces comportements manifestent indéniablement une puissance de nuire, mais sont-ils pour autant punissables au titre de la tentative infructueuse ? La jurisprudence l'a admis<sup>1</sup> mais la question a toujours suscité des controverses doctrinales. Ainsi, *Ortolan*<sup>2</sup> estimait qu'il fallait distinguer entre l'impossibilité absolue qui conduisait à l'impunité, parce que l'objet de l'infraction n'existait pas (tirer avec un fusil non chargé ; tirer sur un cadavre) et l'impossibilité relative qui justifiait la répression parce que l'objet de l'infraction était momentanément impossible à atteindre (tirer avec un fusil n'ayant pas une portée suffisante). Néanmoins, cette distinction n'a pas été retenue par la jurisprudence<sup>3</sup> car on peut lui objecter que l'impossibilité n'est pas susceptible de degrés<sup>4</sup>. D'autres auteurs, à l'instar de *Roux*<sup>5</sup>, ont distingué entre l'impossibilité

1. Crim. 1849 (tentative de meurtre avec fusil non chargé) ; Crim. 1877 (tentative de meurtre alors que la victime n'était pas à l'endroit indiqué) ; Crim. 4 janv. 1895, *DP* 1896. 1. 21, note Garraud (tentative de vol dans une poche vide).

2. J. Ortolan, *Éléments de droit pénal*, t. 1, n° 1005 s.

3. Crim. 9 nov. 1928 (arrêt *Fleury*) : *JCP* 1929. 239, note Garraud ; J. Pradel et A. Varinard, *GADPG*, *op. cit.*, n° 32.

4. V. J. Larguier, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 30.

5. J.-A. Roux, *Cours de droit criminel français*, 2<sup>e</sup> éd., 1927, t. 1, p. 11-18.

de droit non répréhensible faute d'éléments de qualification (par exemple, le « meurtre » de cadavre) et l'impossibilité de fait punissable (fusil non chargé, poche de la victime momentanément vide). Néanmoins, cette dernière distinction peut apparaître comme un « détour inutile »<sup>1</sup> parce que tout simplement l'impossibilité de droit correspond à une impossibilité de qualification<sup>2</sup>.

Aussi, une distinction préférable consisterait à nier la tentative lorsque des éléments de qualification font défaut et à l'approuver lorsqu'il manque des éléments qui n'entrent pas dans la description matérielle de l'incrimination<sup>3</sup>. Toutefois, la Cour de cassation se prononce toujours pour une répression généralisée de l'infraction impossible en appliquant les règles de la tentative sans distinction. Ainsi, dans un arrêt *Perdereau* du 16 janvier 1986, la chambre criminelle a admis que les violences commises avec intention de donner la mort sur une personne prédécédée constituaient un commencement d'exécution d'homicide volontaire<sup>4</sup>. Or cette solution « d'inspiration plus criminologique que juridique »<sup>5</sup> est fâcheuse car elle revient à punir, au titre de la tentative infructueuse, un acte qui n'est pas punissable faute sinon d'une condition préalable, du moins d'un intérêt protégé (le meurtre suppose une victime vivante), ce qui n'est pas conforme au principe de légalité des incriminations.

Cela étant dit, lorsque les moyens sont totalement inappropriés pour parvenir au résultat, tels que des *moyens surnaturels*, tous s'accordent pour dire qu'il n'y a pas de répression. Ainsi, essayer de tuer par envoûtement ou au moyen d'un pistolet en plastique ne serait pas punissable. De même, ne serait pas punissable l'infraction qui n'existerait que dans la tête de l'agent, il s'agirait d'une *infraction putative* (par ex., séduire une personne majeure en croyant qu'il s'agit d'une mineure). En effet, il ne suffit pas de

---

1. R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel*, op. cit., n° 512.  
2. V. R. Garraud, *Traité théorique et pratique du droit pénal*, 3<sup>e</sup> éd., p. 515.  
3. V. Crim. 15 juin 1961, *Bull. crim.* n° 299 (tentative de vol dans une voiture vide) ; Crim. 15 mars 1994, *Dr. pénal* 1994, 153, obs. M. Véron (tentative de vol avec effraction dans une habitation, dans laquelle ne se trouvait aucun objet de valeur). V. également, Crim. 5 mai 1997, *Bull. crim.* n° 168 (commando anti-IVG s'introduisant dans une maternité où aucun avortement n'était pratiqué).  
4. Crim. 16 janv. 1986, *D.* 1986. 625, note D. Mayer et C. Gazouaud, J. Pradel ; *JCP* 1987. II. 20774, note G. Roujou de Boubée ; *RSC* 1986. 850, obs. G. Levasseur.  
5. V. R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel*, t. 1, op. cit., n° 512.

croire que l'on a réalisé une infraction pour encourir une sanction pénale, encore faut-il la réaliser dans tous ses éléments : l'élément matériel comme l'élément moral.

## SECTION 2

# L'ÉLÉMENT MORAL

**189 Volonté coupable.** Dans notre système pénal actuel, un acte matériel non soutenu par une volonté *coupable* n'est pas pénalement répréhensible. Tel est l'aspect moral du droit pénal : il n'intervient pas seulement pour protéger des valeurs, mais également pour sanctionner des *fautes*, lesquelles reposent toujours sur la volonté. Il est donc nécessaire dès l'opération de *qualification* de mettre en évidence cette faute ou « élément moral » de l'infraction<sup>1</sup>. Plus exactement, tout acte matériel répondant à la définition légale d'une infraction (*actus reus : acte criminel*) n'est punissable que s'il a été réalisé par son auteur avec la *volonté* ou la *conscience* de violer la loi pénale (*mens rea : mentalité criminelle*). Il serait, en effet, contraire aux principes les plus fondamentaux de notre droit d'imputer à un individu un acte sans vérifier préalablement qu'il est sous-tendu par une volonté et une conscience criminelle ou délictuelle. Le Conseil constitutionnel a eu l'occasion de consacrer ce *principe de culpabilité*, d'où il résulte que la seule imputabilité matérielle ne suffit pas<sup>2</sup>. Toutefois, la mise en évidence de cette culpabilité est difficile car elle provient du *for intérieur*, d'où l'importance de savoir déceler les différentes formes d'extériorisation de la faute (§ 1), et de connaître les règles qui en gouvernent l'appréciation (§ 2).

1. V. également en ce sens, J. Leroy, *Droit pénal général*, LGDJ/Montchrestien, 2003, n° 360 s. ; V. cependant J.-H. Robert, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 316 s. (l'auteur étudie la culpabilité au titre des conditions d'imputation).

2. Cons. const. 16 juin 1999, n° 99-411 DC, *JO* 19 juin 1999, p. 9018, *D.* 1999. 589, note Y. Mayaud.

## § 1. Les formes de la faute

**190 Mépris de l'interdit.** En droit pénal, la faute ou *culpabilité* consiste à *agir au mépris de l'interdit pénal*. Or cette culpabilité est susceptible d'une gradation suivant l'intensité de la volonté ou de la conscience qui la sous-tendent. La culpabilité peut tout d'abord reposer sur une volonté orientée vers le but illicite : l'agent a la volonté et la conscience du résultat illicite, on est en présence d'une *intention (dolus)* ou, par extension de langage, d'une *faute intentionnelle (A)*. La faute peut ensuite résider dans le fait de ne pas avoir fait preuve d'une volonté suffisante, ni d'une prise de conscience suffisante, pour éviter le résultat illicite : cette volonté non maîtrisée constitue une *faute* au sens strict (*culpa*) que l'on qualifiera de *non intentionnelle (B)*. Enfin, la culpabilité morale peut être à mi-chemin entre l'intention et la non-intention : l'agent n'a pas eu la volonté du résultat mais il avait ou aurait dû avoir la conscience du résultat ; sa faute est « de nature intermédiaire »<sup>1</sup> entre l'intention et la non-intention (**C**).

### A. La faute intentionnelle

**191 Volonté et conscience du résultat.** Aux termes de l'article 121-3, alinéa 1, du Code pénal, « il n'y a point de crime ou de délit sans intention de le commettre »<sup>2</sup>. En matière criminelle et délictuelle, il est donc nécessaire, sauf texte contraire, de prouver l'intention coupable pour pouvoir appliquer une qualification pénale. S'agissant des *contraventions*, il ressort des textes spéciaux que certaines contraventions sont intentionnelles et d'autres non. L'intention est donc un élément moral commun aux crimes, délits et contraventions. Plus précisément, il y a intention lorsque l'agent a recherché le résultat délictueux (il a agi volontairement) et qu'il en a eu conscience (il a agi sciemment) : « il l'a fait exprès ». L'intention est en effet classiquement définie comme une volonté tendue vers le but illicite (1). Elle doit être distinguée des mobiles, en principe inopérants (2).

1. Ph. Conte, P. Maistre du Chambon, *Droit pénal général, op. cit.*, n° 388 s.

2. Sur le sens et la portée de ce texte v. S. Detraz, « L'intention est-elle encore le principe ? », in L. Saenko, *Le Nouveau Code pénal, 20 ans après*, Lextenso/LGDJ, 2014, p. 63 s.

### 1. La définition de l'intention

- 192 Volonté tendue vers le résultat.** L'intention consiste dans l'accomplissement délibéré de l'acte matériel constitutif de l'infraction : c'est une volonté *tendue* vers le résultat légal de l'infraction (*intendere*). Elle consiste à « faire exprès », à agir avec la conscience et la volonté du résultat de l'infraction. Plus précisément, l'intention consiste dans la volonté de commettre l'infraction telle qu'elle est déterminée par la loi. Cette intention est une volonté *en mouvement*, qui ne se confond pas avec la volonté qui la sous-tend<sup>1</sup>. On la désigne par la qualification de *dol*, en opérant une distinction entre le dol général et le dol spécial.
- 193 Dol général.** Le dol « général » se rencontre dans toutes les infractions intentionnelles<sup>2</sup>, il s'agit de l'élément moral minimal. Il est caractérisé, quel que soit le mobile qui inspire l'agent<sup>3</sup> : il n'est donc pas nécessaire pour le prouver de démontrer un esprit particulièrement malveillant ou une « intention de nuire ». Il s'agit simplement de l'intention de violer « la » loi pénale<sup>4</sup> ou d'enfreindre l'interdit pénal. En principe, cette intention doit être prouvée y compris lorsque le texte d'incrimination ne contient pas les adverbes « volontairement », « intentionnellement » ou « sciemment », cette exigence découle pour les crimes et délits de l'article 121-3 du Code pénal et du principe de culpabilité. Plus précisément, le dol général suppose à la fois la *volonté* et la *conscience* du résultat : l'auteur *veut* accomplir l'acte qu'il sait défendu. La plupart du temps cette intention se déduit des faits<sup>5</sup> ou est établie par *présomption* à partir des circonstances de l'infraction ou de la qualité de son auteur<sup>6</sup>. Néanmoins, la Cour de cassation va parfois plus loin encore et réduit l'intention pénale à la seule connaissance du non-respect d'un devoir légal ou régle-

1. En pratique, ce sera au ministère public de prouver l'intention alors que la volonté, condition d'imputabilité, se présume.

2. V. F. Desportes, et F. Le Guehec, *Droit pénal général*, op. cit., n° 471 s.

3. V. Crim. 18 juill. 1977, J. Pradel et A. Varinard, *GADPG*, op. cit., n° 39.

4. Ph. Conte, P. Maistre du Chambon, *Droit pénal général*, op. cit., n° 382.

5. Ainsi, l'intention homicide qui permet de distinguer les coups mortels du meurtre se déduit de la taille du couteau utilisé et de l'endroit où les coups sont portés, Crim. 15 mars 2017, n° 16-87694, *Gaz. Pal.* 2017, n° 27, p. 51, obs. E. Dreyer.

6. V. par ex. le cas d'un dirigeant poursuivi pour fraude fiscale, Crim. 5 janv. 2017, n° 15-82435, *Dr. Pénal* 2017, comm. 40, obs. J.-H. Robert.

mentaire, en jugeant régulièrement que « la seule constatation de la violation en connaissance de cause d'une prescription légale ou réglementaire implique de la part de son auteur, l'intention coupable exigée par l'article 121-3, alinéa 1, du Code pénal »<sup>1</sup>. En l'occurrence, l'intention est établie moins par présomption que par « implication », puisque les juges se dispensent de toute appréciation circonstanciée et concrète<sup>2</sup>. Le *dol général* peut donc apparaître comme une volonté relativement abstraite qui se limite à la conscience de la violation de la loi pénale, au moment où l'agent réalise l'acte<sup>3</sup>. Ce phénomène a longtemps été observé en droit pénal de l'économie et des affaires, où les juges ont tendance à considérer, en cas d'infractions matériellement constituées, que les dirigeants, les cadres ou les professionnels de l'entreprise savaient forcément qu'ils violaient des obligations pénalement sanctionnées ou ne pouvaient pas ne pas le savoir : l'intention est donc très évanescence et se confond avec la négligence consciente<sup>4</sup>. Mais l'article 121-3 alinéa 1<sup>er</sup> du Code pénal n'est pas pour autant devenu lettre morte : la Cour de cassation invite encore les juges à caractériser l'élément intentionnel des délits<sup>5</sup>, y compris en droit pénal de l'économie, où l'intention frauduleuse semble reprendre de la consistance<sup>6</sup>.

**194 Dol spécial.** À cette exigence de *dol général*, le législateur peut ajouter une intention plus affinée, dénommée *dol spécial*, qui est propre à chaque infraction. Néanmoins, la notion de *dol spécial* n'est pas comprise de la même façon par tous : pour certains auteurs, le dol spécial serait « un élément intellectuel plus caracté-

1. Crim. 25 mai 1994, *Bull. crim.* n° 203 ; la jurisprudence était déjà en ce sens avant 1994, V. Crim. 16 janv. 1947, *Bull. crim.* n° 23, « l'élément intentionnel résulte de la nature même du délit et n'a pas besoin d'être affirmé par le juge ».

2. Y. Mayaud, *Droit pénal général*, Puf Thémis, 4<sup>e</sup> éd., 2018, p. 197.

3. V. I. Moine-Dupuis, « L'intention en droit pénal : une notion introuvable ? », D. 2001. Chron. 2144 ; V. aussi Y. Mayaud, *Droit pénal général*, PUF, 4<sup>e</sup> éd. 2013, n° 211.

4. V. X. Pin, « La nature de la faute en droit pénal économique », in V. Valette-Ercole (dir.), *Le droit pénal économique, un droit pénal très spécial*, Cujas, Actes et études, 2018, p. 37 s. ; v. déjà W. Jeandier, « L'élément moral des infractions d'affaires ou l'art de la métamorphose », in *Mélanges A. Decocq*, LexisNex/Litec, 2004, p. 369 s.

5. V. par ex. pour le délit d'obstacle aux fonctions des agents chargés de la surveillance sanitaire des animaux, Crim. 31 oct. 2017, n° 16-86310, *Dr. pénal* 2018, comm. 28, obs. J.-H. Robrt.

6. V. par ex. pour le délit de tromperie, Crim. 28 nov. 2017, n° 16-84435, *Dr. pénal* 2018, comm. 35, obs. J.-H. Robert.

risé» qui consisterait dans « l'intention d'atteindre un certain résultat prohibé par la loi pénale »<sup>1</sup>. Seraient ainsi des dols spéciaux : l'intention de *tuer* requise pour le meurtre, l'intention de blesser requise pour les atteintes volontaires à l'intégrité corporelle, ou encore l'intention de se *comporter* même momentanément *en propriétaire* pour le vol. Mais cette présentation ne nous convainc guère parce que ce dol spécial est nécessairement intégré dans le texte de qualification donc soit il est absorbé par le dol général<sup>2</sup>, soit il absorbe le dol général<sup>3</sup>. Ainsi dans le meurtre l'*animus necandi* (*dol spécial*) est inhérent à l'intention de ne pas respecter l'interdit du meurtre (*dol général*) : les deux notions se confondent donc. Aussi, lorsque le texte ne fait pas référence à un mobile particulier mais n'évoque qu'une volonté orientée vers un résultat ou ne fait aucune allusion à une quelconque inclination de la volonté, le respect de la légalité criminelle implique de s'en tenir au seul *dol général*.

Sur ce point, la position de la Cour de cassation est parfois critiquable. Il en est ainsi en matière d'empoisonnement (C. pén., art. 221-5). En effet, après avoir jugé que l'intention homicide n'était pas caractérisée par la « seule connaissance du pouvoir mortel de la substance administrée »<sup>4</sup>, la Cour de cassation a précisé le 18 juin 2003, dans l'un des volets de l'affaire du sang contaminé, que ce crime ne pouvait être commis qu'avec *l'intention de donner la mort*, élément moral commun à l'empoisonnement et aux autres crimes d'atteinte volontaire à la vie de la personne<sup>5</sup>. Autrement dit, malgré son caractère formel, l'infraction relèverait moins d'une logique de risque que d'une logique

1. F. Desportes, et F. Le Gunehec, *Droit pénal général*, op. cit., n° 474.

2. J. Pradel, A. Varinard, *GADPG*, op. cit., n° 39 ; J. Leroy, *Droit pénal général*, op. cit., n° 379.

3. A. Dana, *La notion d'infraction pénale*, LGDJ, 1982, n° 454 s.

4. Crim. 2 juill. 1998, *Bull. crim.* n° 211 ; D. 1998. 457, note J. Pradel ; *JCP* 1998. II. 10132, note M.-L. Rassat (à propos de celui qui se sait porteur du virus du Sida et ne prend aucune précaution pour se protéger dans une relation sexuelle). Désormais, la Cour de cassation juge que la transmission volontaire du Sida est constitutive du délit d'administration de substance nuisible (C. pén., art. 222-15), Crim. 10 janv. 2006, *Bull. crim.* n° 11 ; *Dr. pénal* 2006. 30, obs. M. Véron. V. aussi A. Prothais, « Le sida par complaisance rattrapé par le droit pénal », *D.* 2006. Chron. 1068 ; B. Chapleau, « La pénalisation de la transmission du virus de l'immunodéficience humaine par voie sexuelle », *Dr. pénal* 2006. Chron. 18.

5. V. Crim. 18 juin 2003, *D.* 2004. 1620, note D. Rebut ; V. également V. Malabat, J.-C. Saint-Pau, « Le droit pénal général malade du sang contaminé », *Dr. pénal* 2004. Chron. 2.

de mort<sup>1</sup> : le dol général (la conscience de violer la loi pénale en administrant une substance mortifère) se doublerait d'un dol spécial : l'*animus necandi*. Pourtant, le législateur n'a pas expressément érigé l'intention de causer la mort de la victime en dol spécial – tout au plus s'agit-il d'un mobile<sup>2</sup> – ; au reste, on comprend cette réserve du législateur car la différence faite entre l'intention de tuer (*dol spécial*) et la connaissance du pouvoir mortel de la substance administrée (*dol général*) est en l'occurrence bien artificielle : celui qui, sain d'esprit, sait qu'il administre ou fait administrer un produit mortel présente, à nos yeux, la même culpabilité que celui qui veut donner la mort. Dans ce cas, le mobile (vouloir donner la mort) est inhérent à l'intention (vouloir administrer le produit mortel)<sup>3</sup>.

Pour d'autres, la distinction entre le dol général et le dol spécial repose sur le critère du résultat visé : le dol général porterait sur un résultat inclus dans les éléments matériels, alors que le dol spécial porterait sur un résultat qui ne participe pas des résultats matériels<sup>4</sup>. Ce critère est séduisant et il s'accorde avec la thèse de ceux qui pensent que le dol spécial n'est rien d'autre qu'un mobile érigé en intention<sup>5</sup>. Mais il convient alors de préciser que *seul le législateur* peut ériger un mobile en élément constitutif.

## **2. Le mobile**

**195 Mobile inopérant.** Le mobile relève du for intérieur, il est la raison qui pousse l'agent à commettre une infraction<sup>6</sup>. À la différence de l'intention, *dol général*, qui consiste dans une volonté abstraite, le mobile varie suivant les auteurs : la jalousie, la haine, la colère, le dépit, la cupidité, la plaisanterie, etc. Dans une perspective policière ou criminologique, les mobiles sont importants car, comme l'écrivait Gide, ils constituent « l'anse par laquelle on tient le criminel ». Néanmoins, en droit pénal, la loi étant par nature géné-

1. Y. Mayaud, « L'empoisonnement une logique de mort. À propos de l'affaire du sang contaminé », RSC 1995. 347.

2. V. Ph. Conte, *Droit pénal spécial*, 3<sup>e</sup> éd., Litec, 2007, n° 17.

3. Ph. Conte, *Droit pénal spécial*, *op. cit.*, et *loc. cit.*

4. D. Rebut, note préc.

5. A. Decocq, *Droit pénal général*, Armand Colin, U, 1971, p. 217 ; Ph. Conte et P. Maistre du Chambon, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 384.

6. Ph. Conte, P. Maistre du Chambon, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 383.

rale et abstraite, les mobiles sont en principe indifférents. Ils ne jouent aucun rôle dans l'opération de qualification, *ni comme élément constitutif, ni comme fait justificatif*. Ainsi, peut-on commettre un meurtre par jalousie, par cupidité ou par compassion, peu importe : on est meurtrier parce que l'on a eu l'intention de tuer. De même, on peut commettre un vol pour lutter contre le capitalisme ou pour payer ses dettes, peu importe : dès lors qu'il y a soustraction frauduleuse de la chose d'autrui, il y a infraction punissable. En principe, sauf texte contraire, les mobiles « légitimes » ou « honorables » n'exonèrent pas l'auteur<sup>1</sup>. De même, l'infraction *jocandi causa* (« pour rire ») n'en est pas moins une infraction punissable<sup>2</sup>, y compris lorsqu'elle est commise entre « amis » qui ont l'habitude de se faire des « blagues »<sup>3</sup>. Cette indifférence des mobiles doit cependant être nuancée : si l'on excepte pour l'instant le cas du mobile érigé en fait justificatif<sup>4</sup>, le mobile est aussi pris en considération par le législateur soit pour préciser l'élément intentionnel (*dol spécial*), soit pour aggraver la répression (*dol aggravé*).

**196 Dol spécial.** Le mobile est pris en compte par le législateur, lorsqu'un dessein déterminé est érigé en élément intentionnel. Tel est le sens qu'il faut donner au *dol spécial*. Par exemple, dans l'abus de biens sociaux, le dirigeant doit avoir commis un acte abusif qu'il savait contraire à l'intérêt de la société, « à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle il était intéressé directement ou indirectement » (C. com., art. L. 242-3). De même, l'infraction d'organisation de son insolvabilité suppose l'intention de se rendre insolvable pour se soustraire à l'exécution d'un jugement (C. pén., art. 314-7). L'intérêt pour le législateur d'ériger de tels mobiles en *dol spécial*

1. Crim. 23 oct. 1986, *Bull. crim.* n° 384 (condamnation de la séquestration des dirigeants d'une entreprise à l'occasion d'un conflit du travail).

2. Crim. 21 oct. 1969, *Bull. crim.* n° 258 (un individu avait appliqué une « soufflette » propulsant de l'air comprimé sur le fondement d'un camarade pour plaisanter : ce dernier eut les intestins perforés).

3. Comp. Toulouse, 21 févr. 2002, *Dr. pénal* 2002. 83, obs. M. Véron (envoi de poudre blanche à un « ami » dans une enveloppe interceptée par un préposé des postes ; relâche du chef de blessures volontaires sur l'agent des postes).

4. V. ss 254.

est de rendre plus difficile la démonstration de la faute<sup>1</sup>. Aussi, faut-il dénoncer, comme contraire à la légalité criminelle, la tendance jurisprudentielle qui consiste à présumer le dol spécial. Il a ainsi été jugé de manière critiquable, à propos de l'abus de biens sociaux, que s'il n'est pas prouvé que les fonds détournés de la trésorerie de l'entreprise ont été utilisés dans le seul intérêt de la société, c'est qu'ils ont nécessairement été utilisés dans un intérêt personnel<sup>2</sup>.

- 197 **Dol aggravé.** Enfin, le mobile peut être pris en compte dans la détermination de la sanction. Certains mobiles sont ainsi des facteurs légaux d'aggravation de la peine (*dol aggravé*)<sup>3</sup>. Tel est le cas lorsque l'infraction a été planifiée à l'avance et se réalise avec préméditation ou en bande organisée (C. pén., art. 132-71), ou lorsque le dessein poursuivi par les auteurs est particulièrement condamnable : par exemple, en matière de terrorisme, l'article 421-3 du Code pénal prévoit une aggravation de peine pour des infractions de droit commun, réalisées en relation avec une entreprise individuelle ou collective ayant « pour but de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation et la terreur ». Leur régime procédural est également adapté (C. pr. pén., art. 706-16 s.). De même, la profanation de sépulture est aggravée lorsqu'elle est commise « à raison » de la race ou de la religion de la personne (C. pén., art. 225-18). Dans le même ordre d'idée, on notera qu'une circonstance aggravante de racisme a été instituée (C. pén., art. 132-76), ainsi qu'une circonstance aggravante de motivation liée à l'orientation sexuelle de la victime (C. pén., art. 132-77).

Mais d'une manière plus générale, le mobile est surtout pris en compte par le *juge* au titre de son pouvoir d'individualisation de la peine : la qualification n'est alors pas affectée<sup>4</sup>.

1. À moins que le législateur ne pose une présomption de dol spécial, ainsi selon l'article 35 bis de la loi du 29 juillet 1881, la diffamation est « réputée faite de mauvaise foi, sauf preuve contraire par son auteur ».

2. Crim. 1<sup>er</sup> mars 2000, RSC 2000. 839, obs. J.-F. Renucci ; Crim. 9 juill. 1998, D. 1999. Somm. 159, obs. M. Segonds.

3. F. Desportes, F. Le Guehec, *Droit pénal général*, op. cit., n° 478.

4. Crim. 13 mai 1992, Dr. pénal 1992. 279.

## B. La faute non intentionnelle

**198 Absence de volonté et de conscience du résultat.** La faute non intentionnelle est celle qui correspond à une *volonté mal maîtrisée* : l'auteur a bien voulu son geste mais il n'a eu ni la volonté ni la conscience de ses conséquences (*imprévoyance*). On dira que l'auteur a été imprudent, maladroit, inattentif ou négligent, bref qu'il n'a pas « fait exprès » ou pas fait attention. La non intention c'est, en quelque sorte, la non attention. Cette faute dite aussi « d'imprudence<sup>1</sup> » se rencontre, en principe, en présence d'un *résultat dommageable*, soit en matière de délit, « lorsque la loi le prévoit » (C. pén., art. 121-3, al. 3)<sup>2</sup>, soit en matière de contravention ; il n'existe en revanche plus de crimes non intentionnels. Quant à la définition d'une telle faute, il faut faire état d'une gradation des comportements imprudents corrélée, depuis la loi n° 2000-647 du 10 juillet 2000, à la nature du lien de causalité entre ce comportement et le résultat<sup>3</sup>. L'article 121-3, alinéa 4, du Code pénal impose en effet, pour les personnes physiques<sup>4</sup> dont le geste cause un dommage, une distinction entre les *fautes simples*, suffisantes pour constituer une infraction non intentionnelle en cas de causalité directe (1) et des *fautes qualifiées*, qui sont nécessaires en cas de causalité indirecte (2).

### 1. Les fautes simples

**199 Imprudence, négligence, maladresse ou manquement.** La faute simple ou faute ordinaire peut être retenue, *lorsque la loi le prévoit*, à l'encontre des personnes physiques qui ont causé directement un dommage : elle correspond à un relâchement de la vigilance, à une inadvertance coupable. Plus exactement l'article 121-3, alinéa 3, du Code pénal vise la « faute d'imprudence, de négligence ou de manquement à une obligation de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement » et les

1. V. G. Giudicelli-Delage, « La sanction de l'imprudence », *Mélanges P. Couvrat*, PUF, 2000, p. 523 s.

2. V. X. Pin, « La non-intention est-elle vraiment l'exception ? », in L. Saenko (dir.), *Le Nouveau Code pénal, 20 ans après, op. cit.*, p. 79 s.

3. Sur la causalité, V. ss 174.

4. La distinction n'est pas pertinente pour les personnes morales, V. C. pén., art. 121-2, al. 3, et 121-3, al. 4. Les personnes morales peuvent donc voir leur responsabilité pénale engagée pour faute simple alors même que leur organe ou le représentant n'aurait pas directement causé le dommage (Crim. 24 oct. 2000, *Bull. crim.* n° 308).

textes spéciaux relatifs notamment aux homicides (C. pén., art. 221-6 et 221-6-1) et blessures « involontaires »<sup>1</sup> (C. pén., art. 222-19, 222-19-1, 222-20-1 et R. 625-2) reprennent également ces formes d'inadvertances en évoquant parfois le manquement à une obligation de prudence et de sécurité « imposée » par la loi ou le règlement (au lieu de « prévue ») et en y ajoutant aussi la « maladresse » ou « l'inattention » de façon à couvrir, de manière un peu redondante, toute la gamme des comportements imprudents. En soi, cette énumération n'appelle pas beaucoup de commentaires, sinon pour regretter que les textes spéciaux et le texte général ne soient pas pleinement harmonisés car il s'agit toujours de sanctionner des manifestations d'« imprévoyance » et d'« indiscipline »<sup>2</sup>, c'est-à-dire, en définitive, le non-respect de règles de conduite. À cet égard, il faut noter que le « manquement à une obligation de prudence ou de sécurité » prévue (ou imposée) par le « règlement », fait référence au seul règlement administratif (décret, arrêté) ; la violation d'autres règles (règlements intérieurs, règles professionnelles) devrait tomber plus généralement sous la qualification d'imprudence ou de négligence.

Cela dit, il faut surtout noter que les « poussières de faute » ne sont plus sanctionnées, puisque l'article 121-3, alinéa 3, du Code pénal ne permet de relever une faute d'imprudence ou de négligence que « 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 ». Ce texte est le résultat de deux réformes successives : d'abord la loi n° 96-393 du 13 mai 1996, qui a permis à l'auteur de s'exonérer en prouvant qu'il avait accompli les diligences normales, puis la loi n° 2000-647 du 10 juillet 2000 qui, en modifiant la formulation, a fait de l'absence de diligence normale un élément constitutif de la faute non intentionnelle. Autrement dit, il n'y a faute pénale qu'en *l'absence de diligences normales*<sup>3</sup>.

1. L'expression est impropre parce que toute faute repose sur une volonté.

2. V. F. Desportes, F. Le Gunehec, *Droit pénal général*, op. cit., n° 488.

3. V. par ex., pour une faute médicale, Crim. 23 oct. 2002, *Dr. pénal* 2002. 27, 1<sup>er</sup> arrêt, obs. M. Véron..

## 2. Les fautes qualifiées

- 200** *Culpa lata*. Les *fautes qualifiées* sont des marques particulières d'indiscipline et de mépris de la norme : des comportements proches de l'*insouciance*. Aux termes de l'article 121-3, alinéa 4, du Code pénal, ces fautes sont les seules qui peuvent être recherchées pour les *personnes physiques* qui n'ont pas causé directement le dommage, mais qui ont contribué à créer la situation qui a permis la réalisation du dommage (*auteurs indirects*) ou qui n'ont pas pris les mesures permettant de l'éviter (*auteurs médiats*). Cette exigence est due à loi du 10 juillet 2000, dont on rappellera qu'elle visait principalement à dépenaliser l'action des décideurs publics : l'idée était de subordonner leur culpabilité à la démonstration d'une faute lourde. Or c'est chose faite puisque le texte vise deux catégories de fautes d'insouciance plus difficiles à établir que l'imprudenc simple : d'une part, la violation « manifestement délibérée d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou par le règlement », et d'autre part, la « faute caractérisée [...] qui exposait autrui à un risque d'une particulière gravité et [que son auteur] ne pouvait ignorer ».
- 201** **La faute « délibérée »**. La première catégorie de faute qualifiée est celle de l'agent qui « a violé de façon manifestement délibérée une obligation particulière de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement ». Cette faute « délibérée » est une forme « d'hostilité à la norme »<sup>1</sup> particulièrement blâmable que l'on recherchera nécessairement en présence d'un auteur indirect ou médiate, personne physique. D'aucuns considèrent que cette faute, visée par l'article 121-3, alinéa 4, du Code pénal est équivalente à la « faute de mise en danger délibérée de la personne d'autrui », visée par l'alinéa 2 du même article<sup>2</sup>. Néanmoins, ce deuxième alinéa a été originairement conçu pour accueillir la figure du « dol éventuel », lequel en bonne logique devrait être rattaché aux fautes intentionnelles. Aussi, nous semble-t-il préférable de réserver la qualification de « faute de mise en danger » à des fautes de

1. Pour cette expression, V. D. Commaret, « La loi du 10 juillet 2000 et sa mise en œuvre par la chambre criminelle de la Cour de cassation », *Gaz. Pal.*, 12-13 avr. 2002, p. 3 s.

2. En ce sens, F. Desportes, F. Le Guehec, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 492 s.

nature intermédiaire plus proches de l'intention que de la non-intention<sup>1</sup>. Sous cette réserve<sup>2</sup>, on constatera que la nouvelle faute « délibérée » de l'article 121-3, alinéa 4, du Code pénal suppose, comme les fautes de mise en danger, la violation « manifestement délibérée », d'une obligation « particulière » de prudence et de sécurité prévue par la loi ou le règlement (c'est-à-dire les décrets et arrêtés). Cette obligation particulière de prudence et de sécurité n'est pas l'obligation de prudence et de sécurité visée par l'article 121-3, alinéa 3, et la Cour de cassation veille d'ailleurs à ce que les juges du fond retiennent un texte particulier<sup>3</sup> et non une prescription trop générale<sup>4</sup>. Quant au caractère « manifestement délibéré » de la violation de la norme, il signifie une violation visiblement « consciente » de la norme considérée. L'ensemble de ces conditions rend la preuve de cette faute difficile. Aussi les tribunaux ont-ils plutôt tendance à retenir la faute caractérisée<sup>5</sup>, qui sert, selon l'expression du professeur Mayaud, de « relève » et non de « doublon » à la faute délibérée.

**202 La faute caractérisée.** La « faute caractérisée » traduit une indifférence à l'égard d'autrui. Selon l'article 121-3 alinéa 4 du Code pénal, elle n'est constituée que si l'agent a « exposé autrui à un risque d'une particulière gravité », qu'il « ne pouvait ignorer »<sup>6</sup>. L'apparente imprécision de ce texte a été mise en cause par une question prioritaire de constitutionnalité mais la Cour de cassation lui a dénié son caractère sérieux au motif qu'en subordonnant la responsabilité pénale de la personne physique qui n'a pas directement causé le dommage à la commission d'une faute carac-

1. D'autant que sémantiquement, la « mise en danger délibérée » n'est pas réductible à la seule « violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de sécurité ». On peut en effet très bien mettre en danger consciemment autrui sans forcément violer une prescription particulière. D'ailleurs l'article 121-3, alinéa 4, du Code pénal vise aussi la faute caractérisée qui expose autrui à un risque d'une particulière gravité or le risque que l'on fait courir est aussi une forme de mise en danger.

2. V. ss 203 et 204.

3. V. Crim. 18 juin 2002, *Dr. pénal* 2002. 120, obs. M. Véron ; D. 2003. 240, obs. F. Gauvin ; V. également Aix-en-Provence, 26 nov. 2001, *Dr. pénal* 2002. 82, obs. M. Véron.

4. Crim. 25 juin 1996, *Bull. crim.* n° 274.

5. Sur le « bel avenir » de la faute caractérisée, V. Y. Mayaud, *RSC* 2001. 381. Et pour une confirmation de cette tendance Crim. 31 janv. 2006, *JCP* 2006. II. 10078, note E. Dreyer (condamnation pour faute caractérisée du président d'une société de gros œuvre qui s'était abstenu, malgré de nombreux rappels, d'installer un échafaudage sur un chantier, sur lequel un ouvrier a fait une chute mortelle).

6. V. A. Ponselle, « La faute caractérisée en droit pénal », *RSC* 2003. 79 s.

térisée et qui exposait autrui à un risque d'une particulière gravité que celle-ci ne pouvait ignorer, « le législateur, se fondant sur des critères qui ne sont pas, de manière manifeste, inappropriés à l'objet poursuivi, a entendu placer cette personne dans une situation plus favorable que l'auteur direct du dommage dont la responsabilité pénale peut être engagée pour une simple maladresse, imprudence, inattention ou négligence »<sup>1</sup>. Autrement dit, l'auteur d'une faute caractérisée n'est pas simplement maladroit ou imprudent, il est insouciant. Certes, il n'a pas conscience du résultat (sinon la faute serait intentionnelle) mais il a conscience des risques qu'il crée. Il conviendra donc de démontrer que cet auteur indirect ou médiateur savait, ou plutôt ne pouvait pas ne pas savoir, que son action ou omission créait à l'encontre des tiers un danger d'une particulière importance<sup>2</sup>. À cet égard, beaucoup de fautes caractérisées sont retenues en raison soit d'une absence d'information, soit d'une absence de prévention<sup>3</sup> de la part de celui qui devait connaître les risques et qui n'a pas pris les précautions nécessaires<sup>4</sup>. Cette faute s'apprécie surtout *in concreto* : le juge recherche si l'agent concrètement connaissait ou ne pouvait pas

1. Et d'ajouter que « la disposition critiquée, qui laisse au juge le soin de qualifier des comportements que le législateur ne peut énumérer a priori de façon exhaustive, est rédigée en des termes suffisamment clairs et précis pour permettre que son interprétation se fasse sans risque d'arbitraire et dans des conditions garantissant tant le respect de la présomption d'innocence que l'intégralité des droits de la défense », V. Crim. 24 sept. 2013, n° 12-87059 (non-lieu à renvoi au Conseil constitutionnel). La QPC était ainsi rédigée : « Les dispositions de l'article 121-3, alinéa 4, du Code pénal en ce qu'elles visent parmi les fautes pouvant entraîner la responsabilité pénale des personnes physiques qui ont seulement contribué à la réalisation d'un dommage "une faute caractérisée et qui exposait autrui à un risque d'une particulière gravité qu'elles ne pouvaient ignorer" sont-elles conformes aux principes constitutionnels de nécessité et de légalité des délits et des peines, de présomption d'innocence ainsi qu'à la garantie des droits ? »

2. V. par ex. Crim. 12 janv. 2010, *Dr. pénal* 2010. 31 obs. M. Véron (faute caractérisée d'un enseignant qui a permis l'achat et l'introduction de boissons alcoolisées dans un établissement scolaire et en a toléré une consommation excessive, ce qui a conduit au décès d'un élève). Pour la jurisprudence, l'élément déterminant est la connaissance du risque au moment de l'action dommageable (v. à propos des poursuites pour homicide ou violences involontaires dans les affaires de contamination par l'amiante, Crim. 14 avr. 2015, n° 14-85333 ; n° 14-85334 ; n° 14-85335, *Gaz. Pal. Généraliste* 2015, n° 154 à 155, p. 19, note R. Méssa).

3. V. Y. Mayaud, *RSC* 2001. 578.

4. V. Crim. 4 févr. 2003, *Dr. pénal* 2003. 71, obs. M. Véron (garagiste condamné pour homicide involontaire pour avoir prêté un véhicule avec des pneumatiques usés dont l'éclatement a provoqué un accident mortel) ; V. également, Crim. 15 oct. 2002, *Dr. pénal* 2003. 4, obs. M. Véron (instructeur d'aviation condamné pour les graves insuffisances du manuel d'instruction qu'il avait rédigé pour former les pilotes).

ne pas connaître les risques<sup>1</sup>. Il a cependant été admis, au mépris de l'interprétation stricte de la loi pénale, qu'une « accumulation de négligences »<sup>2</sup> ou qu'une « série d'imprudences ou de négligences »<sup>3</sup> pouvait constituer une faute caractérisée, ce qui confirme qu'en droit beaucoup de « peu » font un « beaucoup »<sup>4</sup>. D'une manière plus générale, on peut se demander si l'effet escompté par le législateur<sup>5</sup> a été atteint. Certes, l'exigence de fautes qualifiées a conduit à dépénaliser une partie de l'activité des décideurs publics<sup>6</sup> et des responsables en tout genre<sup>7</sup>, mais les chefs d'entreprise n'en ont pas pleinement profité<sup>8</sup>.

**203 Faute pénale et faute civile.** Enfin, il convient d'observer que l'auteur indirect d'une imprudence, ne répondant pas aux critères des fautes pénales qualifiées, peut être civilement responsable. La réforme a en effet été accompagnée de dispositions qui sont venues affaiblir *l'unité des fautes civiles et pénales*<sup>9</sup>, proclamée<sup>10</sup> puis atténuée<sup>11</sup> par la jurisprudence. Il résulte en effet de l'article 4-1 du Code de procédure pénale que l'absence de faute pénale au sens de l'article 121-3 du Code pénal ne s'oppose pas à ce qu'une juridiction civile retienne une faute d'imprudence simple en application de l'article 1383 du Code civil, ou une faute inexcusable en application de l'article L. 452-1 du Code de la

1. V. pour la responsabilité d'un guide de haute montagne à la suite d'une avalanche meurtrière ayant enseveli un groupe d'élèves lors d'une sortie en raquettes, Crim. 26 nov. 2002, *Dr. pénal* 2003. 45, 1<sup>er</sup> arrêt, obs. M. Véron.

2. Toulouse, 13 nov. 2003, RSC 2004, obs. Y. Mayaud, p. 637 ; rapp. Crim. 5 déc. 2000, *Bull. crim.* n° 361 (mauvaise organisation d'un poste de travail et constat d'un trop grand nombre de manquements à la sécurité).

3. Crim. 3 nov. 2004, n° 04-80.011 (chauffagiste responsable d'une fuite de gaz et d'une explosion, en raison d'une accumulation de fautes) ; Crim. 10 janv. 2006, n° 04-86.428 (armateurs responsables d'un naufrage en raison d'une série de défaillances).

4. V. J. Larguier, « Théorie des ensembles et qualification pénale », *Mélanges Chavanne*, 1989, p. 109 s.

5. V. Y. Mayaud, « Retour sur la culpabilité non intentionnelle en droit pénal... », *D.* 2002. Chron. 603.

6. V. par ex., l'exonération d'un maire à la suite de la chute d'une cage de football sur un enfant, Crim. 4 juin 2002, *Bull. crim.* n° 127. Mais l'impunité n'est pas totale : V. pour la condamnation d'un maire à la suite d'un accident lors d'un bal, Crim. 11 juin 2003, *Bull. crim.* n° 121.

7. V. par ex., pour la relaxe d'une institutrice et d'une directrice d'école à la suite d'une dramatique sortie de classe au cours de laquelle des enfants ont péri noyés après un lâcher d'eau d'un barrage, Crim. 18 juin 2002 (aff. *Drac*), *Dr. pénal*. 2002. 21, obs. M. Véron.

8. V. Crim. 16 janv. 2001, *Bull. crim.* n° 14 et 15 ; RSC 2001. 572, obs. B. Bouloc et 577, obs. Y. Mayaud, V. ss 324.

9. V. P. Jourdain, « Faute civile et faute pénale », *RCA* 2003. Chron. 20, p. 74 s.

10. Civ. 18 déc. 1912 (arrêt *Brochet et Deschamps*), S. 1914. 1. 249, note R. Morel ; J. Pradel et A. Varinard, *GADPG, op. cit.*, n° 40.

11. Civ. 1<sup>re</sup>, 30 janv. 2001, *Bull. civ.* I, n° 19.

sécurité sociale<sup>1</sup>. En outre, l'article 470-1 du Code de procédure pénale dispose que le tribunal saisi, à l'initiative du ministère public ou sur renvoi d'une juridiction d'instruction, qui prononce une relaxe pour une infraction non intentionnelle au sens des 2<sup>e</sup>, 3<sup>e</sup> et 4<sup>e</sup> alinéas de l'article 121-3 du Code pénal, peut sur la demande de la partie civile ou de son assureur accorder réparation de tous les dommages résultant des faits qui ont fondé la poursuite, en application des règles du droit civil.

### C. Les fautes de nature intermédiaire

**204 Absence de volonté mais conscience du résultat.** Entre l'attitude de celui qui a prévu et voulu le résultat et celle de celui qui n'a pas voulu ni prévu le résultat, plusieurs attitudes psychologiques peuvent être adoptées : moins « volontaires » que le dol, mais plus « volontaires » que l'imprudence. Ces états psychologiques intermédiaires se rencontrent lorsque le résultat pénal non voulu a pu être conçu par l'agent pénal. Plus exactement, quatre situations de ce type sont théoriquement envisageables : ou bien l'agent n'a pas prévu le résultat mais il devait le prévoir parce que celui-ci était prévisible, c'est l'hypothèse du dol indéterminé **(1)** ; ou bien l'agent a créé une situation qui n'est pas celle qu'il a voulue et qui porte atteinte à un intérêt différent de celui qu'il croyait léser : il y a dol dépassé **(2)** ; ou bien l'agent a prévu le résultat sans le souhaiter mais en s'en accommodant : il y a dol éventuel **(3)** ; ou bien, enfin, l'agent a prévu le résultat également sans le souhaiter mais en s'en remettant à sa « bonne étoile » : il y a « imprudence consciente » **(4)**.

#### 1. Le dol indéterminé

**205 Définition.** Il est des cas où l'agent commet volontairement un acte, sans se soucier du résultat, alors qu'un tel résultat était abstraitement *prévisible*. En principe, l'auteur doit répondre des conséquences prévisibles de ses actes, on dit que le *dol indéterminé* est

<sup>1</sup> V. Crim. 16 déc. 2003, D. 2004. 721, note Ph. Bonfils.

<sup>2</sup> La doctrine française assimile de nos jours le dol éventuel à l'imprudence consciente, mais originellement les concepts ne sont pas identiques : le *dolus eventualis* appartient à la famille de l'intention, alors que l'imprudence consciente, comme son nom l'indique, à celle de l'imprudence.

*équipollent au dol général*. L'indétermination peut porter sur la survenance du résultat. Ainsi, celui qui tire volontairement dans l'obscurité en direction d'un groupe de personnes est un meurtrier lorsque son geste est fatal, même s'il n'a pas précisément visé une victime car le dol indéterminé est assimilé au dol général. De même, l'indétermination peut porter sur la *gravité* du résultat, l'auteur est puni comme s'il avait voulu le résultat. Tel est le cas de l'auteur de violences qui endosse toutes les conséquences de ses actes même celles qu'il n'a pas voulues, la peine étant proportionnée à la gravité du dommage (C. pén., art. 222-9, 222-11, R. 625-1 et R. 624-1). Peu importe donc que ce résultat n'ait pas été concrètement prévu par l'agent : les conséquences plus graves étant concevables, on considère que *l'agent les a acceptées* (hypothèse des prédispositions de la victime par exemple). D'une manière générale, ces infractions sont celles pour lesquelles le législateur a assimilé le *dol indéterminé à l'intention*. Une construction analogue se rencontre en matière de complicité : le complice assimilé à un auteur peut se voir imputer toutes les conséquences de l'acte principal, qu'il n'a peut-être pas prévues, mais qu'il aurait dû prévoir<sup>1</sup>.

## **2. Le dol dépassé**

**206 Définition.** Le *dol dépassé* correspond à l'hypothèse de l'auteur qui a créé une situation qui n'est pas celle qu'il avait prévue et qui porte atteinte à un intérêt différent de celui qu'il croyait lésé. L'auteur est littéralement « dépassé par les événements ». On est en présence d'une infraction *praeter-intentionnelle* (qui va « au-delà » de l'intention). En principe, l'infraction commise étant d'une autre nature que celle qui était prévue, l'agent doit en répondre sur un autre fondement. Par exemple, si, à la suite de violences, au lieu d'une atteinte à l'intégrité corporelle, une atteinte à la vie se produit, l'agent devra répondre des conséquences de son geste, au titre des « coups mortels », c'est-à-dire des *violences ayant entraîné la mort sans intention de la donner* (C. pén., art. 222-7). En l'occurrence, le législateur a prévu une incrimination spéci-

---

1. V. ss 318.

fique parce que, faute d'intention homicide, il n'est pas possible de poursuivre l'agent pour meurtre et il serait choquant, au regard de la moindre gravité des peines, de ne lui imputer qu'un homicide involontaire. Dans le même ordre d'idée, on notera que l'auteur d'un détournement de moyens de transport encourt la réclusion criminelle, s'il cause la mort d'une personne alors même qu'il n'avait peut-être pas voulu cette conséquence (C. pén., art. 224-7). Toutefois, en dehors de ces cas légaux, on ne devrait pas pouvoir retenir à l'encontre de l'auteur la qualification pénale qui correspond à l'infraction qu'il n'a pas voulue, tout au plus doit-on raisonner sur une qualification non intentionnelle, pour le résultat qui n'était pas recherché.

### **3. Le dol éventuel**

**207 Hésitations et discussions.** Le *dol éventuel* correspond à la situation de l'agent qui viole *délibérément* une norme de prudence, en ayant prévu les suites dommageables possibles et en se moquant ou en s'accommodant du résultat : l'agent *prend* des risques délictueux (à ne pas confondre avec le dol indéterminé, où l'agent *accepte* des risques délictueux) et manifeste une coupable indifférence à l'égard d'autrui. L'exemple classique est celui de l'automobiliste qui double au sommet d'une côte sans visibilité et cause la mort des passagers d'un véhicule qu'il percute. Pendant longtemps, on s'est demandé s'il fallait assimiler cette faute consciente au dol général pour retenir une qualification intentionnelle, compte tenu de la dangerosité de son auteur. Tel était l'objet de la construction doctrinale du *dol éventuel*<sup>1</sup>. Certains Codes étrangers l'ont admis, à l'instar du Code pénal suisse, dont l'article 12, § 2 dispose : « L'auteur agit déjà intentionnellement lorsqu'il tient pour possible la réalisation de l'infraction et l'accepte au cas où celle-ci se produirait ». Mais en France, l'opinion majoritaire a toujours refusé l'assimilation au nom du principe de la légalité criminelle et la jurisprudence a semblé s'y rallier : le dépassement inconsidéré n'a jamais été qualifié d'homicide volontaire. De même, il a été jugé

1. V. J. Cedras, « Le dol éventuel : aux limites de l'intention », *D.* 1995. Chron. 18 s. ; E. Martin-Hocquenheim, « Le dol éventuel », in *Code pénal et Code d'instruction criminelle, Livre du Bicentenaire*, Dalloz, 2010, 445 s.

que l'automobiliste qui conduit en connaissant son état de fatigue et en se sachant atteint de troubles pathologiques ne commet pas, en cas d'accident, un homicide intentionnel mais un homicide par imprudence<sup>1</sup>.

Néanmoins, dans certains domaines, la jurisprudence assimile désormais le dol éventuel au dol général. Il en est ainsi en droit pénal économique : la chambre criminelle considère en effet que le fabricant, qui n'a pas bien organisé le contrôle de ses produits et a accepté ainsi le risque d'en laisser sortir qui ne soient pas parfaits, se rend coupable de tromperie sur les marchandises (C. consom., art. L. 441-1 et L. 454-1), c'est-à-dire d'une infraction intentionnelle, alors même qu'il n'a jamais vu le produit défectueux<sup>2</sup>. De même, c'est en vertu de cette assimilation du dol éventuel au dol général que l'on a pu qualifier de tromperie sur les marchandises l'attitude des directeurs du Centre national de transfusion sanguine dans *l'affaire du sang contaminé*<sup>3</sup>. Cette solution s'est maintenue, depuis l'entrée en vigueur du Code pénal de 1994 et a même été étendue à d'autres infractions, notamment en matière de droit du travail<sup>4</sup>. Dans tous ces cas, la jurisprudence retient des qualifications intentionnelles, parce que les intéressés (*des professionnels*) ne pouvaient pas ne pas savoir, ils ont donc agi « presque » sciemment. Toutefois, cette tendance répressive doit être condamnée car elle ne respecte pas le principe de la légalité criminelle. En effet, seul le législateur devrait pouvoir assimiler le dol éventuel à l'intention.

Le législateur a cependant fait le choix d'isoler le *dol éventuel* en créant la *faute de mise en danger délibérée de la personne d'autrui* (C. pén., art. 121-3, al. 2 : « Lorsque la loi le prévoit, il y a délit en cas de mise en danger délibérée de la personne d'autrui »). Cette faute qualifiée trouve à s'appliquer notamment dans les délits de mise en danger qui se consomment sans conséquence dommageable. Ainsi, l'article 223-1 du Code pénal dispose : « Le fait d'exposer directement autrui à un risque immédiat

1. Crim. 8 mai 1974, *Bull. crim.* n° 165.

2. Crim. 12 avr. 1976, *D.* 1977. 239.

3. Paris, 13 juill. 1993, *D.* 1994. 118, note A. Prothais.

4. Crim. 30 janv. 1996, *Bull. crim.* n° 52.

de mort ou de blessures de nature à entraîner une mutilation ou une infirmité permanente par la violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de sécurité ou de prudence imposée par la loi ou par le règlement est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 € d'amende »<sup>1</sup>. Cette incrimination vise à lutter contre l'incivisme de certains de nos concitoyens, dont les comportements sont consciemment dangereux<sup>2</sup>. Conformément à sa logique de dol éventuel, la jurisprudence a, à juste titre, considéré que ce délit de risques causés à autrui était intentionnel<sup>3</sup>. Cet élément intentionnel ressort en effet du caractère *manifestement délibéré* de la violation d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité imposée par la loi ou le règlement, de nature à causer le péril visé par le texte (l'agent se représente le résultat et s'en accommode)<sup>4</sup>. Depuis la loi du 13 mai 1996, cette proximité du dol éventuel avec l'intention est même formellement visible puisque la faute de mise en danger a été isolée dans l'alinéa 2 de l'article 121-3 du Code pénal entre l'intention (al. 1<sup>er</sup>) et l'imprudence (al. 3 et 4). L'ennui est que, depuis la loi du 10 juillet 2000, la définition de la faute de mise en danger a été reprise pour définir des fautes qui, originellement, relevaient moins de l'intention que de l'imprudence : les fautes d'imprudence consciente.

#### **4. L'imprudence consciente**

**208 Définition.** L'imprudence consciente correspond à l'état d'esprit de celui qui commet délibérément une imprudence, sans souhaiter ses conséquences dommageables et qui espère même qu'elles ne se produiront pas. Telle est la différence avec le dol éventuel qui requiert plus de défaitisme et d'indifférence au sort d'autrui. Dans le langage courant, on dira que l'individu « s'en remet à sa bonne

1. V. M. Puech, « De la mise en danger d'autrui », *D.* 1994. Chron. 153 s.

2. V. par ex., pour un conducteur automobile, *Crim.* 12 nov. 1997, *Bull. crim.* n° 234 ; pour un capitaine de navire qui avait accepté un trop grand nombre de passagers, *Crim.* 11 févr. 1998, *Dr. pénal* 1998. 81, obs. M. Véron.

3. *Crim.* 9 mars 1999, *Bull. crim.* n° 34 ; V. également, V. Malabat, *Droit pénal spécial*, Dalloz, Hypercours, 3<sup>e</sup> éd., 2010, n° 240.

4. Pour une application aux propriétaires de chiens ayant manqué à l'article R. 622-2 du Code pénal qui interdit de laisser divaguer les animaux dangereux pour autrui, V. Paris, 9 nov. 1995, *Dr. pénal* 1996. 57, obs. M. Véron.

étoile». Logiquement, cette imprudence consciente doit être traitée plus sévèrement que la faute d'imprudence simple, en raison de la plus grande culpabilité qu'elle révèle : il s'agit d'une *faute aggravée*. Le législateur en a d'ailleurs fait une cause d'aggravation des atteintes involontaires à la vie (C. pén., art. 221-6 et 221-6-1), à l'intégrité physique (C. pén., art. 222-19, 222-19-1, 222-20 et 222-20-1) ou aux biens (C. pén., art. 322-5). Plus précisément, la *faute aggravée* a d'abord été définie comme « un manquement délibéré à une obligation de prudence ou de sécurité imposée par la loi ou le règlement ». Cette définition faisait bien apparaître la nature intermédiaire de l'imprudence consciente entre l'imprudence simple (le manquement à une obligation de sécurité ou de prudence) et le dol éventuel (manquement *manifestement* délibéré à une obligation *particulière* de prudence et de sécurité). Néanmoins, avec la loi du 10 juillet 2000, le législateur a brouillé les catégories, non seulement en créant la faute caractérisée et la faute délibérée, mais surtout en unifiant les définitions de la faute de mise en danger et de la faute aggravée. Ces deux dernières fautes participent à l'identique d'une « violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité imposée par la loi ou le règlement », au point que la faute de mise en danger délibérée de l'article 121-3, alinéa 2, est désormais présentée comme une dénomination générique<sup>1</sup>, couvrant toutes les formes d'imprudence consciente (y compris la faute « délibérée » qui pourtant n'est littéralement constituée que par la violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de prudence et de sécurité « prévue » et non imposée par la loi ou le règlement). À l'évidence, le législateur ne s'embarrasse guère de théorie. Certes, le droit pénal ne doit pas être *trop* théorique mais il devrait au moins reposer sur des distinctions claires et non sur des confusions, car ces confusions créent des conflits de qualifications regrettables<sup>2</sup> et rendent aussi plus difficile l'appréciation de la faute.

1. F. Desportes, F. Le Guehec, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 494.

2. V. par ex., pour l'auteur indirect d'un homicide par imprudence : par la combinaison des articles 121-3 et 221-6 du Code pénal, une même faute apparaît comme la condition de sa culpabilité et la cause d'aggravation de sa peine, V. Ph. Conte, « Le lampiste et la mort », art. préc., n° 9.

## § 2. L'appréciation de la faute

**209 Appréciation et contestation.** Le juge est parfois dispensé de toute appréciation, lorsque la faute est dite « matérielle » ou normative car elle est alors incontestable (A). En revanche, dans les autres cas, les fautes sont psychologiques et peuvent être contestées (B).

### A. La faute incontestable

**210 Contraventions « matérielles ».** Pour la plupart des contraventions, la faute est présumée de manière irréfragable à partir de la seule constitution matérielle de l'infraction ; dès lors que la preuve des faits matériels est rapportée, le juge est dispensé d'établir l'existence de l'élément moral<sup>1</sup>. On parle de *fautes* « matérielles », « contraventionnelles » ou « normatives » ; il s'agit du degré zéro de la culpabilité. Dans ces cas, l'argumentation tirée de la bonne foi ou de l'accomplissement de diligences normales n'est pas de nature à faire disparaître la contravention<sup>2</sup>. Tout au plus, l'imputabilité doit être écartée lorsque l'agent était dépourvu de discernement ou de libre arbitre au moment des faits. Tel est le sens de l'article 121-3 *in fine* du Code pénal qui dispose que les contraventions ne sont pas constituées en cas de *force majeure*. Ce texte n'est pas très heureux parce qu'il n'y a pas non plus de crime ou de délit en cas de force majeure (122-2)<sup>3</sup>, mais peu importe : le législateur a surtout voulu indiquer que toute contravention contient une faute minuscule, présumée de manière quasi irréfragable, qui ne peut être combattue que par la force majeure, ce qui permet d'imaginer une sorte de responsabilité du fait des choses<sup>4</sup>, d'autant que la force majeure n'est pratiquement jamais retenue<sup>5</sup>.

1. On ne confondra pas cette *présomption irréfragable* qui dispense le juge d'apprécier l'existence de la faute donc qui intéresse le fond du droit et les *présomptions simples* de culpabilité, qui dispensent seulement le ministère public de la preuve de la faute, en désignant un responsable qui peut alors se disculper (v. par. ex., C. route, L. 121-2 : le propriétaire du véhicule est présumé responsable des infractions au stationnement et à l'acquiescement des péages, lorsque seule une amende est encourue). Cette dernière question relève de la procédure pénale, V. J. Buisson, « Les présomptions de culpabilité », *Procédures* 1999. Chron. 15.

2. Crim. 28 avr. 1977, D. 1978. 470, note M.-L. Rassat.

3. Sur les causes de non-imputabilité, V. ss 285 s.

4. S. Detraz, « L'hypothèse d'une responsabilité du fait des choses », *Mélanges J.-H. Robert*, LexisNexis 2012, p. 229 s.

5. Ainsi la défaillance d'un véhicule se manifestant lors de son usage (panne de clignotant) n'a pas été jugée constitutive d'une force majeure, Crim. 6 nov. 2013, n° 12-82182 : *Dr. pénal* 2014, comm. n° 24, obs. J.-H. Robert.

**211 Délits « matériels ».** Rappelons aussi que sous l'empire de l'ancien Code pénal, notre droit connaissait des délits dits « matériels » ou « contraventionnels », en particulier en matière économique. Il s'agissait de délits dont l'élément moral était aussi présumé à partir de la simple réalisation matérielle du fait incriminé. Mais l'article 339 de la loi n° 92-1336 du 16 décembre 1992, prise pour l'entrée en vigueur de l'actuel Code pénal, a supprimé ces délits matériels. Ce texte, dont on a pu se demander s'il était une règle de droit transitoire ou s'il valait également pour l'avenir, dispose que « Tous les délits non intentionnels réprimés par des textes antérieurs à l'entrée en vigueur de la présente loi demeurent constitués en cas d'imprudence, de négligence ou de mise en danger délibérée de la personne d'autrui, même lorsque la loi ne le prévoit pas expressément ». La faute doit donc désormais être prouvée par le ministère public et le juge ne peut être dispensé de l'apprécier. On rappellera toutefois qu'en matière de délit intentionnel, la jurisprudence a assoupli cette exigence puisqu'elle admet régulièrement que « la seule constatation de la violation en connaissance de cause d'une prescription légale ou réglementaire implique de la part de son auteur l'intention coupable exigée par l'article 121-3, alinéa 1, du Code pénal »<sup>1</sup>. Cette formule dispense les juges d'avoir à constater l'imprudence<sup>2</sup>, mais rapproche les délits concernés des anciennes contraventions de police, puisqu'il est question de la violation en connaissance de cause des « prescriptions » légales ou réglementaires<sup>3</sup>. D'une manière plus générale, en ce qui concerne les délits, les juges déduisent pratiquement toujours l'intention des circonstances de l'infraction et de la personnalité de l'auteur, de telle sorte qu'il ne reste plus guère au prévenu que la possibilité de plaider un fait justificatif ou une erreur de droit, lesquels laissent subsister l'élément moral<sup>4</sup>.

1. Par ex., Crim. 25 mai 1994, *Bull. crim.* n° 203 : *Dr. pénal* 2004, comm. n° 247, obs. J.-H. Robert.

2. V. notamment en matière de pratiques commerciales trompeuses, Crim. 15 déc. 2009, *Dr. pénal* 2010, comm. n° 41, obs. J.-H. Robert.

3. V. J.-H. Robert, Pour une restauration des contraventions de police, *Mélanges J. Pradel*, Cujas 2006, p. 161 s., spéc. p. 166.

4. V. en ce sens à propos du favoritisme, Crim. 23 juill. 2014, n° 14-90024 : *Dr. pénal*, comm. n° 124, obs. M. Véron.

## B. Les fautes contestables

**212 Technique d'appréciation.** L'intention et l'imprudence pénales, ainsi que les formes de fautes qui s'y rattachent, peuvent toujours être contestées, en raison de leur nature psychologique. Pour cela, le juge sera invité à rechercher quel était *concrètement* l'état d'esprit de l'agent au moment de l'infraction (appréciation *in concreto*). Mais, suivant les allégations de l'agent, cette appréciation ne suffira pas toujours : le juge devra bien plus comparer l'attitude de celui-ci avec le comportement qu'aurait eu, dans les mêmes circonstances, un modèle *abstrait* pourvu des mêmes qualifications et des mêmes compétences (appréciation *in abstracto*). Cette technique de la double appréciation s'observe, pour les infractions intentionnelles, lorsque l'agent essaye de démontrer sa bonne foi, en alléguant qu'il n'a pas eu ou pas pu avoir conscience du caractère pénal de son geste, en raison d'une *erreur de fait* (1) et, pour les infractions non intentionnelles, lorsque l'agent conteste le reproche *d'absence de diligences normales* (2).

### 1. L'erreur de fait

**213 Suppression de la faute.** Il n'y a pas d'intention en présence d'une erreur de fait qui empêche l'agent d'avoir une exacte représentation de la *réalité*. L'agent se trompe sur la situation dans laquelle il se trouve ou sur la conséquence de son geste. Cette méprise constitue une cause de non-culpabilité<sup>1</sup> qui, en principe, fait obstacle à la qualification du fait<sup>2</sup>. En ce sens, l'erreur de fait doit être distinguée de l'*erreur de droit* qui, sous certaines conditions, est une cause de non-imputabilité<sup>3</sup>. En effet, l'agent qui est victime d'une *erreur de droit* n'a pas conscience de violer la loi pénale, mais il a bien l'intention de réaliser le fait : on peut donc qualifier l'acte d'infraction ; tout au plus cet acte n'est-il pas juridiquement imputable à son auteur<sup>4</sup>. Pour s'en tenir donc à l'erreur de fait, celle-ci ne s'oppose à la culpabilité qu'à deux conditions

1. V. Crim. 16 nov. 1886. Genty Valentin, in J. Pradel, A. Varinard, *GADPG*, op. cit., n° 44.

2. La conséquence logique devrait être l'exclusion de la responsabilité d'un complice, V. cependant *contra*, Crim. 8 janv. 2003, *Bull. crim.* 2003, n° 5 ; RSC 2003. 553, obs. B. Bouloc.

3. V. ss 290.

4. Pour une présentation différente, V. Ph. Conte, P. Maistre du Chambon, *Droit pénal général*, op. cit., n° 392 s.

cumulatives : elle doit porter sur un élément déterminant de la qualification et être *inévitable*.

- 214 Erreur déterminante.** L'erreur de fait ne peut supprimer l'intention que si l'agent s'est trompé sur un *élément déterminant* de la qualification, c'est-à-dire si sa représentation de l'acte, de ses conditions et de son résultat ne correspond pas à la description de l'acte réprimé par le texte. Ainsi, ne peut être condamné pour vol celui qui se croyait par erreur propriétaire de la chose volée, car l'infraction ne se conçoit qu'avec *l'intention* de soustraire la « chose d'autrui » ; il n'y a également pas d'intention, à la suite d'une erreur, si le prévenu croyait avoir l'accord implicite du propriétaire pour soustraire la chose<sup>1</sup>. De même, il a été jugé que ne pouvait être poursuivi pour omission de porter secours à personne en péril le passant qui a continué sa route sans secourir une personne en « péril », parce qu'il croyait qu'il s'agissait d'un ivrogne<sup>2</sup>. À l'inverse, lorsque l'erreur porte sur un élément non déterminant, elle est inopérante. Tel est le cas de l'erreur de « coup » ou *aberratio ictus*. Cette erreur ne supprime pas la faute car elle n'empêche pas la formation du dol. Il en est ainsi de *l'erreur sur la victime* en matière d'atteinte à l'intégrité physique ou à la vie : celui qui tire sur Y alors qu'il visait X reste un meurtrier car l'identité de la victime n'est pas un élément déterminant de la qualification de meurtre. En l'occurrence, seule l'intention « homicide » compte. De même, serait coupable de violences volontaires celui qui, au cours d'une bagarre, jette un objet qui n'atteint pas celui qu'il visait mais une autre victime.
- 215 Erreur inévitable.** En outre, pour être excusable l'erreur doit être *inévitable*. Ce caractère sera recherché *in concreto* par le juge, qui tiendra compte de l'intelligence et de l'état psychique et physique de l'agent au moment des faits en se gardant de le comparer au « fantôme du bon père de famille »<sup>3</sup>. En effet, si l'on se référait à l'homme avisé ou bonus *pater familias* pour apprécier l'erreur de

1. Crim. 17 nov. 2015, n° 14-86101, *Dr. pénal* 2015, comm. 26, obs. Ph. Conte (en raison d'une pratique ancienne au sein de l'entreprise un salarié a pensé pouvoir s'emparer de chutes de câbles avec l'autorisation tacite de son employeur).

2. V. Crim. 3 nov. 1954, *D.* 1955. 64, note Pageaud.

3. V. Ph. Conte, P. Maistre du Chambon, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 393.

fait, cela reviendrait à reprocher à l'errans sa négligence, alors qu'il s'agit d'examiner la pertinence d'une qualification intentionnelle. Mais le juge devant aussi comparer pour juger, il complétera inévitablement son appréciation par des éléments *in abstracto*, en se demandant ce qu'aurait fait une personne pourvue des mêmes qualités et compétences à la place de l'agent. De ce point de vue, l'erreur inévitable doit être une erreur vraisemblable. Or il est des domaines où l'erreur est rarement *vraisemblable* car la raison commande que l'on doute de la bonne foi des prévenus. Il en est ainsi en *matière de mœurs* : les juges ne devraient admettre que très exceptionnellement l'erreur sur l'âge de la victime ou sur la réalité de son consentement. Sur ce dernier point, on relèvera, par exemple, qu'a été poursuivi pour viol un individu ayant imposé des relations sexuelles à une hôtesse de bar, bien qu'elle ait eu « un comportement équivoque », en acceptant de le suivre dans son appartement<sup>1</sup>. De même, a-t-il été jugé que le fait pour une auto-stoppeuse de se laisser embrasser n'impliquait pas, de sa part, un consentement indiscutable aux relations sexuelles que le conducteur du véhicule lui a imposées<sup>2</sup>. Il faudrait véritablement que la victime ait eu une attitude très équivoque pour que l'erreur de l'agent soit suffisamment plausible<sup>3</sup>.

Enfin, lorsque les conditions de l'erreur de fait sont réunies, il peut arriver que celle-ci ne soit pas totalement disculpante : l'erreur peut parfois entraîner une disqualification de l'infraction intentionnelle en infraction d'imprudence. Ainsi, celui qui, par erreur, administre un poison mortel ne commet pas un empoisonnement mais, sauf diligences normales, un homicide par imprudence.

## 2. Les fautes non intentionnelles

- 216 Erreur inopérante.** En présence d'une faute non intentionnelle, l'agent ne peut pas *a priori* espérer l'indulgence en plaçant l'erreur de fait parce que l'erreur contribue au contraire à établir sa culpabilité : en effet, l'erreur révèle l'imprudence, elle établit la

1. Crim. 4 mai 1993, *Dr. pénal* 1993. 179, obs. M. Véron.

2. Crim. 10 juill. 1973, *Bull. crim.* n° 322 ; RSC 1974. 594, obs. G. Levasseur.

3. Crim. 11 oct. 1978, *D.* 1979. IR 120.

négligence. Il est vrai qu'en jurisprudence, l'erreur a pu être admise sous la forme d'une *erreur invincible*, c'est-à-dire d'une erreur qu'aurait commise l'homme avisé placé dans les mêmes circonstances. Ainsi, a été relaxé du chef d'homicide par imprudence un automobiliste circulant de nuit qui, malgré des appels de phares, n'a pas pu les interpréter et s'est aperçu trop tard qu'il avait roulé sur un corps allongé sur la chaussée<sup>1</sup> ; de même a été relaxé l'auteur d'un délit de chasse, qui n'avait ni connu, ni pu connaître le gibier sur lequel il avait fait feu<sup>2</sup>. Toutefois, depuis la modification de l'article 121-3, alinéa 3, par la loi du 13 mai 1996 (et sa reformulation par la loi du 10 juillet 2000), ce détour par l'erreur n'est pas nécessaire, car il suffit désormais pour l'agent d'alléguer que, contrairement à ce qu'on lui reproche, il a bien accompli « les diligences normales, compte tenu de la nature de ses missions, de ses fonctions, de ses compétences et de ses pouvoirs » (C. pén., art. 121-3, al. 3). Le juge appréciera alors la faute d'imprudence par comparaison avec l'attitude d'un individu raisonnable doté des mêmes prérogatives et placé dans les mêmes circonstances. À ce stade, l'erreur inévitable n'est qu'un élément d'appréciation de l'imprudence, qui permet éventuellement de conclure à l'accomplissement des « diligences normales »<sup>3</sup>.

---

1. Dijon, 21 mai 1954, *D.* 1954. 444.

2. Crim. 16 nov. 1886, *S.* 1867. 1. 344.

3. V. cependant le cas de l'erreur invincible qui exclut la volonté et la liberté de l'agent, Crim. 6 nov. 1963, *Procureur général c. X.*, in J. Pradel, A. Varinard, *GADPG, op. cit.*, n° 44.

international.scholarvox.com:ENCG Marrakech:1022789741:88866242:196.200.176.177:1580747861

## Un fait illicite

---

**217 Illicéité matérielle et formelle.** Lorsqu'une infraction est matériellement et moralement constituée, elle est présumée *illicite*, c'est-à-dire contraire au droit. Mais pour que l'infraction soit définitivement établie, il faut que cette présomption d'illicéité soit confirmée, tant sur un plan matériel que sur un plan formel. Tout d'abord, dans un sens matériel, l'infraction n'est constituée que si elle constitue une atteinte ou une menace *injustifiée* à un intérêt protégé ; il doit s'agir d'un fait *injuste* (SECTION 1). Ensuite, dans un sens *formel*, l'infraction n'est constituée que si elle contrevient à une ou plusieurs interdictions légales ou réglementaires ; il doit s'agir d'un fait formellement *interdit* (SECTION 2)<sup>1</sup>.

---

**1.** Cette définition de l'infraction comme un fait injuste et interdit rejoint celle de Jousse : « On appelle crime ou délit toute action injuste et défendue par les Loix, qui tend à blesser la société et à troubler la tranquillité publique » (D. Jousse, *Nouveau commentaire sur l'ordonnance criminelle du mois d'août 1670*, Paris, Deburc, 1763).

## SECTION 1

## UN FAIT INJUSTE

**218 « Élément injuste ».** Un fait incriminé n'est susceptible d'être qualifié d'infraction que s'il est *injuste*. Cette conception est aujourd'hui défendue par les auteurs qui, à la suite de *Garraud*, estiment que l'infraction requiert un « élément injuste »<sup>1</sup>. Mais l'élément injuste est encore entendu négativement comme « l'absence de fait justificatif »<sup>2</sup>. Or il est possible de présenter l'élément injuste également avec un contenu positif, en avançant que l'infraction n'est constituée que si le fait incriminé *porte atteinte à un intérêt protégé*. Cette présentation théorique axiologique est rarement suivie dans notre pays de tradition plutôt légaliste<sup>3</sup> mais elle correspond pourtant à la réalité, puisque l'agent peut toujours contester, devant les tribunaux, le caractère illicite de son geste, en démontrant soit que l'intérêt protégé n'a pas été lésé, soit que son geste était justifié par la sauvegarde d'un intérêt supérieur, sous la forme d'une immunité ou d'un fait justificatif. Dans les deux cas, l'infraction n'est plus punissable, elle devient juste<sup>4</sup> ou licite<sup>5</sup>. Dès lors, l'opération de qualification implique toujours, en cas de contestation de l'existence de l'infraction, de vérifier la *lésion de l'intérêt protégé* (§ 1) et de se livrer à la *pesée de l'intérêt protégé* (§ 2).

## § 1. La lésion de l'intérêt protégé

**219 Lésion présumée.** En principe le juge n'a pas à rechercher si l'intérêt protégé par le législateur a été lésé car, dès lors que le fait légalement décrit est matériellement et moralement constitué, il est *présumé illicite*. L'infraction constituée est présumée injuste.

1. Sur l'élément injuste, V. J. Larguier, Ph. Conte, P. Maistre du Chambon, *Droit pénal général*, 21<sup>e</sup> éd., Dalloz, Mémento, 2007, p. 48 ; Ph. Salvage, *Droit pénal général*, 7<sup>e</sup> éd., PUG, 2010, n° 108 s.

2. J. Larguier, Ph. Conte, P. Maistre du Chambon, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 48.

3. V. cependant J.-H. Robert, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 224 s. V. également M. Lacaze, *Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, LGDJ-Fondation Varennes, t. 39, 2010, préf. A. d'Hauteville. Ou J. Walther, *L'antijuridicité en droit pénal comparé franco-allemand*, thèse Nancy, 2003, p. 27 s.

4. V. X. Pin, « L'infraction juste », *Mélanges J.-H. Robert*, LexisNexis, 2012, 585 s.

5. V. pour approfondir V. Cecoltan, *L'illicéité pénale*, thèse Bordeaux, 2017.

Néanmoins cette présomption peut être renversée par un prévenu ou un accusé qui démontrerait l'absence de lésion de l'intérêt protégé. Cette démonstration est, en effet, possible dans deux cas de figure : d'une part, lorsque l'intérêt ou la valeur sociale en cause – qui ne se confond pas avec le résultat ou l'objet concret de l'infraction – est un intérêt *disponible* et que la « victime » a autorisé le geste de l'auteur, ce qui supprime la lésion ; d'autre part, lorsque le législateur a considéré que, en raison des circonstances de l'infraction, l'intérêt motivant l'incrimination n'était pas en l'occurrence digne de protection et qu'il a préféré édicter une *immunité*. Autrement dit, pour retenir une qualification, il convient toujours de vérifier l'existence d'une lésion **(A)** et l'existence d'une réprobation ou protection pénale **(B)**.

## A. L'existence d'une lésion

**220 Consentement de la « victime ».** Il est au moins une hypothèse qui invite à la réflexion sur l'existence même d'une lésion malgré la constitution de l'infraction : il s'agit du cas où cette infraction est acceptée par la « victime ». Telle est l'hypothèse dite du « consentement de la victime »<sup>1</sup> ou du consentement permissif<sup>2</sup>. Ce consentement peut faire disparaître la lésion, mais son domaine est limité **(1)** et ses conditions sont strictes **(2)**.

### 1. Domaine du consentement

**221 *Volenti non fit injuria* ?** Contrairement à l'adage « *volenti non fit injuria* » (on ne fait de tort à celui qui consent), le consentement de la victime est considéré par la majorité des auteurs comme inefficace au motif que le droit pénal est d'ordre public et protège avant tout *l'intérêt général*. Autrement dit, un particulier ne saurait autoriser la réalisation d'une infraction contre lui-même car il ne peut permettre la lésion d'un intérêt qui le dépasse. Cette position se défend, dans la mesure où elle reflète parfaitement le principe, contenu dans l'article 6 du Code civil, suivant lequel « on ne peut déroger par des conventions particulières, aux lois qui

1. V. A. Fahmy-Abdou, *Le consentement de la victime*, LGDJ, Bibl. sc. crim., 1971, t. 11, préf. R. Vouin.

2. V. X. Pin, « Retour sur le consentement de la victime », in C. Ribeyre (dir.), *La victime de l'infraction pénale*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2016, p. 95 s.

intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs ». La doctrine pénaliste en déduit que le consentement de la victime n'est pas un fait justificatif<sup>1</sup>. Tel est le principe admis, mais il mérite d'être nuancé car il est des cas où l'incrimination protège *en priorité* une liberté individuelle ou un *intérêt privé*<sup>2</sup>. Dans ces cas, le consentement à la lésion apparaît comme une manifestation de cette liberté ou l'exercice du pouvoir de disposer de cet intérêt, il exclut donc toute lésion et devrait s'opposer à la qualification.

- 222 Consentement justificatif (discussion).** Dans le silence des textes, il est toutefois plus prudent d'admettre que l'incrimination entend principalement défendre l'intérêt général, de sorte que le consentement d'un particulier à l'infraction ne vaut pas fait justificatif. Ainsi le consentement des salariés ne justifie pas les contraventions à la règle du repos dominical<sup>3</sup>, le *quitus* de l'assemblée générale ne supprime pas l'abus de biens sociaux<sup>4</sup>, et le consentement de la prostituée n'exonère pas le proxénète.

Une question délicate est de savoir si les *atteintes à la vie* peuvent être justifiées par le consentement de la victime. La réponse de principe est assez simple : dès lors que les textes punissant l'homicide ne distinguent pas suivant que le geste est consenti ou non, il n'y a pas lieu de distinguer. Il faut donc admettre que la vie de chacun est protégée dans l'intérêt général. Dès lors, l'homicide consenti est punissable au titre du meurtre (C. pén., art. 221-1), de l'assassinat (C. pén., art. 221-3) ou de l'empoisonnement (C. pén., art. 221-4). La Cour de cassation l'a reconnu il y a fort longtemps en ces termes : « La protection assurée aux personnes par la loi constitue une garantie publique »<sup>5</sup>. Cet attachement à la vie s'oppose notamment à la justification du *duel meurtrier*<sup>6</sup>, du *suicide assisté* ou de *l'euthanasie active*. Sur ce dernier point, le droit a cependant évolué. Ainsi, le 3 mars 2000, le Comité consultatif national d'éthique s'était prononcé en

1. V. E. Dreyer, *Droit pénal général*, 3<sup>e</sup> éd., LexisNexis, 2014, n° 1199.

2. V. R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel*, t. 1, *op. cit.*, n° 476.

3. Crim. 5 déc. 1989, *Bull. crim.* n° 466.

4. V. J. Larguier et Ph. Conte, *Droit pénal des affaires*, 11<sup>e</sup> éd., 2004, n° 375.

5. Crim. 23 juin 1838, S. 1838. 1. 626.

6. Crim. 22 juin 1837, S. 1837. 1. 465.

faveur d'une libéralisation, en proposant l'institution d'une « exception d'euthanasie » permettant « d'apprécier tant les circonstances exceptionnelles pouvant conduire à des arrêts de vie que les conditions de leur réalisation ». Mais le législateur n'a pas suivi cette voie radicale, préférant s'orienter dès 2002 vers la prohibition de l'acharnement thérapeutique. La loi n° 2005-370 du 22 avril 2005 *relative au droit des malades en fin de vie* a amplifié ce mouvement, non seulement en condamnant les traitements inutiles, disproportionnés ou n'assurant qu'un maintien en vie artificiel, mais aussi en consacrant le droit pour le patient atteint d'une maladie incurable de demander l'arrêt de son traitement et surtout en admettant l'usage de médicaments dits « à double effet », qui visent à lutter contre la douleur, mais qui peuvent avoir pour effet secondaire d'abrèger la vie (CSP, art. L. 1110-5-3). Il est donc aujourd'hui possible pour les médecins, dans certaines conditions, non seulement de « laisser mourir », mais aussi indirectement de « faire mourir » certains patients, sans risquer d'être poursuivis ni pour non-assistance à personne en péril, ni pour délaissement de personnes vulnérables, ni pour homicide. La voie vers la reconnaissance de l'euthanasie active est ainsi ouverte, mais le pas n'a pas encore été franchi d'admettre une *action* homicide volontaire directe sur demande du patient ; la vie humaine demeure donc une valeur fondamentale indisponible<sup>1</sup>. La Cour européenne des droits de l'homme a d'ailleurs refusé de consacrer un droit à mourir, même si elle a admis un droit à l'autodétermination ou à l'autonomie personnelle<sup>2</sup>. Par la suite, le comité national consultatif d'éthique n'a plus parlé d'euthanasie mais a encouragé la « sédation terminale » (avis n° 121)<sup>3</sup>. La loi du 2 février 2016 créant de nouveaux droits pour les personnes malades en fin de vie a suivi : elle ne s'aventure pas sur le terrain

1. Sur les possibilités cependant de contourner le principe v. F. Alt-Maes, « La loi sur la fin de vie devant le droit pénal », *JCP* 2006. I. 119 ; V. aussi J. Pradel, « La Parque saisie par le droit – Apport de la loi du 22 avril 2005, relative aux droits des malades en fin de vie », *D.* 2005. Chron. 2106 ; V. déjà A. Prothais, « Accompagnement de la fin de la vie et droit pénal », *JCP* 2004. I. 130 ; V. également Ph. Conte, « Le Code de la santé publique et le choix de mourir exprimé par le malade : scène de crime à l'hôpital », *Mélanges B. Bouloc*, Dalloz, 2007, p. 229 s.

2. CEDH 29 avr. 2002, *Pretty c. Royaume-Uni*, *RSC* 2002. 645, obs. F. Massias.

3. Sur ces questions, V. C. Ribeyre (dir.), *Fin de vie et droit pénal, Le risque pénal dans les situations médicales de fin de vie*, Travaux de l'institut de sciences criminelles de Grenoble, vol. 1, Cujas, 2014.

de l'exception d'euthanasie ou de l'aide active à mourir mais consacre le droit de ne pas subir d'obstination déraisonnable (CSP, art. L. 1110-5-1) et confère un droit à la *sédation profonde*, permettant au malade de choisir une fin de vie digne (CSP, art. 1110-5)<sup>1</sup>. Le Conseil constitutionnel, appelé à se prononcer sur ce dispositif dans le cadre d'une QPC, a estimé que les principes de dignité et de liberté personnelle n'interdisent pas au législateur de laisser au médecin le choix de la décision, sans que joue une présomption en faveur de la poursuite des soins et, par une réserve d'interprétation, il a renforcé les garanties procédurales relatives aux recours juridictionnels des proches consultés<sup>2</sup>.

Toute aussi délicate est la question de l'atteinte consentie à *l'intégrité corporelle*. Malgré l'émergence d'un principe d'*autodétermination* dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme<sup>3</sup>, et l'existence de systèmes juridiques proches du nôtre qui postulent la libre disponibilité du corps – donc l'efficacité du consentement à la lésion<sup>4</sup> –, le principe enseigné par la doctrine française majoritaire est encore celui de l'inefficacité du consentement, lorsque la loi ne l'autorise pas, car le corps humain est inviolable et hors commerce (C. civ., art. 16-1) et il passe donc pour être *indisponible*. Autrement dit, les violences consenties devraient être punissables suivant leur gravité comme les violences non consenties (C. pén., art. 222-1 s.). Cette position s'appuie notamment sur un vieil arrêt de la Cour de cassation du 1<sup>er</sup> juillet 1937 (affaire des « stérilisés de Bordeaux »), d'où il ressort que les victimes « ne peuvent donner le droit de violer sur leurs personnes les règles régissant l'ordre public »<sup>5</sup>; ainsi que sur un arrêt de 1991, qui a vu deux chirurgiens urologues condamnés pour avoir procédé à l'ablation de l'appareil génital d'un transsexuel, avec plastie d'un néo-vagin, pour des raisons

1. V. P. Mistretta, « De l'art de légiférer avec tact et mesure. À propos de la loi n° 2016-87 du 2 févr. 2016 », *JCP G* 2016. 240.

2. Cons. const., 2 juin 2017, n° 2017-632 QPC, *JCP G* 2017, 801, note B. Mathieu.

3. CEDH 29 avr. 2002, *Pretty c. Royaume-Uni*, préc.

4. Notamment le droit allemand, dont le postulat est celui de la liberté de chacun sur son corps, V. X. Pin, « La théorie du consentement de la victime en droit pénal allemand – Éléments pour une comparaison », *RSC* 2003. 259 s.

5. Crim. 1<sup>er</sup> juill. 1937, S. 1938. 1. 193, note Tortat.

relevant plus de la curiosité scientifique que de l'intérêt thérapeutique<sup>1</sup>. Cette jurisprudence rejoint celle du juge administratif qui a estimé contraire à la dignité, le fait pour une personne de petite taille d'accepter d'être un projectile dans un spectacle de « lancer de nain »<sup>2</sup>, ou celle du juge civil qui a considéré comme nul le contrat par lequel une personne acceptait l'enlèvement d'un bout de chair tatouée<sup>3</sup>. Il y a quelques années, il était également possible d'appuyer cette thèse de l'indisponibilité du corps humain, sur la position de la Cour européenne des droits de l'homme, qui avait estimé qu'un État pouvait condamner les pratiques sadomasochistes entre adultes consentants, dès lors qu'elles entraînaient des violences, par nature, contraires à l'ordre public<sup>4</sup>.

Néanmoins, sur ce dernier point, la Cour européenne des droits de l'homme a sérieusement infléchi sa jurisprudence, en jugeant que le droit d'entretenir des relations sexuelles, en l'occurrence avec violences, « découle du droit de disposer de son corps, partie intégrante de la notion d'autonomie personnelle », ce qui revient à admettre l'efficacité du consentement à la violence contre soi-même<sup>5</sup>. D'une manière plus générale, il semble qu'il existe aujourd'hui un principe de libre disposition de soi<sup>6</sup>, qui a permis le développement en toute impunité des pratiques de *piercing* ou de tatouage, ainsi que des *sports violents* dont on observe qu'ils ne donnent lieu à aucune poursuite lorsque les règles du jeu sont respectées par les participants<sup>7</sup>. Le corps humain semble donc socialement considéré comme étant disponible. Mais cette disponibilité n'est pas sans limite et le droit pénal réapparaît chaque fois que l'ordre public est heurté. Une première limite semble être

---

1. Crim. 30 mai 1991, *Bull. crim.* n° 232.

2. Pour les interdictions administratives de ce type de spectacle, V. G. Lebreton, « Le juge administratif face à l'ordre moral », *Mélanges G. Peiser*, PUG, 1995, p. 363 s.

3. En droit civil, la convention par laquelle un producteur de cinéma acquiert les droits de tatouer les fesses d'une jeune fille pour les filmer et vendre ce morceau de peau est nulle : TGI Paris, 3 juin 1969, *D.* 1970. 136.

4. CEDH 19 févr. 1997, *Laskey, Jaggard et Brown c. Royaume-Uni*, *D.* 1998. 97, note J.-M. Larralde.

5. CEDH, 17 févr. 2005, *K. A. et A. D. c. Belgique*, *D.* 2005. Chron. (crit.) 2973, par M. Fabre-Magnan ; *RTD civ.* 2005. 345, obs. J.-P. Marguénaud.

6. V. D. Roman, « À corps défendant (la protection de l'individu contre lui-même) », *D.* 2007. Chron. 1284.

7. V. J. Honorat, « La répression des atteintes à l'intégrité corporelle consécutives à l'exercice des sports », *D.* 1969. Chron. 207 s.

la brutalité : un acte brutal ou perçu comme tel ne saurait être justifié par le consentement. Tel est le cas des violences sadomasochistes entre adultes consentants, dès lors qu'elles sont diffusées ou publiées<sup>1</sup>, ou des violences exercées en privé, qui constitueraient un traitement inhumain ou dégradant. Une deuxième limite est la vulnérabilité de la victime : une personne vulnérable ou qui n'a pas la capacité naturelle de comprendre la portée de son accord, ne saurait autoriser une atteinte à sa personne<sup>2</sup>. Ainsi, le législateur a expressément exclu la possibilité pour les mineurs de consentir à des atteintes sexuelles (C. pén. art. 227-25), ou à la prostitution (C. pén., art. 227-22-1), comme il a exclu la possibilité pour des élèves ou des étudiants de consentir à un bizutage (C. pén., art. 225-16-1).

Enfin, il faut évoquer le cas particulier de l'activité *médicale* où le consentement est nécessaire et de plus en plus encadré par la loi<sup>3</sup>. En effet, lorsqu'un intérêt médical le commande et que le patient y consent (C. civ., art. 16-3), les atteintes à l'intégrité corporelle sont justifiées : il en est ainsi notamment de la chirurgie esthétique, des recherches biomédicales (CSP, art. L. 1122-1 et L. 1122-2 ; C. pén., art. 223-8), des dons et de l'utilisation d'éléments et produits du corps humain (CSP, art. L. 1231-1 et L. 1232-1), de la transfusion sanguine (CSP, art. L. 1221-3), de l'interruption volontaire de grossesse (C. pén., art. 223-10) et des stérilisations « à visée contraceptive » (CSP, art. L. 2223-1).

Il en va de même des prélèvements génétiques à des fins de recherche scientifique (C. civ. art. 16-10) ou dans le cadre d'une enquête ou d'une instruction (C. civ., art. 16-11) : le consentement doit être recueilli et son absence constitue une infraction (C. pén. art. 226-25)<sup>4</sup>. Certes, dans tous ces cas, le consentement seul n'est

1. Ainsi « la violence inhérente au tournage d'un film à caractère sadomasochiste ne pourrait être légitimée par le consentement de la victime », Grenoble, 11 mars 2009, *JCP* 2009. 65, note A.-G. Robert.

2. V. déjà en ce sens, G. Cornu, « La personne humaine, sujet de droit », in *L'art du droit en quête de sagesse*, PUF, 1998, p. 21.

3. V. Ph. Salvage, « Le consentement en droit pénal », *RSC* 1991. 699 s., spéc. n° 14, p. 708.

4. L'interdiction de déterminer les caractéristiques génétiques d'une personne n'est cependant pas constituée, malgré l'absence de consentement, lorsque le matériel biologique étudié « s'est naturellement détaché » du corps humain, Crim. 25 juin 2014, n° 13-87493 : *Dr. pénal* 2014, comm. n° 127, obs. M. Véron.

pas exonératoire, sans le soutien de la loi mais, au même titre que l'intérêt médical<sup>1</sup>, l'intérêt scientifique ou l'intérêt de la justice, le consentement est *nécessaire* à la justification légale<sup>2</sup> ; il contribue donc à exclure la lésion de l'intégrité corporelle, donc la violence. Au contraire, l'absence de consentement constitue la violence et appelle la répression<sup>3</sup>.

**223 Consentement exclusif (oui).** De manière plus évidente, le consentement exclut la lésion chaque fois que l'incrimination suppose une fraude ou une violence et protège un intérêt jugé socialement disponible, comme la propriété, l'honneur, la liberté d'aller et de venir ou la liberté sexuelle. Ce consentement exclut la lésion car, en l'exprimant, la « victime » ne fait qu'exercer sa faculté de disposition. Il en est ainsi logiquement des infractions qui supposent un *défait de consentement*, comme le vol (C. pén., art. 311-2), la violation de domicile (C. pén., art. 226-4 et 432-8), l'atteinte à la vie privée par moyens audiovisuels (C. pén., art. 226-1) ou le viol (C. pén., art. 222-23) ; ou encore des infractions qui supposent un *vice du consentement*, comme l'escroquerie (C. pén., art. 313-1) ou la tromperie sur les marchandises (C. consom., art. L. 441-1 et L. 454-1). Parfois le législateur est même très précis, comme en matière d'atteinte à la vie privée, par diffusion de paroles ou d'images à caractère sexuel (dans le cadre de ce que l'on appelle le *revenge porn* ou vengeance pornographique) : l'article 226-2-1, issu de la loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016, punit « le fait, en l'absence d'accord de la personne pour la diffusion, de porter à la connaissance du public ou d'un tiers tout enregistrement ou tout document portant sur des paroles ou des images présentant un caractère sexuel, obtenu, avec le consentement exprès ou présumé de la personne ou par elle-même, à l'aide de l'un des actes prévus

1. Crim. 9 nov. 1961, *JCP* 1962. II. 12777, note R. Savatier. Selon la chambre criminelle « une intervention médicale portant atteinte à l'intégrité de la personne constitue par elle-même un fait de violence ne pouvant être légitimé, au regard de la loi pénale, que si elle a été faite dans un intérêt médical ».

2. V. X. Pin, « Le consentement à la lésion de soi-même en droit pénal : vers la reconnaissance d'un fait justificatif ? », *Revue Droits* 2009, n° 49, 83 s.

3. V. pour le cas d'une recherche biomédicale non consentie, Crim. 24 févr. 2009, n° 08-84436, *RGDM* 2009. 207, note P.-J. Delage.

à l'article 226-1 »<sup>1</sup>. Il est évident, dans ce cas, qu'une diffusion sans l'accord de l'intéressé est punissable quand bien même cette personne aurait exprimé un consentement à l'enregistrement. Cette nouvelle rédaction met fin à un errements jurisprudentiel, qui avait conduit la Cour de cassation, sur la base des textes précédents, à considérer comme non punissable la diffusion sans l'accord de l'intéressée d'images de nature sexuelle, dès lors qu'elles avaient été enregistrées avec son consentement<sup>2</sup>.

De manière plus générale, chaque fois que l'incrimination repose sur un défaut d'accord, le consentement libre de la victime fait logiquement disparaître l'infraction : il n'y a pas de vol en cas de remise volontaire d'une chose par son propriétaire, ni de viol en cas de relations sexuelles consenties<sup>3</sup>. La solution s'explique généralement par l'absence d'*élément matériel de l'infraction* (l'action contre le gré de la victime ne s'est pas produite) : il n'y a ni fraude, ni violence. Toutefois, il est important de relever que le consentement ôte au fait son caractère *injuste* en supprimant la lésion de l'intérêt protégé, car il est des cas où le texte d'incrimination ne précise pas expressément que l'auteur doit agir contre le gré de la victime, alors que pourtant l'intérêt est disponible. Tel est le cas, selon nous, de la violation de secret professionnel qui disparaît lorsque l'intéressé autorise la révélation (C. pén., art. 226-13)<sup>4</sup> ou encore de la séquestration arbitraire (C. pén., art. 224-1). À propos de ce dernier exemple, il est notable que le législateur punit de réclusion « le fait, sans ordre des autori-

1. V. A. Lepage, « L'article 226-2-1 du Code pénal. Une nouvelle strate dans la protection pénale de la vie privée », *Dr. pénal* 2017, étude n° 1.

2. Crim. 16 mars 2016, n° 15-82676, *JCP G* 2016, 658, note J. Ch. Saint Pau, *Dr. pénal* 2016, comm. 73, obs. Ph. Conte.

3. V. également pour la tromperie, T. corr. Pontarlier, *D.* 1954. 196, note M. Liotard, *RSC* 1954. 375, obs. (critiques) P. Bouzat : « Attendu que les clients étaient d'accord pour payer le gros pain sans justification de poids, à titre de participation aux frais de portage [...] qu'il n'existe pas de tromperie sur le poids, les acheteurs du pain ayant accepté toute différence éventuelle entre le poids indiqué et le poids réel ».

4. Certes la jurisprudence répète souvent, à propos, du refus de témoigner que l'obligation au secret professionnel est « générale et absolue » et qu'il n'appartient à personne d'en affranchir les professionnels qui y sont soumis, V. Crim. 8 mai 1947 (arrêt *Decraene*), *D.* 1948. 109, note P. Gulphe ; *RSC* 1947. 403, obs. L. Hugéney ; Crim. 5 juin 1985, *Bull. crim.* n° 218 ; Crim. 16 déc. 1992, *Bull. crim.* n° 424. Toutefois, la jurisprudence n'a, à notre connaissance, jamais condamné un professionnel pour avoir révélé un secret avec l'accord de son patient ou de son client. V. au contraire, C. pén., art. 226-14 (le médecin peut être délié du secret professionnel par son patient pour dénoncer les sévices que ce dernier a subis).

tés constituées et hors les cas prévus par la loi, d'arrêter, d'enlever, de détenir, ou de séquestrer une personne ». Or le verbe « détenir » n'implique pas forcément une action contre le gré de la personne et, pourtant, il est évident que le consentement exclut l'infraction, sinon on ne pourrait plus monter dans la voiture d'un ami...

## **2. Conditions du consentement**

**224 Preuve, capacité et liberté.** Dans le domaine précédemment décrit, le consentement de la victime n'exclut la lésion qu'à quatre conditions. Le consentement doit d'abord être *prouvé*. Il peut exister néanmoins des présomptions légales de consentement comme, par exemple, en matière d'atteinte à la vie privée par un moyen audiovisuel, lorsque les actes de captation, d'enregistrement ou de transmission d'images ou de paroles « ont été accomplis au vu et au su des intéressés sans qu'ils s'y soient opposés, alors qu'ils étaient en mesure de le faire » (C. pén., art. 226-1). Tel fut le cas également, avec une loi du 4 avril 2006, en matière de viol ou d'agression sexuelle entre époux (C. pén., art. 222-22) : le consentement des époux aux actes sexuels était présumé. Il s'agissait cependant, comme l'avait décidé la jurisprudence avant 2006, d'une présomption simple<sup>1</sup>, puisqu'elle ne valait que « jusqu'à preuve du contraire ». Mais cette présomption anachronique a été abandonnée par la loi n° 2010-769 du 9 juillet 2010 visant à lutter contre les violences conjugales car elle plaçait les victimes dans une position délicate, en les forçant à apporter la preuve d'un fait négatif pour combattre la présomption.

Le consentement doit ensuite être *antérieur à l'infraction*, sinon il s'agirait d'un pardon inopérant. Tout au plus l'assentiment postérieur peut-il être un obstacle à l'action publique lorsque la poursuite suppose la plainte de la victime (comme, par exemple, l'atteinte à la vie privée ; C. pén., art. 226-6).

Le consentement doit, en outre, émaner d'une personne *capable* de comprendre la portée de l'accord qu'elle donne<sup>2</sup> et

1. Crim. 11 juin 1992 ; JCP 1992. II. 22043, note Th. Garé ; D. 1993. 117, note M.-L. Rassat ; RSC 1993. 107, obs. G. Levasseur.

2. Ainsi la remise par un inconscient ou un jeune enfant n'est pas considérée comme exclusive du vol : Crim. 26 juin 1974, Bull. crim. n° 243 ; Crim. 17 janv. 1978, Bull. crim. n° 20 ; Crim. 16 mars 1989, Gaz. Pal., 1989. 2. Somm. 379, obs. J.-P. Doucet.

éventuellement titulaire du pouvoir de consentir. Ainsi, dans une affaire de vol d'arbres sur pied appartenant à des propriétaires indivis, il a été jugé que le consentement de la majorité des coïndivisaires pour procéder à l'abattage des arbres n'excluait pas le vol. Seul l'accord de tous les propriétaires aurait eu un effet exonérateur<sup>1</sup>. De même, il a été jugé que la cession par un coïndivisaire d'objets et de bons au porteur indivis, sans l'accord des coïndivisaires, était constitutive d'un vol<sup>2</sup>.

Enfin, le consentement doit être libre et être donné en connaissance de cause. Ainsi, le consentement n'exclut le vol que s'il porte sur le transfert de la possession<sup>3</sup>. Donc lorsqu'une personne remet une chose à un tiers, sous condition tacite de restitution immédiate et que ce dernier s'en empare, il y a vol, en raison de l'absence d'intention de la victime de se dessaisir définitivement de la chose<sup>4</sup>.

## B. L'existence d'une protection

**225 Immunité de fond.** À l'évidence, pour qu'il y ait atteinte à un intérêt protégé, il faut que la protection pénale existe, or il arrive que cette protection fasse défaut parce que le législateur a institué une *immunité*<sup>5</sup>, au nom d'un intérêt supérieur. Ce type d'immunité, obstacle à la qualification, ne doit pas être confondu avec les immunités liées aux fonctions ou aux qualités personnelles de l'auteur qui, à l'instar des *immunités diplomatiques* rencontrées<sup>6</sup>, ne sont que des obstacles procéduraux à la poursuite, dont les régimes sont du reste extrêmement variés. Certaines relèvent de l'inviolabilité (obstacle temporaire à une mesure de contrainte

1. Crim. 27 févr. 1996, *Bull. crim.* n° 96 ; *RTD civ.* 1996. 936, obs. F. Zénati.

2. Crim. 12 mai 2015, n° 13-87668, *Dr. pénal* 2015, comm. 96, obs. M. Véron.

3. Cl.-J. Berr, « Les aspects actuels de la notion de soustraction frauduleuse », *RSC* 1967. 50 s.

4. Crim. 15 mai 1903, *Bull. crim.* n° 189, V. Crim. 4 nov. 1965, *JCP* 1965. II. 14066, note A. Chavanne (remise d'une chose pour la faire peser). Crim. 21 févr. 1968, *Bull. crim.* n° 58 (remise d'un billet de loterie pour le vérifier) ; Crim. 21 avr. 1964, *Bull. crim.* n° 121 (arrêt *Laskar*) ; *JCP* 1965. II. 13973, 2<sup>e</sup> esp., note R. Ottenhof (remise d'un portefeuille par un débiteur à son créancier et prélèvement d'une somme supérieure à ce qui était dû).

5. V. C. Choukroun, « L'immunité », *RSC* 1959. 1 s.

6. V. ss 140.

judiciaire)<sup>1</sup>, d'autres du *privilege de juridiction* (soustraction aux juridictions de droit commun)<sup>2</sup>; d'autres du simple obstacle à l'action publique, comme l'immunité de juridiction pénale des hauts responsables étatiques étrangers<sup>3</sup>; enfin l'une d'elles est *sui generis* : l'inviolabilité du chef de l'État, pendant la durée de son mandat, telle qu'elle résulte de la loi constitutionnelle n° 2007-238 du 23 février 2007 (Const., art. 67)<sup>4</sup>, et de la loi organique n° 2014-1392 du 25 novembre 2014<sup>5</sup>. Ces immunités qui intéressent la procédure pénale ou le droit pénal international sont du reste en recul<sup>6</sup>. Pour s'en tenir aux seules immunités de fond, causes d'irresponsabilité pénale, on présentera les plus connues<sup>7</sup> : l'immunité parlementaire (1), l'immunité judiciaire (2) et certaines immunités familiales (3).

1. Ainsi l'inviolabilité parlementaire de l'article 26 de la Constitution interdit d'arrêter ou de placer en détention provisoire ou sous contrôle judiciaire un parlementaire sans l'autorisation préalable du bureau de l'Assemblée ou du Sénat.

2. Ainsi les ministres, aux termes des art. 68-1 et 68-2 de la Constitution, relèvent de la Cour de justice de la République pour les actes commis dans l'exercice de leurs fonctions, V. Ph. Conte, « L'immunité pénale des membres du gouvernement et l'article 68-1 de la Constitution », *D.* 1999. Chron. 209.

3. R. Koering-Joulin, « De l'immunité de juridiction pénale des hauts responsables étatiques étrangers », in *Mélanges Y. Mayaud*, Dalloz, 2017, p. 625 s.

4. Sur la procédure politique de destitution du président de la République en cas de « manquement à ses devoirs manifestement incompatible avec l'exercice de son mandat » (Const., art. 68), V. M. Verpeaux, « Le *faux impeachment* à la française ou la nouvelle combinaison du pénal et du politique ; À propos de la révision du Titre IX de la Constitution », *JCP 2007. I.* 141. Sur l'état du droit antérieur à la réforme, on rappellera qu'interprétant l'ancien article 68 de la Constitution, le Conseil constitutionnel avait estimé que « pendant la durée de ses fonctions », la responsabilité pénale du chef de l'État, pour tout type d'infractions, ne pouvait être mise en cause que devant la Haute Cour de justice (Cons. const. 22 janv. 1999, *RSC* 1999. 354, obs. J.-F. Seuvic) ; il s'agissait donc d'un privilège de juridiction. Néanmoins, l'assemblée plénière de la Cour de cassation avait jugé, quant à elle, que le chef de l'État bénéficiait plutôt d'une immunité temporaire de juridiction : s'il ne peut, pendant la durée de son mandat, être entendu, mis en examen, cité ou renvoyé devant une juridiction pénale de droit commun, ni même être tenu de comparaître en tant que témoin, en revanche, cette protection cesse à l'issue du mandat (Ass. plén., 10 oct. 2001, *Bull. crim.* n° 206). Tel est le système retenu par le nouvel article 67 de la Constitution. À noter qu'aucune disposition constitutionnelle, légale ou conventionnelle ne prévoit l'immunité ou l'irresponsabilité pénale des membres du cabinet du président de la République, *Crim.* 19 déc. 2012, n° 12-81043, *Bull. crim.* n° 285.

5. Cons. const., déc. 19 nov. 2014, n° 2014-703 DC ; V. B. Mathieu, « Statut pénal du président de la République : 12 ans pour réaliser la réforme ! » : *JCP G*, 2014, Le mot de la semaine, 1357 ; A. Levade, « La procédure de destitution du président de la République enfin applicable... ou presque » : *JCP G*, 2015, 1299.

6. G. Giudicelli-Delage, « Le recul des immunités », in M. Danti-Juan (dir.), *La pénalisation des responsabilités politiques en droit interne et en droit international*, Travaux de l'institut de sciences criminelles de Poitiers, 2008, t. 26, p. 113.

7. À propos de la création d'une « immunité pénale » au profit des toxicomanes consommant de la drogue dans des salles dites de « consommation à moindre risque », V. P. Morvan, « La salle de shoot : lieu d'asile en droit pénal », *Dr. pénal* 2016, Étude 7.

### **1. Immunité parlementaire**

- 226** **Domaine.** L'immunité parlementaire empêche de poursuivre les députés et les sénateurs pour les infractions de diffamation et d'injure qu'ils auraient commises dans les enceintes parlementaires, ni les auteurs du compte rendu des séances publiques (L. 29 juill. 1881, art. 41, al. 1 et 2 ; Const., art. 26). Cette immunité s'explique par l'existence d'un droit des parlementaires de parler librement pour favoriser l'échange démocratique, sans risquer un procès à chaque « nom d'oiseau » prononcé. Cette immunité est un obstacle à la qualification de l'infraction en raison d'un intérêt supérieur : la liberté de parole favorisant le débat démocratique. Une loi n° 2008-1187 du 14 novembre 2008 l'a étendue aux propos tenus ou écrits produits devant une commission d'enquête parlementaire ; l'immunité couvre alors les personnes tenues d'y déposer, ainsi que les auteurs des comptes rendus fidèles faits de bonne foi (L. 29 juill. 1881, art. 41, al. 3).

### **2. Immunité judiciaire**

- 227** **Domaine.** L'immunité judiciaire profite aux plaideurs en les mettant à l'abri de toute action en diffamation, injure ou outrage à raison des discours ou écrits prononcés ou produits devant les juridictions, en rapport avec l'affaire à laquelle ils sont parties. Cette immunité couvre également les comptes rendus fidèles, faits de bonne foi, des débats judiciaires (L. 29 juill. 1881, art. 41, al. 4). L'intérêt supérieur est ici de permettre le plein exercice des droits de la défense et la sincérité des dépositions. L'acte est conforme au droit, si le plaideur rapporte bien entendu la preuve que ses propos injurieux étaient couverts par l'immunité<sup>1</sup>, ce qui n'empêche pas que de tels propos puissent, le cas échéant, être qualifiés de provocation au sens de l'article 33 alinéa 2 de la loi du 29 juillet 1881, pour justifier les propos injurieux formulés en réponse<sup>2</sup>.

---

1. Les discours peuvent cependant être considérés comme illicites d'un point de vue civil (art. 41, al. 4), les juges en ordonnent alors la suppression et peuvent condamner leurs auteurs à des dommages-intérêts.

2. Crim. 31 mars 2015, n° 13-81842 : *Dr. pénal* 2015, comm. n° 68, obs. M. Véron.

### 3. Immunités familiales et de solidarité

**228 Domaine.** Des immunités familiales ont été instituées pour préserver les structures familiales en évitant des dilemmes cornéliens, qui conduiraient à devoir dénoncer les membres de sa famille. Ainsi, les parents en ligne directe, les conjoints, ainsi que les frères et sœurs et leurs conjoints, de l'auteur ou du complice d'un crime, ne peuvent être poursuivis pour *non-dénonciation de crime* (C. pén., art. 434-1)<sup>1</sup>. De même, ne sont pas susceptibles de poursuite pour *non-témoignage en faveur d'un innocent* l'auteur ou le complice de l'infraction ainsi que les membres de leur famille : parents en ligne directe, conjoints, frères et sœurs et concubins (C. pén., art. 434-11)<sup>2</sup>. L'infraction n'est pas constituée car un intérêt supérieur commande l'impunité : le respect de la famille. Il en est de même pour le recel de criminel qui ne s'applique pas aux parents ou alliés du malfaiteur (C. pén., art. 434-6) ; ou pour l'aide au séjour irrégulier d'un étranger, qui ne peut être reprochée aux ascendants et descendants et conjoint d'un étranger en situation irrégulière ni, depuis une loi du 31 décembre 2012, à l'ex-conjoint, aux ascendants, descendants, frères et sœurs du conjoint de l'étranger, à la personne qui vit notoirement en situation de vie maritale avec lui ou à la personne qui l'aide par un pur souci d'humanité ou de solidarité (CESEDA, art. L. 622-4)<sup>3</sup>. Dans tous ces cas, le fait n'est pas illicite.

Aussi, on se gardera de confondre ces immunités avec « l'immunité familiale » prévue par les articles 311-2, 312-9, 312-12, alinéa 2, 313-3, alinéa 2, et 314-4 du Code pénal, en matière

1. Comme d'ailleurs les personnes tenues au secret dans les conditions de l'article 226-13 du Code pénal.

2. *Idem.*

3. Cette même loi n° 2012-1560 du 31 déc.2012 a étendu l'immunité à toute personne physique ou morale « lorsque l'acte reproché n'a donné lieu à aucune contrepartie directe ou indirecte et consistait à fournir des conseils juridiques ou des prestations de restauration, d'hébergement et de soins médicaux destinées à assurer des conditions de vie dignes et décentes à l'étranger, ou bien toute autre aide visant à préserver la dignité ou l'intégrité physique de celui-ci ». Cette évolution n'avait cependant pas totalement supprimé le délit dit de « solidarité », car les conditions de cette immunité étaient très strictes et certains juges estimaient qu'elle ne s'appliquait pas à ceux qui fournissaient une aide au séjour irrégulier « dans une démarche militante », v. par ex. CA Aix-en-Provence, 8 août 2017 et D. Roets « À quoi sert le fait justificatif spécial d'humanité de l'article L. 622-4, 3° du CESEDA », *AJ Pénal* 2017. 535. Le Conseil constitutionnel a toutefois, au nom du principe de fraternité, censuré une partie de l'article L. 622-4, al. 1 du CESEDA, en ce qu'il permettait encore de réprimer l'aide au séjour des étrangers dans un but humanitaire, Cons. const. 6 juill. 2018, n° 2018-717/718.

d'atteintes à la propriété<sup>1</sup>. Cette dernière immunité s'oppose à la poursuite pénale des soustractions et autres détournements commis entre ascendants, époux et descendants, afin d'éviter que des affaires de famille ne se règlent devant les tribunaux répressifs. Mais l'acte n'est pas justifié pour autant, il demeure illicite et « donne lieu à réparation ». Il s'agit d'une simple immunité procédurale, dont le bénéficiaire est purement personnel<sup>2</sup>. La jurisprudence a pourtant décidé il y a fort longtemps que le complice d'une personne protégée n'était pas punissable<sup>3</sup>.

Sous cette dernière réserve, les immunités de fond ressemblent à des *faits justificatifs*, dans la mesure où elles s'opposent à l'illécéité de l'acte ; certains auteurs les envisagent d'ailleurs comme des hypothèses particulières de permission de la loi<sup>4</sup>. Toutefois, il nous semble qu'elles ne se confondent pas tout à fait avec les faits justificatifs en ce qu'elles échappent à l'appréciation du juge : l'intérêt supérieur qui commande l'impunité est prédéterminé et le juge ne contrôle pas la proportionnalité des moyens employés par rapport à la menace. Au contraire, en présence d'un fait justificatif spécial ou général (y compris un ordre de la loi), le juge se livre toujours à une pesée des intérêts en présence.

## § 2. La pesée de l'intérêt protégé

**229 Faits justificatifs.** Un fait normalement puni par la loi doit être considéré comme licite, lorsqu'il consiste « dans l'exercice d'un droit ou l'accomplissement d'un devoir »<sup>5</sup>, c'est-à-dire lorsqu'il est motivé par un intérêt légitime (l'exercice d'un droit ou d'un devoir) que le juge répressif, dans les circonstances de l'espèce et suivant des critères légaux, estime supérieur à celui que protège l'incrimination. Il s'agit, par exemple, de se défendre contre une agression injuste ou d'obéir à un commandement de l'autorité légitime. D'une manière plus générale, lorsque le juge se livre à

1. V. P. Mousseron, « Les immunités familiales », *RSC* 1998. 201 ; G. Clément, « L'immunité familiale d'ordre patrimonial », *Mélanges J.-H. Robert*, LexisNexis, 2012, p. 107.

2. V. Ph. Conte, *Droit pénal spécial*, 3<sup>e</sup> éd., Litec, 2007, n° 532.

3. Crim. 6 févr. 1920, *D.* 1921. 1. 67.

4. F. Desportes, F. Le Guehec, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 706.

5. B. Bouloc, H. Matsopoulou, *Droit pénal général et procédure pénale*, 17<sup>e</sup> éd., 2009, n° 176.

cette pesée des intérêts en présence, on dit qu'il recherche les *faits justificatifs* de l'infraction. Il convient de voir quels sont les différents faits justificatifs applicables à toutes les infractions et décrits par le Code pénal<sup>1</sup> (A) avant d'envisager leurs caractères communs (B).

## A. Les différents faits justificatifs généraux

**230 Causes objectives d'irresponsabilité.** Les faits justificatifs peuvent être présentés comme des causes objectives d'irresponsabilité car ils font obstacle à la qualification de l'infraction. Certains faits justificatifs participent d'un *devoir* : ainsi la loi, le règlement ou l'autorité légitime peuvent commander d'agir ou de s'abstenir, quitte à commettre une infraction. Cette « infraction » n'est alors pas injuste car on ne peut pas reprocher à une personne d'avoir accompli son devoir. D'autres faits justificatifs participent d'un *droit* : le système juridique autorise la réalisation d'une « infraction » au nom d'un intérêt légitime ; l'incrimination reçoit donc exception, l'interdit devient permis. Il en est ainsi du droit de se défendre contre une attaque illégitime (la légitime défense), ou de la faculté de sauver une vie dans une situation périlleuse (l'état de nécessité). De manière plus analytique, le Code pénal mentionne, dans sa partie générale, cinq faits justificatifs généraux : l'ordre ou l'autorisation de la loi ou du règlement (C. pén., art. 122-4) (1), le commandement de l'autorité légitime (C. pén., art. 122-4) (2), la légitime défense (C. pén., art. 122-5 et 122-6) (3), l'état de nécessité (C. pén., art. 122-7) (4) et depuis 2016 le signalement ou la révélation légitime par un lanceur d'alerte (C. pén., art ; 122-9) (5).

**1.** Certains faits justificatifs ont pu être qualifiés de « spéciaux », parce qu'ils sont affectés à des infractions particulières. Ils sont soit d'origine légale (par ex., revente à perte - C. com., art. L. 442-4 - ; loteries commerciales - CSI, art. L. 322-3 à L. 322-5 - ; dissimulation de visage dans un lieu public - L. n° 2010-192 du 11 oct. 2010, art. 2, II - ; sévices graves sur animal domestiques - C. pén., art. 521-1, al. 5 - ; discrimination - C. pén., art. 225-3 - ; etc.), soit d'origine prétorienne (débat d'intérêt général, exercice des droits de la défense, intérêt du groupe, etc.), v. sur la question A. Dejean de la Bâtie, *Les faits justificatifs spéciaux*, Thèse Paris II, 2018.

### **1. L'ordre ou l'autorisation de la loi ou du règlement**

- 231 Définition.** Selon l'article 122-4, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code pénal, « n'est pas pénalement responsable la personne qui accomplit un acte prescrit ou autorisé par des dispositions législatives ou réglementaires ». Derrière la formule « n'est pas pénalement responsable », il convient d'entendre qu'il n'y a pas d'infraction lorsque la loi ou le règlement ordonne ou permet d'agir. En effet, si le législateur ordonne ou permet d'agir dans un sens, il ne peut pas, sans se contredire, réprimer l'acte qui n'est que l'accomplissement de ce devoir ou de ce droit. Ainsi, le magistrat, qui condamne un délinquant à l'emprisonnement, se rend matériellement complice d'une séquestration, mais il ne commet pas d'infraction parce qu'il agit conformément à sa mission légale ; de même l'agent infiltré qui, dans le cadre de sa mission, réalise un transport de stupéfiants ne commet pas une infraction car il est couvert par le Code de procédure pénale. Semblablement, le médecin qui a l'obligation de déclarer aux autorités sanitaires les maladies vénériennes ne commet pas une violation injuste du secret professionnel<sup>1</sup>. Cela est fort logique. Néanmoins quelques précisions s'imposent quant à la norme justificative et quant au fait justifié.
- 232 Norme justificative.** Par l'expression « ordre ou autorisation de la loi ou du règlement », il faut entendre la loi ou le règlement au sens matériel, c'est-à-dire en principe une norme écrite, admise par le système juridique français<sup>2</sup>. Peu importe que cette norme soit d'origine pénale (par exemple, l'obligation de porter secours qui conduirait à un bris de clôture) ou civile au sens large (par exemple, l'autorité parentale qui a pu conduire, par le passé, à admettre certains gestes de « correction » inoffensifs)<sup>3</sup>. La norme civile *lato sensu* n'est du reste pas uniquement une norme d'autorisation ; comme la loi pénale, elle peut aussi *ordonner* d'agir ou

1. V. C. pén., art. 226-14 : « L'article 226-13 du Code pénal n'est pas applicable dans les cas où la loi impose ou autorise la révélation du secret ».

2. Crim. 27 juin 1973, *Bull. crim.* n° 305 (absence de justification d'un port d'arme par un pilote d'avion malgré l'ordre prétendu de la loi étrangère).

3. V. pour les enseignants, Crim. 31 janv. 1995, *Bull. crim.* n° 38 ; T. pol. Bordeaux, 18 mars 1981, RSC 1982. 347, obs. G. Levasseur.

de s'abstenir<sup>1</sup>. Il convient simplement de respecter la hiérarchie des normes : seul un texte à valeur égale ou supérieure au texte d'incrimination peut lui apporter dérogation. Ainsi, l'ordre ou l'autorisation réglementaire ne doit pas contrevenir à une incrimination légale : par exemple, l'administration chargée de la surveillance des denrées alimentaires n'aurait pas le pouvoir d'autoriser un commerçant à altérer ses produits<sup>2</sup>. Par ailleurs, de simples *circulaires* ne sauraient valoir autorisation de la loi. Néanmoins, on admet parfois une simple *autorisation coutumière*. Tel est le cas lorsque la loi y renvoie expressément comme pour la tauromachie et le combat de coqs (C. pén., art. 521-1, al. 4), mais d'aucuns voient également une marque de la coutume dans des pratiques tolérées, comme le droit des coiffeurs, des tatoueurs, des scarificateurs ou de certains sportifs, de réaliser, avec le consentement de l'intéressé et dans le respect des règles de l'art (ou du jeu), des atteintes bénignes à l'intégrité corporelle. Néanmoins, la plupart de ces hypothèses relèvent d'autorisations légales ou réglementaires. La coutume ne joue un rôle justificatif qu'en l'absence de toute norme écrite préétablie et en présence, sinon d'une *opinio necessitatis*, du moins d'une tolérance du corps social. Ainsi, une coutume d'origine religieuse semble actuellement justifier les circoncisions non thérapeutiques. En revanche, aucune coutume ne permet de légitimer l'excision, et on le comprend compte tenu des lésions douloureuses et irréversibles qu'elle provoque.

Enfin et d'une manière plus générale, la justification n'a lieu que si toutes les conditions d'application de la norme justificative sont réunies, y compris lorsque ces conditions découlent de principes plus généraux. Ainsi, une intervention médicale ne sera justifiée que si elle est le fait d'un médecin, qui respecte le consentement de la personne (C. civ., art. 16-3) et se conforme aux règles de son art. De même, en matière sportive, le respect des règles du jeu et du consentement des sportifs est une condition nécessaire pour que les

1. V. pour une illustration en matière commerciale et agricole, Crim. 24 janv. 2006, *Bull. crim.* n° 24 ; *RPDP* 2006. 379, obs. X. Pin.

2. Crim. 31 mai 1962, *JCP* 1962. II. 12760, note J. Vivez.

violences soient légitimes. Il en irait de même de toute pratique qui, dans un cadre légal ou réglementaire largement défini, conduirait à porter atteinte à l'intégrité physique : une condition tacite de consentement serait requise au nom du principe d'intangibilité du corps humain (C. civ., art. 16-1)<sup>1</sup>.

- 233 Fait justifié.** La nature et la gravité du fait justifié sont indifférentes car là où la loi ne distingue pas il ne faut pas distinguer. Ainsi, il est admis que l'ordre ou l'autorisation de la loi peut couvrir aussi bien des fautes intentionnelles que des fautes d'imprudence. Sera donc justifié le gendarme qui, conformément à l'ancien article 174 du décret du 20 mai 1903 (devenu C. défense, art. L. 2338-3, CSI, art. L. 435-1), fait usage de son arme pour tenter d'immobiliser un véhicule en fuite et, par imprudence, blesse mortellement le conducteur<sup>2</sup>. Néanmoins, le juge doit toujours opérer un contrôle de stricte proportionnalité, en pesant les intérêts en présence. Ainsi, dans un cas analogue, la Cour de cassation a jugé qu'il appartenait au juge répressif de rechercher si l'usage de son arme par le gendarme était « absolument nécessaire » en fonction des circonstances<sup>3</sup>. Ce contrôle est important pour vérifier que celui qui exécute l'ordre ne dépasse pas les limites de sa mission légale ou réglementaire, et c'est précisément cette exigence d'une nécessité absolue d'utiliser l'arme qui rend cette autorisation légale acceptable<sup>4</sup>. La Cour de cassation a dans le même sens refusé la justification de l'acte d'un policier ayant exercé des violences contre un individu à l'occasion d'un contrôle d'identité, alors que ce dernier ne se rebellait pas mais ne faisait que protester verbalement<sup>5</sup> : la violence n'était ni nécessaire, ni proportionnée. L'usage

1. V. le cas d'un médecin expert ayant pratiqué une piqûre de penthotal sur un inculpé pour vérifier le diagnostic d'aphasie dont il se prétendait atteint ; aucune blessure punissable n'a été relevée parce que le consentement avait été recueilli, T. corr. de la Seine, 23 févr. 1949, S. 1950. 2. 149, note A. Legal ; RSC 1949. 343, obs. L. Huguency.

2. Crim. 5 janv. 2000, *Bull. crim.* n° 3 ; D. 2000. 780, note B. de Lamy ; RSC 2000. 606, obs. Y. Mayaud ; *ibid.* 817, obs. B. Bouloc.

3. Crim. 18 févr. 2003, *Bull. crim.* n° 41, RSC 2003. 387, obs. J. Buisson, 559, obs. Y. Mayaud. V. aussi Crim. 12 mars 2013, n° 12-82683, *Dr. pénal* 2013, comm. 88 obs. M. Véron (usage nécessaire et non disproportionné).

4. Crim. 1<sup>er</sup> avr. 2014, n° 13-85519 (non-lieu à transmission d'une QPC) ; Crim. 21 oct. 2014, n° 13-85519 (appréciation de la motivation de la chambre de l'instruction) : *Dr. pénal* 2014, comm. n° 146 obs. M. Véron.

5. Crim. 19 oct. 1994, *Dr. pénal* 1995. 36, obs. Véron.

disproportionné d'une arme à feu par les agents des forces de l'ordre peut d'ailleurs constituer, en cas de blessures mortelles, une violation substantielle du droit à la vie, protégé par l'article 2 de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme<sup>1</sup>.

**234 Autorisation spéciale d'utilisation d'une arme.** Enfin, en 2016, suite à une multiplication d'actes terroristes sur notre territoire, le législateur a souhaité donner aux forces de l'ordre une autorisation spéciale de faire usage de leurs armes, en dehors des hypothèses de légitime défense. La loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 inséra alors un article 122-4-1 du Code pénal qui disposait : « N'est pas pénalement responsable le fonctionnaire de la police nationale, le militaire de la gendarmerie nationale, le militaire déployé sur le territoire national dans le cadre des réquisitions prévues à l'article L. 1321-1 du Code de la défense ou l'agent des douanes qui fait un usage absolument nécessaire et strictement proportionné de son arme dans le but exclusif d'empêcher la réitération, dans un temps rapproché, d'un ou plusieurs meurtres ou tentatives de meurtre venant d'être commis, lorsque l'agent a des raisons réelles et objectives d'estimer que cette réitération est probable au regard des informations dont il dispose au moment où il fait usage de son arme »<sup>2</sup>. Une exigence de nécessité et de stricte proportionnalité a été posée, ainsi qu'une exigence de proximité temporelle avec des faits de meurtres ou tentatives de meurtre. Il ne s'agissait donc pas d'un « permis de tuer » mais d'une autorisation légale strictement encadrée<sup>3</sup>. Ce texte a cependant eu une durée de vie très brève, puisqu'il a suscité le débat sur la création d'une légitime défense spécifique aux membres des forces de l'ordre<sup>4</sup> et pour finir la loi n° 2017-258 du 28 février 2017 sur la sécurité publique a créé une autorisation légale explicite intégrée dans l'article L. 435-1 du Code de la sécurité intérieure<sup>5</sup>. Selon ce texte, qui a remplacé l'article 122-4-1 du Code pénal, dans l'exer-

1. CEDH, 7 juin 2018, n° 19510/15 *Toubache c/France*, JCP G 2018, act. 744, obs. F. Sudre.

2. V. M. Lena, « L'arme des policiers », *AJ pénal* 2016. 285.

3. V. pour une critique du travail législatif, O. Décima, « Terreur et métamorphose. À propos de la loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 sur la lutte contre le terrorisme », *D.* 2016, p. 1826.

4. V. en faveur de la réforme : J. Pradel, « Pour une légitime défense spécifique aux membres des forces de l'ordre », *D.* 2016, p. 2525 ; *contra* O. Décima, « Légitime réforme ? », *D.* 2016, p. 2527.

5. V. C. Tzutzuanu, « L'usage des armes par les forces de l'ordre. De la légitime défense à la... légitime défense en passant par l'autorisation de la loi », *RSC* 2017. 699 s.

cice de leurs fonctions et revêtus de leur uniforme ou des insignes extérieurs et apparents de leur qualité, les agents de la police nationale et les militaires de la gendarmerie nationale peuvent, outre les cas mentionnés à l'article L. 211-9 (atouplements), faire usage de leurs armes en cas d'absolue nécessité et de manière strictement proportionnée : 1° Lorsque des atteintes à la vie ou à l'intégrité physique sont portées contre eux ou contre autrui ou lorsque des personnes armées menacent leur vie ou leur intégrité physique ou celles d'autrui ; 2° Lorsque, après deux sommations faites à haute voix, ils ne peuvent défendre autrement les lieux qu'ils occupent ou les personnes qui leur sont confiées ; 3° Lorsque, immédiatement après deux sommations adressées à haute voix, ils ne peuvent contraindre à s'arrêter, autrement que par l'usage des armes, des personnes qui cherchent à échapper à leur garde ou à leurs investigations et qui sont susceptibles de perpétrer, dans leur fuite, des atteintes à leur vie ou à leur intégrité physique ou à celles d'autrui ; 4° Lorsqu'ils ne peuvent immobiliser, autrement que par l'usage des armes, des véhicules, embarcations ou autres moyens de transport, dont les conducteurs n'obtempèrent pas à l'ordre d'arrêt et dont les occupants sont susceptibles de perpétrer, dans leur fuite, des atteintes à leur vie ou à leur intégrité physique ou à celles d'autrui ; 5° Dans le but exclusif d'empêcher la réitération, dans un temps rapproché, d'un ou de plusieurs meurtres ou tentatives de meurtre venant d'être commis, lorsqu'ils ont des raisons réelles et objectives d'estimer que cette réitération est probable au regard des informations dont ils disposent au moment où ils font usage de leurs armes. Ce dispositif s'applique également aux douaniers (C. douanes, art. 56) ainsi qu'aux militaires déployés sur le territoire national dans le cadre de réquisition (opérations sentinelle) ou protégeant des installations militaires (C. défense, art. L. 2338-3). Nul doute que la jurisprudence viendra préciser ces cas d'absolue nécessité et opérera son contrôle de proportionnalité.

## **2. Le commandement de l'autorité légitime**

- 235 Définition.** Selon l'article 122-4, alinéa 2, du Code pénal, « n'est pas pénalement responsable la personne qui accomplit un acte commandé par l'autorité légitime, sauf si cet acte est manifeste-

ment illégal». Ce fait justificatif se rencontre dans les relations entre les titulaires de l'autorité publique et les personnes tenues de s'y soumettre. Il complète l'ordre ou l'autorisation de la loi, dans la mesure où, la plupart du temps, l'ordre de l'autorité légitime est donné dans un cadre légal ou réglementaire. Tel est par exemple le cas des agents de fourrières qui reçoivent l'ordre des autorités de police d'emporter les véhicules mal garés : *a priori*, ils ne peuvent être poursuivis pour vol, leur geste est justifié. Mais encore faut-il apporter deux séries de précisions quant à la définition de l'autorité légitime et quant à la légalité de l'ordre.

- 236 Autorité légitime.** L'autorité légitime visée par l'article 122-4 est toujours une autorité publique qui *dispose* légalement du pouvoir de commander pour l'exécution des lois et règlements<sup>1</sup>. Le fait justificatif ne couvre donc pas les ordres émanant d'autorités privées comme des employeurs<sup>2</sup> ou même les administrateurs judiciaires<sup>3</sup>. Cela dit, l'autorité publique doit aussi et surtout être légitime, c'est-à-dire être issue du régime politique prévu par la Constitution. Ainsi, les criminels de guerre nazis lors du procès de Nuremberg ont invoqué en vain ce fait justificatif. Tout au plus, les juges pourraient-ils tenir compte de la circonstance d'un bouleversement du régime, par exemple l'occupation, pour accorder le bénéfice d'une atténuation de la peine. En ce sens, on relèvera l'article 213-4 du Code pénal qui prévoit que l'auteur ou le complice d'un crime contre l'humanité ne saurait s'exonérer en démontrant qu'il a suivi l'ordre ou l'autorisation de la loi ou le commandement de l'autorité légitime mais que « la juridiction tient compte de cette circonstance lorsqu'elle détermine la peine et en fixe le montant » ; le juge est invité à la modération car on ne peut pas attendre de tous les subordonnés qu'ils se comportent en héros. Une disposition analogue a été introduite par la loi n° 2010-930 du 9 août 2010 à propos des crimes ou délits de guerre (C. pén., art. 462-8, al. 1<sup>er</sup>). Enfin, en bonne logique, l'autorité légitime ne devrait pas être la même personne que celle qui

1. Crim. 28 avr. 1866, *DP* 1866. 1. 356.

2. Crim. 4 oct. 1989, *Bull. crim.* n° 338.

3. Crim. 20 avr. 2017, n° 16-80808, *Gaz. Pal.*, 2017, n° 24, p. 72, obs. C. Robaczewski.

commet l'infraction en recevant le commandement : il est donc surprenant que des juges aient pu considérer qu'un maire ayant donné une gifle éducative à un adolescent qui l'insultait était couvert par le fait justificatif du commandement de l'autorité légitime<sup>1</sup>.

- 237 Légalité du commandement.** La question qui a longtemps préoccupé la doctrine était de savoir si le subordonné devait obéir à tous les ordres ou s'il pouvait refuser d'exécuter des ordres qu'il jugeait illégaux. Deux thèses ont été défendues : d'une part, la théorie de *l'obéissance passive* selon laquelle le subordonné doit toujours obéir sous peine d'être sanctionné et en contrepartie il sera toujours justifié pour les infractions commises (cela évite que le militaire demande à son supérieur si l'attaque ordonnée est bien légale, ou que le surveillant de prison vérifie le bien-fondé d'une condamnation...); d'autre part, la théorie des *baïonnettes intelligentes*, en vertu de laquelle le subordonné peut sans encourir de sanction refuser d'exécuter un ordre qui lui paraît illégal. Sous l'empire de l'ancien Code pénal, la jurisprudence n'admettait aucune justification lorsque l'ordre était illégal, car le commandement de l'autorité légitime et l'ordre de la loi se cumulaient explicitement (C. pén., anc. art. 327)<sup>2</sup>. Le Code pénal actuel a introduit une nuance en prévoyant que seul l'ordre « manifestement illégal » exclut la justification<sup>3</sup>. Autrement dit, le subordonné ne sera couvert qu'en l'absence d'illégalité *manifeste* de l'ordre. Ce caractère manifeste implique une appréciation *in concreto*. Le juge doit en effet tenir compte des circonstances concrètes pour cerner le degré d'obéissance du subordonné (ce sera, par ex., son rang dans une relation très hiérarchisée, ou son degré de connaissance et de pouvoir dans les autres relations). Ainsi la justification n'a pas été appliquée à un employé administratif qui sur ordre du maire avait

1. Douai, 10 oct. 2012, n° 12-01253, RSC 2013, 343, note Y. Mayaud.

2. Crim. 22 mai 1959, *Bull. crim.* n° 264 (receveur des postes procédant sur ordre du préfet à un détournement de correspondance).

3. Comp. art. 8, § 3, Règlement des armées : « Le subordonné ne doit pas exécuter un ordre prescrivant un ordre manifestement illégal ou contraire au droit international ». V. également C. pén., art. 462-8 (créé par L. n° 2010-930, 9 août 2010) en matière de crime ou délit de guerre : « L'auteur ou le complice n'est pas pénalement responsable dans le cas où il ne savait pas que l'ordre de l'autorité légitime était illégal et où cet ordre n'était pas manifestement illégal ».

réalisé un faux en modifiant le plan d'urbanisme car, en l'espèce, l'agent n'était pas tenu à une « obéissance inconditionnelle » et pouvait se rendre compte du caractère « manifestement illégal » des prétentions du maire<sup>1</sup>. De même, a été jugé manifestement illégal l'ordre donné par un préfet à un colonel de gendarmerie de détruire des « paillotes », de manière clandestine, en utilisant un moyen dangereux, sans assurer la sécurité des biens et des personnes<sup>2</sup>. À l'inverse, il a été jugé que le directeur d'une publication requis par la Caisse de sécurité sociale, pour publier une condamnation disciplinaire contre un médecin, alors qu'elle n'était pas définitive (ce qui contrevenait à l'article L. 145-2 du Code de la sécurité sociale) n'était pas coupable de diffamation parce que l'ordre de la Caisse n'était pas manifestement illégal<sup>3</sup>. Il est notable enfin que l'autorité qui a délivré un commandement qui n'était pas manifestement illégal aux yeux du subordonné (justifié) peut engager sa responsabilité en cas d'infraction d'imprudence commise par de dernier, quand bien même celui-ci serait exonéré<sup>4</sup>.

### 3. La légitime défense

**238 Définition.** Selon l'article 122-5, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code pénal, « n'est pas pénalement responsable la personne qui, devant une atteinte injustifiée envers elle-même ou autrui, accomplit dans le même temps un acte commandé par la nécessité de la légitime défense d'elle-même ou d'autrui, sauf s'il y a disproportion entre les moyens de défense employés et la gravité de l'atteinte ». Le deuxième alinéa de ce texte ajoute : « N'est pas pénalement responsable la personne qui, pour interrompre l'exécution d'un crime ou d'un délit contre un bien, accomplit un acte de défense, autre qu'un homicide volontaire, lorsque cet acte est strictement nécessaire au but poursuivi, dès lors que les moyens employés sont strictement proportionnés à la gravité de l'infraction. » Ces dispositions consacrent un principe plus général, de portée universelle,

1. Crim. 25 févr. 1998, *Dr. pénal* 1998. 94, obs. M. Véron.

2. Crim. 13 oct. 2004, *Dr. pénal* 2005. 2, obs. M. Véron.

3. Crim. 17 oct. 1995, *Bull. crim.* n° 311.

4. Crim. 27 oct. 2015, n° 14-84952, *Gaz. Pal.*, 26 janv. 2016, p. 50, obs. S. Detraz.

qui permet à chacun de se défendre contre une agression injuste, en exerçant une sorte de police privée, pour assurer les fonctions d'un État momentanément défaillant. Par nature, la légitime défense conduit donc à la réalisation d'un acte licite. Il s'agit d'une cause objective d'irresponsabilité pénale ; cela a pour conséquence que celui qui en bénéficie ne peut pas non plus voir sa responsabilité civile engagée, même sur un fondement objectif<sup>1</sup> et que l'exonération profite à tous les participants à l'acte<sup>2</sup>. Mais la légitime défense n'est admise que dans certaines situations et selon des conditions strictes.

**239 La situation de légitime défense.** La situation de légitime défense est caractérisée par la présence ou l'imminence d'une « atteinte injustifiée » contre soi-même ou autrui ou d'un « crime » ou d'un « délit » contre un bien. Couramment, on désigne cette situation par l'existence ou l'imminence d'une « agression ». Néanmoins, il convient d'emblée de noter, en ce qui concerne l'atteinte dirigée contre une personne, qu'il ne s'agit pas forcément d'une infraction<sup>3</sup>, il suffit d'une atteinte « injustifiée ». L'important est que cette agression actuelle ou imminente soit réelle ou vraisemblable et injuste<sup>4</sup>. L'agression est *vraisemblable* lorsque toute autre personne, placée dans les mêmes circonstances, se serait également crue agressée<sup>5</sup>. Plus exactement, il convient de vérifier que l'agent pouvait objectivement se croire autorisé à riposter, donc que les conditions de l'erreur de droit sont remplies<sup>6</sup>. À l'inverse, si l'agression n'existe que dans l'esprit de celui qui riposte, il y a

1. Crim. 13 déc. 1989, *Bull. crim.* n° 478 ; Civ. 2<sup>e</sup>, 22 avr. 1992, *D.* 1992. 353, note J.-F. Burgelin.

2. *Contra* A. Dana, *Essai sur la notion d'infraction pénale*, LGDJ, 1982, n° 152 s. Cet auteur estime contre l'avis majoritaire et la jurisprudence que l'auteur d'une infraction commandée par la légitime défense ne commet pas de « faute », mais que son acte demeure illicite (une responsabilité civile devrait donc pouvoir être engagée sur un autre fondement que la faute et la responsabilité des complices et coauteurs pourrait être recherchée).

3. Ainsi, il a été admis qu'une mère qui avait donné un « soufflet » à son fils était justifiée par la légitime défense dès lors qu'elle lui avait infligé cette punition pour qu'il échappe au « dévergondage » d'une jeune fille, T. pol. Valence, 19 mai 1960, *S.* 1960. 270, note L. Huguency.

4. D'où la difficulté de retenir une légitime défense dans l'acte de celui qui s'empare de documents appartenant à son employeur pour se défendre dans une procédure de licenciement, V. Crim. 11 mai 2004 (2 arrêts), *Dr. pénal* 2004. 122, obs. M. Véron.

5. Crim. 8 juill. 2015, n° 15-81986, *Dr. pénal* 2015, comm. 138, obs. Ph. Conte (climat de peur nourri par l'irruption de cambrioleurs en pleine nuit, exacerbé par la frayeur ressentie au moment où le véhicule de l'agresseur a foncé sur l'agressé, qui pouvait dès lors légitimement penser être l'objet d'une attaque).

6. V. ss 290.

*légitime défense putative*, et l'acte de défense n'est pas justifié. Quant au caractère *injuste* de l'agression, cette exigence conduit notamment à exclure la légitime défense à l'encontre des forces de l'ordre qui, jusqu'à preuve contraire, sont présumées agir dans le respect de la légalité. Semblablement, le caractère injustifié de l'atteinte conduit à refuser la légitime défense à celui qui a été l'agresseur initial, car la riposte à laquelle il est confronté est juste : *légitime défense sur légitime défense ne vaut*.

**240 L'acte de légitime défense.** L'acte de défense doit quant à lui être accompli « dans le même temps » que l'atteinte, c'est-à-dire juste avant, au même moment, ou juste après. Ainsi, une personne agressée qui va chercher son fusil, pour faire feu quelque temps plus tard sur son agresseur n'est plus en état de légitime défense, non seulement parce que sa riposte n'est pas immédiate, mais aussi parce qu'elle n'est plus *nécessaire* (il aurait fallu prévenir la police)<sup>1</sup> et partant elle n'est plus légitime. La nécessité est en effet une condition de la légitime défense. À noter, à ce propos, que la possibilité de fuir n'est pas forcément incompatible avec la légitime défense : les juges peuvent en effet retenir une légitime défense car parfois il est plus dangereux de fuir que de faire face au danger. Il s'agit là de questions de fait souverainement appréciées par les juges du fond. Enfin, la condition essentielle reste la *proportionnalité* des moyens de défense par rapport à la gravité de l'atteinte<sup>2</sup>. Mais là encore, l'appréciation se fera au cas par cas : il est évident que l'on n'attend pas la même maîtrise de la part du pratiquant d'un art martial que d'une personne vulnérable qui, sous l'emprise de la peur, peut réagir avec excès. Néanmoins, en ce domaine il n'y a pas de critère préétabli, tout est affaire d'espèce : ainsi, a été jugé disproportionné le geste d'une femme qui avait porté un coup de talon aiguille dans l'œil de son agresseur ivre et de forte corpulence<sup>3</sup>. De même, a été jugé manifestement disproportionné, le geste d'un militaire de carrière de stature physique imposante qui tire deux balles dans la cuisse de son

1. V. Crim. 9 déc. 1992, *Dr. pénal* 1993. 104, obs. M. Véron.

2. V. Crim. 21 nov. 1961 (*Devaud*), in J. Pradel, A. Varinard, *GADPG, op. cit.*, n° 22.

3. V. Crim. 6 déc. 1995, *Dr. pénal* 1996. 98, obs. M. Véron.

unique agresseur, non armé, qui voulait lui porter des coups de poing<sup>1</sup>. Dans le même sens, il a été jugé que l'individu agressé à mains nues ne peut bénéficier de la légitime défense, s'il riposte au moyen d'une manivelle<sup>2</sup>. Tout au plus, doit-on retenir que la question de la proportionnalité entre l'attaque et la riposte est intimement liée à celle de la nature de l'intérêt en péril<sup>3</sup>. Elle est d'ailleurs résolue différemment par l'article 122-5 du Code pénal, selon qu'il s'agit de défendre des personnes ou des biens. L'acte de défense d'une *personne* ne doit pas dépasser la mesure de l'atteinte mais le juge dispose d'une certaine marge d'appréciation, puisque le texte dispose seulement que l'acte est justifié « sauf s'il y a disproportion entre les moyens de défense employés et la gravité de l'atteinte »<sup>4</sup>. En revanche, pour la légitime défense des biens, le texte précise que l'infraction qu'il s'agit d'interrompre doit être un crime ou un délit contre un bien et que la riposte doit être « strictement nécessaire au but poursuivi dès lors que les moyens employés sont proportionnés à la gravité de l'infraction » ; le texte exclut en outre la possibilité d'admettre le fait justificatif si l'acte de défense a conduit à un homicide volontaire. En d'autres termes, on ne tue pas volontairement pour protéger ses biens.

En outre, il faut mentionner que lorsque la défense conduit à un résultat non voulu par l'auteur, la Cour de cassation a refusé, dans un arrêt *Couzinet* du 16 février 1967, de reconnaître la légitime défense au motif que « la légitime défense est incompatible avec le caractère involontaire de l'infraction »<sup>5</sup>. Cette solution est

---

1. V. Crim. 26 juin 2012, n° 11-86809, *Dr. pénal* 2012, comm. n° 139, obs. M. Véron.

2. V. Crim. 30 janv. 2018, n° 17-81706 ; *Gaz. Pal.* 2018, n° 16, p. 53, obs. S. Detraz.

3. Pour des illustrations, V. Paris, 8 et 14 juin 2005 (coup de balai contre coup de balai, proportionnalité) ; Aix-en-Provence, 1<sup>er</sup> juin 2005 (coup de fusil contre un cambrioleur apparemment armé, proportionnalité) ; Aix-en-Provence, 17 juin 2005 (bombe lacrymogène contre tirage de cheveux, disproportion), *Dr. pénal* 2005. 169, obs. M. Véron.

4. Comp. en matière de crimes ou délits de guerre, C. pén. art. 462-9 (réd. L. n° 2010-930, 9 août 2010) : « N'est pas pénalement responsable d'un crime ou d'un délit de guerre visé par le présent livre la personne qui a agi raisonnablement pour sauvegarder des biens essentiels à sa survie ou à celle d'autrui ou essentiels à l'accomplissement d'une mission militaire contre un recours imminent et illicite à la force, sauf s'il y a disproportion entre les moyens de défense employés et la gravité du danger couru ».

5. Crim. 16 févr. 1967 (*Couzinet*), *JCP* 1967. II. 15034, note R. Combaldieu ; in J. Pradel, A. Varinard, *GADPG, op. cit.*, n° 22 (ivrogne repoussé par un passant et qui se brise la nuque en tombant).

fâcheuse car elle peut conduire des prévenus de violences ou d'homicide involontaires à plaider le caractère intentionnel de leur action pour pouvoir bénéficier de la légitime défense<sup>1</sup>. Au reste, il s'agit d'une solution qui ne s'impose pas en droit car la légitime défense, par nature, ôte à l'acte son caractère injuste ce qui n'a rien à voir avec les dispositions psychologiques de l'agent ; d'ailleurs l'imprudence a toujours été couverte par les autres faits justificatifs et il n'y a aucune raison pour que la légitime défense fasse exception. Cette jurisprudence sera donc certainement abandonnée<sup>2</sup>, d'autant que le nouveau texte impose seulement de vérifier la proportionnalité aux « moyens employés » et non au résultat et que, en cas de légitime défense des biens, seul l'homicide volontaire est exclu, ce qui *a contrario* devrait permettre l'homicide involontaire. La solution s'imposerait alors a fortiori dans les infractions contre les personnes.

Enfin, dans le même sens, il est notable que lorsque les juges apprécient la proportionnalité de la riposte en comparant concrètement les deux actions, les conséquences dramatiques de la légitime défense n'ont pas à être prises en compte pour caractériser ce fait justificatif<sup>3</sup>.

**241 Preuve de la légitime défense.** Comme pour tout fait justificatif, il incombe en principe à la personne poursuivie d'apporter la preuve de la légitime défense pour faire tomber la présomption d'illicéité qui s'attache à la constitution matérielle de l'infraction. Toutefois, l'article 122-6 du Code pénal prévoit deux cas de légitime défense présumée. Le premier couvre l'infraction commise de nuit en repoussant l'entrée par effraction, violence ou ruse dans un lieu habité ; le second couvre l'infraction réalisée pour réagir contre les auteurs de vols ou de pillages exécutés avec violence. Dans ces hypothèses, il suffit pour le prévenu de prouver les circonstances visées par le texte (la nuit, le vol avec violence)<sup>4</sup>. Mais

1. C. assises Reims, 9 nov. 1978, *D.* 1979. 92, note J. Pradel.

2. Un arrêt est parfois interprété comme un début d'évolution, *V. Crim.* 21 févr. 1996, *D.* 1997. 234, note Ch. Paulin.

3. *Crim.* 17 janv. 2017, n° 15-86481, *Gaz. Pal.* 2017, n° 16, p. 43, obs. E. Dreyer ; *Dr. Pénal* 2017, comm. 54, obs. Ph. Conte.

4. *Crim.* 21 févr. 1996, *Dr. pénal* 1996. 98, obs. M. Véron.

la présomption étant simple, le ministère public pourra prouver qu'il n'y a pas de légitime défense, soit parce qu'il n'y a pas agression, soit parce que la riposte est excessive. Ainsi, pour les affaires du type de celle des *Dames de Jeufosse* (1857), dans lesquelles un amant rejoint sa bien-aimée par escalade ou effraction et est abattu par le père ou le mari, parfaitement au courant de la visite, le procureur pourra démontrer l'absence d'agression injuste<sup>1</sup>. Enfin, signalons qu'il est régulièrement proposé aux parlementaires d'instaurer un cas supplémentaire de légitime défense présumée, au profit des fonctionnaires de police contraints de faire usage de leurs armes ; toutefois en 2016 puis en 2017, la solution qui a été préférée est celle de l'autorisation de la loi<sup>2</sup>.

**242 Légitime défense et faute civile.** Enfin, traditionnellement, il est admis que la légitime défense, comme l'ensemble des faits justificatifs, exclut la responsabilité civile, dans la mesure où elle s'oppose à l'illicéité de l'acte<sup>3</sup>. Autrement dit, en cas de relaxe ou d'acquiescement fondé sur la légitime défense, il ne devrait pas être possible de retenir une faute civile constituée par les mêmes faits<sup>4</sup>, car la « légitime défense exclut toute faute et ne peut donner lieu à une action en dommages-intérêts en faveur de celui qui l'a rendue nécessaire par son agression »<sup>5</sup>. Mais cette solution, qui postule l'unité des ordres juridiques et repose, lorsque le juge civil statue après le juge pénal, sur l'autorité de la chose jugée au criminel sur le civil, semble être remise en cause par certains arrêts<sup>6</sup>. L'absence d'infraction pénale du fait de la reconnaissance d'un état de légitime défense n'est en effet plus systématiquement un obstacle à l'engagement de la responsabilité civile de l'individu relaxé ou acquitté, non seulement parce qu'il existe des cas de responsabilité civile sans faute, mais aussi parce qu'on peut

1. Crim. 12 oct. 1993, *Dr. pénal* 1993. 35, obs. M. Véron.

2. V. ss 234.

3. V. E. Dreyer, *Droit pénal général*, 3<sup>e</sup> éd., LexisNexis, 2014, n° 1187.

4. Civ. 2<sup>e</sup>, 22 avril 1992, n° 90-14586, Bull. civ. II, n° 127 : « La légitime défense reconnue par le juge pénal ne peut donner lieu, devant la juridiction civile, à une action en dommages-intérêts de la part de celui qui l'a rendue nécessaire. »

5. Crim. 16 févr. 2016, n° 15-81880, *Gaz. Pal.*, 26 avr. 2016, p. 56, obs. E. Dreyer.

6. H. Rouidi, « Une notion pénale à l'épreuve de la responsabilité civile : les faits justificatifs », *RSC* 2016. 17. V. aussi V. Wester-Ouisse, « Le sort de la victime en cas de relaxe : quelle faute civile ? », *D.* 2016, p. 2220.

admettre qu'il y ait des « fautes civiles » n'ayant pas les mêmes contours que l'infraction<sup>1</sup> ; et enfin parce que le juge civil, comme le juge pénal statuant sur la seule action civile, s'attache de plus en plus à garantir le droit à un recours effectif de toute victime, quand bien même elle aurait commis une faute (en l'occurrence l'agression initiale) ayant concouru à la réalisation de son dommage, de nature à justifier une exclusion ou une atténuation de la responsabilité<sup>2</sup>.

#### 4. L'état de nécessité

**243 Définition.** L'état de nécessité est, aux termes de l'article 122-7 du Code pénal, l'état d'une personne qui « face à un danger actuel ou imminent qui menace elle-même, autrui ou un bien, accomplit un acte nécessaire à la sauvegarde de la personne ou du bien ». Si cet acte de sauvegarde est constitutif d'une infraction, il sera alors justifié « sauf s'il y a disproportion entre les moyens employés et la gravité de la menace ». Tel sera le cas, par exemple, du sauveur qui enfonce une porte pour secourir une personne ou de l'automobiliste qui franchi une ligne blanche pour éviter d'écraser un piéton qui traverse en dehors d'un passage protégé<sup>3</sup>. Plus généralement, l'état de nécessité est un fait justificatif de portée universelle qui, indépendamment de sa consécration légale, a toujours couvert les infractions commises pour la sauvegarde d'un intérêt supérieur à l'intérêt protégé par l'incrimination<sup>4</sup>. Néanmoins, son admission est stricte car l'état de nécessité relève à la fois de l'évidence et de l'exception : Le juge vérifiera qu'il y avait

1. Comp. Crim. 5 févr. 2014, n° 12-80154, D. 2014. 807, note L. Saenko (relaxe pour défaut d'élément moral mais maintien de la faute civile et du droit à réparation) ; « Le dommage dont la partie civile, seule appelante d'un jugement de relaxe, peut obtenir réparation de la part de la personne relaxée résulte de la faute civile démontrée à partir et dans les limites des faits objets de la poursuite » ; V. également A. Bonnet, « Relaxe, action civile et présomption d'innocence », *Dr. pénal* 2014, Étude 10.

2. Crim. 16 juin 2015, n° 13-88263, *AJ Pénal* 2015. 610, obs. D. Aubert (appel de la seule partie civile d'un jugement de relaxe motivé par la légitime défense) ; V. déjà, Crim. 20 mars 2012, n° 11-84831 ; Comp. Crim. 8 janv. 2008, D. 2008. 1590, note C. Robaczewski.

3. Rapp. des hypothèses de meurtre pour survivre sur un radeau en perdition (v. *Les marins de la Mignonette*, 1884, ou *Le radeau de la Méduse*, 1816).

4. Pour la sauvegarde d'une personne, V. Colmar, 6 déc. 1957 (*Régina*), in J. Pradel, A. Varinard, *GADPG, op. cit.*, n° 24 (protection d'intérêts moraux supérieurs, tels que l'honneur de la personne ou du foyer, justifiant une violation de domicile commise par un père pour expulser les individus se livrant sur sa fille à des actes de débauche décidés par la mère) ; pour la sauvegarde d'un bien, V. Grenoble, 22 oct. 1999, *Dr. pénal* 2000. 136, obs. M. Véron (protection des légumes d'un jardin, justifiant le fait de tuer les lapins qui les mangeaient...).

bien, au moment de l'infraction, une situation évidente de danger, la nécessité de s'en prémunir, et une certaine proportionnalité entre les moyens employés et la gravité du danger.

**244 Situation de danger.** L'état de nécessité requiert tout d'abord un danger *actuel ou imminent*, dont le prévenu doit démontrer la réalité. Cette situation de danger doit s'imposer comme une évidence. Une simple probabilité de danger, c'est-à-dire un danger latent ou éventuel mais non imminent ne suffirait pas. Ainsi, on ne peut pas détruire les abeilles non agressives d'un voisin pour se mettre à l'abri d'éventuelles piqûres<sup>1</sup>; ni d'ailleurs détruire des champs de céréales transgéniques – cas des faucheurs d'OGM –, pour prévenir des dangers éventuels pour la santé humaine<sup>2</sup>. De même, le danger pour une bijoutière d'être éventuellement exposée à des vols ou des agressions ne peut justifier le défaut de dépôt des comptes annuels au greffe du tribunal de commerce<sup>3</sup>. En revanche, il a pu être jugé qu'un véritable danger justifiait que le père d'un enfant en bas âge vivant avec sa femme dans un studio de 8 m<sup>2</sup> ait pu scier les gonds d'une porte d'entrée d'un appartement inoccupé pour s'y installer<sup>4</sup>. De même, ont été justifiées des constructions de maisons entières par des sans-logis en contravention aux règles de l'urbanisme<sup>5</sup>. Au reste, l'imminence du danger doit s'apprécier objectivement : on ne peut la déduire de la simple *crainte* éprouvée par l'agent. Le danger ne saurait, en effet, être hypothétique. Ainsi, l'état de nécessité n'a pas pu couvrir l'abstention d'un éducateur qui avait refusé de porter secours à deux personnes agressées par ses « élèves », en avançant qu'une telle intervention aurait compromis son action éducative en lui faisant perdre tout crédit aux yeux de ces derniers<sup>6</sup>.

1. Crim. 27 déc. 1961, *Bull. crim.* n° 563.

2. V. Crim. 19 nov. 2002, *D.* 2003. 1315, note D. Mayer. V. contra T. corr., Orléans, 9 déc. 2005, *D.* 2006. Chron. 814, par J.-Ph. Feldman. Mais la Cour de cassation a maintenu sa position considérant que le fauchage d'OGM n'était justifié ni par l'état de nécessité, ni par le principe de précaution : Crim. 7 févr. 2007, *D.* 2007. Act. 573, obs. A. Darsonville ; *D.* 2007. 1310, note J.-Ph. Feldman ; *JCP* 2007. II. 10059, note F.-G. Trébulle.

3. Crim. 1<sup>er</sup> juin 2005, *Dr. pénal* 2005. 121, obs. M. Véron.

4. T. corr. Paris, 28 janv. 2000, *JCP* 2001. II. 10573.

5. T. corr. Colmar, 27 avr. 1956, *JCP* 1957. II. 10041, note J.-M. Aussel. En revanche, aucun danger actuel et certain n'a été démontré dans le cas d'un « squat » de commodité (T. corr. Nantes, 12 avr. 1956, *ibid*).

6. Crim. 21 nov. 1974, *RSC* 1976. 89, obs. J. Larguier.

**245 Situation de nécessité.** L'acte commis doit en outre être nécessaire pour sauvegarder sa personne, un tiers ou un bien. Cela signifie d'abord qu'il ne doit pas exister de meilleurs moyens que de commettre l'infraction : l'acte de sauvegarde doit donc être subsidiaire. Or en pratique, tel est rarement le cas. Ainsi, un chef d'entreprise, en rupture de stock, ne peut pas commettre des contrefaçons pour satisfaire sa clientèle car de simples difficultés d'ordre commercial ne constituent pas des nécessités<sup>1</sup>. De même, il n'y a pas de nécessité à commettre des infractions au droit du travail, en prétendant lutter contre le chômage<sup>2</sup>. Pareillement, aucune justification n'a été admise au profit d'une femme qui avait volé de la viande « pour améliorer l'ordinaire » de ses enfants<sup>3</sup>, alors que, il y a plus d'un siècle, a été justifié le vol de pain par une femme indigente pour éviter que son enfant meure de faim<sup>4</sup>. Cela dit, la nécessité est une question de fait, ce qui conduit parfois à d'apparentes distorsions jurisprudentielles : par exemple, la justification a été refusée à une personne handicapée coupable d'un stationnement gênant, au motif qu'elle compromettrait la sécurité des piétons<sup>5</sup>, alors qu'une bijoutière également poursuivie pour un stationnement gênant a été justifiée en raison de la nécessité de livrer ses bijoux en toute sécurité<sup>6</sup>. Ces distorsions cependant ne sont qu'apparentes. En effet, la jurisprudence, en principe, prend toujours soin de réserver le bénéfice du fait justificatif à ceux qui se trouvent dans un « état » de nécessité de manière accidentelle ou ponctuelle, non de manière durable. Ainsi, les situations de handicap ou de détresse économique prolongée ne relèvent pas de l'état de nécessité. L'idée est que derrière la nécessité, il y a l'urgence<sup>7</sup> et que la nécessité relève de l'exception.

Ensuite, l'état de nécessité, à l'image de la légitime défense – qui n'en est qu'un avatar –, n'est admis que s'il y a *proportionna-*

1. Crim. 11 févr. 1986, *Bull. crim.* n° 94.

2. Crim. 12 janv. 1983, *Gaz. Pal.*, 1983. 1. 146.

3. Poitiers, 11 avr. 1997, *JCP* 1997. II. 22933, note A. Olive.

4. Amiens, 22 avr. 1898, *DP* 1899. 2. 239, note L. Josserand.

5. Pau, 23 janv. 1968, *JCP* 1968. IV. 183.

6. T. pol. Lyon, 20 nov. 1984, *JCP* 1986. II. 20684, note P. Bouzat.

7. V. F. Debove, « L'urgence en droit pénal », *Mélanges A. Decocq*, Litec, 2004, p. 175 s.

lité entre les moyens employés et la gravité de la menace. Le texte vise bien un rapport de proportionnalité entre les moyens employés et la gravité de la menace, et non entre les intérêts en présence. Cela se comprend car, si les intérêts sont d'égale valeur, il n'appartient pas au juge de les hiérarchiser. Cette question de la proportionnalité est une question de fait. Ainsi, de manière il est vrai surprenante, il a été admis qu'une personne paraplégique avait légitimement pu cultiver 305 (!) plants de cannabis pour se confectionner des tisanes, seules à pouvoir soulager ses souffrances<sup>1</sup>.

**246 Situation de fatalité.** Enfin, selon la jurisprudence, le danger doit être lié à la fatalité : il ne doit en effet pas avoir pour origine une *faute antérieure* de celui qui réclame le bénéfice du fait justificatif. Par exemple, il a été jugé qu'une personne, qui avait franchi un passage à niveau malgré le feu rouge clignotant et qui, coincée sur la voie, a détruit volontairement les barrières, n'était pas couverte par le fait justificatif<sup>2</sup>. Dans le même sens, on retiendra surtout l'arrêt *Lesage* du 28 juin 1958<sup>3</sup>. En l'espèce, un homme vit sa femme et son enfant tomber de sa voiture en raison de l'ouverture inopinée d'une portière ; pour éviter de les écraser, après avoir tenté en vain de les rattraper, il jeta son véhicule sur un autre qui arrivait en face. Poursuivi pour blessures par imprudence, il fut relaxé par une cour d'appel mais la Cour de cassation censura cette décision au motif que les juges du fond auraient dû vérifier si l'ouverture de la portière n'était pas due à un défaut d'entretien de sa part<sup>4</sup>. Plus récemment, l'état de nécessité a été refusé à un chasseur ayant abattu une ourse protégée au cours d'une partie de chasse, au motif qu'il s'était lui-même placé dans une situation de danger par son comportement fautif antérieur<sup>5</sup>.

**247 Effets.** Il reste à préciser que l'état de nécessité, en tant que fait justificatif, rend licite le fait incriminé. Néanmoins, l'agent reste

---

1. Papeete, 27 juin 2002, *D.* 2003. J. 584, note P. Gourdon ; *Dr. pénal* 2003. 3, obs. M. Véron.

2. Rennes, 12 avr. 1954, *S.* 1955. 2. 85, note P. Bouzat.

3. Crim. 25 juin 1958, *D.* 1958. 693, note MRMP ; *JCP* 1959. II. 10941, note J. Larguier ; J. Pradel, A. Varinard, *GADPG, op. cit.*, n° 24.

4. On retiendra également de cet arrêt que la Cour de cassation ne s'oppose pas à ce que l'état de nécessité couvre une infraction d'imprudence.

5. Crim. 1<sup>er</sup> juin 2010, n° 09-87.159, *Dr. Pénal* 2010. 89, obs. M. Véron.

tenu sur le plan civil de la réparation des préjudices subis par la victime. On le comprend car, à la différence de l'agresseur dans le schéma de la légitime défense, la victime est ici complètement innocente. Mais le fondement de ces réparations est discuté. La responsabilité civile n'est pas satisfaisante car on ne peut pas retenir un fait illicite au civil alors qu'il est justifié au pénal : un même fait est ou n'est pas contraire au droit. La notion d'enrichissement sans cause semble plus adaptée<sup>1</sup>. Quoi qu'il en soit, cette solution n'affecte pas sensiblement l'unité de régime qui existe entre les différents faits justificatifs.

##### **5. Signalement ou révélation par un lanceur d'alerte**

- 248 Signalement ou révélation légitime.** Aux termes de l'article 122-9 du Code pénal, introduit par la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, la personne qui porte atteinte à un secret protégé par la loi n'est pas pénalement responsable, dès lors que cette divulgation est nécessaire et proportionnée à la sauvegarde des intérêts en cause, qu'elle intervient dans le respect des procédures de signalement définies par la loi et que la personne répond aux critères de définition du lanceur d'alerte prévus à l'article 6 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 précitée. Malgré les apparences, ce fait justificatif de signalement ou de révélation légitime est bien un fait justificatif général car il couvre les « lanceurs d'alerte » agissant dans des domaines aussi vastes et variés que la santé publique, l'environnement, la vie des affaires, la vie publique ou encore par exemple le renseignement.
- 249 Définition du lanceur d'alerte.** Selon l'article 6 de la loi précitée, un lanceur d'alerte est défini comme « une personne physique qui révèle ou signale, de manière désintéressée et de bonne foi, un crime ou un délit, une violation grave et manifeste d'un engagement international régulièrement ratifié ou approuvé par la France, d'un acte unilatéral d'une organisation internationale pris sur le fondement d'un tel engagement, de la loi ou du règlement, ou une menace ou un préjudice graves pour l'intérêt général, dont

---

1. V. en ce sens, B. Bouloc, H. Matsopoulou, *Droit pénal général et procédure pénale*, op. cit., n° 205.

elle a eu personnellement connaissance ». De cette définition on retient surtout que le lanceur d'alerte est une personne agissant de manière « désintéressée », ce qui le distingue du journaliste dont l'activité professionnelle est précisément de faire des révélations, de la victime d'une infraction, du témoin appelé à comparaître ou de l'agent public, obligé de révéler des infractions au titre de l'article 40 du Code de procédure pénale<sup>1</sup>.

- 250 Violation d'un secret.** La justification couvre la violation d'un secret protégé par la loi, à l'exception de certains secrets énumérés par l'article 6, alinéa 2 de la même loi, dont la portée est absolue. Selon ce texte en effet « Les faits, informations ou documents, quels que soient leur forme ou leur support, couverts par le secret de la défense nationale, le secret médical ou le secret des relations entre un avocat et son client sont exclus du régime de l'alerte défini par le présent chapitre ».
- 251 Divulgence nécessaire et proportionnée.** Le texte précise que la divulgation doit être nécessaire et proportionnée, ce qui nécessite une pesée des intérêts en présence, comme pour tout fait justificatif.
- 252 Procédure de signalement.** Enfin, la justification ne sera admise que si la procédure de signalement est conforme aux textes qui la prévoient. Il s'agit d'une condition de légalité.

## **B. Le régime des faits justificatifs**

- 253 Théorie générale de la justification.** D'une manière générale, une infraction est justifiée lorsqu'elle est, pour reprendre la distinction des professeurs Merle et Vitu, soit socialement utile, soit socialement indifférente<sup>2</sup>. Plus techniquement, il en est ainsi, lorsque la commission de l'infraction représente un plus grand bien ou un moindre mal que celui que l'incrimination entend conjurer. Mais cette pesée des intérêts en présence s'effectue sous trois conditions cumulatives d'inégale importance : les faits justificatifs doivent d'abord être sinon prévus du moins conformes à la loi (1) ; ils

1. V. E. Daoud, S. Sfoglia, « Lanceurs d'alerte et entreprises : les enjeux de la loi Sapin II », *AJ pénal* 2017, 72.

2. R. Merle, A. Vitu, *Traité de droit criminel*, t. 1, 6<sup>e</sup> éd., 1997, n° 399 s.

doivent ensuite être évidemment nécessaires (2) et enfin, ils doivent être proportionnés (3).

### 1. La légalité

- 254 **Discussion.** On enseigne habituellement que les faits justificatifs doivent être prévus par une norme au moins équivalente à la norme d'incrimination. Cette exigence d'une « base légale » a d'abord été affirmée pour les excuses<sup>1</sup>, puis étendue, dans le discours doctrinal, aux faits justificatifs. L'idée est que pour déroger à l'incrimination, il faut en avoir au moins la force. Cela explique qu'aux yeux de la doctrine majoritaire ni le *consentement de la victime*<sup>2</sup> ni le *mobile légitime*<sup>3</sup> ne sont considérés comme des faits justificatifs, en dehors des prévisions de la loi, ou encore que « l'exercice du droit de grève » ou la participation à des « manifestations sur la voie publique » ne justifient pas, aux yeux de la Cour de cassation, la commission d'infractions à la loi pénale, telles que des entraves à la circulation<sup>4</sup>. Néanmoins, ce principe doit être tempéré parce qu'en matière de fait justificatif l'interprétation par analogie est possible. Ainsi, nous avons vu que l'autorisation de la loi couvrirait aussi des hypothèses d'autorisation de la coutume.
- 255 **Légalité élargie.** En outre, la jurisprudence se désolidarise parfois de la loi et développe des faits justificatifs sans se référer aux cas légalement définis. Ainsi, l'état de nécessité a d'abord été développé sur le fondement du principe non écrit selon lequel « nécessité n'a pas de loi ». Un principe du même ordre a conduit la Cour de cassation à développer, en dehors des textes, le fait justificatif de « l'intérêt du groupe » de sociétés en matière d'abus de biens sociaux<sup>5</sup> et, régulièrement, elle admet, en marge de l'article 122-4, que la stricte nécessité de l'exercice des droits de la défense

1. Crim. 17 déc. 1888, DP 1888. 1. 141.

2. V. ss 220.

3. Par ex., le non-paiement des salaires ne peut être justifié par l'état de cessation des paiements ; le non-paiement d'une pension alimentaire ne peut être justifié par une tentative de réconciliation avec son épouse. V. cependant M. Reix, « Le motif légitime comme standard de justification : pour un véritable contrôle de la nécessité de la répression », *Travaux de l'ISJC de Bordeaux*, vol. n° 4, Cujas, 2014, p. 71 s.

4. Crim. 8 mars 2005, Bull. crim. n° 77 ; RPDP 2005. 638, obs. X. Pin ; RSC 2005. 836, obs. G. Vermelle.

5. Crim. 4 févr. 1985 (Rozenblum), Bull. crim. n° 54 ; D. 1985. 478, note D. Ohl ; JCP 1986. II. 20585, note W. Jeandidier ; Rev. sociétés 1985. 648, note B. Bouloc.

puissent justifier l'infraction de recel de violation de secret professionnel ou de secret de l'instruction<sup>1</sup>, voire des vols de documents<sup>2</sup> ou des faits d'espionnage audiovisuel<sup>3</sup>, sans rattacher ce fait justificatif à la légitime défense (sans doute parce qu'il n'y a pas de légitime défense préventive), à l'état de nécessité (sans doute en raison de l'absence de péril imminent) ou à l'autorisation de la loi (alors qu'il serait possible de se référer au principe constitutionnel *des droits de la défense*)<sup>4</sup>. Or ce fait justificatif n'a toujours pas été légalisé<sup>5</sup>. Il en va de même du fait justificatif prétorien dit du « débat d'intérêt général » originairement découvert pour retenir la bonne foi en matière de diffamation<sup>6</sup> et qui a été étendu à la justification des injures, de la provocation à la discrimination, de la diffusion d'informations confidentielles ou encore de l'escroquerie<sup>7</sup>. D'une manière plus générale, dès lors qu'on admet que les faits justificatifs procèdent plus d'une logique de balance des intérêts que de la dialectique du principe et de l'exception, le juge peut les découvrir au gré des espèces, à condition néanmoins de respecter les principes de nécessité et de proportionnalité. Il en est ainsi par exemple, du pouvoir disciplinaire d'un employeur, qui lui permet, suivant une autorisation implicite de la loi, de procéder à une enquête interne pour élucider des vols dans ses locaux, et de recueillir des explications des salariés en les retenant, sans être condamné pour détention arbitraire<sup>8</sup>.

1. Crim. 11 juin 2002, n° 01-85237, RSC 2002. 619, obs. J. Francillon ; D. 2004. 317, obs. B. de Lamy ; JCP G 2003, II, A0061, note E. Dreyer.

2. V. Crim. 11 mai 2004 (2 arrêts), n° 03-80.254 et 03-85.521, Bull. crim. n° 113 et 117 ; D. 2004. 2326, note H. Kobina Gaba et Somm. 2760, obs. G. Roujou de Boubée ; Dr. pénal 2004. 122, obs. M. Véron ; JCP 2004. II. 124, note C. Girault ; RSC 2004. 635, obs. E. Fortis et 866, obs. G. Vermelle ; Crim. 4 janv. 2005, Bull. crim. n° 5 ; 15 févr. 2005, Dr. pénal 2005. 72, obs. M. Véron. V. également Crim. 16 juin 2011 n° 10-85.079, D. 2011, note G. Beaussonie ; Gaz. Pal., 8 sept. 2011, n° 251, note F. Desprez ; JCP 2011. 1020, note S. Detraz ; Dr. pénal 2011. 100, obs. M. Véron.

3. Crim. 31 janv. 2007 : Dr. pénal 2007. 98, obs. M. Véron. V. Y. Mayaud, « Les droits de la défense, cause d'irresponsabilité pénale », Mélanges R. Gassin, PUAM, 2007, p. 293 s.

4. V. J. Lassere Capdeville, « Les droits de la défense, nouvelle cause prétorienne d'irresponsabilité pénale », RPD 2006. 537 ; Y. Mayaud, « Les droits de la défense, cause d'irresponsabilité pénale », Mélanges R. Gassin, PUAM, 2007, p. 293 s. ; V. également J. Gallois, « Droit de la défense : un fait justificatif s'étendant à l'infini », note sous Crim. 16 juin 2011 n° 10-85.079 et Crim. 21 juin 2011 n° 10-87.671, AJ pénal 2011. 467.

5. Sauf en matière de recel de violation de secret professionnel par les journalistes (L. 29 juill. 1881, art. 35 réd. L. n° 2010-1, 4 janv. 2010).

6. Ass. plen., 16 déc. 2016, n° 08-86295, D. 2017. 434, note E. Raschel.

7. Crim. 26 oct. 2016, n° 15-83774, Dr. pénal 2017, comm. 2, obs. Ph. Conte ; JCP G 2016, note G. Beaussonie et B. de Lamy.

8. Crim. 28 févr. 2018, n° 17-81929, Dr. pénal 2018, comm. 73, obs. Ph. Conte.

**256** **Légalité assouplie.** Enfin, l'exigence de légalité des causes de justification est souvent minée de l'intérieur : en effet, de nombreux textes spéciaux prévoient que l'infraction n'est constituée que si les faits sont commis « sans mobile légitime » ou « sauf motif légitime » (par ex., C. pén., art. 222-17, 323-3-1 et R. 645-14 ; C. pén., art. 421-2-5-2 ; C. consom., art. L. 121-11 et L. 413-2 ; C. douanes, art. 417, etc.) ou « sans droit » (par ex., C. pén., art. 435-5), ce qui laisse au juge la possibilité d'admettre d'autres faits justificatifs que ceux prévus par la loi, à condition toujours de respecter l'exigence d'une stricte nécessité<sup>1</sup>.

### **2. La nécessité**

**257** **Absolue nécessité.** Ensuite, les faits justificatifs ne sont admis que si la voie de l'infraction est absolument ou évidemment nécessaire. Cette exigence, expressément formulée pour la légitime défense et l'état de nécessité, se rencontre également lorsque l'agent suit le commandement de l'autorité légitime ou l'ordre de la loi<sup>2</sup>. Le juge ne retiendra le fait justificatif que si l'agent n'avait pas de meilleurs moyens pour sauvegarder l'intérêt supérieur que de commettre l'infraction. Autrement dit, la commission d'une infraction n'est qu'une voie subsidiaire. Cette voie est d'ailleurs fermée à celui qui s'est placé fautivement dans la situation qui impose le choix : l'agresseur ne peut pas bénéficier de la légitime défense ni l'agent qui, par sa faute, s'est placé dans un état de nécessité. De la même façon, la justification tirée des droits de la défense, dans les infractions contre les biens, ne peut bénéficier à celui qui est à l'origine de la procédure<sup>3</sup>.

### **3. La proportionnalité**

**258** **Mesure.** Enfin, l'acte commandé ou permis doit toujours respecter une certaine proportionnalité ; l'analyse des faits justificatifs constitue même le terrain de prédilection du contrôle de propor-

**1.** Ainsi, la volonté d'information ne constitue pas en soi un « motif légitime » en matière d'atteinte à la vulnérabilité des systèmes informatiques de l'article 323-3-1 du Code pénal, Crim. 27 oct. 2009, *JCP* 2010. 19, note A. Lepage. De même, ne constitue pas un motif légitime au sens de ce texte, la volonté de se défendre lors d'un litige en espionnant la frappe d'un clavier, l'autorisation de détention d'un *keylogger* se limitant aux seules personnes habilitées à assurer la maintenance et la sécurité d'un parc informatique, Crim. 16 janv. 2018, n° 16-87168, *Dr. pénal* 2018, comm. 74, obs. Ph. Conte.

**2.** V. Crim. 18 févr. 2003, préc. (l'usage de l'arme par les gendarmes doit être « absolument nécessaire »).

**3.** Crim. 5 janv. 2017, n° 15-86484, *Gaz. Pal.* 2017, n° 16, p. 43, obs. S. Detraz.

tionnalité. L'agent doit en effet démontrer qu'il a fait preuve d'une certaine modération dans l'accomplissement de son devoir ou dans l'exercice de son droit. Si un excès est commis, au regard des circonstances et de la nature de l'acte en cause, celui-ci n'est plus légitime et retombe sous le coup de la loi pénale, confirmant l'adage *summum ius, summa injuria*. Ainsi, le subordonné ne doit pas dépasser le cadre de sa mission, celui qui agit avec l'autorisation de la loi doit se plier aux conditions légales sans les dépasser, celui qui exerce la légitime défense doit faire preuve de modération dans les moyens mis en œuvre, et l'état de nécessité n'est admis que s'il y a proportion entre les moyens employés et la gravité de la menace. Il en va de même de celui qui invoque le fait justificatif des droits de la défense : les juges vérifieront, dans chaque cas d'espèce, qu'il y avait bien une *stricte* nécessité<sup>1</sup>. À l'inverse, l'incrimination peut apparaître comme une ingérence disproportionnée dans un droit fondamental, laquelle commandera sa neutralisation. Ainsi la Cour de cassation a refusé d'appliquer l'incrimination d'escroquerie à une journaliste qui s'était infiltrée dans un parti politique pour obtenir des informations, aux motifs que de tels agissements se sont inscrits dans le cadre d'une enquête sérieuse destinée à nourrir un débat d'intérêt général sur le fonctionnement du mouvement politique, de sorte que, eu égard au rôle des journalistes dans une société démocratique et compte tenu de la nature des agissements en cause, leur incrimination « en l'espèce », aurait constitué « une ingérence disproportionnée dans l'exercice de la liberté d'expression »<sup>2</sup>. Mais la

1. Ainsi, la justification n'a pas été admise dans le cas d'un salarié qui tentait d'apporter ainsi la preuve de ces allégations, dans un procès en diffamation intenté contre lui par son employeur, Crim. 9 juin 2009, n° 08-86.843 *Dr. pénal* 2009. 127, obs. M. Véron ; *RDPD* 2009. 858 obs. S. Fourmier ; V. également M.-C. Sordino, « Précisions sur le domaine du fait justificatif fondé sur les droits de la défense au profit du salarié », *Dr. pénal* 2010. Étude 6. Il nous semble que dans ce dernier cas, la mise à l'écart du fait justificatif s'explique, moins par la nature du contentieux, que par le caractère non strictement nécessaire de l'appréhension au regard des droits de la défense. Dans le même ordre d'idées, il a été jugé qu'un vol n'était pas justifié, dès lors qu'il ne portait pas uniquement sur des documents originaux permettant au salarié de « se prémunir pour une action en justice introduite à son encontre », mais aussi sur des documents inutiles pour les besoins de sa défense, V. Crim. 21 juin 2011, n° 10-871, *Gaz. Pal.*, 9-10 nov. 2011, n° 313 à 314, p. 16, obs. S. Detraz. Comp. à propos de la copie de l'intégralité du disque dur d'un ordinateur, Soc., 31 mars 2015, n° 13-24410, *AJ Pénal* 2015, 316, obs. D. Brach-Thiel.

2. Crim. 26 oct. 2016, n° 15-83774, préc.

liberté d'expression ne légitime pas tout. Encore faut-il que les moyens d'expression soient proportionnés à l'atteinte réalisée par celui qui s'exprime. Ainsi le bénéfice de cette cause de justification a été refusé à l'auteur d'un outrage<sup>1</sup>, ou encore à l'auteur de graffitis, poursuivi pour dégradations commises sur des biens d'utilité publique et qui invoquait, en vain, sa liberté de création artistique comme corollaire de la liberté d'expression<sup>2</sup>.

## SECTION 2

# UN FAIT INTERDIT

**259 Illicéité formelle.** Toute infraction par définition contrevient à une interdiction : il s'agit donc tautologiquement d'un fait *interdit*, c'est-à-dire d'un fait *formellement* illicite. Ce point de vue permet de comprendre que toutes les prescriptions pénales sont d'égale importance : un fait incriminé n'est pas plus illicite qu'un autre (il est autant interdit de brûler un feu rouge que de commettre un meurtre), et un même fait ne peut pas être plus ou moins illicite (le vol est prohibé, qu'il soit simple ou aggravé). Mais l'affirmation du caractère formellement illicite d'un fait permet surtout de comprendre deux questions complexes liées à la qualification : la première est celle du choix de la *qualification* en présence de plusieurs interdits (§ 1) ; la seconde est celle de la *neutralisation de la qualification* en présence d'un texte d'amnistie (§ 2).

## § 1. Le choix de la qualification

**260 Unité ou pluralité de qualifications ?** La question du choix de la qualification pose difficulté lorsqu'un même fait tombe apparemment sous le coup de plusieurs interdits pénaux. Il s'agit, par exemple, d'une personne qui jette une grenade dans un bâtiment et cause, par ce seul geste, la destruction de l'immeuble ainsi que des atteintes aux personnes ; ou de l'agent qui réalise une escro-

1. Crim. 29 mars 2017, n° 16-80637, *Dr. pénal* 2017, comm. 86, obs. S. Detraz.

2. Crim. 11 juill. 2017, n° 08-84989, n° 10-80810, n° 16-83588, *Dr. pénal* 2017, comm. 159, obs. Ph. Conte.

querie au moyen d'une publicité mensongère ; ou du conducteur en état d'ivresse qui commet un homicide. Dans ces hypothèses, la question qui se pose est de savoir quelle qualification retenir : faut-il cumuler les qualifications ou n'en retenir qu'une ? Et, dans ce cas, laquelle choisir ? La réponse est complexe. Elle est gouvernée par un principe de cohérence : celui de l'unité de qualification en cas de lésion d'un intérêt juridique unique (A) et par une exception apparente, désignée sous le nom de « cumul idéal d'infractions », en cas de lésion d'intérêts juridiques distincts (B).

## A. L'unité de qualification

**261 Conflit de qualifications.** En principe, un même fait susceptible de plusieurs qualifications ne saurait donner lieu à plusieurs déclarations de culpabilité<sup>1</sup>. Il convient donc de ne retenir qu'une qualification, en application du principe *ne bis in idem*<sup>2</sup> ou tout simplement de la nécessité de résoudre de manière cohérente un conflit de lois<sup>3</sup>. La question qui se pose est alors de savoir comment choisir la qualification appropriée. La Cour de cassation fournit un premier élément de réponse en invitant à ne retenir le fait délictueux que sous sa « plus haute expression pénale »<sup>4</sup>. L'ennui est que le choix de la qualification « la plus haute » n'est recommandé qu'en cas de poursuite sous une pluralité de qualifications. Ce critère ne résout donc pas la question du choix initial de la qualification appropriée<sup>5</sup>, ni celui de la requalification<sup>6</sup> et il n'est du reste pas praticable lorsque les qualifications en conflit sont d'égale sévérité. Aussi, dans le silence du Code sur cette question, est-il nécessaire de rechercher d'autres critères.

1. Crim. 3 déc. 1931, *Bull. crim.* n° 281.

2. Ou *Non bis in idem* v. Y. Mayaud, *Droit pénal général*, op. cit., n° 142.

3. V. J.-A. Roux, note sous Crim. 31 juill. 1908, S. 1909. 1. 409 ; note sous Crim. 25 févr. 1921, S. 1923. 1. 89.

4. Crim. 26 juin 1930, *Bull. crim.* n° 190.

5. V. pour un conflit entre la qualification de vol et la qualification d'escroquerie dans le cas d'un échange d'étiquettes dans un magasin, Crim. 9 mars 1983, D. 1984. 209, note J. Devèze.

6. V. sur la question A. Guéry, Ch. Guéry, « De la difficulté pour le juge pénal d'appeler un chat un chat (requalification « stricte » ou « élargie » : devoirs et pouvoirs du tribunal correctionnel) », *Dr. pénal* 2005. Chron. 6 et 7 ; Ch. Guéry, « La requalification par modification du *modus operandi* au sein du même article : quelques complications pour les juridictions correctionnelles », *Dr. pénal* 2015, Étude, 15.

Mais auparavant encore faut-il limiter la question aux seuls conflits de qualifications qui se présentent simultanément au juge ; la question des qualifications successives, donc d'une requalification éventuelle, relève de la procédure pénale. Tout au plus, peut-on dire à ce sujet, que le juge saisi *in rem* se doit de donner aux faits leur véritable qualification. Dès lors, si en cours d'instance, une meilleure qualification que celle retenue par le titre de poursuite apparaît, le juge doit, sous réserve de la correctionnalisation judiciaire<sup>1</sup> et de certaines interdictions légales<sup>2</sup>, substituer la nouvelle qualification à l'ancienne. Dans ce cas, si aucun fait nouveau n'est mentionné, le juge se contentera, pour respecter le principe du contradictoire, d'inviter la personne poursuivie à présenter sa défense en temps utile et de manière effective sur cette nouvelle qualification<sup>3</sup> ; si, en revanche, des faits nouveaux sont apparus, le juge devra recueillir l'accord de la personne poursuivie, lequel vaut comparution volontaire et permet donc de valider l'extension de la saisine du juge (C. pr. pén., art. 388)<sup>4</sup>.

Pour s'en tenir à la concurrence simultanée de qualifications – seule question de droit pénal de fond –, il convient encore de distinguer entre les *conflits apparents*, qui se présentent lorsque les qualifications sont *exclusives* les unes des autres (1) et les *conflits véritables*, qui mettent en présence des qualifications *alternatives* (2).

1. La correctionnalisation judiciaire consiste de la part des autorités de poursuite, d'instruction et de jugement à retenir pour des raisons d'efficacité répressive, avec l'accord de la personne poursuivie et de la victime, une qualification correctionnelle à la place d'une qualification criminelle. Ce procédé qui déroge aux règles traditionnellement d'ordre public de répartition des compétences a été légalisé par la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 (C. pr. pén., art. 469), V. A. Darsonville, « La légalisation de la correctionnalisation judiciaire », *Dr. pénal* 2007. Chron. 4.

2. V. pour les infractions de presse et de communication L. 29 juill. 1881, art. 50 : ce texte interdit toute substitution entre qualifications de presse (Crim. 21 juin 1989, *Bull. crim.* n° 267), ainsi que toute substitution d'une qualification de presse à une qualification de droit commun (Crim. 6 févr. 1990, *Bull. crim.* n° 64) mais pas la substitution d'une qualification de droit commun à une qualification de presse (Crim. 25 sept. 1991, *Bull. crim.* n° 319) ; V. aussi pour les infractions en matière de consommation, C. consom., art. L. 216-4 : ce texte interdit de substituer à une qualification de fraude toute autre qualification, comme l'escroquerie.

3. V. par ex., Crim. 16 mai 2001, *Bull. crim.* n° 128 ; D. 2002. 31, note B. Lapérou-Schneider (requalification de banqueroute en abus de biens sociaux) ; Crim. 8 sept. 2004, *Dr. pénal* 2004. 186, obs. A. Maron (requalification d'une complicité d'abus de biens sociaux en abus de biens sociaux). Pour le principe v. CEDH, *Pélissier et Sassi c. France*, 25 mars 1999, D. 2000. 357, note D. Roets (banqueroute requalifiée en complicité de banqueroute).

4. V. Crim. 4 mai 1987, *Bull. crim.* n° 175 ; Crim. 23 janv. 2001, *Bull. crim.* n° 20 ; *Dr. pénal* 2001. 109, obs. A. Maron.

### **1. Les qualifications exclusives**

- 262 Qualifications incompatibles.** Les qualifications exclusives les unes des autres sont des qualifications *incompatibles* entre elles<sup>1</sup>. On rencontre cette incompatibilité dans trois situations :
- 263 Faits *contradictaires* procédant de manière indissociable d'une action unique.** Il s'agit, tout d'abord, des incriminations qui *s'opposent* l'une à l'autre, comme par exemple le délit de dégradation volontaire, qui suppose une intention (C. pén. art. 322-1 et 322-6), et le délit de fuite qui n'est constitué qu'à la suite d'un dommage causé involontairement (C. pén. art. 434-10) : en cas d'action unique, les deux éléments moraux étant en contradiction, le juge doit s'appuyer sur les circonstances pour choisir une seule qualification, correspondant à l'élément moral prépondérant.
- 264 Faits consécutifs procédant de manière indissociable d'une action unique.** Il s'agit ensuite des qualifications dont une seule *s'impose* parce qu'elle s'applique à un comportement qui en implique un autre, selon une corrélation logique avec une unité d'intention et une certaine unité de temps. Seule la qualification applicable à l'infraction d'origine doit être retenue, parce que l'infraction de conséquence est dénuée d'élément moral propre<sup>2</sup>. Ainsi les qualifications de vol et de recel sont exclusives : le voleur qui conserverait la chose reste un voleur, il ne devient pas un receleur<sup>3</sup> ; il en va de même pour les infractions de prise illégale d'intérêt et de recel, même si la première est prescrite<sup>4</sup> ; la même solution vaut pour l'abus de confiance suivi d'un recel<sup>5</sup> ; de même, l'assassin qui dissimule le corps de sa victime demeure un assassin, il ne saurait être puni pour recel de cadavre<sup>6</sup>. Semblablement, l'infraction de violences volontaires est incompatible avec l'infraction d'abstention de porter secours car on ne peut pas reprocher à une personne de porter des coups et de ne pas secourir

1. V. sur les qualifications incompatibles, V. Y. Mayaud, *Droit pénal général*, op. cit., n° 143 s.

2. V. A.-M. Larguier, « Immunités et impunités découlant pour l'auteur d'une infraction d'une infraction antérieurement commise par celui-ci », *JCP* 1961. I. 1601 bis.

3. Crim. 22 janv. 1948, *Bull. crim.* n° 26. En revanche, les qualifications de complicité de vol et de recel sont cumulables car leurs éléments constitutifs ne se recoupent pas.

4. Crim. 12 nov. 2015, n° 14-83073, *Gaz. Pal spécialisée*, 26 janv. 2016, p. 55, obs. S. Detraz ; *AJ Pénal* 2016, 149, obs. J.-B. Perrier.

5. Crim. 2 déc. 1971, *Bull. crim.* n° 337.

6. Crim. 19 juill. 1956, *Bull. crim.* n° 556.

la victime. En revanche, la qualification de violences volontaires ayant entraîné la mort sans intention de la donner n'est pas incompatible avec celle d'abstention de porter secours<sup>1</sup>, parce que, dans ce dernier cas, l'abstention succède à l'action mais elle n'est pas la suite normale de choses : l'élément moral se dédouble, l'élément matériel aussi. De la même façon, la Cour de cassation a pu considérer que le délit de blanchiment pouvait s'appliquer à celui qui place, dissimule ou convertit « le produit d'une infraction qu'il a lui-même commise »<sup>2</sup>. Cette répression de « l'autoblanchiment » a pu être critiquée notamment au regard de l'interprétation de l'article 324-1, al. 2 du Code pénal qui vise « le fait d'apporter un concours » à une opération de placement, de dissimulation ou de conversion et non le fait de s'aider soi-même, mais la solution – qui ne semble pas devoir être remise en cause<sup>3</sup> – s'explique par le fait, que contrairement au recel qui est la conséquence immédiate d'une soustraction ou d'un détournement, le blanchiment suppose « un nouvel engagement »<sup>4</sup>, donc un nouveau comportement criminel. Autrement dit, on ne peut pas être receleur du produit de l'infraction que l'on a soi-même commise, mais l'on peut être « blanchisseur » (sic) de ce produit<sup>5</sup>. Dans ce cas, il y a concours réel d'infractions, l'action est dissociable.

**265 Faits concomitants procédant de manière indissociable d'une action unique.** Enfin, la Cour de cassation estime de plus en plus, au visa du principe *ne bis in idem*, que « des faits qui procèdent de manière indissociable d'une action unique caractérisée par une seule intention coupable ne peuvent donner lieu, contre le même prévenu, à deux déclarations de culpabilité de nature pénale, fussent-elles concomitantes »<sup>6</sup>. Ainsi, il n'est pas possible de retenir des mêmes

1. Crim. 24 juin 1980, *Bull. crim.* n° 202, RSC 1981. 618, obs. G. Levasseur.

2. Crim. 14 juin 2004, *D.* 2004. 1377, note Ch. Cutajar ; *JCP G* 2004, II, 1081, note H. Matsopoulou.

3. Crim. 16 sept. 2015, n° 15-83204 QPC, *Dr. pénal* 2015, comm. 136, obs. Ph. Conte (irrecevabilité de la QPC qui se borne à contester la conformité de l'interprétation jurisprudentielle avec le libellé de l'article 324-1 du Code pénal).

4. Y. Mayaud, *Droit pénal général, op. cit.*, n° 143.

5. Pour une explication plus complète de ces solutions divergentes en matière de recel et de blanchiment, V. P. Cazalbou, *Étude de la catégorie des infractions de conséquence : contribution à une théorie des infractions conditionnées*, LGDJ, *Bibl. sc. crim.*, t. 63, 2016.

6. Crim. 16 janv. 2018, n° 17-82220 ; Crim. 17 janv. 2018, n° 16-84163 ; Crim. 17 janv. 2018, n° 17-80418 ; Crim. 17 janv. 2018, n° 17-80152 ; Crim. 23 janv. 2018, n° 17-81373, n° 17-81377 ; Crim. 24 janv. 2018, n° 16-83045, *Dr. pénal* 2018, comm. 60, obs. Ph. Conte.

faits sous la qualification de faux et usage et celle de manœuvres frauduleuses constitutives d'escroquerie, dès lors que l'action est unique et qu'elle est soutenue par une seule intention<sup>1</sup> ; ni de cumuler les qualifications de proxénétisme par aide, assistance et partage de subsides avec celle de tenue d'un établissement de prostitution<sup>2</sup>. De même, il n'est pas possible d'être poursuivi et condamné à la fois pour recel et blanchiment, dès lors que les faits procèdent de manière indissociable d'une action unique et d'une seule intention coupable : selon la Cour de cassation, dans ce cas de figure, « le principe *ne bis in idem* » s'oppose au cumul des qualifications : le blanchiment l'emporte sur le recel, dès lors que l'auteur avait l'intention de blanchir et que le recel n'était que le préalable à cette action<sup>3</sup>. De la même façon, des faits procédant d'une action unique caractérisée par une seule intention coupable ne pourraient pas être retenus comme élément constitutif d'une infraction et circonstance aggravante d'une autre<sup>4</sup>. En l'occurrence les qualifications seraient incompatibles, parce qu'elles se *superposent* l'une sur l'autre. Ou bien la circonstance aggravante l'emporte car elle est plus précise : tel est le cas de la bande organisée qui suppose une organisation structurée<sup>5</sup> et qui l'emporte donc sur l'entente constitutive de l'association de malfaiteurs. Ou bien les deux se définissent de la même manière et l'élément constitutif de l'infraction la plus grave *épuit* la circonstance aggravante de l'autre. Ainsi, lorsqu'un vol a été accompagné d'un meurtre concomitant ou consécutif, ce vol ne peut être aggravé par la violence, laquelle est constitutive du meurtre<sup>6</sup>. De même, si des violences sont constitutives d'un viol, elles ne sauraient être retenues comme constitutives de blessures volontaires ou comme circonstances aggravantes d'un vol : dans ce cas, il y a viol accompagné d'un vol simple<sup>7</sup>. Il n'y a

1. Crim. 25 oct. 2017, n° 16-84133, *Dr. pénal.* 2018, comm. 1, obs. Ph. Conte.

2. Crim. 28 mars 2018, n° 17-81114, *Dr. pénal* 2018, comm. 103, obs. Ph. Conte.

3. Crim. 26 oct. 2016, n° 15-84552, *Dr. pénal* 2017, comm. 1, obs. Ph. Conte ; *Gaz. Pal.* 2017, n° 4, p. 51, obs. S. Detraz ; *RSC* 2016. 778, obs. H. Mastopoulou ; *JCP G* 2017. 16, note N. Catelan.

4. Crim. 16 mai 2018, n° 17-81151, *Gaz. Pal.* 2018, n° 25, p. 22, note R. Méssa (non cumul des qualifications d'escroquerie en bande organisée et d'association de malfaiteurs).

5. Crim. 8 juill. 2015, n° 14-88329, *Dr. pénal* 2015, comm. 120, obs. Ph. Conte.

6. Crim. 14 oct. 1954, *Bull. crim.* n° 294 préc. ; Crim. 23 juin 1977, *Bull. crim.* n° 235 ; Crim. 21 mai 1980, *Bull. crim.* n° 158 ; Crim. 3 oct. 1984, *ibid.* n° 285.

7. Crim. 6 janv. 1999, *Bull. crim.* n° 6.

pas non plus de cumul possible des qualifications d'assassinat et de séquestration suivie de mort<sup>1</sup>. *A fortiori*, un même fait ne devrait pas pouvoir être retenu, à la fois comme élément constitutif et comme circonstance aggravante de la même infraction, car on ne poursuit pas deux fois une personne pour les mêmes faits<sup>2</sup>. La Cour de cassation a certes admis le cumul possible entre la qualification d'association de malfaiteurs et les qualifications des infractions subséquentes, avec la circonstance aggravante de bande organisée en estimant, malgré des définitions identiques dans la loi, que les éléments constitutifs de l'association de malfaiteurs et les composantes de la bande organisée ne sont pas les mêmes : la bande organisée suppose une organisation structurée entre ses membres<sup>3</sup>. Mais l'on notera que, dans ce dernier cas, les faits pouvaient être dissociés : il y avait une infraction initiale (l'association de malfaiteurs) et des infractions subséquentes (commises en bande organisée), ce qui constituait une situation de concours réel ; les faits et l'intention pouvant se dédoubler<sup>4</sup>.

## **2. Les qualifications alternatives**

**266 Qualifications compatibles.** Les véritables conflits de qualifications se présentent lorsqu'un même fait correspond aux éléments matériels et moraux de différentes qualifications. Les qualifications qui se recoupent sont *compatibles* mais *alternatives* en ce sens qu'il convient de n'en retenir qu'une. En principe, une bonne technique

---

1. Crim. 20 févr. 2002, RSC 2002. 583, obs. B. Boulloc ; 590, obs. Y. Mayaud.

2. On a pu penser que ce principe avait été ignoré par la loi du 8 févr. 2010 qui a introduit un article 222-22-1 du Code pénal définissant la contrainte morale dans les infractions sexuelles par référence à une relation d'autorité de droit ou de fait, alors que cette même relation est constitutive d'une circonstance aggravante (v. Ch. Guéry, « Définir ou bégayer : la contrainte morale après la loi sur l'inceste », *AJ pénal* 2010. 126). Mais le Conseil Constitutionnel saisi d'une QPC par la Chambre criminelle (Crim. 13 nov. 2014, n° 14-81249) a validé l'article 222-22-1 du Code pénal au regard des principes de légalité criminelle et de nécessité et proportionnalité des peines, estimant qu'il « a pour seul objet de désigner certaines circonstances des faits sur lesquelles la juridiction saisie peut se fonder pour apprécier si, en l'espèce, les agissements dénoncés ont été commis avec contrainte » et d'en déduire qu'il n'a pas pour objet de définir les éléments constitutifs du délit : Cons. const., déc. 6 février 2015, 2014-448 QPC ; RSC 2015. 86, obs. Y. Mayaud ; v. sur le sens de cet article S. Detraz, « L'article 222-22-1 in fine du Code pénal à la lumière de la jurisprudence », *Dr. pénal* 2015, Étude 24.

3. Crim. 8 juill. 2015, préc. ; Crim. 22 juin 2016, n° 16-81834, *Dr. pénal* 2016, comm. 140 obs. Ph. Conte.

4. Pour un autre ex. de dissociation s'opposant à la règle *ne bis in idem*, v. Crim. 21 mars 2018, n° 17-81011, *Dr. pénal* 2018, comm. 103, obs. Ph. Conte (« l'immixtion par un maire dans l'exercice d'une fonction publique, en filtrant des procès-verbaux de contraventions en lieu et place du ministère public est dissociable de l'action d'annuler des références de la souche ou carte maîtresse de l'infraction enregistrée (...) afin d'éviter toute communication au Trésor public aux fins de recouvrement »).

législative devrait s'opposer à l'existence de recouvrements complets (qualifications *redondantes*) car il n'est pas cohérent d'interdire plusieurs fois le même comportement au moyen d'incriminations distinctes, et encore moins au moyen d'incriminations identiques<sup>1</sup>. Néanmoins, les comportements humains étant complexes, les recouvrements partiels sont inévitables (qualifications *concurrentes*). Pour résoudre ce conflit de qualifications, il convient de distinguer les cas où une qualification *l'emporte* sur une autre et ceux où une qualification *absorbe* l'autre.

**267 La qualification spéciale l'emporte sur la qualification générale.** Lorsque deux qualifications se recoupent mais que l'une vise une hypothèse plus précise que l'autre, la *lex specialia* doit s'appliquer (*specialia generalibus derogant*) : la qualification spéciale l'emporte sur la qualification générale. Par exemple, l'auteur d'une corruption active n'est pas le complice du corrompu (auteur d'un délit de corruption *passive*) : la corruption active absorbe la qualification générale de complicité. La qualification spéciale de fraude électorale l'emporte sur celle de faux en écriture publique<sup>2</sup>. La même règle devrait permettre de trancher le conflit lorsque deux circonstances aggravantes semblent s'appliquer à un même fait : la circonstance spéciale l'emporte<sup>3</sup>. Dans le même ordre d'idée, en présence d'une infraction formelle et de l'infraction matérielle correspondante (par exemple l'empoisonnement et le meurtre), l'exclusion de l'infraction matérielle s'impose : le législateur ayant eu la volonté de punir spécialement un mode d'exécution sans attendre le résultat, il a entendu exclure la qualification matérielle plus générale. Ainsi, celui qui administre des substances mortifères doit être puni pour empoisonnement et non pour meurtre (ni d'ailleurs pour assassinat).

**268 La qualification large absorbe la qualification étroite.** Lorsque les qualifications en présence n'ont pas le même objet, de sorte qu'il n'est pas possible d'appliquer la règle précédente, il convient de

1. V. Ph. Conte, P. Maistre du Chambon, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 230. Et sur la question des incriminations redondantes, V. V. Malabat, « Le champ inutile du droit pénal : les doubles incriminations », art. préc. et v. ss 62.

2. Crim. 30 juin 1987, *RSC* 1987. 872, obs. J.-P. Delmas Saint-Hilaire.

3. Crim. 4 févr. 1998, *Bull. crim.* n° 444 (un viol sur mineur de 15 ans ne peut pas être également un viol sur personne vulnérable en raison de son âge).

rechercher quelle est la qualification plus étroite et quelle est la qualification la plus large car la qualification la plus étroite est en principe absorbée par la qualification la plus large<sup>1</sup>.

Tel est d'abord le cas lorsqu'une infraction est le moyen de la pénétration d'une autre ; l'*infraction moyen* est absorbée par l'*infraction fin*. Par exemple, un vol d'arbre sur pied est un vol et non une destruction de bien cumulée avec un vol<sup>2</sup>. De même, lorsqu'un escroc réalise des manœuvres frauduleuses à l'aide d'un faux, il devrait y avoir escroquerie et non faux<sup>3</sup>. Toutefois, cette règle doit aussi être combinée avec l'exigence de punition sous la plus haute expression pénale, ce qui conduira parfois le juge à retenir la qualification la plus étroite. Ainsi à l'encontre d'un fonctionnaire ayant commis une escroquerie à l'aide d'un faux en écriture publique, la qualification de faux a pu être préférée à celle d'escroquerie<sup>4</sup>.

Tel est ensuite le cas des *infractions obstacles* : lorsque l'infraction que le législateur voulait précisément éviter s'est finalement produite, l'infraction obstacle devrait être absorbée par cette dernière. Le conflit se présente, par exemple, en cas de conduite en état d'ivresse (infraction obstacle) suivie d'un accident occasionnant des blessures (infraction matérielle). Si ces comportements peuvent être matériellement divisés dans le temps, la question du conflit de qualifications ne se pose pas : la situation est alors celle d'un *concours réel* (avec notamment la possibilité de cumuler les peines lorsque l'infraction obstacle est une contravention ; C. pén., art. 132-7), lequel sera expliqué plus loin<sup>5</sup>. Ainsi, un cumul a été admis par la Cour de cassation entre des contraventions au Code de la route et un délit de mise en danger d'autrui « dès lors que, d'une part, les délits et les contraventions considérées diffèrent dans leurs éléments constitutifs, le premier n'étant pas caractérisé par la seule inobservation des prescriptions réglementaires, d'autre part, le délit de mise en danger

1. V. en ce sens, Ph. Conte, P. Maistre du Chambon, *Droit pénal général*, op. cit., n° 236.

2. Crim. 16 juin 1965 (*Desbiolles*) : in J. Pradel, A. Varinard, *GADPG*, op. cit., n° 36.

3. V. cependant pour un cumul entre une escroquerie et une publicité mensongère : Crim. 10 mai 1978, *Bull. crim.* n° 148 ; D. 1978. IR 348, obs. G. Roujou de Boubée et v. ss 269.

4. V. Crim. 12 juin 1958, *Bull. crim.* n° 457.

5. V. par ex., pour des homicides et blessures involontaires en concours avec des contraventions au Code de la route : Crim. 3 mai 1960, *Bull. crim.* n° 236 ; 25 mars 1965, *Bull. crim.* n° 88 ; RSC 1965. 87, note A. Légal ; 8 mars 1972, *Bull. crim.* n° 89. Sur le concours réel, V. ss 462.

délibéré d'autrui et les contraventions protègent des intérêts distincts, le premier visant à préserver les personnes d'une exposition directe à un risque immédiat de mort ou de blessures particulièrement graves, les secondes s'inscrivant dans un ensemble de dispositions réglementaires ayant pour objet la police de la circulation routière »<sup>1</sup>. On peut n'être pas convaincu par la deuxième partie de l'argumentation, dans la mesure où la police de la circulation vise aussi à assurer la sécurité des personnes. Peut-être s'agit-il, pour la Cour de cassation, de masquer en l'occurrence un concours réel d'infractions qui semble largement fictif ?<sup>2</sup>. Quoi qu'il en soit, l'on doit admettre que le cumul est possible lorsque les faits en concours sont soit distincts, soit identiques mais séparés dans le temps.

En revanche, en l'absence de solution de continuité dans le déroulement des faits, l'infraction obstacle devrait au contraire être *absorbée*, soit par la circonstance aggravante, soit par l'élément constitutif du délit matériel que le législateur voulait éviter, car elle perd alors son *autonomie juridique*<sup>3</sup>. Ainsi, une contravention au Code de la route peut constituer également « le manquement à une obligation » – particulière ou non – « de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement », qui caractérise l'élément constitutif ou la circonstance aggravante d'un délit d'imprudence. Par exemple, un dépassement dangereux peut être l'un des éléments constitutifs d'un homicide involontaire aggravé<sup>4</sup>. De même, il n'y a pas de cumul entre le délit de risques causés à autrui et l'homicide ou les violences involontaires aggravées<sup>5</sup>. Au reste, il se peut qu'une ou plusieurs infractions obstacles relevant de la catégorie des contraventions soient absorbées par une infraction obstacle relevant de la catégorie des délits. Ainsi un franchissement de feu rouge, une circulation en sens interdit, un refus de priorité, une circulation à gauche et un dépas-

1. Crim. 16 nov. 2016, n° 15-85949, *AJ Pénal* 2017, 83, obs. J.-P. Céré ; *Gaz. Pal.* 2017, n° 4 p. 47, obs. E. Dreyer.

2. V. obs E. Dreyer, préc.

3. V. en ce sens, Ph. Conte, P. Maistre du Chambon, *Droit pénal général*, 7<sup>e</sup> éd., Armand Colin, 2004, n° 236.

4. Crim. 20 mars 2002, *Juris-Data* n° 2002-014208.

5. V. Crim. 11 sept. 2001, *Bull. crim.* n° 176 ; *Dr. pénal* 2002, 4, obs. M. Véron ; RSC 2002. 106, obs. Y. Mayaud.

sement de la vitesse maximale autorisée ont pu être absorbés par le délit de risques causés à autrui, dès lors que ces contraventions caractérisaient aussi la violation manifestement délibérée d'obligation particulière de prudence ou de sécurité imposées par la loi ou le règlement, au sens de l'article 223-1 du Code pénal et s'accompagnaient aussi de circonstances de faits qui exposaient autrui à un risque immédiat de mort ou de blessures graves<sup>1</sup>. Cette solution doit être rapprochée de la jurisprudence selon laquelle lorsque des délits et des contraventions procèdent « d'une même action coupable », une seule peine doit être prononcée. C'est l'idée qu'une faute pénale unique ne peut être sanctionnée que par une seule peine<sup>2</sup>. Ces solutions sont du reste conformes à la règle de « la plus haute expression pénale » et elles se comprennent car les qualifications en conflit protègent la même valeur sociale, le même *intérêt juridique*. À l'inverse, lorsque différentes valeurs sociales sont lésées, les qualifications devraient être cumulées.

## B. Le cumul de qualifications

**269 « Cumul idéal d'infractions ».** Il est des situations dans lesquelles un même fait peut *idéalement* ou formellement tomber sous le coup de plusieurs qualifications<sup>3</sup>, parce qu'il lèse des intérêts juridiques distincts et que son auteur en a au moins conscience. Cette situation est désignée par l'expression *cumul ou concours idéal d'infractions*<sup>4</sup>. La chambre criminelle a consacré cette solution dans un arrêt *Ben Haddadi* du 3 mars 1960<sup>5</sup>, à propos d'un jet de grenade dans un débit de boissons, dans le dessein de réaliser une destruction de l'édifice et des homicides. En l'espèce deux déclarations de culpabilité pour tentative de destruction par explosif et tentative de meurtre ont été retenues en raison principalement de la dualité d'éléments moraux à savoir l'intention de

1. Crim. 23 juin 1999, *Juris-Data* n° 1999-002799.

2. Crim. 8 mars 2005, *Bull. crim.* n° 78 ; RSC 2005. 549, obs. E. Fortis, 557, 558, obs. Y. Mayaud.

3. Néanmoins quant à la peine, une seule peine sera prononcée, V. Crim. 27 oct. 1997, *JCP* 1998. II. 10017, note M. Pralus. « La punition sera envisagée conformément aux règles du concours réel », V. ss 462.

4. V. Y. Chalaron, « Le concours idéal d'infractions », *JCP* 1967. I. 2088.

5. Crim. 3 mars 1960, *Bull. crim.* n° 138 ; V. J. Pradel et A. Varinard, *GADPG, op. cit.*, n° 19.

détruire l'édifice et de tuer des personnes. Mais l'arrêt fait également apparaître en filigrane un critère complémentaire – utile lorsque les infractions en concours ne sont pas intentionnelles –, celui de *l'intérêt protégé* ou de la valeur sociale lésée. Si les deux qualifications ont été retenues, c'est aussi parce que le même geste était destiné à léser deux valeurs sociales distinctes : la propriété et la vie humaine. En d'autres termes, le même geste violait deux *interdits*, il était donc deux fois *illicite*<sup>1</sup>.

Cette jurisprudence a été confirmée parce qu'elle n'est pas contraire à l'article 4 du protocole n° 7 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (*non bis in idem*)<sup>2</sup>, dès lors que le cumul de qualifications n'implique aucun cumul de sanctions<sup>3</sup>. Ainsi, ont pu être retenues cumulativement pour une même action les qualifications de violation de secret professionnel et de diffamation<sup>4</sup> ; de crime de guerre et de crime contre l'humanité<sup>5</sup> ; de violences à une personne dépositaire de l'autorité publique et d'atteinte à la liberté individuelle<sup>6</sup> ; de corruption active et d'abus de biens sociaux<sup>7</sup> ou de réalisation irrégulière d'affouillement ou d'exhaussement de sol et de violation du plan d'occupation des sols<sup>8</sup>.

Néanmoins, le critère de *l'intérêt protégé* n'est pas toujours facile à mettre en œuvre car beaucoup d'infractions portent atteinte à plusieurs intérêts distincts (on parle parfois de délits « pluri-offensifs ») et le choix du juge en faveur d'un intérêt plutôt qu'un autre peut paraître arbitraire. Parfois, on ne comprend pas vraiment pourquoi les juges retiennent plusieurs qualifications. Ainsi, la Cour de cassation a admis le cumul d'une publicité mensongère (portant atteinte théoriquement à la foi publique) et une escroquerie (portant atteinte aux biens), alors que l'on pourrait

1. V. déjà avant l'arrêt *Ben Haddadi*, Crim. 15 janv. 1958, *Bull. crim.* n° 60 (ont été retenues cumulativement les qualifications de conduite en état d'ivresse et d'ivresse publique manifeste : la première pouvant être dictée par la sécurité routière et la seconde par la décence publique).

2. CEDH 30 juill. 1998, *Oliveira c. Suisse*, JCP 1999. I. 105, n° 58, obs. F. Sudre.

3. CEDH 23 oct. 1995, *Grandinger c. Autriche*, JCP 1996. I. 3910, n° 43, obs. J. Sudre.

4. Crim. 19 oct. 1982, *Bull. crim.* n° 225.

5. Crim. 20 déc. 1985, *Bull. crim.* n° 407 ; Crim. 22 avr. 1986, n° 353.

6. Crim. 21 avr. 1998, *Bull. crim.* n° 140.

7. Crim. 27 oct. 1997, *Bull. crim.* n° 352.

8. Crim. 3 mai 2017, n° 16-84240, *Gaz. Pal.* 2017, n° 27, p. 52, obs. E. Dreyer.

aussi penser que les deux infractions portent atteinte au patrimoine : ce qui aurait dû conduire à l'absorption de la publicité mensongère par l'escroquerie<sup>1</sup>. De même, a été déclaré coupable à la fois de construction sans permis et de violation d'un plan local d'urbanisme, un bâtisseur qui a méconnu les conditions de son permis, lesquelles étaient l'expression de ce plan<sup>2</sup>. Certains arrêts retiennent même, en matière d'accidents de la circulation, des contraventions au Code de la route et des infractions d'imprudence contre la vie ou l'intégrité physique<sup>3</sup>, alors que la réglementation de la circulation vise aussi la sécurité des personnes et que, dans cette hypothèse, il nous semble que l'infraction d'imprudence devrait absorber les contraventions. De même, en cas de détournement d'aéronef (C. pén., art. 224-6), impliquant une séquestration de personnes (C. pén., art. 224-4), on peut penser que seul le détournement devrait être retenu en application de la *lex specialia*. Pourtant, la Cour de cassation en se fondant sur le critère de l'intérêt protégé retient le cumul<sup>4</sup> : l'incrimination du détournement protégerait la liberté de circulation aérienne et la séquestration la liberté des personnes. Cette solution ne nous semble pas satisfaisante au regard de la nature véritable du détournement d'aéronef qui, sauf le cas où il n'y a pas de pilote dans l'avion (!), est une atteinte à la liberté et la sécurité des personnes. À l'inverse, la Cour de cassation a estimé que des juges du fond ne pouvaient pas retenir la qualification de violences cumulativement avec les qualifications de faux et usages, dénonciation mensongère, menace de mort et appels téléphoniques malveillants<sup>5</sup>, alors pourtant que ces différentes incriminations semblent protéger des valeurs sociales distinctes mais, en l'espèce, les faits procédaient de manière indissociable d'une action unique caractérisée par une seule intention (nuire à la victime). C'est dire que le critère de l'intention reste le critère prépondérant et impose de rechercher ce que voulait principalement l'auteur.

---

1. Crim. 10 mai 1978, *Bull. crim.* n° 148.

2. Crim. 8 déc. 2015, n° 14- 85548, *Dr. pénal* 2016, comm. 32, obs. J.-H. Robert.

3. V. par ex., Crim. 8 mars 1972, *Bull. crim.* n° 89 ; Crim. 12 mai 1993, *Bull. crim.* n° 177.

4. Crim. 22 nov. 1983, *Bull. crim.* n° 308.

5. Crim. 24 janv. 2018, n° 16-83045, *AJ Pénal* 2018. 196, obs. A. Clément ; *Dr. pénal* 2018, comm. 60, obs. Ph. Conte préc. ; *Gaz. Pal.* 2018, n° 31, p. 22, note R. Méas.

Le critère de l'intérêt protégé est secondaire et conduit à rechercher la *ratio legis* de l'incrimination. À cet égard, la place de l'incrimination dans le Code pénal est un bon indice, mais elle n'est pas le seul car le législateur ne fait pas toujours preuve de rigueur en la matière. Ainsi, l'infraction d'abus frauduleux de l'état de faiblesse ou d'ignorance a d'abord été introduite dans la catégorie des infractions contre les biens (C. pén., anc. art. 313-4), ce qui provoquait des conflits de qualifications avec les infractions d'escroquerie, d'extorsion de vol aggravés<sup>1</sup>. L'incrimination a ensuite été rattachée plus logiquement à la catégorie des infractions contre les personnes (C. pén., art. 223-15-2 s.) ; ce qui devrait éviter les conflits de qualifications et permettre le cumul idéal.

## § 2. La neutralisation de la qualification

**270 Loi d'amnistie.** Une infraction constituée dans tous ses éléments devient formellement licite lorsqu'une *loi d'amnistie* vient rétroactivement faire disparaître son caractère délictueux en neutralisant la qualification. L'amnistie est une mesure d'oubli décidée par le législateur (Const., art. 34) qui traditionnellement a pour objectif de favoriser l'apaisement et la réconciliation après des périodes de troubles durant lesquelles d'inévitables exactions ont été commises (guerre, soulèvement politique). Son utilisation n'est cependant plus circonscrite à ces événements exceptionnels. L'amnistie permet aussi d'effacer des comportements illicites qui ont été tolérés en raison des insuffisances de la législation, comme la loi du 19 décembre 1991 réglementant la pratique des « livraisons surveillées » en matière de trafic de stupéfiants. Mais parfois, les objectifs du législateur sont beaucoup moins avouables, comme avec la loi du 15 janvier 1990 amnistiant les infractions liées au financement des partis politiques. Enfin, les lois d'amnistie les plus connues étaient les « amnisties présidentielles », qui avaient pour immense avantage de redonner une chance à un

<sup>1</sup>. V. sur ces conflits, X. Pin, « La vulnérabilité en matière pénale », in *Vulnérabilité et droit*, PUG, 2000, p. 135.

grand nombre de délinquants, mais qui poursuivaient l'objectif peu avouable de soigner l'image du président de la République nouvellement élu. Ces amnisties accompagnaient systématiquement depuis 1959 toutes les élections présidentielles. L'élection de 2007 a mis fin à cette tradition en partie contestable.

- 271 Conditions de l'amnistie.** Le Code pénal de 1994 a prévu un régime général minimum de l'amnistie (C. pén., art. 133-9 à 133-11) mais celui-ci ne s'applique qu'en l'absence de dispositions contraires. Or chaque loi d'amnistie contient généralement son propre régime, dans le détail duquel il n'est pas question d'entrer ici. Chaque loi d'amnistie détermine, en effet, son étendue dans le temps et son objet. Ainsi, certaines amnisties s'appliquent en fonction de la nature des infractions ou des circonstances de leur commission<sup>1</sup>, d'autres en raison de la nature de la peine, de ses modalités ou de son *quantum*<sup>2</sup>, et d'autres encore en raison de la qualité de l'auteur (amnistie dite « personnelle »). Dans ce dernier cas, il n'est pas rare que l'amnistie soit subordonnée à la condition d'obtention d'un jugement prononçant une peine inférieure à un certain seuil (amnistie dite « judiciaire ») ; à la condition d'obtention d'un décret de grâce présidentielle (« grâce amnistiante »)<sup>3</sup>, voire à la condition d'accomplissement par le délinquant du paiement d'une amende ou d'une mesure de réparation.
- 272 Effets de l'amnistie.** Dans ces conditions, l'amnistie produit effet sur l'infraction et sur la peine : elle s'oppose à ce qu'une infraction non encore jugée fasse l'objet d'une déclaration de culpabilité, elle répute non avenues les condamnations déjà prononcées et elle s'oppose à l'exécution des peines<sup>4</sup>. En ce qui concerne le premier point, il convient d'observer que l'amnistie « neutralise » l'incrimination<sup>5</sup>, en ce qu'elle rend formellement licite un

1. V. Crim. 29 avr. 1997, *Dr. pénal* 1997. 127, obs. J.-H. Robert (amnistie des délits en relation avec les élections, mais exclusion des fraudes électorales).

2. L'amnistie peut ainsi dépendre de la présence ou non d'une circonstance aggravante, en excluant de son champ d'application l'infraction aggravée. Dans ce cas, la circonstance aggravante doit avoir été soulevée dans l'acte de poursuite, avant la promulgation de la loi d'amnistie, sinon l'amnistie est acquise, Crim. 31 oct. 2006, *AJ pénal* 2007. 26, obs. M. Herzog-Evans.

3. V. pour une illustration, B. Bouloc, « L'amnistie d'un sportif de haut niveau », *D.* 2006. Tribune 1473.

4. V. ss 618.

5. V. Ph. Conte, P. Maistre du Chambon, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 290 s.

comportement illicite. Dès lors, si les faits visés par l'amnistie n'ont pas été poursuivis ou si les poursuites sont en cours, les juges doivent constater l'extinction de l'action publique et ne peuvent prononcer aucune sanction<sup>1</sup>, et ils ne pourraient même pas retenir en appel une autre qualification lorsque celle retenue en première instance a été neutralisée<sup>2</sup>. Néanmoins, aux termes de l'article 133-10 du Code pénal, « l'amnistie ne préjudicie pas aux tiers », ce qui signifie que les réparations restent dues à la victime. Dans le même ordre d'idée, l'article 133-11 précise que la publication prononcée à titre de réparation peut être exécutée. C'est dire que l'amnistie n'affecte pas le caractère matériellement illicite du fait considéré, mais s'oppose seulement à l'interdit pénal en neutralisant la qualification.

---

1. Crim. 9 déc. 1997, *Bull. crim.* n° 419.

2. Crim. 6 mars 1997, *Bull. crim.* n° 91.

TITRE 2

---

## L'IMPUTATION DE L'INFRACTION

---

**273 Responsabilité personnelle.** Toute infraction n'a de sens que si elle peut être mise au compte ou imputée (*imputare*) à une ou plusieurs personnes. Cette opération d'imputation est gouvernée par un principe de responsabilité personnelle puisé dans l'Ancien droit par la jurisprudence et la doctrine<sup>1</sup> et aujourd'hui consacré par l'article 121-1 du Code pénal, aux termes duquel « nul n'est responsable pénalement que de son propre fait »<sup>2</sup>. Ce principe impose, en premier lieu, d'établir que l'agent a bien compris et voulu son acte. Telle est la condition *d'imputabilité*, qui est le préalable à toute *culpabilité* donc à toute *responsabilité pénale*<sup>3</sup> – du moins dans le paradigme classique du droit pénal qui repose sur la culpabilité et non sur la dangerosité<sup>4</sup>. L'exigence d'imputation personnelle impose aussi, en second lieu, de dénouer les liens de participation lorsque l'infraction a été commise au sein d'un

---

1. V. not. Crim. 16 déc. 1948, *Bull. crim.* n° 291 ; Crim. 16 févr. 1956, *JCP* 1956. II. 9304 ; Crim. 23 nov. 1994, *Bull. crim.* n° 376.

2. V. J.-C. Saint-Pau, « Le principe de responsabilité pénale du fait personnel », in *Mélanges Y. Mayaud*, Dalloz, 2017, p. 255 s.

3. Sur la trilogie « imputabilité, culpabilité responsabilité », V. R. Garraud, *Traité théorique et pratique de droit pénal français*, 3<sup>e</sup> éd., 1913, n° 267 s. ; V. également G. Levasseur, « L'imputabilité en droit pénal », *RSC* 1983. 1 s. ; et pour une comparaison avec la responsabilité civile, P. Jourdain, « Retour sur l'imputabilité », *Mélanges B. Bouloc*, Dalloz, 2007, p 512 s.

4. V. J. Danet, C. Saas, « Le fou et sa dangerosité, un risque spécifique pour la justice pénale », *RSC* 2007. 779 ; P.-J. Delage « La dangerosité comme éclipse de l'imputabilité et de la dignité », *RSC* 2007. 797.

groupe, afin de n'attribuer à chacun que son propre fait. Suivant ce schéma, il convient d'exposer, d'abord, les *conditions* d'imputation (CHAPITRE 1) puis, pour le cas de la participation criminelle, les *modalités* d'imputation (CHAPITRE 2).

## CHAPITRE 1

---

# Les conditions d'imputation

---

**274 Imputabilité.** Une personne n'est coupable et (donc) punissable que si elle a compris et voulu son geste. Cette condition dite d'*imputabilité* a été clairement exprimée par l'arrêt *Laboube* du 13 décembre 1956, selon lequel « toute infraction, même non intentionnelle, suppose que son auteur ait agi avec intelligence et volonté »<sup>1</sup>. De cette formule, on déduit classiquement deux exigences : le fait doit d'abord émaner d'une personne dotée de discernement (SECTION 1) et il doit ensuite procéder d'une volonté libre (SECTION 2)<sup>2</sup>.

## SECTION 1

---

### LE DISCERNEMENT

---

**275 Conscience de la gravité de l'acte.** En principe, on ne peut reprocher une infraction pénale à une personne qui, au moment des faits, n'a pas voulu et compris son geste ou n'a pas été en mesure d'en comprendre la portée. Telle est la question du *discernement*, ou de

---

1. Crim. 13 déc. 1956 : D. 1957. J. 349, note M. Patin ; in J. Pradel, A. Varinard, *GADPG*, *op. cit.*, n° 42.

2. Sur ces questions v. X. Pin, « L'irresponsabilité pénale. Réflexions sur le sens des art. 122-1, 122-2, 122-3 et 122-8 du Code pénal », in *La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale, Opinio doctorum*, Dalloz, 2009, p. 51 s.

l'aptitude à discerner le bien du mal<sup>1</sup>, qui se pose dans deux cas de figure : d'une part, en présence d'un jeune enfant qui, par nature, n'a pas la même faculté de discernement qu'un adulte (§ 1) et, d'autre part, en présence d'une personne qui allègue avoir commis l'infraction sous l'empire d'un trouble mental (§ 2).

## § 1. L'enfance

**276 Principe de responsabilité.** Le premier critère de discernement est la maturité : il est nécessaire en effet d'avoir atteint un certain degré de maturité pour pouvoir discerner. Néanmoins, l'état d'immatunité qui caractérise l'enfance, l'adolescence ou, plus généralement, la minorité<sup>2</sup>, n'est pas en soi une cause de non-imputabilité<sup>3</sup>.

En effet, s'il existe bien au profit des *mineurs*, depuis une loi du 22 juillet 1912 et surtout depuis l'ordonnance n° 45-174 du 2 février 1945 relative à l'enfance délinquante, un statut pénal particulier, tant en ce qui concerne la procédure que la sanction<sup>4</sup>, en revanche, le principe est celui de la capacité pénale des mineurs. Ce principe a été affirmé par l'article 122-8 du Code pénal, qui dans sa rédaction initiale envisageait les sanctions contre des « mineurs reconnus coupables d'infraction » et qui, depuis la loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002<sup>5</sup> dispose encore plus explicitement : « Les mineurs capables de discernement sont pénalement responsables des crimes, délits ou contraventions dont ils ont été reconnus coupables, dans des conditions fixées par une loi particulière qui détermine les mesures de protection,

1. V. Ph. Bonfils, « Le discernement en droit pénal », *Mélanges R. Gassin*, PUAM, 2007, p. 97 s.

2. Sur le droit pénal des mineurs, V. Ph. Bonfils, A. Gouttenoire, *Droits des mineurs*, 2<sup>e</sup> éd., Dalloz, Précis, 2014, n° 1348 s.

3. Sur la question de la minorité pénale, V. notamment X. Pin, « Les âges du mineur : réflexions sur l'imputabilité et la capacité pénale du mineur », *Gaz. Pal. spécialisée*, 11-12 juill. 2012, p. 5 s. Pour approfondir, V. G. Giudicelli-Delage, Ch. Lazerges (dir.), *La minorité à contresens : enfants en danger, enfants délinquants*, Dalloz, coll. « Les sens du droit », 2014.

4. V. Ch. Lazerges, « De l'irresponsabilité à la responsabilité pénale des mineurs délinquants ou relecture des articles 1<sup>er</sup> et 2 de l'ordonnance du 2 février 1945 », *RSC* 1995. 149 s.

5. Sur cette loi, V. not. J. Castaignède, « La loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002, un nouveau regard porté sur le droit pénal des mineurs », *D.* 2002. Chron. 779 s. ; Ch. Lazerges, « Fallait-il modifier l'ordonnance n° 45-174 du 2 février 1945 ? », *RSC* 2003. 172 s. ; Ch. Lazerges, « La sanction des mineurs : la fuite en avant ? Ou de la loi du 9 septembre 2002 à son application », *Études Lombois*, PULIM, 2004, p. 525 s.

d'assistance, de surveillance et d'éducation dont ils peuvent faire l'objet.» Et le texte ajoute que « cette loi » – en l'occurrence l'ordonnance n° 45-174 du 2 février 1945<sup>1</sup> – « détermine également les sanctions éducatives qui peuvent être prononcées à l'encontre des mineurs de dix à dix-huit ans ainsi que les peines auxquelles peuvent être condamnés les mineurs de treize à dix-huit ans, en tenant compte de l'atténuation de responsabilité dont ils bénéficient en raison de leur âge ». Il apparaît donc que les mineurs sont au regard du droit pénal général divisés en deux catégories : ceux qui ne sont pas capables de discernement et donc qui sont irresponsables, et ceux qui, capables de discernement, peuvent se voir imputer l'infraction mais pour qui la responsabilité est « atténuée » en raison de leur âge.

**277 Mineurs non capables de discernement.** L'exigence de discernement a été consacrée par l'arrêt *Laboube* du 13 décembre 1956<sup>2</sup>, à propos d'un enfant de six ans qui avait blessé un camarade de jeu. Il résulte de cet arrêt qu'un jeune enfant ne peut se voir reprocher une infraction que s'il a « compris et voulu cet acte ». Il n'est donc pas possible d'imputer une infraction à un enfant en bas âge ou à un nourrisson (*infans*). La Cour de cassation l'a rappelé, à propos d'un enfant de 5 ans, titulaire du certificat d'immatriculation d'un véhicule, poursuivi pour stationnement irrégulier en zone de stationnement payant et stationnement gênant sur une voie publique. Même si à l'évidence, cet enfant n'avait pas pu lui-même conduire le véhicule à l'emplacement interdit, sa culpabilité ne pouvait pas être établie à partir du seul constat de la réalisation matérielle des infractions : celles-ci devaient lui être imputables et la juridiction de proximité aurait donc dû relever son discernement avant d'entrer en voie de condamnation<sup>3</sup>. Néanmoins aucun seuil de discernement n'a pour l'heure été fixé par le législateur malgré les exigences de la Convention de New York du 26 janvier 1990 qui demande aux États « d'établir un âge minimum en des-

1. Réformée près de 40 fois, elle devrait faire place un jour à un Code de la justice pénale des mineurs ou un Code de la justice pénale des enfants et des adolescents, dont plusieurs projets ont été élaborés. V. Dossier *AJ pénal* 2009. 9 s. « Réforme de l'ordonnance de 1945 : le rapport Varinard ».

2. Crim. 13 déc. 1956, *D.* 1957. 349, note M. Patin ; J. Pradel, A. Varinard, *GADPG, op. cit.*, n° 42.

3. Crim. 14 nov. 2017, n° 17-80893, *JCP G.* 2017, act. 1312, obs. P. Mistretta.

sous duquel les enfants seront présumés ne pas avoir la capacité d'enfreindre la loi pénale » (art. 40 § 3) et malgré le rapport d'une commission présidée par le Recteur Varinard sur la réforme du droit pénal des mineurs, rendu le 3 décembre 2008, qui préconisait de fixer à douze ans le seuil de l'imputabilité et de la capacité pénale. Il appartient donc au juge de se demander si, au moment des faits, l'enfant avait atteint « l'âge de raison », qui lui donne le discernement suffisant. À noter que si une juridiction pénale pour mineur reconnaît l'absence de discernement, elle doit déclarer l'enfant irresponsable pénalement et ne peut statuer sur sa responsabilité civile, ni sur celle de ses ayants droit ; les victimes doivent saisir les juridictions civiles<sup>1</sup>

**278 Mineurs capables de discernement.** Lorsqu'ils sont capables de discernement, les mineurs peuvent se voir imputer les infractions qu'ils commettent. Seule leur « capacité » à subir une peine et à en profiter est réduite. En effet, en raison des principes désormais constitutionnels de *l'atténuation de la responsabilité pénale des mineurs et de la primauté de l'action éducative*<sup>2</sup>, tout mineur, auquel on peut imputer une infraction, ne doit en principe être soumis qu'à des *mesures éducatives* (Ord. 2 févr. 1945, art. 2, art. 16)<sup>3</sup>, non à des peines<sup>4</sup>. Néanmoins, ce principe connaît des exceptions toujours plus nombreuses. Dans l'attente d'un probable Code de la justice pénale des mineurs l'état du droit est le suivant : lorsque les circonstances de l'infraction et la personnalité du mineur le commandent, le mineur peut être soumis à partir de dix ans à des *sanctions éducatives*, qui sont des mesures très proches des peines (Ord. 2 févr. 1945, art. 15-1) et au-delà de treize ans, il peut être condamné à de véritables peines (Ord. 2 févr. 1945, art. 2, al. 2). Dans ce dernier cas, nous verrons que l'âge est seulement une cause d'atténuation de la responsabilité pénale ou plus exactement d'atténuation de la peine (Ord. 2 févr. 1945, art. 20-2

1. Crim. 8 juin 2017, n° 16-83345.

2. Cons. const., déc. 29 août 2002, n° 2002-461 DC : le Conseil constitutionnel consacre « la nécessité de rechercher le relèvement éducatif et moral des enfants délinquants par des mesures adaptées à leur âge et à leur personnalité ».

3. J.-F. Renucci, « Le droit pénal des mineurs entre son passé et son avenir », RSC 2000. 79 s.

4. Ainsi un mineur de 13 ans ne saurait être condamné à une peine d'amende, Crim. 14 nov. 2017, préc.

à 20-9)<sup>1</sup>. Le Conseil constitutionnel a d'ailleurs en 2007, à l'occasion de l'examen de la loi sur la prévention de la délinquance, précisé que les principes reconnus par les lois de la République en matière de justice des mineurs, n'ont jamais conduit à consacrer la règle selon laquelle les mesures contraignantes ou les sanctions devraient être évitées au profit des mesures purement éducatives. Le Conseil rappelle au contraire que « les dispositions originelles de l'ordonnance du 2 février 1945 n'écartaient pas la responsabilité pénale des mineurs et n'excluaient pas, en cas de nécessité, que fussent prononcées à leur égard des mesures telles que le placement, la surveillance, la retenue ou pour les mineurs de plus de treize ans, la détention »<sup>2</sup>. Il a même réitéré sa position à l'occasion du contrôle de la loi n° 2011-939 du 10 août 2011 relative à la participation des citoyens au fonctionnement de la justice et au jugement des mineurs, en affirmant que cette loi s'efforce de concilier « le relèvement éducatif et moral du mineur par des mesures adaptées à son âge et à sa responsabilité, prononcées par une juridiction spécialisée ou selon des procédures appropriées » avec l'idée que peuvent être prononcées « en cas de nécessité » des mesures « telles que le placement, la surveillance, la retenue ou, pour les mineurs de plus de treize ans, la détention »<sup>3</sup>. Néanmoins, le Conseil constitutionnel a également rappelé dans une décision du 10 mars 2011 que le relèvement éducatif et moral d'un mineur suppose des mesures appropriées, et il a censuré l'application aux mineurs de peines minimales en matière de violence<sup>4</sup>. D'une manière plus générale, on observera que le droit pénal des mineurs se caractérise encore par des règles procédurales particulières. Certes ces règles se rapprochent parfois de celles du droit pénal des majeurs<sup>5</sup>, comme ce fut le cas avec la création des tribunaux correctionnels pour mineur par la loi du 10 août 2011<sup>6</sup>,

---

1. V. ss 407.

2. Cons. const., 3 mars 2007, n° 2007-553 DC, *JO* 7 mars 2007.

3. Cons. const. 4 août 2011, n° 2011-635 DC, consid. 33.

4. Cons. const., 10 mars 2011, n° 2011-625 DC.

5. V. en dernier lieu Ch. Lazerges, « La démolition méthodique de la justice des mineurs », *RSC* 2011. 728.

6. V. J. Pradel, « Encore des aménagements à la procédure pénale applicables aux mineurs - À propos de la loi du 10 août 2011 », *JCP* 2011. 950.

lesquels ont finalement été supprimés par loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du 21<sup>e</sup> siècle. Mais dans leur majorité ces règles demeurent gouvernées par le souci de proposer une réponse adaptée à la personnalité du mineur, comme en témoigne l'institution du dossier unique de personnalité (Ord. 2 févr. 1945, art. 5-2), ainsi que de la césure du procès pénal, qui peut être justifiée par de nécessaires investigations sur la personnalité du mineur ou les perspectives d'évolution de cette personnalité (Ord. 2 févr. 1945, art. 24-5 à 24-8).

## § 2. Le trouble mental

- 279 Trouble psychique ou neuropsychique abolissant le discernement.** Le second critère du discernement est la santé mentale. Aussi, selon l'article 122-1, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code pénal, « n'est pas pénalement responsable la personne qui était atteinte, au moment des faits, d'un trouble psychique ou neuropsychique ayant aboli son discernement ou le contrôle de ses actes ». Autrement dit, pour exclure la responsabilité pénale d'un individu, il ne suffit pas de démontrer qu'il a subi un trouble psychique ou neuropsychique « au moment des faits » (condition de concomitance), mais que ce trouble était d'une telle ampleur qu'il a *aboli* son discernement ou le contrôle de ses actes. Cette situation d'irresponsabilité pour discernement « aboli » doit être distinguée de l'hypothèse visée par l'alinéa 2 du même texte, visant le discernement simplement « altéré » qui n'exclut pas la responsabilité mais impose au juge de diminuer la peine.
- 280 Trouble psychique ou neuropsychique altérant le discernement.** Ce texte précise en effet que la personne qui était atteinte, au moment des faits, d'un trouble psychique ou neuropsychique ayant altéré son discernement ou entravé le contrôle de ses actes « demeure punissable » mais, depuis la loi du 15 août 2014, une diminution légale de peine est expressément prévue. L'article 121-1, alinéa 2 du Code pénal prévoit en effet que : « Si est encourue une peine privative de liberté, celle-ci est réduite du tiers ou, en cas de crime puni de la réclusion criminelle ou de la

détention criminelle à perpétuité, est ramenée à trente ans»<sup>1</sup>. Cette diminution de peine avait été préconisée par une Circulaire du 20 décembre 1905, dite « Chaumié », mais elle fut longtemps discutée, à propos de ceux que l'on appelait les « demi-fous », et le Code pénal de 1994 ne l'avait pas consacrée préférant inviter la juridiction à « tenir compte de cette circonstance lorsqu'elle détermine la peine et en fixe le régime ». Depuis 2014, la rédaction de l'article 121-1, alinéa 2 est dépourvue d'ambiguïté mais la diminution n'est cependant pas systématique, puisque le texte prévoit que la juridiction peut, par une décision spécialement motivée en matière correctionnelle, décider de ne pas appliquer cette diminution de peine. Du reste, la loi invite à la prudence en ajoutant que « lorsque, après avis médical, la juridiction considère que la nature du trouble le justifie, elle s'assure que la peine prononcée permette que le condamné fasse l'objet de soins adaptés à son état ». Nous verrons aussi que cette logique de soins se poursuit après l'exécution de la peine,<sup>2</sup> puisque l'atténuation de peine est associée à la possibilité pour le juge d'application des peines d'ordonner, à la libération, une obligation de soins post-carcérale lorsqu'aucun suivi socio-judiciaire n'aura été prononcé (C. pr. pén., art. 706-136-1)<sup>3</sup>.

**281 Troubles d'origine pathologique.** En principe, l'origine du trouble est indifférente ; la cause de non-imputabilité pourrait par exemple couvrir une personne ayant commis des faits sous *hypnose* (infraction commise par suggestion) ou en état de *somnambulisme* (infraction commise dans son sommeil), si toutefois le dormeur ne connaissait pas son handicap<sup>4</sup>. Néanmoins, en pratique, les tribunaux ont surtout affaire à des troubles, durables ou

1. L'altération du discernement n'était pas, avant cette loi, une cause de diminution légale de peine, les juges disposant « du pouvoir d'apprécier souverainement les conséquences légales devant être tirées (...) de l'existence de troubles psychiques ou neuropsychiques ayant, sans les abolir, altéré le discernement de l'auteur de l'infraction ou entravé le contrôle de ses actes ». Crim. 29 janv. 2014, n° 12-85603 (condamnation d'un récidiviste à 6 ans ferme, assortis d'un suivi socio-judiciaire), V. déjà Crim. 5 sept. 1995, *Bull. crim.* n° 270 ; Crim. 28 janv. 1998, *Bull. crim.* n° 34. Cette altération peut tout au plus conduire les juges à prononcer, dans les conditions de l'article 132-59 du Code pénal, une dispense de peine v. pour un cas de schizophrénie, Paris, 21 mai 1996, *Dr. pénal* 1996. 240, obs. M. Véron.

2. J. Danet, « Sur l'altération du discernement, prudence et mesure de sûreté, mais pour quel résultat ? », *Gaz. Pal. Spécialisée*, 2014, n° 192 à 194, p. 9.

3. V.ss 605.

4. V. N. Laurent-Bonne, « Les origines de l'irresponsabilité pénale du somnambule », *RSC* 2013. 547.

passagers, d'origine pathologique, voire à des troubles d'origine toxicologique. Lorsque l'auteur des faits se trouvait, au moment de l'action, sous l'emprise d'un trouble psychique ou neuropsychique procédant d'une aliénation mentale durable ou d'une convulsion malade passagère (bouffée délirante), qui l'a privé de discernement ou de lucidité, il n'est pas responsable pénalement. Cette situation correspond à celle que l'ancien Code qualifiait de « démence » (C. pén., anc. art. 64) et, redisons-le, elle doit exister au temps de l'action. Toutefois, il est important que les experts précisent si le trouble était durable ou passager car, en cas de pathologie qui se prolonge après les faits, l'individu, bien qu'irresponsable, peut encore troubler l'ordre public et la sécurité des personnes ; dans ce cas, les autorités judiciaires avisent traditionnellement le préfet, qui peut prendre sans délai une mesure de contrôle sanitaire ou d'hospitalisation contrainte (CSP, art. L. 3213-7). Au reste, la reconnaissance d'une irresponsabilité pénale ne s'oppose pas à une imputation objective des *faits*<sup>1</sup>. Ainsi, en cour d'assises, depuis la loi du 15 juin 2000, le jury doit répondre à la question « l'accusé a-t-il commis les faits ? » (C. pr. pén., art. 349-1). Ce constat permet aux victimes d'obtenir une satisfaction non seulement morale mais aussi pécuniaire car celui qui a causé un dommage sous l'emprise d'un trouble mental est tenu à réparation civile (v. C. civ., art. 414-3).

**282 Déclaration d'irresponsabilité pénale.** Malgré tout, par faveur pour les victimes, la loi du 25 février 2008 relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour trouble mental<sup>2</sup> est allée encore plus loin, en permettant d'organiser, dès le stade de l'instruction une véritable procédure et un débat public aboutissant à une « déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental » (C. pr. pén., art. 706-119 à 706-140). Cette procédure, qui se substitue au non-lieu, à la relaxe, à

1. V. Y. Mayaud, « Irresponsabilité pénale des malades mentaux ; états des lieux », *AJ pénal* 2004. 303 s.

2. V. note H. Matsopoulou, « Le développement des mesures de sûreté justifiées par la « dangerosité » et l'inutile dispositif applicable aux malades mentaux », *Dr. pénal* 2008. Chron. 5 ; J. Pradel, « Une double révolution en droit pénal français avec la loi du 25 février 2008 sur les criminels dangereux », *D.* 2008. Chron. 15.

l'acquiescement ou au classement sans suite permet même d'appliquer à la personne déclarée irresponsable des sanctions. Ainsi, à côté de l'hospitalisation sous contrainte qui peut désormais être ordonnée par les autorités judiciaires (C. pr. pén., art. 706-35), et qui suivra un régime particulier<sup>1</sup>, la chambre de l'instruction ou les juridictions de jugement peuvent prononcer à l'encontre de la personne déclarée pénalement irresponsable, toute une série de « mesures de sûreté » consistant principalement en des interdictions – de rencontrer la victime, de fréquenter certains lieux, de détenir ou de porter une arme, etc. (C. pr. pén., art. 706-136 à 706-139). Une procédure de jugement et de punition des « fous » semble donc bien avoir été instituée. Quoiqu'on en pense par ailleurs, on retiendra que cette déclaration d'irresponsabilité pénale ne remet pas en cause l'existence de l'infraction, elle s'oppose seulement à l'imputabilité subjective.

**283 Troubles d'origine toxicologique – *actio libera in causa*.** Hors le cas de la maladie mentale, le discernement peut aussi être obscurci, voire aboli, par l'ivresse alcoolique ou l'emprise de stupéfiants. On a pu alors se demander s'il fallait retenir l'irresponsabilité ou l'atténuation de responsabilité de la personne ivre au moment des faits ou si, au contraire, il ne fallait pas plutôt faire preuve de sévérité en refusant l'exonération car le comportement de celui qui s'enivre est moralement blâmable. Penchant pour la première analyse, la Cour de cassation a estimé que « l'ivresse qui diminue l'intelligence et la responsabilité de l'agent, doit être considérée comme une circonstance atténuante et non comme une circonstance aggravante »<sup>2</sup>. Cette solution se comprend lorsque l'ivresse ou l'absorption de stupéfiants est involontaire, notamment lorsque l'agent est victime d'une « soumission chimique » qui

1. La prise en charge de ces malades, comme de ceux dont le discernement était seulement altéré et qui ont été condamnés, est régie par le Code de la santé publique, lequel a été réformé par la loi n° 2011-803 du 5 juill. 2011, relative aux droits et à la protection des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques et aux modalités de leur prise en charge. Or les art. L. 3211-12, II et L. 3211-8 de ce Code, relatifs aux règles particulières applicables aux personnes hospitalisées après avoir commis des infractions pénales en état de trouble mental ou qui ont été admises en unité pour malade difficile (UMD), ont été déclarées inconstitutionnelles, à l'occasion d'une QPC et leur abrogation a été reportée au 1<sup>er</sup> oct. 2013, pour permettre au législateur de remédier à cette inconstitutionnalité, V. Cons. const., 20 avr. 2012, n° 2012-235 QPC.

2. Crim. 5 févr. 1957, *Bull. crim.* n° 232.

le conduit à commettre une infraction<sup>1</sup>. En revanche, lorsque l'état d'ébriété est volontaire, et particulièrement lorsque l'agent s'enivre ou se drogue pour se donner du courage, il paraît au contraire choquant d'atténuer la responsabilité ; le bon sens commande au contraire de retenir la faute. Aussi, le législateur érige-t-il souvent l'état d'ébriété et l'emprise de stupéfiants en *circonstance aggravante*. Il en est ainsi, parmi de nombreux exemples, des blessures et homicides involontaires commis par un conducteur (C. pén., art. 221-6-1, 222-19-1 et 222-20-1). Mais, lorsque le législateur n'a pas réglé la question, la difficulté qui se pose est liée *au moment d'appréciation* de la faute. En principe, l'imputabilité et la culpabilité s'apprécient *in situ*, c'est-à-dire au temps de l'action, et non *in causa* (dans sa cause). Donc, dans l'hypothèse de celui qui s'est enivré volontairement et qui commet une infraction sans en avoir conscience, il conviendrait logiquement de nier sa responsabilité car, au moment de la réalisation de l'infraction, l'agent ne maîtrisait pas son geste. Néanmoins, son acte était libre dans sa *cause* : il y a eu une *actio libera in causa*, qui justifie que l'on retienne la « faute antérieure »<sup>2</sup>, *la culpa praevalens*, pour conclure à la responsabilité. Cette solution s'applique aussi à la contrainte, qui ne joue pas sur le discernement mais sur le libre arbitre.

## SECTION 2

# LE LIBRE ARBITRE

**284 Force ou erreur irrésistible.** L'imputabilité suppose une volonté libre, laquelle se traduit par une aptitude à résister à l'infraction<sup>3</sup>. *A contrario* celui qui commet l'infraction parce qu'il y est poussé par une *force* ou une *erreur* irrésistible doit être déclaré irresponsable. Ces situations correspondent à deux cas de figure, constitutifs de deux moyens de défense, restrictivement admis : *la*

1. V. Amiens, 26 mai 1954, D. 1954. 579.

2. Sur cette notion, V. C. Robaczewski, *Le rôle de la faute antérieure en matière de responsabilité pénale*, thèse Lille II, 2002.

3. V. X. Pin, « L'irresponsabilité pénale », art. préc., p. 55.

*contrainte*, qui consiste pour le prévenu ou l'accusé à exciper de son *impuissance* (§ 1) et *l'erreur de droit*, qui consiste à exciper de son *ignorance* (§ 2).

## § 1. La contrainte

**285 Force irrésistible.** Cette exigence de libre arbitre est formulée négativement par l'article 122-2 du Code pénal qui érige la contrainte en cause d'irresponsabilité pénale (« 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 »). Plus exactement, la contrainte est une cause de non-imputabilité, qui agit *in personam* et que l'on ne confondra donc pas avec *l'état de nécessité*, fait justificatif, qui opère *in rem*<sup>1</sup> ; la différence est que l'agent en état de nécessité a le choix de commettre l'infraction ou de laisser le danger développer ses conséquences, alors que l'agent qui subit une contrainte n'a pas le choix : il est poussé à commettre l'infraction par une force irrésistible. Il convient dès lors de préciser les formes (A) et les caractères de cette contrainte (B).

### A. Les formes de la contrainte

**286 Contrainte physique ou morale.** La première forme de contrainte est la contrainte physique. Il s'agit d'une force qui s'exerce sur le corps de l'agent et annihile sa liberté. Cette contrainte peut être externe, c'est-à-dire provenir d'un événement naturel, d'un animal, d'un tiers, ou d'un groupe de personnes<sup>2</sup> ; ou interne, c'est-à-dire être inhérente à l'agent lui-même. L'illustration classique de cette contrainte interne est donnée par ce voyageur, poursuivi pour défaut de titre de transport, qui fut relaxé parce qu'il s'était endormi sous l'effet d'une grande fatigue, ce qui lui avait fait dépasser la station à laquelle il aurait dû descendre<sup>3</sup>. Mais il s'agira plus généralement de la survenance d'un malaise « brutal

1. V. ss 243.

2. V. Crim. 5 janv. 1957, *Bull. crim.* n° 17 (cycliste enfermé dans un peloton ayant renversé et tué un policier).

3. Crim. 19 oct. 1922, *DP* 1922. 1. 233.

et imprévisible »<sup>1</sup>, comme ce malaise qui a fait perdre à un automobiliste le contrôle de son véhicule, en provoquant la crispation de son pied sur la pédale d'accélérateur : en raison de cette contrainte, il fut relaxé des chefs d'homicide et de blessures involontaires dans la collision mortelle qui s'ensuivit<sup>2</sup>. La seconde forme de contrainte est moins largement admise. Il s'agit de la contrainte morale, qui consiste en une pression exercée sur la volonté de l'agent. La contrainte morale externe, prenant la forme de menaces, de sujétions ou de provocations émanant d'un tiers, est une cause d'exonération admise. Tel est le cas du guichetier, qui sous la menace d'une arme remet des sommes d'argent à un « braqueur » : il ne peut se voir reprocher une participation au vol ou à l'extorsion. En revanche, la contrainte morale interne, constituée par des pulsions ou des passions n'est pas une cause d'irresponsabilité admise. On le comprend, car comme le disait *Garraud*, le droit pénal est précisément édicté pour ceux qui ne savent pas résister à leurs passions. Il a ainsi été jugé que ne bénéficiait pas de la contrainte, la femme hyperémotive qui, pour réagir à la mise à la retraite anticipée de son mari fonctionnaire, avait adressé des lettres d'injures à un ministre, un procureur de la République et un magistrat instructeur<sup>3</sup>.

## B. Les caractères de la contrainte

**287 Caractère irrésistible.** La contrainte, à la manière de la force majeure du droit civil, n'est exonératoire que si elle est *irrésistible*<sup>4</sup>. L'appréciation de ce caractère devrait se faire, en principe, *in concreto*, c'est-à-dire en fonction de l'aptitude à résister de la personne sur laquelle elle s'exerce car l'article 122-2 du Code pénal vise une force à laquelle « elle » n'a pu résister. Mais classiquement la jurisprudence exige « une impossibilité absolue de se conformer à la loi », en décrivant la contrainte comme un événement que « la volonté humaine » n'a pu ni prévenir, ni conjurer.

1. V. par ex., Douai, 24 oct. 2000, *JCP* 2002. II. 10012, note J.-Y. Maréchal.

2. Crim. 15 nov. 2005, *D.* 2006. 1583, note E. Dreyer.

3. Crim. 11 avr. 1908, *DP* 1908. I. 291.

4. Crim. 11 oct. 1993, *Bull. crim.* n° 282.

À cet égard, on cite souvent l'affaire des « brigands corses »<sup>1</sup>, l'affaire *Genty*<sup>2</sup> ou l'affaire *Rozoff*<sup>3</sup>, dans lesquelles la contrainte y était appréciée si abstraitement qu'elle conduisait pratiquement les intéressés à devoir se comporter en héros, s'ils voulaient pouvoir bénéficier de cette cause d'irresponsabilité. Néanmoins en réalité, si la jurisprudence est sévère, c'est parce que la *preuve* du caractère irrésistible de la contrainte est rarement rapportée. La Cour de cassation est particulièrement vigilante en matière de défaillance physique ; elle exige des juges du fond qu'ils motivent la relaxe en précisant en quoi cette défaillance du prévenu l'avait placé dans l'impossibilité absolue de se conformer à la loi<sup>4</sup>.

**288 Caractère imprévisible.** La contrainte est d'autant plus difficile à établir que la jurisprudence a ajouté une condition d'imprévisibilité. En ce sens, dans la célèbre affaire *Trémintin*, dite du « marin déserteur », la Cour de cassation jugea le 29 janvier 1921 que la contrainte ne devait pas avoir été occasionnée par une faute de celui qui l'invoque<sup>5</sup>. En l'espèce, un marin interpellé pour ivresse publique n'avait pu rejoindre son bord et il avait été déclaré coupable de désertion. Deux explications peuvent être avancées : la première consiste à dire que la désertion procédait d'une *actio libera in causa* ; la seconde consiste à souligner la faute *antérieure* de l'agent pour dire qu'en l'espèce elle avait rendu la contrainte prévisible, donc inefficace. En ce sens, et de manière encore plus explicite, la Cour de cassation juge que « la contrainte ne peut résulter que d'un événement indépendant de la volonté humaine et que celle-ci n'a pas pu prévoir, ni conjurer »<sup>6</sup>. Ainsi, en cas

1. Crim. 28 déc. 1900, *DP* 1901. 1. 81 (individu condamné pour recel de malfaiteurs pour avoir donné asile à des brigands corses en cédant à leur menace).

2. Crim. 20 avr. 1934 (*Genty*), in J. Pradel, A. Varinard, *GADPG*, *op. cit.*, n° 43 (individu condamné pour intelligence avec l'ennemi en tant de guerre parce qu'il avait fourni à l'occupant des renseignements sous la menace de son exécution et de celles d'otages).

3. Crim. 8 févr. 1936 (*Rozoff*), in J. Pradel, A. Varinard, *GADPG*, *op. cit.*, n° 43 (individu condamné pour la violation d'un arrêté d'expulsion, qui s'était vu opposer un refus d'entrée de la part des pays limitrophes de la France, parce qu'il ne rapportait pas la preuve qu'aucun pays non limitrophe ne l'aurait accueilli).

4. Crim. 15 nov. 2006, *JCP* 2007. II. 10062, note J.-Y. Maréchal (conductrice enceinte poursuivie pour contravention de stationnement gênant et qui soutenait avoir été victime d'un malaise l'empêchant de continuer sa route).

5. Crim. 29 janv. 1921 (*Trémintin*), *S.* 1922. 1. 85, note J.-A. Roux, in J. Pradel, A. Varinard, *GADPG*, *op. cit.*, n° 43.

6. Crim. 6 janv. 1970, *Bull. crim.* n° 154.

d'accident de la route, ne serait pas exonératoire parce que prévisible la défaillance des freins d'un véhicule résultant d'un défaut d'entretien ; ou encore l'endormissement pathologique d'un automobiliste qui s'y savait sujet<sup>1</sup>.

## § 2. L'erreur de droit

289 « *Nemo censetur ignorare legem* ». On enseigne, comme une exigence démocratique essentielle, que « nul n'est censé ignorer la loi » (« *Nemo censetur ignorare legem* »). Ce principe évite qu'une personne ayant violé la loi ne se retranche trop facilement derrière son ignorance pour réclamer son exonération. Aussi, la Cour de cassation a-t-elle longtemps jugé que l'erreur de droit ne constituait « ni un fait justificatif, ni une excuse »<sup>2</sup>. Néanmoins, dans une société où les normes se sont multipliées à outrance, cette présomption de connaissance de la loi est largement *une fiction*. La jurisprudence a donc fini par admettre que l'erreur de droit pouvait valoir sinon comme excuse, du moins comme cause de non-imputabilité, à condition toutefois d'être *invincible*<sup>3</sup>, et le Code pénal de 1994 a entériné cette solution. L'article 122-3 dispose en effet que : « 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 ». À vrai dire, cette solution n'est nouvelle que dans sa généralité et dans ses conditions car une exception du même ordre résultait déjà, en matière de contraventions, de l'article 4 du décret du 5 novembre 1870 sur la promulgation des lois. Selon ce dernier texte, « l'exception d'ignorance de la loi » était admise lorsqu'une contravention avait été commise dans les trois jours francs à compter de la promulgation du texte d'incrimination. Toutefois, la publication des textes étant désormais quasi instantanée grâce aux procédés électroniques, l'ordonnance n° 2004-164 du 20 février 2004 *relative aux modalités et effets de la publication*

1. Crim. 27 oct. 2015, n° 14-86983, *Gaz. Pal.* 26 janv. 2016, chron. p. 49, obs. S. Detraz.

2. Crim. 8 févr. 1966 (*Josserand*), in J. Pradel, A. Varinard, *GADPG, op. cit.*, n° 45.

3. V. Crim. 9 oct. 1958 (*Laurent et a.*), in J. Pradel, A. Varinard, *GADPG, op. cit.*, n° 45.

des lois et de certains actes administratifs, a abrogé le décret du 5 novembre 1870. Pour autant, nous le verrons, l'erreur de droit reste une cause d'irresponsabilité très restrictivement admise par la jurisprudence.

- 290 Erreur sur l'incrimination ou sur la justification.** Avant d'en exposer le régime, précisons cependant qu'aux termes de l'article 122-3 du Code pénal, l'erreur sur le droit est définie comme une erreur inévitable commise par un agent qui « justifie avoir cru [...] pouvoir légitimement accomplir l'acte ». Autrement dit, l'agent qui commet une erreur sur le droit est celui qui doit avoir légitimement ignoré que son comportement était illicite : il avait bien *l'intention* de réaliser le fait incriminé, et il l'a réalisé, mais il a cru pouvoir agir légitimement : telle est la différence entre *l'erreur de fait* qui détruit l'intention et *l'erreur de droit* qui n'affecte que l'imputation<sup>1</sup>. Du reste, cette situation recouvre, selon nous, deux cas de figure : le cas de l'agent qui a cru que son geste n'était pas interdit (il y a *erreur sur l'incrimination*) ; et le cas de l'agent qui a cru qu'il était autorisé à agir (il y a *erreur sur la justification*)<sup>2</sup>. Dans les deux cas, l'erreur sur le droit suit le même régime : non seulement la personne poursuivie doit l'alléguer<sup>3</sup>, mais aussi elle doit *justifier* de son caractère inévitable ou insurmontable (**A**) et (donc) de sa légitimité (**B**).

## A. Le caractère insurmontable

- 291 Erreur « invincible ».** L'erreur sur le droit ou erreur « de droit » n'est une cause de non-imputabilité<sup>4</sup> que si l'agent « n'a pas pu l'éviter » c'est-à-dire si elle est *insurmontable ou invincible*. Tel devrait être le cas lorsque le texte d'incrimination n'a pas été publié ou lorsque l'agent a agi sur le fondement d'une information erronée de l'Administration ou de l'autorité compétente. Peu importe que

1. L'erreur de fait s'oppose à la qualification, V. ss 213.

2. Là où la loi ne distingue pas, il n'y a pas lieu de distinguer : l'erreur sur le droit porte donc aussi bien sur l'existence d'une incrimination que sur l'existence d'une norme justificative, V. J.-P. Couturier, « L'erreur de droit invincible en matière pénale », *RSC* 1968. 547 s., *spéc.* p. 48.

3. Crim. 28 juin 2005, *AJ pénal* 2005. 328, obs. G. Roussel ; Crim. 15 nov. 1995, *RSC* 1996. 696, obs. B. Bouloc.

4. B. Bouloc, *Droit pénal général, op. cit.*, n° 433 s. ; J. Leroy, *Droit pénal général, op. cit.*, n° 508 s.

l'erreur porte sur une disposition pénale ou non pénale. Commet ainsi une erreur le prévenu poursuivi pour bris de clôture qui croyait à l'existence d'un droit de passage<sup>1</sup>. En effet, même si des juridictions du fond ont semblé dans un premier temps montrer plus d'indulgence pour des erreurs portant sur des dispositions non pénales (civiles, commerciales ou administratives)<sup>2</sup>, cette distinction n'a pas de fondement. Seul est déterminant le caractère insurmontable de l'erreur. À cet égard, il apparaît que l'erreur spontanée n'est pratiquement jamais insurmontable, alors que *l'erreur provoquée* peut l'être.

**292 Erreur spontanée (non).** En dehors du cas où le texte d'incrimination n'est pas publié, l'erreur spontanée n'a jamais été jugée exonératoire<sup>3</sup> car de deux choses l'une : ou bien, l'agent est présumé connaître le droit en raison de sa fonction ou de sa profession, ou bien, en tant que *quidam*, il ignore la règle de droit mais il doit alors se renseigner auprès d'une autorité compétente<sup>4</sup>. Autrement dit, si le moindre doute survient et que l'agent ne fait pas tout ce qui est en son possible pour dissiper ce doute, il ne peut invoquer sa croyance dans la légitimité de l'acte<sup>5</sup>. Il en va ainsi par exemple du gérant d'une société étrangère implantée de longue date en France, qui peut éviter une erreur sur le droit en sollicitant l'avis de l'inspection du travail sur l'étendue de ses obligations en matière d'embauche de salariés<sup>6</sup>. La Cour de cassation est très stricte sur ce point puisqu'elle a même jugé qu'une erreur sur la justification n'était pas invincible, alors même qu'il existait une divergence de jurisprudence sur l'existence de la cause de justification. En l'espèce, il s'agissait d'une soustraction de documents réalisée par une employée au préjudice de son employeur, pour assurer sa défense devant le juge prud'homal. Une cour d'appel

1. Crim. 20 juin 1963, *D.* 1963. 660 ; V. aussi Crim. 8 févr. 1966, *Bull. crim.* n° 36.

2. Paris, 2 déc. 1924, *Rec. dr. comm.* 1925. 2. 359 (relaxe du chef de vol de l'inventeur d'un trésor qui ignorait l'article 716 du Code civil et se l'était approprié en totalité).

3. V. par ex., Crim. 11 juin 1998, *D.* 1999. Somm. comm., obs. M. Segonds (erreur inopérante de la part d'un fonctionnaire détaché de l'administration qui alléguait en vain qu'il ne savait pas que lui était interdit de conserver la qualité d'actionnaire d'une société).

4. V. Crim. 5 mars 1997, *RSC* 1997. 827, obs. B. Bouloc (pour interpréter un texte sur la durée du travail la consultation de l'inspecteur du travail s'impose).

5. Crim. 10 avr. 1997, *Bull. crim.* n° 140.

6. Crim. 20 janv. 2015, n° 14-80532, *Dr. pénal* 2015, comm. n° 32, obs. M. Véron.

avait admis qu'en raison d'une divergence de jurisprudence entre la chambre criminelle (qui retenait le vol) et la chambre sociale (qui considérait que le vol était justifié) la salariée pouvait invoquer l'erreur de droit afin de se disculper du chef de vol<sup>1</sup>. Mais la chambre criminelle, en mettant fin à la divergence de jurisprudence, a censuré cette dernière position, au motif que l'erreur de droit n'était pas invincible<sup>2</sup>.

**293 Erreur provoquée (« oui, si »).** En revanche, *l'erreur provoquée* est admise si l'agent n'a pas ménagé ses efforts pour connaître la loi et a reçu de la part d'une autorité légitime une information voire une autorisation erronée, à laquelle il pouvait légitimement se fier. Ainsi, a été jugée insurmontable une erreur commise en matière de durée du travail, parce qu'elle procédait de l'application d'un accord collectif négocié sous l'égide d'un médiateur nommé par le gouvernement<sup>3</sup>. Il en est allé de même de l'erreur commise par un individu qui, malgré l'annulation de son permis français, conduisait avec un permis international, sur la foi d'une attestation délivrée par un agent de police judiciaire. L'erreur était inévitable car l'attestation avait été délivrée sur instruction d'un vice-procureur de la République et elle précisait que la situation administrative de l'intéressé était parfaitement régulière. Il s'agissait d'une erreur provoquée par l'autorité judiciaire<sup>4</sup>. Ces rares exemples montrent que la crédibilité qui s'attache à la personne qui donne l'information erronée est aussi déterminante, si ce n'est plus, que le caractère technique et complexe de la réglementation violée. En effet, la seule qualité de professionnel du droit ou d'agent de l'administration ne suffit pas, il faut semble-t-il que l'erreur soit provoquée par une autorité crédible ou légitime, qui de surcroît donne une *autorisation*. Ainsi, une erreur commise à la suite d'un simple *renseignement* erroné donné par un profes-

---

1. Paris, 9 nov. 2000, *D.* 2001. Somm. 241, note B. de Lamy.

2. V. Crim. 11 mai 2004, *D.* 2004. 2326, note H. Kobina Gaba. En l'espèce, la Haute Juridiction a cependant confirmé la relaxe en jugeant que les documents appréhendés ou reproduits étaient strictement nécessaires à l'exercice des droits de la défense dans le litige l'opposant à son employeur, ce qui constituait un fait justificatif. V. ss 245 et Crim. 11 févr. 2005, n° 04-81.923.

3. Crim. 24 nov. 1998, *JCP* 1999. II. 10208, note M.-H. Houtmann.

4. Crim. 11 mai 2006, *JCP* 2006. II. 10207, note O. Fardoux ; *AJ pénal* 2006. 358, obs. J. Leblois-Happe.

sionnel du droit n'est pas en soi insurmontable<sup>4</sup>, comme n'est pas insurmontable l'erreur émanant d'une simple *tolérance* administrative, d'une *carence* des autorités ou encore d'une *information ambiguë* donnée par ces autorités. C'est dire que l'erreur sur le droit est très peu admise en jurisprudence.

## B. Le caractère excusable

- 294 Appréciation de l'erreur.** Conformément à la lettre de l'article 122-3 du Code pénal, l'appréciation de l'erreur devrait se faire *in concreto* : l'erreur ne pouvant être retenue que si « la » personne qui s'en prévaut justifie avoir cru pouvoir légitimement accomplir l'acte. Et le texte vise l'erreur « qu'elle » n'était pas en mesure d'éviter. Dès lors, le caractère légitime de la croyance erronée devrait dépendre des seules capacités de connaissance de la personne poursuivie et des efforts qu'elle a accomplis pour connaître la loi. Néanmoins, pour parer des allégations intempestives d'ignorance de la loi, les magistrats sont naturellement portés à comparer l'attitude de l'errans avec celle qu'aurait eue l'homme *raisonnable* placé dans les mêmes circonstances. Or l'homme *raisonnable* est celui qui s'instruit<sup>2</sup> ou se renseigne sur l'état du droit – surtout lorsqu'une question est controversée<sup>3</sup>.
- 295 Erreur vraisemblable.** Cette technique de comparaison permet d'écarter les erreurs qui ne sont pas *vraisemblables* donc qui ne sont pas *excusables*<sup>4</sup> et c'est le cas de la grande majorité des erreurs. Ainsi, il a été jugé qu'un prévenu, poursuivi du chef de construction sans permis, ne pouvait évoquer l'erreur sur le droit alors qu'il connaissait la décision d'opposition du maire à la déli-

1. Crim. 11 oct. 1995, *Dr. pénal* 1996. 56, obs. M. Véron.

2. V. Grenoble, 13 nov. 1996, *Dr. pénal* 1997. 92, obs. M. Véron (la Cour estime que le prévenu, trouvé en possession d'un opinel à virole et d'un tournevis tordu, connaissait nécessairement l'interdiction de port d'arme de 6<sup>e</sup> catégorie parce que cela « fait partie de l'instruction civique de base de la population ; même d'un niveau d'instruction peu développé »).

3. V. Crim. 15 oct. 2002, *Dr. pénal* 2003. 23 et 31, obs. M. Véron (directeur de grande surface n'ayant pas de diplôme de pharmacien commercialisant un produit dont la qualification de médicament était controversée au moment des faits, ce qui aurait dû l'inciter à s'entourer de conseils appropriés) ; V. également Crim. 10 avr. 2002, *Dr. pénal* 2002. 105, obs. M. Véron.

4. Sur le caractère excusable de l'erreur, V. Crim. 11 oct. 1995, *Bull. crim.* n° 301 ou Crim. 15 nov. 1995, *Bull. crim.* n° 350.

vance d'un tel permis<sup>1</sup>. L'erreur de droit a également été rejetée, dans une affaire où une chaîne d'hypermarchés était poursuivie pour avoir procédé à une extension de ses surfaces de ventes sans autorisation<sup>2</sup> : le groupe de sociétés avançait pour sa défense qu'il avait sollicité l'avis du ministère, lequel lui avait répondu qu'aucune permission administrative n'était nécessaire. Mais la chambre criminelle repoussa ce moyen de défense au motif que, malgré l'avis donné en haut lieu, ce groupe de sociétés représentait une telle puissance économique qu'il disposait, à l'évidence, de juristes qualifiés pour l'éclairer sur le choix de sa stratégie commerciale. En l'occurrence, le caractère insurmontable de l'erreur invoquée n'était pas vraisemblable. D'une manière plus générale, l'erreur n'est pas admise de la part de professionnels avertis intervenant dans le cadre habituel de leur activité<sup>3</sup>, même s'il s'agit de personnes de nationalité étrangère<sup>4</sup>. De même, n'a pas été jugée insurmontable l'erreur alléguée par un individu ayant reçu des documents à caractère pédophile, alors que les agents des douanes avaient laissé le colis lui parvenir estimant que ces objets n'étaient pas illicites par rapport à la législation en vigueur<sup>5</sup>. Tel est également le cas, en présence d'une prétendue erreur sur la justification : on a vu que les juges excluent les faits justificatifs *putatifs* (n'existant que dans le seul esprit de l'agent), pour ne retenir que les faits justificatifs *vraisemblables*, c'est-à-dire ceux auxquels tout individu placé dans les mêmes circonstances aurait pu légitimement croire<sup>6</sup>.

**296 Cause personnelle d'irresponsabilité pénale.** Enfin, lorsque l'erreur de droit est admise (ce qui, on l'a vu, est extrêmement rare), elle ne constitue qu'une cause *personnelle* d'irresponsabilité pénale et devrait donc laisser subsister le fait incriminé. Par conséquent, si

---

1. Crim. 22 janv. 1997, *Bull. crim.* n° 83.

2. Crim. 19 mars 1997, *Bull. crim.* n° 117.

3. Crim. 26 mai 2010, n° 09-85873 ; Crim. 9 avril 2013, n° 12-81100, *Dr. pénal* 2013, comm. 106 obs. M. Véron (Fonctionnaires de police ayant ordonné une fouille à corps sans obtenir l'assentiment de l'intéressé).

4. Crim. 20 janv. 2015, n° 14-80532, *AJ Pénal* 2015. 142 obs. M. C. Sordino ; *RSC* 2015. 639, obs.

E. Fortis (entrepreneur allemand poursuivi pour travail dissimulé par dissimulation d'emploi).

5. Crim. 9 juin 1999, *Bull. crim.* n° 133.

6. Pour la légitime défense, V. ss 238.

l'errans peut l'invoquer<sup>1</sup>, en revanche elle ne devrait profiter ni à ses coauteurs ni à ses complices, sauf s'ils démontrent qu'ils ont commis la même erreur, c'est-à-dire s'ils démontrent qu'ils ont eux aussi reçu d'une autorité légitime crédible la permission d'agir ou de s'abstenir. Dans ces conditions, un auteur a pu judicieusement proposer de supprimer cette cause personnelle d'irresponsabilité et de la remplacer par un nouveau fait justificatif d'« autorisation de l'autorité légitime » qui pourrait compléter le commandement de l'autorité légitime, sur le modèle de l'ordre ou de la permission de la loi. Cette proposition est intéressante car elle permettrait de rétablir dans toute sa grandeur la présomption selon laquelle « Nul n'est censé ignorer la loi »<sup>2</sup>.

---

1. Crim. 15 nov. 1995, préc., RSC 1995. 647, obs. B. Bouloc.

2. J. Herrmann, « Quel avenir pour l'erreur de droit ? », *Dr. pénal* 2016, Étude 5.

## Les modalités d'imputation

---

- 297 Preuve du fait personnel.** Lorsque l'infraction est un fait solitaire, son imputation ne pose pas de difficultés car la responsabilité pèse uniquement sur un *auteur*, c'est-à-dire sur « la personne qui commet les faits incriminés » ou, lorsque la tentative est punissable, sur celle qui « tente » de les commettre (C. pén., art. 121-4). En revanche, cette responsabilité personnelle est plus délicate à établir, lorsque l'infraction est le fruit d'une *participation* à une action collective car alors, au sein du groupe, il faut démêler les faits pour prouver le « fait personnel » de chaque participant<sup>1</sup> et en déterminer la nature.
- 298 Nature du fait personnel en cas de participation.** Cette participation peut prendre diverses formes qui n'appellent pas toutes les mêmes réponses. L'infraction en participation peut tout d'abord être *fortuite* : telle est l'hypothèse dite du « crime de foule » ; l'infraction est commise en groupe mais sans entente, ni organisation préalable ou concomitante (par exemple un pillage à l'occasion d'une manifestation qui dégénère). Dans ce cas, il convient de faire abstraction du phénomène collectif car il est purement circonstanciel, et de considérer chaque participant individuellement en recherchant s'il est ou

---

1. V. Crim. 8 oct. 1997, *Dr. pénal* 1998. 19, obs. M. Véron. Et plus généralement sur l'ambiguïté du droit en la matière, V. Ph. Salvage, « Les infractions commises au sein d'un groupe informel : l'établissement des responsabilités et la méthode du droit », *Dr. pénal* 2005. Chron. 8.

non auteur de l'infraction ; tout au plus, la pluralité constitue-t-elle, lorsque le texte la prévoit, la circonstance aggravante de « réunion ». Mais l'infraction en participation peut aussi et surtout résulter d'un travail de groupe (structuré pour l'occasion ou préexistant). Il n'est alors pas souhaitable de faire abstraction du phénomène collectif car l'union des forces influe nécessairement sur la culpabilité et la dangerosité de chacun. Il convient au contraire, dans un souci de justice, de déterminer exactement les liens *de participation* pour imputer à chacun l'infraction, en fonction du rôle exact qu'il a joué dans sa *genèse*<sup>1</sup>. De ce point de vue, il existe deux catégories de participants : ceux qui ont pris part volontairement à l'infraction : leur participation est consentie (SECTION 1) et ceux qui sans vouloir l'infraction, en ont permis la réalisation : leur participation est assumée (SECTION 2).

## SECTION 1

# LA PARTICIPATION CONSENTIE

**299 Auteurs et complices.** La participation à l'infraction est bien souvent le fruit d'un accord ou d'une entente car « l'union fait la force aussi bien pour le mal que pour le bien »<sup>2</sup>. Cette participation consentie peut revêtir plusieurs formes, allant de la simple adhésion au projet criminel d'autrui, à la véritable organisation criminelle, en passant par différentes variétés d'associations ou de connivences. Cette diversité est dans la nature des choses et le droit doit s'efforcer d'en tenir compte. Ainsi, le droit romain connaissait, à côté des auteurs (*auctores*), de nombreux protagonistes du crime : *socii*, *fautores*, *participes*, *consui*, *adjutores*, *ministeri*<sup>3</sup>. Le droit français positif ne connaît pas un tel raffinement, tout au moins dans sa partie générale. Il n'existe en effet que deux catégories générales de participants volontaires qui se distinguent autant par leurs actes que par la volonté qui les anime<sup>4</sup> : les auteurs (§ 1) et les complices (§ 2).

1. À ne pas confondre avec le lien de causalité qui tient compte du rôle de l'agent, non pas dans la genèse, mais dans le *résultat* de l'infraction.

2. M. Cuhe, *Une théorie nouvelle de la complicité*, Annales Université de Grenoble, 1896, p. 5.

3. V. R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel*, t. 1, *op. cit.*, n° 535.

4. Pour ce critère subjectif lié à l'intention des participants, V. R. Legros, « L'élément intentionnel dans la participation criminelle », *RD pén. crim.* 1952-1953. 117 s.

## § 1. La participation en tant qu'auteur

**300 Action ou participation ?** La qualité d'auteur est *a priori* simple à mettre en œuvre puisqu'aux termes de l'article 121-4 du Code pénal, l'auteur est celui qui commet les faits incriminés ou qui tente de les commettre. Tout au plus convient-il de vérifier, avant de retenir la responsabilité personnelle de l'auteur, que le législateur n'a pas limité la catégorie des auteurs en exigeant qu'ils revêtent une qualité particulière<sup>1</sup>. Ainsi, les obligations particulières de prudence et de sécurité imposées par le Code de la route concernent le plus souvent les « conducteurs » de véhicules non leurs passagers, de sorte que ces derniers ne peuvent en principe être « auteurs » personnels d'une infraction routière, constituée par l'inobservation de ces règles particulières<sup>2</sup>, tout au plus sont-ils des participants. Or justement lorsque l'action devient *participation concertée*, c'est-à-dire lorsque l'infraction est le fruit d'une intervention collective consentie, les choses ne sont pas si simples car la responsabilité est aussi fonction de l'interdépendance des différents participants. Il convient en effet de prendre en compte le phénomène collectif, en raison de sa dangerosité et de sa complexité ; et cette prise en compte peut avoir lieu de différentes manières.

D'abord, au stade de la qualification, la loi pénale recourt parfois à des *incriminations autonomes* frappant l'association criminelle dès le stade des actes préparatoires. Ce peut être par exemple « l'association de malfaiteurs », qui se définit comme « tout groupement formé ou entente établie en vue de la préparation caractérisée par un ou plusieurs faits matériels, d'un ou plusieurs crimes ou d'un ou plusieurs délits punis d'au moins cinq ans d'emprison-

1. V. L. Saenko, « Brèves réflexions sur la catégorie des infractions attitrées », *Gaz. Pal. spécialisée*, 2015, n° 305-307, p. 20 s.

2. Sauf à recourir de manière critiquable à la notion de « conducteur de fait », V. en ce sens Crim. 22 juin 2005, *Bull. crim.* n° 192 ; *Dr. pénal* 2005. 159, obs. M. Véron et 161, obs. J.-H. Robert (en l'espèce, le passager d'un véhicule a tiré le frein à main lors d'un dépassement, ce qui provoqua une collision. Il fut poursuivi et condamné pour délit de mise en danger d'autrui sur le fondement de l'article 223-1 du Code pénal, lequel suppose la violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de sécurité ou de prudence – en l'occurrence la règle imposant le signalement de tout arrêt ou stationnement du véhicule – ; or une telle obligation ne pouvait être imposée qu'à un « conducteur », d'où le recours pour confirmer la condamnation à la notion de « conducteur de fait »).

nement » (C. pén., art. 450-1) ; le « complot », c'est-à-dire « la résolution arrêtée entre plusieurs personnes de commettre un attentat, lorsque cette résolution est concrétisée par un ou plusieurs actes matériels » (C. pén., art. 412-2) ; voire, depuis la loi n° 2010-201 du 2 mars 2010, la participation à un groupe ayant des visées violentes qui consistent dans le seul fait pour une personne de « participer sciemment à un groupement, même formé de façon temporaire, en vue de la préparation, caractérisée par un ou plusieurs faits matériels, de violences volontaires contre les personnes ou de destructions ou de dégradation de biens » (C. pén., art. 222-14-2)<sup>1</sup>. Ensuite, au stade de la répression, la loi prévoit souvent, pour des infractions réalisées en concertation, une aggravation liée à cette action collective. Il en est ainsi lorsque le législateur retient la *circonstance aggravante* de « bande organisée » : plus grave que la simple *réunion*, elle est définie comme « tout groupement formé ou entente établie en vue de la préparation caractérisée par un ou plusieurs faits matériels, d'une ou de plusieurs infractions » (C. pén., art. 132-71)<sup>2</sup>.

Enfin, en ce qui concerne l'imputation, lorsqu'aucune règle d'imputation spéciale n'est prévue<sup>3</sup>, le droit pénal général connaît deux formes de participation en tant qu'auteur : la *coaction*, qui fait apparaître la figure du coauteur (**A**), et l'*instigation*, qui fait apparaître la figure de l'auteur moral (**B**).

1. Compte tenu du caractère extrêmement formel de cette incrimination, sa mise en œuvre est incertaine et le législateur a donc prévu qu'un rapport d'évaluation serait rendu dans l'année suivant la publication de cette loi du 2 mars 2010. V. R. Parizot, « L'incrimination de participation à une bande ayant des visées violentes, un nouvel exemple de mépris(e) à l'égard des principes du droit pénal », *D.* 2009. Chron. 2701. Rappr. de la loi « anticasseur » du 8 juin 1970 (abrogé en 1981), posant une présomption de participation à l'égard des meneurs en cas de réunion séditeuse ayant conduit à des infractions (C. pén., anc. art. 313 et 314).

2. Définie par la loi dans les mêmes termes que l'association de malfaiteurs, la jurisprudence distingue pourtant les deux notions, estimant que la bande organisée exige, à la différence de l'association de malfaiteurs, « une organisation structurée de ses membres » : Crim. 8 juill. 2015, n° 14-88329, *Dr. pénal* 2015, comm. 120, obs. Ph. Conte ; V. également Crim. 22 juin 2016, n° 16-81384, *Dr. pénal* 2016, comm. 140, obs. Ph. Conte.

3. Comme en matière de presse, où sont passibles de peines, comme « auteurs principaux », dans l'ordre suivant : les directeurs de publications ou éditeurs ; à défaut, les auteurs ; à défaut des auteurs, les imprimeurs ; à défaut des imprimeurs, les vendeurs, les distributeurs et afficheurs (L. 29 juill. 1881, art. 42). Et la loi précise que lorsque les directeurs ou directeurs de la publication ou les éditeurs seront mis en cause, les « auteurs » (des écrits incriminés) seront poursuivis comme « complices » (L. 29 juill. 1881, art. 43). Ces derniers ne pouvant s'exonérer que s'ils démontrent qu'ils n'ont ni voulu, ni permis que leurs propos fussent publiés sous leurs signatures (Crim. 20 mai 2014., n° 13-82839 et n° 13-82831 : *Dr. pénal* 2014, comm. n° 119, obs. M. Véron).

## A. Le coauteur

---

**301 Coaction.** La loi française, par pragmatisme, ne définit pas la coaction<sup>1</sup>. Le juge doit donc traiter cette forme de participation comme la *juxtaposition* de plusieurs actions solitaires, au sens de l'article 121-4 du Code pénal. Autrement dit, le coauteur est, par principe, identifié à un auteur (1). Néanmoins, il est des situations dans lesquelles le coauteur est aussi assimilé à un complice (2).

### 1. Le coauteur identifié à l'auteur

**302 Jurisprudence.** En droit français, le coauteur est un auteur dont l'action est seulement *juxtaposée* à celle d'un ou plusieurs autres. Il s'agit donc d'une personne qui commet l'infraction dans tous ses éléments ou tente de la commettre (C. pén., art. 121-4), par opposition au complice qui, on le verra, ne réalise pas lui-même l'infraction mais s'y associe, suivant différentes formes (C. pén., art. 121-7)<sup>2</sup>. L'appréciation de la responsabilité personnelle du coauteur ne pose donc *a priori* pas de difficultés particulières : il suffit de vérifier qu'il y a bien *juxtaposition* de son action à celle des autres, sans qu'il soit nécessaire de démontrer un lien d'interdépendance entre les actions concomitantes (par ex., chaque cambrioleur a emmené un objet). Certes, on a vu que la jurisprudence présume parfois l'action causale de chacun en relevant des « fautes conjuguées » ou une « scène unique de violence », mais il s'agit alors de surmonter une simple difficulté de preuve du lien de causalité<sup>3</sup>. La jurisprudence va cependant encore plus loin et consacre parfois un concept autonome de coaction, reposant moins sur les actes matériels que sur le *lien d'interdépendance* qui unit les auteurs. Ainsi, sous l'empire de l'ancien Code pénal, le guetteur ou celui qui détournait l'attention de la victime pendant l'exécution d'un vol a pu être traité en coauteur<sup>4</sup>. On a expliqué cette solution par l'idée d'indivisibilité des faits accomplis dans le

---

1. V. D. Allix, *Essai sur la coaction*, LGDJ, 1976. V. également E. Baron, « Introduction à la coaction en droit pénal », *Travaux de l'ISCI de Bordeaux*, vol. n° 4, Cujas, 2014, p. 51 s.

2. V. P. Gulphe, « La distinction entre coauteurs et complices », RSC 1948. 665.

3. V. ss 176 et 177.

4. V. not. Crim. 25 janv. 1973, *Gaz. Pal.*, 1973. 1. Somm. 94, note J.-P. Doucet ; RSC 1974. 580, obs. J. Larguier.

même lieu, dans le même temps et avec une commune intention<sup>1</sup>. Néanmoins, cette explication ne tenait pas dans le cas du guet ayant pour but d'assurer « la tranquillité d'esprit » d'un meurtrier<sup>2</sup>. Aussi la doctrine a-t-elle surtout souligné le pragmatisme de la solution. En l'occurrence, l'assimilation du complice au coauteur permettait de retenir la circonstance aggravante de réunion car le *vol en réunion* supposait alors qu'il ait été « commis » par plusieurs personnes<sup>3</sup>. Un pragmatisme du même ordre conduisait aussi à retenir la coaction en matière de contraventions car la complicité n'était en principe pas punissable<sup>4</sup>. Néanmoins, la position jurisprudentielle peut aussi s'expliquer par une conception de la coaction, dans laquelle la réalité psychologique exprimée par l'accord l'emporte sur la réalité matérielle<sup>5</sup>. Tel est le cas, de manière plus explicite, lorsque la Cour de cassation s'appuie sur le *plan du crime* ou sur la *concertation* pour pallier l'insuffisante matérialité de l'action de certains comparses et pour les qualifier de coauteurs<sup>6</sup>. Dans ce cas, il semble que la distinction entre coauteur et complice « s'opère suivant l'intensité de la volonté criminelle témoignée par l'agent »<sup>7</sup>. La coaction apparaît alors moins comme une juxtaposition d'actions que comme une « coopérative du crime »<sup>8</sup>.

## **2. Le coauteur assimilé au complice (théorie de la complicité corespective)**

**303 Intérêts.** Un même individu ne devrait pas, en principe, être condamné sous la double qualité de coauteur et de complice d'une même infraction<sup>9</sup>. Néanmoins, la jurisprudence a parfois assimilé

1. V. J. Larguier, *RSC* 1973. 883.

2. V. J. Larguier, *RSC* 1974. 580 préc.

3. Le Code actuel ne distingue plus : l'aggravation de peine résulte de la présence de plusieurs personnes, complices ou coauteurs. Selon certains auteurs, « l'artifice » a donc perdu tout son intérêt, V. Ph. Conte et P. Maistre du Chambon, *Droit pénal général, op. cit.*, n° 406.

4. Crim. 17 déc. 1859 (Depoutx), *Bull. crim.* n° 281 (participation à une contravention d'exercice illégal de la médecine) ; Crim. 24 juin 1922 (Caudron et Fauquet), *S.* 1923. 1. 41, note J.-A. Roux (participation à une contravention de violation d'un arrêté préfectoral).

5. D. Allix, *Essai sur la coaction, op. cit.*, n° 152 s. (analyse conceptuelle de la coaction).

6. V. Crim. 14 janv. 1921 (*Massa*), *S.* 1922. 1. 235 (condamnation de trois syndicalistes pour menaces verbales envers un non-gréviste, alors que seul l'un des trois avait proféré les menaces, les autres s'étaient contentés de sourire. La Cour relève qu'ils s'étaient concertés).

7. P. Gulphe, « La distinction entre coauteurs et complice », art. préc., p. 671.

8. D. Allix, *Essai sur la coaction, op. cit.*, n° 151, p. 148.

9. V. Crim. 26 févr. 1874, *Bull. crim.* n° 61 ; Crim. 5 janv. 1922, *Bull. crim.* n° 3.

le coauteur à un complice en jugeant, depuis un arrêt *Igneux* du 9 juin 1848, 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 »<sup>1</sup>. Une telle position est désignée sous le nom de théorie de la « complicité corespective ». Originellement, cette théorie présentait deux intérêts. Le premier a disparu : il s'agissait d'appliquer au coauteur les circonstances aggravantes, qu'il ne pouvait encourir qu'en tant que complice, par application de la règle de l'emprunt de pénalité contenue dans l'article 59 de l'ancien Code pénal. Ainsi, l'arrêt *Igneux* concernait une fille qui avait porté, avec le concours d'un tiers, des coups mortels sur son père. Le tiers était coauteur, sans lien de parenté avec la victime ; à ce titre, il encourrait une peine moins sévère que la fille, auteur d'un parricide. Or en énonçant que le coauteur « aide nécessairement » son comparse et devient son « complice », la Cour de cassation a pu, conformément à la règle de l'emprunt de pénalité alors en vigueur, le punir comme « l'auteur » (C. pén., anc. art. 59), donc lui faire subir une peine aggravée. Aujourd'hui, cet intérêt a disparu puisque, dans le texte, le complice n'est plus puni comme « l'auteur » mais comme « auteur » de l'infraction (C. pén., art. 121-6) ; il ne devrait donc pas emprunter les circonstances aggravantes propres à ses comparses. En revanche, le second intérêt demeure : il se rencontre en cas de violences commises par plusieurs personnes sur une victime, d'où il résulte un dommage grave (une interruption temporaire de travail supérieure à huit jours ou une infirmité permanente). Lorsque l'on ne sait pas qui a porté les coups générateurs de ces blessures, il est utile d'avancer que tous les participants sont les complices les uns des autres car alors chacun encourt la peine maximale, en étant considéré comme « auteur » de l'infraction la plus grave, alors qu'en réalité ils ne sont peut-être qu'auteurs ou coauteurs de violences contraventionnelles ; c'est la somme qui importe<sup>2</sup>.

1. Crim. 9 juin 1848, S. 1848. 1. 127 ; in J. Pradel, A. Varinard, *GADPG, op. cit.*, n° 36.

2. V. Crim. 25 févr. 1975, *Bull. crim.* n° 65 et sur la « scène unique de violence », V. ss 177.

## B. L'auteur moral

**304 Instigation.** L'auteur moral est l'homme de l'ombre, celui qui ne réalise pas matériellement l'infraction mais qui fait commettre ou laisse commettre l'infraction par un autre. Sa participation est intellectuelle, il est l'instigateur, celui qui « tire les ficelles », à la manière d'un « auteur derrière l'auteur ». Bien souvent cette instigation est incriminée spécialement : le législateur réprime l'action de *faire faire*, comme faire pratiquer une recherche biomédicale (C. pén., art. 223-8), faire procéder à un traitement illicite de données informatiques (C. pén., art. 226-16), ou faire pratiquer un démarchage téléphonique alors qu'un consommateur est inscrit sur une liste d'opposition au démarchage (C. consom., art. L. 223-1), etc.<sup>1</sup>. Mais lorsque tel n'est pas le cas, le droit actuel n'offre qu'un choix entre les qualités d'auteur (C. pén., art. 121-4) ou de complice (C. pén., art. 121-7). Or en toute rigueur, l'auteur moral ne peut pas être traité comme un auteur au sens de l'article 121-4 du Code pénal car il ne réalise pas matériellement l'infraction. En revanche, si toutes les conditions de la complicité sont réunies par ailleurs, l'auteur moral doit être traité comme un complice par provocation ou instruction (1). Malgré tout, la jurisprudence est souvent tentée d'assimiler l'auteur moral à un auteur matériel pour tenir compte de son *animus auctori* (2).

### 1. L'auteur moral traité comme un complice

**305 Complice par provocation ou instruction.** L'assimilation de l'instigateur à un complice résulte de l'article 121-7 du Code pénal qui considère comme complice, la personne qui « par don, promesse, menace, ordre, abus d'autorité ou de pouvoir aura provoqué à une infraction ou donné des instructions pour la commettre ». Cette assimilation n'est cependant pas pleinement satisfaisante<sup>2</sup> car la répression du complice est toujours subordonnée à la réalisation de l'infraction principale alors qu'en soi l'instigateur présente une

1. V. également, le génocide (C. pén., art. 211-1) ; le trafic de stupéfiants (C. pén., art. 222-34) ; la corruption active (C. pén., art. 433-1) ; l'atteinte à la liberté individuelle (C. pén., art. 432-4) ; l'atteinte à un secret de la défense nationale (C. pén., art. 433-10, al. 2).

2. V. J. Biguenet, « De la nécessité d'opérer une distinction entre complicité et instigation », *Dr. pénal* 2001. Chron. 25.

puissance de nuire qui mériterait d'être réprimée en tant que telle. L'avant-projet de Code pénal de 1986 s'était d'ailleurs engagé dans cette voie, en distinguant clairement le complice – qui aide à la préparation ou la commission de l'infraction – de l'instigateur punissable indépendamment de toute infraction principale. En effet, il était prévu d'introduire un article 121-6 rédigé de la façon suivante : « Est instigateur la personne qui par don, promesse, ruse, menace, ordre, abus d'autorité ou de pouvoir : 1° sciemment fait commettre par un tiers les faits incriminés ; 2° provoque directement un tiers à commettre un crime, lors même qu'en raison de circonstances indépendantes de la volonté de l'instigateur, la provocation n'est pas suivie d'effets. L'instigateur est passible des mêmes peines que l'auteur de l'infraction. » Néanmoins, les rédacteurs du nouveau Code pénal n'ont pas retenu ce projet, notamment en raison des difficultés tenant à la preuve de la provocation, lorsqu'elle n'était pas suivie d'effet<sup>1</sup>. Des voix autorisées continuent cependant à inviter le législateur à « dégager complètement l'instigateur de la gangue de la complicité »<sup>2</sup> car, dans certains cas, le souci de répression de l'auteur moral conduit à malmener les règles de la complicité. On songe notamment à une décision du 8 janvier 2003 ayant admis la condamnation comme complice d'un instigateur, malgré la relaxe de l'auteur principal pour défaut d'intention<sup>3</sup>. Quant à l'hypothèse de l'instigation non suivie d'effet, la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 *portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité* en a timidement consacré l'autonomie, en matière d'assassinat ou d'empoisonnement commandité (C. pén., art. 221-5-1)<sup>4</sup>.

## **2. L'auteur moral assimilé à l'auteur matériel**

**306 *Animus auctoris.*** En dehors de ces cas, il arrive que la jurisprudence s'affranchisse des critères légaux et considère que celui qui a fait commettre l'infraction est, en raison de son emprise sur les faits et de son *animus auctoris*, assimilable à un auteur matériel ; l'exé-

1. V. J. Pradel, « Le nouveau Code pénal (Partie générale) », *D.* 1993. 31. 61.

2. W. Jeandier, note sous Crim. 8 janv. 2003, *JCP* 2003. II. 10159.

3. Crim. 8 janv. 2003, *Bull. crim.* 2003, n° 5, p. 14 ; *D.* 2003. IR 606 ; *RSC* 2003. 553, obs. B. Bouloc. Sur la question, V. ss 312.

4. V. ss 312.

cutant apparaissant alors comme un coauteur, voire un complice. Dans ce cas, la participation matérielle importe moins que l'intention coupable<sup>1</sup>. Plus précisément, cette assimilation se produit principalement dans deux cas de figure : tout d'abord, lorsqu'il existe entre l'auteur moral et l'exécutant un *lien de subordination* tel que ce dernier n'est qu'un simple instrument d'exécution<sup>2</sup> ; ensuite lorsque l'homme de l'ombre est le véritable organisateur de l'infraction. Ainsi, un patron qui rétribuait un employé pour altérer le fonctionnement d'un compteur d'électricité de façon à réduire le montant de la consommation enregistrée a pu être condamné non à titre de complice par provocation, mais d'auteur d'une tromperie<sup>3</sup> car en assumant la direction de l'entreprise criminelle, il a été le maître de l'action. De même, la chambre criminelle a jugé qu'un chef d'entreprise ayant organisé des ventes de textiles à des personnes âgées, selon des méthodes constitutives du délit d'abus de faiblesse (C. consom., art. L. 121-8 à L. 121-10) devait être qualifié d'auteur, alors que matériellement c'est une employée qui avait commis le délit<sup>4</sup>. Ces exemples, qui ne sont pas isolés<sup>5</sup>, se comprennent dans la mesure où le chef d'entreprise, véritable organisateur, se comporte finalement comme l'auteur *principal*. Cela dit, lorsque la Cour de cassation rectifie la qualification de la sorte, la portée de sa décision est essentiellement symbolique car, sur le plan de la répression, le complice est de toute façon puni comme auteur.

Enfin, à ces deux hypothèses, il convient d'ajouter le cas de l'infraction qui résulte d'une *décision collégiale*, prise à la *majorité*. L'organe collégial fait en principe écran entre la personne morale ou le groupement quelconque et les votants car la décision est *anonyme et collective*<sup>6</sup>. Néanmoins, les juges relèvent parfois un acte personnel imputable à certains votants pour leur repro-

1. Sur ce critère, V. A. Légal, *RSC* 1956. 131, ou 1962. 749.

2. Crim. 14 déc. 1974, *RSC* 1976. 409, obs. J. Larguier. En l'espèce un directeur de banque avait demandé à une employée d'ouvrir systématiquement toutes les correspondances parvenant à la banque ; l'employée a matériellement réalisé les violations de correspondances mais le directeur a été condamné comme auteur.

3. Crim. 2 nov. 1945, *D.* 1946. 2. 8.

4. Crim. 1er févr. 2000, *Dr. pénal* 2000. 59, obs. J.-H. Robert.

5. Crim. 28 mars 1996, *Dr. pénal* 1996. 223, obs. J.-H. Robert.

6. Crim. 11 mai 1999, *RSC* 2000. 194, obs. B. Bouloc.

cher à titre personnel l'infraction résultant de la décision collégiale. Ainsi, à propos du vote d'un conseil municipal instituant une prime de naissance, subordonnée à la condition que l'un des parents soit ressortissant français ou européen, un maire et son adjoint ont été poursuivis et condamnés pour discrimination. L'élément déterminant de la condamnation était qu'ils avaient revendiqué être à l'origine du vote, de sorte qu'« indépendamment du vote, ils ont personnellement participé à l'infraction »<sup>1</sup>. Le fait reproché a parfois même un lien encore plus ténu avec l'infraction : on relèvera en ce sens, la condamnation d'un maire pour favoritisme, à la suite d'une procédure irrégulière d'attribution d'un marché public. En l'espèce, la participation du maire s'était limitée à la direction du scrutin<sup>2</sup>. Une telle solution est critiquable car elle donne une interprétation excessive de la notion de « fait personnel » au sens de l'article 121-1 du Code pénal<sup>3</sup> et elle déforme la notion d'auteur au sens de l'article 121-4 du même Code. En effet, l'auteur est ici plus un auteur moral qu'un auteur matériel.

## **§ 2. La participation en tant que complice**

**307 Participant accessoire.** Lorsque le participant à une action collective ne réalise pas lui-même les éléments constitutifs de l'infraction mais s'y associe volontairement, dans les termes prévus par la loi, et qu'il n'est pas puni comme participant autonome<sup>4</sup>, il est un *complice*. Plus exactement, le complice est un participant accessoire, qui accepte d'apporter son concours à une infraction, selon certaines conditions **(A)** et qui, sur le plan de la répression, est assimilé à un auteur **(B)**.

1. Crim. 17 déc. 2002, *Bull. crim.* n° 227 ; RSC 2003. 556, obs. Y. Mayaud.

2. Crim. 19 nov. 2003, *Dr. pénal* 2004. 32, obs. J.-H. Robert ; V. également Crim. 9 févr. 2005, *Dr. pénal* 2005. 114 obs. M. Véron.

3. Et la Cour de cassation est même allée plus loin, en admettant la responsabilité pénale d'un maire, de ses adjoints et d'un conseiller ayant seulement participé aux délibérations et pris part au vote attribuant les subventions illicites, Crim. 22 oct. 2008, *Dr. pénal* 2009. 3, obs. M. Véron.

4. V. par ex., pour la participation à une rébellion armée en réunion (C. pén., art. 433-8).

## A. Les conditions de la complicité

**308 Participation à une infraction.** Selon l'article 121-7 du Code pénal, « est complice d'un crime ou d'un délit la personne qui sciemment, par aide ou assistance, en a facilité la préparation ou la consommation » (al. 1<sup>er</sup>). « Est également complice la personne qui par don, promesse, menace, ordre, abus d'autorité ou de pouvoir aura provoqué à une infraction ou donné des instructions pour la commettre » (al. 2). La complicité apparaît donc comme un mode de participation à une infraction<sup>1</sup>, qui suppose que soient réunies plusieurs conditions : les unes sont liées à l'existence même d'un fait principal punissable (1), les autres sont liées au fait de participation (2).

### 1. Le fait principal

**309 Fait qualifiable.** La complicité n'est caractérisée que si un fait principal punissable est établi en tous ses éléments constitutifs<sup>2</sup>. Tel est le sens de l'article 121-7 du Code pénal qui évoque le complice « du crime ou du délit » ou « de l'infraction ». Autrement dit, la punition de la complicité dépend de l'existence d'un fait principal qualifiable.

**310 Nature du fait principal.** Quant à la nature de ce fait principal, il convient de noter que la complicité d'un *crime* ou d'un *délit* est toujours punissable (C. pén., art. 121-7, al. 1<sup>er</sup>), alors que la complicité d'une *contravention*, qui n'était pas punissable sous l'empire du Code de 1810, l'est désormais mais uniquement si elle a lieu par provocation ou instruction (C. pén., art. 121-7, al. 2)<sup>3</sup>. Il se peut cependant que des formes de complicité de contravention par aide et assistance soient incriminées de manière autonome. Tel est le cas, par exemple, en matière de tapage nocturne (C. pén., art. R. 632-2) ou de diffusion de messages contraires à la décence (C. pén., art. R. 624-2). À noter également que le fait principal peut être aussi bien une infraction consommée qu'une tentative<sup>4</sup>, l'important est qu'il soit punissable.

1. V. S. Detraz, « La nature de la complicité », *Gaz. Pal. spécialisée*, 2015, n° 305 à 307, p. 5 s

2. Crim. 4 mars 1998, *Bull. crim.* n° 83.

3. V. également, C. pén., art. R. 610-2.

4. V. par ex., Crim. 4 juin 1998, *Dr. pénal* 1998. 42, obs. M. Véron (complicité de tentative d'extorsion de fonds) ; Crim. 6 sept. 2000, *Dr. pénal* 2001. 30, obs. M. Véron (complicité de tentative de tromperie).

- 311 Caractère punissable du fait principal.** Il n'y a pas de complicité punissable si le fait principal n'est pas punissable. Classiquement, on explique cette situation en recourant à la métaphore de « l'emprunt de criminalité » : l'acte du complice emprunterait en quelque sorte sa « criminalité » à l'infraction principale. L'image séduit car elle permet de visualiser l'interdépendance qu'il y a entre l'action du complice et l'action principale. Néanmoins, cette vision n'a rien de nécessaire<sup>1</sup> et ne rend pas toujours compte du droit positif<sup>2</sup>. L'action du complice est en effet intrinsèquement malfaisante car toute « criminalité » comprend des éléments de culpabilité, qui sont trop personnels pour pouvoir être empruntés<sup>3</sup>. Si le fait principal doit être punissable, c'est tout simplement parce que le complice participe à une infraction unique, *la complicité étant l'accessoire de l'action principale*. Par conséquent, le complice n'est pas punissable si l'infraction à laquelle il s'est associé n'est plus punissable à la suite de l'abrogation de la loi pénale, d'une amnistie à caractère réel, ou encore du fait de la prescription de l'action publique. En outre, la complicité n'est également pas punissable si le fait principal est couvert par un fait justificatif ou n'a jamais été incriminé. Ainsi, on ne saurait se rendre complice d'un *suicide* car l'homicide de soi-même n'est pas incriminé<sup>4</sup>.
- 312 Provocation non suivie d'effet.** Une difficulté s'est posée à propos de la provocation à une infraction, qui n'a été ni consommée, ni tentée, en raison d'un désistement de l'auteur principal. Cette question dite de la « tentative de complicité » a été résolue par la Cour de cassation, dans les arrêts *Lacour* et *Schieb-Benamar*<sup>5</sup>. La Haute juridiction a estimé que l'instigation non suivie d'effet ne peut être punie sur le terrain de la complicité, faute de fait principal punissable.

1. V. J. Carbonnier, « Du sens de la répression applicable aux complices selon l'article 59 du Code pénal », *JCP* 1952. I. 1034.

2. V. J.-H. Robert, « Imputation et complicité », *JCP* 1975. I. 2720 ; R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel*, t. 1, *op. cit.*, n° 531 s.

3. D'ailleurs, la chambre criminelle a affirmé, à plusieurs reprises, que certains condamnés ont été, à bon droit, reconnus coupables « du délit (ou du crime) de complicité », ce qui va dans le sens de la thèse du délit distinct, V. Crim. 30 mai 1989, *Bull. crim.* n° 222 ; Crim. 24 oct. 1989, *Bull. crim.* n° 380 ; Crim. 11 déc. 1989, *Bull. crim.* n° 471 ; RSC 1991. 347, obs. G. Levasseur.

4. La provocation au suicide est cependant désormais incriminée de façon autonome (C. pén., art. 222-13).

5. V. Crim. 25 oct. 1962, *Bull. crim.* n° 292 et 293 ; D. 1963. 221, note P. Bouzat ; *JCP* 1963. II. 12986, note R. Vouin ; J. Pradel, A. Varinard, *GADPG, op. cit.*, n° 33.

Cette solution logique au regard du principe de « l'emprunt de criminalité » peut paraître choquante lorsque l'instigateur est parfaitement étranger au désistement de l'auteur ; elle révèle donc une lacune importante de la théorie de la complicité<sup>1</sup>. Aussi la chambre criminelle a-t-elle trouvé la parade en admettant, dans un arrêt du 30 avril 1996<sup>2</sup> (affaire *Delaplace*) que l'instigateur pouvait être puni au titre de l'*association de malfaiteurs*<sup>3</sup>. Puis, dans les cas d'un assassinat ou d'un empoisonnement, commandité mais non réalisé, la loi n° 204-2004 du 9 mars 2004 est venue incriminer spécialement l'auteur de la provocation, lorsque ce crime n'a été ni commis, ni tenté (C. pén., art. 221-5-1)<sup>4</sup>. Cette dernière disposition dite du « mandat criminel » ne devrait cependant pas mettre fin à la jurisprudence *Delaplace*, en ce qui concerne les infractions autres que l'assassinat ou l'empoisonnement.

Enfin, le caractère punissable du fait principal est indépendant du sort de son auteur<sup>5</sup> ; l'important est que le fait principal soit avéré. Le complice peut donc être poursuivi, alors même que l'auteur est inconnu, décédé ou en fuite<sup>6</sup>. La même solution s'applique si l'auteur principal est relaxé ou acquitté en raison d'un *défaut d'imputabilité* car le fait qualifié demeure. En revanche, on peut hésiter lorsque l'auteur est relaxé *pour défaut d'intention*. Certains arrêts l'ont admis sous l'empire de l'ancien

1. V. A. Darsonville, « Faut-il étendre la notion générale de complicité ? », in G. Beaussonie (dir.), *Faut-il régénéraliser le droit pénal ?*, LGDJ/Lextenso, Grands Colloques, 2015, p. 151 s.

2. Crim. 30 avr. 1996, *Bull. crim.* n° 176 (un commanditaire avait chargé une personne d'une agression au vitriol contre une jeune femme mais l'homme de main s'est désisté).

3. V. également Crim. 26 mai 1999, *RSC* 2000. 621, obs. J.-P. Delmas Saint-Hilaire (association de malfaiteurs retenue à l'encontre d'un détenu ayant fomenté une connivence à sa propre évasion). *Comp. Douai*, 21 oct. 2003, *JCP* 2004. II. 10115, note J.-Y. Maréchal (complicité de tentative de connivence à sa propre évasion par des tiers non détenus).

4. « 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 est puni lorsque ce crime n'a été ni commis, ni tenté, de 10 ans d'emprisonnement et de 150 000 euros d'amende. » V. A. Ponselle, « L'incrimination du mandat criminel ou l'article 221-5-1 du Code pénal issu de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 », *Dr. pénal* 2004. Chron. 10.

5. Crim. 10 avr. 1975 *Hermet et Doucet*, in J. Pradel et A. Varinard, *GADPG, op. cit.*, n° 33 : « La culpabilité du complice est indépendante de celle de l'auteur principal (...), il suffit pour qu'une condamnation soit justifiée à l'égard du complice que la décision qui la prononce constate l'existence du délit et en relève les éléments constitutifs ».

6. V. pour un cas de complicité de vols en bande organisée, bien que les auteurs des vols n'aient pas été identifiés, Crim. 28 janv. 2014, n° 12-88175 : *Dr. pénal* 2014, comm. 35, obs. M. Véron.

Code pénal<sup>1</sup>, dans des hypothèses où le complice avait provoqué l'erreur de l'auteur matériel<sup>2</sup>. Cette solution pouvait notamment s'appuyer sur l'article 60 de l'ancien Code, qui permettait de punir comme complices « d'une action qualifiée crime ou délit », tous ceux qui par « machinations ou artifices coupables » avaient « provoqué à cette action ou donné des instructions pour la commettre ». Or bien que ce mode de complicité n'ait pas été repris par l'article 121-7 de l'actuel Code pénal<sup>3</sup>, la Cour de cassation a réitéré cette position, dans un arrêt remarqué du 8 janvier 2003, en jugeant, à l'occasion d'une poursuite unique, que l'instigateur d'une exportation illicite de stupéfiants, pouvait être poursuivi, alors même que l'auteur était relaxé faute d'intention coupable (il ignorait que la drogue avait été cachée dans son véhicule)<sup>4</sup>. On peut regretter la solution « au regard du principe de la légalité et de l'interprétation stricte de la loi pénale »<sup>5</sup> car l'article 121-7 vise la complicité d'une « infraction » ; or un fait d'exportation de stupéfiants n'est pas illicite s'il n'est pas réalisé avec l'intention de la commettre. Et la solution est d'autant plus regrettable qu'il existait d'autres qualifications envisageables, comme l'association de malfaiteurs<sup>6</sup>, qui permettaient de punir l'organisateur du trafic. Certes la Haute juridiction a relevé l'existence d'un simple « fait » principal et non d'une « infraction » principale ; ce qui tendrait à confirmer la thèse, exprimée sous l'empire de l'ancien Code, selon laquelle un complice pourrait se voir imputer, un fait ayant sinon une « figure reconnaissable de délit »<sup>7</sup>, du moins une « apparence objective d'infraction »<sup>8</sup>. Néanmoins la solution s'accorde

1. *En matière criminelle*, V. Crim. 2 juin 1916, S. 1918-1919. 1. 189 ; *En matière correctionnelle*, V. Dakar, 31 déc. 1952, *Annales africaines* 1955. 124, obs. J. Larguier (relaxe d'une femme poursuivie du chef d'adultère et condamnation de son complice pour l'avoir persuadée, de mauvaise foi, qu'elle était valablement divorcée).

2. V. É. Garçon, *Code pénal annoté*, par M. Rousselet, M. Patin et M. Ancel, 1952, t. 1, art. 59-60, n° 114 ; V. également J.-H. Robert, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 352.

3. V. S. Fournier, « Le nouveau Code pénal et le droit de la complicité », *RSC* 1995. 475 s.

4. Crim. 8 janv. 2003, *JCP* 2003. II. 10159, note W. Jeandier ; *D.* 2003. 2661, note E. Bonis-Garçon ; *D.* 2004. Somm. comm. 310, obs. B. de Lamy.

5. B. Bouloc, *RSC* 2003. 553.

6. Voire la provocation à l'infraction d'exportation illicite de stupéfiants, prévue par l'article L. 3421-4 du CSP (v. É. Garçon, *D.* 2003. 2661).

7. J. Carbonnier, art. préc.

8. Ph. Conte, *L'apparence en matière pénale*, thèse dactyl., Grenoble, 1984, t. II, n° 781.

mal avec la lettre de la loi<sup>1</sup> et la Cour de cassation hésite à l'étendre<sup>2</sup>.

## **2. Le fait de participation**

- 313 Mode légal.** La seconde série de conditions est liée au fait de participation. Le complice doit participer à l'infraction suivant un mode légal de complicité et en toute connaissance de cause.
- 314 Diversité.** Aux termes de l'article 121-7 du Code pénal, la complicité peut être réalisée soit par aide ou assistance soit par instigation.
- 315 Complicité par aide ou assistance.** Le premier mode de complicité est la complicité par aide ou assistance (C. pén., art. 121-7, al. 1<sup>er</sup>), qui consiste à « faciliter la préparation ou la consommation » de l'infraction. Il peut s'agir de la fourniture des moyens matériels (fournir une arme, faire du bruit pour couvrir les cris de la victime, etc.) ou d'un simple encouragement à commettre l'infraction (aide ou assistance morale). L'important est que cette aide ou cette assistance résulte d'un acte positif, antérieur ou concomitant à l'infraction<sup>3</sup>.

*En premier lieu, il doit s'agir traditionnellement d'un acte positif* ou de participation active<sup>4</sup> : il ne saurait donc y avoir de complicité de la part d'une personne qui s'abstient ou assiste passivement à la commission d'une infraction. Tout au plus peut-on reprocher au spectateur, à titre d'auteur, une infraction autonome telle que le délit de non-obstacle à la commission d'un crime ou d'un délit (C. pén., art. 223-6, al. 1<sup>er</sup>) ou de non-assistance à personne en péril (C. pén., art. 223-6, al. 2). Toutefois, comme l'a démontré le Doyen Decocq, l'abstention peut être punissable au

**1.** Comp. en matière de révision, Crim. 20 juin 1994, *Bull. crim.* n° 246 (relaxe de l'auteur principal pour défaut d'intention constitue un fait nouveau, de nature à exclure la culpabilité d'un complice) ; V. également Crim. 16 nov. 1998, *JCP* 1999. II. 10118, note W. Jeandidier. Ces arrêts admettent le principe de la révision mais ils ne préjugent pas du fond.

**2.** V. Crim. 18 juin 2003, *Dr. pénal* 2003. 97, obs. M. Véron ; *D.* 2004. 1620, note D. Rebut ; *D.* 2005. 195, note A. Prothais ; V. Malabat et J.-C. Saint-Pau, « Le droit pénal général malade du sang contaminé », *Dr. pénal* 2004. Chron. 2. V. toutefois pour une réitération de la solution du 8 janv. 2003 en droit pénal fiscal : Crim. 15 déc. 2004, *Dr. pénal* 2005. 79, obs. J.-H. Robert.

**3.** V. par ex. la complicité d'un avocat pour mise en relation des auteurs de l'infraction dans ses locaux professionnels : Crim. 3 avril 2013, n° 12-83373, *Dr. pénal* 2013, comm. 105 obs. M. Véron.

**4.** C'est d'ailleurs la caractérisation de cette participation active et du degré d'implication de l'individu dans l'infraction qui permet de savoir s'il doit être qualifié d'auteur ou de complice : V. Crim. 8 févr. 2017, n° 16-82110, *Gaz. Pal.* 2017, n° 16, p. 43, obs. S. Detraz.

titre de la complicité si elle révèle une *collusion punissable*<sup>1</sup>. Cette collusion suppose cumulativement réunis, le pouvoir (légal ou contractuel) de s'opposer effectivement à l'infraction, la volonté de laisser l'auteur principal accomplir les actes délictueux, et la connaissance que ces actes se commettent actuellement ou vont se commettre prochainement. On rencontre ce schéma dans trois cas de figure. Une complicité par *abstention* peut tout d'abord être retenue lorsqu'elle résulte d'un « accord antérieur » avec le ou les auteurs de l'infraction ; la collusion remplace la matérialité, la difficulté étant de la prouver<sup>2</sup>. Ensuite, une complicité par abstention peut être retenue à l'encontre du comparse qui avait un *devoir professionnel (légal ou contractuel)* d'agir pour empêcher l'infraction et qui s'est abstenu, en sachant que l'infraction allait se commettre<sup>3</sup> ; c'est le fameux « qui peut et n'empêche, pêche » de Loisel. Enfin, la jurisprudence estime parfois que la présence au sein d'un groupe d'agresseurs peut constituer une aide morale, encourageant les auteurs dans leur action. À ces trois exceptions jurisprudentielles, la loi du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance en a ajouté une nouvelle, en assimilant à « un acte de complicité » de violences, de viol ou d'agressions sexuelles, « le fait d'enregistrer, par quelque moyen que ce soit, sur tout support que ce soit, des images relatives à la commission de ces infractions » (C. pén., art. 222-33-3). Il s'agit de réprimer plus sûrement, la pratique détestable dite du « *happy slapping* » qui consiste pour des adolescents à agresser gratuitement des personnes et à filmer la scène avec leurs téléphones portables<sup>4</sup>. Ce nouveau cas de complicité, par assimilation d'un geste non causal

1. A. Decocq, « Inaction, abstention et complicité par aide et assistance », *JCP* 1983. I. 3124.

2. V. cependant Crim. 19 déc. 1989, *RSC* 1990. 775, obs. A. Vitu (complicité de parricide de la part d'une mère ayant laissé un fusil chargé à la portée de ses enfants. En l'espèce la cour semble avoir assimilé la négligence à la collusion, ce qui conduit de manière critiquable à *présumer* l'accord antérieur).

3. Crim. 27 oct. 1971, *Bull. crim.* n° 384 (douanier complice du vol des marchandises qu'il devait surveiller) ; Crim. 15 janv. 1979, *Bull. crim.* n° 271 (comptable complice de banqueroute pour ne pas avoir vérifié les chiffres donnés par son client) ; Crim. 28 mai 1980, *D.* 1981. IR 137 (membre du directoire d'une société complice d'un abus de biens sociaux parce qu'il ne s'y est pas opposé) ; Crim. 31 janv. 2007, *AJ pénal* 2007. 130 obs. G. Royer (commissaire au compte complice d'escroquerie).

4. V. à propos de l'impact de ce cas de complicité passive sur la cohérence de notre système, A. Mihman, « La répression de la complicité passive : distinction entre complicité par simple abstention et complicité par abstention aggravée », *Gaz. Pal. spécialisée*, 2015, n° 305-307, p. 9.

à un geste de soutien, ne s'applique cependant pas à l'enregistrement réalisé par des journalistes ou réalisé « afin de servir de preuve en justice » (C. pén., art. 222-33-3, al. 3).

*En second lieu*, le fait de participation doit être antérieur ou concomitant à l'acte principal. Néanmoins, là encore ce principe connaît une atténuation : si la complicité postérieure résulte d'un « accord antérieur »<sup>1</sup>, elle demeure punissable<sup>2</sup>. La preuve de l'accord antérieur entraîne d'ailleurs celle de la complicité<sup>3</sup>. Cela dit, il existe des incriminations autonomes qui s'appliquent aux attitudes de *facilitation* de l'infraction après coup. On peut citer, par exemple, le recel de choses, qui consiste à profiter en connaissance de cause du produit d'un crime ou d'un délit (C. pén., art. 321-1 s.), ainsi que certaines entraves au fonctionnement de la justice comme le recel de criminel (C. pén., art. 434-6) ou de cadavre (C. pén., art. 434-7).

- 316 Complicité par instigation.** La deuxième forme de complicité est prévue par l'article 121-7, alinéa 2, du Code pénal. Il s'agit de l'instigation qui se dédouble, en complicité par fourniture d'instructions et par provocation. S'agissant de la fourniture d'instructions, ou fourniture de moyens intellectuels, il s'agit de renseignements donnés en connaissance de cause, suffisamment précis pour être nécessaires à la réalisation de l'infraction (adresse de la victime, heures de ramassage des fonds par un fourgon, etc.)<sup>4</sup>. S'agissant de la *provocation*, elle doit non seulement, être suivie d'effets, mais aussi avoir lieu par « don, promesse, menace, ordre ou abus d'autorité ou de pouvoirs ». Il ne peut s'agir d'une simple suggestion, la provocation devant être « circonstanciée » ; le juge doit donc relever la forme qu'elle revêt<sup>5</sup>.
- 317 Fait accompli en connaissance de cause.** Dans tous les cas, le complice n'est punissable que s'il s'est associé en connaissance de

1. Crim. 30 avr. 1963, *Bull. crim.* n° 157.

2. V. Crim. 30 oct. 1996, *Bull. crim.* n° 49 (complicité d'un vol à main armée par fourniture de postiches destinées à faciliter la fuite des auteurs) ; Crim. 1<sup>er</sup> déc. 1998, *Dr. pénal* 1999, 80, obs. M. Véron (complicité de prise illégale d'intérêts par application d'une convention antérieurement conclue).

3. V. Crim. 21 juin 1978, *Bull. crim.* n° 207.

4. V. Crim. 23 mai 1973, *JCP* 1974, II. 17675, obs. D. Mayer.

5. V. pour une provocation verbale, Crim. 18 mars 2003, *Dr. pénal* 2003, 95, obs. M. Véron ; *D.* 2004. Somm. comm. 311, obs. B. de Lamy.

cause au fait principal, c'est-à-dire en sachant que ses gestes ou ses paroles serviront à commettre l'infraction<sup>1</sup>. Cet élément intentionnel se déduira logiquement de la réalisation d'actes de provocation ou d'instruction en vue de « commettre » l'infraction ; et en présence d'une aide ou d'une assistance, il conviendra de relever que le complice a agi « sciemment », c'est-à-dire qu'il avait la conscience et la volonté de s'associer au fait principal.

Quant à la formulation de cette intention, il est important de noter qu'il n'est pas nécessaire de mettre en évidence un accord complet et direct entre l'auteur et le complice. C'est dire non seulement qu'une simple adhésion unilatérale au projet criminel suffit ; mais aussi qu'il est possible de se rendre complice, par l'intermédiaire d'un autre complice, dès lors qu'on a conscience de participer à l'infraction (*complicité de complicité*)<sup>2</sup> ; ou encore que le complice n'a pas à être exactement dans le même état d'esprit que l'auteur. Ainsi, lorsque l'infraction principale requiert un dol spécial, il ne semble pas que cet élément moral particulier doive être démontré de la part du complice<sup>3</sup> ; la jurisprudence est en ce sens<sup>4</sup>, notamment en matière de crime contre l'humanité<sup>5</sup>.

Quant à l'objet de l'intention, il doit s'agir de la participation à l'infraction principale. Il convient donc d'admettre que le complice ne peut se voir imputer que les infractions qu'il a prévues ou qu'il a pu prévoir<sup>6</sup>.

Cela devrait conduire, *d'abord*, à exclure la complicité d'une infraction *par imprudence*, puisque par hypothèse, l'imprudence ne procède pas d'une décision consciente. Les protagonistes d'une

---

1. Crim. 19 mars 1986, *Bull. crim.* n° 112.

2. Bien que la complicité au second degré ne soit pas prévue par la loi (v. Crim. 1<sup>er</sup> sept. 1987, *Bull. crim.* n° 308), la jurisprudence a d'abord admis la complicité indirecte par instruction (Crim. 30 mai 1989, *Bull. crim.* n° 222 ; RSC 1990. 325, obs. A. Vitu), puis la complicité indirecte par aide ou assistance (Crim. 15 sept. 2004, *D.* 2005. 2128, note G. Royer ; *JCP* 2005. II. 10050, note J.-Y. Maréchal ; RSC 2005. 298, obs. G. Vermelle).

3. V. en ce sens Ph. Conte et P. Maistre du Chambon, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 420.

4. V. Crim. 9 nov. 1992, *Bull. crim.* n° 364.

5. Le complice à la différence de l'auteur ne doit pas forcément avoir eu l'intention de léser une catégorie de citoyens, distingués par la race, la religion ou les opinions politiques (Statut du tribunal militaire de Nuremberg, art. 6), V. en ce sens Crim. 23 janv. 1997, Papon, *Dr. pénal* 1997. 38 ; *JCP* 1997. II. 22812, note J.-H. Robert ; et pour l'analyse de la question du dol spécial, *D.* 1997. 148, note J. Pradel.

6. V. Crim. 19 juin 2001, *Dr. pénal* 2001. 111, obs. M. Véron.

imprudence devraient donc être traités comme des coauteurs, quitte à distinguer entre eux, selon qu'ils sont auteurs directs ou indirects, suivant leur rôle causal<sup>1</sup>. Toutefois, la question est débattue et la Cour de cassation, dans un arrêt remarqué du 13 septembre 2016<sup>2</sup>, a admis un cas de complicité par omission de blessures involontaires. En l'espèce, la patiente d'un établissement d'épilation au laser a été victime de brûlures cutanées suite à une mauvaise manipulation d'un appareil par une esthéticienne et l'enquête a révélé que le gérant de la société exploitant cet établissement avait mis ces appareils à disposition de ses esthéticiennes, après seulement quelques heures de formation et les laissait s'en servir hors la présence du médecin de l'établissement. La société, son gérant et le médecin furent poursuivis et condamnés pour complicité d'exercice illégal de la médecine et le médecin fut en outre poursuivi et condamné pour complicité de blessures involontaires. Les juges du fond justifèrent cette dernière condamnation en relevant que le manque de surveillance du médecin était à l'origine de la mauvaise manipulation de l'appareil par une employée. La chambre criminelle a approuvé cette condamnation, notant que le médecin avait manqué à ses obligations réglementaires de surveillance, dès lors qu'il n'était intervenu à aucun moment avant ou pendant les séances d'épilation. Plusieurs auteurs ont alors accueilli favorablement cette décision au motif que le caractère intentionnel de la complicité ne serait pas incompatible avec l'imputation d'un délit d'imprudence, dans la mesure où la seule conscience de l'imprudence caractériserait l'intention de s'y associer. L'argument consiste à dire qu'il ne faut pas confondre l'élément moral du délit principal avec l'intention requise au titre de la complicité<sup>3</sup>. Cette analyse est séduisante, néanmoins il nous paraît critiquable de reprocher pénalement à une personne de s'être associée volontairement – et par abstention – à un acte qui a conduit à un dommage involontaire, alors que

1. Crim. 24 oct. 1956, *Bull. crim.* n° 675 ; RSC 1957. 370, obs. A. Légal ; V. cependant Chambéry, 8 mars 1956, *JCP* 1956. II. 9224, note R. Vouin ; RSC 1956. 531, obs. A. Légal.

2. Crim. 13 sept. 2016, n° 15-85046, *RSC* 2016, p. 760, obs. Y. Mayaud. ; *JCP G*, 1067, note F. Rousseau.

3. F. Rousseau, note préc., p. 1864 ; Y. Mayaud, obs. préc., p. 762.

l'acte sans le dommage n'a même pas l'apparence d'un délit<sup>1</sup>. La seule conscience d'un éventuel dommage ne saurait, à nos yeux, constituer une participation comme complice à l'infraction dommageable<sup>2</sup>. En l'occurrence, il aurait été plus réaliste de considérer l'abstentionniste comme l'auteur indirect du dommage, en démontrant que son absence ou son silence constituait une faute qualifiée, au sens de l'article 121-4, alinéa 4 du Code pénal.

*Ensuite*, l'exigence d'un élément moral devrait conduire à exclure la complicité, lorsque le résultat auquel le complice souhaite s'associer est différent du résultat effectif. Néanmoins sur ce point, il convient de distinguer plusieurs cas de figure. *En premier lieu*, si l'infraction réalisée est d'une autre nature que l'infraction projetée, le complice n'est pas punissable. Il en est ainsi du complice qui remet une arme pour que l'auteur aille impressionner son débiteur, alors que l'auteur se sert finalement de l'arme pour tuer une tierce personne : le complice ne peut se voir imputer le meurtre<sup>3</sup>. *En deuxième lieu*, si l'infraction réalisée est de même nature que celle initialement prévue mais de gravité différente, le complice sera en principe punissable. Ainsi, dans le cas d'un donneur d'ordres qui enjoint à un homme de main « de faire une grande frayeur » à la victime, si ce dernier réalise des violences qui outrepassent les ordres, le donneur d'ordres peut être reconnu complice<sup>4</sup>. Il en irait de même, en cas de réalisation d'une infraction de même nature mais moins grave. *En troisième lieu*, si l'infraction réalisée est de même nature que l'infraction projetée mais n'a pas été réalisée de la manière dont l'avait imaginé le complice, en principe il ne devrait pas y avoir de complicité punissable<sup>5</sup> ; mais les solutions doivent là encore être nuancées. Ainsi, il n'y a pas de complicité punissable lorsque l'auteur matériel change de victime, sans que cette décision ait été intégrée dans le

1. V. J. Y. Maréchal, « Réflexions sur la complicité des délits non intentionnels », *Dr. pénal* 2016, étude n° 27.

2. On ne confondra pas cette situation avec celle admissible d'une complicité par instigation d'un délit de mise en danger d'autrui, lequel est par nature intentionnel et ne suppose aucun résultat : V. Crim. 6 juin 2000, n° 99-85 937, *Bull. crim* n° 213 (hypothèse d'un élu pressé ayant demandé à son chauffeur de brûler un feu en lui disant « vas-y, vas-y : ça passe ! »).

3. V. Crim. 13 janv. 1955, Nicolai, *DS* 1955. 291, note A. Chavanne.

4. Crim. 21 mai 1996, *Dr. pénal* 1996. 213, obs. M. Véron.

5. Crim. 13 janv. 1954, *D.* 1954. 128 (pas de complicité si les moyens n'ont pas été mis en œuvre).

plan du crime<sup>1</sup> (mais désormais l'instigateur peut tomber sous le coup de l'article 221-5-1 du Code pénal). En revanche, le complice devrait être punissable si l'agent tue une autre victime à la suite d'une *aberatio ictus* car alors seul le hasard l'a écarté du plan du crime. Le complice ne devrait pas non plus être punissable, dans le cas de fourniture de moyens, lorsque l'infraction n'est pas réalisée à l'aide des moyens fournis, à moins que la seule possession de ces moyens puisse s'analyser en une aide<sup>2</sup> ou que l'on puisse également reprocher au complice une fourniture d'instructions. Ainsi, dans une espèce, un commanditaire avait engagé un homme de main pour réaliser un meurtre par strangulation, en lui remettant le matériel approprié, mais l'exécutant avait finalement électrocuté la victime ; les juges ont malgré tout retenu la complicité de l'instigateur parce que celui-ci avait également fourni des instructions pour se rendre chez la victime<sup>3</sup>. En définitive, la Cour de cassation adopte souvent la solution de la répression généralisée, en jugeant selon une formule plutôt large que « le complice encourt la responsabilité de toutes les circonstances qui caractérisent l'infraction dans la personne de l'auteur principale »<sup>4</sup>, peu importe qu'il ne les ait ni voulues, ni prévues.

Enfin, l'exigence d'une action du complice en connaissance de cause ne l'empêche pas de devoir répondre de certaines circonstances aggravantes qu'il ignorait ; cette question touche à la répression de la complicité.

## B. La répression de la complicité

**318 Le complice puni comme auteur.** L'article 121-6 pose une règle très simple : « Sera puni comme auteur le complice d'une infraction au sens de l'article 121-7 ». Le droit français prône donc la sévérité en assimilant le complice à un auteur. Cette identité dans la

1. V. Crim. 10 mars 1977, *Bull. crim.* n° 91.

2. V. Crim. 17 mai 1962, *Bull. crim.* n° 200 (fourniture d'une arme ; le voleur ne l'a pas utilisée mais il l'avait sur lui, ce qui a pu l'encourager).

3. Crim. 31 janv. 1974, *Bull. crim.* n° 50.

4. Crim. 13 mai 2014, n° 13-83196, *Gaz. Pal. Spécialisée* 2014, n° 208 à 210, p. 25, obs. S. Detraz.

répression concerne les peines principales ou complémentaires encourues, dans leur principe (1). Quant à leur mesure, elle est fonction des circonstances de l'action principale (2).

### **1. Principe**

- 319 Assimilation.** Le complice est passible des peines principales et complémentaires encourues pour l'infraction principale, comme s'il était lui-même auteur de cette infraction (même s'il ne revêt pas les qualités légales requises pour pouvoir être lui-même auteur)<sup>1</sup>. Cela ne signifie cependant pas qu'il se verra effectivement appliquer la même sanction que l'auteur. Le juge pénal est libre d'adapter la peine en fonction de la personnalité et du rôle de chacun dans l'entreprise criminelle. Le complice pourra donc, selon les cas, être traité de manière plus favorable que l'auteur (lorsque son rôle a été secondaire) ou au contraire puni plus sévèrement que l'auteur (notamment lorsqu'il est l'instigateur).

### **2. Mesure**

- 320 Communication des circonstances aggravantes ?** Quant à la mesure de la peine, elle est fonction du caractère accessoire de la complicité. Ainsi le complice supportera les circonstances aggravantes liées à la matérialité de l'infraction (circonstances aggravantes dites *réelles*) car il a souhaité s'associer à une infraction déterminée et il doit donc en subir toutes les conséquences même s'il les a ignorées. Ainsi, le complice d'un vol qu'il croit simple mais qui, en réalité, se commet avec port d'arme, ou de nuit ou en réunion est complice d'un vol aggravé<sup>2</sup>. Il en va de même de la circonstance aggravante de bande organisée<sup>3</sup>.

En revanche, s'agissant des circonstances aggravantes liées à la seule personne de l'auteur principal (circonstances aggravantes dites personnelles), telles que la récidive, la solution est différente : elles n'influencent pas la mesure de la peine du complice. De la même façon, les causes personnelles d'atténuation de peine, comme la minorité, ou encore les immunités ne profitent pas au

1. Il en est ainsi, par ex., en cas de complicité d'abus de biens sociaux ou de complicité de banqueroute.

2. Crim. 9 juin 1982, *Bull. crim.* n° 155.

3. Crim. 11 janv. 2017, n° 16-80610, *Gaz. Pal.* 2017, n° 8, p. 18, note V. Tellier-Cayrol.

complice. La solution est plus discutée à propos des circonstances aggravantes dites mixtes, c'est-à-dire tenant à la fois à l'état d'esprit de l'auteur principal et à la façon dont l'infraction sera réalisée, comme la préméditation, qui est « le dessein formé avant l'action de commettre un crime ou un délit déterminé » (C. pén., art. 132-72). La communication de ces circonstances dites mixtes au complice a été admise sous l'empire du Code pénal de 1810<sup>1</sup>. Avec le nouveau Code pénal, cette solution a été maintenue<sup>2</sup> mais il semble qu'il faille que le complice ait eu connaissance des circonstances en question car il est puni non pas « comme l'auteur » mais comme s'il était lui-même auteur de l'infraction. Il est vrai que cette condition de connaissance des circonstances n'est pas toujours explicite en jurisprudence. Ainsi, il a été jugé que « le complice encourt la responsabilité de toutes les circonstances qui caractérisent l'infraction dans la personne de l'auteur principal », sans qu'il soit précisé s'il les avait connues ou voulues<sup>3</sup>. La raison est que dans la plupart des cas, la circonstance aggravante est sinon visible du moins prévisible, de sorte que le complice ne peut l'ignorer. Ainsi, a-t-il été admis, dans une affaire de complicité de faux en écriture publique commis par un notaire, qu'étaient « applicables au complice les circonstances aggravantes liées à la qualité de l'auteur principal » (en l'occurrence la qualité de « personne chargée d'une mission de service public agissant dans le cadre de ses fonctions », qui transforme le faux délictuel en faux criminel)<sup>4</sup>. Cette solution se comprend, puisque la qualité *professionnelle* de l'auteur principal ne reflète pas son état psychologique ou ses aptitudes criminelles ; cette qualité est une donnée objective que le complice ne pouvait ignorer, ce qui, dans le système doctrinal retenu, en fait moins une circonstance personnelle qu'une circonstance mixte (ou selon une autre classification, apparemment retenue par la Cour de cassation, une circonstance communicable parce que « matérielle » et non « morale »). Cette

1. Crim. 13 mai 1970, *D.* 1970. 515, note Chapar.

2. Crim. 30 oct. 1996, *Bull. crim.* n° 384 ; Crim. 14 avr. 1999, *Bull. crim.* n° 81.

3. Crim. 13 mai 2014, n° 13-83196, *Gaz. Pal.* 27-29 juill. 2014, p. 25, note S. Detraz.

4. Crim. 7 sept. 2005, *D.* 2006. 835, note E. Dreyer ; *AJ pénal* 2005. 413, obs. G. Royer ; *Dr. pénal* 2005, comm. 167, obs. M. Véron.

solution rejoint celle qui existe en matière d'association de malfaiteurs : les circonstances aggravantes liées aux infractions préparées peuvent être retenues à l'égard de chaque participant au groupement sans qu'il soit nécessaire de démontrer que chacun en a eu une connaissance précise et concrète<sup>1</sup>. Il n'empêche qu'en matière de complicité, cette position peut aussi donner l'impression de renouer avec l'emprunt de pénalité, puisqu'au final le complice est sanctionné pour une infraction qu'il ne pourrait pas commettre à titre principal – mais c'est dire aussi qu'il ne faut pas exagérer la portée de la formule de l'article 121-6 du Code pénal, selon laquelle, le complice sera puni « comme auteur ». En l'occurrence, le complice *assume* sa participation plus qu'il n'y *consent*.

## SECTION 2

# LA PARTICIPATION ASSUMÉE

**321 Imputation du fait d'autrui.** De manière exceptionnelle, il arrive qu'une personne ait à répondre non seulement de son propre fait, mais également du *fait d'autrui*. Tel est le cas lorsque des infractions sont réalisées au sein d'un groupe et qu'elles sont imputées non seulement à leurs auteurs mais aussi à ceux qui les dirigent. Par une sorte de fiction de connaissance et de volonté, on considère que les dirigeants voire le groupement lui-même, pour le compte desquels les infractions ont été réalisées, doivent assumer leur participation à ces infractions. Si l'on excepte l'hypothèse particulière de la responsabilité dite « en cascade » du droit de la presse, qui permet d'imputer une infraction commise par un rédacteur au directeur de publication ou au producteur de télévision ou de service en ligne<sup>2</sup>, la participation assumée recouvre deux cas de figure : celui de la responsabilité des dirigeants (§ 1) et celui de la responsabilité des personnes morales (§ 2).

1. Pour un exemple d'association de malfaiteurs en relation avec une entreprise terroriste, aggravée par une fourniture d'armes, V. Crim. 7 oct. 2016, n° 16-84597, *Dr. pénal* 2016, comm. 170, obs. C. Jacobet de Nombel.

2. La constitutionnalité de ce dispositif a été reconnue, Cons. const., 16 sept. 2011, n° 2011-164 QPC, RSC 2011. 647, obs. J. Francillon.

## § 1. La responsabilité des dirigeants

**322 Responsabilité « du fait d'autrui ».** La responsabilité pénale des dirigeants d'entreprise en raison des infractions commises par leurs préposés a été admise très tôt par la jurisprudence, en marge de la loi<sup>1</sup>. La Cour de cassation admet en effet que, « en principe, nul n'est passible de peines qu'à raison de son fait personnel » mais que « 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 »<sup>2</sup>. Autrement dit, les dirigeants d'entreprise sont responsables chaque fois qu'en n'empêchant pas la réalisation d'une infraction par leurs préposés, ils manquent à leur devoir de veiller à l'application des lois. Ils ne sont donc pas véritablement responsables « du fait d'autrui » mais plutôt, selon l'expression du professeur Larguier, « par le fait d'autrui », ce qui permet de respecter le principe de responsabilité personnelle<sup>3</sup>. Néanmoins cette responsabilité ne s'accorde pas avec la conception légale de l'auteur matériel, d'où une nécessaire restriction de son principe (A) et la possibilité pour le dirigeant de transférer sa responsabilité sur un délégué (B).

### A. Le principe de la responsabilité

**323 Domaine.** La responsabilité du dirigeant se rencontre est parfois prévue expressément par un texte légal ou réglementaire. Tel est le cas de l'article L. 4741-1 du Code du travail, qui punit de 3 750 euros « l'employeur ou son délégué » qui « par sa faute personnelle » méconnaît les règles d'hygiène et de sécurité. Cette

1. Crim. 30 déc. 1892, Ferrand, J. Pradel, A. Varinard, *GADPG*, *op. cit.*, n° 37.

2. Crim. 28 févr. 1956, Widerkehr, J. Pradel, A. Varinard, *GADPG*, *op. cit.*, n° 37.

3. On ne confondra pas cette hypothèse avec la responsabilité de nature purement pécuniaire qui consiste à faire peser sur le dirigeant la charge des amendes. Ainsi, en matière d'infractions routières, lorsque le conducteur a agi en qualité de préposé, le tribunal pourra, compte tenu des circonstances de fait et des conditions de travail de l'intéressé, décider que le paiement des amendes de police prononcées en vertu du Code de la route sera, en totalité ou en partie, à la charge du commettant (C. route, art. L. 121-1, al. 2). Dans le même ordre d'idée, on citera C. trav., art. L. 4741-2 qui met à la charge de l'employeur le paiement des amendes prononcées contre un employé qui s'est rendu coupable d'une atteinte à la vie ou à l'intégrité d'autrui, en ne respectant pas les règles d'hygiène et de sécurité du travail.

formule, due à une loi du 17 mai 2011, évince la responsabilité du préposé et consacre la position de la Cour de cassation qui était restée fidèle à l'ancien texte du Code du travail désignant comme responsable les « chefs d'établissement, directeurs, gérants » (anc. C. trav., art. L. 263-2) – alors pourtant que le Code visait depuis le 1<sup>er</sup> mars 2008 « l'employeur ou son préposé » – et avait jugé que selon ces dispositions une infraction aux règles d'hygiène ou de sécurité ne pouvait « être imputée qu'aux seuls chefs d'établissement ou à son délégataire »<sup>1</sup>. Tel est le cas également de l'article 433-18 du Code pénal, qui punit notamment « le dirigeant de fait ou de droit d'une entreprise » qui aura « fait figurer » ou « laissé figurer » – sous-entendu par un préposé – la mention interdite de certaines qualités dans un document publicitaire. Dans tous les cas, on remarquera que le législateur exige un fait ou une faute personnelle du dirigeant.

Mais, le plus souvent la responsabilité du dirigeant n'est fondée sur aucun texte et concerne alors les entreprises ou les professions dites « réglementées ». Mais cette expression fréquemment reprise en jurisprudence est devenue, au fil du temps, une clause de style ; dès lors qu'une réglementation spéciale ou générale, quel que soit son objet, s'applique à une entreprise, celle-ci est concernée par la responsabilité pénale de son dirigeant. Cette responsabilité suppose seulement qu'une infraction ait été commise à l'occasion du fonctionnement de l'entreprise par un ou plusieurs employés ; cette infraction sera imputable au dirigeant dès lors qu'il est prouvé qu'il a manqué à son devoir de veiller à l'application de la loi ou du règlement violé. Ainsi, la jurisprudence a admis que l'obligation de respecter les différentes prescriptions légales et réglementaires<sup>2</sup> pèse « essentiellement » sur le chef d'entreprise<sup>3</sup> et qu'il doit « veiller personnellement à l'application des lois »<sup>4</sup>. Cette responsabilité relève donc d'une participation indirecte à l'infraction, laquelle n'exclut pas en principe la res-

1. Crim. 8 avr. 2008, *Bull. crim.* n° 96 ; *Dr. pénal* 2008. Chron. 9, obs. M. Segonds ; *JCP S* 2008. 1424, note J.-F. Cesaro.

2. Crim. 6 oct. 1955, *JCP* 1956. II. 9098, note de Lestang.

3. Crim. 26 août 1859, *S.* 1859. 1. 973.

4. Crim. 23 janv. 1975, *JCP* 1976. II. 18333, note J.-H. Robert.

ponsabilité des préposés, auteurs matériels des faits<sup>1</sup>. Il existe cependant une exception, en matière d'hygiène et de sécurité du travail : en l'absence d'accidents, le non-respect de cette réglementation ne peut être reproché qu'aux dirigeants et non aux ouvriers qui sont censés être protégés<sup>2</sup>. Néanmoins, outre ce cas, la jurisprudence ne retient pas systématiquement la responsabilité pénale des préposés, estimant en opportunité qu'ils n'ont bien souvent pas d'autres choix que de se conformer aux ordres de leur chef<sup>3</sup>.

**324 Fait de participation (faute du dirigeant).** Quant au fait reproché au chef d'entreprise, il suppose une faute personnelle de sa part et une infraction commise par un préposé. En raison de cette dichotomie, ce fait ne répond pas à la définition de l'infraction, il s'agit seulement d'un fait de participation à l'infraction. Ainsi, sur le plan de l'élément matériel, alors que le comportement du chef d'entreprise est le plus souvent une omission (il n'a pas surveillé ses préposés), la jurisprudence n'hésite pas à lui reprocher des infractions de commission, comme la pollution d'une rivière<sup>4</sup>. De même, sur le plan de l'élément moral, l'état d'esprit du chef d'entreprise relève plus de la négligence que du dol. Pourtant, il est souvent reproché aux dirigeants des infractions intentionnelles<sup>5</sup>, ce qui conduit à vivifier la théorie du *dol éventuel* : le défaut de prévention ou de contrôle est assimilé à l'intention. Sous cette réserve, le terrain de prédilection de la responsabilité du chef d'entreprise reste quand même celui des fautes non intentionnelles, telles que les homicides ou les blessures involontaires en cas d'accidents du travail. À cet égard, on notera que la réforme du 10 juillet 2000 aurait dû faciliter l'exonération des dirigeants, puisqu'ils apparaissent comme des *auteurs indirects*. Néanmoins, la jurisprudence retient très facilement à leur rencontre (en tout

1. Crim. 23 oct. 1984, *D.* 1985, IR 134.

2. Crim. 2 févr. 1954, *JCP* 1954. II. 8318.

3. Crim. 16 déc. 1956, *Bull. crim.* n° 1481. V. sur la question V. Malabat, « La responsabilité pénale du subordonné », *Mélanges B. Bouloc*, Dalloz, 2007, p. 681 s.

4. V. Crim. 28 févr. 1956, *Widerkehr*, préc. ; V. également Crim. 23 avr. 1992, *Bull. crim.* n° 179.

5. V. Crim. 28 oct. 1998, *Bull. crim.* n° 281 (publicité illicite en faveur du tabac).

cas plus facilement que pour les décideurs publics) des fautes qualifiées, soit sous la forme d'une faute délibérée<sup>1</sup>, soit le plus souvent sous la forme d'une faute caractérisée<sup>2</sup>.

- 325 Preuve de la faute.** Enfin, sur le terrain de la preuve, la faute du dirigeant est en pratique présumée : les juges considérant que la violation des prescriptions légales ou réglementaires par le préposé implique une négligence du dirigeant dans son devoir de contrôle et de surveillance. Or la preuve contraire est très difficile à rapporter. Il ne reste alors aux dirigeants qu'à tenter de s'exonérer par la preuve d'une délégation de pouvoir.

## **B. Le transfert de la responsabilité**

---

- 326 Délégation de pouvoirs.** Le chef d'entreprise peut contester sa participation à l'infraction commise par ses préposés en prouvant une délégation de pouvoirs<sup>3</sup>, c'est-à-dire en démontrant que l'infraction a été commise dans un service dont il avait confié la direction ou la surveillance à « une personne pourvue de l'autorité, de la compétence et des moyens nécessaires pour veiller à l'observation des lois »<sup>4</sup>. Cette cause d'exonération ou ce « pare-feu »<sup>5</sup> d'origine prétorienne – et timidement consacrée par la loi en matière d'hygiène ou de sécurité du travail (C. trav., art. L. 4741) – permet de mieux répartir le risque pénal dans l'entreprise<sup>6</sup> et constitue un fonctionnement normal dans les grandes entreprises. L'absence de délégation peut d'ailleurs caractériser une faute d'organisation, qui pourra éventuellement être reprochée au chef d'entreprise en cas d'accident<sup>7</sup>. Plus précisément, il s'agit de faire peser la respon-

---

1. V. Crim. 12 sept. 2000, RSC 2001. 157, obs. Y. Mayaud.

2. V. Crim. 16 janv. 2001, RSC 2001. 576, obs. Y. Mayaud.

3. Crim. 28 juin 1902, S. 1904. 1. 303. ; Crim. 21 févr. 1968, *Morel*, in J. Pradel, A. Varinard, *GADPG*, *op. cit.*, n° 37.

4. Crim. 11 mars 1993 (5 arrêts), *Bull. crim.* n° 112 (publicité mensongère, contrefaçon, achat sans facture, revente à perte).

5. B. de Lamy, « La liberté d'entreprendre et le droit pénal », *Dr. pénal* 2010.

6. Sur la délégation de pouvoirs, V. E. Dreyer, « Les pouvoirs délégués afin d'exonérer le chef d'entreprise », *D.* 2004. Chron. 937 ; F. Douchez, B. de Lamy, M. Seconds, « La délégation de pouvoirs du chef d'entreprise : principe et actualité », *Dr. pénal* 2010. Étude 6 et pour un panorama de jurisprudence L. Jean, « Délégation de pouvoirs et responsabilité pénale », *Dr. pénal* 2010. Étude 8.

7. V. par ex. Crim. 20 mai 2008, n° 08-80.896, *Dr. pénal* 2008. Chron. 9, obs. M. Segonds.

sabilité sur celui qui exerce concrètement l'autorité, grâce au pouvoir de décision qui lui a été conféré<sup>1</sup>.

Cette délégation ne requiert aucune forme particulière ; l'important est qu'elle soit « certaine et exempte d'ambiguïtés »<sup>2</sup> et qu'elle ne soit pas générale, mais partielle et limitée.

Quant au fond, la délégation n'est efficace qu'à cinq conditions : premièrement, la loi ne doit pas s'y opposer<sup>3</sup>. Deuxièmement, le dirigeant ne doit pas avoir pris part personnellement à l'infraction : il ne doit pas s'être immiscé dans les pouvoirs du délégué<sup>4</sup>. Troisièmement, le pouvoir doit être déléguable : telle est la question des « pouvoirs propres de direction » insusceptibles de délégation. Il semble, à ce titre, que le dirigeant ne puisse pas abandonner son pouvoir de contrôle sur le délégataire, ni certainement son pouvoir de prendre des décisions stratégiques (sinon il ne serait plus dirigeant)<sup>5</sup>. Quatrièmement, la délégation doit émaner du véritable titulaire de ces prérogatives. Ainsi, il a été jugé que le président d'une société anonyme, poursuivi pour détention en vue de la vente de produits contenant de l'amiante, ne pouvait pas s'exonérer en invoquant une délégation de pouvoir consentie au directeur général par le conseil d'administration, parce qu'en l'occurrence il aurait dû procéder *lui-même* à la délégation<sup>6</sup>. Cinquièmement, toute délégation doit porter sur la « compétence », « l'autorité » et les « moyens » nécessaires. L'autorité semble être la condition essentielle servie par les deux autres : le juge vérifiera *in concreto* que délégataire disposait bien d'un pouvoir de commandement suffisant pour obtenir des salariés placés sous sa surveillance l'obéissance nécessaire au respect des lois<sup>7</sup>. Cette exigence explique que la délégation d'une même tâche

1. V. par ex. Crim. 6 mars 2001, *Dr. pénal* 2001. 75, obs. J.-H. Robert ; Crim. 17 juin 2003, n° 02-84.224, *Dr. pénal* 2003. 127, obs. ; J.-H. Robert.

2. Crim. 2 févr. 1982, *Bull. crim.* n° 36.

3. V. par ex. Crim. 14 oct. 2003, *Bull. Crim.* n° 190.

4. Crim. 9 nov. 2010, n° 10-81.074, *Dr. pénal* 2010. 39, obs. J.-H. Robert.

5. V. par ex. Crim. 15 mai 2007, *RPDP* 2008. 629 obs. L. Leturmy (malgré une délégation de pouvoirs le chef d'entreprise demeure responsable des infractions relatives à la présentation du bilan social, au motif que ce bilan relève de son pouvoir propre de direction).

6. Crim. 17 oct. 2000, *Dr. pénal* 2001. 22, obs. J.-H. Robert.

7. V. par ex. Crim. 8 déc. 2009, *D.* 2010. 1664, obs. C. Mascala (délégation non valable en raison de la jeunesse du délégataire).

à plusieurs personnes ou *codélégation* ne soit pas admise, car l'autorité serait alors diluée. En revanche, la *subdélégation* est possible<sup>1</sup>, à condition toutefois qu'elle ait été autorisée par le dirigeant.

À noter enfin qu'un même délégué peut être désigné par un groupement de sociétés – ce qui est fréquent sur les chantiers – et la Cour de cassation estime alors, qu'en cas d'accident du travail, les infractions en matière d'hygiène et de sécurité des travailleurs commises par le délégataire désigné par l'ensemble des sociétés, engage la responsabilité de la personne morale, membre du groupement, qui est l'employeur de la victime<sup>2</sup>. Dans ce cas la délégation est surtout remarquable en ce qu'elle a pour effet d'engager la responsabilité d'une personne morale, autre que celle qui emploie le délégataire à titre principal.

## § 2. La responsabilité des personnes morales

**327 Origine.** Si l'on considère que les personnes morales sont des êtres fictifs, il est difficile d'envisager leur responsabilité pénale car elles ne peuvent pas discerner le bien et le mal et elles ne peuvent pas non plus être intimidées par la menace d'une peine. Certes, l'ancien droit criminel punissait les « communautés des villes, bourgs et villages, corps et compagnies » (Ord. criminelle, 1670, titre XXI) pour juguler une certaine indiscipline politique mais la Révolution, en supprimant les corporations (Loi Le Chapelier, 14 et 17 juin 1791), a également supprimé ce type de punition collective et le Code pénal de 1810 ne les a pas rétablies. La jurisprudence est alors longtemps restée fidèle à la responsabilité personnelle, fondée sur la faute et a considéré les groupements, sauf disposition particulière<sup>3</sup>, comme irresponsables car dépour-

1. Crim. 30 oct. 1996, *Bull. crim.* n° 116.

2. Crim. 13 oct. 2009, *JCP* 2010. Note 152, J.-H. Robert ; *D.* 2010. 557, note J.-C. Planque.

3. Crim. 17 mai 1930, *Bull. crim.* n° 154 ; Crim. 6 févr. 1975, *Bull. crim.* n° 43. À noter que des ordonnances du 5 mai, du 30 mai et du 30 juin 1945 avaient prévu une responsabilité des entreprises de presse coupables de collaboration avec l'ennemi, ainsi qu'une responsabilité en matière de réglementation des changes.

vus d'intelligence et de volonté<sup>1</sup>. De surcroît, une telle responsabilité est longtemps apparue inutile car, lorsque l'activité du groupement avait occasionné une infraction, la responsabilité indirecte des dirigeants ou des représentants pouvait toujours être recherchée<sup>2</sup>. Tout au plus, le législateur a-t-il envisagé, dans certains cas, de faire supporter à la personne morale la charge des amendes prononcées contre des dirigeants ou des préposés<sup>3</sup>.

**328 Principe.** Néanmoins, le rôle croissant joué par les personnes morales, sur la scène économique ou juridique, a poussé le législateur à consacrer la responsabilité pénale des personnes morales. L'idée avait été adoptée dès 1976 dans un avant-projet de Code pénal et, comme aucun obstacle constitutionnel ne semblait s'y opposer<sup>4</sup>, elle a finalement pris place dans l'article 121-2 de l'actuel Code, dont l'alinéa 1<sup>er</sup> dispose, dans sa rédaction issue de la loi du 9 mars 2004, entrée en vigueur le 31 décembre 2005, que « les personnes morales, à l'exclusion de l'État, sont responsables pénalement, selon les distinctions des articles 121-4 à 121-7, des infractions commises, pour leur compte, par leurs organes ou représentants »<sup>5</sup>.

**329 Fondement.** Cette responsabilité est particulière : elle se décrète plus qu'elle ne se constate et il n'est pas certain qu'on puisse lui trouver un fondement théorique<sup>6</sup> : il s'agit d'un mécanisme *sui generis* d'imputation légale, essentiellement pragmatique, qui ne requiert aucune condition d'imputabilité de la part du groupe-

1. Crim. 10 janv. 1929, *Bull. crim.* n° 14 ; Crim. 6 juill. 1954, *Bull. crim.* n° 250.

2. Crim. 28 nov. 1973, *Bull. crim.* n° 440.

3. Ainsi, en matière d'infractions à la réglementation sur les débits de boissons, le tribunal peut, en raison des circonstances de fait, déclarer la personne morale solidairement responsable, en tout ou en partie, des amendes prononcées contre les préposés ou les dirigeants (CSP, art. L. 3351-7).

4. Cons. const. 30 juill. 1982 : « il n'existe aucun principe à valeur constitutionnelle s'opposant à ce qu'une amende puisse être infligée à une personne morale ».

5. Sur la suppression de la formule « et dans les cas prévus par la loi ou le règlement », V. ss 334.

6. Seules les doctrines positivistes seraient à même de la justifier, puisqu'elles sont indifférentes à la notion de faute (v. en ce sens, J.-H. Robert, *Droit pénal général, op. cit.*, p. 363). Néanmoins, en réalité la responsabilité des personnes morales n'a pas été pensée en fonction de leur dangerosité (structures intrinsèquement vicieuses, mesures de sûreté), mais plutôt en fonction de leur patrimoine (importance de l'impact économique des sanctions pénales). V. plus explicitement en ce sens l'article 14 du *Corpus Juris*, portant dispositions pénales pour la protection des intérêts financiers de l'Union européenne, relatif à la responsabilité pénale des groupements (dir. M. Delmas-Marty, *Economica*, 1997, p. 71-73). V. également J. Amar, « Contribution à l'analyse économique de la responsabilité pénale des personnes morales », *Dr. pénal* 2001. Chron. 37.

ment<sup>1</sup> et qui s'harmonise mal avec les notions de faute ou de dol<sup>2</sup>. Tout au plus peut-on dire aujourd'hui qu'il ne s'agit pas d'une responsabilité du fait d'autrui mais bien d'une « responsabilité du fait personnel par représentation » : elle est encore indirecte ou subséquente, parce qu'elle suppose une infraction commise par un organe ou un représentant, mais elle est aussi personnelle parce que l'organe ou le représentant exprime la volonté même de la personne morale ; il en constitue en quelque sorte le « substratum humain » pour reprendre une expression d'Henri Donnedieu de Vabres<sup>3</sup>. Autrement dit, l'infraction commise par l'organe ou le représentant est une infraction personnellement commise par la personne morale<sup>4</sup>. Il convient pour s'en convaincre de décrire le domaine (A) et les conditions de cette responsabilité (B).

## A. Le domaine d'imputation

**330** *Ratione personae et ratione materiae.* Le domaine de la responsabilité pénale des personnes morales doit être défini, d'une part, quant aux personnes morales susceptibles de voir leur responsabilité engagée (1) et, d'autre part, quant aux infractions susceptibles de leur être imputées (2).

### 1. Quant aux personnes morales

**331** **Existence.** La responsabilité d'une personne morale dépend de son existence et de sa nature. Il ne suffit pas d'être un groupement pour assumer pénalement les infractions commises en son sein, encore faut-il avoir la personnalité morale. Cette exigence (qui est certainement liée à l'existence d'un patrimoine identifiable) devrait conduire à exclure la responsabilité des sociétés en partici-

1. V. cependant la proposition d'E. Dreyer de faire de l'exigence d'une infraction commise pour le compte de la personne morale par ses organes ou représentants une condition d'imputabilité, E. Dreyer, « Responsabilité pénale des personnes morales : question d'imputation ou d'imputabilité ? » *Gaz. Pal. Spécialisée*, 2015, n° 305 à 307, p. 24.

2. Des règles particulières sont également prévues en ce qui concerne la procédure (C. pr. pén., art. 706-41 à 706-46) et les sanctions (C. pén., art. 131-37 s.). Sur les sanctions, V. ss 393.

3. H. Donnedieu de Vabres, « Les limites de la responsabilité pénale des personnes morales », *RID pén.* 1950. 339.

4. F. Desportes, F. Le Guehec, *Droit pénal général, op. cit.*, n° 599-1. Sur le caractère personnel de la responsabilité des personnes morales et l'idée d'une « faute diffuse », V. J.-C. Saint-Pau, « La responsabilité des personnes morales : réalité et fiction », in *Le risque pénal dans l'entreprise*, Litec, Carré droit, 2003, p. 72 s.

pation ou des sociétés créées de fait, dépourvues de personnalité juridique, ainsi que les groupes de sociétés. Dans ce dernier cas, il convient de rechercher la responsabilité de chaque société en tant que coauteur ou complice. En outre, l'exigence de la personnalité morale conduit à ce que la responsabilité pénale s'éteigne avec la *disparition* de celle-ci. La question s'est présentée en cas de fusion-absorption d'une société par une autre : il a été jugé que la société absorbante ne devenait pas, par substitution, coupable des délits reprochés à la société absorbée car l'absorption avait fait perdre son existence juridique à la société absorbée<sup>1</sup>. Cette solution a été réitérée<sup>2</sup> et elle se comprend car elle s'appuie sur le principe de personnalité des peines et repose sur le fait que la fusion-absorption entraîne la disparition de la société absorbée sans liquidation, de sorte qu'il ne serait même pas possible de considérer que la personne morale survit lors des opérations de liquidation. En revanche, on aurait pu penser que la solution serait différente en cas de dissolution puisque celle-ci s'accompagne nécessairement d'une liquidation. Mais la Cour de cassation a estimé, dans une affaire où une société était poursuivie pour homicide involontaire à la suite d'une contamination par l'amiante, que la dissolution et la liquidation de cette société en cours d'instruction, devaient conduire à un non-lieu<sup>3</sup>. Cette solution peut paraître choquante, puisqu'en définitive une manipulation juridique conduit à ce qu'un responsable (parfois, comme en l'espèce, le seul) disparaisse<sup>4</sup>. De ce point de vue – celui de la facilité –, la situation n'est certainement pas comparable avec le cas de la personne physique poursuivie qui se suiciderait avant son procès, même si dans ce dernier cas, comme dans celui d'un décès naturel ou accidentel, la présomption d'innocence s'oppose à ce qu'une responsabilité pénale non constatée soit transmise

1. Crim. 20 juin 2000, *Bull. crim.* n° 237 ; *D.* 2001. 853, note H. Matsopoulou.

2. Crim. 14 oct. 2003, *Bull. crim.* n° 189 ; *D.* 2004. Somm. 319, obs. G. Roujou de Boubée ; il en résulte que l'extinction de l'action publique doit être constatée : Crim. 9 sept. 2009, n° 08-87312.

3. Crim. 15 nov. 2005, *RPDP* 2006. 380, obs. X. Pin.

4. V. M. Segonds, « Frauder l'article 121-2 du Code pénal », *Dr. pénal* 2009. Étude 18. Comp. avec le cas des sanctions administratives, dont la finalité est régulatrice : la jurisprudence estime qu'il y a continuité économique de l'entreprise donc maintien des sanctions, lorsque la dissolution est intervenue dans l'unique but d'échapper aux poursuites, Com., 15 juin 1999, n° 97-16439.

aux héritiers<sup>1</sup>. Toutefois, la solution retenue par la jurisprudence française ne s'accorde pas avec celle de la Cour de justice de l'Union européenne qui a jugé le 5 mars 2015 qu'une fusion par absorption entraîne nécessairement transmission à la société absorbante de la responsabilité pénale de la société absorbée ; cette solution s'appuie sur une directive fusion du 9 octobre 1978, qui est transposable à l'actuelle directive fusion 2011/35/UE, aux termes de laquelle la fusion conduit au transfert de l'ensemble du patrimoine de la société absorbée à la société absorbante, la finalité de cette directive étant de protéger les intérêts des associés, des créanciers et des tiers<sup>2</sup>. Malgré tout, la Cour de cassation maintient sa position et estime que la troisième directive 78/855/CEE du Conseil du 9 octobre 1978 concernant les fusions des sociétés anonymes, qui a été codifiée par la directive 2011/35/UE du Parlement européen et du Conseil du 5 avril 2011, telle qu'interprétée en son article 19 paragraphe 1 par la Cour de justice de l'Union européenne dans l'arrêt du 5 mars 2015, est dépourvue d'effet direct à l'encontre des particuliers, et que « l'article 121-1 du Code pénal ne peut s'interpréter que comme interdisant que des poursuites pénales soient engagées à l'encontre de la société absorbante pour des faits commis par la société absorbée avant que cette dernière perde son existence juridique »<sup>3</sup>. Cette position peut se comprendre car il est difficile, d'un point de vue français, d'assimiler les intérêts de l'État ou de la Société en général, titulaire de l'action publique, aux intérêts financiers des créanciers de la société absorbée. Il n'empêche qu'il va bien falloir trouver une solution à ce conflit de jurisprudence<sup>4</sup>.

**332 Nature.** En ce qui concerne la nature des personnes morales, il convient de noter que les personnes morales de droit privé sont toutes susceptibles d'engager leur responsabilité. Sont donc concernées les sociétés civiles ou commerciales, les sociétés d'éco-

1. CEDH, 29 août 1997, n° 71-1996-690-882, A.P., M. P. et T.P. c. Suisse.

2. CJUE, 5<sup>e</sup> ch., 5 mars 2015, aff. C-343/13, *Modelo Continente Hipermercados SA c. Autoridade para as Condições de Trabalho* : JCP G, 2015, Le mot de la semaine, 605, obs. A. Dethomas (Vers la fin du décès par fusion ?).

3. Crim. 25 oct. 2016, n° 16-80366, RSC 2017. 297, obs. H. Matsopoulou.

4. R. Hervet, A. Salon, « Fusion par absorption et transfert de la responsabilité pénale : comment désamorcer le conflit jurisprudentiel naissant ? », *Dr. pénal* 2017, étude 9, p. 11.

nomie mixtes<sup>1</sup>, les personnes morales qui ne poursuivent aucun but lucratif (associations, syndicats), ainsi que les personnes morales étrangères, à condition toutefois de trouver, pour ces dernières, un critère de rattachement avec le droit français<sup>2</sup>.

En revanche, les personnes morales de droit public sont plus restrictivement concernées<sup>3</sup>. Tout d'abord, selon l'article 121-1, alinéa 1<sup>er</sup>, la responsabilité de l'État est exclue : l'État ne peut en effet pas punir et se punir. Ensuite, s'agissant des collectivités territoriales (communes, départements, régions) et de leurs groupements (syndicats ou communautés de communes), l'alinéa 2 du même texte prévoit qu'ils « ne sont responsables pénalement que des infractions commises dans l'exercice d'activités susceptibles de faire l'objet de conventions de délégation de service public ». Le domaine de la responsabilité des personnes morales de droit public est donc celui des activités susceptibles de faire l'objet d'une convention de délégation de service public, ce qui exclut toute activité régaliennne ou de puissance publique<sup>4</sup>. Quant à la définition de l'activité susceptible de convention de délégation de service public, il s'agit, selon la jurisprudence, de « toute activité ayant pour objet la gestion d'un tel service lorsqu'au regard de la nature de celui-ci et en l'absence de dispositions légales ou réglementaires contraires, elle peut être confiée, par la collectivité territoriale, à un délégataire public ou privé rémunéré, pour une part substantielle, en fonction des résultats de l'exploitation »<sup>5</sup>. Cette définition qui s'inspire de celle donnée par la loi Murcef du 11 décembre 2001 aux conventions de délégation de service

1. Qui sont des personnes morales de droit privé, T. confil., 8 juill. 1963, *Sté Entreprise Peyrot*, GAJA 200, n° 84 ; V. Crim. 9 nov. 1999, *Bull. crim.* n° 252 ; *Dr. pénal* 2000. 56, obs. M. Véron (société d'économie mixte responsable d'une avalanche meurtrière).

2. Sauf si le texte d'incrimination ne le permet pas, V. pour l'abus de biens sociaux, Crim. 3 juin 2004, RSC 2004. 892, note D. Rebut.

3. V. A. Maron, J.-H. Robert, « Cent personnes morales pénalement condamnées », *Dr. pénal* 1998. Chron. 22-24 et 28.

4. Ainsi le pouvoir de police du maire n'est pas susceptible de délégation. Par exemple, si une avalanche causant un homicide involontaire est déclenchée hors piste, sur le territoire d'une commune, celle-ci n'est pas pénalement responsable. En revanche, si l'avalanche se produit sur un secteur skiable, l'exploitation de ce domaine étant susceptible d'une délégation de service public industriel et commercial, la collectivité qui l'exploiterait en régie serait pleinement responsable, V. Crim. 14 mars 2000, *Bull. crim.* n° 14.

5. Crim. 3 avr. 2002, *Cne Saint-Maur-des-Fossés et Cie Axia assurances*, *Dr. pénal* 2002. 95, obs. M. Véron (exploitation d'un théâtre municipal).

public, pose donc comme critère décisif celui de la « rémunération, pour une part substantielle, en fonction du résultat ». Selon ce critère, les activités de transports en commun, de service des eaux, de gestion du stationnement, de cantines scolaires, etc. sont susceptibles de faire l'objet de délégation de service public. À l'inverse, toute activité de service public non rétribuée substantiellement en fonction du résultat ne devrait engendrer aucune responsabilité pénale de la collectivité. Il en est ainsi de l'activité d'enseignement<sup>1</sup> mais également, et plus curieusement, de l'activité périscolaire de plein air proposée par une école privée<sup>2</sup>. Cela dit, les débats judiciaires portent en général moins sur le caractère déléguable ou non de l'activité à l'occasion de laquelle l'infraction a été constituée, que sur le point de savoir si l'infraction est réellement établie<sup>3</sup>. Enfin, les autres personnes morales de droit public, comme les établissements publics ou les groupements d'intérêt public, sont responsables sans limitation mais les peines de dissolution et de surveillance judiciaire ne peuvent être prononcées contre elles (C. pén., art. 131-39 *in fine*).

## **2. Quant aux infractions**

**333 Discussion.** La responsabilité des personnes morales était originellement gouvernée par un principe de spécialité. Les personnes morales ne pouvant être punies que si une disposition textuelle le prévoyait expressément. La responsabilité pénale de la personne morale était donc présentée comme une exception. Mais l'exception a pris de l'ampleur, puisque de nombreux textes répressifs sont venus, de manière désordonnée, étendre le champ d'application de cette responsabilité, laissant le sentiment qu'elle était parfois prévue à toutes fins utiles. Il en résultait un ensemble de cas très hétéroclites<sup>4</sup> et parfois surprenants, comme la possibilité, ajoutée par la loi du 12 juin 2001 renforçant la lutte contre les mouvements sectaires, de poursuivre les personnes morales pour

1. Crim. 11 déc. 2001, *Dr. pénal* 2002. 40, obs. M. Véron (fourniture par une région de machines destinées à un enseignement technique, dont l'une ne présentait pas les garanties de sécurité réglementaires ; région non responsable).

2. Crim. 12 déc. 2000 (aff. du *Drac*), *Dr. pénal* 2001. 43, obs. M. Véron.

3. V. par ex. Crim. 14 nov. 2017, n° 16-86524 et Crim. 24 oct. 2017, n° 16-85975, *Gaz. Pal.* 2018, n° 3, p. 45, obs. E. Dreyer.

4. O. Sautel, « La responsabilité des personnes morales : entre litanie et liturgie », *D.* 2002. 1147.

des infractions sexuelles. Au reste, des discordances ont été créées. On pouvait ainsi se demander pourquoi une société pouvait être responsable pour un harcèlement sexuel commis par un représentant et non pour un harcèlement moral. Sans compter, que l'admission désordonnée de cette responsabilité a révélé des vides juridiques (notamment en droit des sociétés commerciales, en droit de l'urbanisme ou en droit du travail) et des incohérences : il était par exemple déplorable qu'en matière d'homicide involontaire lié à un accident du travail, l'article 221-7 du Code pénal prévît la responsabilité des personnes morales alors que l'article L. 263-2 du Code du travail la passait sous silence<sup>1</sup>. D'aucuns ont donc souhaité la suppression du principe de spécialité et la généralisation de la responsabilité pénale des personnes morales<sup>2</sup>. La Cour de cassation a également pris ses distances avec le principe de la spécialité en considérant, en matière douanière, dans un arrêt remarqué du 5 février 2003<sup>3</sup>, que l'article 399 du Code des douanes, qui punit « quiconque » a participé à un délit de contrebande, pouvait s'appliquer aux personnes morales. Une solution identique avait certes déjà été retenue, sous l'empire de l'ancien Code, dans des cas d'infractions matérielles, pour lesquelles l'auteur était désigné par sa seule qualité juridique (propriétaire, employeur)<sup>4</sup>, mais son maintien sous l'empire du droit actuel semblait méconnaître la lettre de l'article 121-2 (encore que la Cour de cassation se soit bien gardée de viser ce texte). L'arrêt a donc pu être perçu comme un appel au législateur pour un abandon du principe de spécialité.

1. V. également le délit d'abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de faiblesse, qui connaît la responsabilité de la personne morale dans le Code pénal (C. pén., art. 223-15-5), mais pas dans le Code de la consommation (C. consom., art. L. 122-8).

2. Mais à condition qu'elle soit réfléchie, compte tenu notamment des difficultés d'application des peines, V. J.-C. Planque, « Plaidoyer pour une suppression réfléchie de la spécialité de la responsabilité pénale des personnes morales », *LPA* 2004, n° 5, p. 3 s.

3. Crim. 5 févr. 2003, *Bull. crim.* n° 24 ; *D.* 2003. 2855, note J.-C. Planque ; *RSC* 2003. 554, obs. B. Bouloc. Une solution semblable a été adoptée en matière fiscale : Crim. 22 mars 2006, *Dr. pénal* 2006. 87, obs. J.-H. Robert ; la responsabilité pénale des personnes morales du fait des infractions fiscales échappe à l'article 121-2 du Code pénal, avec notamment cette particularité qu'elle peut être engagée par la faute de n'importe quel de ses agents, pas forcément un organe ou un représentant.

4. Crim. 7 janv. 1986, *Bull. crim.* n° 8, V. F. Desportes et F. Le Gunehec, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 574.

**334 Abandon du principe de la spécialité.** Cet appel aura été entendu puisque la loi du 9 mars 2004 a généralisé la responsabilité pénale des personnes morales en supprimant, dans le premier alinéa de l'article 121-2 du Code pénal, la phrase « et dans les cas prévus par la loi ou le règlement »<sup>1</sup>. Cette suppression est effective depuis le 31 décembre 2005<sup>2</sup>. À noter toutefois que la loi du 9 mars 2004 a exclu la responsabilité des personnes morales dans le domaine de la presse écrite et audiovisuelle (L. 29 juill. 1881, art. 43-1 ; L. 29 juill. 1982, art. 93-4). En outre, cette généralisation n'a pas été accompagnée d'une réflexion poussée sur les peines applicables<sup>3</sup>, de sorte qu'une distorsion est apparue entre les personnes morales condamnées sur le fondement d'un texte qui prévoyait, antérieurement à la réforme, des peines spécifiques et celles condamnées sur le fondement d'un texte qui ne se réfère qu'aux peines encourues par les personnes physiques. Dans ce dernier cas, en matière délictuelle par exemple, seule l'amende et la sanction-réparation sont encourues, non les peines énoncées à l'article 131-39 du Code pénal, qui pourtant permettent une meilleure personnalisation<sup>4</sup>. La loi du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit y a partiellement remédié en redéfinissant les peines d'un grand nombre d'infractions. Pour autant le législateur demeure contraint, lorsqu'il crée de nouvelles incriminations, de prévoir des peines spécifiques aux personnes morales, à moins qu'à l'avenir il ne généralise les peines énoncées dans la partie générale du Code pénal. L'ennui est que cette dernière solution serait difficilement conciliable avec le principe de prévisibilité de la loi pénale, spécialement pour les incriminations existant hors Code pénal.

1. V. N. Stolowy, « La disparition du principe de spécialité dans la mise en cause pénale des personnes morales », *JCP* 2004. I. 138.

2. V. E. Pire, « Responsabilité des personnes morales : difficultés de droit transitoire », *D.* 2004. Point de vue 1650.

3. V. J.-C. Planque, « Faute de loi... se contentera-t-on de circulaire ? », *D.* 2006. Point de vue 1836.

4. Sur ces peines v. ss 395 et 396.

## B. Les conditions d'imputation

**335 Infraction imputable à un organe ou à un représentant.** La personne morale peut se voir imputer une infraction en tant qu'auteur ou complice (C. pén., art. 121-2, al. 2), dès lors que cette infraction est commise par un organe ou un représentant **(1)**, pour son compte **(2)** et qu'elle est caractérisée, en tous ses éléments, à l'encontre de l'organe ou du représentant **(3)**.

### 1. Infraction commise « par les organes ou représentants » de la personne morale

**336 Notion d'organe ou de représentant.** La première condition d'imputation est que l'infraction soit commise par un *organe* ou un *représentant* de la personne morale. Les organes ne sont pas difficiles à définir, ce sont les personnes ou les assemblées désignées par les statuts ou par la loi, comme étant les dirigeants (P.-D.G., maire, assemblée générale, conseil municipal), ce qui devrait exclure les *dirigeants de fait*<sup>1</sup>, encore que la doctrine soit divisée sur ce point<sup>2</sup>. Quant aux représentants, leur définition fait débat, lorsqu'ils sont distincts des organes. En principe, il devrait s'agir de ceux qui, comme les organes, peuvent engager le patrimoine de la personne morale. Tel est le cas du chef d'entreprise, qui ne serait pas un organe (par exemple, un directeur de publication) ou de l'administrateur judiciaire et provisoire<sup>3</sup>. Mais la jurisprudence adopte une conception plus large encore, en jugeant qu'un « déléataire de pouvoirs », au sens qu'elle lui donne habituellement<sup>4</sup>, est un représentant<sup>5</sup>. Il peut donc s'agir d'un simple salarié<sup>6</sup> ou de toute personne ayant un pouvoir d'agir au nom de la personne morale, en vertu d'un mandat, ou selon la jurisprudence d'une simple délégation de pouvoirs « de fait »<sup>7</sup>. Cette solution, approu-

1. V. *contra* T. corr. Strasbourg, 9 févr. 1996, *Annonces Seine* 1996, n° 24, p. 10.

2. Pour le débat, V. F. Desportes, F. Le Gunehec, *Droit pénal général, op. cit.*, n° 606.

3. V. C. Ruellan, « La responsabilité des administrateurs provisoires et judiciaires du fait de leur administration », *Dr. pénal* 2000. Chron. 25.

4. V. ss 326.

5. Crim. 1<sup>er</sup> déc. 1998, *Sté Mazzoti*, D. 2000. 34, note M.-A. Houtmann. V. également Crim. 9 nov. 1999, *Dr. pénal* 2000. 56, obs. M. Véron ; Crim. 14 déc. 1999, *JCP* 2000. IV. 1597 (chef de chantier).

6. Crim. 30 mai 2000, *Bull. crim.* n° 206 (titulaire d'une délégation de pouvoirs).

7. Crim. 27 févr. 2018, n° 17-81457, *Dr. pénal* 2018, comm. 76, obs. Ph. Conte ; comm. 87, obs. J.-H. Robert.

vée par certains<sup>1</sup>, peut être critiquée au regard du principe de la légalité<sup>2</sup>, d'autant qu'il résulte des travaux préparatoires que le législateur a voulu exclure les délégataires de pouvoirs de la catégorie des représentants, en raison du caractère spécial de leur mission. Malgré tout, la Cour de cassation a maintenu sa position en jugeant clairement, le 25 mars 2014, que « le salarié d'une société titulaire d'une délégation de pouvoirs en matière d'hygiène et de sécurité, et comme tel investi dans ce domaine de la compétence, de l'autorité et des moyens nécessaires à l'exercice de sa mission, est un représentant de la personne morale au sens de l'article 121-2 du Code pénal, et engage la responsabilité de celle-ci en cas d'atteinte involontaire à la vie ou à l'intégrité physique trouvant sa cause dans un manquement aux règles qu'il était tenu de faire respecter en vertu de sa délégation »<sup>3</sup>. En revanche, le préposé d'une société qui agit pour le compte et dans l'intérêt de celle-ci n'est pas son représentant en l'absence d'une délégation de pouvoirs<sup>4</sup>. La Haute juridiction a pourtant admis qu'un salarié non délégué puisse être représentant de la personne morale au sens de l'article 121-2 du Code pénal<sup>5</sup>. Cet arrêt est surprenant.

**337 Implication de l'organe ou du représentant.** Ces précisions étant apportées, les juges du fond doivent démontrer en quoi les agents, ayant agi pour le compte de la personne morale, sont bien ses organes ou ses représentants. Tel était du moins la position initiale de la Cour de cassation<sup>6</sup>, qui dans les années 2000 exigeait que l'organe ou le représentant soit identifié, en priant les juges du fond de « préciser quel organe ou représentant aurait engagé la responsabilité de la personne morale »<sup>7</sup>. Cette position était parfaitement conforme à l'idée selon laquelle les organes ou repré-

1. V. F. Desportes, F. Le Gunehec, *Droit pénal général*, op. cit., n° 608.

2. V. J.-H. Robert, « Les préposés délégués sont-ils les représentants de la personne morale ? », *Mélanges P. Couvrat*, PUF, 2001, p. 381.

3. Crim. 25 mars 2014, n° 13-80376, *JCP G* 2014, 716 note J.-H. Robert.

4. Crim. 17 oct. 2017, n° 16-80821, *Dr. pénal* 2017, comm. 176, obs. Ph. Conte.

5. V. Crim. 21 nov. 2017, n° 16-86667 ; *RTD com.* 2018, 219, obs. L. Saenko.

6. Crim. 18 janv. 2000, *Dr. pénal* 2000, 72, obs. M. Véron (accident mortel sur une voie ferrée imputé à un ingénieur et à des agents de maîtrise).

7. Crim. 23 avr. 2003, *Bull. crim.* n° 91 (délit de vente au déballage sans autorisation).

sentants représentent concrètement la personne morale<sup>1</sup>. Toutefois, cette exigence de preuve a été assouplie par la suite, la Cour de cassation se contentant parfois d'une présomption, jugeant qu'il importait peu que l'identité de l'auteur des manquements constitutifs du délit ne soit pas établie, « dès lors que cette infraction n'a pu être commise, pour le compte de la société, que par ses organes ou représentants »<sup>2</sup>. La doctrine a d'abord pensé que cette jurisprudence resterait limitée aux infractions non intentionnelles et au droit pénal des affaires, car dans d'autres domaines la Cour de cassation a maintenu l'exigence d'identification. Ainsi, ont été censurés des juges du fond qui avaient imputé un abus de confiance à une société sans rechercher si le délit avait été commis pour le compte de cette société par l'un de ses organes ou représentants<sup>3</sup>. Mais dans une affaire très remarquée, la Haute juridiction a étendu son raisonnement déductif à des infractions intentionnelles de droit commun, en admettant que des faux s'inscrivaient « dans le cadre de la politique commerciale » des sociétés en cause et qu'ils ne pouvaient dès lors avoir été commis, pour le compte de ces sociétés, « que par leurs organes ou représentants »<sup>4</sup>. Durant l'année 2010, la Cour de cassation est même allée plus loin, en dépassant la technique de la présomption ou de la preuve par implication pour véritablement procéder à une « amputation »<sup>5</sup> de la condition d'organe ou de représentant, en matière d'infraction non intentionnelle : il a ainsi été reproché à un hôpital « une défaillance manifeste du service d'accueil des urgences » qui avait conduit au décès d'une patiente, sans qu'au-

1. J.-C. Saint Pau, note sous Crim. 23 avr. 2003, *D.* 2004. 167.

2. Crim. 20 juin 2006, *JCP* 2006. II. 10199, note E. Dreyer (chute mortelle d'un travailleur ayant emprunté une passerelle métallique qui, du fait de sa corrosion, a cédé sous son poids). V. également Crim. 27 juin 2007, *Dr. pénal* 2007. 135, obs. M. Véron ; Crim. 15 janv. 2008, *Dr. pénal* 2008. 71, obs. M. Véron. V. également Crim. 15 févr. 2011, n<sup>o</sup> 10-85.324, *Dr. pénal* 2011. 62, obs. M. Véron (« les insuffisances du plan de prévention des risques étaient nécessairement imputables aux organes et aux représentants »).

3. Crim. 1<sup>er</sup> avr. 2008, *Dr. pénal* 2008. 140, obs. M. Véron.

4. Crim. 25 juin 2008, *Dr. pénal* 2008. 140, obs. M. Véron ; RSC 2008-2009. 89, obs. E. Fortis ; *Rev. sociétés* 2008. 873, obs. H. Matsopoulou ; Cette jurisprudence a été confirmée à propos du délit de tromperie sur les qualités d'une marchandise : Crim. 1<sup>er</sup> déc. 2009, *D.* 2010. 1663, obs. C. Mascala ; *JCP* 2010. 689, note J.-H. Robert.

5. V. L. Saenko, « De l'imputation par amputation ou le mode allégé d'engagement de la responsabilité pénale des personnes morales », *Dr. pénal* 2009. Étude 14.

cune personne physique ne soit précisément identifiée et désignées<sup>1</sup>. D'aucuns y ont vu un acheminement vers la responsabilité pénale directe des personnes morales<sup>2</sup>, voire une consécration de la théorie de la « faute diffuse »<sup>3</sup>, c'est-à-dire une responsabilité qui ne serait plus subordonnée à la preuve de l'implication de l'organe ou du représentant. Toutefois cette lecture *contra legem* de l'article 121-2 du Code pénal a été contestée. Des questions prioritaires de constitutionnalité ont même été posées, mais la Cour de cassation a refusé de les transmettre, estimant notamment que l'article 121-2 n'était pas en cause mais seulement son application jurisprudentielle<sup>4</sup>.

Cependant, par la suite, la chambre criminelle est revenue à une lecture plus stricte de l'article 121-2 du Code pénal. Ce retour a été amorcé par un arrêt du 11 octobre 2011<sup>5</sup>, puis confirmé par un arrêt du 11 avril 2012 à l'occasion d'un cas d'accident sur un chantier<sup>6</sup>. En l'espèce la Cour de cassation reprochait aux juges du fond de ne pas avoir mieux recherché si les manquements révélés résultaient d'un des organes ou représentants de la personne morale et s'ils avaient été commis pour le compte de celle-ci. L'année 2012 aura encore montré des hésitations puisque trois arrêts du 15 mai 2002, du 12 juin 2012<sup>7</sup> et du 26 juin 2012, rendus en formation restreinte<sup>8</sup> ont été interprétés comme étant en retrait par rapport à la solution d'avril. Il a fallu attendre un arrêt du 2 octobre 2012, à propos d'un accident survenu lors d'un groupement de chantiers, qui a réaffirmé que, pour condamner les

1. Crim. 9 mars 2010, n° 09-80.543, *Bull. crim.* n° 49 ; *D.* 2010. 2135, note J.-Y. Maréchal ; Crim. 16 mars 2010, n° 09-82.041, *Dr. pénal* 2010. 74, 3<sup>e</sup> esp., obs. M. Véron.

2. V. déjà J.-Y. Maréchal, « Plaidoyer pour une responsabilité pénale directe des personnes morales », *JCP* 2009. Doctr. 249 ; V. également H. Matsopoulou, « Responsabilité des personnes morales et infractions du droit pénal des affaires », in *Dépénalisation de la vie des affaires et responsabilité pénale des personnes morales*, PUF, CEPRISCA, 2009, p. 81.

3. Selon l'expression de J.-C. Saint-Pau, note sous Crim. 29 avr. 2003, *D.* 2004. 167.

4. Cass. QPC, 11 juin 2010, n° 09-87.884, *JCP* 2010. 1030, note J.-H. Robert, 1031, note H. Matsopoulou ; *Dr. pénal* 2010. 111, obs. M. Véron. V. également Crim. 29 mars 2011, n° 11-90.007 ; Crim. 27 avr. 2011, n° 11-90.013.

5. Crim. 11 oct. 2011, n° 10-87.212, *D.* 2011. Jurispr. 2841, note N. Rias ; *JCP* 2011. 1385, note J.-H. Robert ; *Gaz. Pal.*, 2012, n° 13 à 14, p. 32, obs. E. Dreyer ; *RDPD* 2012. 147, obs. J.-Y. Chevallier.

6. Crim. 11 avr. 2012, n° 10-86.974, *D.* 2012. J. 1381, note J.-C. Saint-Pau ; *JCP* 2012. 740, note J.-H. Robert.

7. Crim. 12 juin 2012, n° 11-83657 ; *Gaz Pal.*, 27 oct. 2012, p. 30, obs. E. Dreyer.

8. Crim. 15 mai 2012 n° 2012-014335 ; Crim. 12 juin 2002, n° 11-86267 ; Crim. 26 juin 2012, n° 11-86.267, *JCP G*, 1172, note J.-H. Robert.

sociétés d'un groupement, les juges du fond devaient rechercher si les manquements relevés résultaient de l'abstention d'un organe ou d'un représentant des sociétés prévenues, et s'ils avaient été commis pour le compte de ces sociétés au sens de l'article 121-2 du Code pénal<sup>1</sup>. Désormais, il apparaît donc que lorsque les juges du fond ont correctement effectué cette identification ou lorsque la représentation est incontestable, du fait notamment d'une délégation de pouvoirs, et que la condamnation de la personne morale est suffisamment motivée, celle-ci ne saurait être contestée<sup>2</sup>. Donc suivant la plus ou moins grande complexité des affaires, ou bien les juges déduiront facilement la participation de l'organe ou du représentant des circonstances<sup>3</sup>, ou bien, ils devront exiger l'identification de cet organe ou ce représentant et la preuve de son implication<sup>4</sup>, au besoin en ordonnant un supplément d'information<sup>5</sup>. Il n'y a pas d'incohérence entre ces arrêts<sup>6</sup> si l'on admet que ce n'est qu'une question de preuve et de motivation suffisante liée à la nature même des infractions et de leur contexte. Les arrêts les plus récents confirment d'ailleurs cette analyse. Ainsi, dans l'arrêt précité du 25 mars 2014, la chambre criminelle a semblé déduire l'implication de la société dans l'accident de la seule délégation opérée en matière d'hygiène et de sécurité<sup>7</sup>, alors qu'elle a exigé l'identification des organes et des représentants, dans le cas de poursuites pour contrefaçon d'une société de vente par corres-

1. Crim. 2 oct. 2012, n° 11-84-415, *Rev. sc. crim.* 2013, 73, obs. Y. Mayaud.

2. Crim. ; 11 déc. 2012, n° 11-87421, *Rev. sc. crim.* 2013, 73, obs. Y. Mayaud (salarié blessé par la rotation inopinée d'une balancelle, alors qu'il travaillait sur un pylône de téléphérique pour une opération de dépose de câbles, sous la responsabilité d'un chef de chantier dûment désigné comme délégué-taire).

3. Crim. 15 janv. 2013, n° 12-81-091 ; *Dr. pénal* 2013, comm. n° 55, obs. M. Véron ; *Gaz. Pal. spécialisée*, 8-11 mai 2013, p. 26 obs. E. Dreyer ; *RPDP* 2013, 341, obs. X. Pin ; Crim. 18 juin 2013, n° 12-85917, *Gaz. Pal.*, 2013, n° 261 à 262, p. 10, note J.-P. Vial (accident de ski imputable à une association organisatrice, au motif que l'infraction n'avait pu être commise « pour le compte de l'association que par son président, responsable de la sécurité, en l'absence de délégation interne non invoquée devant la Cour d'appel ») ;

4. Crim. 22 janv. 2013, n° 12-80022 ; *Dr. pénal* 2013, comm. n° 55, obs. M. Véron ; *Gaz. Pal. spécialisée*, 8-11 mai 2013, p. 26 obs. E. Dreyer ; *Rev. sc. crim.* 2013, 73, obs. Y. Mayaud ; *RPDP* 2013, 341, obs. X. Pin ; Crim. 19 juin 2013, n° 12-82827, *JCP G* 2013, note A. Gallois.

5. Crim. 27 sept. 2016, n° 15-85248, *AJ Pénal* 2016, 599, obs. C. Girault.

6. Ch. Boeringer, A. Milerand, « La responsabilité pénale des personnes morales : une casuistique diverse au sein d'une jurisprudence cohérente », *Dr. pénal* 2014, Étude, n° 5.

7. Crim. 25 mars 2014, n° 13-80376, *JCP G* 2014, 716, note J.-H. Robert.

pondance<sup>1</sup> ou dans des hypothèses d'accidents survenus sur un lieu de travail. En matière d'infractions non intentionnelles dommageables, la Cour de cassation veille également à ce que les juges identifient, au besoin en ordonnant un supplément d'information, celui des organes ou représentants dont la faute est à l'origine du dommage<sup>2</sup>. Dans toute une série d'arrêts, la haute juridiction estime que des juges d'appel n'ont pas justifié leur décision « au regard de l'article 121-2 du Code pénal », dès lors qu'ils n'ont pas « recherché si les manquements relevés résultaient de l'abstention de l'un des organes ou représentants de la société prévenue, et s'ils avaient été commis pour le compte de cette société »<sup>3</sup>. Cette deuxième condition se trouve ainsi revalorisée.

## **2. Infraction commise « pour le compte » de la personne morale**

**338 Deuxième condition.** La deuxième condition d'imputation est que l'infraction ait été commise par l'un des organes ou des représentants « pour le compte » de la personne morale. Cette condition doit s'entendre d'une intervention de l'organe ou du représentant *dans l'intérêt* de la personne morale et ayant un lien avec l'activité de celle-ci<sup>4</sup>. Plus précisément, la Cour de cassation semble exiger que la personne morale en tire un *benefice*, même provisoire<sup>5</sup>. Ainsi ont pu être considérées comme des infractions commises pour le compte d'une personne morale l'embauche de travailleurs clandestins<sup>6</sup> ou la révélation d'une condamnation amnistiée faite à l'occasion d'une procédure de licenciement<sup>7</sup>. Il a aussi été jugé

1. Crim. 1<sup>er</sup> avr. 2014, n° 12-86501, *Gaz. Pal.*, 2014, n° 134 à 135, p. 10 note R. Mésa (nécessité en matière de contrefaçon d'établir que l'infraction a été commise pour le compte de la personne morale par un organe ou représentant).

2. Crim. 22 mars 2016, n° 15-81484, *Bull. crim.* n° 100 ; Crim. 31 oct. 2017, n° 16-83683, *Gaz. Pal.* 2018, n° 3, p. 45, obs. S. Detraz ; *Dr. pénal* 2018, comm. 2, obs. Ph. Conte ; Crim. 17 oct. 2017, n° 16-87249, *AJ Pénal.* 51, obs. J. Lasserre Capdeville.

3. Crim. 6 mai 2014, n° 13-82677 (travailleur intérimaire ayant chuté d'un escabeau) ; Crim. 6 mai 2014, n° 13-81406 (décès d'un travailleur à la suite de la chute d'une presse à carton dans un centre de tri coexploité par plusieurs personnes morales) ; Crim. 17 nov. 2015, n° 14-83647 (blessures sur un chantier et absence de plan particulier de sécurité et de protection de la santé). V. également Crim. 7 juin 2017, n° 15-87214 (travail dissimulé de ressortissants d'un État ayant engagé un processus d'adhésion à l'UE).

4. Crim. 16 nov. 2016, n° 14-86980, *Bull. crim.* n° 301 (il ne suffit pas qu'une personne morale organise une manifestation de protestation, en fournisse la logistique et les moyens et la dirige par l'intermédiaire de deux de ses membres pour que les dégradations commises en cette occasion l'aient été pour son compte).

5. Crim. 14 oct. 2015, n° 14-84456, *Gaz. Pal.* 26 janv. 2016, chron. p. 47, obs. E. Dreyer.

6. Crim. 7 juill. 1998, *RSC* 1999. 317, obs. B. Bouloc et 336, obs. G. Giudicelli-Delage.

7. Crim. 21 mars 2000, *RSC* 2000. 816, obs. B. Bouloc.

que, « en favorisant la marque de la société », les faits d'usage de faux et de complicité de travail dissimulé imputé à son PDG ont « nécessairement » été commis pour le compte de celle-ci – ce qui pourrait faire penser que le critère à retenir est celui du profit retiré par la personne morale<sup>1</sup>. En revanche, si l'organe ou le représentant agit pour son propre compte et dans un but strictement personnel ou étranger à l'activité de la personne morale, celle-ci n'est évidemment pas pénalement responsable, car elle n'a pas pu être *représentée* dans l'infraction.

### **3. Infraction caractérisée dans tous ses éléments à l'encontre des organes ou représentants**

- 339 Troisième condition.** Une dernière condition, qui n'apparaît pas immédiatement à la lecture de l'article 121-2 du Code pénal, mais qui est logiquement sous-entendue, est que l'infraction soit constituée dans tous ses éléments à l'encontre de l'organe ou du représentant<sup>2</sup>, sans qu'il soit nécessaire d'établir une faute distincte de la personne morale<sup>3</sup>. C'est dire que la faute de l'organe ou du représentant *est* la faute de la personne morale. D'ailleurs, lorsque les précédentes conditions sont réunies, la Cour de cassation n'hésite plus à utiliser des raccourcis de langage en relevant que la personne morale « a commis » les faits reprochés<sup>4</sup> ou en imposant aux juges du fond de rechercher si la personne morale « a contribué », par l'un de ses organes ou représentants, à créer la situation ayant permis la réalisation du dommage<sup>5</sup>.
- 340 Exception.** Cette exigence connaît cependant des tempéraments. Tout d'abord, les fautes non intentionnelles sont imputées différemment aux personnes physiques et aux personnes morales (C. pén., art. 121-2, al. 3, *in fine*), de sorte qu'il est possible d'engager la responsabilité d'une personne morale pour une infraction non intentionnelle, alors que le dirigeant auteur indirect serait relaxé, pour n'avoir pas commis une faute qualifiée, entrant dans

1. Crim. 5 avr. 2018, n° 15-86574, *Dr. pénal* 2018, comm. 104, obs. Ph. Conte.

2. Crim. 2 déc. 1997, SA R.S., in J. Pradel, A. Varinard, *GADPG, op. cit.*, n° 38.

3. Crim. 26 juin 2001, *Bull. crim.* n° 161.

4. Crim. 24 avril 2013, n° 12-81.955 (escroquerie et recel) ; Crim. 23 mai 2013, n° 12-83.780 (escroquerie au jugement) ; Crim. 10 avril 2013, n° 12-82.088 (association de malfaiteurs et extorsion en relations avec une entreprise terroriste), *RPDP* 2013. 350, note X. Pin.

5. Crim. 17 oct. 2017, n° 16-84541, *Gaz. Pal.* 2018, n° 3, p. 45, obs. S. Detraz.

les prévisions de l'article 121-3, alinéa 4 du Code pénal<sup>1</sup>. On pourrait s'en offusquer car, dans ce cas, la personne morale se voit finalement imputer un fait qui, du point de vue de ses organes ou représentants, n'est pas une infraction. Toutefois, en la matière il faut sans doute renoncer à toute construction trop dogmatique. L'exception est légale et les personnes physiques ne sont pas identiques aux personnes morales. En ce sens, la chambre criminelle a refusé de transmettre une QPC contre cette disposition estimant que la différence de situation entre les personnes physiques et les personnes morales justifie la différence de traitement induite par l'article 121-3 alinéa 4 du Code pénal, laquelle est en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit<sup>2</sup>. L'important est donc que la personne morale assume sa participation à une infraction *matériellement* constituée, à laquelle elle a indirectement contribué.

Enfin, et d'une manière plus générale, l'imputation d'une infraction à la personne morale n'est pas nécessairement subordonnée à la reconnaissance préalable de la responsabilité des personnes physiques ayant agi pour son compte<sup>3</sup>. Le cumul des responsabilités est seulement admis mais il reste facultatif. L'article 121-2, alinéa 3, du Code pénal dispose en effet que « la responsabilité pénale des personnes morales n'exclut pas celles des personnes physiques auteurs ou complices des mêmes faits » ce cumul est cependant souhaitable pour ne pas que les dirigeants soient déresponsabilisés<sup>4</sup>. On notera du reste que le texte évoque les « mêmes faits » mais pas les mêmes infractions, ni la même faute, ce qui pourrait permettre aussi d'établir des règles d'imputation différentes pour les dirigeants et pour la personne morale, en cas de délit intentionnel et de faute détachable des fonctions – même si la notion n'est pas encore admise par la chambre crimi-

1. Crim. 24 oct. 2000, *D.* 2002. 514 s., note J.-C. Planque et 1801, obs. G. Roujou de Boubée ; Crim. 14 sept. 2004, *Dr. pénal* 2005. 11 (2<sup>e</sup> esp.), obs. M. Véron. ; Crim. 28 avr. 2009, *Bull. crim.* n° 80 ; Crim. 2 oct. 2012, n° 11-85032, *Bull. Crim.* n° 206 ; *RCS* 2013. 385, obs. A. Cerf-Hollender.

2. Crim. 21 mars 2017, QPC, n° 17-90003 (non lieu à renvoi) ; *Dr. pénal* 2017, comm. 87, obs. Ph. Conte.

3. Crim. 8 sept. 2004, *Dr. pénal* 2005. 11 (1<sup>re</sup> esp.), obs. M. Véron.

4. Sur l'ensemble de la question, V. J.-C. Saint-Pau, « La responsabilité pénale d'une personne physique agissant en qualité d'organe ou de représentant d'une personne morale », *Mélanges B. Bouloc*, Dalloz, 2007, p. 1011 s.

nelle<sup>1</sup>. On rappellera, dans cette perspective mais sur le terrain civil, que le dirigeant d'une personne morale répond civilement des préjudices causés à des tiers par sa faute. Or contrairement aux chambres civiles et commerciale de la Cour de cassation, la chambre criminelle estime qu'il n'y a pas lieu de distinguer selon que la faute est détachable ou non des fonctions, ou selon qu'elle est intentionnelle ou non, ou encore selon qu'elle est correctionnelle ou contraventionnelle<sup>2</sup>. Autrement dit, il est actuellement bien plus simple pour la victime d'obtenir réparation en choisissant, contre la personne morale et son dirigeant, plutôt la voie pénale que la voie civile.

---

1. Comp. Crim. 30 janv. 2018, n° 17-81595, *JCP G* 2018. 317, note J.-H. Robert.

2. Crim. 5 avr. 2018, n° 16-87669 et Crim. 5 avr. 2018 n° 16-83961, *AJ Pénal* 2018. 248, note C. Mangematin ; *JCP G* 2018. 644, note J.-H. Robert ; *Gaz. Pal.* 2018, n° 23, p. 50, note R. Salomon.

TROISIÈME PARTIE

---

# LA PEINE

---

**341 Pénibilité et dignité.** La peine donne tout son sens à l'infraction : elle en est la sanction nécessaire. Sans peine il n'y aurait pas d'infraction<sup>1</sup> et sans infraction aucune peine ne pourrait être infligée. Mais il est difficile de sortir de ce « raisonnement circulaire »<sup>2</sup> en cherchant à définir la peine de manière substantielle en droit. Le concept juridique de peine n'est pas défini par la loi, pas plus d'ailleurs que n'est définie la notion de « condamnation pénale »<sup>3</sup>, laquelle est aujourd'hui diluée dans la catégorie plus vaste et plus vague des « réponses judiciaires » à la commission d'une infraction<sup>4</sup>. Certes, depuis le 1<sup>er</sup> octobre 2014, le Code pénal en définit les finalités et les fonctions. L'article 130-1 du Code pénal dispose en effet : « Afin d'assurer la protection de la société, de prévenir la commission de nouvelles infractions et de restaurer l'équilibre social, dans le respect des intérêts de la victime, la peine a pour fonctions : 1° De sanctionner l'auteur de l'infraction, 2° De favoriser son amendement, son insertion ou sa réinser-

---

1. Certains auteurs incluent d'ailleurs la peine dans la définition de l'infraction, V. Ph. Conte, P. Maistre du Chambon, *Droit pénal général*, op. cit., n° 215.

2. B. de Lamy, « À la recherche de la peine perdue... », *Dr. pénal* 2015, Dossier, n° 1, p. 16.

3. S. Detraz, « La notion de condamnation pénale : l'arlésienne de la science criminelle », *RSC* 2008, 41 s.

4. E. Derlon, F. Fourment, C. Menabé et J.-B. Thierry, « De la peine à la réponse judiciaire à la commission d'une infraction », in *La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale - Opinio doctorum*, Dalloz, 2009 p. 279.

tion. ». Mais cette définition finaliste et fonctionnelle, qui révèle les principes directeurs de la matière<sup>1</sup>, ne nous dit pas ce qu'est la peine en substance. Tout au plus a-t-on le sentiment que la peine ne se confond plus avec la condamnation, qui suppose une exclusion, une mise à l'écart plus ou moins durable. Les peines d'aujourd'hui ne sont pas forcément de cet ordre : elles visent aussi à inclure, à insérer, à réinsérer.

On pourrait-il est vrai refuser de la définir, en se contentant de dire qu'il existe des pratiques et un droit des peines et que l'important est de veiller à ce que ce système soit juste, utile et progressiste, en encourageant au besoin toute réforme ou refonte allant en ce sens<sup>2</sup>. Le législateur a d'ailleurs la préoccupation constante de donner toujours plus de sens et d'efficacité aux peines<sup>3</sup>.

Mais on peut aussi admettre que la peine est difficile à définir en droit tout en avançant que philosophiquement elle est une réponse « nécessaire et naturelle au crime »<sup>4</sup> ; que politiquement elle est l'expression d'une domination ; que sociologiquement elle sert, comme le pensait Durkheim, moins à corriger le coupable et à intimider ses imitateurs qu'à maintenir la cohésion sociale, en faisant vivre la conscience commune ; qu'étymologiquement elle est synonyme de « poids » (*poena* du latin *ponere*) et que vulgairement elle désigne une affliction, une douleur ou une infamie<sup>5</sup>. C'est dire que la peine constitue en quelque sorte le poids que le juge place sur le plateau de la balance pour rétablir l'équilibre

1. J. Leblois-Happe, « La redéfinition des finalités et fonctions de la peine – vers des principes directeurs en matière de peine ? », *Gaz. Pal. Spécialisée*, 2015, n° 142-143, p. 10.

2. Le 18 décembre 2015, une commission présidée par M. Bruno Cotte a remis au garde des Sceaux un rapport sur la refonte du droit des peines, *V. Dr. pénal* 2016, Entretien 1. V. aussi E. Bonis-Garçon (dir.), *Pour une refonte du droit des peines : quels changements si les préconisations de la Commission Cotte étaient suivies ?*, LexisNexis, 2016.

3. Tel est l'objet du rapport remis au Gouvernement par B. Cotte en 2018, repris par le projet de loi de programmation pour la Justice 2018-2022, v. par ex. R. Heitz, « Une réforme ambitieuse et équilibrée pour notre justice pénale », *Dr. pénal* 2018, Étude 12 ; M. Imbert-Quaretta, « Un regard sur le chantier de la Justice : sens et efficacité des peines », *AJ Pénal* 2018. 79 ; v. Peltier, « Sens et efficacité des peines », *JCP G* 2018. 310.

4. M. Soula, « À la recherche de la peine : regard rétrospectif (XIII<sup>e</sup>-XIX<sup>e</sup> s.) », *Dr. pénal* 2015, Dossier, n° 3, p. 20.

5. Même si les catégories des peines « afflictives et infamantes » et « infamantes » ont disparu avec l'entrée en vigueur du Code pénal actuel, le 1<sup>er</sup> mars 1994. Sur la conséquence de cette disparition en matière de pension et de rente d'invalidité, V. CE, ass., 2 avr. 2003, *D.* 2003. 1797 s., concl. L. Vallée.

rompu par l'infraction et qu'elle est par essence *pénible*. Or ce caractère pénible, même s'il est trop subjectif pour en constituer le critère, en commande au moins le régime. La pénibilité justifie en effet le nécessaire respect de la dignité des condamnés<sup>1</sup> qui s'exprime dans l'article 3 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, selon lequel « nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants ».

**Plan.** Du reste, cet aspect afflictif permet de comprendre la plupart des « principes directeurs »<sup>2</sup> ou des « limites »<sup>3</sup> encadrant le pouvoir d'édicter des peines, celui de les prononcer et celui de les appliquer. Selon ces principes, expression des droits de l'homme, la peine *encourue* doit être légalement déterminée, proportionnée et dissuasive (CHAPITRE 1) ; la peine *prononcée* doit être personnalisée et proportionnée (CHAPITRE 2) ; et la peine subie ou *exécutée* doit être effective (CHAPITRE 3).

---

1. B. Bouloc, *Droit pénal général*, op. cit., n° 495.  
2. V. J. Leroy, *Droit pénal général*, LGDJ-Montchrestien, 2010, n° 546.  
3. V. J.-H. Robert, *Droit pénal général*, op. cit., p. 100 s.

international.scholarvox.com:ENCG Marrakech:1442789952:88866242:196.200.176.177:1580748744

## La peine encourue

---

**342** **Légalité, nécessité, proportionnalité.** La peine encourue est celle prévue par le texte d'incrimination ou de pénalité comme la conséquence juridique de l'infraction. Il s'agit d'un « tarif impersonnel attaché à un acte abstraitement défini »<sup>1</sup>. Son édicition est soumise à l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, en vertu duquel : « La loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit et légalement appliquée. » Ce texte pose les principes de légalité, de nécessité et de proportionnalité des peines.

Le principe de légalité a déjà été exposé longuement<sup>2</sup>, il n'est pas nécessaire d'y revenir, sauf à déplorer qu'il existe, dans notre système, des peines encourues illégales, comme des peines prononcées illégales, en raison de la complexification croissante du droit et qu'il serait souhaitable d'y trouver des remèdes<sup>3</sup>.

Quant au principe de *nécessité* et de *proportionnalité*, il n'en est que le corollaire et signifie que le législateur doit, en fixant la peine, maintenir un équilibre entre les impératifs, d'une part, de protection de la société et, d'autre part, de sauvegarde des intérêts

---

1. J.-H. Robert, *Droit pénal général*, op. cit., p. 389.

2. V. ss 21 et 49 s.

3. L. Griffon-Yarza, « Illégalité des peines : quel traitement ? », *Dr. pénal* 2016, Étude 14.

individuels du délinquant. La peine nécessaire et proportionnée est celle qui n'est pas excessive, par rapport à l'infraction commise et qui, dans ses finalités, réalise un juste équilibre entre les intérêts de la société à la répression et les intérêts du condamné (dans le respect des intérêts de la victime, a ajouté le législateur en 2014). Le Conseil constitutionnel veille au respect de ce principe, en s'assurant de « l'absence de disproportion manifeste entre l'infraction et la peine encourue »<sup>1</sup>. Ainsi, il a estimé que la période de sûreté incompressible pouvant assortir certaines peines n'était pas entachée de disproportion<sup>2</sup>. De même, le Conseil a jugé que les sanctions éducatives instaurées par la loi du 9 septembre 2002 à l'encontre des mineurs délinquants, bien que s'éloignant des finalités éducatives de l'ordonnance du 2 février 1945, réaliseraient un juste équilibre entre l'intérêt général à la répression et les intérêts du mineur car, malgré leur caractère contraignant, ces sanctions prennent en compte les obligations familiales et scolaires des mineurs<sup>3</sup>. Semblablement, le Conseil constitutionnel a jugé que la confiscation de l'article 132-21 du Code pénal était, dans son principe, une peine proportionnée – tout en relevant qu'il appartenait aux juridictions compétentes, judiciaires ou administratives, de le vérifier pour les contraventions aux textes réglementaires<sup>4</sup>. De la même façon, le Conseil a estimé que la peine de contrainte pénale ne méconnaissait pas les principes de nécessité et de proportionnalité des peines, alors que les requérants soulevaient sa finalité insuffisamment répressive et son régime extrêmement sévère<sup>5</sup>.

**Plan.** D'une manière plus générale, la légalité, la nécessité et la proportionnalité gouvernent tant la nature de la peine (SECTION 1) que sa mesure (SECTION 2).

---

1. Mais, sauf disproportion manifeste, il ne substitue pas sa propre appréciation à celle du législateur, V. Cons. const. 19-20 janv. 1981, n° 80-127 DC ; 20 janv. 1994, n° 93-334 DC, D. 1995. 340, obs. T. S. Renoux.

2. Cons. const. 20 janv. 1994, préc.

3. Cons. const. 29 août 2002, JO 10 sept. 2002, p. 14953.

4. Cons. const., 26 nov. 2010, n° 2010-66 QPC, JCP 2011. 15, note J.-H. Robert.

5. Cons. Const., 7 août 2014, n° 2014-696 DC.

## SECTION 1

---

**LA NATURE DE LA PEINE**

---

**343 Définition et typologie.** En tant que sanction particulière d'une infraction, la peine doit d'abord être distinguée d'autres mesures de réaction sociale : c'est une question de *définition* (§ 1), puis classée, en différentes catégories : c'est une question de *type* (§ 2).

---

**§ 1. La définition de la peine**

---

**344 Sanction pénale.** Dans son sens étroit, la peine n'épuise pas l'ensemble des sanctions de l'infraction<sup>1</sup>. Elle est une forme de « réponse pénale », à finalité essentiellement rétributive, prononcée par une juridiction répressive, à la suite d'une déclaration de culpabilité. Autrement dit, deux critères combinés permettent de la définir : sa rationalité essentiellement rétrospective (il s'agit de punir un comportement passé) et la nature judiciaire et répressive de l'autorité qui la prononce. Ces deux critères permettent de la distinguer, d'une part, des mesures de sûreté, destinées à lutter contre un état dangereux (A), et, d'autre part, des mesures punitives ou autre « sanction ayant le caractère d'une punition », qui ne sont pas prononcées par des autorités judiciaires (B).

---

**A. Peines et mesures de sûreté**

---

**345 Fondements et finalités.** En droit pénal, les peines et les mesures de sûretés ont en commun de répondre au principe de légalité. Mais elles se distinguent à la fois dans leurs fondements et dans leurs finalités respectives. La peine postule le libre arbitre et vise à châtier un coupable en l'invitant, dans le meilleur des cas, à se prendre en main (1). La mesure de sûreté postule au contraire le déterminisme et vise à traiter, à surveiller ou à neutraliser un individu dangereux : elle n'est donc pas nécessairement d'ordre pénal ; elle est une prise en main judiciaire ou sanitaire de l'individu (2). Néanmoins, pour être classique cette distinction est encore incertaine (3).

---

1. V. J.-C. Soyer, « Une certaine idée du droit... de la sanction pénale », *Mélanges A. Decocq*, Litec, 2004, p. 557 s.

### **1. La peine est un châtement**

**346 Rétribution et réinsertion.** La peine est, pour reprendre la définition des professeurs Merle et Vitu, « un châtement infligé au délinquant en rétribution de l'infraction qu'il a commise ». En tant que châtement, la peine est afflictive et infamante<sup>1</sup> : elle doit, en effet, être ressentie plus ou moins péniblement par celui qui a librement enfreint l'interdit ; c'est la rançon de sa culpabilité. Mais son caractère pénible n'en constitue pas le critère car toute sanction juridique peut être perçue ainsi par celui qui la subit. Aussi convient-il d'insister sur d'autres dimensions du châtement : d'abord, sa fonction de rétribution, qui repose sur un jugement moral (la peine doit être juste). Ensuite sa fonction d'intimidation et d'exemplarité (la peine doit être utile) qui consiste à dissuader le délinquant de recommencer (prévention spéciale) et à dissuader d'autres individus de commettre le même forfait (prévention générale). Mais, à l'époque moderne, les idées de défense sociale ont conduit à assigner à la peine une troisième fonction : la resocialisation ou la réinsertion, qui vise à éviter au délinquant de tomber dans la récidive. Tel est le sens de l'article 130-1 du Code pénal, introduit par la loi de 2014 relative à l'individualisation des peines et à l'efficacité des sanctions pénales qui précise les finalités et les fonctions de la peine : « Afin d'assurer la protection de la société, de prévenir la commission de nouvelles infractions et de restaurer l'équilibre social, dans le respect des intérêts de la victime, la peine a pour fonctions : 1° De sanctionner l'auteur de l'infraction ; 2° De favoriser son amendement, son insertion ou sa réinsertion. » La peine n'est donc pas uniquement tournée vers le passé, elle est aussi dictée par l'avenir. En cela, la peine se rapproche un peu de la mesure de sûreté.

### **2. La mesure de sûreté est une mesure de traitement, de neutralisation ou de surveillance**

**347 Traitement.** Les mesures de sûreté connaissent actuellement un renouveau en droit pénal<sup>2</sup>, mais le Code pénal, curieusement, n'en

1. Sur les caractères afflictif, infamant et déterminé de la peine, V. B. Bouloc, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 473 s.

2. V. H. Matsopoulou, « Le renouveau des mesures de sûreté », *D.* 2007. Chron. 1607 s.

contient toujours aucune définition<sup>1</sup>. Leur particularité et qu'elles ne reposent pas sur un jugement moral mais visent uniquement à lutter contre un « état dangereux ». Elles ont, de ce point de vue, une vocation essentiellement préventive<sup>2</sup> : protéger la société contre des individus jugés dangereux en les traitant, les surveillant ou les neutralisant. De ce fait, les mesures de sûreté ne supposent pas forcément la commission d'une infraction et peuvent être confiées à l'autorité administrative. Ainsi, en droit sanitaire, l'hospitalisation contrainte des malades dangereux fait figure de mesure de sûreté *ante delictum*. Il en va de même, en droit de la sécurité intérieure, du blocage de l'accès aux sites terroristes ou pédopornographiques<sup>3</sup>, ou encore du gel des avoirs des personnes qui commettent ou tentent de commettre ou, en raison de leurs fonctions, sont susceptibles de commettre des actes de terrorisme<sup>4</sup>.

En droit pénal, ces mesures de sûreté ne devraient intervenir en principe que *post delictum* car nul ne peut prédire l'avenir<sup>5</sup> – ce qui pose un problème avec la rétention de sûreté, créée par la loi n° 2008-74 du 25 février 2008, laquelle intervenant très longtemps après les faits, repose essentiellement sur un pronostic de dangerosité. Ces mesures visent alors à lutter contre la *dangerosité avérée* (par un passage à l'acte) d'une personne en la corrigeant, en lui supprimant ses moyens d'action ou en l'excluant de l'activité, à l'occasion de laquelle elle a montré sa dangerosité.

Mais de plus en plus de mesures de sûreté consécutives à une infraction pénale interviennent aujourd'hui avant jugement<sup>6</sup>. Tel

---

1. Pour une analyse approfondie, V. L. Grégoire, « Les mesures de sûreté. Essai sur l'autonomie d'une notion », thèse Aix-Marseille, 2014.

2. V. B. Bouloc, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 480 s.

3. En ce domaine, selon E. Dreyer, « un droit administratif prédictif tend à doubler le droit pénal par nature répressif », V. E. Dreyer, « Le blocage de l'accès aux sites terroristes ou pédopornographiques », *JCP G* 2015, doctr., 423.

4. Le gel des avoirs est considéré comme une mesure de police administrative, V. Cons. const. 2 mars 2016, n° 2015-524 QPC, *JCP G* 2016. 589, note C. Mauro (« le gel des avoirs n'est pas une sanction... mais un peu quand même »).

5. En effet, tant que l'agent n'a pas réalisé ou tenté l'infraction, il peut toujours se désister ; l'anticipation pénale basée sur une dangerosité potentielle relevait jusqu'à peu de la science-fiction, comme l'a montré le film de Steven Spielberg *Minority report*, mais elle est devenue en partie réalité aux États-Unis avec le logiciel *Predictive policing* (Pred pol), dont l'objet est de déterminer des *hot spots*, c'est-à-dire des zones sensibles où la probabilité de commissions d'une infraction est élevée.

6. V. pour l'ancien bannissement politique et la transportation prononcés par des commissions militaires : Crim. 17 nov. 1848 (aff. des *Transportés de juin*), S. 1848. 1. 651.

est le cas de certaines *mesures alternatives*, auxquelles le procureur de la République peut subordonner un classement sans suite, telles que l'orientation vers une structure sanitaire, sociale ou professionnelle (C. pr. pén., art. 41-1) ; ou de certaines *mesures provisoires*, visant à garantir la représentation en justice, telles que le cautionnement pénal<sup>1</sup> ou tout autre forme de sûreté pénale<sup>2</sup> ; ou encore de certaines *mesures de précaution*, prise dans le cadre d'une information judiciaire, comme la mesure temporaire d'interdiction d'exercice prononcée contre un médecin mis en examen pour une atteinte à la vie<sup>3</sup>. Il en va de même de la nouvelle *mesure d'interdiction de sortie du territoire*, applicable à ceux que l'on soupçonne de se déplacer à l'étranger pour participer à des activités terroristes ou se préparer à en commettre en France (CSI, art. L. 224-1)<sup>4</sup>.

Après jugement, les mesures de sûreté sont identifiables lorsque le législateur leur a refusé la dénomination de peine pour insister sur leur finalité préventive et qu'il accepte qu'elles puissent être révisées. Sont ainsi des mesures de sûretés, les *mesures éducatives*, prononcées contre les mineurs, telles que l'admonestation, la liberté surveillée, la remise au parent, le placement en internat et depuis la loi n° 2007-297 du 5 mars 2007, l'avertissement solennel et la mesure d'activité de jour (Ord. n° 45-74, 2 févr. 1945, art. 15 et 16)<sup>5</sup>. De même sont des mesures de sûreté, décidées après condamnation, les *inscriptions sur un fichier*, tel que le fichier automatisé des auteurs d'infractions

1. V. à propos du cautionnement pouvant être demandé par un juge d'instruction à une personne morale, en vertu de l'article 706-45 du Code de procédure pénale, Crim. 11 mars 2015, n° 14-88147 (QPC, non-lieu à renvoi).

2. V. X. Pin, « Droit pénal et droit des sûretés : l'alliance du feu et de la glace », in J.-C. Saint-Pau (dir.), *Droit pénal et autres branches du droit, regards croisés*, Cujas, 2012, p. 145 s.

3. V. A. Mihman, « L'interdiction d'exercice du médecin dans le cadre d'une information judiciaire », *Gaz. Pal. Généraliste*, 2015, n° 56 à 57, p. 4. Cette interdiction peut aussi être prononcée à titre de peine, dans les conditions de l'article 131-27 du Code pénal, lorsque le texte d'incrimination le prévoit, V. P. Mistretta, *Droit pénal médical*, Cujas, 2013, n° 169 s.

4. A. Capello, « L'interdiction de sortie du territoire dans la loi renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme », *AJ pénal* 2014. 560.

5. Cette mesure n'étant ni « une sanction judiciaire », ni une « sanction administrative », ni « une sanction disciplinaire », la plainte d'une personne se disant victime d'une infraction commise par un mineur âgé de moins de dix ans, ne peut être qualifiée de dénonciation calomnieuse au sens de l'article 226-10 du Code pénal, Crim. 19 juin 2012 n° 11-85324 ; D. 2012. 2084, note S. Detraz.

sexuelles et violentes (C. pr. pén., art. 706-53-1)<sup>1</sup>. Enfin, depuis la loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005, le Code pénal contient même une « mesure de sûreté » désignée expressément comme telle : le placement sous surveillance électronique mobile, prononcé au titre du suivi socio-judiciaire (C. pén., art. 131-36-9 à 131-36-13 ; C. pr. pén., art. 763-10 à 763-14). Cette clarification terminologique marque la volonté du législateur de s'engager progressivement et officiellement dans un système de « double voie » – connu, par exemple, du droit allemand – pour les délinquants présumés dangereux : à la peine sanctionnant la *culpabilité* peut s'ajouter une mesure de sûreté, destinée à lutter contre la *dangerosité*. Cette orientation s'est confirmée avec la loi du 25 février 2008 qui a introduit dans le Code de procédure pénale les mesures de rétention de sûreté et de surveillance de sûreté des condamnés dangereux, puis avec la loi du 10 mars 2010 qui a étendu le domaine de ces mesures (C. pr. pén., art. 706-53-13 s.) et la loi du 15 août 2014, qui a prévu, à titre de mesure de sûreté, une obligation de soins post-carcérale pour les condamnés dont le discernement était altéré au moment des faits (C. pr. pén., art. 706-136-1)<sup>2</sup>.

### **3. Distinction incertaine**

**348 Hésitations.** Malgré tout, la dénomination de la sanction pénale est encore souvent ambiguë et la distinction entre peine et mesure de sûreté reste délicate voire ténue<sup>3</sup>. Il en est ainsi à propos des *sanctions éducatives* qui peuvent être prononcées, depuis la loi du 9 septembre 2002, contre les mineurs à partir de 10 ans (Ord. 2 févr. 1945, art. 15-1). Il s'agissait initialement de : la confiscation de l'instrument ou du produit de l'infraction, l'interdiction de paraître dans les lieux dans lesquels l'infraction a été commise, l'interdiction de rencontrer ou de recevoir la ou les victimes de l'infraction ou d'entrer en relation avec elles, l'interdiction de ren-

**1.** En conséquence, l'inscription au FIJAIS, telle que modifiée par la loi du 10 août 2011, d'application immédiate, impose au juge du fond d'examiner la demande de dispense d'inscription présentée par le condamné à un délit puni de cinq ans d'emprisonnement, Crim. 17 sept ; 2014, n° 14-80541 : *Dr. pénal* 2014, comm. n° 152, obs. V. Peltier.

**2.** V. ss 605 s.

**3.** V. X. Pin, « Quelques réflexions sur l'hybridation des peines », in *Essais de Philosophie pénale et de criminologie*, Dalloz, 2012, vol. 10, p. 81 s.

contrer ou de recevoir les coauteurs ou complices éventuels ou d'entrer en relation avec eux, les mesures d'aide ou de réparation ou l'obligation de suivre un stage de formation civique, ayant pour objet de rappeler au mineur les obligations résultant de la loi. Ces sanctions ont à l'évidence un caractère répressif plus marqué que les simples mesures éducatives, ce qui les rapproche des peines. Toutefois, la loi n° 2007-297 du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance a ajouté à cette liste quatre nouvelles sanctions dont le caractère éducatif ressort plus nettement : le placement pour une durée d'un mois dans une institution ou un établissement public ou privé d'éducation habilité permettant la mise en œuvre d'un travail psychologique, éducatif ou social portant sur les faits commis et situé en dehors du lieu de résidence habituelle ; l'exécution de travaux scolaires ; l'avertissement solennel et le placement dans un établissement scolaire doté d'un internat pour une durée correspondant à une année scolaire avec autorisation pour le mineur de rentrer dans sa famille en fin de semaines et lors des vacances scolaires<sup>1</sup>. Au final, la catégorie des sanctions éducatives est assez hétérogène, et il est difficile de la rattacher à une catégorie existante, comme d'ailleurs certaines autres mesures spécifiques aux mineurs qui ne sont ni des mesures éducatives, ni des sanctions éducatives, comme le service citoyen pour les mineurs délinquants, instauré par la loi n° 2011-1940 du 26 décembre 2011 au titre de la composition pénale, du sursis ou de la césure du procès pénal.

La difficulté est cependant encore plus grande lorsque la mesure est désignée comme étant une « peine », alors qu'en réalité elle vise essentiellement à prévenir un état dangereux. Ainsi, les rédacteurs de l'actuel Code pénal ont choisi initialement de désigner toutes les sanctions assortissant des incriminations par la dénomination de « peine ». Pourtant, il est évident que certaines sanctions visent plus à traiter la dangerosité qu'à châtier ; on songe notamment à certaines mesures à *caractère réel*, comme la confiscation (C. pén., art. 131-21) ou la fermeture d'établissement

1. Sur cette loi, V. Ph. Bonfils, « Les dispositions relatives au droit pénal des mineurs délinquants dans la loi prévention de la délinquance », *D.* 2007. Chron. 1027.

(C. pén., art. 131-33), voire à des mesures à caractère personnel, telles que l'exclusion des marchés publics (C. pén., art. 131-34), l'interdiction de conduire certains véhicules (C. pén., art. 131-6) ou l'injonction de soins du suivi socio-judiciaire (C. pén., art. 131-36-4).

Aussi, malgré une dénomination le plus souvent unitaire, la jurisprudence continue à jongler entre les qualifications de peines et de mesures de sûreté et fait preuve de beaucoup d'hésitations<sup>1</sup>. Parfois, une sanction pénale est qualifiée de « peine » pour échapper à l'obligation de motivation, comme la fermeture d'établissement<sup>2</sup> ; ou pour échapper à la rétroactivité : la Cour de cassation a ainsi refusé d'appliquer la qualification légale de mesures de sûreté aux mesures contraignantes ordonnées par la chambre de l'instruction contre une personne déclarée irresponsable<sup>3</sup>, mais elle s'est ravisé moins d'un an après, dans une décision sans doute plus conforme au principe de la légalité<sup>4</sup>. Et la Cour européenne des droits de l'homme a validé cette analyse, estimant que la déclaration d'irresponsabilité pénale et les mesures qui l'accompagnent ne constituaient pas une « peine » au sens de l'article 7 § 1 de la convention<sup>5</sup>.

À l'inverse, il a été jugé que les mesures de restitution prévues par l'article L. 480-5 du Code de l'urbanisme (mise en conformité des lieux ou des ouvrages, démolition ou réaffectation du sol) devaient être considérées, avec toutes les conséquences que cela implique sur leur régime et les garanties dues aux justiciables, comme des sanctions pénales susceptibles d'être prononcées à titre de peine principale<sup>6</sup>.

1. V. J.-H. Robert, « L'instabilité des qualifications jurisprudentielles et doctrinales des peines secondaires », *Mélanges J. Larguier*, PUG, 1993, p. 259.

2. Crim. 4 sept. 1990, *Bull. crim.* n° 308.

3. Crim. 21 janv. 2009, *JCP* 2009. II. 10043 note S. Detraz ; *RPDP* 2009. 139 obs. J.-Y. Chevallier ; *ibid.* p. 147 obs. X. Pin ; V. également F. Rousseau, « L'application dans le temps des nouvelles dispositions du 25 février 2008 relatives à l'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental », *Dr. pénal* 2009. Chron. 9.

4. Crim. 16 déc. 2009 : *RPDP* 2010. 122, obs. J.-Y. Chevallier ; *JCP* 2010, n° 1-2, p. 25, obs. S. Detraz ; *JCP* 2010, n° 5, p. 218, note P. Mistretta ; *D.* 2010. 471, note J. Pradel ; *Dr. pénal* 2010. Étude 4, H. Mat-sopoulos.

5. CEDH, 3 sept. 2015, n° 42875/10, *Berland c. France*, *RSC* 2016. 129 obs. D. Roets.

6. CA Bourges, 2 mai 2013, n° 11-01179, *JCP G* 2013, 1101, note J. Leroy.

Parfois au contraire la jurisprudence se détache de la qualification légale de peine, pour appliquer à la sanction concernée le régime juridique distinct des mesures de sûreté<sup>1</sup>, et la faire ainsi échapper à la règle du non-cumul des peines, à la dispense de peine, ou à l'amnistie. La Cour de cassation considère même, avec une partie de la doctrine, que les mesures de sûreté découlant automatiquement d'une condamnation ne sont pas soumises au principe constitutionnel de non-rétroactivité des lois pénales<sup>2</sup> : ainsi une interdiction professionnelle a pu être appliquée immédiatement à un individu déjà condamné, au motif que ce type d'interdiction « ne constituait pas une peine complémentaire mais une mesure de sûreté qui, dès l'entrée en vigueur de la loi qui l'institue, frappe la personne antérieurement condamnée »<sup>3</sup>. La mesure est effectivement destinée à empêcher le délinquant de nuire à l'avenir. Néanmoins, on observera que cette jurisprudence ne s'applique que si l'interdiction professionnelle résulte automatiquement d'une condamnation<sup>4</sup> et qu'il est douteux que la Cour européenne des droits de l'homme réserve l'application du principe de non-rétroactivité aux seules peines *stricto sensu*. Au contraire, les juges de Strasbourg ont estimé qu'une mesure de détention de sûreté – en l'occurrence, l'internement de sûreté allemand – était, malgré sa qualification légale, une « peine » au sens de l'article 7 § 1 de la Convention européenne, de sorte qu'un allongement de sa durée ne pouvait pas être rétroactif<sup>5</sup>. En 2016, la Cour a toutefois nuancé sa position en jugeant que si le motif de prolongation était d'ordre médical ou sanitaire (en l'occurrence

1. Ph. Conte, P. Maistre du Chambon, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 448-450.

2. V. ss 108.

3. Crim. 26 nov. 1997, *Bull. crim.* n° 404 ; D. 1998. 495, note D. Rebut ; RSC 1998. 539, obs. B. Bouloc.

4. Lorsque l'interdiction professionnelle est une peine complémentaire, la Cour de cassation refuse, à juste titre, de l'appliquer à des faits antérieurs à l'entrée en vigueur de la loi qui la crée (v. pour l'interdiction professionnelle encourue en cas de banqueroute, Crim. 16 févr. 1987, *Bull. crim.* n° 72 ; RSC 1988. 313 ; Crim. 30 nov. 1987, *Bull. crim.* n° 435 ; Crim. 1<sup>er</sup> févr. 1988, *Bull. crim.* n° 47).

5. CEDH 17 déc. 2009, *M. c. Allemagne*, RPDP 2010, p. 124, obs. J.-Y. Chevallier ; D. 2010. 723, note J. Pradel ; *AJ pénal* 2010. 129, J. Leblois-Happe ; *Dr. pénal* 2010. Étude 9, L. Grégoire ; V. également X. Pin, « L'internement de sûreté en Allemagne : une mesure de défense sociale à la dérive », *Déviante et société* 2010/4, vol. 34, p. 527 ; F. Ferrand « Heurs et malheurs de la rétention de sûreté en droit allemand. Entre garanties constitutionnelles allégées et exigences conventionnelles renforcées », in *Mélanges Y. Mayaud*, Dalloz, 2017, p. 729 s.

des troubles mentaux dont souffrait l'individu retenu), la mesure ne méritait plus d'être qualifiée de peine au sens de l'article 7 § 1 de la Convention et échappe donc au principe de non-rétroactivité<sup>1</sup>.

Il faut mentionner en outre les *mesures d'exécution des peines*, ordonnée par la juridiction de l'application des peines. Dès lors qu'elles ne procèdent pas d'une décision sur la culpabilité mais qu'elles supposent une appréciation de la dangerosité du condamné, elles peuvent être assimilées à des mesures de sûreté. Bien qu'il ne l'ait pas dit expressément, c'est ainsi que l'on peut interpréter la décision du Conseil constitutionnel du 8 décembre 2005 à propos de la *surveillance judiciaire* des condamnés présentant un risque élevé de récidive ; le Conseil a en effet jugé que cette mesure, qui peut comprendre un placement sous surveillance électronique mobile, « ne constitue ni une peine, ni une sanction ». En conséquence, elle a pu s'appliquer immédiatement à des personnes condamnées pour des faits commis antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi qui la prévoyait, sans que soit violé le principe de non-rétroactivité des peines et des sanctions résultant de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Quant au placement sous surveillance électronique mobile, modalité de la surveillance judiciaire, le Conseil a estimé qu'il était dépourvu de caractère punitif<sup>2</sup>. En revanche, s'agissant de la rétention de sûreté, nous avons vu que le Conseil constitutionnel avait considéré dans sa décision du 21 février 2008<sup>3</sup>, qu'elle n'était pas d'application rétroactive eu égard à son caractère privatif de liberté et au fait qu'elle était indéfiniment renouvelable et qu'elle découlait d'une condamnation judiciaire<sup>4</sup>. Plus récemment, à propos du retrait des crédits de réduction de peine, le Conseil constitutionnel a jugé qu'il ne s'agissait ni d'une

1. CEDH, 7 janv. 2016, n° 23279/14, *Bergmann c. Allemagne*, *AJ Pénal.* 339, obs. L. Grégoire.

2. Cons. const. 8 déc. 2005, n° 2005-527 DC, *D.* 2006. 966, note F. Rouvillois.

3. V. ss 108.

4. Toutefois, la rétention de sûreté est déjà applicable dans notre droit depuis le 26 févr. 2008, puisque le Conseil constitutionnel n'a pas censuré le nouvel art. 706-53-19 al. 3 du Code de procédure pénale, en vertu duquel la personne placée sous surveillance de sûreté peut être placée en rétention de sûreté si « la méconnaissance des obligations qui lui sont imposées fait apparaître que celle-ci présente à nouveau une particulière dangerosité ».

sanction, ni d'une peine, dont l'indétermination n'était dès lors pas contraire à la Constitution<sup>1</sup>.

D'une manière plus générale, il apparaît que le Conseil constitutionnel trace sa propre limite entre les peines, qu'il ne définit pas, et les mesures n'ayant pas le caractère d'une punition<sup>2</sup>. Il a ainsi admis que ces mesures échappaient au principe de nécessité des peines, tel qu'énoncé par l'article 8 de la DDH<sup>3</sup> et que leur caractère proportionnel n'était pas à rechercher, par rapport à la gravité de la faute commise, mais dans « la prévention des atteintes à l'ordre public nécessaires à la sauvegarde des droits et principes de valeur constitutionnelle »<sup>4</sup>. Dans le même sens, le Conseil estime que le principe d'individualisation des peines, qu'il rattache à l'article 8 de la DDH ne s'applique pas aux mesures n'ayant pas le caractère d'une punition. Il en est ainsi de l'inéligibilité aux instances professionnelles frappant les notaires et officiers ministériels destitués, laquelle n'a donc pas été jugée inconstitutionnelle malgré son caractère automatique<sup>5</sup>. De manière également surprenante, le Conseil constitutionnel a estimé que le retrait de crédits de réduction de peine pour mauvaise conduite n'était ni une peine, ni une sanction ayant le caractère d'une punition et échappait ainsi à l'exigence de précision<sup>6</sup>. Enfin, certaines mesures de sûreté sont plutôt d'ordre civil, comme le retrait total ou partiel de l'autorité parentale, introduit par la loi du 4 août 2014 sur l'égalité réelle entre les femmes et les hommes, prononcé par les juridictions de jugement en cas de condamnation pour crime ou délit contre son enfant (C. pén., art. 222-48-2).

1. Cons. const., 11 juill. 2014, n° 2014-408 QPC, *D.* 2014, 1500.

2. V. M. van de Kerchove, « Le sens de la peine dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel français », *RSC* 2008, 808 ; V. également E. Dreyer, « Le Conseil constitutionnel et la matière pénale - La QPC et les attentes déçues... », *JCP* 2010, 976.

3. Cons. const., 2 mars 2004, n° 2004-492 DC, consid. n° 74, *RSC* 2004, 725, obs. C. Lazerges.

4. Cons. const., 21 févr. 2008, n° 2008-562, consid. n° 13.

5. Cons. const., 27 janv. 2012, n° 2011-211 QPC, *Dr. pénal* 2012, 36, obs. J.-H. Robert.

6. Cons. const. 11 juill. 2014, déc. n° 2014-408 QPC, *Dr. pénal* 2014, comm. n° 134, obs. E. Bonis-Çarçon.

## B. Peines et autres mesures punitives

**349 Origine.** En principe, la sanction pénale peut être définie comme une « peine » lorsqu'elle figure dans la catégorie des sanctions que le Code pénal qualifie ainsi. Mais à une époque d'éparpillement des sources et de multiplication des instances punitives, ce critère formel ne suffit plus. Aussi, d'un point de vue plus substantiel, la peine doit plus certainement être définie par rapport à l'autorité qui la prononce et la raison pour laquelle elle est prononcée. Il s'agit d'une sanction prononcée par un juge à la suite d'une déclaration de culpabilité **(1)**, ce qui l'oppose aux sanctions ayant le caractère d'une punition prononcées par des instances administratives ou disciplinaires, indépendamment de toute poursuite pénale **(2)**.

### 1. Sanctions judiciaires

**350 Condamnation.** La peine est en principe une sanction prononcée par une juridiction judiciaire au nom de l'autorité souveraine, sur réquisition du ministère public. Peu importe qu'elle soit prononcée avec ou sans débat (procédure de l'ordonnance pénale ; C. pr. pén., art. 495 s. et 524 s.), l'important est qu'elle procède d'une condamnation, c'est-à-dire qu'elle soit prononcée par une juridiction à la suite d'une déclaration de culpabilité (arg. C. pén., art. 132-17)<sup>1</sup>. De ce point de vue, la peine ne doit pas être confondue avec les sanctions para-pénales, telles que l'amende civile<sup>2</sup>, ni avec les sanctions de nature pénale prononcées par l'autorité de poursuite<sup>3</sup>. Pour s'en tenir à cette dernière hypothèse, elle se rencontre, dans le processus pénal, lorsque les faits ne font pas débat, de sorte qu'il est possible de faire l'économie d'un procès. Le parquet se voit reconnaître un pouvoir de sanction et le juge n'intervient qu'à titre de superviseur (soit pour valider, soit pour examiner une contestation). On citera en ce sens la procédure de *composition pénale*, prévue par l'article 41-2 du Code de procédure pénale, où

1. Sur la notion de condamnation v. S. Detraz, « La notion de condamnation pénale : l'arlésienne de la science criminelle », *RSC* 2008. 41 s.

2. Sur l'amende civile, v. E. Dreyer, « La sanction de la faute lucrative par l'amende civile », *D.* 2017. 1136 ; F. Rousseau, « Projet de réforme de la responsabilité civile : l'amende civile face aux principes directeurs du droit pénal », *JCP G* 2018. 686.

3. V. P. Poncela, « Quand le procureur compose avec la peine », *RSC* 2002. 638 ; *ibid.* 2003. 139.

le juge est une autorité de validation. Dans ce dernier cas, les mesures proposées par le procureur de la République<sup>1</sup> ne sont pas qualifiées de peines mais elles en ont toutes les caractéristiques et produisent des conséquences analogues<sup>2</sup>, notamment la mention au casier judiciaire. À ce titre, la composition pénale est proche de la procédure plus récente de « comparaison sur reconnaissance préalable de culpabilité » (C. pr. pén., art. 495-8 s.). Toutefois, dans ce dernier cas, une peine est bien prononcée à l'issue d'une audience d'homologation<sup>3</sup> et pourra donc compter comme une première condamnation pour la récidive (arg. C. pr. pén., art. 495-11), alors que la composition pénale reste une transaction pénale<sup>4</sup>, une alternative au procès et à la sanction pénale (C. pr. pén., art. 6) et ne constitue donc pas le premier terme d'une récidive<sup>5</sup>. Il est vrai que ce type de transaction, à l'image des *indemnités forfaitaires* en matière de transport (C. pr. pén., art. 529-3 s.), de *l'amende forfaitaire* pour certaines contraventions (C. pr. pén., art. 529 s.), voire de la transaction que peut conclure le maire, depuis une loi du 31 mars 2006, pour certaines incivilités (C. pr. pén., art. 44-1) ou celles que pourront conclure les officiers de police judiciaire, lorsque les décrets d'application de la loi du 15 août 2014 auront été pris (C. pr. pén., art. 41-1-1)<sup>6</sup>, relève de la « matière pénale » au sens de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme<sup>7</sup> et que la Cour de justice des Communautés européennes a décidé que le principe *ne bis in idem* s'appliquait

1. La liste de ces mesures s'allonge constamment. On citera notamment l'amende de composition, le dessaisissement de la chose ayant servi à l'infraction ou du produit de l'infraction, la remise du véhicule, la remise du permis de chasse, l'accomplissement d'un travail non rémunéré au profit de la collectivité, le suivi d'un stage ou d'une formation dans un service ou un organisme sanitaire, social ou professionnel, l'interdiction d'émettre des chèques, l'interdiction de paraître dans certains lieux, l'interdiction de rencontrer la victime, les coauteurs ou les complices, l'interdiction de quitter le territoire, l'accomplissement d'un stage de citoyenneté, la soumission à une activité de jour, le suivi d'un stage de sensibilisation aux dangers des stupéfiants, ou encore l'injonction thérapeutique.

2. Par ex., le retrait de points du permis de conduire pour certains délinquants routiers (C. route, art. L. 223-1).

3. V. C. Saas, « De la composition pénale au plaider coupable : le pouvoir de sanction du procureur », *RSC* 2004. 827, et, pour la diminution de peine, V. ss 406.

4. V. J. Leblois-Happe, « De la transaction pénale à la composition pénale (L. n° 99-515 du 23 juin 1999) », *JCP* 2000. I. 198.

5. Cass., avis, 18 janv. 2010, *AJ pénal* 2010. 187, obs. J. Danet ; *RPDP* 2010, obs. X. Pin.

6. V. J.-B. Perrier, « La transaction pénale de l'article 41-1-1 du Code de procédure pénale. Bonne idée ou outil dangereux ? », *D.* 2014, Point de vue, p. 2183.

7. CEDH 27 févr. 1980, *Deweert c. Belgique*.

également à la procédure d'extinction de l'action publique suite à une transaction pénale<sup>1</sup>. Malgré tout, faute de jugement de condamnation, ou d'assimilation légale à de tels jugements, les transactions pénales sont, à notre sens, plus proches des sanctions administratives que des peines<sup>2</sup>.

## **2. Sanctions administratives**

- 351 Sanctions ayant le caractère d'une punition.** Les peines ne doivent pas non plus être confondues avec les mesures punitives ou « sanction ayant le caractère d'une punition » émanant d'autorités administratives, fiscales ou disciplinaires en marge d'un éventuel procès pénal, même si elles peuvent être ressenties comme telles par ceux qui les subissent<sup>3</sup>. Ces sanctions parfois lourdes (surtout des amendes) émanent soit de l'administration (fiscale ou douanière), soit d'autorités administratives indépendantes telles que l'*Autorité de la concurrence*, l'*Autorité de régulation des marchés financiers*, l'*Autorité de contrôle prudentiel et de résolution* ou le *Conseil supérieur de l'audiovisuel*, mais elles ne sont pas la conséquence juridique d'une infraction et ne supposent pas une condamnation judiciaire. Elles ne relèvent donc pas du droit pénal ; certes, les autorités prudentielles ou commissions qui les prononcent ont pu être qualifiées de « juridictions » par la Cour de Justice de l'Union européenne, en raison de leur permanence, du caractère obligatoire et contradictoire de leur procédure, de l'application par elles de règles de droit, de leur indépendance<sup>4</sup> et de leur *impartialité*<sup>5</sup> ; de même, ces sanctions pécuniaires ou disciplinaires ont pu être rattachées à la « matière pénale », au sens

1. CJCE 11 févr. 2003, *Götzütok et Brügge*, RSC 2003, 618, 625 et 634.

2. Comp. à propos de la transaction de l'article L. 173-12 du Code de l'environnement, le Conseil constitutionnel a estimé que les mesures qu'elles comportent « ne revêtent pas le caractère de sanctions ayant le caractère d'une punition », en raison de leur absence de caractère exécutoire et de leur exécution volontaire, Cons. const., déc. 26 sept. 2014, 2014-416 QPC : D. 2014. 2503, note J.-B. Perrier. Pour approfondir, V. J.-B. Perrier, *La transaction en matière pénale*, LGDJ 2014, Bibl. sc. crim., t. 61.

3. V. M. Delmas-Marty, C. Teitgen-Colly, *Punir sans juger ? De la répression administrative au droit administratif pénal*, Economica, 1992.

4. CJUE, 31 janv. 2013, aff. C-394/11, *Valeri Hariev Belov c. CHEZ Elektro Balaria AD* : JCP G 183. 313, obs. D. Berlin.

5. CJUE, 31 janv. 2013, aff. C-175-11, H.I.D. B.A. c. *Refugee applications Commissioners* : JCP G 183. 313, obs. D. Berlin ; V. déjà CJCE, 19 sept. 2006, aff. C-506/04 Wilson : Rec. CJCE 2006, p. I-8613, pts. 50 et 51. Et sur la notion de juridiction pénale, V. X. Pin, « La notion de juridiction : le point de vue d'un pénaliste », in S. Amrani-Mekki, *Procédure civile et procédure pénale. Unité et diversité ?*, Bruylant, 2014, p. 57 s.

européen, mais ces rattachements permettent surtout d'appliquer au contentieux en cause les règles du procès équitable<sup>1</sup> : les sanctions demeurent fondamentalement administratives. Il est vrai que la frontière est parfois ténue entre le droit pénal et ce droit administratif répressif. Le Conseil constitutionnel estime ainsi qu'il convient d'appliquer à ce type de sanctions les lois d'amnistie<sup>2</sup>, les principes de légalité, de nécessité des peines, de non-rétroactivité de la loi pénale plus sévère, ainsi que le principe du respect des droits de la défense<sup>3</sup>. De même, le Conseil constitutionnel applique à ces sanctions l'exigence de proportionnalité aux manquements reprochés<sup>4</sup> ou le principe d'individualisation des peines<sup>5</sup>, pour condamner leur automaticité. Le Conseil d'État a également jugé que le principe de la rétroactivité *in mitius* s'appliquait et la Cour de cassation a eu l'occasion de contrôler le respect des droits de la défense et la proportionnalité<sup>6</sup>. Enfin, ces sanctions d'ordre administratif sont parfois bien plus lourdes que les sanctions pénales, notamment les amendes en matière de lutte contre le blanchiment<sup>7</sup>.

**352 Cumul ou non avec des sanctions pénales ?** Pour autant ces sanctions ne sont pas des peines, si bien que le Conseil constitutionnel et la Cour de cassation, sous réserve de l'application du principe de proportionnalité, considèrent qu'elles peuvent, sauf textes contraires, se cumuler avec des peines<sup>8</sup>.

1. Pour une instance disciplinaire v. CEDH 8 juin 1976, *Engel c. Pays-Bas*. Au terme de cet arrêt, trois critères permettent d'identifier un acte relevant de la matière pénale : 1) la qualification donnée en droit interne (ex., une infraction) ; 2) la nature de l'infraction et sa gravité ; 3) la sévérité de la sanction.

2. Cons. const., 20 juill. 1988, n° 88-244 DC, Loi portant amnistie, consid. 14.

3. Cons. const., 30 déc. 1997, n° 97-395 DC, Loi de finances pour 1998, consid. 37 ; Cons. const., 10 juin 2009, n° 2009-580 DC, Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet, consid. 16.

4. Cons. const., 27 juill. 2000, n° 200-433 DC, Loi modifiant la loi relative à la liberté de communication, consid. 52.

5. Cons. const., 27 janv. 2012, n° 2011-211 QPC, Inconstitutionnalité de la perte automatique du droit de vote encourue par des notaires et officiers ministériels destitués ; Cons. const., 3 févr. 2012, n° 2011-218 QPC, inconstitutionnalité de la perte automatique de grade encourue par les militaires pénalement condamnés pour un crime quelconque ou pour certains délits, *Dr. pénal* 2012. 36, obs. J.-H. Robert.

6. Pour les références, E. Dreyer, *Droit pénal général*, op. cit. n° 133.

7. v. ACPR, déc. n° 2016-06, 30 mai 2017, *JCP G* 2017. 861, note M.-E. Bousier.

8. Le principe de proportionnalité implique que le montant global des sanctions prononcées ne dépasse pas le montant le plus élevé de l'une des sanctions encourues, Cons. const., déc. 28 juill. 1989, n° 89-260 DC ; Cons. const. 30 déc. 1997, n° 97-935 DC ; Cons. const. 20 juill. 2012, n° 12-266 QPC ; Cons. const. 27 sept. 2013, déc ; n° 2013-341 QPC ; Cons. const. déc. 13 mars 2014, n° 2014- 690 DC ; Crim. 25 juin 2014, n° 13-87692, QPC. : *Dr. pénal* 2014, comm. n° 122, obs. V. Peltier.

Tel fut le cas par exemple en matière d'abus de marché, où les mêmes agissements pouvaient être poursuivis comme manquement d'initié par l'Autorité des marchés financiers et comme délit d'initié par le juge répressif<sup>1</sup>, mais la solution a été critiquée, d'autant que la Cour européenne des droits de l'homme n'était pas favorable à ce type de cumul, qu'elle jugeait contraire à la règle *ne bis in idem*<sup>2</sup>, même si elle ne pouvait pas condamner la France en raison d'une réserve française faite à l'article 4 du protocole n° 7. Aussi, le Conseil constitutionnel a finalement censuré lui-même cette double sanction – sans pour autant ériger clairement le principe *non bis in idem* en principe constitutionnel<sup>3</sup> –, estimant qu'en l'occurrence, le Code monétaire et financier ne prévoyait pas de sanctions « de nature différente », ce qui portait atteinte au principe de nécessité des peines<sup>4</sup> ; ce qui a poussé le législateur à refondre la répression des abus de marchés (loi n° 2016-818 du 21 juin 2016). Des motifs de cette dernière décision, il ressort clairement que le cumul entre sanctions pénales et autres sanctions punitives est prohibé dès lors les deux types de sanctions s'appliquent à des faits identiques, qu'elles poursuivent une même finalité, qu'elles sont de même nature et qu'elles relèvent du même ordre de juridiction. Le cumul de sanctions reste donc possible si l'une de ces conditions d'identité fait défaut. Tel est le cas, selon la Cour de cassation, des sanctions fiscales et douanières<sup>5</sup> lorsque leur contentieux relève du juge administratif même si les Cours européennes n'ont pas toujours été du même avis<sup>6</sup>. Le Conseil a d'ailleurs confirmé sa position en admettant

1. Crim. 22 janv. 2014, n° 12-83579, *AJ pénal* 2014. 180, note J. Lasserre Capdeville ; N. Ronchevsky, *D.* 2014, Entretien, p. 600.

2. CEDH, 4 mars 2014, *Grande Stevens et autres c. Italie*, n° 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 et 18698/10.

3. Sur ce principe, V. *AJ pénal*, 2015, Dossier, p. 171 s.

4. Cons. const., déc. 18 mars 2015, n° 2014-453/454 QPC, n° 2015-462 QPC ; *JCP G*, 2015, 369, note J.-H. Robert ; *JCP G*, 2015, 368, note J.-F. Renucci ; *Gaz. Pal. Professionnelle*, 2015, n° 133 à 136, p. 16, note E. Raschel. En exécution de cette décision, les tribunaux répressifs doivent constater l'extinction de l'action publique exercée après le prononcé d'une sanction par l'Autorité des marchés financiers pour délit d'initié, Crim. 20 mai 2015, n° 13-83489, *Dr. pénal* 2015, comm. n° 99, obs. J.-H. Robert.

5. Crim. 25 juin 2014. préc.

6. V. notamment CEDH, 27 nov. 2014, n° 7356/10, *Lucky Dev c. Suède* ; *JCP G*, 2014, act. 1349, obs. L. Milano ; CJUE, gr. ch., 5 juin 2012, aff. C-49/10, *Bonda* ; *Dr. pénal* 2014, chron. 3, n° 21, V. Peltier ; CJUE 26 févr. 2013, aff. C-617/10, *Aklagaren*, *JCP G*, 2013, act. 312, obs. F. Picod.

le cumul des majorations d'impôts et des sanctions pénales établies par les articles 1729 et 1741 du Code général des impôts, tout en supprimant le critère, qu'il avait lui-même posé, de l'identité de juridiction, au motif que loin d'être concurrentes les procédures en cause étaient complémentaires<sup>1</sup>. Certes, lorsqu'il s'agit de sanctions en matière de douane et de contributions indirectes, l'argument de la différence d'ordre de juridiction n'est pas pertinent puisqu'elles sont appliquées par les juridictions judiciaires, saisies soit par le parquet, soit par l'administration. Mais, dans ce dernier cas, le cumul peut se justifier au regard des finalités différentes : les sanctions pénales ont pour finalité de restaurer l'équilibre social et de punir l'auteur, en favorisant son amendement, son insertion ou sa réinsertion (C. pén. art. 130-1), alors que les sanctions fiscales et douanières ont un caractère mixte « répressif et indemnitaire »<sup>2</sup>.

Un autre cumul est envisageable entre des sanctions pénales et les sanctions administratives prévues notamment par la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 en matière *économique*, dans la mesure où elles relèvent de deux ordres juridictionnels différents<sup>3</sup>. Il devrait en aller de même des sanctions *disciplinaires et ordinaires* relevant des juridictions administratives qui s'ajoutent aux interdictions professionnelles prononcées par les juridictions répressives<sup>4</sup> ; ou encore des interdictions d'exercice ou radiations qui s'appliquent aux notaires, aux officiers ministériels ou aux avocats, qui relèvent certes des seules juridictions judiciaires, mais qui visent des fautes professionnelles définies beaucoup plus largement que les incriminations faisant encourir la peine d'interdiction d'exercice de l'activité professionnelle<sup>5</sup>. À noter enfin que

1. Cons. const., 24 juin 2016, n° 2016-545 QPC et n° 2016-546 QPC (affaires *Cahuzac et Widenstein*), *JCP G*, 2016, 847, note M. Collet et P. Collin ; *Dr. pénal* 2016, comm. 135, obs. V. Peltier.

2. Crim. 6 déc. 2010, n° 09-88235 : *Dr. pénal* 2011, comm. n° 52, obs. J.-H. Robert ; Crim. 11 mars 2009, n° 08-8256 : *Dr. pénal* 2009, comm. n° 79, obs. J.-H. Robert ; rappr. Cons. const. déc. ; 7 mars 2014, n° 2013-371 QPC : *Dr. fiscal*, n° 46, étude 625, S. Detraz.

3. Cons. const., déc. 13 mars 2014, n° 2014-690 DC.

4. Crim. 23 juill. 2014, n° 14-80428 : *Dr. pénal* 2014, comm. n° 125, obs. M. Véron ; Cons. const., déc., 17 janv. 2013, n° 2012-289 QPC : *RFD const.* 2013. 715, note J.-B. Perrier ; Cons. const. déc. 24 oct. ; 2014, n° 2014-423 QPC.

5. Pour une hypothèse de cumul, V. Civ. 1<sup>re</sup>, 9 avril. 2015, n° 14-50012 : *Dr. pénal* 2015, comm. n° 92 obs. V. Peltier.

la Cour de cassation applique désormais les critères du Conseil constitutionnel pour décider que le principe de nécessité des délits et des peines ne fait pas obstacle à ce que les mêmes faits, commis par une même personne, puissent faire l'objet de poursuites différentes aux fins de sanctions administratives ou pénales, en application de corps de règles distincts devant leur propre ordre de juridiction. Elle ajoute qu'en tout état de cause le montant global des sanctions éventuellement prononcées ne doit pas dépasser le montant le plus élevé de l'une des sanctions encourues<sup>1</sup>.

Plusieurs arrêts postérieurs à ceux du 24 juin 2016 ont permis d'affiner les critères du cumul et les règles de calcul. Il a ainsi été admis que pouvaient se cumuler des sanctions pénales et des sanctions prononcées par la Cour de discipline budgétaire et financière<sup>2</sup>, comme pouvaient se cumuler des poursuites devant les juridictions pénales et les juridictions ordinaires<sup>3</sup>. La Cour de cassation s'est même appuyée sur la réserve française au protocole additionnel n° 7 à la Convention EDH pour admettre, en matière financière, le cumul des poursuites disciplinaires et pénales<sup>4</sup> et préciser en matière fiscale que cette réserve limite l'application du principe *non bis in idem* aux seules « infractions relevant en droit français de la compétence des tribunaux statuant en matière pénale »<sup>5</sup>. Quant aux sanctions de faillite personnelle ou d'interdiction de gérer, on sait qu'elles peuvent être prononcées soit par la juridiction civile – ou commerciale pour certains manquements – soit par une juridiction pénale pour les mêmes manquements qualifiés de banqueroute. Or il a été admis qu'il s'agissait de sanction de nature différente, parce que le juge pénal peut condamner l'auteur du délit de banqueroute à une peine d'emprisonnement et à une peine d'amende, ainsi qu'à plusieurs autres peines complémentaires d'interdiction<sup>6</sup>. La Cour de cassation compare donc les « blocs de sanctions » en présence pour en déduire

1. Crim. 5 août 2015, n° 15-90007, *Dr. pénal* 2015, comm. 151, obs. V. Peltier.

2. Cons. const., 1<sup>er</sup> juill. 2016, n° 2016-570, QPC et n° 2016-573 QPC.

3. Crim. 27 juill. 2016, n° 16-80694 QPC, *Dr. pénal* 2016, comm. 150, obs. V. Peltier.

4. Crim. 13 sept. 2017, n° 15-84823, *JCP G* 2017. 1318, note O. Décima.

5. Crim. 6 déc. 2017, n° 16-81857, *Gaz. Pal.* 2018, n° 2, p 20, note C. Ballot ; *Dr. pénal* 2018, comm. 38, obs. V. Peltier.

6. Crim. 29 sept. 2016, n° 2016-570 QPC et n° 2016-573 QPC, *Dr. pénal* 2016, comm. 165, obs. V. Peltier.

leur nature<sup>1</sup>. Dans le même sens, la Cour de cassation estime que n'ayant ni la même nature, ni le même but, une peine et une sanction disciplinaire peuvent se cumuler sans porter atteinte aux dispositions conventionnelles des articles 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et 4 du Protocole additionnel n° 7, consacrant la règle *non bis in idem*, qui n'interdit pas le prononcé de sanctions disciplinaires parallèlement aux sanctions pénales<sup>2</sup>.

La Cour européenne elle-même, bien qu'elle rappelle régulièrement le principe d'interdiction du cumul des sanctions administratives et pénales<sup>3</sup>, a également admis le cumul de sanctions pénales et fiscales, dès lors que les procédures participent d'un même ensemble intégré, compte tenu du lien matériel et temporel qui les unit<sup>4</sup>. Elle a également admis un cumul de sanctions administrative (retrait de point) et pénale (amende) en matière d'infractions routières, dès lors qu'en raison des liens qui unissent les deux procédures, celles-ci constituent les deux versants d'un « système unique » de sanctions<sup>5</sup>. Il en va de même des fraudes électorales, la Cour de cassation estimant qu'elles peuvent faire l'objet de poursuites différentes, aboutissant au prononcé de sanctions de nature administrative (C. élect., art. L. 118-4, L. 248, inéligibilité) et pénale (C. élect., art. L. 117, inéligibilité, emprisonnement, amende et autres peines complémentaires) différentes<sup>6</sup>. Autrement dit, les délinquants fiscaux comme les délinquants routiers et les délinquants politiques ne doivent s'attendre à aucune clémence de la part des hautes juridictions.

Dans le même sens, on notera que la Cour de justice de l'Union européenne a opéré en 2018 un revirement en matière fiscale pour admettre le cumul de poursuites et de sanctions, alors qu'elle a maintenu la prohibition du cumul en matière boursière<sup>7</sup>.

1. V. Peltier, obs. préc.

2. CEDH, 10 janv 2017, n° 15-85519, *Dr. pénal* 2017, comm. 68, obs. V. Peltier.

3. CEDH, 13 juin 2017, n° 41788/11, *Simkus c. Lituanie*, *Gaz. Pal.* 2017, n° 26, p. 28, obs. J. Adriant-simbazowina ; V. également CEDH, 18 mai 2017, n° 22007/11, *Johannesson et a. c. Islande*, *JCP G* 2017, 654, obs. K. Blay-Grabarczyk.

4. CEDH, gr. ch., 15 nov. 2016, n° 24130/11 et n° 29758/11, *A. et B. c. Norvège*, *JCP G* 2017, 183, note O. Décima ; *Dr. pénal* 2017, comm. 14, obs. V. Peltier.

5. CEDH, 4 oct. 2016, n° 21563/12, *Rivard c. Suisse*, *Dr. pénal* 2016, comm. 181, obs. V. Peltier.

6. *Crim.* 17 janv. 2018, n° 17-90022, *JCP G* 2018, act. 104, obs. J.-M. Brigant.

7. CJUE (GC), 20 mars 2018, aff. C.-524/15, *Menci* ; CJUE (GC), 20 mars 2018, aff. C.-537/16, *Garlson Real Estate SA* ; CJUE (GC), 20 mars 2018, aff. C.-596/16, *Di Puma* ; CJUE (GC), 20 mars 2018, aff. C.-597/16, *Zecca*, *Dr. pénal* 2018, comm. 95, obs. V. Peltier.

## § 2. Le type de peine

---

**353 Nomenclature.** À s'en tenir à la façon dont elles sont encourues, et sous réserve d'un phénomène grandissant d'hybridation (qui conduit à ce qu'une même sanction puisse connaître des régimes différents), il existe deux grandes catégories de peines pour les *personnes physiques* : les peines principales (**A**) et les peines complémentaires (**B**), auxquelles s'ajoute une variété en voie de disparition : les peines accessoires (**C**)<sup>1</sup>. Cette grande division ne vaut que partiellement pour les *personnes morales* (**D**).

### A. Les peines principales applicables aux personnes physiques

---

**354 Peines de référence et peines de remplacement.** Les peines principales sont les peines encourues, à titre principal, du seul fait de la commission de l'infraction. Leur catégorie n'est pas unitaire : à côté des peines principales effectivement encourues, dites aussi « de référence »<sup>2</sup> car elles permettent de déterminer la classe de l'infraction dont elles sont la conséquence (**1**), il existe des peines principales dites « alternatives », voire « substitutives », qui peuvent être prononcées en *remplacement* des peines de référence pour faciliter l'individualisation de la répression (**2**).

#### 1. Peines principales de référence

**355 Définition.** La peine principale de référence est la sanction qui est effectivement et nécessairement encourue par l'auteur de l'infraction. Elle accompagne le texte d'incrimination et permet de déterminer la classe d'infraction en cause : crime, délit ou contravention. Il s'agit, en d'autres termes, de la peine qui permet de se représenter la *gravité* et le degré de réprobation sociale du comportement incriminé. Or, depuis 1994, elles présentent cette particularité, lorsqu'elles sont quantifiables, de ne plus être déterminées dans une fourchette entre un minimum et un maximum,

---

**1.** J.-H. Robert, « L'instabilité des qualifications jurisprudentielles et doctrinales des peines secondaires », *Mélanges J. Larguier*, PUG, 1993, p. 241 s.

**2.** Pour cette appellation, V. Ph. Conte et P. Maistre du Chambon, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 452 s.

mais de ne comporter que des maxima, de sorte qu'elle ne nous renseigne plus que sur la gravité maximale des comportements incriminés, le seuil minimum de réprobation sociale a disparu<sup>1</sup>.

**356 Peines criminelles.** Depuis l'abolition de la peine de mort par la loi du 9 octobre 1981<sup>2</sup>, les peines principales criminelles sont, en premier lieu, des peines privatives de liberté ; à savoir, la réclusion criminelle à perpétuité ou à temps pour les crimes de droit commun ou la *détention* criminelle à perpétuité ou à temps, pour les crimes politiques. Lorsque la réclusion ou la détention sont à temps, leur durée est de 30, 20 ou 15 ans au plus et de 10 ans au moins (C. pén., art. 131-1). Les crimes peuvent, en second lieu, être assortis d'une amende.

**357 Peines correctionnelles.** Les peines principales correctionnelles sont, selon l'article 131-3 du Code pénal, l'emprisonnement, l'amende, la contrainte pénale, le jour-amende, le stage de citoyenneté, le travail d'intérêt général, les peines privatives ou restrictives de droits prévues à l'article 131-6, les peines complémentaires prévues à l'article 131-10 et la sanction-réparation. Cependant dans cette liste, les seules véritables peines de *référence* sont l'amende et l'emprisonnement (C. pén., art. 131-3, 1° et 2°) car ce sont elles qui, en principe, assortissent les textes d'incrimination et déterminent la compétence du tribunal correctionnel (C. pr. pén., art. 381)<sup>3</sup>. Les peines d'emprisonnement se répartissent en huit échelons définis par des maxima qui sont de dix ans au plus, cinq ans au plus, trois ans au plus, deux ans au plus, un an au plus, six mois au plus, ou deux mois au plus (C. pén., art. 131-4)<sup>4</sup>. Quant à l'amende, elle est en principe supérieure ou

1. V. E. Dreyer, « Fallait-il abolir les peines plancher ? », in G. Beaussonie (dir.), *Faut-il régénéraliser le droit pénal ?*, LGDJ/Lextenso, Grands Colloques, 2015, p. 195 s.

2. V. R. Badinter, *L'abolition de la peine de mort*, Dalloz, 2007.

3. Depuis la loi n° 2002-1138 du 9 sept. 2002 d'orientation et de programmation pour la justice, le travail d'intérêt général est également prévu dans le texte même d'incrimination, au même titre que l'amende, pour le délit de dégradation de certains biens par inscriptions, signes ou dessins ayant entraîné un dommage léger (C. pén., art. 322-1, al. 2, 322-2 et 322-3), mais cette innovation, complétée par la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 qui a réécrit l'article 131-9 du Code pénal pour permettre le cumul de ces peines, n'a pas supprimé la nature profondément alternative, voire substitutive, du travail d'intérêt général. V. sur ce point X. Pin, « Le travail d'intérêt général peine principale de référence : l'innovation en vaut-elle la peine ? », *D.* 2003. Point de vue 75 s., et v. ss 446.

4. En 2015, des auteurs ont relevé cependant plus de 59 textes hors du Code pénal créant 6 échelons illégaux, V. R. Lorrain, Ch. Ingrain, « La nécessaire réforme des peines d'emprisonnement encourues "illégaux" », *Dr. pénal* 2015, Étude 20.

égale à 3 750 € (C. pr. pén., art. 381). Au-dessus de ce plancher, son montant varie, dans une proportion qui est, en règle générale, de 15 000 € par année d'emprisonnement et il n'y a pas de plafond autre que le maximum fixé par chaque texte de pénalité. Ainsi, en matière de délinquance économique et financière, les amendes encourues sont souvent très lourdes, car déterminées en fonction du profit tiré de l'infraction (« amende-profit »), comme par exemple en matière de recel, où les peines peuvent être élevées « jusqu'à la moitié de la valeur des biens recelés » (C. pén., art. 321-3). Dans ce domaine, la loi n° 2013-117 du 6 décembre 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance et financière a même généralisé la possibilité d'un déplafonnement : lorsque la loi le prévoit, les juges peuvent porter l'amende au double du produit de l'infraction, ce qui devrait être dissuasif. Dans certains secteurs, le montant des amendes peut être farouche, comme en matière d'abus de marché où la loi n° 2016-819 du 21 juin 2016 a porté l'amende de 1,5 à 100 millions d'euros et ce maximum peut être dépassé pour atteindre 10 fois le montant de « l'avantage retiré du délit » (C. mon. fin., art. L. 465-1).

**358 Peines contraventionnelles.** Les peines principales contraventionnelles sont l'amende et, pour les contraventions de la cinquième classe, les peines privatives ou restrictives de droits prévues à l'article 131-14 du Code pénal et la peine de sanction-réparation prévue par l'article 131-15-1 du même Code (C. pén., art. 131-12). Le montant de l'amende est, selon l'article 131-13 du Code pénal, de 38 € au plus pour les contraventions de la 1<sup>re</sup> classe ; 150 € au plus pour les contraventions de la 2<sup>e</sup> classe ; 450 € au plus pour les contraventions de la 3<sup>e</sup> classe ; 750 € au plus pour les contraventions de la 4<sup>e</sup> classe ; 1 500 € au plus pour les contraventions de la 5<sup>e</sup> classe, montant qui peut être porté à 3 000 € en cas de récidive lorsque le règlement le prévoit. Il s'agit là d'un maximum qui permet de délimiter et de définir la catégorie des contraventions. Quant aux peines privatives ou restrictives de droits et à la peine de sanction-réparation, bien qu'elles soient mentionnées dans le Code au même titre que l'amende, elles participent essentiellement d'une logique de substitution.

## **2. Peines principales alternatives**

**359 Définition.** Il existe des peines qui, sans être prévues par le texte accompagnant l'incrimination, peuvent être prononcées « à la place » de l'emprisonnement ou de l'amende et se cumuler entre elles ou être prononcées en remplacement les unes des autres. Il s'agit de peines « alternatives » (C. pén., art. 131-3, 131-6 et 131-14) qui, comme certaines peines complémentaires, peuvent être prononcées par « substitution » à une peine principale. Ce sont des peines de *remplacement*<sup>1</sup>, qui permettent d'individualiser la répression ; on les rencontre en matière correctionnelle et contraventionnelle, et l'une de leur particularité est d'être, pour la plupart, sanctionnées par une nouvelle peine en cas d'inexécution<sup>2</sup>.

### **a. Les peines correctionnelles**

**360 La contrainte pénale.** La contrainte pénale est l'innovation majeure de la loi de l'été 2014 relative à l'individualisation des peines et l'efficacité des sanctions pénales. Dans la droite ligne des préconisations de la recommandation du 20 janvier 2010 du Conseil de l'Europe relative à la probation, cette peine se veut une prise en charge des condamnés au sein de la communauté dans le but de les réintégrer socialement et de contribuer à la sécurité collective. L'institution a été portée et préconisée par des spécialistes du milieu pénitentiaire, sous le nom de « contrainte pénale communautaire »<sup>3</sup>, puis par une mission parlementaire sur les moyens de lutter contre la surpopulation carcérale et par le jury de la Conférence de consensus, sous le nom de « peine de probation »<sup>4</sup>. L'objectif était initialement de rompre avec la logique de l'emprisonnement pour lui substituer une logique d'accompagnement. L'article 131-8-1 qui prévoit la contrainte pénale dispose en ce

1. Sur la distinction entre les peines principales alternatives et les peines de substitution, V. Ph. Conte et P. Maître du Chambon, *Droit pénal général*, op. cit., n° 459 s.

2. Pour plus de détails v. ss 438 s.

3. V. P.-V. Tournier, « La contrainte pénale communautaire : créer une sanction non carcérale qui ne sera pas un sursis à exécution des sanctions carcérales », in « Quelle nouvelle peine ? » *AJ pénal* 2013, 125 s.

4. V. M. Herzog-Evans, « Conférence de consensus : trop de droit, pas assez d'envergure institutionnelle et scientifique », *D.* 2013, 720 ; J. Pradel, « Les recommandations de la conférence de consensus sur la prévention de la récidive. Les réponses d'un incrédule » *D.* 2013, 725 ; E. Bonis-Garçon, « Vers un droit pénal raisonné ? À propos du rapport de la conférence de consensus du 2 février 2013 », *JCP G*, 2013, 285.

sens qu'elle doit permettre « un accompagnement socio-éducatif individualisé et soutenu » du condamné à travers toute une série d'obligations et d'interdictions, mais, comme nous le verrons plus loin<sup>1</sup>, la réforme est restée inaboutie.

**361 Travail d'intérêt général.** La peine de travail d'intérêt général prévue, pour les majeurs, par l'article 131-8 du Code pénal<sup>2</sup>, consiste en l'accomplissement d'un travail non rémunéré au profit soit d'une personne morale de droit public, soit d'une personne morale de droit privé chargée d'une mission de service public ou d'une association habilitées. La durée de ce travail est comprise entre 20 et 280 heures (contre 40 à 210 auparavant), dans une période ne pouvant excéder 18 mois (C. pén., art. 131-22). Sa caractéristique est d'être une peine consentie<sup>3</sup>. En effet, pour respecter la prohibition internationale du travail forcé (Conv. EDH, art. 4 ; Pacte des Nations unies relatif aux droits civils et politiques, art. 8, § 30), la loi dispose que cette peine ne peut être prononcée si le condamné présent à l'audience la refuse ou, depuis la loi n° 2016-731 du 3 juin 2016, en cas d'absence et de représentation par son avocat, s'il n'a pas fait connaître par écrit son accord. Il est notable, en outre, que l'inexécution d'un TIG est une infraction punie de deux ans d'emprisonnement et 30 000 € d'amende (C. pén., art. 434-42) et que, depuis le 1<sup>er</sup> octobre 2004, lorsqu'elle prononce un TIG la juridiction peut fixer par anticipation la durée maximum de l'emprisonnement ou le montant maximum de l'amende dont le juge de l'application des peines pourra ordonner la mise à exécution en tout ou partie, après débat contradictoire, si le condamné ne respecte pas les obligations du TIG (C. pén., art. 131-9). Le texte prévoit que le président de la juridiction en avertit le condamné après le prononcé de la décision, ce qui pose une difficulté lorsque le prévenu était absent. Quoi qu'il en soit, l'emprisonnement ou l'amende fixés ne peuvent excéder les

1. V. ss 439.

2. V. pour les mineurs, Ord. 2 févr. 1945, art. 20-5.

3. V. sur le thème des peines consenties, Ph. Salvage, « Le consentement en droit pénal », *RSC* 1991. 699 s. ; M. Danti-Juan, « Le consentement et la sanction », *Mélanges P. Couvrat*, PUF, 2001, p. 367 s. ; X. Pin, « La participation consensuelle », in *Les nouvelles orientations de la phase exécutoire du procès pénal*, Travaux de l'institut de sciences criminelles de Poitiers, t. 25, 2006, p. 27 s.

peines encourues pour le délit pour lequel la condamnation est prononcée, ni évidemment celles prévues par l'article 434-42 du Code pénal<sup>1</sup>.

**362 Jour-amende.** La peine de jours-amende est prévue pour les délits punissables d'emprisonnement (C. pén., art. 131-5)<sup>2</sup>. Il s'agit d'une amende due à terme, dont l'objectif est de forcer le condamné à économiser. La juridiction détermine un nombre de jours-amende qui constitue le terme (au maximum 360) et en fixe le montant, en tenant compte des ressources et des charges du condamné, sans pouvoir excéder 1 000 € par jour (C. pén., art. 131-5). Le Code précise en outre que la peine de jours-amende ne peut être prononcée cumulativement avec la peine d'amende (C. pén., art. 131-9, al. 3) et nous verrons qu'elle ne devrait pas pouvoir être non plus cumulée avec une peine d'emprisonnement<sup>3</sup>.

**363 Stage de citoyenneté.** Depuis l'entrée en vigueur de la loi du 9 mars 2004, le stage de citoyenneté figure parmi les peines correctionnelles applicables aux personnes physiques (C. pén., art. 131-3, 4°)<sup>4</sup>. Pouvant être prononcé par la juridiction à la place d'un emprisonnement<sup>5</sup>, le stage de citoyenneté avait initialement pour objet de rappeler au condamné les valeurs républicaines de tolérance et de respect de la dignité humaine sur lesquelles est fondée la société mais la formulation a changé depuis la loi n° 2017-86 du 27 janvier 2017 : désormais ce stage tend à « l'apprentissage des valeurs de la République et des devoirs du citoyen » (C. pén., art. 131-5-1). Il s'agit donc d'une peine *éducative* mais aussi – et peut-être précisément parce qu'elle est éducative – d'une peine consensuelle puisque, l'article 131-5-1 du Code pénal dispose que « cette peine ne peut être prononcée contre celui qui la refuse ou n'est pas présent à l'audience ». Toutefois, depuis la loi n° 2016-731 du 3 juin 2016, comme pour le travail d'intérêt général, cette

---

1. Pour le détail, V. ss 446.

2. V. H. Bioy, *Le jour-amende en droit pénal français*, Dalloz/ENM, 2016.

3. Pour le détail, V. ss 452.

4. Il connaît un relatif succès mais ses modalités de financement soulèvent des interrogations en terme d'égalité des citoyens, V. G. Germain, S. Lassalle, « Stage de citoyenneté : une mesure inégale ? », *AJ Pénal* 2014. 467.

5. Le stage de citoyenneté est également une peine complémentaire (C. pén., art. 131-16).

peine peut aussi être prononcée lorsque le prévenu, absent à l'audience, « a fait connaître par écrit son accord et qu'il est représenté par son avocat ». On regrettera cette possibilité d'un accord écrit en cas d'absence car lorsque le prévenu était obligé de comparaître pour pouvoir bénéficier un tel stage, un juge pouvait lui expliquer les enjeux d'une telle sanction et les conséquences de son inexécution. À cet égard, on notera que, comme pour le TIG, l'inexécution est constitutive d'une infraction passible de deux ans d'emprisonnement et 30 000 € d'amende (C. pén., art. 434-41). Et la juridiction qui prononce le stage peut aussi, selon l'article 131-9 du Code pénal, fixer par anticipation la peine encourue en cas de non-respect des obligations du stage, laquelle sera mise à exécution par le Juge de l'application des peines, après débat contradictoire. Dans ce dernier cas, l'article 434-41 du Code pénal n'est pas applicable<sup>1</sup>.

**364 Peines privatives et restrictives de « liberté » (sic).** Selon l'article 131-6 du Code pénal, lorsqu'un délit est puni d'une peine d'emprisonnement, la juridiction peut prononcer, à la place de l'emprisonnement, une ou plusieurs des peines privatives ou restrictives de « liberté »<sup>2</sup> suivantes : *la suspension du permis de conduire*, pour une durée de cinq ans au plus, cette suspension pouvant être limitée à la conduite en dehors de l'activité professionnelle, sauf lorsque le texte qui la prévoit à titre de peine complémentaire s'y oppose (ce qui est pratiquement toujours le cas, depuis la suppression en 2003, dans le Code de la route de cette faculté d'octroi de « permis blancs ») ; *l'interdiction de conduire* certains véhicules pendant une durée de cinq ans au plus ; *l'annulation du permis de conduire* avec interdiction de solliciter la délivrance d'un nouveau permis pendant cinq ans au plus ; *la confiscation d'un ou de plusieurs véhicules* appartenant au condamné ; *l'immobilisation d'un ou de plusieurs véhicules* appartenant au condamné, pour une durée d'un an au plus ; *l'interdiction de détenir ou de porter une arme* soumise à autorisa-

1. Pour le détail, V. ss 455.

2. L'ancien texte visait les peines privatives ou restrictives de « droits » et l'article 131-3, 6° s'y réfère toujours.

tion, pour une durée de cinq ans au plus ; *la confiscation d'une ou de plusieurs armes* dont le condamné est propriétaire ou dont il a la libre disposition ; *le retrait du permis de chasser* avec interdiction de solliciter la délivrance d'un nouveau permis pendant cinq ans au plus ; *l'interdiction d'émettre des chèques* et d'utiliser *des cartes de paiement* pour une durée de cinq ans au plus ; la confiscation de la chose qui a servi ou était destinée à commettre l'infraction ou de la chose qui en est le produit (sauf en matière de délit de presse ; C. pén., art. 131-21) ; *l'interdiction d'exercer une activité professionnelle ou sociale* pour une durée de cinq ans au plus, dès lors que les facilités que procure cette activité ont été sciemment utilisées pour préparer ou commettre l'infraction (sauf pour les mandats électifs, les responsabilités syndicales et en matière de délit de presse) ; *l'interdiction de fréquenter certains lieux* ou catégories de lieux déterminés par la juridiction et dans lesquels l'infraction a été commise pour une durée de trois ans au plus ; *l'interdiction de fréquenter certains condamnés spécialement désignés* par la juridiction, notamment les auteurs ou complices de l'infraction, pour une durée de trois ans au plus ; *l'interdiction d'entrer en relation avec certaines personnes* spécialement désignées par la juridiction, notamment la victime de l'infraction, pour une durée de trois ans au plus ; la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 a ajouté « l'interdiction, pour une durée de cinq ans au plus, d'exercer une profession commerciale ou industrielle, de diriger, d'administrer, de gérer ou de contrôler à un titre quelconque, directement ou indirectement, pour son propre compte ou pour le compte d'autrui, une entreprise commerciale ou industrielle ou une société commerciale ». Enfin, la loi 2014-896 du 15 août 2014 a ajouté l'interdiction pour 5 ans au plus de conduire un véhicule non équipé d'un dispositif homologué d'antidémarrage par éthylotest électronique.

On notera que la plupart de ces peines alternatives sont de même nature que certaines peines complémentaires ; dans ce cas, le juge ne devrait pas pouvoir les cumuler<sup>4</sup>.

1. V. Ph. Conte et P. Maistre du Chambon, *Droit pénal général*, op. cit., n° 468 ; Comp. J.-H. Robert, « La combinaison des peines de substitution et des peines complémentaires de même nature », *Dr. pénal* 1995. Chron. 6.

En outre, l'inexécution de chacune de ces peines est constitutive d'une infraction passible de deux ans d'emprisonnement et 30 000 € d'amende (C. pén., art. 434-41). Et la juridiction qui la prononce peut aussi, selon l'article 131-9 du Code pénal, fixer par anticipation la peine encourue en cas de non-respect, laquelle sera mise à exécution par le Juge de l'application des peines, après débat contradictoire. Dans ce dernier cas, l'article 434-41 du Code pénal n'est pas applicable<sup>1</sup>.

Enfin, ces peines privatives ou restrictives de droits de l'article 131-6 peuvent également être prononcées, à la place de l'amende, pour les délits qui sont punis seulement d'une peine d'amende (C. pén., art. 131-7).

**365 Peine de sanction-réparation.** Après une longue gestation<sup>2</sup>, le législateur a introduit en 2007 une peine qui renoue confusément avec les origines du droit pénal puisqu'elle mêle la réparation à la répression. Cette peine dite de « sanction-réparation » consiste en une obligation pour le condamné de procéder, dans le délai et selon les modalités fixés par la juridiction, à l'indemnisation du préjudice de la victime (C. pén., art. 131-8-1). Elle fait désormais partie de la liste des peines correctionnelles (C. pén., art. 131-3, 8°) mais sa nature est *hybride* puisqu'elle est à la fois peine de remplacement<sup>3</sup> et peine complémentaire générale. En effet, lorsqu'un délit est puni d'une peine d'emprisonnement, la sanction-réparation peut être prononcée « à la place ou en même temps » que la peine d'emprisonnement. Il en est de même lorsqu'un délit est puni, à titre de peine principale, d'une seule peine d'amende. Deux autres particularités sont à noter : d'une part, cette peine peut être exécutée en nature « avec l'accord de la victime et du prévenu ». Elle implique alors une remise en l'état réalisée soit par le condamné, soit par un professionnel qu'il choisit et qu'il rémunère. L'exécution est constatée par le procureur de la République ou son délégué. D'autre part, la juridiction déter-

1. Pour le détail, V. ss 449.

2. M. Ullmann et al., « De la peine de substitution à la peine de réparation », *Dr. pénal* 1990. Chron. 1 s.

3. V. S. Fournier, « La peine de sanction-réparation : un hybride disgracieux (ou les dangers du mélange des genres) », *Mélanges J.-H. Robert*, Litec, 2012, p. 288. Pour le détail, V. ss 456.

mine par avance l'emprisonnement ou l'amende encourue en cas d'inexécution de l'obligation de réparation, que le juge de l'application des peines pourra mettre à exécution en tout ou en partie, après débat contradictoire. Lorsque l'infraction concernée était frappée d'emprisonnement ou d'amende, l'emprisonnement pour inexécution ne peut excéder six mois et le montant de l'amende ne doit pas dépasser 15 000 €. Lorsque seule l'amende était encourue, la peine d'amende pour inexécution ne peut dépasser 15 000 €. Le président de la juridiction en avertit le condamné après le prononcé de la condamnation.

#### **b. Les peines contraventionnelles**

- 366 Peines privatives ou restrictives de droits pour les contraventions de la cinquième classe.** Selon l'article 131-14 du Code pénal, pour les contraventions de la cinquième classe, des peines privatives ou restrictives de droits peuvent être prononcées à la place de l'amende (C. pén., art. 131-15). Il s'agit de la *suspension*, pour une durée d'un an au plus, du permis de conduire, cette suspension pouvant être limitée à la conduite en dehors de l'activité professionnelle, sauf dispositions contraires (hypothèse des *permis de blanc* de moins en moins octroyés) ; de l'immobilisation d'un ou de plusieurs véhicules appartenant au condamné, pour une durée de six mois au plus ; de la *confiscation d'une ou de plusieurs armes* dont le condamné est propriétaire ou dont il a la libre disposition ; du *retrait du permis de chasser*, avec interdiction de solliciter la délivrance d'un nouveau permis pendant un an au plus ; de l'interdiction, pour une durée d'un an au plus, *d'émettre des chèques* autres que ceux qui permettent le retrait de fonds par le tireur auprès du tiré ou ceux qui sont certifiés et *d'utiliser des cartes de paiement* ; et de la *confiscation de la chose* qui a servi ou était destinée à commettre l'infraction ou de la chose qui en est le produit. Toutefois, le texte ajoute que cette confiscation ne peut pas être prononcée en matière de délit de presse.
- 367 Peine de sanction-réparation pour les contraventions de la cinquième classe.** La peine de sanction-réparation créée par la loi n° 2007-297 du 5 mars 2007 est applicable aux contraventions de la cinquième classe (C. pén., art. 131-15-1). Son régime est le même

que pour les délits (C. pén., art. 131-8-1)<sup>1</sup> à cette différence près que la peine d'amende fixée par la juridiction, pour le cas où elle ne serait pas exécutée ne peut excéder 1 500 €. Au reste, comme en matière correctionnelle, elle se laisse difficilement classer parmi les catégories existantes, puisqu'aux termes de l'article 131-15-1 du Code pénal, la juridiction peut la prononcer « à la place ou en même temps que la peine d'amende ». Elle participe donc à la fois de la peine alternative et de la peine complémentaire générale.

## B. Les peines complémentaires

**368 Peines facultatives ou obligatoires.** Les peines complémentaires sont des peines qui, comme leur nom l'indique, s'ajoutent à la peine principale. Les condamnations pour crime, délit ou contravention peuvent en être assorties (C. pén., art. 131-10 et 131-16), si la loi ou le règlement les prévoit et si le juge les prononce. Ces peines sont soit générales (prévues pour une ou plusieurs catégories d'infractions), soit spéciales (prévues pour telle ou telle infraction particulière), soit facultatives (les juges étant libres de les prononcer ou non), soit obligatoires (le juge devant alors les prononcer comme la confiscation d'objets dangereux ou nuisibles). Dans ce dernier cas, elles ne sont conformes au principe constitutionnel d'individualisation des peines que si le juge peut en aménager les modalités ou la durée<sup>2</sup>. Ainsi a pu être déclarée conforme à la constitution la peine complémentaire obligatoire de publication du jugement de condamnation, prévue par l'article L. 121-4 du Code de la consommation en matière de publicité mensongère, au motif qu'il appartient au juge de fixer, en application de l'article 131-35 du Code pénal, les modalités de cette publication et qu'il peut ainsi en faire varier l'importance et la durée<sup>3</sup>. En revanche, a été déclarée inconstitutionnelle la peine complémentaire obligatoire de publication et d'affichage du jugement de

1. V. ss 365.

2. V. A. Lepage, H. Matsopoulou, « Des peines complémentaires obligatoires déclarées conformes aux principes constitutionnels », *JCP* 2010. I. 1149.

3. Cons. const., 29 sept. 2010, n° 2010-41 QPC.

condamnation, prévue par l'article 1741, alinéa 4 du Code général des impôts, pour des faits de fraude fiscale, au motif que le juge ne peut en faire varier la durée (fixée à trois mois) ni en modifier les modalités (affichage prévu sur des panneaux de la commune et sur la porte extérieure de l'immeuble du contribuable) ; peu importe, selon le Conseil constitutionnel, que le juge puisse décider que la publication ou l'affichage seront faits de façon intégrale ou par extraits<sup>1</sup>. D'une manière plus générale, ces peines complémentaires se rencontrent autant en matière de crimes et délits, qu'en matière de contraventions.

**369 Peines privatives ou restrictives de droits.** Selon les termes de l'article 131-10 du Code pénal, les peines complémentaires que la loi peut prévoir pour les crimes ou les délits commis par les personnes physiques sont des peines qui « emportent interdiction, déchéance, incapacité ou retrait d'un droit, injonction de soins ou obligation de faire, immobilisation ou confiscation d'un objet, confiscation d'un animal, fermeture d'un établissement ou affichage de la décision prononcée ou diffusion de celle-ci soit par la presse écrite, soit par tout moyen de communication au public par voie électronique ». Il est difficile de les exposer de manière exhaustive car elles dépendent en grande partie de la nature des infractions sanctionnées (par ex., en droit pénal de la route, la suspension du permis de conduire, l'immobilisation du véhicule, etc.). Tout au plus peut-on énumérer les peines complémentaires dont le contenu ou les modalités sont décrits par la partie générale du Code pénal (C. pén., art. 131-19 s.), en soulignant qu'en principe, elles ne peuvent être prononcées que si un texte les prévoit spécialement pour l'infraction considérée, à moins que le législateur ait prévu qu'elles soient générales.

#### **1. Interdiction du territoire**

**370 Peine applicable aux étrangers.** Le droit français ne connaît plus le bannissement qui conduisait à interdire à des criminels politiques ressortissants français de résider en France, mais il connaît l'interdiction de territoire, qui est une mesure d'éloignement analogue

---

1. Cons. const., 10 déc. 2010, n° 2010-72/75/82 QPC.

pour les étrangers coupables d'un crime ou d'un délit (C. pén., art. 131-30). Lorsqu'elle est prévue par la loi, la peine d'interdiction du territoire français peut être prononcée à titre définitif ou pour une durée de dix ans au plus. Elle entraîne de plein droit la reconduite du condamné à la frontière, le cas échéant, à l'expiration de sa peine d'emprisonnement ou de réclusion. Lorsque l'interdiction du territoire accompagne une peine privative de liberté sans sursis, son application est suspendue pendant le délai d'exécution de la peine. Elle reprend, pour la durée fixée par la décision de condamnation, à compter du jour où la privation de liberté a pris fin. Enfin, l'interdiction du territoire français prononcée en même temps qu'une peine d'emprisonnement ne fait pas obstacle à ce que cette peine fasse l'objet, aux fins de préparation d'une demande en relèvement, de mesures de semi-liberté, de placement à l'extérieur, de placement sous surveillance électronique ou de permissions de sortir. Il s'agit généralement d'une peine complémentaire facultative, mais la loi n° 2016-987 du 21 juillet 2016 l'a rendu obligatoire pour tout étranger reconnu coupable d'une infraction terroriste (C. pén., art. 422-4). Une proposition de loi du 6 mars 2012 avait même prévu de la rendre obligatoire pour tout crime ou délit intentionnel puni d'une durée supérieure ou égale à cinq ans<sup>1</sup>, mais cette proposition a été abandonnée. Il reste que son prononcé est strictement encadré, depuis une loi du 26 novembre 2003 révisée par deux lois du 26 juillet 2006 puis du 7 mars 2016 : selon la personne en cause, pour des raisons humanitaires elle sera soit spécialement motivée, soit exclue.

- 371 Motivation spéciale.** Un tribunal ou une Cour ne peut prononcer l'interdiction du territoire français que par une décision spécialement motivée au regard de la gravité de l'infraction et de la situation personnelle et familiale de l'étranger lorsqu'est en cause : 1° Un étranger, ne vivant pas en état de polygamie, qui est père ou mère d'un enfant français mineur résidant en France, à condition qu'il établisse contribuer effectivement à l'entretien et à l'éduca-

---

1. Texte adopté n° 884.

tion de l'enfant dans les conditions prévues par l'article 371-2 du Code civil depuis la naissance de celui-ci ou depuis au moins un an ; 2° Un étranger marié depuis au moins trois ans avec un conjoint de nationalité française, à condition que ce mariage soit antérieur aux faits ayant entraîné sa condamnation, que la communauté de vie n'ait pas cessé depuis le mariage et que le conjoint ait conservé la nationalité française ; 3° Un étranger qui justifie par tous moyens qu'il réside habituellement en France depuis plus de quinze ans, sauf s'il a été, pendant toute cette période, titulaire d'une carte de séjour temporaire ou pluriannuelle portant la mention « étudiant » ; 4° Un étranger qui réside régulièrement en France depuis plus de dix ans, sauf s'il a été, pendant toute cette période, titulaire d'une carte de séjour temporaire ou pluriannuelle portant la mention « étudiant » ; 5° Un étranger titulaire d'une rente d'accident du travail ou de maladie professionnelle servie par un organisme français et dont le taux d'incapacité permanente est égal ou supérieur à 20 % (C. pén., art. 131-30-1).

- 372 Exclusion spéciale.** Selon l'article 131-30-2, La peine d'interdiction du territoire français ne peut être prononcée lorsqu'est en cause :
- 1° Un étranger qui justifie par tous moyens résider en France habituellement depuis qu'il a atteint au plus l'âge de treize ans ;
  - 2° Un étranger qui réside régulièrement en France depuis plus de vingt ans ;
  - 3° Un étranger qui réside régulièrement en France depuis plus de dix ans et qui, ne vivant pas en état de polygamie, est marié depuis au moins quatre ans avec un ressortissant français ayant conservé la nationalité française, à condition que ce mariage soit antérieur aux faits ayant entraîné sa condamnation et que la communauté de vie n'ait pas cessé depuis le mariage ou, sous les mêmes conditions, avec un ressortissant étranger relevant du 1° ;
  - 4° Un étranger qui réside régulièrement en France depuis plus de dix ans et qui, ne vivant pas en état de polygamie, est père ou mère d'un enfant français mineur résidant en France, à condition qu'il établisse contribuer effectivement à l'entretien et à l'éducation de l'enfant dans les conditions prévues par l'article 371-2 du Code civil depuis la naissance de celui-ci ou depuis au moins un an ;
  - 5° Un étranger qui réside en France sous couvert du titre de séjour prévu par le 11° de l'article 12 bis de

l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France<sup>1</sup>. Les dispositions prévues au 3° et au 4° ne sont toutefois pas applicables lorsque les faits à l'origine de la condamnation ont été commis à l'encontre du conjoint ou des enfants de l'étranger ou de tout enfant sur lequel il exerce l'autorité parentale. Enfin, toutes ces exclusions ne sont pas applicables aux atteintes aux intérêts fondamentaux de la nation prévus par les chapitres Ier, II et IV du titre I<sup>er</sup> du livre IV et par les articles 413-1 à 413-4, 413-10 et 413-11, ni aux actes de terrorisme prévus par le titre II du livre IV, ni aux infractions en matière de groupes de combat et de mouvements dissous prévues par les articles 431-14 à 431-17, ni aux infractions en matière de fausse monnaie prévues aux articles 442-1 à 442-4.

## **2. Interdiction de séjour**

**373 Interdiction de paraître.** Succédant à la surveillance de haute police, la peine *d'interdiction de séjour* a été instituée par une loi du 27 mai 1885. Elle consiste actuellement dans une interdiction de paraître dans certains lieux, déterminés par la juridiction de condamnation, avec l'obligation de se soumettre à des mesures de surveillance et d'assistance (C. pén., art. 131-31). La durée maximale de cette sanction est fixée à dix ans en cas de condamnation pour crime et à cinq ans en cas de condamnation pour délit. Lorsque l'interdiction de séjour accompagne une peine privative de liberté sans sursis, elle s'applique dès le commencement de cette peine et son exécution se poursuit, pour la durée fixée par la décision de condamnation, à compter du jour où la privation de liberté a pris fin. Mais toute détention intervenue au cours de l'interdiction de séjour s'impute sur la durée de celle-ci (C. pén., art. 131-32). En principe, l'interdiction de séjour cesse de plein droit lorsque le condamné atteint l'âge de 65 ans<sup>2</sup>. Enfin, en tant que peine complémentaire, on ne la confondra pas avec les inter-

**1.** Les mêmes cas d'exclusion et les mêmes exceptions s'appliquent à la mesure administrative d'expulsion des étrangers qui peut être prononcée en dehors de toute infraction (v. CESEDA).

**2.** Sauf en cas de prescription d'une peine prononcée en matière criminelle : le condamné est soumis de plein droit et à titre définitif à l'interdiction de séjour dans le département où demeurent la victime du crime ou ses héritiers (C. pr. pén., art. 763).

dictions de paraître qui peuvent être prononcées par les juridictions de l'application des peines (C. pr. pén., art. 712-16 à 712-16-3), même si ces deux formes d'interdictions sont aussi difficiles à mettre à exécution l'une et l'autre<sup>1</sup>.

### **3. Interdiction des droits civiques, civils et de famille**

**374** *Capitis diminutio*. Certaines infractions peuvent être assorties d'une interdiction sélective et temporaire de droits civiques, civils et de famille (C. pén., art. 131-26)<sup>2</sup>. Cette peine, qui n'est pas applicable aux mineurs, y compris lorsqu'ils sont devenus majeurs depuis les faits<sup>3</sup>, est actuellement de dix ans au plus pour les crimes et de cinq ans au plus pour les délits. Les droits pouvant être ainsi interdits sont les droits de vote et d'éligibilité (ce qui entraîne aussi de plein droit l'interdiction d'exercer une fonction publique, C. pén., art. 131-26, dernier al.), les droits d'exercer une fonction judiciaire, d'être expert judiciaire, d'être assistant ou représentant en justice, le droit de témoigner en justice, le droit d'être tuteur ou curateur (sauf pour ses propres enfants, avec l'autorisation du juge des tutelles et du conseil de famille). À noter que, depuis 2013, dans les cas prévus par la loi et par dérogation au septième alinéa de l'article 131-26, la peine d'inéligibilité peut être prononcée pour une durée de dix ans au plus à l'encontre d'une personne exerçant une fonction de membre du gouvernement ou un mandat électif public au moment des faits (C. pén., art. 131-26-1). Enfin, la loi n° 2017-1339 du 15 septembre 2017 pour la confiance dans la vie politique a instauré une peine complémentaire d'inéligibilité obligatoire pour toute personne coupable d'un crime ou de l'un des délits énumérés par le nouvel article 131-26-2 du Code pénal, caractérisant un manquement à la probité<sup>4</sup>. Toutefois, la juridiction peut, par une décision spécialement motivée, décider de ne

1. L. Griffon-Zarka, « De l'exécution des interdictions de séjour et de paraître », *Dr. pénal* 2015, Étude n° 23.

2. En revanche, la « mort civile », incapacité générale de jouissance, a disparu depuis fort longtemps (1791, 1810) et « l'interdiction légale », incapacité d'exercice résultant de plein droit d'une condamnation à une peine afflictive et infamante, a également été abrogée le 1<sup>er</sup> mars 1994, V. Crim. 28 juin 2000, D. 2001. 1351, note Y. Massip.

3. Crim. 13 déc. 1995 *Bull. crim.* n° 381 ; RSC 1996. 648, obs. B. Bouloc.

4. V. A. Bavotot, « Les mutations de la peine d'inéligibilité », in J.-M. Brigant (dir.), *Le risque de corruption*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2018, p. 139 s.

pas prononcer cette peine, en considération des circonstances de l'infraction et de la personnalité de son auteur (C. pén., art. 131-26-2)<sup>1</sup>.

#### **4. Interdiction d'exercer une fonction ou une profession**

**375 Interdiction temporaire ou définitive.** L'interdiction d'exercer une fonction publique ou une activité professionnelle ou sociale, ainsi que l'interdiction d'exercer une profession commerciale ou industrielle et l'interdiction de diriger, d'administrer, de gérer ou de contrôler une entreprise commerciale ou industrielle ou une société commerciale sont des peines complémentaires spéciales, que le législateur peut édicter en matière criminelle et correctionnelle. Elles sont alors soit définitives, soit d'une durée maximale de cinq ans (interdiction de fonction publique et interdiction d'activité professionnelle ou sociale) ou dix ans (autres interdictions citées), sauf texte contenant une autre durée (C. pén., art. 131-27)<sup>2</sup>. Lorsque le texte prévoit une interdiction temporaire sans limitation de durée, l'article 131-27 du Code pénal s'applique, comme règle de droit commun, de sorte que le juge ne peut dépasser cinq<sup>3</sup> ou dix ans, suivant les cas. Mais le législateur peut prévoir une durée différente. Ainsi, en matière de faillite personnelle et d'interdiction de gérer applicables aux banqueroutiers, la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 sur la sauvegarde des entreprises est venue rallonger ce délai, pour le porter à quinze ans (C. com., art. L. 653-11)<sup>4</sup>. Par ailleurs, l'activité susceptible d'être interdite est celle dans laquelle où à l'occasion de laquelle l'infraction a été commise, sauf si le texte définit une autre activité

1. Cette peine est conforme à la Constitution dans la mesure où elle peut être judiciairement modulée. En revanche, en vertu du dernier alinéa de l'article 131-26 du Code pénal, le fait que cette peine obligatoire entraînerait de plein droit pour tous les délits mentionnés au II de l'article 131-26-2 du Code pénal, une interdiction ou l'incapacité d'exercer une fonction publique méconnaîtrait le principe de proportionnalité des peines. Aussi s'agissant des délits, ces dispositions ne sauraient être interprétés comme entraînant de plein droit l'interdiction ou l'incapacité en question, Cons. Const. 8 sept. 2017, n° 2017-752 DC, *Dr. pénal* 2017, comm. 173, obs. V. Peltier.

2. Ass. plén., 22 nov. 2002, *Dr. pénal* 2003. 7, obs. J.-H. Robert ; *JCP* 2003. II. 10042, note W. Jeandier.

3. V. à propos de l'interdiction d'entreprendre une profession commerciale ou industrielle, avant la loi du 4 août 2008, de la faillite personnelle et de l'interdiction de gérer, *Crim.* 8 janv. 2003, *Bull. crim.* n° 3 ; *Dr. pénal* 2003. 47 et 48, obs. J.-H. Robert ; *RSC* 2003. 598, obs. P. Couvrat.

4. *Crim.* 8 nov. 2006 (3 arrêts), *D.* 2007. Act. 10, obs. A. Lienhard ; *Dr. pénal* 2007. 9, obs. J.-H. Robert. V. également H. Matsopoulou, « Réflexions sur la faillite personnelle et l'interdiction de gérer », *D.* 2007. Chron. 104.

(C. pén., art. 131-28)<sup>1</sup>. Elle s'applique dès le commencement d'une peine privative de liberté sans sursis et son exécution se poursuit, pour la durée fixée, à compter du jour où la privation de liberté prend fin (C. pén., art. 131-29). Enfin, cette peine ne s'applique pas aux délits de presse et ne concerne pas les mandats électifs (C. pén., art. 131-27)<sup>2</sup> ; elle n'est pas applicable non plus aux mineurs (Ord. du 2 févr. 1945, art. 20-4).

### **5. Interdiction d'émettre des chèques ou d'utiliser des cartes de paiements**

- 376 Interdiction temporaire.** L'interdiction d'émettre des chèques emporte injonction pour le condamné de restituer à son banquier les formules de chèques en sa possession ou en la possession de ses mandataires (C. pén., art. 131-19) ; cette interdiction est temporaire, elle ne peut excéder cinq ans. L'interdiction d'utiliser des cartes de paiement emporte injonction de restituer ses cartes de crédit ; elle ne peut également excéder cinq ans (C. pén., art. 131-20).

### **6. Confiscation**

- 377 Confiscation générale.** La confiscation générale est une mesure réelle. Il ne s'agit plus d'une peine principale depuis 1814 mais elle a été maintenue, pour des infractions graves, comme peine complémentaire. Elle porte alors sur « tout ou partie des biens du condamné », quelle que soit leur nature (C. pén., art. 131-21, al. 6). Elle se rencontre par exemple en matière de crime contre l'humanité (C. pén., art. 213-1 et 213-3), d'eugénisme et de clonage reproductif (C. pén., art. 215-1 et 215-3), de traite des êtres humains et de proxénétisme (C. pén., art. 225-25), de corruption de mineur et de pédopornographie (C. pén. art. 227-33), de fausse monnaie (C ; pén., art. 442-16), dans certains cas d'associations

**1.** Pour un exemple de censure d'un arrêt qui avait prononcé l'interdiction d'exercer les fonctions d'aide-soignante, auxiliaire de vie et aide-ménagère, à l'encontre d'une personne condamnée pour abus de faiblesse, sans qu'il soit établi que cette activité était bien celle dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de laquelle l'infraction a été commise, V. Crim. 19 avr. 2017, n° 16-80718, *Gaz. Pal.* 2018, n° 27, p. 54, obs. S. Detraz ; *AJ Pénal* 2017. 345, obs. L. Grégoire.

**2.** Pour les personnes physiques, l'interdiction professionnelle ou sociale est aussi une peine alternative en matière correctionnelle (C. pén., art. 131-6, 11°) ou peine accessoire (hors Code pénal).

de malfaiteurs (C. pén. art. 450-5), de blanchiment (C. pén., art. 324-7) ou, dans différents cas de trafic de stupéfiants (C. pén., art. 222-49, al. 2).

**378 Confiscation spéciale.** La confiscation spéciale porte soit sur le corps du délit (document falsifié, arme prohibée, marchandise avariée ou contrefaite), soit sur l'objet ou le produit direct ou indirect de l'infraction<sup>1</sup>, à l'exception des biens susceptibles de restitution à la victime, soit sur les instruments ayant servi directement ou indirectement à la réalisation de l'infraction (armes, véhicules, sommes d'argent), soit sur tout bien meuble ou immeuble désigné par la loi ou le règlement réprimant l'infraction, soit sur tous les droits incorporels, quelle qu'en soit la nature divis ou indivis<sup>2</sup>; et, s'il s'agit d'un crime ou d'un délit puni de cinq ans au moins et ayant procuré un profit direct ou indirect, la confiscation peut aussi porter sur les biens qui n'appartiennent pas au condamné mais dont il a la libre disposition, sous réserve des droits du propriétaire de bonne foi, s'il ne peut en justifier l'origine (C. pén., art. 131-21). Il est précisé en outre, s'agissant du produit direct ou indirect de l'infraction, que « si le produit de l'infraction a été mêlé à des fonds d'origine licite pour l'acquisition d'un ou plusieurs biens, la confiscation peut ne porter sur ces biens qu'à concurrence de la valeur estimée de ce produit » (C. pén., art. 132-21, al. 3)<sup>3</sup>. La jurisprudence estime que ce texte permet au juge d'ordonner la confiscation totale ou partielle du bien acquis, en partie, grâce au produit de l'infraction<sup>4</sup>. Cette confiscation doit cependant être spécialement prévue par un texte, sauf depuis la loi du 5 mars 2007, pour les crimes et les délits punis de plus d'un an d'emprisonnement. Dans ce dernier cas, la confiscation est « encourue de plein droit » (C. pén., art. 131-21, al. 1<sup>er</sup>), sauf délit de presse, mais elle doit être prononcée : il

1. V. Crim. 27 avr. 2000, *Bull. crim.* n° 172 (confiscation d'une maison construite avec des sommes de provenance illicite).

2. V. notamment S. Almaseanu, « Saisie et confiscation pénale des assurances-vie : l'état du droit positif après la loi du 6 septembre 2013 », *Gaz. Pal. Professionnelle*, 2014, n° 199 à 200, p. 5.

3. V. A. Dadoun, « L'intensité variable de la proportionnalité de la peine de confiscation », *Dr. pénal* 2017, Étude 6.

4. Crim. 22 mars 2017, n° 16-82051, *Gaz. Pal.* 2017, n° 27, p. 55, obs. S. Detraz.

s'agit donc d'une peine complémentaire obligatoire générale. Sa constitutionnalité a été contestée, au regard de la compétence reconnue au pouvoir réglementaire pour la déterminer et de son éventuelle disproportion en matière de contravention, mais elle a été validée par le Conseil constitutionnel, qui a estimé d'une part que l'article 131-21 était conforme à la constitution, et d'autre part, qu'il appartenait aux juridictions compétentes, judiciaires ou administratives d'apprécier la nécessité et la proportionnalité de la confiscation prévue par chaque texte réglementaire<sup>1</sup>. À noter que depuis la loi n° 2012-409 du 27 mars 2012, la confiscation en valeur est possible (C. pén., art. 131-21, al. 9), ce qui équivaut à une somme qui peut être recouvrée comme une amende ou par le jeu d'une confiscation sur n'importe quel autre bien du condamné<sup>2</sup>. En outre, cette confiscation peine complémentaire ne doit pas être confondue avec la confiscation obligatoire prévue à titre de mesure de sûreté « pour les objets qualifiés de dangereux ou nuisibles par la loi ou le règlement, ou dont la détention est illicite » : dans ce cas il importe peu que ces biens soient la propriété ou non du condamné et il n'est même pas requis que la personne ait été condamnée pour confisquer ces objets (C. pén., art. 131-21, al. 8). D'une manière plus générale, ces différentes confiscations constituent, avec la peine d'amende, un bon moyen de lutte contre la délinquance de profit<sup>3</sup>.

Toutefois la confiscation n'est effective que si un mécanisme de saisie, y compris conservatoire, peut être mis en œuvre. À cet égard, il est notable que la loi précitée n° 2010-768 du 9 juillet 2010, qui a réformé le système des saisies pénales, a considérablement amélioré les modes de recouvrements des avoirs criminels,

1. Cass., 14 sept. 2010, n° 10-90090 QPC et Cons. const., 26 nov. 2010, n° 2010-66 QPC, *JCP* 2011. 15, note J.-H. Robert. Il n'y a donc pas lieu de contester la constitutionnalité de l'article 132-21 du Code pénal (Crim. 24 avr. 2013, n° 12-87473, *Dr. pénal* 2013, comm. n° 117, obs. A. Maron et M. Haas), même si sa rédaction est si large, qu'elle permet de confisquer des biens, produit direct ou indirect de l'infraction, acquis « pour partie » avec des fonds licites (Crim. 23 juill. 2014, n° 13-85558 ; Crim. 6 mai 2015, n° 14-87902, *Dr. pénal* 2015, comm. n° 93 obs. M. Véron).

2. E. Camous, « La confiscation en valeur, une peine en devenir », *Dr. pénal* 2017, Étude 5.

3. V. E. Camous, « La peine patrimoniale : une alternative prospective à la peine d'emprisonnement », *AJ Pénal* 2018. 25.

notamment en mettant en place une plateforme d'identification des avoirs criminels et une agence de gestion et de recouvrement des avoirs saisis et confisqués (AGRASC)<sup>1</sup>.

Au reste, la loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement a ouvert de nouvelles possibilités d'appréhension des biens d'origine illicite, allant au-delà de la peine complémentaire de confiscation, en offrant au parquet (C. pr. pén., art. 41-4), au magistrat instructeur (C. pr. pén., art. 99), à la cour d'assises (C. pr. pén., art. 373) et au tribunal correctionnel (C. pr. pén., art. 481) la possibilité de ne pas restituer le bien saisi lorsqu'il est « l'instrument ou le produit direct ou indirect de l'infraction »<sup>2</sup>. La Cour de cassation a même décidé que le caractère définitif d'une décision de remise d'un bien à l'AGRASC pour vente avant jugement n'empêche nullement, par la suite, les personnes intéressées de former une demande valable de restitution, à laquelle une réponse devra nécessairement être apportée<sup>3</sup>.

**379 Confiscation et interdiction de détenir un animal.** Avec la loi n° 2007-297 du 5 mars 2007, le législateur a créé deux nouvelles peines complémentaires qui concernent les animaux détenus par le condamné. Il s'agit, d'une part, de la confiscation de l'animal ayant été utilisé pour commettre l'infraction ou tenter de la commettre ou de l'animal à l'encontre duquel l'infraction a été commise, voire – ce qui est une mesure de sûreté *ante delictum* – des animaux dont le condamné est propriétaire ou a la libre disposition, si ces animaux sont susceptibles d'être utilisés pour commettre l'infraction ou si l'infraction avait pu être commise à leur encontre (C. pén., art. 131-10 et 131-21-1). Il s'agit, d'autre part, de l'interdiction définitive ou temporaire de détenir un animal (C. pén., art. 131-21-2). À noter que ces peines sont, en partie,

1. Sur l'ensemble de ce dispositif, V. « Les nouvelles saisies pénales », Dossier, *AJ pénal* 2012, 123 ; « Saisies pénales et confiscations : récentes évolutions », *AJ pénal* 2015, 227 ; V. également N. Guerrero, « Saisies pénales : regards pratiques sur l'actualité d'un dispositif de plus en plus utilisé », *Gaz. Pal.*, 2013, n° 205-206, p. 5.

2. V. S. Almaseanu, « Le refus de restitution de l'instrument ou du produit de l'infraction en procédure pénale », *Gaz. Pal.*, 2017, n° 3, p. 16.

3. Crim. 22 févr. 2017, n° 16-86547, *Gaz. Pal.*, 2017, n° 11, p. 22, note S. Almaseanu.

le pendant des mesures de sûreté prévues par le Code rural à l'encontre des chiens dangereux et pouvant être prononcées *ante delictum* par le maire ou le préfet (C. rur., art. L. 211-11).

### **7. Fermeture d'établissement**

- 380 Mesure réelle.** Selon l'article 131-33 du Code pénal, la peine de fermeture d'un établissement emporte interdiction d'exercer dans celui-ci l'activité à l'occasion de laquelle l'infraction a été commise. Cette sanction présente un caractère réel<sup>1</sup>, puisqu'elle frappe l'établissement, quel que soit son propriétaire. On la rencontre, par exemple, à titre de peine complémentaire facultative, dans le cas du proxénétisme hôtelier (C. pén., art. 225-10 et 225-22), avec l'obligation pour le ministère public de citer le propriétaire (C. pr. pén., art. 706-38) ou encore, à titre de peine complémentaire obligatoire dans l'hypothèse de la violation d'une interdiction de plein droit d'exploiter un débit de boissons, suite à une condamnation pour trafic de stupéfiants (CSP, art. L. 3336-2, 2°, et L. 3352-9). Là encore, cette mesure n'est pas spécifiquement pénale, elle connaît son pendant en droit administratif, avec par exemple la fermeture provisoire d'un débit de boissons par le préfet en cas d'atteinte à l'ordre public, à la santé, à la tranquillité ou à la moralité publiques (CSP, art. L. 3332-15).

### **8. Exclusion des marchés publics**

- 381 Peine d'indignité.** Aux termes de l'article 131-34 du Code pénal, la peine d'exclusion des marchés publics « emporte interdiction de participer directement ou indirectement à tout marché conclu par l'État et ses établissements publics, les collectivités territoriales, leurs groupements et leurs établissements publics, ainsi que par les entreprises concédées ou contrôlées par l'État ainsi que par les collectivités territoriales ou leurs groupements ». Il s'agit d'interdire à certaines personnes condamnées, pour crime ou délit, de conclure des contrats à titre onéreux avec des personnes morales de droit public, pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de service<sup>2</sup>. Le législateur vise ainsi « à

1. Crim. 5 mai 1965, *JCP* 1965. II. 14609, note R. Legeais.

2. Les marchés publics visés à l'art. 131-34 du Code pénal sont définis plus largement que ceux visés par le Code des marchés publics (C. marchés, art. 1<sup>er</sup>), lequel s'applique « aux marchés conclus par l'État, ses établissements publics autres que ceux ayant un caractère industriel et commercial, les

rétablir la dignité de la chose publique»<sup>1</sup>, en laissant entendre que seules des personnes intègres peuvent participer aux marchés publics. La finalité de cette peine est essentiellement préventive, d'autant qu'il n'est pas nécessaire que l'infraction qu'elle sanctionne ait été commise à l'occasion de l'exécution d'un marché public.

### **9. Affichage et diffusion des condamnations**

**382 Peine déshonorante.** La peine d'affichage et de diffusion des condamnations affecte l'honneur ou la réputation du condamné. Elle consiste dans l'affichage ou la diffusion de l'intégralité ou d'une partie de la décision, ou d'un communiqué informant le public des motifs et du dispositif de celle-ci. La juridiction de condamnation peut, le cas échéant, déterminer les extraits de la décision et les termes du communiqué qui devront être affichés ou diffusés. La peine d'affichage s'exécute dans les lieux et pour la durée indiqués par la juridiction ; sauf disposition contraire de la loi qui réprime l'infraction, l'affichage ne peut excéder deux mois<sup>2</sup>. Selon l'article 131-35 du Code pénal, l'affichage ou la diffusion sont à la charge du condamné, sans pouvoir excéder le maximum de l'amende encourue. En outre, l'affichage et la diffusion de la décision ou du communiqué ne peuvent comporter l'identité de la victime qu'avec son accord ou celui de son représentant légal ou de ses ayants droit. Enfin, en cas de suppression, dissimulation ou lacération des affiches apposées, il est de nouveau procédé à l'affichage aux frais de la personne reconnue coupable de ces faits (C. pén., art. 434-39). Quant à la diffusion de la décision, elle est faite par le *Journal officiel de la République française*, par une ou plusieurs autres publications de presse, ou par un ou plusieurs services de communication au public par voie électronique. Les publications ou les services de communication

---

collectivités territoriales et leurs établissements publics » ainsi qu'aux « marchés conclus en vertu d'un mandat » donné par une de ces personnes (C. marchés, art. 2) ; alors que l'art. 131-34 du Code pénal ne distingue pas suivant la catégorie d'établissement public et vise également le fait de participer « directement ou indirectement » aux marchés conclus avec les « groupements » des collectivités territoriales ainsi qu'avec « les entreprises concédées ou contrôlées » par l'État, les collectivités ou leurs groupements.

1. Ph. Delebecque, « Les sanctions de l'article 131-39, 3°, 5°, 6° et 7° », *Rev. sociétés* 1993. 353.

2. Sur la conformité ou non au principe d'individualisation des peines v. ss 368.

au public par voie électronique chargés de cette diffusion sont désignés par la juridiction. Ils ne peuvent s'opposer à cette diffusion.

#### **10. Stages**

- 383 Peines éducatives.** Le stage est une peine complémentaire en voie d'expansion<sup>1</sup>, qui mêle la pédagogie à la répression. Le législateur a ainsi créé en 2003 le stage de sensibilisation à la sécurité routière, puis en 2007 le stage de sensibilisation aux dangers de l'usage de produits stupéfiants et le stage de responsabilité parentale et en 2016 le stage de sensibilisation à la lutte contre l'achat d'actes sexuels. Lorsque l'un de ces stages est ordonné à titre de peine complémentaire, il doit être exécuté dans un délai de six mois à compter de la date à laquelle la condamnation est définitive. Le stage de sensibilisation à la sécurité routière est toujours exécuté aux frais du condamné. Pour les autres stages, il appartient à la juridiction de préciser si le stage est exécuté ou non à ses frais. L'accomplissement du stage donne lieu à la remise au condamné d'une attestation que celui-ci adresse au procureur de la République (C. pén., art. 131-35-1). Enfin, la loi du 3 juin 2016 a précisé que lorsqu'une peine consiste dans l'obligation d'accomplir un stage, la durée de celui-ci ne peut excéder un mois et son coût, s'il est à la charge du condamné, ne peut excéder le montant de l'amende encourue pour les contraventions de la 3<sup>e</sup> classe (C. pén., art. 131-35-2).

#### **11. Suivi socio-judiciaire**

- 384 Peine curative.** La peine complémentaire de suivi socio-judiciaire a été instituée par la loi du 17 juin 1998 pour favoriser le traitement des délinquants sexuels (C. pén., art. 131-36-1 s.)<sup>2</sup>. Ce « suivi » s'appliquait en effet originellement surtout aux auteurs d'infractions sexuelles et le principe de légalité interdisait aux juges d'en étendre le domaine<sup>3</sup>. Néanmoins, particulièrement depuis 2005, le législateur l'a progressivement étendu à d'autres

1. V. G. Vermelle, « Stage (s) », *Mélanges B. Bouloc*, Dalloz, 2007, p. 1119 s.

2. J. Castaignède, « Le suivi socio-judiciaire applicable aux délinquants sexuels ou la dialectique sanction-traitement », *D.* 1999. Chron. 23 s. ; B. Lavielle, « Surveiller et soigner les agresseurs sexuels : un des défis posés par la loi du 17 juin 1998 », *RSC* 1999. 35 s.

3. V. pour un meurtre sur un mineur de 15 ans, *Crim.* 18 févr. 2004, *Bull. crim.* n° 47.

infractions révélatrices de la dangerosité de leurs auteurs, notamment les infractions d'atteintes volontaires à la vie (C. pén., 221-9-1), d'enlèvement et de séquestration (C. pén., art. 224-10) ou de destructions et dégradations dangereuses (C. pén., art. 322-6, 332-11 et 322-18) ; en outre, depuis la loi n° 2007-297 du 5 mars 2007, le suivi socio-judiciaire assortit la plupart des violences aggravées (C. pén., art. 222-48-1) et lorsque ces violences sont habituelles, il devient même *obligatoire* (sauf si la juridiction prononce un emprisonnement assorti d'un sursis avec mise à l'épreuve ou si le tribunal correctionnel considère par décision spécialement motivée qu'il n'y a pas lieu de prononcer ces mesures ; en matière criminelle, la cour d'assises délibère de façon spécifique sur cette mesure). Dans tous les cas, le suivi socio-judiciaire est une « peine pas comme les autres », une peine « en plus » et « pour plus tard », pour reprendre les mots du Doyen Couvrat<sup>1</sup>. Cette peine complémentaire, qui participe de la mesure de sûreté, emporte pour le condamné obligation de se soumettre, sous le contrôle du juge de l'application des peines et pendant une durée déterminée par la juridiction de jugement, à des mesures de surveillance et d'assistance destinées à *prévenir la récidive*. Ces obligations, dont l'inobservation est sanctionnée par la mise en œuvre, à l'initiative du juge de l'application des peines, d'un emprisonnement fixé par la juridiction de condamnation (C. pén., art. 131-36-1, al. 2), sont celles prévues par les articles 132-44 et 132-45 du Code pénal pour le sursis avec mise à l'épreuve (C. pén., art. 131-36-2). Les obligations les plus emblématiques prononcées à ce titre sont d'une part, depuis 1998, *l'injonction de soins*, et d'autre part, depuis 2005, *le placement sous surveillance électronique mobile*.

- 385 Injonction de soins.** *L'injonction de soins* a d'abord été facultative, mais la loi du 10 août 2007 renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs l'a rendu systématique, depuis le 1<sup>er</sup> mars 2008, pour tous les condamnés susceptibles de faire l'objet d'un traitement. Cette mesure est prononcée soit par la

---

1. P. Couvrat, « Le suivi socio-judiciaire, une peine pas comme les autres », *RSC* 1999. 376.

juridiction de jugement après une expertise médicale (C. pén., art. 131-36-4), soit par le juge de l'application des peines, en cas d'évolution de la personnalité du condamné pendant la détention (C. pr. pén., art. 763-3, al. 3) ; le juge de l'application des peines doit même proposer régulièrement un traitement à tout condamné au suivi socio-judiciaire qui doit subir une peine privative de liberté (C. pr. pén., art. 763-7). La loi précise en outre qu'aucun traitement ne pourra être entrepris sans le consentement du condamné ; ce dernier en est avisé par la juridiction de jugement et il doit réitérer son consentement devant le juge de l'application des peines, au moment de la mise en œuvre du traitement. Cette exigence d'accord est d'autant plus importante que depuis la loi du 10 mars 2010 tendant à amoindrir les risques de récidive criminelle, le soin peut consister, sur avis du médecin traitant, en un traitement inhibiteur de libido, ce que l'on appelle plus prosaïquement la « castration chimique » (C. pr. pén., art. 706-47-1). Néanmoins, on peut douter de la liberté d'un tel consentement puisqu'il est également précisé qu'en cas de refus, l'emprisonnement prononcé par anticipation en application du troisième alinéa de l'article 131-36-1 du Code pénal pourra être mis à exécution par le juge de l'application des peines<sup>1</sup>. Cette menace se veut pour le moins incitative puisque l'emprisonnement envisagé est de trois ans maximum en cas de condamnation pour délit et de sept ans maximum en cas de condamnation pour crime (C. pén., art. 131-36-1, al. 3).

**386 Placement sous surveillance électronique mobile.** Le placement sous surveillance électronique (PSE) mobile a été introduit par la loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005<sup>2</sup>, comme mesure de sûreté. Il ne peut être prononcé que contre une personne majeure condamnée à une peine privative de liberté d'une durée égale ou supérieure à sept ans, dont la dangerosité a été constatée par expertise médicale, lorsque cette mesure apparaît indispensable pour prévenir la récidive à compter du jour où la privation de

1. Sur cette peine virtuelle, V. Ph. Salvage, « Les peines de peine », *Dr. pénal* 2008. Chron. 9.

2. V. J.-H. Robert, « Les murailles de silicium : commentaire de la loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005 relative au traitement de la récidive des infractions pénales », *Dr. pénal* 2006. Chron. 2.

liberté prend fin (C. pén., art. 131-36-10). Pratiquement, ce PSE mobile emporte pour le condamné obligation de porter pour une durée de deux ans, renouvelable une fois en matière délictuelle et deux fois en matière criminelle, un émetteur permettant à tout moment de déterminer à distance sa localisation sur l'ensemble du territoire national (C. pén., art. 131-36-12). Ce placement devra lui aussi être mis en œuvre avec le consentement de l'intéressé recueilli par le président de la juridiction et réitéré devant le juge de l'application des peines, après un double avertissement de leur part qu'en cas de refus, l'emprisonnement prévu par l'article 131-36-1 du Code pénal, pourra être mis à exécution (C. pén., art. 131-36-12). Là encore, ce dispositif se veut incitatif car la perspective d'un emprisonnement de trois ou sept ans maximum s'ajoutant à une privation de liberté déjà longue peut dissuader le condamné de refuser. À noter enfin que, comme pour l'injonction de soins, le PSE mobile peut aussi être proposé après coup par le juge de l'application des peines, au titre des modifications de l'épreuve, si le suivi socio-judiciaire initialement prononcé ne le comportait pas (C. pr. pén., art. 763-3, al. 4).

- 387 Durée.** Enfin, le suivi socio-judiciaire est une mesure temporaire qui en principe ne peut excéder dix ans pour les délits et vingt ans pour les crimes. Toutefois, depuis la loi du 9 mars 2004, cette durée peut, sur décision spécialement motivée de la juridiction de condamnation, être portée à vingt ans en matière correctionnelle ; à trente ans pour les crimes punis de trente ans de réclusion ; et devenir perpétuelle pour les crimes punis de la réclusion à perpétuité, sous réserve de la faculté pour le *tribunal de l'application des peines* de mettre fin à la mesure après trente ans (C. pén., art. 131-36-1, al. 2) – ce qui permet de respecter le principe de proportionnalité.

## **12. Peine complémentaire en matière contraventionnelle**

- 388 Peines applicables à toutes les contraventions.** Selon l'article 131-16 du Code pénal, le règlement qui réprime une contravention peut prévoir, lorsque le coupable est une personne physique, une ou plusieurs des peines complémentaires suivantes, dont la liste s'accroît régulièrement : « 1° La suspension, pour une durée de

trois ans au plus, du permis de conduire, cette suspension pouvant être limitée à la conduite en dehors de l'activité professionnelle, sauf si le règlement exclut expressément cette limitation ; 2° L'interdiction de détenir ou de porter, pour une durée de trois ans au plus, une arme soumise à autorisation ; 3° La confiscation d'une ou de plusieurs armes dont le condamné est propriétaire ou dont il a la libre disposition ; 4° Le retrait du permis de chasser, avec interdiction de solliciter la délivrance d'un nouveau permis pendant trois ans au plus ; 5° La confiscation de la chose qui a servi ou était destinée à commettre l'infraction ou de la chose qui en est le produit ; 6° L'interdiction de conduire certains véhicules terrestres à moteur, y compris ceux pour la conduite desquels le permis de conduire n'est pas exigé, pour une durée de trois ans au plus ; 7° L'obligation d'accomplir, à ses frais, un stage de sensibilisation à la sécurité routière ; 8° L'obligation d'accomplir, le cas échéant à ses frais, un stage de citoyenneté ; 9° L'obligation d'accomplir, à ses frais, un stage de responsabilité parentale, selon les modalités fixées à l'article 131-35-1 du Code pénal ; 10° La confiscation de l'animal ayant été utilisé pour commettre l'infraction ou à l'encontre duquel l'infraction a été commise ; 11° L'interdiction, pour une durée de trois au plus, de détenir un animal. »

- 389 Peines applicables aux contraventions de la cinquième classe.** Selon l'article 131-17, le règlement qui réprime une contravention de la cinquième classe peut en outre prévoir la peine complémentaire d'interdiction, pour une durée de trois ans au plus, d'émettre des chèques autres que ceux qui permettent le retrait de fonds par le tireur auprès du tiré ou ceux qui sont certifiés, ou la peine de travail d'intérêt général pour une durée de vingt à cent vingt heures.

## C. Les peines accessoires

- 390 Sanctions automatiques.** Parfois qualifiées de sanctions occultes ou clandestines, les peines accessoires sont des sanctions automatiques qui n'ont pas à être *prononcées* par le juge. Elles résultent de *plein droit* d'une condamnation pénale, ce qui semble peu compatible avec le principe de prévisibilité de la loi pénale. Pour cette raison, les rédacteurs du Code pénal ont voulu les faire dis-

paraître du Code, en proclamant : « Aucune peine ne peut être appliquée si la juridiction ne l'a expressément prononcée » (C. pén., art. 132-17). Néanmoins, le législateur n'a pas pu matériellement supprimer toutes les peines automatiques existant en dehors du Code pénal, aussi a-t-il prévu une faculté de relèvement immédiat de ces condamnations accessoires (C. pén., art. 132-21, al. 2). Quant à la Cour de cassation, faute de pouvoir en apprécier la constitutionnalité, elle a continué à les admettre<sup>1</sup>, tout en s'efforçant de réduire leurs effets indésirables, notamment la rétroactivité qui pourrait s'y attacher<sup>2</sup>.

**391 Principe de nécessité des peines ?** Le Conseil constitutionnel a adopté une position nuancée : ayant d'abord admis que le principe de nécessité des peines s'appliquait aux incapacités attachées de plein droit à la condamnation<sup>3</sup>, il a jugé contraire à l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, une disposition prévoyant une incapacité automatique d'exercer une fonction publique élective<sup>4</sup>, ce qui a contraint le législateur à abrogé ce dispositif en matière de faillite personnelle<sup>5</sup>. Les juges constitutionnels ont cependant admis l'automatisme lorsqu'une possibilité de relèvement était organisée et que la sanction automatique n'était pas disproportionnée<sup>6</sup>. Une partie de la doctrine a approuvé estimant que la peine accessoire était *utile et nécessaire parce que* « de nature prophylactique (...), elle préserve la société d'individus irrécusablement disqualifiés par des condamnations pénales graves »<sup>7</sup>.

**392 Principe d'individualisation des peines.** Désormais le Conseil constitutionnel confronte directement les sanctions ayant le caractère d'une punition encourue de plein droit, au principe de l'individualisation des peines, qui selon lui, découle de l'article 8 de la Déclaration de

1. Crim. 18 janv. 1995, *Dr. pénal* 1995. 145, obs. J.-H. Robert ; 14 mars 1996, *Dr. pénal* 1996. 220, obs. J.-H. Robert.

2. Rapp. pour l'interdiction d'entreprendre peine complémentaire, Ass. plén., 22 nov. 2002, *JCP* 2003. II. 10042, note W. Jeandidier.

3. Cons. const., 20 juill. 1993, n° 93-321.

4. Cons. const., 15 mars 1999, n° 99-410 DC, *JCP* 1999. I. 151, obs. J.-H. Robert ; *Dr. pénal* 1999. 68, obs. J.-H. Robert.

5. C. com., art. L. 625-10, *Dr. pénal* 2001. 36, obs. J.-H. Robert.

6. Cons. const., 16 juin 1999, n° 99-411 DC, *JO* 19 juin 1999. V. F. Desportes, F. Le Guehec, *Droit pénal général, op. cit.*, n° 945.

7. W. Jeandidier, note ss Ass. plén., 22 nov. 2002, préc.

1789, mais il ne les condamne pas systématiquement. Il a ainsi estimé contraire au principe d'individualisation des peines, l'application de plein droit, à la suite de certaines condamnations, de l'incapacité électorale issue de l'ancien article L. 7 du Code électoral, dès lors que le juge ne la prononçait pas expressément et ne pouvait davantage en faire varier la durée, en ajoutant « que même si l'intéressé peut être en tout ou en partie, y compris immédiatement, relevé de cette incapacité dans les conditions définies au second alinéa de l'article 132-21 du Code pénal, cette possibilité ne saurait à elle seule assurer le respect des exigences qui découlent du principe d'individualisation »<sup>1</sup>. Dans le même sens, il a invalidé la perte du droit de vote des notaires et officiers ministériels destitués à la suite d'une condamnation pénale<sup>2</sup>, et la perte de grade encourue par les militaires condamnés pénalement<sup>3</sup>, au motif qu'il s'agissait de peines. Le Conseil a également censuré la majoration de 10 % des amendes destinée à financer l'aide aux victimes, considérant qu'il s'agissait d'une peine accessoire contraire au principe d'individualisation<sup>4</sup>. Mais il a validé, de façon surprenante, la peine d'annulation du permis de conduire encourue de plein droit en cas de conduite en état d'ébriété commise en récidive, de l'article L. 234-13 du Code de la route, en relevant que le juge qui la « prononce » – alors qu'en réalité il la constate – avec interdiction de solliciter la délivrance d'un nouveau permis de conduire peut « outre la mise en œuvre des dispositions du Code pénal relative aux dispenses et relevé (sic) des peines, fixer la durée de l'interdiction dans la limite de trois ans ; que dans ces conditions, le juge n'est pas privé du pouvoir d'individualiser la peine »<sup>5</sup>. On peut regretter cette motivation à géométrie variable qui crée une grande incertitude sur le sort des peines accessoires<sup>6</sup>.

1. Cons. const., 11 juin 2010, n° 2010-6/7 QPC ; D. 2010. 1560, obs. S. Lavric ; *RPDP* 2010. 429, obs. X. Pin.

2. Cons. const., 27 janv. 2012, n° 2011-211, QPC, *Dr. pénal* 2012. 36, obs. J.-H. Robert.

3. Cons. const., 3 févr. 2012, n° 2011-218, QPC, *Dr. pénal* 2012. 36 obs. J.-H. Robert.

4. Cons. const., 7 août 2014, n° 2014-696 DC. Mais la loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 a réintroduit cette majoration de 10 % au profit des victimes en la rendant cette fois facultative (C. pén., art. 132-20, al. 3), V. ss 435.

5. Cons. const., 29 sept. 2010, n° 2010-40 QPC.

6. Sur ces questions v. V. Peltier, « L'individualisation de la peine dans les décisions liées aux questions prioritaires de constitutionnalité », *Dr. pénal* 2011. Étude 4 ; V. aussi B. Bouloc, « Flux, reflux, flux en matière de peine obligatoire », note sous Cons. const., 10 déc. 2010, D. 2011. 929 s.

Il reste que le législateur devrait éviter de créer ce type de sanctions. Des exclusions expresses existent d'ailleurs ; elles concernent, d'une part, l'interdiction des droits civils, civiques et de familles, laquelle « ne peut, nonobstant toute disposition contraire, résulter de plein droit d'une condamnation pénale » (C. pén., art. 132-21, al. 1<sup>er</sup>) ; et d'autre part, les mineurs, puisque selon l'article 20-6 de l'ordonnance du 2 février 1945 « aucune interdiction, déchéance ou incapacité ne peut résulter de plein droit d'une condamnation pénale prononcée à l'encontre d'un mineur ». En outre, en ce qui concerne les majeurs, on observe un mouvement de recul des peines accessoires, avec notamment la loi du 4 août 2008 dite de modernisation de l'économie qui a transformé un grand nombre d'incapacités professionnelles<sup>1</sup> en peines complémentaires. Toutefois, notre législation contient encore beaucoup de peines automatiques, dont certaines sont même apparues postérieurement au nouveau Code pénal<sup>2</sup>. On peut citer, par exemple, l'incapacité d'exercer une fonction de direction ou d'enseignement dans un organisme de soutien scolaire, introduite par la loi n° 2007-293 du 5 mars 2007 réformant la protection de l'enfance, qui s'applique notamment à « ceux qui ont subi une condamnation judiciaire pour un crime ou délit contraire à la probité ou aux mœurs » (C. éduc., art. L. 445-1). La seule façon de justifier cette politique législative est d'avancer que ces *interdictions, incapacités ou déchéances* sont des mesures de sûreté, liées à l'organisation de telle ou telle profession, et non des « peines », ni des sanctions ayant le caractère d'une punition<sup>3</sup>. Le Conseil constitutionnel s'est clairement engagé dans cette voie, en refusant par exemple d'invalider l'incapacité d'exploiter un débit de boissons, découlant d'une condamnation<sup>4</sup>, ou l'inéligibilité aux instances professionnelles, frappant à titre accessoire les notaires et officiers ministériels destitués<sup>5</sup>, au motif qu'il ne

1. V. B. Bouloc, « Les incapacités en matière commerciale (après l'ordonnance du 6 mai 2005) », *RJ com.* 2006. 9 ; H. Matsopoulou, « Réflexions sur la faillite personnelle et l'interdiction de gérer », *D.* 2007. Chron. 104.

2. V. J.-F. Seuvic, *RSC* 2004. 909 ; *ibid.* 2005. 902.

3. V. C. Lombois, *Droit pénal général*, Hachette supérieur, 1994, p. 117.

4. Cons. const., 20 mai 2011, n° 2011-142, QPC, *JCP* 2011. Act. 1084 obs. S. Detraz.

5. Cons. const., 27 janv. 2012, n° 2011-211 QPC, *Dr. pénal* 2012. 36, obs. J.-H. Robert.

s'agissait pas de sanction ayant le caractère d'une punition. Il en allait déjà ainsi du retrait de points du permis de conduire, attachée à certaines condamnations pour infractions routières ; cette sanction n'est pas une peine, mais une sanction administrative ; elle est donc admise, malgré son automaticité, aussi bien par la Cour de cassation<sup>1</sup>, que par le Conseil constitutionnel<sup>2</sup> ou la Cour européenne des droits de l'homme<sup>3</sup>. On retiendra donc le *distingo* suivant : si la mesure en cause peut être qualifiée de « peine » ou de « sanction ayant le caractère d'une punition », elle devrait être jugée du fait de son automaticité contraire au principe d'individualisation des peines découlant de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, mais si elle « ne vise pas à assurer une répression supplémentaire », l'article 8 et le principe qu'il contient ne seront pas applicables.

## D. Les peines applicables aux personnes morales

- 393 Crimes et délits.** Les textes de pénalités applicables aux personnes morales en matière criminelle et délictuelle n'opèrent aucune distinction entre les peines principales et les peines complémentaires. Les peines encourues par les personnes morales ne peuvent donc faire l'objet d'un relèvement.
- 394 Amende.** Il s'agit d'abord de l'amende (C. pén., art. 131-37) dont le taux maximum est égal, soit au quintuple du maximum prévu pour les personnes physiques<sup>4</sup>, soit pour les crimes ne prévoyant pas d'amende, à 1 000 000 € (C. pén., art. 131-38)<sup>5</sup>.
- 395 Autres peines principales.** Ce sont ensuite, dans les cas prévus par la loi, les peines de l'article 139 du Code pénal, à savoir : 1° La

1. Crim. 6 juill. 1993, *D.* 1994, 33, note P. Couvrat et M. Massé.

2. Cons. const., 16 juin 1999, n° 99-411 DC, préc.

3. CEDH 23 sept. 1998, *Malige c. France*, *D.* 1999, Somm. 154, obs. B. de Lamy.

4. Cette règle est de portée générale, Crim. 27 févr. 2018, n° 17-80387, *Gaz. Pal.* 2018, n° 16, p. 55, note S. Detraz ; et elle ne porte atteinte ni au principe d'égalité, ni aux principes de nécessité, de proportionnalité et d'individualisation de la peine, Crim. 19 avr. 2017, n° 17-90004, *Dr. pénal* 2017, comm. 138, obs. V. Peltier.

5. A été considérée comme manifestement disproportionnée la disposition de loi n° 2013-117 du 6 déc. 2013 qui prévoyait que pour tout crime ou délit puni d'au moins 5 ans d'emprisonnement, en cas de profit direct ou indirect réalisé par la personne morale, le maximum de la peine serait établi en proportion du chiffre d'affaires, Cons. const. 4 déc. 2013, n° 2013-679 DC, *Dr. pénal* 2014, comm. n° 33 obs. E. Bonis-Garçon.

dissolution, lorsque la personne morale a été créée ou, lorsqu'il s'agit d'un crime ou d'un délit puni en ce qui concerne les personnes physiques d'une peine d'emprisonnement supérieure ou égale à trois ans, détournée de son objet pour commettre les faits incriminés ; 2° L'interdiction, à titre définitif ou pour une durée de cinq ans au plus, d'exercer directement ou indirectement une ou plusieurs activités professionnelles ou sociales ; 3° Le placement, pour une durée de cinq ans au plus, sous surveillance judiciaire ; 4° La fermeture définitive ou pour une durée de cinq ans au plus des établissements ou de l'un ou de plusieurs des établissements de l'entreprise ayant servi à commettre les faits incriminés ; 5° L'exclusion des marchés publics à titre définitif ou pour une durée de cinq ans au plus ; 6° L'interdiction, à titre définitif ou pour une durée de cinq ans au plus, de procéder à une offre au public de titres financiers ou de faire admettre ses titres financiers aux négociations sur un marché réglementé ; 7° L'interdiction, pour une durée de cinq ans au plus, d'émettre des chèques autres que ceux qui permettent le retrait de fonds par le tireur auprès du tiré ou ceux qui sont certifiés ou d'utiliser des cartes de paiement ; 8° La confiscation de la chose qui a servi ou était destinée à commettre l'infraction ou de la chose qui en est le produit ; 9° L'affichage de la décision prononcée ou la diffusion de celle-ci soit par la presse écrite, soit par tout moyen de communication au public par voie électronique<sup>1</sup> ; 10° La confiscation de l'animal ayant été utilisé pour commettre l'infraction ou à l'encontre duquel l'infraction a été commise ; 11° L'interdiction, à titre définitif ou pour une durée de cinq ans au plus, de détenir un animal. Le texte précise *in fine* que les peines définies aux 1° et 3° ci-dessus ne sont pas applicables aux personnes morales de droit public dont la responsabilité pénale est susceptible d'être engagée. Elles ne sont pas non plus applicables aux partis ou groupements politiques ni aux syndicats professionnels. La peine définie au 1° n'est pas applicable aux institutions représentatives du personnel.

**396 Peine complémentaire ou de substitution de sanction-réparation.** La peine de sanction-réparation figure également désormais parmi

---

1. Sur ces différentes sanctions, V. *Rev. sociétés* 1995. 327 s.

les peines applicables aux personnes morales en matière correctionnelle (C. pén., art. 131-37 et 131-39-1), sans qu'il soit nécessaire que le législateur l'ait prévue spécialement. Cette nouvelle peine, dont le régime est défini, comme pour les personnes physiques, par l'article 131-8-1 du Code pénal, peut être prononcée « en même temps ou à la place de l'amende » et son inexécution est sanctionnée par une amende, fixée à l'avance par la juridiction de jugement dans la double limite de 75 000 € et du montant de l'amende encourue pour le délit considéré (C. pén., art. 131-39-1, al. 2).

- 397 Peine complémentaire de mise en conformité.** La loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, a créé une nouvelle peine complémentaire de mise en conformité (C. pén., art. 131-39-2). Selon ce texte, lorsque la loi le prévoit à l'encontre d'une personne morale, un délit peut être sanctionné par l'obligation de se soumettre, sous le contrôle de l'Agence française anticorruption, pour une durée maximale de cinq ans, à un programme de mise en conformité destiné à s'assurer de l'existence et de la mise en œuvre en son sein des mesures et procédures suivantes : 1° Un code de conduite définissant et illustrant les différents types de comportements à proscrire comme étant susceptibles de caractériser des faits de corruption ou de trafic d'influence ; 2° Un dispositif d'alerte interne destiné à permettre le recueil des signalements émanant d'employés et relatifs à l'existence de conduites ou de situations contraires au code de conduite de la personne morale ; 3° Une cartographie des risques prenant la forme d'une documentation régulièrement actualisée et destinée à identifier, analyser et hiérarchiser les risques d'exposition de la personne morale à des sollicitations externes aux fins de corruption, en fonction notamment des secteurs d'activités et des zones géographiques dans lesquels la personne morale exerce son activité ; 4° Des procédures d'évaluation de la situation des clients, fournisseurs de premier rang et intermédiaires au regard de la cartographie des risques ; 5° Des procédures de contrôles comptables, internes ou externes, destinées à s'assurer que les livres, registres et comptes ne sont pas utilisés pour masquer des

faits de corruption ou de trafic d'influence. Ces contrôles peuvent être réalisés soit par les services de contrôle comptable et financier propres à la personne morale, soit en ayant recours à un auditeur externe à l'occasion de l'accomplissement des audits de certification de comptes prévus à l'article L. 823-9 du Code de commerce ; 6° Un dispositif de formation destiné aux cadres et aux personnels les plus exposés aux risques de corruption et de trafic d'influence ; 7° Un régime disciplinaire permettant de sanctionner les salariés de la personne morale en cas de violation du code de conduite de la personne morale. Enfin, lorsque le tribunal prononce une telle peine, les frais occasionnés par le recours par l'Agence française anticorruption à des experts ou à des personnes ou autorités qualifiées pour l'assister dans la réalisation d'analyses juridiques, financières, fiscales et comptables sont supportés par la personne morale condamnée, sans que le montant de ces frais ne puisse excéder le montant de l'amende encourue pour le délit au titre duquel cette peine est prononcée.

- 398 Peines contraventionnelles.** Les peines contraventionnelles applicables aux personnes morales sont soit *l'amende* du quintuple de celle prévue pour les personnes physiques, soit, pour les contraventions de la cinquième classe, *les peines de remplacement privatives ou restrictives de droits* de l'article 131-42 du Code pénal, à savoir l'interdiction d'émettre des chèques pour une durée d'un an ou d'utiliser des cartes de paiement et la confiscation de la chose instrument ou produit de l'infraction ; ainsi que la peine de sanction-réparation (C. pén., art. 131-40, 3°, et 131-44-1), elle-même assortie d'une amende conditionnelle en cas d'inexécution de la réparation d'un montant maximum de 7 500 € (C. pén., art. 131-44-1, al. 2). Des peines complémentaires peuvent être prévues par le règlement qui réprime une contravention, à savoir : soit la confiscation de la chose instrument ou produit de l'infraction, soit, pour les contraventions de la 5<sup>e</sup> classe, l'interdiction d'émettre des chèques pour trois ans au plus (C. pén., art. 131-43). Enfin, un mécanisme de substitution est prévu : lorsqu'une contravention est punie d'une ou de plusieurs des peines complémentaires prévues à l'article 131-43 du Code pénal (à savoir pour toute contravention : la confiscation de la chose qui a servi ou qui

était destinée à commettre l'infraction ou qui en est le produit ; la confiscation de l'animal ayant été utilisé pour commettre l'infraction, l'interdiction pour trois ans au plus de détenir un animal ; et pour les contraventions de la cinquième classe : l'interdiction d'émettre des chèques autres que de retrait ou certifiés), la juridiction peut ne prononcer que l'une ou plusieurs des peines complémentaires encourues (C. pén., art. 131-44).

## SECTION 2

# LA MESURE DE LA PEINE

**399 Aggravation, atténuation ou exemption.** La mesure légale de la peine encourue est déterminée non seulement par le maximum fixé par le législateur pour l'infraction concernée, mais aussi par le jeu des causes légales d'exemption (§ 1), d'atténuation (§ 2) ou d'aggravation des peines (§ 3).

## § 1. L'exemption de peine

**400 Prime au repentir.** Notre droit connaît une cause d'exemption de peine, anciennement dénommée « excuse absolutoire », au profit des repentis. En effet, selon l'article 132-78, alinéa 1<sup>er</sup> du Code pénal « 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 ». Cette circonstance, souverainement appréciée par les juges du fond<sup>1</sup>, ne remet pas en cause la culpabilité mais s'oppose au prononcé de la peine<sup>2</sup> et ce uniquement « dans les cas prévus par la loi ». Or ces cas sont de plus en plus nombreux. Avant 2004, seules quelques infractions étaient concernées, en matière de trafic de stupéfiants (C. pén., art. 222-43), de trahison, d'espionnage ou de complot (C. pén., art. 414-2

1. Crim. 25 juill. 1991, *Bull. crim.* n° 307.

2. A. Mihman, « Exemption et réduction de peine pour les repentis : apport de la loi du 9 mars 2004 dite Perben II », *Dr. pénal* 2005. Chron. 1.

à 414-4), de faux témoignage (C. pén., art. 434-13), d'évasion (C. pén., art. 434-37), de fausse monnaie (C. pén., art. 442-9), d'association de malfaiteurs (C. pén., art. 450-2). Mais des lois successives en ont étendu le domaine à la plupart des infractions relevant de la criminalité organisée et autres infractions graves, comme l'exécution d'un mandat criminel (C. pén., art. 221-5-3), les tortures et actes de barbarie (C. pén., art. 222-6-1), le vol en bande organisée (C. pén., art. 311-6-1), l'extorsion en bande organisée (C. pén., art. 312-6-1), le blanchiment (C. pén., art. 324-6-1), etc.

- 401 Risque de marchandage ?** On pourrait craindre qu'un tel dispositif encourage, à l'audience, une sorte de marchandage entre le juge et la personne poursuivie : la dénonciation en échange de l'exemption ; néanmoins, dans le cas de la criminalité organisée, il n'est pas certain que ce type de tractation soit efficace car, malgré certaines protections procédurales des repentis, la loi « du milieu » dissuade généralement toute forme de délation.

## § 2. L'atténuation de peine

---

- 402 Plan.** La peine encourue peut être atténuée en fonction du comportement (A) ou du discernement de l'auteur (B).

### A. L'atténuation liée au comportement de l'auteur

---

- 403 Diversité.** L'atténuation de peine peut être prévue par un texte soit comme une prime au repentir, soit comme une prime au désistement soit enfin comme une prime à l'aveu.
- 404 Prime au repentir.** La généralisation de la clémence en faveur des repentis a conduit le législateur à définir de façon générale la réduction de peines appliquée au profit de ceux qui, dans les cas prévus par la loi, brisent la loi du silence, sans pour autant pouvoir éviter l'infraction. Aux termes de l'article 132-78, alinéa 2 : « Dans les cas prévus par la loi, 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'éviter que

l'infraction ne produise un dommage ou d'identifier les autres auteurs ou complices » et cette réduction est également applicable « lorsque la personne a permis d'éviter la réalisation d'une infraction connexe de même nature que le crime ou le délit pour lequel elle était poursuivie, soit de faire cesser une telle infraction, d'éviter qu'elle ne produise un dommage ou d'en identifier les auteurs ou complices » (C. pén., art. 132-78, al. 3). On observera que l'atténuation ne joue que si un texte le prévoit. C'est le cas par exemple en matière de trafic de stupéfiants (C. pén., art. 222-43), d'enlèvement ou de séquestration (C. pén., art. 224-5-1), de détournement d'un moyen de transport (C. pén., art. 224-8-1), de proxénétisme (C. pén., art. 225-11-1), de vol (C. pén., art. 311-9-1), etc.

**405 Prime au désistement.** Une disposition du même ordre est prévue en matière de séquestration d'otage avec demande de versement de rançon ou d'accomplissement d'une condition : l'article 224-4 du Code pénal prévoit une réduction de peine si l'otage est relâché volontairement avant le septième jour accompli, depuis son appréhension, sans que l'ordre ou la condition aient été exécutés<sup>1</sup>.

**406 Prime à la reconnaissance de culpabilité.** Enfin, une diminution légale de la peine d'emprisonnement est également prévue, lorsque l'auteur avoue les faits, dans le cadre d'une procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, dite aussi, par allusion à son origine américaine de « plaider coupable ». Instaurée par la loi du 9 mars 2004, cette procédure peut être suivie par le procureur de la République d'office ou à la demande de l'intéressé ou de son avocat, pour les délits punis à titre principal d'une peine d'amende ou d'une peine d'emprisonnement d'une durée inférieure ou égale à cinq ans (C. pr. pén., art. 495-7). Le procédé consiste pour le parquet à proposer une peine à la personne poursuivie, qui reconnaît sa culpabilité. Si la personne, en présence de son avocat, accepte l'offre faite par le parquet, dans les conditions de l'article 495-8 du Code de procédure pénale, une audience d'homologation est ouverte devant le président du tribunal correctionnel, à l'issue de laquelle ce dernier

---

1. Pour une application v. Crim. 8 juin 2006, *JCP* 2006. II. 10190, note Ph. Conte.

rend une ordonnance motivée, justifiant la peine au regard des circonstances de l'infraction et de la personnalité de son auteur (C. pr. pén., art. 495-9 à 495-11). Or, lorsque la peine choisie et acceptée est un emprisonnement, sa durée ne peut être supérieure à un an, ni excéder la moitié de l'emprisonnement encourue. L'aveu conduit donc à la réduction de peine.

## **B. L'atténuation liée au discernement de l'auteur**

**407 Mineur de 13 ans ou plus.** Lorsque le mineur est doué de discernement, qu'il a 13 ans ou plus, et que le juge envisage en raison de sa personnalité et des circonstances de l'infraction de ne pas prononcer une mesure ou une sanction éducative mais une peine, cette peine est traditionnellement atténuée, parce que le mineur n'a pas le même discernement qu'un adulte. Il était question sous l'empire de l'ancien Code pénal d'une « excuse de minorité ». Désormais la minorité n'apparaît plus comme une excuse mais comme une simple « cause légale d'atténuation de peine », susceptible du reste d'être écartée, ce qui témoigne d'un durcissement ; l'expression permet en tout cas de mieux souligner que seule la mesure de la peine est affectée et non sa nature : ainsi un crime ne dégénère pas en délit, au prétexte que la peine qu'il encourrait est devenue, par suite de la réduction, un emprisonnement, il demeure un crime ; cela a pour conséquence notamment que les règles de la prescription de la peine s'appliquent de manière inchangée. Tel est en tout cas, le système de l'ordonnance du 2 février 1945, qui impose une distinction suivant l'âge du mineur.

**408 Atténuation obligatoire.** Le mineur de 13 ans, fut-il doué de discernement, ne peut subir aucune peine, y compris en matière de contravention. L'article 21 de l'Ordonnance du 2 février 1945 précise en ce sens que les mineurs de 13 ans à qui sont imputées des contraventions des quatre premières classes ne peuvent faire l'objet que d'une admonestation, à l'exclusion de l'amende<sup>1</sup>. Le

<sup>1</sup>. La Cour de cassation a dû le rappeler à une juridiction de proximité qui avait infligé deux amendes de 28 € et 75 € à un mineur de 5 ans condamné pour stationnement irrégulier, Crim. 14 nov. 2017, n° 17-80893, *Gaz. Pal.* 2018, n° 3, p. 43, obs. S. Detraz (en l'espèce, la cassation est aussi intervenue pour absence de vérification de la condition de discernement, v. ss....

mineur âgé de 13 à 16 ans, qui encourt une peine temporaire privative de liberté, le maximum de cette peine n'est plus que de moitié<sup>1</sup> ; s'il encourt une réclusion criminelle à perpétuité, elle est ramenée à vingt ans (Ord. 2 févr. 1945, art. 20-2, al. 1<sup>er</sup>) ; s'il encourt une amende son montant n'est plus que de moitié sans pouvoir excéder 7 500 € (Ord. 2 févr. 1945, art. 20-3).

- 409 Atténuation facultative.** Pour le mineur âgé de 16 à 18 ans, quelle que soit la peine prononcée, l'atténuation de peine joue dans les mêmes proportions mais elle peut être refusée par le tribunal des enfants ou la cour d'assises des mineurs, à titre exceptionnel, compte tenu des circonstances de l'espèce et de la personnalité du mineur ainsi que de sa situation. Lorsqu'elle est prise par le tribunal pour enfants cette décision doit être spécialement motivée (Ord. 2 févr. 1945, art. 20-2, al. 2). En outre, l'atténuation légale de peine avait été écartée par une loi du 10 août 2007 pour certains crimes et délits de violence, commis une nouvelle fois en état de récidive, à moins que la cour d'assises des mineurs ou le tribunal pour enfants en décide autrement. Mais ces cas d'exclusion de la diminution légale de peine ont été supprimés par la loi n° 2014-896 du 15 août 2014 sur l'individualisation des peines. Il n'est cependant toujours pas possible de prononcer une période de sûreté contre un mineur.
- 410 Combinaison avec une autre cause d'atténuation.** En cas de combinaison entre la minorité et une autre cause spéciale de diminution, la jurisprudence considère traditionnellement que l'on doit prendre en compte la minorité en dernier car elle est le facteur qui permet au moment du choix de la peine de mieux l'adapter au délinquant<sup>2</sup>. Il en va de même en cas de combinaison entre une cause d'aggravation et la minorité (C. pr. pén., art. 356).
- 411 Personne dont le discernement est altéré.** Une autre cause de diminution légale de peine liée au discernement a été introduite par la loi du 15 août 2014 à propos des personnes dont le discernement a été altéré ou le contrôle de leurs actes entravé par un trouble

1. Il est question, dans le projet de réforme de la justice de mineurs, d'élever à 14 ans l'âge à partir duquel un mineur peut être placé en détention.

2. Crim. 29 janv. 1970, *Bull. crim.* n° 45.

psychique ou neuropsychique. Dans ce cas, si une peine privative de liberté est encourue, l'article 122-1, alinéa 2 du Code pénal prévoit désormais que « celle-ci est réduite du tiers ou, en cas de crime puni de la réclusion criminelle ou de la détention criminelle à perpétuité, est ramenée à trente ans »<sup>1</sup>. Cette diminution de peine n'est cependant pas systématique, puisque selon ce même texte, la juridiction peut, par une décision spécialement motivée en matière correctionnelle, décider de ne pas l'appliquer<sup>2</sup>.

### § 3. L'aggravation de peine

**412 Circonstances aggravantes.** Certaines circonstances entraînent une aggravation de la peine. Ces « circonstances aggravantes » sont des faits limitativement énumérés par la loi, rattachés à un comportement incriminé, et qui entraînent l'aggravation des peines encourues<sup>3</sup>, en raison de la particulière réprobation qu'elles suscitent. En tant que *faits légalement définis*, elles ne se confondent pas avec les circonstances dites « judiciaires », propres à chaque espèce et qui conduisent le juge à prononcer, dans les limites des maxima légaux, une peine lourde. Au contraire, les circonstances aggravantes sont en nombre limité et elles n'aggravent que les infractions pour lesquelles elles sont prévues. Les circonstances aggravantes ne doivent pas non plus être confondues avec les éléments constitutifs de l'infraction. Alors que les éléments constitutifs sont indispensables à l'établissement du jugement de culpabilité, les circonstances aggravantes sont des éléments complémentaires qui permettent seulement d'augmenter le *quantum* des peines encourues. Ainsi, en cour d'assises, alors qu'une question unique est posée pour l'ensemble des faits constitutifs, une question spéciale est posée pour chaque circonstance aggravante, comme du reste pour chaque cause d'exemption ou de diminution de peine (C. pr. pén., art. 349). Quant à l'aggravation proprement dite, sa mesure varie suivant les textes ; certaines cir-

1. V. ss 280.

2. V. par ex. Crim. 15 sept. 2015, n° 14-86135, *JCP G* 2015. 1209, note V. Peltier ; *Gaz. Pal. spécialisée*, n° 305-307, p. 27 obs. E. Dreyer.

3. V. *Rép. pén. Dalloz*, V. Circonstances aggravantes, par M. Dalloz.

constances aggravantes ont même pour effet de faire changer l'infraction de catégorie. Ainsi, alors que le vol simple est un délit, le vol effectué à main armée (vol dit « qualifié ») est un crime ; de même certaines circonstances transforment des violences conventionnelles en délit, voire en crime (ex. : les mutilations). Enfin la plupart des circonstances sont spéciales (**A**), mais certaines sont générales (**B**).

## A. Circonstances aggravantes spéciales

**413 Variété.** Les circonstances aggravantes spéciales sont celles qui ne s'appliquent que si un texte particulier les prévoit<sup>1</sup>. La plupart d'entre elles n'apparaissent d'ailleurs que dans les textes d'incrimination : elles sont liées, par exemple, à l'âge, à la vulnérabilité ou à la qualité de la victime (par exemple la qualité de mineur, ou de dépositaire de l'autorité publique)<sup>2</sup>, voire à la qualité de l'auteur (par ex., la qualité de fonctionnaire ou de dépositaire de l'autorité publique) ou au mode opératoire (par ex., la dissimulation de visage). Certaines sont néanmoins décrites dans la partie générale du Code pénal (C. pén., art. 132-71 s.). On y trouve des circonstances aggravantes réelles, c'est-à-dire liées à la commission de l'infraction, telles que la bande organisée (C. pén., art. 132-71), le guet-apens (C. pén., art. 132-71-1), l'effraction (C. pén., art. 132-73), l'escalade (C. pén., art. 132-74), ou le port d'arme (C. pén., art. 132-75) ; d'autres sont des circonstances personnelles à l'auteur comme la relation ou (l'ex-relation) d'alliance, de concubinage ou de « pacs » entre l'auteur et sa victime (C. pén., 132-80) ; d'autres enfin sont liées aussi bien à l'agent qu'à l'acte – elles sont dites *mixtes* –, comme, par exemple, la préméditation (C. pén., art. 132-72) ou encore le motif raciste (C. pén., art. 132-76) ou le motif lié à l'orientation sexuelle de la victime (C. pén., art. 132-77), qui sont devenus

1. La question de leur généralisation se pose, V. V. Tellier-Cayrol, « Faut-il généraliser les circonstances aggravantes ? », in G. Beaussonie (dir.), *Faut-il régénéraliser le droit pénal ?*, LGDJ/Lextenso, Grands Colloques, 2015, p. 181 s.

2. V. É. Verny, « La diversité des circonstances aggravantes tenant à la qualité de la victime », in C. Ribeyre, *La victime de l'infraction pénale*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2016, p. 75 s.

en 2017 des circonstances aggravantes générales. La distinction a son importance en matière de complicité<sup>1</sup>.

- 414 Pluralité aggravante.** L'aggravation peut également résulter de la pluralité d'infractions commises concomitamment, corrélativement ou habituellement. Dans ces cas, le législateur a prévu – par exception aux règles du concours réel<sup>2</sup> – que la peine de l'infraction principale ou de l'infraction ultime sera aggravée (on parle de « cumul juridique » de peines). Il y a ainsi concomitance aggravante dans le cas du meurtre qui « précède, accompagne ou suit » un autre crime (C. pén., art. 221-2, al. 1<sup>er</sup>) ; corrélation aggravante dans le cas, par exemple, du meurtre « qui a pour objet de préparer ou de faciliter un délit » (C. pén., art. 221-2, al. 2) ; et répétition ou habitude aggravante, dans le cas, par exemple, du délit de défaut habituel de titre de transport (L. 15 juill. 1845, art. 24-1), qui consiste dans la commission à dix reprises, dans les douze mois, de la contravention de transport sans titre ; ou encore dans le cas du délit de provocation d'un mineur à commettre « habituellement » des crimes ou des délits (C. pén., art. 227-21), plus sévèrement réprimé que la provocation de ce même mineur à commettre un crime ou un délit. À ces différentes hypothèses, on peut également ajouter le cas des « violeurs en série », puisque, depuis la loi du 12 décembre 2005, la peine d'un violeur est portée de 15 ans à 20 ans de réclusion criminelle lorsque le viol a été commis « en concours avec un ou plusieurs autres viols commis sur d'autres victimes » (C. pén., art. 222-24, 10°).

## **B. Circonstances aggravantes générales**

- 415 Cryptologie.** Depuis la loi du 21 juin 2004 sur la confiance dans l'économie numérique l'utilisation d'un moyen de *cryptologie* constitue une circonstance aggravante générale, c'est-à-dire une cause d'aggravation de certaines infractions, sans qu'il soit nécessaire que le texte d'incrimination la prévoie. Cette circonstance figure à l'article 132-79 du Code pénal, en vertu duquel, lorsqu'un

1. V. ss 320.

2. V. ss 462.

moyen de cryptologie au sens de l'article 29 de cette loi<sup>1</sup> a été utilisé pour préparer ou commettre un crime ou un délit, ou pour en faciliter la préparation ou la commission, le maximum de la peine privative de liberté est relevé d'un degré lorsqu'il s'agit d'une réclusion de 30, 20 ou 15 ans (qui devient la perpétuité, 30 et 20 ans) ou d'un emprisonnement de 10, 7 et 5 ans (qui devient une réclusion de 15 ans, un emprisonnement de 10 et 7 ans) ; la peine est portée au double lorsqu'un emprisonnement de 3 ans au plus est encouru. Curieusement cette aggravation ne touche que les peines privatives de liberté que sont la *réclusion et l'emprisonnement* ; elle ne concerne donc pas les infractions politiques ou militaires punies de « détention » (l'espionnage n'est donc pas concerné), ni les personnes morales, pour lesquelles la privation de liberté n'est pas concevable. Au reste, l'aggravation n'est pas applicable « à l'auteur ou au complice de l'infraction, qui à la demande des autorités judiciaires ou administratives, leur a remis la version en clair des messages chiffrés ainsi que les conventions secrètes nécessaires au déchiffrement ». Il est donc possible d'être exempté d'une aggravation. À l'inverse, le refus de communiquer une convention secrète de chiffrement aux autorités judiciaires qui en font la demande est un délit (C. pén., art. 434-15-2) et, selon le Conseil constitutionnel, une telle incrimination ne méconnaît pas le droit de ne pas contribuer à sa propre accusation, ni aucun autre droit et liberté constitutionnellement garantis<sup>2</sup>.

**416 Discriminations sexiste et raciste.** La loi n° 2017-86 du 27 janvier 2017 relative à l'égalité et à la citoyenneté a généralisé les circonstances aggravantes de motifs racistes et sexistes prévues aux articles 132-76 et 132-77 du Code pénal, en les rendant applicables à tous les crimes et tous les délits punis d'emprisonnement<sup>3</sup>. Plus précisément, selon l'article 132-76, lorsqu'un crime

1. Curieux renvoi du Code pénal vers une loi non codifiée, aux termes de laquelle, un moyen de cryptologie est « tout matériel ou logiciel conçu ou modifié pour transformer des données, qu'il s'agisse d'information ou de signaux, à l'aide de conventions secrètes ou pour réaliser l'opération inverse avec ou sans convention concrète ».

2. Cons. Const., 30 mars 2018, n° 2018-696 QPC, *AJ Pénal* 2018. 256, obs. M. Lacaze.

3. S. Detraz, « Durcissement des circonstances aggravantes de discrimination », *Gaz. Pal.* 2017, n° 16, p. 68.

ou un délit est précédé, accompagné ou suivi de propos, écrits, images, objets ou actes de toute nature qui, soit portent atteinte à l'honneur ou à la considération de la victime ou d'un groupe de personnes dont fait partie la victime à raison de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une prétendue race, une ethnie, une nation ou une religion déterminée, soit établissent que les faits ont été commis contre la victime pour l'une de ces raisons, le maximum de la peine privative de liberté encourue est relevé ainsi qu'il suit : 1° Il est porté à la réclusion criminelle à perpétuité lorsque l'infraction est punie de trente ans de réclusion criminelle ; 2° Il est porté à trente ans de réclusion criminelle lorsque l'infraction est punie de vingt ans de réclusion criminelle ; 3° Il est porté à vingt ans de réclusion criminelle lorsque l'infraction est punie de quinze ans de réclusion criminelle ; 4° Il est porté à quinze ans de réclusion criminelle lorsque l'infraction est punie de dix ans d'emprisonnement ; 5° Il est porté à dix ans d'emprisonnement lorsque l'infraction est punie de sept ans d'emprisonnement ; 6° Il est porté à sept ans d'emprisonnement lorsque l'infraction est punie de cinq ans d'emprisonnement ; 7° Il est porté au double lorsque l'infraction est punie de trois ans d'emprisonnement au plus. Ces aggravations ne sont cependant pas applicables aux infractions prévues aux articles 222-13, 225-1 et 432-7 du Code pénal, ni à celles prévues au septième alinéa de l'article 24, au deuxième alinéa de l'article 32 et au troisième alinéa de l'article 33 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse. L'article 132-77 relatif au mobile sexiste prévoit une aggravation selon une échelle analogue, lorsqu'un crime ou un délit est précédé, accompagné ou suivi de propos, écrits, images, objets ou actes de toute nature qui, soit portent atteinte à l'honneur ou à la considération de la victime ou d'un groupe de personnes dont fait partie la victime à raison de son sexe, son orientation sexuelle ou identité de genre vraie ou supposée, soit établissent que les faits ont été commis contre la victime pour l'une de ces raisons. Cette circonstance aggravante n'est cependant pas applicable aux infractions prévues aux articles 222-13, 222-33, 225-1 et 432-7 du Code pénal, ou au huitième alinéa de l'article 24, au troisième alinéa de l'article 32 et au quatrième ali-

néa de l'article 33 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, ni lorsque l'infraction est déjà aggravée soit parce qu'elle est commise par le conjoint, le concubin de la victime ou le partenaire lié à celle-ci par un pacte civil de solidarité, soit parce qu'elle est commise contre une personne afin de la contraindre à contracter un mariage ou à conclure une union ou en raison de son refus de contracter ce mariage ou cette union.

- 417 Récidive.** Hormis ces hypothèses particulières, notre droit connaît depuis toujours une circonstance aggravante générale, tenant à l'habitude criminelle de l'auteur : l'état de récidive. Techniquement, cet état de récidive est une cause d'aggravation de la peine pour l'infraction commise après une précédente condamnation. L'idée est que le fait d'avoir commis une nouvelle infraction, malgré un précédent rappel à la loi, procède à la fois d'une accoutumance à mal faire et d'une certaine dangerosité<sup>1</sup>. Toutefois, bien que la récidive affecte la mesure de la peine encourue, elle n'apparaît véritablement qu'au moment du choix de la peine par le juge ; elle sera donc étudiée au titre de la peine prononcée<sup>2</sup>.

1. V. M.-H. Renaut, « Une technique juridique appliquée à un problème de société, la récidive. De la notion de *consuetudo delinqui* au concept de dangerosité », RSC 2000. 317 s.

2. V. ss 475.

## La peine prononcée

---

**418 Principe d'individualisation.** Sous réserve de la question des peines accessoires<sup>1</sup>, « aucune peine ne peut être appliquée si la juridiction ne l'a expressément prononcée » (C. pén., art. 132-17, al. 1<sup>er</sup>) et « toute peine prononcée par la juridiction doit être *individualisée* » (C. pén., art. 132-1, al. 2). Tels sont les principes qui gouvernent aujourd'hui le droit pénal : aucune peine ne peut être subie sans qu'une juridiction ne l'ait préalablement prononcée et aucune peine ne peut être prononcée sans que la même juridiction ne se soit efforcée de l'ajuster à la personne poursuivie. En ce sens, l'article 132-24 du Code pénal dispose encore que « Les peines peuvent être *personnalisées* selon les modalités prévues par la présente section ». Il ne fait plus de doute en effet – depuis l'ouvrage de Saleilles sur « l'individualisation de la peine » publié en 1898 –, que la peine doit être adaptée non seulement à l'exigence du cas, mais aussi à la personnalité du délinquant. Ce principe d'individualisation ou de « personnalisation »<sup>2</sup>, qui n'est pas sans rappeler *l'arbitrium judicis* de l'Ancien droit, a aujourd'hui une valeur constitutionnelle<sup>3</sup>. Il a trouvé son expression d'abord

---

1. V. ss 390.

2. Le terme de personnalisation consacré par le Code pénal de 1994 puis abandonné en 2014 s'adapte plus facilement au sort des personnes morales qui ne sont pas des « individus ».

3. Cons. const., 22 juill. 2005, n° 2005-520 DC, consid. n° 3 ; Cons. const., 11 juin 2010, n° 2010 617 QPC, consid. n° 5.

dans l'article 132-24 du Code pénal de 1994, lequel a été renforcé par une loi du 12 décembre 2005<sup>1</sup>, pour ensuite être transféré depuis le 1<sup>er</sup> octobre 2014 dans l'article 132-1. Selon le dernier alinéa de ce texte, l'individualisation signifie que « dans les limites fixées par la loi, la juridiction détermine la nature, le *quantum* et le régime des peines prononcées en fonction des circonstances de l'infraction et de la personnalité de son auteur ainsi que de sa situation matérielle, familiale et sociale, conformément aux finalités et fonctions de la peine énoncées à l'article 130-1 ».

- 419 Finalités et modalités.** À cette fin, le juge dispose d'un vaste éventail de peines ainsi que de la faculté de les suspendre, de les aménager, de les exclure, et, dans certains cas, d'y adjoindre une mesure de sûreté. Telles sont les figures de l'individualisation<sup>2</sup>. Plus précisément, l'arbitrage – pour ne pas dire l'arbitraire – du juge s'exprime au moment du choix de la peine (SECTION 1), de sa suspension (SECTION 2), de son aménagement initial (SECTION 3), ou de son exclusion (SECTION 4).

## SECTION 1

# LE CHOIX DE LA PEINE

- 420 Légalité, proportionnalité, motivation.** En dehors de la courte période du droit intermédiaire, ayant connu un système de peine fixe, le juge a toujours bénéficié d'un large pouvoir dans le prononcé de la *sanction pénale*. Le principe du libre choix de la sanction par le juge a même été présenté comme « l'un des dogmes du droit répressif français »<sup>3</sup>, en vertu duquel le juge, sauf disposition contraire, ne devait *aucun compte des peines qu'il prononçait*. Il

1. Comp. D. Roets, « À propos de l'article 4 de la loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005 relative au traitement de la récidive des infractions pénales », *D.* 2006. Tribune 169 ; M.-L. Rassat, G. Roujou de Boubée, « À propos de l'article 4 de la loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005 relative au traitement de la récidive des infractions pénales », *D.* 2006. Tribune 593.

2. V. M. Giacomelli, « De l'individualisation de la peine à l'indétermination de la mesure », *Mélanges R. Gassin*, PUAM, 207, p. 233 s. ; V. aussi le dossier : « L'individualisation de la sanction en matière pénale », in *Les nouveaux Problèmes actuels de sciences criminelles*, PUAM, vol. XXVI, 2016 p. 17 s.

3. V. J. Leblois-Happe, « Le libre choix de la peine par le juge : un principe défendu bec et ongles par la Cour de cassation (À propos de l'arrêt rendu le 4 avril 2002, *Bull. crim.* n° 78) », *Dr. pénal* 2003. Chron. 11.

s'agissait donc d'un pouvoir discrétionnaire<sup>1</sup>. Néanmoins, ce principe du *libre choix de la sanction* est aujourd'hui en net recul. Tout d'abord parce que ce choix a toujours été exercé dans les limites tracées par la loi : le législateur fixe en effet seul les règles assurant une répression effective des infractions<sup>2</sup> et il lui arrive d'imposer au juge soit de respecter un *quantum* minimum de peine, soit de motiver spécialement cette peine. Ainsi, en 2007, le législateur a instauré des peines minimales à l'encontre des récidivistes, qu'il a étendues en 2011 aux primo-délinquants pour les infractions de violences graves. Certes, ces peines minimales ont disparu en 2014, mais le législateur impose toujours au juge de motiver spécialement certaines peines comme l'emprisonnement ferme (C. pén., art. 132-19 ; Ord. n° 45-174, 2 févr. 1945, art. 2, al. 3) ou l'interdiction du territoire (C. pén., art. 131-30-1) et la Cour de cassation elle-même est venue remettre en cause le pouvoir discrétionnaire du juge, d'abord en se livrant à partir de 2016 à un contrôle de la proportionnalité des peines, puis en proclamant en 2017, au prix d'un spectaculaire revirement de jurisprudence, une obligation générale de motivation de toute peine « en matière correctionnelle », qui résulterait de l'article 132-1 du Code pénal (exigence d'individualisation pour toute peine) et 485 du Code de procédure pénale (exigence de motifs pour tout jugement). Cette obligation de motivation a été étendue en 2018 à la matière criminelle et contraventionnelle<sup>3</sup>. C'est dire qu'aujourd'hui le juge n'est plus vraiment libre de choisir la peine qu'il prononce de manière arbitraire. Il doit l'individualiser, mais aussi et avant tout respecter les principes de légalité, de proportionnalité et de motivation. Ces principes encadrent, avec plus ou moins de précision, le choix du type de peine (§ 1), le choix du *quantum* de la peine (§ 2), ainsi que le choix d'une éventuelle mesure de sûreté complémentaire (§ 3).

1. J.-H. Robert, « La détermination de la peine par le législateur et par le juge », in V. Malabat, B. de Lamy, M. Giacomelli (dir.), *Droit pénal : le temps des réformes*, Litec, Colloques et débats n° 32, 2011, p. 241 s.

2. Cons. const., 19 janv. 1981, n° 80-127 DC, *JCP* 1981. II. 19701, note C. Franck ; *AJDA* 1981. 278, cote Ch. Gournay.

3. V. D. Guerin, « La motivation des peines », *Dr. pénal* 2018, Étude 9.

## § 1. Le choix du type de peine

**421 Légalité.** Aux termes de l'article 111-3 du Code pénal, « nul ne peut être puni d'une peine qui n'est pas prévue par la loi si l'infraction est un crime ou un délit ou par un règlement si l'infraction est une contravention ». Il s'agit de l'expression claire et simple du principe de la légalité criminelle, longuement étudié plus haut. Tel est le premier principe qui doit guider le juge dans le choix de la peine.

**422 Motivation en matière correctionnelle.** Le second principe qui doit guider le juge est celui de la motivation. Ce principe a été proclamé, dans trois arrêts du 1<sup>er</sup> février 2017, de la manière suivante : « En matière correctionnelle, toute peine doit être motivée au regard de la gravité des faits, de la personnalité de leur auteur et de sa situation personnelle »<sup>1</sup>. Il s'agit d'une obligation très large, puisqu'elle concerne « toute peine » en matière correctionnelle c'est-à-dire aussi bien les peines principales<sup>2</sup> que les peines complémentaires<sup>3</sup>. Cette exigence s'applique autant aux personnes physiques<sup>4</sup> qu'aux personnes morales<sup>5</sup>. Quant aux critères de motivation, la Cour de cassation vérifie que les juges du fond ont choisi la peine au regard de la gravité des faits, de la personnalité de l'auteur et de sa situation personnelle, et s'il s'agit d'une amende, en tenant compte de ses ressources et de ses charges<sup>6</sup>. En revanche, la Haute juridiction n'entend pas vérifier le bien-fondé ou la réalité des motifs retenus, lesquels relèvent de l'appréciation souveraine des juges du fond. Le contrôle de la motivation apparaît donc minimal<sup>7</sup>.

1. Crim. 1<sup>er</sup> févr. 2017, n° 15-83984, n° 15-84511, n° 15-85199, *JCP G*, 2017, 277, note J. Leblois-Happe.

2. Crim. 1<sup>er</sup> févr. 2017, n° 15-83984 (amende).

3. Crim. 1<sup>er</sup> févr. 2017, n° 15-84511 (inéligibilité) ; *JCP G*, 2017, 276, note E. Dreyer. ; Crim. 1<sup>er</sup> févr. 2017, n° 15-85199 (interdiction de gérer) ; Crim. 31 mai 2017, n° 15-82051 (interdiction d'exercer une fonction publique) ; Crim. 11 juill. 2017, n° 16-81797, (interdiction de séjour) ; Crim. 8 mars 2017, n° 15-87422 (confiscation), *Dr. pénal* 2017, comm. 83, obs. E. Bonis ; Crim. 21 mars 2018, n° 16-87296 (confiscation), *Dr. pénal* 2018, comm. 96, obs. E. Bonis.

4. Crim. 22 mars 2017, n° 16-80050 ; Crim. 15 mars 2017, n° 16-83838, *Gaz. Pal.*, 2017, n° 13, note A. Mihmann et A. Maes.

5. V. pour une peine d'amende, Crim. 9 janv. 2018, n° 17-80200, *RTD com.* 2018. 224, obs. L.Saenko ; *AJ Pénal* 2018. 144, obs F. Chopin ; *Dr. pénal* 2018, comm. 58, obs. E. Bonis.

6. Crim. 1<sup>er</sup> févr. 2017, n° 15-83984, préc.

7. V. E. Dreyer, « La motivation de toute peine : un revirement à regret ? », *AJ Pénal*, 2017. 175. ; v. aussi du même auteur, « La motivation des peines : quoi et comment ? », *JCP G* 2018, doct. 330 ; « La Cour de cassation contrôle-t-elle la motivation des peines par les juges du fond ? », *Dr. pénal* 2018, Étude, n° 8.

**423 Motivation en matière criminelle.** L'exigence de motivation n'a pas été formulée tout de suite en matière criminelle, la Cour de cassation préférant, dans un premier temps, s'en tenir à une interprétation stricte de l'article 365-1 du Code de procédure pénale, qui limite la motivation aux éléments de culpabilité (« en cas de condamnation, la motivation consiste dans l'énoncé des principaux éléments à charge, qui, pour chacun des faits reprochés à l'accusé, ont convaincu la cour d'assises »)<sup>1</sup>. On a pu le regretter car la motivation permet d'asseoir la confiance du public dans la justice et participe de l'exigence de prééminence du droit, qui constitue l'un des objectifs de toute société démocratique<sup>2</sup>. Elle permet aussi à la Cour de cassation d'exercer son contrôle, pour « reconnaître si la loi a été respectée dans le dispositif » (C. pr. pén., art. 593), lequel comprend non seulement « les infractions dont les personnes citées sont déclarées coupables » (C. pr. pén., art. 498, al. 3), mais aussi « la peine » qui leur est infligée<sup>3</sup>. Enfin la motivation permet de vérifier que la peine est bien individualisée. Aussi faut-il savoir gré au Conseil constitutionnel d'avoir, le 2 mars 2018, proclamé la généralité du principe de motivation, en décidant d'abroger les dispositions de l'article 365-1, al. 2 du Code de procédure pénale à compter du 1<sup>er</sup> mars 2019 et en imposant entre-temps aux cours d'assises de motiver le choix de la peine, en énonçant dans la feuille de motivation, « les principaux éléments l'ayant convaincue dans le choix de la peine »<sup>4</sup>. Le législateur devra intervenir pour entériner cette solution avant le 1<sup>er</sup> mars 2019.

**424 Motivation en matière contraventionnelle.** Enfin, pour parachever l'évolution, la Cour de cassation a logiquement jugé « qu'en application des articles 132-1 et 132-20 du Code pénal, 485, 543 et

1. Crim. 8 févr. 2017, n° 15-86914, n° 16-80389, n° 16-80391, n° 16-81241, *Dalloz Actualité*, 21 févr. 2017, obs. S. Fucini ; V. déjà Crim. 10 févr. 2016, n° 15-80622 ; V. aussi H. Dantras-Bioy, « Qui peut motiver plus doit s'abstenir de le faire... Quelles perspectives pour la motivation du choix de la peine par les cours d'assises », *Dr. pénal*, 2017, Étude n° 10.

2. CEDH, gr. ch., 29 nov. 2016, n° 34238/09, *Lhermitte c. Belgique*, § 67.

3. V. en ce sens J. Leblois-Happe, note préc.

4. Cons. Const., 2 mars 2018, n° 2017-694 QPC, *AJ Pénal*, 2018. 192, note A.-G. Robert ; *JCP G* 2018. 457, note H. Matsoupoulou ; *Dr. pénal* 2018, comm. 72, obs. E. Bonis ; comp. en sens contraire CEDH 13 janv. 2009, *Taxquet c. Belgique*, D. 2009. 1058, note J.-F. Renucci ; *RSC* 2009. 657, obs. J.-P. Marguénaud ; Crim. 19 janv. 2011, n° 10-85305, 10-85159, 10-85354 et Cons. const., 1<sup>er</sup> avr. 2011, n° 2011-113/115QPC, *RSC* 2011. 423, obs. J. Danet ; Crim. 18 févr. 2015, n° 14-82487 ; *Dr. pénal* 2015, comm. n° 62, obs. V. Peltier.

593 du Code de procédure pénale et des principes constitutionnels tels que dégagés dans la décision n° 017-694 QPC du 2 mars 2018, la juridiction qui prononce une peine d'amende doit motiver sa décision au regard des circonstances de l'infraction, de la situation personnelle de son auteur, en tenant compte de ses ressources et de ses charges » et que « cette obligation de motivation s'applique en matière contraventionnelle »<sup>1</sup>. La Cour précise néanmoins que l'objectif, reconnu par le Conseil constitutionnel, d'une bonne administration de la justice, commande que la nouvelle interprétation donnée aux textes de procédure n'ait pas d'effet rétroactif et ne s'applique que pour l'avenir<sup>2</sup>.

- 425 Individualisation.** Sous cette réserve, l'exigence de motivation est aujourd'hui générale<sup>3</sup> et s'impose aux juges, avec plus ou moins de fermeté, pour que la Cour de cassation puisse contrôler le respect du principe d'individualisation<sup>4</sup>. Ce principe doit en effet guider les juges, aussi bien lorsqu'ils décident de retenir la ou les peines encourues **(A)** que lorsqu'ils choisissent, par souci d'efficacité et dans un but d'insertion ou de réinsertion<sup>5</sup>, de prononcer, en matière correctionnelle ou contraventionnelle, une peine alternative ou de substitution **(B)**.

## **A. Le choix de la peine encourue**

- 426 Peine principale et/ou peine complémentaire.** Lorsque deux peines principales sont encourues – par exemple, l'amende et l'emprisonnement en matière correctionnelle –, le juge a le choix de les prononcer soit cumulativement, soit alternativement (C. pén., art. 132-17)<sup>6</sup> et si des peines complémentaires facultatives sont

1. Crim. 30 mai 2018, n° 16-85777, *JCP G* 2018, act. 703, obs. Ph. Collet.

2. Sur l'application dans le temps des lois de procédure V. ss 122.

3. Mais ne concerne pas les amendes fiscales prévues par l'article 1791 du CGI, Crim. 18 juill. 2017, n° 15-86153, *Dr. pénal* 2017, comm. 156, obs. V. Peltier.

4. Crim. 4 mai 2017, n° 16-84362, *Gaz. Pal.* 2017, n° 27, p. 55 (a méconnu le principe d'individualisation, la Cour d'appel qui augmente la durée de l'emprisonnement contre un prévenu en première instance au seul motif qu'il assume la même charge de responsabilité que ses coauteurs).

5. Sur l'objectif de réinsertion v. R. Gassin, « Les fondements juridiques de la réinsertion », *RSC* 1996, 155 et 443.

6. Sauf peut-être lorsque le législateur a prévu à titre principal l'amende et le TIG (C. pén., art. 322-1, 322-2 et 322-3) car même si légalement le cumul est devenu possible (C. pén., art. 131-9), le choix du juge dépendra aussi du consentement du délinquant au TIG.

prévues, libre à lui de les prononcer ou non<sup>1</sup>. L'important est que le juge ne se trompe pas au moment de faire son choix et qu'il applique uniquement, en vertu du principe de la légalité rappelé ci-dessus, la ou les peines prévues par les textes. Or, le panel des peines – surtout complémentaires – est parfois si vaste et les textes parfois si difficiles à trouver – en raison de la fâcheuse technique qui consiste pour le législateur à dissocier le texte d'incrimination du texte de pénalité – que la Cour de cassation doit régulièrement rappeler le principe<sup>2</sup>. Pour s'en tenir aux seules peines principales, l'important est que le juge ne dépasse pas le maximum légal<sup>3</sup> et motive sa décision. Il convient à cet égard de développer un peu plus l'exigence de *motivation* des peines privatives de liberté (1), ainsi que l'exigence de vérification de la solvabilité du condamné pour les peines d'amende (2).

### 1. Le choix d'une peine privative de liberté

**427 Motivation spéciale pour les majeurs.** Depuis la loi du 24 novembre 2009<sup>4</sup>, le juge qui choisit un enfermement ferme en matière correctionnelle a l'obligation légale de motiver spécialement sa décision (C. pén., anc. art. 132-24 et art. 132-19, al. 2)<sup>5</sup>. Cette exigence a été renforcée par la loi du 15 août 2014 qui a voulu plus nettement rompre avec la logique de l'emprisonnement ferme, en affirmant qu'en matière correctionnelle l'emprisonnement sans sursis ne peut être prononcé qu'en « dernier recours si la gravité de l'infraction et la personnalité de son auteur rendent cette peine nécessaire et si toute autre sanction est manifestement

1. V. par ex., pour une interdiction des droits civiques, civils et de famille, Crim. 31 janv. 2007, D. 2007. Act. 1017.

2. V. par ex. Crim. 23 oct. 2007, *Dr. pénal* 2008. 4 (3<sup>e</sup> arrêt), obs. M. Véron (condamnation pour conduite sans permis à deux mois d'emprisonnement avec sursis et 2 000 € d'amende et à la peine complémentaire d'interdiction de solliciter un nouveau permis, peine non prévue par C. route, art. L. 223-5 et L. 221-2). Pour d'autres exemples v. X. Pin, *RPDP* 2005. 642.

3. Ce qu'il oublie parfois, V. Crim. 26 sept. 2007, *Dr. pénal* 2008. 4 (1<sup>er</sup> arrêt), obs. M. Véron (condamnation pour divagation d'animaux dangereux à 200 € d'amende, alors que cette contravention prévue par C. pén., art. R. 622-2 est une contravention de 2<sup>e</sup> classe, puni d'un maximum de 150 €) ; Crim. 26 sept. 2007 (2<sup>e</sup> arrêt), *ibid.* (condamnation pour racolage public à trois mois d'emprisonnement alors que C. pén., art. 225-10-1 prévoit un maximum de deux mois).

4. V. H. Hasnaoui, « De la motivation spéciale des peines d'emprisonnement ferme après la loi n° 2009-1436 du 24 novembre 2009 : précisions sur une petite révolution ? », *Dr. Pénal*, 2011. Étude 22.

5. À l'inverse, lorsqu'il ne choisit par un enfermement ferme, le juge n'a pas à motiver sa clémence car la motivation pourrait être perçue comme un désaveu du législateur, ce qui porterait atteinte à la séparation des pouvoirs.

inadéquate ; dans ce cas, la peine d'emprisonnement doit, si la personnalité et la situation du condamné le permettent, et sauf impossibilité matérielle, faire l'objet d'une des mesures d'aménagement prévues aux sous-sections 1 et 2 de la section 2 du présent chapitre » (C. pén., art. 132-19, al. 2). Cette exigence a pour but d'inciter le juge à chercher d'autres solutions que l'emprisonnement ferme pour favoriser la réinsertion des condamnés n'ayant pas un lourd passé pénal. Et le texte ajoutait : « lorsque le tribunal correctionnel prononce une peine d'emprisonnement sans sursis *ou* ne faisant pas l'objet d'une des mesures d'aménagement (...), il doit spécialement motiver sa décision au regard des faits de l'espèce et de la personnalité de leur auteur ainsi que de sa situation matérielle, familiale et sociale » (C. pén., art. 132-19, al. 3). Il est notable que la loi n° 2016-371 du 3 juin 2016 est venue légèrement modifier cet article 132-19, alinéa 3 en remplaçant le « *ou* » du début de la phrase par un « *et* », mentionnant « une peine d'emprisonnement sans sursis *et* ne faisant pas l'objet d'une des mesures d'aménagement ». Cette modification clarifie l'articulation des deux alinéas et permet de dire que le contenu de la motivation n'est pas le même lorsqu'il s'agit de se prononcer sur la nécessité de l'emprisonnement sans sursis (al. 2) ou lorsqu'il s'agit d'écarter un aménagement de peine (al. 3). Anticipant sur cette réforme, la Cour de cassation a d'ailleurs indiqué, dans trois arrêts remarquables du 29 novembre 2016, que la nécessité de prononcer un emprisonnement sans sursis s'apprécie au regard de la gravité de l'infraction, de la personnalité de son auteur et du caractère manifestement inadéquat de toute autre sanction ; et que « les juges ne sont tenus de spécialement motiver leur décision au regard de la situation matérielle, familiale et sociale du prévenu que pour refuser d'aménager la peine d'emprisonnement sans sursis qu'ils prononcent, lorsque cette peine est d'une durée qui n'excède pas deux ans, ou un an en cas de récidive, et non pour justifier la nécessité d'une telle peine »<sup>1</sup>.

1. Crim. 29 nov. 2016, n° 15-86116, n° 15-86172, n° 15-83108 (3 arrêts), *AJ Pénal*, 2017, 96, obs. A-G. Robert.

**428 Motivation de l'emprisonnement sans sursis.** Autrement dit, lorsqu'il s'agit de se prononcer sur le caractère ferme de l'emprisonnement, la Cour de cassation vérifie que les juges ont bien motivé ce refus du sursis en s'appuyant sur le caractère manifestement inadéquat de toute autre sanction, la gravité de l'infraction et la personnalité de l'auteur (C. pén., art. 132-19, al. 2)<sup>1</sup>. Toute autre motivation serait superflue : ainsi les juges qui ont suffisamment motivé l'emprisonnement sans sursis, ni aménagement, ne sont pas tenus d'expliquer les raisons pour lesquelles ils refusent par exemple de prononcer une contrainte pénale<sup>2</sup>. Déjà, avant cette loi, la Cour de cassation veillait scrupuleusement au respect de la motivation : elle imposait aux juges, qui ne retenaient pas le sursis, de se référer, conformément à la loi, aux circonstances de l'infraction ou à la personnalité de l'auteur<sup>3</sup>, y compris lorsque ces éléments de fait n'avaient pas été retenus comme circonstances aggravantes dans l'acte de poursuite<sup>4</sup>. Avait ainsi été considérée comme une motivation spéciale suffisante, la circonstance que le prévenu était « un acteur central d'un système de versements occultes constitutifs d'abus de biens sociaux »<sup>5</sup>. En revanche, la Cour de cassation a pu estimer que la condamnation fondée sur la seule crainte du renouvellement de l'infraction par un prévenu qui ne s'estimait pas responsable de l'infraction poursuivie n'était pas suffisamment motivée<sup>6</sup>. Cependant la Cour de cassation n'est pas très exigeante dans le contrôle de la motivation et de l'individualisation. Elle a ainsi admis qu'une peine d'emprisonnement ferme puisse être prononcée à l'encontre d'un individu qui n'avait été examiné ni par un expert psychologue, ni par un expert psychiatre, estimant que les juges du fond n'étaient pas tenus d'ordonner une mesure d'investigation sur la personnalité, dès lors que l'appréciation de cette personnalité relevait de leur pouvoir souverain<sup>7</sup>.

1. V. déjà en ce sens Crim. 14 janv. 2015, n° 14-80343, *Dr. pénal*, 2015, comm. n° 45, obs. E. Bonis-Garçon ; Crim. 12 oct. 2010, *D.* 2010. 275, obs. M. Léna ; Crim. 10 nov. 2010, *DA* 16 nov. 2010, obs. M. Léna.

2. Crim. 17 févr. 2016, *Gaz. Pal.*, 26 avr. 2016, p. 57, obs. E. Dreyer.

3. V. par. ex. Crim. 6 mai 2009, *Bull. crim.* n° 87.

4. Crim. 26 févr. 2008, *Dr. pénal* 2008. 83, obs. M. Véron.

5. Crim. 22 oct. 2008, *Dr. pénal* 2009. 4, obs. M. Véron.

6. Crim. 1<sup>er</sup> oct. 2008, *ibid.*

7. Crim. 15 nov. 2017, n° 16-87745, *Gaz. Pal.* 2018, n° 3, p. 47, obs. E. Dreyer.

- 429 Motivation du refus d'aménagement.** Lorsque la peine est aménageable, c'est-à-dire lorsqu'il s'agit d'une peine inférieure ou égale à deux ans pour les primo-délinquants ou à un an pour les récidivistes, et que les juges refusent d'aménager la peine d'emprisonnement sans sursis, ils sont tenus de spécialement motiver leur décision au regard de la situation matérielle, familiale et sociale du prévenu (C. pén., art. 132-19, al. 3). La Cour de cassation contrôle cette motivation et n'a pas admis, par exemple, un refus d'aménager fondé sur le fait que le prévenu n'avait pas reconnu sa culpabilité, au motif que nul n'est tenu de participer à sa propre accusation<sup>1</sup>.
- 430 Motivation spéciale pour les mineurs.** En outre, on retiendra que pour les mineurs, l'obligation de motivation porte sur le principe même de l'emprisonnement « avec ou sans sursis » (Ord. 2 févr. 1945, art. 2, al. 3).
- 431 Motivation des peines criminelles.** Cette obligation de motivation concerne désormais la réclusion et la détention criminelle, en application de la décision du Conseil constitutionnel du 2 mars 2018.
- 432 Motivation de l'emprisonnement avec sursis.** Enfin, la dernière conséquence de la généralisation de l'obligation de motivation est que même les peines d'emprisonnement avec sursis doivent dorénavant aussi être motivées, les juges devant au moins s'expliquer sur la personnalité et la situation personnelle du prévenu avant de les prononcer<sup>2</sup>.

## **2. Le choix d'une peine d'amende**

- 433 Solvabilité.** L'amende est une sanction pécuniaire dont l'effectivité est subordonnée à la solvabilité du condamné, d'où l'obligation pour les juges de déterminer le montant de l'amende « en tenant compte des ressources et des charges de l'auteur de l'infraction. » (C. pén., art. 132-20)<sup>3</sup>, ce qui ne les empêche pas de fixer l'amende en corrélation avec le profit que le prévenu a retiré de la commis-

1. Crim. 7 mars 2018, n° 17-80449, *Dr. pénal* 2018, comm. 98, obs. V. Peltier.

2. Crim. , 21 mars 2018, n° 16-87296, *Dr. pénal* 2018, comm. 96, obs. E. Bonis.

3. Crim. 1<sup>er</sup> févr. 2017, n° 15-83984, préc.

sion des faits délictueux<sup>1</sup>. Il existe d'ailleurs une obligation, pour tout prévenu tenu de comparaître, de produire des justificatifs de revenus et ses avis d'imposition. Ces justificatifs aideront le juge à choisir ou non l'amende. Il appartient également au prévenu d'apporter tout élément permettant d'évaluer ses charges, faute de quoi la juridiction n'est pas tenue de justifier l'amende au regard de celles-ci<sup>2</sup> ; cette solution n'est pas pleinement satisfaisante car elle fait dépendre la motivation d'éléments que voudra ou pourra lui fournir le prévenu. Du reste, la solvabilité du condamné peut évoluer et, il n'est pas certain qu'il mette toujours de la bonne volonté pour s'acquitter de l'amende. Aussi, outre des sûretés au stade de l'instruction (C. pr. pén., art. 142) ou des mesures de saisies conservatoires, au même stade, en matière de criminalité et de délinquance organisées (C. pr. pén., art. 706-103), le législateur a-t-il prévu, au stade de la condamnation, des mécanismes de garantie et d'incitation au paiement des amendes.

**434 Solidarité pénale.** Ainsi, lorsque l'« accusé » ou le « prévenu » s'est entouré de « coauteurs » ou de « complices » insolubles, le juge peut, par décision spéciale et motivée, *ordonner* la solidarité pénale pour faciliter le recouvrement des amendes en matière de crimes, délits et contraventions de la cinquième classe (C. pr. pén., art. 375-2, 480-1 et 543). Le condamné solvable peut donc être tenu de payer pour les autres, sauf à lui, conformément aux règles de la solidarité passive, à se retourner ensuite contre eux. Cette solidarité apparaît donc comme une *garantie de paiement* même si elle est ressentie comme une aggravation légale de la peine<sup>3</sup> et que la Cour de cassation la qualifie d'ailleurs de mesure « pénale » ou « à caractère pénal », lorsqu'elle s'applique à des pénalités fiscales (CGI, art. 1745)<sup>4</sup>. La jurisprudence en a du reste étendu l'application à l'hypothèse d'infractions connexes ou indivisibles : ainsi peuvent être tenus solidairement les

1. Crim. 7 nov. 2017, n° 16-86231, *Gaz. Pal.* 2018, n° 3, p. 48, obs. E. Dreyer.

2. Crim. 22 mars 2017, n° 16-80050, *Gaz. Pal.* 2018, n° 27, p. 53, obs. E. Dreyer.

3. H. Perret, « Le rôle de la solidarité pénale entre les condamnés à une peine d'amende », *RSC* 1941. 7 s ; P. Meurisse, « De quelques applications du principe de solidarité pénale », *RSC* 1957. 439 s.

4. Sur le caractère répressif de la solidarité, V. X. Pin, « Droit pénal et droit des sûretés : l'alliance du feu et de la glace », in J.-C. Saint-Pau (dir.), *Droit pénal et autres branches du droit : regards croisés*, Cujas 2012, p. 145 s., spéc. p. 152. À noter qu'en matière fiscale, les juges « ne peuvent en limiter les effets à une part des impôts fraudés et pénalités fiscales y afférentes », Crim. 25 févr. 2015, n° 14-81734 ; *Dr. pénal* 2015, Chronique 8, n° 4, obs. S. Detraz.

auteurs de violences volontaires commises en réunion sur plusieurs personnes, procédant d'une action concertée, déterminée par la même cause et tendant au même but<sup>1</sup>. Toutefois, la difficulté, en dehors du droit fiscal, est de montrer que la personne poursuivie s'est bien entourée de comparses insolubles.

**435 Réduction ou majoration.** Aussi, s'inspirant de la technique de l'amende forfaitaire minorée, en cas de paiement spontané, le législateur a-t-il généralisé la réduction comme technique d'incitation au paiement de l'amende. En effet, lorsqu'une personne est condamnée à une peine d'amende, il est prévu, depuis la loi du 9 mars 2004, qu'en cas de paiement volontaire dans un délai d'un mois, elle bénéficie d'une réduction de 20 % de l'amende, dans la limite de 1 500 €. Une telle réduction est également possible si le Trésor autorise un paiement échelonné (C. pr. pén., art. 707-2 à 707-4)<sup>2</sup>. À l'inverse, la loi du 3 juin 2016, renforçant la lutte contre le crime organisé et le terrorisme et leur financement et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale, a prévu que les amendes prononcées en matière contraventionnelle, correctionnelle et criminelle, à l'exception des amendes forfaitaires, peuvent faire l'objet d'une majoration, dans la limite de 10 % de leur montant, perçue lors de leur recouvrement. Cette majoration, prononcée dans les conditions prévues à l'article 707-6 du Code de procédure pénale, est destinée à financer l'aide aux victimes (C. pén., art. 132-20, al. 3)<sup>3</sup>.

**436 Contrainte judiciaire.** En outre, pour que le recouvrement des amendes soit effectif, notre système répressif admet ce que l'on appelait jusqu'en 2004 la « contrainte par corps ». L'institution a été rebaptisée et rénovée par la loi du 9 mars 2004, qui l'a remplacée par la « contrainte judiciaire » (C. pr. pén., art. 473, 749 à 762)<sup>4</sup>. Il s'agit d'une mesure privative de liberté qui concerne les

1. Crim. 22 oct. 1997, *Bull. crim.* n° 25 ; V. également Crim. 31 mai 2000, *Bull. crim.* n° 209.

2. À l'inverse, le recouvrement s'accompagne parfois d'une majoration : il en est ainsi en cas de condamnation pour non-respect de l'obligation d'assurance-automobile. L'amende est majorée de 50 % au profit d'un fonds de garantie (C. ass., art. L. 211-1 et L. 211-27).

3. V. C. Lacroix, « La sur-amende "victime" ou la victime en contrepoint de la sanction », in *Mélanges Y. Mayaud*, Dalloz, 2017, p. 771 s.

4. S. Detraz, « Rémanence et renaissance d'une institution : de la contrainte par corps à la contrainte judiciaire. Commentaire de l'article 198 de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité », *Dr. pénal* 2004. Chron. 14.

condamnés solvables refusant de payer leurs amendes et les frais de leur procès<sup>1</sup>. Alors que la contrainte par corps permettait, même en l'absence de prévision judiciaire, l'incarcération des condamnés qui n'avaient pas payé leurs amendes, la nouvelle procédure suppose, comme l'indique son épithète, l'intervention du *juge de l'application des peines* : celui-ci décide de l'emprisonnement du condamné, après un débat contradictoire (C. pr. pén., art. 706-31, 749 s.), pour une durée dont le maximum est fixé par la loi (ce maximum a été ramené de deux à un an en matière de trafic de stupéfiants). La mesure est aujourd'hui prévue pour les pénalités fiscales ou douanières résultant d'une condamnation, pour les amendes criminelles et pour les amendes prononcées pour délits susceptibles d'emprisonnement, sans distinction selon que l'infraction est politique ou non (C. pr. pén., art. 749). Au contraire, pour les délits punis uniquement d'une amende et pour les contraventions la contrainte judiciaire n'est pas possible. Elle, n'est pas possible non plus contre les mineurs au moment des faits, ni contre les personnes âgées de plus de 65 ans au moment de la condamnation. Enfin, le juge de l'application des peines contrôle l'exécution de cette mesure (C. pr. pén., art. 752), laquelle ne libère pas les condamnés de leur dette envers l'État, tout au plus a-t-elle pour but de les forcer à s'exécuter (C. pr. pén., art. 761-1).

- 437 Ajournement aux fins de consignation.** Enfin, en 2014 un nouveau mécanisme de garantie a été imaginé, sur lequel nous reviendrons : l'ajournement « aux fins » de consignation d'une somme d'argent<sup>2</sup>.

## **B. Le choix d'une peine alternative**

---

- 438 Substitution.** L'époque moderne a vu se multiplier les possibilités pour le juge de substituer à la peine encourue, une autre peine dite alternative ou de substitution. Le régime de ces sanctions de substitution est loin d'être unitaire<sup>3</sup>. Ainsi, certaines peuvent être

---

1. Elle est surtout pratiquée à l'encontre des trafiquants de stupéfiants pour les amendes douanières.

2. V. ss 546.

3. V. J. Francillon, Ph. Salvage, « Les ambiguïtés des sanctions de substitution », *JCP* 1984. I. 3133.

prononcées à titre de peine complémentaire ou d'obligation du sursis ; certaines sont sanctionnées, en cas d'inexécution, par une nouvelle incrimination<sup>1</sup>, avec notamment cette particularité, en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> octobre 2004, que la juridiction de condamnation peut d'emblée déterminer le montant et la durée de la peine applicable<sup>2</sup> ; enfin, d'autres sont simplement sanctionnées par une incarcération<sup>3</sup>. Cette diversité impose de présenter distinctement chaque peine de substitution, à savoir : la contrainte pénale (1) le travail d'intérêt général (2), les peines privatives et restrictives de droits (3), les jours-amendes (4), le stage de citoyenneté (5) et la sanction-réparation (6).

### **1. La contrainte pénale**

**439 Mesure d'accompagnement.** Aux termes de l'article 131-4-1 du Code pénal, la contrainte pénale doit permettre « un accompagnement socio-éducatif individualisé et soutenu », en ce qu'elle « emporte pour le condamné l'obligation de se soumettre sous le contrôle du juge de l'application des peines, pendant une durée comprise entre six mois et cinq ans et qui est fixée par la juridiction, à des mesures de contrôle et d'assistance ainsi qu'à des obligations et interdictions particulières destinées à prévenir la récidive en favorisant son insertion ou sa réinsertion au sein de la société »<sup>4</sup>.

**440 Nature.** La contrainte pénale est une sanction hybride (mi-peine, mi-mesure), qui figure au 2° de l'article 131-3 du Code pénal. Elle se présente comme une peine principale alternative à l'emprisonnement (C. pén. 131-9)<sup>5</sup>. La partie spéciale du Code n'est pas touchée de sorte que l'amende et l'emprisonnement continuent d'être

1. V. Ph. Salvage, « L'inexécution d'une peine insusceptible d'exécution forcée, source de responsabilité pénale », *Dr. pénal* 2000. Chron. 1.

2. V. Ph. Salvage, « Les peines de peine », *Dr. pénal* 2008. Chron. 9.

3. V. A. Ponselle, « L'inexécution sanctionnée des peines prononcées », in *La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale, Opinio doctorum*, Dalloz, 2009, p. 339 s.

4. Le conseil constitutionnel a jugé cette peine conforme à la constitution au regard des principes de légalité, de proportionnalité et de nécessité des peines, d'égalité devant la loi, ainsi que du droit à une procédure juste et équitable et du principe de séparation des autorités de poursuites et de jugement, Cons. const., 7 août 2014, n° 2014-696 DC.

5. Pour sa mise en œuvre, V. L. Griffon-Yarza, « La contrainte pénale : premiers éléments d'analyse pratique », *Dr. pénal* 2014, Études, 18 ; Pour son histoire, V. P.-V. Tournier, *Naissance de la contrainte pénale - sanctionner sans emprisonner* (2 vol.), L'Harmattan, coll. « Criminologie », 2015.

les seules peines principales de référence<sup>1</sup>. Durant les travaux préparatoires le Sénat a bien proposé de supprimer toute référence à l'emprisonnement pour un certain nombre de délits, en lui substituant la contrainte pénale, ce qui aurait eu l'avantage de changer le référentiel de gravité de l'infraction, mais le texte finalement adopté reste sur une logique d'alternative à l'emprisonnement<sup>2</sup>. Le gouvernement s'était néanmoins engagé à étudier cette possibilité dans les deux ans de la promulgation de la loi en procédant à son évaluation, mais le rapport du garde des Sceaux du 21 octobre 2016 sur la mise en œuvre de la loi du 15 août 2014 constatant que 2 287 contraintes pénales avaient été prononcées a maintenu cette logique de peine de substitution.

**441 Domaine.** Depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2017, la contrainte pénale s'applique à tout délit, « lorsque la personnalité et la situation, matérielle, familiale et sociale de l'auteur (...) et les faits de l'espèce », justifient un « accompagnement socio-éducatif individualisé et soutenu »<sup>3</sup>. Elle n'est pas applicable aux mineurs (Ord. 2 févr. 1945, art. 20-4), ce qui est curieux car s'il est des individus qui pourraient avoir besoin d'un accompagnement socio-éducatif individualisé et renforcé ce sont bien les jeunes délinquants. Du reste, on peut s'étonner de cette exclusion, dans la mesure où l'ajournement avec mise à l'épreuve, qui peut comporter les mêmes mesures de contrôle et d'assistance et les mêmes obligations ou interdictions est applicable aux mineurs depuis la loi du 12 décembre 2005.

**442 Régime.** Outre les mesures de contrôle, qui sont celles de l'article 132-44 du Code pénal, le probationnaire pourra être soumis à des obligations et interdictions particulières qui seront soit les obligations et interdictions du sursis avec mise à l'épreuve (C. pén., art. 132-45)<sup>4</sup>, ce qui fait de la contrainte pénale la « sœur

1. Si l'on excepte le cas du travail d'intérêt général pour les dégradations légères (C. pén., art. 322-1, 322-2, 322-3)

2. Circ. min. Justice n° 2014-18/E8-26.09.2014 relative à la contrainte pénale : *JCP G*, 2014, actualités, 1036, obs. V. Peltier.

3. V. E. Dreyer, « Les conditions mises au prononcé d'une contrainte pénale par la loi du 15 août 2014 », *Gaz. Pal. Spécialisée* 2014, n° 292 à 294, p. 17.

4. V. S. Detraz, « Le régime de la contrainte pénale issu de la loi du 15 août 2014 », *Gaz. Pal. Spécialisée* 2014, n° 292 à 294, p. 21.

jumelle»<sup>1</sup> du sursis probatoire. Cette similarité pose un sérieux problème de frontière<sup>2</sup> et de lisibilité<sup>3</sup>, d'autant que le SME est une forme de probation qui fait ses preuves, lorsque les moyens matériels et humains sont mis à disposition<sup>4</sup>; soit l'obligation d'accomplir un travail d'intérêt général « dans les conditions prévues par l'article 131-8 du Code pénal ». Là encore se pose un problème de frontière avec la peine alternative de TIG sans compter que la contrainte risque d'être affaiblie par le caractère nécessairement consensuel du TIG. Il ne servirait à rien de gommer la référence à l'article 131-8, pour écarter la condition « d'absence de refus », car cette exigence découle directement de la prohibition du travail forcé de l'article 4 de la Conv. EDH, et quand bien même le texte serait muet sur la question du consentement, la Cour de cassation ne tolérerait certainement pas un TIG imposé. En ce sens, et par comparaison, on mentionnera que la Haute juridiction a déduit de l'article 131-5-1 du Code pénal que la peine de stage de citoyenneté ne pouvait être prononcée contre le prévenu qui la refuse ou n'est pas présent à l'audience, y compris lorsqu'elle est prononcée par le juge de proximité à l'encontre de l'auteur d'une contravention<sup>5</sup>. D'une manière plus générale, il nous semble que le TIG est porteur d'une « contractualisation » qui est difficilement conciliable avec l'idée de contrainte. Il en va de même de l'injonction de soins, qui peut être une autre obligation de la contrainte pénale. Dans ce cas, on retrouve l'obligation de consentement, mais surtout on distingue mal la contrainte pénale du suivi socio-judiciaire lequel est une peine complémentaire (C. pén., art. 131-36-1 s.). Il est difficile dans ces conditions de percevoir la valeur ajoutée de la contrainte pénale. On imagine sans mal par exemple, qu'un condamné qui ne fait déjà pas la différence entre un TIG peine alternative et un STIG

1. J. Pradel, « La peine de probation (ou de contrainte pénale), sœur jumelle du sursis probatoire », *RPDP* 2013, n° 3, p. 517 s.

2. A. Grosclaude-Hartmann, « Modalités et régime de la nouvelle peine : la contrainte pénale et le sursis avec mise à l'épreuve », *Gaz. Pal Spécialisée*, 2015, n° 142 à 143, p. 22.

3. J. Pradel, *Les recommandations de la conférence de consensus sur la prévention de la récidive. Les réponses d'un incrédule*, D. 2013. 725 s.

4. S. Dindo, « Sursis avec mises à l'épreuve : la peine méconnue. Une analyse des pratiques de probation en France », *Étude pour la direction de l'administration pénitentiaire*, mai 2011.

5. Crim. 5 mars 2013, n° 12-80.891, *Dr. pénal* 2013 ; comm. n° 85, obs. E. Bonis-Garçon.

ne saisira pas la différence avec une CPTIG (Contrainte pénale assortie d'un TIG), alors pourtant que la sanction de l'inexécution n'est pas la même. Il aurait fallu élarguer.

**443 Réévaluation.** Il est notable d'abord qu'elle sera « exécutoire par provision » mais que les obligations et interdictions qu'elle comporte « peuvent être modifiées au cours de l'exécution de la contrainte au regard de l'évolution du condamné ». C'est donc une peine évolutive ou modulable. En cela, elle se rapproche des possibilités non seulement de l'ajournement avec mise à l'épreuve ou du SME mais également des possibilités actuelles de conversion ou de substitution en cascade, qui permettent notamment de transformer un emprisonnement en STIG, un TIG ou un STIG en jours-amendes (C. pén., art. 132-57, C. pr. pén., art. 733-1, 747-1-1)<sup>1</sup> et un placement sous surveillance électronique, en semi-liberté ou en placement à l'extérieur (C. pr. pén., art. 723-7-1). L'apport est donc limité. La révolution annoncée n'est pas perceptible. Il reste que selon l'attitude du condamné, plusieurs issues sont possibles, étant entendu que le projet prévoit que la situation de la personne sera réévaluée à intervalles réguliers, au moins une fois par an par le SPIP puis le JAP (art 9, C. pr. pén., art. 713-44) :

**444 Exécution.** Le juge d'application des peines peut modifier, renforcer ou supprimer les obligations liées à la probation (C. pr. pén., art. 713-44). Il peut aussi sur réquisition conforme du Procureur de la République, mettre fin à la contrainte, si celle-ci est en cours depuis au moins un an et si le condamné a « satisfait aux mesures » et que son « reclassement paraît acquis et qu'aucun suivi ne paraît plus nécessaire » (C. pr. pén., art. 713-45). Cette possibilité d'extinction anticipée décidée par le JAP est nouvelle par rapport au SME, mais pas inconnue de notre droit, puisqu'elle s'apparente à une réduction de peine supplémentaire. Le délai d'exécution de la mesure peut en outre être suspendu en cas d'incarcération du condamné (C. pr. pén., art. 713-46)

1. V. Ph. Salvage, « Réflexions sur les substitutions de peines en cascade », *Dr. pénal* 2006, étude n° 10.

**445 Inexécution.** Enfin, en cas d'inobservation des obligations et interdictions de la contrainte (C. pr. pén., art. 713-47), voire de commission d'un crime ou d'un délit de droit commun suivi d'une condamnation à une peine privative de liberté sans sursis (C. pr. pén., art. 713-48), un emprisonnement peut être prononcé, après débat contradictoire, par le président du tribunal correctionnel ou un juge par lui délégué – ce qui est pour le moins paradoxal s'agissant d'une peine censée remplacer la prison ! Il est vrai que cette forme de sanction des peines non privatives de liberté, insusceptibles d'exécution forcée<sup>1</sup>, est déjà connue de notre législation. La juridiction fixe également la durée maximale de l'emprisonnement encouru par le condamné en cas d'inobservation des obligations et interdictions auxquelles il est astreint. Cet emprisonnement ne peut excéder deux ans, ni le maximum de la peine d'emprisonnement encourue. Il s'agit d'un nouveau cas de pénalisation de l'inexécution, dont on regrettera au regard du principe de la légalité des délits et des peines, qu'il ne repose pas sur une incrimination particulière d'atteinte à l'autorité de la justice.

## **2. Le travail d'intérêt général**

**446 Peine principale et complémentaire.** Institué par une loi du 10 juin 1983 comme peine alternative aux courtes peines d'emprisonnement, le travail d'intérêt général (TIG) est une peine qui devrait être encouragée par la loi de programmation sur la Justice 2018-2022 et qui présente aujourd'hui plusieurs visages. Il s'agit non seulement d'une peine pouvant être prononcée « à la place de l'emprisonnement » (C. pén., art. 131-8), mais aussi, comme on le verra, d'une modalité du sursis à l'emprisonnement (C. pén., art. 132-54)<sup>2</sup>, parfois d'une peine complémentaire à l'amende, pour certaines contraventions de la cinquième classe (C. pén., art. 131-17), ou à l'emprisonnement, pour certains délits routiers graves<sup>3</sup> ; il peut s'agir aussi, d'une peine principale encourue au

1. V. Ph. Salvage, « L'inexécution d'une peine insusceptible d'exécution forcée, source de responsabilité pénale », *Dr. pénal* 2000, chron. n° 1 ; V. également A. Ponselle, « L'inexécution sanctionnée des peines prononcées », in *La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale : opinio doctorum*, Dalloz, 2009, p. 3339 s.

2. V. ss 514.

3. V. P. Couvrat, « Les trois visages du travail d'intérêt général », *RSC* 1989. 162 s.

même titre que l'amende, pour les délits de dégradation de biens entraînant un dommage léger (C. pén., art. 322-1 et 322-3). Malgré tout, il nous semble que, par nature, le TIG ne peut être envisagé qu'à titre de peine de substitution.

- 447 Peine de substitution à l'emprisonnement.** Aux termes de l'article 131-8 du Code pénal, le TIG applicable aux majeurs<sup>1</sup>, consiste en l'accomplissement, à la place de l'emprisonnement, d'un travail non rémunéré au profit soit d'une personne morale de droit public soit d'une personne morale de droit privé chargée d'un service public ou d'une association habilitées. La durée de ce travail est comprise entre 20 et 280 heures, dans une période ne pouvant excéder 18 mois. Ce délai prend fin dès l'accomplissement de la totalité du travail d'intérêt général ; il peut être suspendu provisoirement pour motif grave d'ordre médical, familial, professionnel ou social. Et la loi pénitentiaire a ajouté qu'il était également suspendu pendant le temps où le condamné est assigné à résidence avec surveillance électronique, est placé en détention provisoire, exécute une peine privative de liberté ou accomplit les obligations du service national. Toutefois, le travail d'intérêt général peut être exécuté en même temps qu'une assignation à résidence avec surveillance électronique, qu'un placement à l'extérieur, qu'une semi-liberté ou qu'un placement sous surveillance électronique (C. pén., art. 131-22). L'emprisonnement peut enfin resurgir car, en cas d'inexécution, le condamné se rend coupable d'une nouvelle infraction passible de deux ans d'emprisonnement et 30 000 € d'amende (C. pén., art. 434-42). Au reste, cette nouvelle peine qui ne dispense pas d'avoir à accomplir le travail<sup>2</sup>, peut, depuis le 1<sup>er</sup> octobre 2004, être déterminée à l'avance par la juridiction qui prononce le TIG ; le juge de l'application des peines pourra alors la mettre à exécution, après un débat contradictoire (C. pén., art. 131-9).
- 448 Peine de substitution à l'amende.** Le TIG peut indirectement devenir une peine substituable à l'amende. Tel est tout d'abord le cas du TIG prévu comme peine complémentaire à l'amende pour cer-

1. V. pour les mineurs, Ord. 2 févr. 1945, art. 20-5.

2. Crim. 7 janv. 1997, *Dr. pénal* 1997. 76, obs. M. Véron.

taines contraventions<sup>1</sup> ; en effet, à titre de peine complémentaire le TIG risque de rester inefficace car il faudrait que le contrevenant accepte de subir une peine en sus de sa peine principale. Aussi, pour éviter cet écueil, le juge devra soit offrir une réduction substantielle de l'amende, soit proposer ce même TIG, à titre de peine de substitution (C. pén., art. 131-17 et 131-18). Ensuite, le TIG a été institué par la loi du 9 septembre 2002, comme peine principale pour les délits de dégradation de biens, entraînant un dommage léger, simple ou aggravé (C. pén., art. 322-1 et 322-3). En principe, ce TIG pour les tags ne se substitue pas à l'amende mais il s'y ajoute (C. pén., art. 322-1 : « 7 500 € et TIG » ; C. pén., art. 322-3 « 15 000 € et TIG »). L'article 131-9 du Code pénal, relatif au prononcé de la peine, a été adapté en conséquence : désormais, il ne prohibe plus le cumul entre la peine d'amende et la peine de TIG. Cependant, là encore l'exigence du consentement risque de rendre ce dispositif inefficace : en cas de refus du TIG, le tribunal ne pourra prononcer que l'amende<sup>2</sup>.

### **3. Les peines restrictives ou privatives de droits**

- 449 Double voie.** En matière de peines restrictives ou privatives de droits, la juridiction de jugement dispose de deux voies de substitution : ou bien, elle prononce, à titre principal, une peine restrictive ou privative de droits, prévue originellement à titre de peine complémentaire, ou bien, elle puise dans le catalogue des substituts de l'article 131-6 du Code pénal, en matière correctionnelle.
- 450 Peine complémentaire prononcée à titre de peine principale.** *En matière correctionnelle*, lorsque le texte prévoit, à titre complémentaire, une ou plusieurs des peines visées à l'article 131-10 du Code pénal, la juridiction peut ne prononcer qu'une ou plusieurs de ces peines complémentaires à titre principal (C. pén., art. 131-11). Dans ce cas, la peine complémentaire est soumise au régime des peines principales et pourrait, comme telle, être affectée du sursis (C. pén., art. 132-31). La juridiction peut en outre fixer la durée de l'emprisonnement ou le montant de l'amende dont le

1. V. par ex. C. pén., art. R. 625-1, 6°, R. 635-1, 6° et R. 645-12, 2°.

2. V. X. Pin, « Le travail d'intérêt général, peine principale de référence : l'innovation en vaut-elle la peine ? », *D.* 2003. Point de vue 75 s.

juge de l'application des peines pourra ordonner la mise à exécution au cas où le condamné n'exécuterait pas la peine substituée ; l'intéressé en est averti par le président, étant entendu que l'emprisonnement ou l'amende ne saurait excéder les peines prévues pour le délit de l'article 434-41 du Code pénal (C. pén., art. 131-11). Une autre possibilité de substitution est prévue par l'article 131-36-7 du Code pénal, lequel énonce que le suivi socio-judiciaire peut être ordonné comme peine principale.

*En matière de contraventions*, une option analogue est prévue par l'article 131-18 du Code pénal : lorsqu'une contravention est punie d'une ou plusieurs peines complémentaires des articles 131-16 et 131-17 du Code pénal, la juridiction peut ne prononcer qu'une ou plusieurs de ces peines complémentaires ; là aussi, en cas d'inexécution, l'infraction de l'article 434-41 du Code pénal est commise mais la mesure des peines prévues pour la nouvelle infraction ne peut être fixée à l'avance.

**451 Peine substitutive prononcée à la place de la peine encourue.** Les peines de l'article 131-6 du Code pénal, désormais qualifiées malencontreusement de peines restrictives ou privatives de « liberté »<sup>1</sup>, peuvent être prononcées à la place de l'emprisonnement. La technique substitutive permet ici d'éviter le passage corrupteur en prison mais elle n'est pas forcément un signe d'indulgence car les substituts contenus dans la liste légale peuvent être prononcés cumulativement. L'article 131-9, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code pénal interdit seulement le prononcé cumulatif de l'emprisonnement avec une des peines privatives ou restrictives de « droits » prévues à l'article 131-6 du Code pénal, prononcées à titre de peine principale. En revanche, si ces sanctions constituent des peines complémentaires, le cumul est possible<sup>2</sup>, à condition toutefois que la loi prévoit expressément ces peines complémentaires<sup>3</sup>. Enfin, l'inexécution est passible de deux ans

1. V. ss 364.

2. Crim. 9 nov. 1994, *Bull. crim.* n° 356 ; *Dr. pénal* 1995. 96, obs. J.-H. Robert ; RSC 1995. 572, obs. Bouloc.

3. Crim. 10 mai 2000, *Bull. crim.* n° 184 ; *Dr. pénal* 2001. 10, obs. J.-H. Robert. V. également Crim. 13 avr. 2005, *RPDP* 2005. 643, obs. X. Pin (cassation d'un arrêt ayant prononcé à tort un emprisonnement avec sursis et une interdiction d'activité professionnelle pour un délit de non-assistance à personne en péril).

d'emprisonnement et 30 000 € d'amende (C. pén., art. 434-41) et la juridiction de condamnation peut, dans cette limite, fixer d'avance la durée de l'emprisonnement ou le montant de l'amende encourue (C. pén., art. 131-9).

#### **4. Les jours-amende**

**452 Amende à crédit.** Institué par une loi du 10 juin 1983, comme une peine de substitution à l'emprisonnement, le jour-amende appartient désormais à la catégorie des peines correctionnelles (C. pén., art. 131-3, 3°) dont la nature substitutive est discutée. Il s'agit d'une amende due à crédit ou à terme, qui oblige le condamné à se discipliner en économisant chaque jour pour se rendre solvable à l'échéance. Plus précisément, suivant l'article 131-5 du Code pénal, le condamné qui y est soumis doit verser au Trésor une amende, dont le montant global résulte de la fixation par le juge d'une contribution quotidienne pendant un certain nombre de jours. Ce montant est fixé en fonction des ressources et des charges du prévenu et il ne peut excéder 1 000 € par jour. Quant au nombre maximum de jours-amendes, il est déterminé en fonction des circonstances de l'infraction et ne peut excéder 360 jours. Donc au maximum, la peine peut s'élever à 360 000 € payables en un an, et excéder ainsi le montant de l'amende prévue pour l'infraction. Le paiement devant être effectué avant l'arrivée du dernier jour du délai, décompté à partir du moment où la condamnation est devenue définitive. En cas d'inexécution, le condamné s'expose non pas à une nouvelle condamnation mais à une *incarcération*, d'une durée égale au nombre total de jours impayés. Le juge d'application des peines peut ordonner cette incarcération qui sera soumise au régime de l'emprisonnement (C. pén., art. 131-25), à condition de vérifier l'état d'insolvabilité allégué<sup>1</sup>. Enfin, depuis une modification introduite par la loi du 9 mars 2004, le condamné n'est plus libéré de sa dette, puisque selon l'article 131-25 du Code pénal, il est procédé comme en matière de contrainte judiciaire<sup>2</sup>, ce qui pose problème lorsque le condamné

1. Crim. 21 sept. 2016, n° 15-83657.

2. V. Pour la contrainte judiciaire, C. pr. pén., art. 762.

ignore sa condamnation<sup>1</sup>. Mais le régime de la contrainte judiciaire n'est pas totalement applicable : ainsi, l'immunité dont bénéficient les personnes d'au moins 65 ans, en matière de contrainte judiciaire (C. pr. pén., art. 751) ne s'applique pas à l'incarcération consécutive au non-paiement des jours-amende<sup>2</sup>. À noter enfin que la loi du 15 août 2014 a introduit la possibilité pour le juge de l'application des peines, en cas d'inexécution, de convertir les jours-amende en emprisonnement assorti d'un STIG (C. pén., art. 747-1-2)<sup>3</sup>.

**453 Substitut à l'emprisonnement et à l'amende.** Quant à leur nature juridique, les jours-amendes constituent, à notre sens, une peine de substitution à l'amende et à l'emprisonnement (sauf texte particulier la prévoyant comme peine complémentaire). Mais ce point est débattu en raison d'une rédaction malencontreuse des textes<sup>4</sup>. En effet, l'article 131-5 du Code pénal indique : « Lorsque'un délit est puni d'emprisonnement, la juridiction peut prononcer une peine de jours-amendes », sans préciser si cette peine s'ajoute ou si elle remplace l'emprisonnement ; et l'article 131-9 du Code pénal, sème le doute puisqu'il dispose que « la peine de jours-amendes ne peut être prononcée cumulativement avec la peine d'amende », sans préciser si elle peut ou non être cumulée avec l'emprisonnement. Selon la circulaire d'application du Code pénal, le cumul serait possible, et plusieurs auteurs la qualifient de « peine complémentaire générale », pouvant se cumuler avec l'emprisonnement même si le texte spécial ne la prévoit pas. Néanmoins il nous semble que, par nature, les jours-amendes sont difficilement compatibles avec un emprisonnement car ils supposent des revenus réguliers.

**454 Substitut à l'emprisonnement et au STIG sur conversion.** Enfin, la loi du 9 mars 2004 a offert un nouveau visage aux jours-amendes puisqu'ils peuvent désormais être prononcés par le juge de l'application des peines sur conversion soit d'une peine d'emprisonne-

1. H. Dantras-Bioy, « L'exécution du jour-amende en cas d'ignorance par le condamné de sa condamnation », *Dr. pénal* 2014, Études, 19.

2. Crim. 28 févr. 2017, n° 16-82801, *Gaz. Pal.* 2017, n° 16, p. 44, obs. S. Detraz.

3. V. ss 516 et 565.

4. V. D. Roure, « Les jours-amendes : une sanction à redéfinir », *D.* 1996. Chron. 64 s.

ment ferme de six mois au plus (C. pén., art. 132-57, *in fine*), soit d'un sursis assorti de l'obligation d'effectuer un travail d'intérêt général (C. pr. pén., art. 747-1-1)<sup>1</sup>.

### 5. Le stage de citoyenneté

455 **Substitut à l'emprisonnement.** Instauré par la loi du 9 mars 2004, le stage de citoyenneté peut être prononcé par la juridiction de condamnation, non seulement au titre des obligations d'un sursis, ou à titre de peine complémentaire contraventionnelle (C. pén., art. 131-16), mais aussi et surtout à titre de peine principale, à la place de l'emprisonnement (C. pén., art. 131-5-1 et 131-3, 4°). Ce stage avait pour objet initialement de rappeler au condamné « les valeurs républicaines de tolérance et de respect de la dignité humaine sur lesquelles est fondée la société ». Cette formulation a été changée par la loi n° 2017-86 du 27 janvier 2017 : le texte dispose désormais que le stage de citoyenneté tend « à l'apprentissage des valeurs de la République et des devoirs du citoyen ». Il s'agit donc d'une véritable peine éducative. La juridiction précise si ce stage doit être effectué aux frais du condamné, lesquels ne doivent pas dépasser le montant d'une amende pour contravention de la troisième classe. Sous cette forme, il s'agit d'une peine consensuelle, puisqu'elle ne peut être prononcée contre le prévenu qui la refuse ou n'est pas présent à l'audience (C. pén., art. 131-5-1, al. 2)<sup>2</sup>. Toutefois, depuis la loi n° 2016-731 du 3 juin 2016, cette peine peut aussi être prononcée lorsque le prévenu, absent à l'audience, « a fait connaître par écrit son accord et qu'il est représenté par son avocat ». Cette dernière possibilité traduit une forme de contractualisation de la justice pénale, que l'on peut regretter car si la peine se veut éducative, il nous paraît important que le prévenu soit confronté à un juge qui lui expliquera l'enjeu d'une telle sanction et les conséquences de son inexécution. À cet égard, il est notable que la non-exécution de ce stage est constitutive d'une infraction passible de deux ans d'emprisonnement et 30 000 € d'amende (C. pén., art. 434-41) et que la juridiction de condamnation peut, dans cette limite et dans celle du délit pour lequel la condamna-

1. Sur la question de la conversion, V. ss 558.

2. La solution a été étendue au stage prononcé par le juge de proximité à l'encontre de l'auteur d'une contravention, Crim. 5 mars 2013, n° 12-80.891, *Dr. pénal* 2013 ; comm. n° 85, obs. E. Bonis-Garçon.

tion est prononcée, fixer d'avance la durée de l'emprisonnement ou le montant de l'amende encourue ; sanction qui pourra alors être mise à exécution par le juge de l'application des peines (C. pén., art. 131-9).

### **6. La sanction-réparation**

**456 Peine hybride.** En matière correctionnelle ou de contraventions de la cinquième classe, on rappellera que la loi n° 2007-297 du 5 mars 2007 a créé, tant pour les personnes physiques (C. pén., art. 131-8-1 et 131-15-1) que pour les personnes morales (C. pén., art. 131-39-1 et 131-44-1), une peine de sanction-réparation, qui peut être prononcée à un double titre : soit en tant que peine complémentaire générale, soit en tant que peine de substitution à l'emprisonnement ou à l'amende. Apparemment, le régime de cette peine est identique dans les deux cas ; on se contentera donc d'un renvoi aux développements précédents<sup>1</sup>.

## **§ 2. Le choix du *quantum* de la peine**

**457 Proportionnalité.** Concernant la mesure des peines, le juge bénéficiait jusqu'en 2016 d'une telle latitude<sup>2</sup>, dans la limite des maxima prévus par la loi, qu'il était possible de qualifier leur pouvoir de discrétionnaire<sup>3</sup>. Mais ce temps est révolu : on assiste en effet en jurisprudence, selon la formule du Professeur Robert, à « la marée montante de la proportionnalité »<sup>4</sup> : la Cour de cassation vérifie en effet désormais que la peine ne porte pas une atteinte disproportionnée aux droits fondamentaux du coupable<sup>5</sup>. Il en est ainsi par exemple en matière de confiscation, où les juges doivent « apprécier le caractère proportionné de l'atteinte portée

1. V. ss 365.

2. Il faudrait en effet remonter à 1791 pour retrouver un système de peines fixes, mais ce système n'a pas longtemps perduré : le Code pénal de 1810 prévoyait la possibilité d'atténuer certaines peines en prononçant des « circonstances atténuantes » dont l'emploi a été généralisé en 1832. Mais le Code actuel ne comportant plus de minima pour les peines d'emprisonnement et d'amende, les « circonstances atténuantes » ont donc disparu.

3. Le pouvoir de prononcer une peine ou une mesure réelles destinées à faire cesser une situation illicite relevait d'une « faculté dont les juges ne doivent aucun compte » (v. par ex. pour mesure de remise en état : Crim. 9 mars 2010, n° 09-94735).

4. J.-H. Robert, « La marée montante de la proportionnalité », note sous Crim. 16 févr. 2016, n° 15-82732, *JCP G*, 2016, 401.

5. E. Dreyer, « Un contrôle de proportionnalité à la Cour de cassation », *Gaz. Pal.*, 4 oct. 2016, p. 67.

au droit de propriété de l'intéressé »<sup>1</sup>. Pour ce faire, les juges ne sauraient se contenter d'indiquer que la peine est « adaptée à la nature des faits délictueux commis », ils doivent justifier la confiscation au regard de la situation patrimoniale de l'intéressé<sup>2</sup>. Et encore, il convient de nuancer selon la nature de la confiscation : si la confiscation porte sur le produit du délit, elle n'a pas à être proportionnée, puisqu'il s'agit de mettre fin à l'enrichissement illícite du condamné<sup>3</sup> ; en revanche, si la confiscation porte sur tout ou partie des biens du condamné, elle tend à la rétribution de sa faute et le contrôle de proportionnalité s'impose<sup>4</sup>. D'une manière plus générale, la jurisprudence devra encore affiner les critères selon que les peines considérées ou leurs modalités ont des visées plutôt rétributives ou plutôt préventives<sup>5</sup>.

**458 Maxima.** Sous cette réserve, les juges ont encore une grande latitude pour déterminer la mesure de la peine, puisqu'il n'existe plus dans le Code pénal de minima contraignants mais uniquement des maxima à ne pas dépasser. Pour autant, le juge ne saurait descendre à « zéro », sans se placer, pour les délits et les contraventions, dans les conditions de la dispense de peine<sup>6</sup>, et il doit, en matière de crimes, respecter certains planchers et certains plafonds.

**459 Peine « plancher ».** En matière criminelle, il existe *deux types de planchers* que l'on ne confondra pas avec « peines minimales », en ce sens qu'il n'est pas possible de descendre en dessous du plancher<sup>7</sup>. Tout d'abord, si un crime est puni de réclusion ou détention à perpétuité, la cour d'assises souhaitant prononcer une peine à temps ne pourra prononcer un emprisonnement inférieur à deux ans (C. pén., art. 132-18, al. 1<sup>er</sup>). Ensuite, si le crime est puni d'une réclusion ou d'une détention à temps, la cour d'assises peut

1. Crim. 8 mars 2017, n° 15-87422.

2. Crim. 7 déc. 2016, n° 16-80879 ; n° 15-85536, *JCP G*, 2017, act. 13, obs. J.-H. Robert.

3. En ce sens : Crim. n° 16-80879, préc.

4. En ce sens : Crim. n° 16-80879, préc.

5. V. Crim. 21 mars 2017, n° 16-83839, *Dr. pénal*, 2017, comm. 93, obs. J.-H. Robert (n'est pas disproportionnée la condamnation à la démolition d'une maison d'habitation construite dans une zone soumise à un très fort aléa d'inondation).

6. V. ss 530.

7. Pour un aperçu du débat qui a précédé l'introduction des peines minimales obligatoires, V. H. Moutouh, « Des peines planchers pour prendre le droit pénal au sérieux », *D.* 2006. Point de vue 2941 ; et v. ss 481.

prononcer une peine de réclusion ou de détention inférieure à celle prévue, voire un emprisonnement, mais celui-ci ne peut être inférieur à un an (C. pén., art. 132-18, al. 2). Le législateur limite donc l'indulgence du juge. Encore que, dans les deux cas, l'emprisonnement prononcé peut être assorti du sursis.

**460 Peine « plafond ».** Toujours en matière criminelle, il existe deux types de *plafonds*. Tout d'abord, si une cour d'assises ne retient pas la peine de réclusion criminelle à perpétuité, elle ne peut pas prononcer une réclusion à temps supérieure à trente ans. Ensuite, si une réclusion de trente ans est encourue et que la majorité absolue n'est pas atteinte pour prononcer ce maximum, la cour d'assises ne peut pas prononcer une peine de réclusion supérieure à vingt ans (C. pr. pén., art. 362).

**461 Peines minimales.** En revanche, il n'existe plus de peines minimales en matière de délits ou de contraventions. On rappellera juste que des minima avaient été réintroduits par la loi du 10 août 2007 pour lutter contre la récidive des majeurs et des mineurs, puis que ces peines minimales ont été étendues par la loi n° 2011-267 du 14 mars 2011 d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure aux primo-délinquants, pour toute une série d'infractions de violences graves (C. pén., art. 132-19-2)<sup>1</sup>, ce qui a été validé par le Conseil constitutionnel au regard du principe de proportionnalité, sauf pour les mineurs<sup>2</sup>. Mais la loi de 2014 sur l'individualisation des peines et l'efficacité des sanctions pénale les a toutes supprimées<sup>3</sup>.

Enfin, en dehors de ces hypothèses, le choix du *quantum* de la peine sera aussi influencé par le nombre d'infractions jugées ou commises par le prévenu ou l'accusé. Trois situations de pluralité ou de répétition d'infractions<sup>4</sup> doivent ici être distinguées : le *concours réel d'infractions* (A), la récidive (B) et la réitération (C).

1. V. M. Giacomelli, « L'extension des peines minimales aux primo-délinquants : la victoire à la Pyrrhus du législateur sur le juge », *Dr. pénal* 2011. Étude 9.

2. Cons. const., 10 mars 2011, n° 2011-625 DC. Le Conseil a refusé l'application des peines minimales aux mineurs au motif « que la réponse des pouvoirs publics aux infractions commises par les mineurs doit rechercher autant que faire se peut leur relèvement éducatif et moral par des mesures appropriées ».

3. V. ss 481.

4. Pour approfondir v. E. Letouzey, *La répétition d'infractions*, Dalloz, NBT, 2016, vol. 57 ; C. Clavier-Rousset, *L'habitude en droit pénal*, LGDJ, Bibl. sc. crim., t. 57, 2014.

## A. Le concours réel d'infractions

---

**462 Cumul ou non-cumul des peines ?** Selon l'article 132-2 du Code pénal, il y a *concurso réel d'infractions* lorsqu'une infraction est commise par une personne avant que celle-ci ait été définitivement condamnée pour une autre infraction. La question qui se pose est de savoir comment punir un tel délinquant. En dehors des hypothèses de cumul juridique, réglées par le droit pénal spécial<sup>1</sup>, deux solutions sont théoriquement envisageables, en droit pénal général : ou bien l'on estime que la pluralité d'infractions révèle, sinon la dangerosité, du moins l'indiscipline manifeste de l'auteur et son sort devra être aggravé par un cumul de peines ; ou bien l'on estime que le délinquant n'a pas fait l'objet d'un salutaire rappel à la loi, qui l'aurait peut-être dissuadé de rechuter et il n'y a pas lieu d'aggraver son sort. Or, entre ces deux solutions très schématiques, le droit français est partagé ; il semble avoir opté pour un système de « cumul limité des peines »<sup>2</sup> et invite, en tout cas, à la nuance. Pour *la plupart des crimes et délits*, le Code distingue selon que l'on se trouve en présence d'une unité (1) ou d'une pluralité de poursuites (2) et n'admet le cumul que dans certaines limites. Pour les contraventions, comme pour certains crimes ou délits, le législateur retient au contraire la solution du cumul illimité (3).

### 1. En cas de poursuite unique

- 463 Distinction.** En cas de poursuite unique pour crimes ou délits, les peines de nature différentes peuvent se cumuler, tandis que les peines de même nature ne se cumulent pas.
- 464 Cumul des peines de nature différente.** Une fois la personne reconnue coupable de plusieurs infractions, les peines encourues pour chaque infraction peuvent toute être *prononcées*, à condition qu'elles soient de nature différente (C. pén., art. 132-3, al. 1<sup>er</sup>). Par exemple, si une personne est reconnue coupable de trois vols, le juge pourra prononcer, pour le premier une peine d'emprisonne-

---

1. V. ss 413.

2. V. Ph. Conte, P. Maistre du Chambon, *Droit pénal général*, op. cit., n° 487.

ment, pour le deuxième une peine restrictive de droits et pour le troisième une peine d'amende.

- 465 Non-cumul des peines de même nature.** En revanche, lorsque plusieurs peines de même nature sont encourues, il ne peut être prononcé qu'une seule peine de cette nature, dans la limite du maximum légal le plus élevé (C. pén., art. 132-3, al. 1<sup>er</sup>)<sup>1</sup>. Par exemple, le juge constate plusieurs vols : l'un est un vol simple puni de 3 ans, un autre est un vol aggravé par une seule circonstance aggravante, puni de 5 ans, un autre, aggravé par deux circonstances aggravantes et puni de 7 ans et un dernier, aggravé par trois circonstances aggravantes est puni de 10 ans d'emprisonnement. Si le cumul était admis il faudrait prononcer  $3 + 5 + 7 + 10 = 25$  ans d'emprisonnement ! Or le législateur impose de limiter la sanction à 10 ans d'emprisonnement, durée qui correspond au maximum le plus élevé. À cet égard, il convient de relever que toutes les peines privatives de liberté sont considérées comme des peines de même nature (C. pén., art. 132-5) et que le prononcé d'une peine perpétuelle empêche le prononcé d'une peine temporaire (C. pén., art. 132-5, al. 2, *a contrario*). En outre, en vertu d'un *principe d'indivisibilité*, la peine la plus élevée est réputée commune aux différentes infractions en concours, dans la limite du maximum légal applicable à chacune d'elles. Entre autres conséquences, on peut noter par exemple que si l'une des déclarations de culpabilité vient à disparaître par l'effet d'une révision, les autres faits restent punissables et la peine unique prononcée reste exécutable dans la limite du maximum le plus élevé<sup>2</sup>.

## **2. En cas de pluralité de poursuites**

- 466 Distinction.** En cas de pluralité de poursuites, chaque poursuite débouchera sur une peine *prononcée* isolément, mais ces peines ne *s'appliqueront* pas forcément cumulativement. Il faut encore distinguer :

<sup>1</sup>. Ce principe de non-cumul des peines ne s'applique qu'aux sanctions pénales, Crim. 19 févr. 2014, n° 12-87558, *Dr. pénal* 2014, comm. n° 68, obs. V. Peltier (cumul d'une interdiction professionnelle disciplinaire avec une interdiction pénale).

<sup>2</sup>. De même, l'exclusion par un décret de grâce de l'une des infractions atteint la peine unique en totalité et oblige donc le condamné à exécuter cette peine unique jusqu'à la fin, V. Crim. 11 mai 2006, *AJ pénal* 2006. 359, obs. M. Herzog-Evans ; V. pour un cumul plafonné, Crim. 2 mars 2010, *AJ pénal* 2010. 288, obs. J. Lasserre Capdeville.

- 467 Cumul des peines de nature différente.** Si les infractions en concours sont punies de peines de nature différente, les peines prononcées s'exécutent cumulativement dans la limite du *maximum de chacune d'elles* (C. pén., art. 132-3).
- 468 Cumul plafonné des peines de même nature (réduction au maximum légal).** Si les infractions en concours sont punies de peines de même nature : les peines prononcées s'exécutent cumulativement, dans la limite du *maximum le plus élevé* (C. pén., art. 132-3). Ainsi, toute peine privative de liberté est « confondue » avec la réclusion criminelle et, si la perpétuité n'est pas prononcée, le maximum est de trente ans. On évite ainsi les additions sans limites. Au-dessus du maximum, la confusion doit jouer obligatoirement<sup>1</sup>. En revanche, en dessous de ce maximum la dernière juridiction a le choix d'ordonner ou non la confusion ; celle-ci est facultative (C. pén., art. 132-4)<sup>2</sup>.
- 469 Confusion des peines.** La confusion consiste pour le juge à faire absorber la peine qu'il prononce, par une peine antérieurement prononcée, dans la mesure qu'il décide. La peine confondue ou absorbée viendra se (con)fondre avec la peine de nature identique prononcée antérieurement. Cette possibilité est intéressante lorsqu'un individu, condamné pour une première infraction, vient à être condamné pour une infraction commise antérieurement à la précédente. La confusion permet de gommer les effets d'un cumul qui n'aurait pas eu lieu si les poursuites avaient été simultanées. Plus concrètement, cette confusion peut être soit totale : dans ce cas le délinquant se trouve dispensé d'exécuter la peine la moins forte (par ex., en cas de vol puni au maximum de 3 ans et d'escroquerie punie au maximum de 5 ans, si la peine prononcée pour l'escroquerie est de 4 ans et que le juge ordonne la confusion, le délinquant devra exécuter 4 ans) ; soit partielle (par ex., lorsque le juge décide de confondre la peine de 3 ans pour vol dans celle de 4 ans pour escroquerie, à concurrence de 2 ans, le

1. V. L. Griffon, « La réduction au maximum légal », *Dr. pénal* 2013, Étude n° 17.

2. La réduction au maximum légal de plusieurs peines de même nature, prononcées à l'occasion de poursuites séparées pour des infractions en concours, n'exclut pas que soit prononcée par la suite la confusion totale ou partielle de ces peines, *Crim.* 11 juill. 2017, n° 15-81265, *Gaz. Pal.* 2018, n° 36, p. 44, obs. E. Dreyer ; *AJ Pénal.* 442, obs. M. Herzog-Evans.

délinquant devra exécuter 5 ans). Si le juge ne procède pas à la confusion de sa propre initiative, l'intéressé peut saisir d'une requête en confusion l'une quelconque des juridictions ayant statué voire la chambre de l'instruction, lorsqu'une cour d'assises s'est prononcée, ou depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2005, la juridiction du lieu de détention (C. pén., art. 132-4 ; C. pr. pén., art. 710). Mais le juge saisi n'est pas tenu de faire droit à sa demande<sup>1</sup>. La Cour de cassation a ainsi jugé que les juges d'appels ne sont pas tenus de statuer immédiatement sur la confusion des peines complémentaires, dès lors que l'intéressé peut saisir à cette fin la juridiction ayant prononcé l'une de ces deux condamnations<sup>2</sup>.

**470 Confusion et motivation.** En revanche, depuis le 1<sup>er</sup> octobre 2014, le juge quel qu'il soit devrait, lors de l'examen de la demande, tenir compte « du comportement de la personne condamnée, ainsi que de sa situation matérielle, familiale et sociale » (C. pr. pén., art. 710). Néanmoins, la Cour de cassation nuance cette exigence de motivation, en jugeant qu'il appartient au demandeur « de produire des éléments de nature à justifier de l'évolution de son comportement, de sa personnalité et de sa situation matérielle, familiale et sociale, pour permettre à la juridiction, au besoin après vérifications ou investigations complémentaires, d'apprécier le mérite de sa demande »<sup>3</sup>.

**471 Confusion et sursis partiel.** Une difficulté a pu se poser en cas de confusion totale de deux condamnations à l'emprisonnement dont l'une au moins était assortie d'un sursis partiel<sup>4</sup> : après avoir jugé au visa de l'article 132-5, alinéa 5 du Code pénal que le bénéficiaire du sursis attaché en tout ou en partie à l'une des peines prononcées pour des infractions en concours ne mettait pas obstacle à l'exécution des peines de même nature non assorties du sursis – ce

1. Ex. : en cas de demande de confusion d'une peine de deux ans d'emprisonnement avec une peine de trois ans d'emprisonnement, la juridiction pourra : 1) soit rejeter la demande de confusion. La peine à exécuter sera alors de cinq ans d'emprisonnement si cette durée n'excède pas le maximum légal le plus élevé ; 2) soit ordonner la confusion totale de la peine de deux ans dans celle de trois ans ; la peine à exécuter sera alors celle de trois ans ; 3) soit ordonner la confusion partielle de la peine de deux ans, dans celle de trois ans à concurrence d'un an ; la peine à exécuter sera alors de quatre ans.

2. Crim. 6 mars 2002, *Dr. pénal* 2002. 85, obs. J.-H. Robert.

3. Crim. 11 juill. 2017, n° 16-85676, *Gaz. Pal.* 2018, n° 36, p. 45.

4. V. D. Bécheraoui, « La confusion des peines assorties du sursis avant et après le nouveau Code pénal », *RSC* 1999. 767.

qui revenait à ordonner l'exécution cumulative des deux parties d'emprisonnement sans sursis, dans la limite de la durée totale de la peine absorbante<sup>1</sup> –, la Cour de cassation a opéré un revirement de jurisprudence en énonçant, à l'occasion d'une QPC qu'elle a refusé de transmettre, que « lorsque deux condamnations à l'emprisonnement assorties ou non d'un sursis partiel ont été prononcées et que la confusion totale a été accordée, seule doit être exécutée la partie d'emprisonnement sans sursis la plus longue »<sup>2</sup>.

- 472 Confusion et peine prononcées à l'étranger.** Une autre difficulté intéressante a été de savoir si une juridiction française pouvait ordonner la confusion de condamnations étrangères avec une condamnation prononcée et exécutée en France : la Cour de cassation a répondu par la négative, en approuvant des juges du fond d'avoir correctement interprété l'article 132-23-1 du Code pénal, à la lumière de la décision-cadre 2008/75 JAI du 24 juillet 2008, relative à la prise en compte des décisions de condamnations entre les États membres de l'Union européenne, pour dire que cette prise en compte n'avait pas pour effet de remettre en cause une peine prononcée par une juridiction française déjà exécutée<sup>3</sup>. À l'inverse, la peine prononcée par une juridiction française peut être confondue avec une peine prononcée par une juridiction d'un État membre de l'Union européenne, dès lors que la seconde a été intégralement exécutée au jour où le juge a statué sur la requête en confusion<sup>4</sup>.

Enfin, si elle est prononcée, la confusion n'affecte que l'*exécution* des peines les moins fortes, mais elle ne leur enlève pas leur existence propre, ni leurs conséquences légales<sup>5</sup>.

1. Crim. 24 janv. 2007, *AJ pénal* 2007. 146, obs. M. Herzog-Evans. En l'espèce, une peine de 3 ans d'emprisonnement dont 16 mois avec sursis et mise à l'épreuve (soit 20 mois ferme) avait été confondue avec une peine de 2 ans d'emprisonnement dont un an avec sursis (soit 12 mois ferme) pour aboutir à une peine exécutoire de 32 mois ferme (20 + 12).

2. Crim. 12 avr. 2012, n° 12-90.004. Cette solution semble renouer avec la position adoptée sous l'empire de l'ancien Code pénal, selon laquelle lorsque deux condamnations comportant chacune un sursis partiel avaient été prononcées avec confusion, seule devait être exécutée la peine la plus forte, indivisible, c'est-à-dire la partie ferme de la peine la plus forte (Crim. 18 nov. 1980, *Bull. crim.* n° 304 ; RSC 1982. 108, obs. J. Larguier).

3. Crim. 19 nov. 2014, n° 13-80661 : *Dr. pénal* 2015, comm. n° 28, obs. E. Bonis-Garçon.

4. Crim. 2 nov. 2017 n° 17-80833 ; *Dr. pénal* 2017, comm. 186, obs. E. Bonis-Garçon ; v. égal. CJUE, 21 sept. 2017 C-171/16.

5. La confusion est donc subordonnée au maintien de la peine la plus forte ; sa disparition conduit à faire subir les peines absorbées jusqu'à concurrence du maximum encouru pour la peine la plus

### 3. Autres cas

**473 Contraventions.** Le législateur a parfois prévu que les peines se cumulent sans possibilité de confusion. Ainsi, le principe est celui du *cumul illimité des peines pour les contraventions* (C. pén., art. 132-7). Cela signifie, d'une part, qu'une personne peut être condamnée à autant d'amendes que de contraventions commises – ce qui peut faire beaucoup – (par ex., en matière d'étiquetage irrégulier, il y aura autant de contraventions que de produits mal étiquetés) et d'autre part, que les peines d'amende contraventionnelles peuvent se cumuler avec d'autres peines afférentes à des crimes et délits (ex., une peine d'emprisonnement pour le vol d'un véhicule et une amende pour le stationnement irrégulier)<sup>1</sup>. Toutefois, cette règle ne joue pas lorsque les délits et contraventions poursuivis procèdent en réalité d'une faute pénale unique<sup>2</sup> ; une seule peine est alors prononcée ; les faits étant punis sous leur plus haute expression pénale<sup>3</sup>.

**474 Crimes et délits.** Par dérogation à la règle de l'article 132-3 du Code pénal, certaines peines criminelles ou correctionnelles se cumulent sans possibilité de confusion : il en va ainsi des peines encourues pour une évasion qui se cumulent avec celles pour lesquelles l'individu était détenu (C. pén., art. 434-31). De même, les peines pour rébellion (C. pén., art. 433-9), usurpation d'identité (C. pén., art. 434-23), ou refus de se soumettre à des empreintes génétiques (C. pr. pén., art. 706-56) se cumulent chacune avec les peines de l'infraction à l'occasion de laquelle ces délits ont été commis<sup>4</sup>.

---

grave, Crim. 13 juill. 1888, *Lapierre*, *Bull. crim.* n° 242 ; in J. Pradel et A. Varinard, *GADPG*, *op. cit.*, n° 52.

1. V. par ex. Crim. 11 sept. 2007, *Dr. pénal* 2008. Chron. 2, obs. V. Peltier (amende correctionnelle de 1 500 € avec sursis pour délit en matière d'hygiène et de sécurité du travail cumulée avec une amende contraventionnelle de 500 € pour atteinte involontaire à l'intégrité corporelle).

2. V. par ex. Crim. 4 févr. 1998, *Bull. crim.* n° 46 (cassation de l'arrêt qui retient à l'encontre d'un individu surpris en train de tuer un animal domestique, le délit de sévices graves de l'art. 521-1 C. pén., et la contravention de destruction d'un animal de l'art. R. 655-1, 1°).

3. Crim. 21 avr. 1976, *Bull. crim.* n° 122.

4. Pour le cas délicat de deux peines qui se cumulent chacune avec une troisième qui leur est commune, mais non entre elles, V. Crim. 13 juin 2007, *Dr. pénal* 2008. Chron. 2, obs. V. Peltier.

## B. La récidive

**475 Récidive légale.** La récidive est une forme d'enracinement dans la délinquance, contre laquelle le législateur pénal mène une lutte aussi vaine que constante, au point qu'il a été décidé de créer en 2014 un observatoire de la récidive et de la désistance<sup>1</sup>. Les praticiens s'en préoccupent également en cherchant toujours de nouveaux outils d'évaluation du risque de récidive<sup>2</sup>. Mais en droit, la récidive est un concept précis qui révèle l'échec d'une première condamnation définitive du fait de la commission, dans certaines conditions, d'une nouvelle infraction (C. pén., art. 132-8 s.) et qui implique *l'aggravation* de la peine encourue pour la nouvelle infraction, ainsi qu'un certain nombre de défaveurs. En tant que circonstance défavorable au prévenu ou à l'accusé, cet état ne peut être relevé que si celui-ci a été en mesure de le discuter contradictoirement. Cette solution qui découle des règles du procès équitable<sup>3</sup> figure désormais à l'article 132-16-5 du Code pénal, issu de la loi du 12 mai 2005 : « l'état de récidive légale peut être relevé d'office par la juridiction de jugement même lorsqu'il n'est pas mentionné dans l'acte de poursuites, dès lors qu'au cours de l'audience la personne poursuivie en a été informée et qu'elle a été mise en mesure d'être assistée d'un avocat et de faire valoir ses observations »<sup>4</sup>. Cette situation concerne aussi bien les personnes physiques (1) que les personnes morales (2), et ne peut être, en pratique, révélée que grâce à l'existence d'un casier judiciaire (3).

1. D. n° 2014-883 du 1<sup>er</sup> août 2014 relatif à l'observatoire de la récidive et de la désistance (la récidive désigne ici toutes les formes de répétition d'infractions ; la désistance désignant l'abandon d'une carrière délinquante).

2. V. le dossier « Évaluation du risque de récidive : où en est-on ? », *AJ Pénal* 2018. 7.

3. V. Crim. 5 déc. 1978, Baroum, *Bull. crim.* n° 346 ; V. J. Pradel et A. Varinard, *GADPG, op. cit.*, n° 5. Si cette circonstance aggravante n'a pas été visée par la poursuite, le prévenu ou l'accusé doit même avoir accepté d'être jugé sur ce chef, V. Crim. 16 févr. 1983, *Bull. crim.* n° 61.

4. La portée de ce texte a été précisée par la chambre criminelle qui estime « que l'état de récidive légale ne peut être relevé d'office par la juridiction de jugement, lorsqu'il n'est pas mentionné dans l'acte de poursuite, que si le prévenu en a été informé et qu'il a été mis en mesure d'être assisté par un avocat et de faire valoir ses observations », Crim. 11 oct. 2011, n° 10-87.212, *RPDP* 2012. 144 obs. J.-Y. Chevallier ; Crim. 17 déc. 2013, n° 12-87258, *Dr. pénal* 2014, comm. n° 22, obs M. Véron.

### 1. La récidive des personnes physiques

**476 Termes de la récidive.** Pour les personnes physiques, on distingue plusieurs cas de récidive, qui dépendent des « termes » de la récidive et éventuellement de la durée qui s'est écoulée entre ces termes.

Le premier « terme » est constitué par une première condamnation c'est-à-dire, en principe, par un acte juridictionnel comportant une décision de culpabilité et une peine, rendue par une juridiction française ou par une juridiction d'un État membre de l'Union européenne (C. pén., art. 132-23-1 et 132-23-2) et est défini par rapport à la peine encourue (alors que sous l'empire du Code de 1810, il s'agissait de la peine prononcée). À noter, que les mesures et sanctions éducatives contre les mineurs ne peuvent constituer le premier terme de l'état de récidive (Ord. 2 févr. 1945, art. 20-2, al. 8), pas plus que les mesures de compositions pénales<sup>1</sup>, ni les décisions de dispense de peine, car il ne s'agit pas à proprement parler de condamnations. En revanche, il a été jugé qu'« une condamnation assortie du sursis avec mise à l'épreuve, bien que réputée non avenue, peut constituer le premier terme de la récidive »<sup>2</sup>. Cette position, qui constituait un revirement de jurisprudence<sup>3</sup> regrettable au regard du sens profond et généreux du non avenue, a été confirmée<sup>4</sup> et s'explique par la volonté du juge d'aligner le non avenue sur la réhabilitation, laquelle n'est plus, depuis 2007, un obstacle à l'application des règles de la récidive (C. pén., art. 133-16, al. 3).

Quant au second « terme », il est constitué par une nouvelle infraction intervenue postérieurement à la première condamnation définitive<sup>5</sup>, le cas échéant, dans un délai déterminé, qui se calcule à partir de l'exécution ou de la prescription de la première peine.

1. Crim. 30 nov. 2010, n° 10-80.460 ; Cass., avis, 18 janv. 2010, *AJ pénal* 2010. 187, obs. J. Danet.  
2. V. Crim. 11 janv. 2011, *JCP* 2011. 346, note J.-H. Robert ; *RPDP* 2011. 373, obs. X. Pin. V. déjà Cass., avis, 26 janv. 2009, n° 008-0013P, *Bull. crim.* 2009. avis n° 1 ; *AJ pénal* 2009. 173, note C. Saas ; *RPDP* 2009. 433, obs. X. Pin ; *Dr. pénal* 2010. Chron. 2, É. Bonis-Garçon ; *D.* 2009. 501, note M. Léna ; *AJ pénal* 2009. 173, note C. Saas ; *RSC* 2010. 125, obs. E. Fortis ; É. Bonis-Garçon et V. Peltier, *Droit de la peine*, Litec, LexisNexis, 2010, n° 640 et 681.  
3. La chambre criminelle jugeait auparavant qu'en l'absence de dispositions légales contraires, une condamnation avec sursis réputée non avenue ne pouvait constituer le premier terme de la récidive v. Crim. 30 mai 2006, n° 05-84.790, *Bull. crim.* n° 153.  
4. Crim. 14 oct. 2014, n° 13-87636 ; *Dr. pénal* 2015, chron. 3, n° 12, obs. E. Bonis-Garçon  
5. La récidive est même applicable lorsque seule une partie des « faits » visés à la prévention est postérieure à la condamnation définitive : Crim. 8 nov. 2016, n° 15-86763, *Gaz. Pal.* 2017, n° 4, p. 46, obs. S. Detraz.

Suivant plusieurs combinaisons assez complexes de ces deux termes, l'on rencontre trois grandes hypothèses de récidive.

**a. Cas de récidive**

**477 Récidives criminelles.** Lorsqu'une personne déjà condamnée définitivement commet un crime, elle est en état de récidive criminelle (C. pén., art. 132-8). Cette hypothèse se dédouble. L'on rencontre, d'une part, la *récidive de crime à crime* : le premier terme est une condamnation pour crime et le second terme est un crime. Dans ce cas, si la peine prévue pour le second crime est une réclusion de 20 ou 30 ans, le récidiviste encourt la perpétuité ; si la peine est de 15 ans, il encourt 30 ans.

Il existe, d'autre part une *récidive de délit à crime* : le premier terme est une condamnation pour délit puni de 10 ans, et le second terme est un crime ; l'aggravation pour le crime est la même que précédemment (l'amende criminelle n'est pas touchée). Ces deux récidives sont dites générales (pas de conditions liées à la nature des infractions commises) et *permanentes* (pas de condition de délai entre les termes).

**478 Récidives délictuelles.** Les récidives délictuelles se rencontrent lorsque le second terme est un délit. Il s'agit d'abord d'une *récidive de crime à délit, générale et temporaire* : le délai à compter de l'expiration ou de la prescription de la première peine est de 10 ans si le délit est puni de 10 ans d'emprisonnement (C. pén., art. 132-9, al. 1<sup>er</sup>) ou de 5 ans, si le délit est puni d'un emprisonnement supérieur à un an et inférieur à 10 ans (C. pén., art. 132-9, al. 2) : le maximum des peines est doublé. Il s'agit ensuite de trois récidives de délit à délit.

La première forme est générale et temporaire : elle suppose un premier délit puni de 10 ans, et un second, commis dans un délai de 10 ans à compter de l'expiration ou la prescription de la première peine, puni de la même peine (C. pén., art. 132-9, al. 1<sup>er</sup>).

La seconde forme est également générale et temporaire : un premier délit puni de 10 ans a été commis, et le prévenu commet dans un délai de 5 ans un délit puni d'au moins un an d'emprisonnement (C. pén., art. 132-9, al. 2).

Enfin, la troisième forme de récidive délictuelle, qui conduit à la même aggravation, est spéciale et temporaire : elle suppose la

commission dans un délai de 5 ans, à compter de l'expiration ou de la prescription de la précédente peine du « même » délit ou d'un « délit assimilé » (C. pén., art. 132-10). À cet égard, on notera que la liste des délits assimilés au regard de la récidive croît constamment, ce qui étend d'autant le champ de la récidive punissable. Ainsi le vol, l'extorsion, le chantage, l'escroquerie ou l'abus de confiance sont considérés comme la même infraction (C. pén., art. 132-16). Les agressions et les atteintes sexuelles sont également assimilées (C. pén., art. 132-16-1), ainsi qu'une série d'infractions routières (C. pén., art. 132-16-2). De même, depuis la loi du 12 décembre 2005, il faut mentionner l'assimilation de la traite des êtres humains et du proxénétisme (C. pén., art. 132-16-3) et l'assimilation des délits de violences volontaires aux personnes et des délits commis avec la circonstance aggravante de violence (C. pén., art. 132-16-4).

- 479 Récidive contraventionnelle.** Enfin, il existe une *récidive contraventionnelle* qui ne concerne que les contraventions de 5<sup>e</sup> classe, lorsque le règlement le prévoit. *Elle est spéciale et temporaire, le délai étant d'un an.* En principe, le maximum de l'amende est doublé (donc porté à 3 000 €, C. pén., art. 132-11, al. 1<sup>er</sup>). Mais cette récidive peut aussi entraîner une *transformation de la qualification* de contravention en délit passible d'emprisonnement si la loi le prévoit ; dans ce cas, le délai est de trois ans à compter de l'expiration ou de la prescription de la précédente peine (C. pén., art. 132-11, al. 2).

#### ***b. Effets de la récidive***

- 480 Aggravation.** Le premier effet de la récidive est d'aggraver la peine de réclusion, de détention, d'emprisonnement ou d'amende, encourue pour l'infraction commise en récidive, en multipliant son taux ou sa durée par deux. Pour les contraventions de 5<sup>e</sup> classe, l'aggravation consistera, si la loi le prévoit, dans la transformation de l'infraction en un délit (C. pén., art. 132-11). Tel est le cas par exemple du grand excès de vitesse (C. route, art. L. 413-1). L'aggravation peut également consister en l'ajout d'une annulation automatique du permis de conduire (par ex., C. route, art. L. 234-13) ou d'un emprisonnement (par ex.,

C. assur., art. L. 514-2). Ces solutions particulières se rencontrent hors Code pénal ; la loi du 12 mai 2009 de simplification du droit les a harmonisées.

**481 Peines minimales (2007-2014).** Une loi du 10 août 2007 renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs a introduit dans notre droit un système de peine minimale dit aussi de « peine plancher » pour les récidivistes. Il était prévu que pour les crimes commis en état de récidive, la durée de la peine privative de liberté ne pouvait, selon les cas, être inférieure à cinq, sept, dix ou quinze ans, si le crime était puni respectivement d'une réclusion ou d'une détention de quinze, vingt, trente ans ou à perpétuité. La cour d'assises pouvait toutefois prononcer une peine inférieure « en considération des circonstances de l'infraction, de la personnalité de son auteur ou des garanties d'insertion ou de réinsertion présentées par lui ». Lors d'une deuxième récidive, il n'était possible de prononcer une peine inférieure au seuil qu'en cas de « garanties exceptionnelles d'insertion ou de réinsertion » (C. pén., anc. art. 132-18-1). Le même système était prévu pour les délits, avec des seuils d'un, deux, trois ou quatre ans si le délit était puni respectivement de trois, cinq, sept ou dix ans et les juges pouvait s'en affranchir ou prononcer une peine autre que l'emprisonnement pour des considérations identiques, « par une décision spécialement motivée » (C. pén., anc. art. 132-19-1)<sup>1</sup>. Mais ces peines minimales ont été décriées non seulement parce qu'elles contrevenaient au principe d'individualisation des peines et risquaient d'accroître la surpopulation carcérale (ce qui n'a jamais été démontré)<sup>2</sup>, mais aussi parce que la complexité du mécanisme créait des chausse-trappes pour le juge. La Cour de cassation contrôlait la motivation des circonstances atténuantes et le respect de seuils. Elle a par exemple dû juger que pour déterminer la peine d'emprisonnement encourue à laquelle était attachée une peine minimale, en application de l'article 132-19-1, la cir-

1. La Cour de cassation contrôle la motivation des décisions appliquant une peine inférieure aux seuils prévus (Crim. 20 janv. 2009, *Bull. crim.* n° 20), en s'assurant que la motivation spéciale porte bien sur l'un des éléments prévus par le législateur : Crim. 13 déc. 2011, n° 11-84.621, *Gaz. Pal.*, 20-21 avr. 2012, n° 111-112, obs. E. Dreyer.

2. V. J. Lasserre-Capdeville, « Peines plancher : état des lieux, cinq ans après », *AJ pénal* 2012. 398 s.

constance de récidive ne devait pas être prise en compte<sup>1</sup>. Quoiqu'il en soit, le législateur de 2014 a décidé de supprimer ce mécanisme pour des raisons autant idéologiques que techniques. Cette suppression s'inscrit d'ailleurs dans le sens de l'histoire puisque la fixité des peines n'a jamais été une solution durable et efficace. On rappellera en effet que le Code de 1810 avait instauré des peines fixes mais que ce système a été très vite dénoncé et que les « circonstances atténuantes » ont été introduites en 1824 puis généralisées en 1832. En tout état de cause, cette disparition ne doit pas être interprétée comme un signe de clémence ou de laxisme à l'égard des réitérants ou des récidivistes dont le sort continue d'être aggravé. De ce point de vue, il faut se féliciter du maintien et de la reformulation de l'article 132-20-1 du Code pénal qui prévoit la faculté pour le président d'avertir le condamné « des conséquences qu'entraînerait une condamnation pour une nouvelle infraction ».

**482 Exclusion des mesures de faveurs.** Or ces conséquences sont nombreuses puisque, comme nous le verrons, l'état de récidive implique également un durcissement des conditions d'octroi des mesures de faveur, au stade de l'exécution des peines. Ainsi, le seuil de l'emprisonnement pour pouvoir bénéficier d'un aménagement de peine est d'un an, contre deux pour les non récidivistes. De même, le temps d'épreuve pour bénéficier d'une *libération conditionnelle*, c'est-à-dire la durée de la peine accomplie, était jusqu'en 2014 pour les récidivistes égal au moins au double de la peine restant à subir sans pouvoir excéder 20 ans alors que pour les non récidivistes le temps d'épreuve était de la moitié de la peine, sans pouvoir excéder 15 ans. Cette discrimination a disparu au 1<sup>er</sup> janvier 2015. Reconnaisant que « l'application d'un régime plus sévère à l'encontre des récidivistes ne repose pas sur une analyse pertinente de l'efficacité des modalités d'exécution de la peine, ni sur une bonne compréhension du phénomène de la récidive » le Parlement a en effet ouvert aux récidivistes la possibilité de bénéficier comme les autres détenus d'une libération condi-

1. Crim. 6 mars 2012, n° 11-84.711, *Gaz. Pal.*, 4-5 avr. 2012, n° 95 à 96, note S. Detraz.

tionnelle à compter de la mi-peine (et non plus au deux-tiers de peine). La libération conditionnelle « parentale » de l'article 729-3 du Code de procédure pénale a même été purement et simplement supprimée pour les récidivistes., pour être rétablie à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2015. Semblablement, les réductions du temps de l'épreuve qui peuvent être accordées aux condamnés à la réclusion à perpétuité sont de 20 jours par année d'incarcération pour un récidiviste contre un mois pour un non récidiviste (C. pr. pén., art. 729-1). De même, pour les condamnés à la réclusion à perpétuité en état de récidive légale, le temps de l'épreuve, hors période de sûreté, est de 22 ans contre 18 ans pour les réclusionnaires non récidivistes (C. pr. pén., art. 729) ; le *crédit de réduction de peine* était moins grand pour les récidivistes jusqu'au 1<sup>er</sup> janvier 2015 : deux mois la première année et un mois par année d'incarcération au lieu de trois mois et deux mois, ou cinq jours par mois au lieu de sept pour une incarcération inférieure à un an (C. pr. pén., art. 721) ; les réductions supplémentaires de peines étaient également moindres que pour les délinquants primaires (C. pén., art. 721-1). Mais cette discrimination a disparu au 1<sup>er</sup> janvier 2015<sup>1</sup>. C'est également pour neutraliser les récidivistes, qu'ont été introduites en 2005 la surveillance judiciaire des condamnés réputés dangereux et la possibilité de les placer sous surveillance électronique mobile<sup>2</sup>. Enfin, les récidivistes connaissent un régime de *réhabilitation* plus sévère, puisque les délais de demande de réhabilitation judiciaire sont allongés (C. pr. pén., art. 787), les délais de réhabilitation légale sont doublés (C. pén., art. 133-13 et 133-14) et la réhabilitation n'est plus un obstacle à la prise en compte de la condamnation par les seules autorités judiciaires pour l'application des règles de la récidive (C. pén., art. 133-16, al. 3)<sup>3</sup>.

---

1. V. ss 578 et 579.

2. V. M. Herzog-Evans, « Les dispositions relatives à la récidive dans la loi no 2005-1549 du 12 décembre 2005 », *D.* 2006. Chron. 182 s ; J.-H. Robert, « Les murailles de silicium », *Dr. pénal* 2006. Chron. 2.

3. V ss 623.

## **2. La récidive des personnes morales**

**483 Complexité.** S'inspirant de la logique d'aggravation appliquée aux personnes physiques, le Code pénal prévoit, avec la même complexité extrême, *quatre cas* de récidive des personnes morales (C. pén., art. 132-32 s.). *Le premier cas* est une récidive générale et permanente : le premier terme est une condamnation pour crime ou pour délit puni de 100 000 € au moins en ce qui concerne les personnes physiques, et le second terme est un crime. Les peines encourues sont une amende dont le maximum équivaut à 10 fois le maximum encouru par les personnes physiques et les peines des articles 131-39 du Code pénal (C. pén., art. 132-12). *Le deuxième cas* est une récidive générale et temporaire : le premier terme est une condamnation pour crime ou pour délit puni de 100 000 € au moins en ce qui concerne les personnes physiques et le second terme est, soit un délit punissable pour les personnes physiques de 100 000 € d'amende au moins commis dans les dix ans à compter de l'expiration ou de la prescription de la précédente peine (C. pén., art. 132-13, al. 1<sup>er</sup>), soit un délit punissable pour les personnes physiques d'une amende d'au moins 15 000 €, commis dans les cinq ans de l'expiration ou de la prescription de la précédente peine (C. pén., art. 132-13, al. 2). Dans les deux hypothèses, le taux maximum de l'amende applicable est égal à 10 fois ce qui est prévu pour les personnes physiques. *Le troisième cas* est une récidive *spéciale et temporaire* : la personne morale a déjà été condamnée définitivement pour un délit et elle se voit imputer dans les 5 ans de l'expiration ou de la prescription de la précédente condamnation, le même délit ou un délit assimilé. Le taux maximum de l'amende encouru est alors de dix fois celui prévu par la loi pour les personnes physiques (C. pén., art. 132-14). Enfin, *le dernier cas* est une récidive également spéciale et temporaire : la personne morale a déjà été condamnée définitivement pour une contravention de la 5<sup>e</sup> classe et elle commet, dans l'année qui suit l'expiration ou la prescription de la précédente peine, la même contravention. Le taux maximum de l'amende applicable est égal à 10 fois celui qui est prévu par le règlement qui réprime cette contravention en ce qui concerne les personnes physiques (C. pén., art. 132-15). Le texte visant uniquement

l'amende prévue par le règlement, on en déduit que l'infraction aggravée demeure une contravention.

### **3. La preuve de la récidive**

**484 Casier judiciaire.** La mise en œuvre de l'ensemble de ces règles n'est possible que si la récidive peut être prouvée. Jadis cette preuve était apportée par la flétrissure (la marque « R » sur l'épaule des récidivistes), mais cette méthode archaïque et brutale a été supprimée par la loi du 28 avril 1832 et l'on se réfère depuis 1848 au casier judiciaire, devenu aujourd'hui « le casier judiciaire national automatisé » (C. pr. pén., art. 768 s.). Cette institution qui sera peut-être connectée un jour à un éventuel casier judiciaire européen<sup>1</sup> existe aussi pour les personnes morales (C. pr. pén., art. 768-1). Il permet à partir d'un fichier centralisant les données sur les précédentes condamnations d'un individu et au moyen de la délivrance de bulletins, de reconstituer son passé pénal<sup>2</sup>. Il n'est pas question d'entrer ici dans le détail de ce fichier et de sa gestion (contenu des fiches, mention en marge, retrait des fiches à la suite d'une amnistie ou d'une réhabilitation, cas particulier des mineurs, etc.) – d'autant que le dispositif légal est fréquemment retouché –, il convient simplement de retenir qu'il existe trois sortes de bulletins, permettant de connaître le passé délinquant d'un individu ou d'une personne morale. Le bulletin n° 1 (« B. 1 ») est un relevé intégral des fiches, il est destiné aux autorités judiciaires. Si aucune condamnation n'a été prononcée contre une personne, la mention « néant » y figure (C. pr. pén., art. 774 et 774-1). Le bulletin n° 2 (« B. 2 ») est un relevé partiel ; en sont exclues notamment les condamnations pour contraventions, les condamnations avec sursis, ou encore les condamnations assorties d'une dispense de peine mais également toute condamnation dont l'exclusion a été ordonnée par la juridiction de jugement, l'exclusion valant relèvement des incapacités ou déchéances (C. pr. pén.,

<sup>1</sup>. X. Pradel, « Le casier judiciaire européen », *Dr. pénal* 2006. Étude 16.

<sup>2</sup>. On ne le confondra pas avec le sommier de police technique, tenu par le ministère de l'Intérieur, qui regroupe des extraits de toutes les condamnations prononcées par les juridictions répressives pour crimes et délits (C. pr. pén., art. 773-1), ni avec les fichiers tenus par les services de police et de gendarmerie pour faciliter le travail des enquêteurs, tels que les fichiers de l'identité judiciaire, le fichier national des auteurs d'infractions sexuelles (C. pr. pén., art. 706-53-1 s.) ou le fichier national des empreintes génétiques (C. pr. pén., art. 706-54 s.).

art. 775, 775-1 A et 775-1). Ce bulletin est destiné aux autorités judiciaires, administratives et certains organismes visés par l'article 776 du Code de procédure pénale. Enfin, le bulletin n° 3 (« B. 3 ») : il ne peut être délivré qu'à la personne qu'il concerne, laquelle pourra ensuite le communiquer à un tiers notamment lors d'une embauche. Il s'agit d'un relevé très expurgé (un « extrait » de casier judiciaire) : il ne contient que les condamnations à des peines privatives de liberté supérieures ou égales à 2 ans sans sursis ou dont le sursis a été révoqué ; les condamnations à des peines d'emprisonnement inférieures à deux ans dont la juridiction a ordonné l'inscription au B. 3 ; ainsi que le suivi socio-judiciaire et les interdictions, déchéances ou incapacités en cours d'exécution et sans sursis (C. pr. pén., art. 777 et 777-1). Enfin, le casier permet également de prouver la réitération.

### C. La réitération

---

**485 Récidive de fait.** Lorsqu'une personne a déjà été condamnée définitivement pour un crime ou un délit, et qu'elle commet une nouvelle infraction, qui ne répond pas aux conditions de la récidive légale, il y a simple *réitération d'infractions* (C. pén., art. 132-16-7). Cette notion de *réitération*, parfois dénommée *récidive de fait* ne se confond ni avec le concours réel, ni avec la récidive légale. Elle s'est imposée en doctrine et en jurisprudence, avant d'être consacrée par la loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005, en raison de la dangerosité ou des mauvaises habitudes qu'elle révèle. Désormais, l'article 132-16-7 du Code pénal, qui en donne la définition reproduite ci-dessus, précise, conformément au droit antérieur, que les peines prononcées pour l'infraction commise en réitération « se cumulent sans limitation de *quantum* et sans possibilité de confusion avec les peines définitivement prononcées lors de la condamnation précédente ». Autrement dit, en cas de réitération, chaque infraction est punie pour elle-même mais le juge est invité à la fermeté, puisque le cumul s'impose sans confusion possible. Toutefois, à la différence de la récidive légale, le *quantum* de la peine pour la dernière infraction n'est pas rehaussé, d'où l'importance de bien distinguer la réitération de la récidive.

Aussi la Cour de cassation veille-t-elle scrupuleusement à cette distinction puisqu'elle censure les juges qui retiennent l'état de récidive, alors que l'existence de ses conditions légales est incertaine<sup>1</sup>. Notons toutefois que comme pour la récidive, la réitération suppose une condamnation définitive, ce qui n'est pas le cas d'un jugement encore susceptible d'appel<sup>2</sup>. Enfin, une proposition de loi adoptée par l'Assemblée nationale le 6 mars 2012<sup>3</sup> tendait à réprimer plus sévèrement les délinquants réitérant, en instaurant à leur encontre des peines minimales, comparables à celle qui existait en matière de récidive mais, devenues anachroniques, ces peines n'ont pas été instaurées.

### § 3. Le choix d'une mesure de sûreté

**486 Criminels dangereux.** Pour prévenir la « rechute potentielle »<sup>4</sup> d'individus apparaissant dangereux, et hors les cas d'injonctions de soins<sup>5</sup> ou de placement sous surveillance électronique, le législateur offre au juge la possibilité d'assortir la peine, dès son prononcé, de mesures de sûreté privatives de liberté. Ce type de mesure peut doubler l'incarcération ; il s'agit de la période de sûreté **(A)** ; ou prolonger l'incarcération : c'est la rétention de sûreté **(B)**.

#### A. La période de sûreté

**487 Obstacle aux mesures de resocialisation en milieu ouvert.** La période de sûreté est une période déterminée par la juridiction de condamnation, comprise dans la durée de l'enfermement et qui s'analyse en une *modalité d'exécution de la peine*<sup>6</sup>. Cette période constitue un obstacle aux mesures de resocialisation en milieu ouvert que

1. V. par ex. Crim. 27 janv. 1955, *Bull. crim.* n° 69 (censure pour absence de constat du caractère définitif de la précédente condamnation) ; Crim. 20 nov. 1969, *Bull. crim.* n° 321 (censure pour incertitude des conditions de délais).

2. Crim. 12 mars 2014, n° 13-81273 : Dr. pénal 2015, Chron., 3, obs. E. Bonis-Garçon.

3. Texte adopté n° 884.

4. V. J. Pradel, *Droit pénal général, op. cit.*, n° 743 s.

5. Sur la généralisation de l'injonction de soins comme modalité particulière de nombreuses peines ou mesures d'aménagement de peines, V. Ph. Salvage, « La grande délinquance est-elle une maladie ? », *Dr. pénal* 2010. Étude 3.

6. V. not. Crim. 16 janv. 1985, *Bull. crim.* n° 29.

sont la *suspension ou fractionnement de la peine, le placement à l'extérieur, la permission de sortir, la semi-liberté ou la libération conditionnelle* (C. pén., art. 132-23 ; C. pr. pén., art. 720-2 à 720-5). *A priori* le placement sous surveillance électronique semble possible mais, pour des raisons de sécurité, il est plus qu'hypothétique<sup>1</sup>. Seule la grâce présidentielle est possible (C. pr. pén., art. 720-2), ainsi que les réductions de peines, qui s'imputent sur la partie de la peine excédant la durée de cette période (C. pén., art. 132-23, al. 4). Du fait de sa sévérité, la période de sûreté a été épargnée aux mineurs (Ord. 2 févr. 1945, art. 20-2) et pour les majeurs, elle demeure fonction de la gravité de l'infraction et peut toujours être réduite en cours d'exécution.

**488 Période de sûreté de plein droit.** La période de sûreté est de plein droit chaque fois que le texte d'incrimination le prévoit (comme par ex., le meurtre aggravé, le trafic de stupéfiants ou le terrorisme) et que la condamnation prononcée est égale ou supérieure à dix ans d'emprisonnement. La durée de la période de sûreté est alors gouvernée par les règles suivantes : pour une peine perpétuelle, la période est de 18 ans ; pour une peine temporaire, elle est de la moitié de la peine prononcée (C. pén., 132-23, al. 2). Néanmoins, ces durées légales peuvent être modifiées par la juridiction de condamnation. Elles peuvent tout d'abord être réduites discrétionnairement jusqu'à leur quasi-suppression, à savoir un jour. Elles peuvent également être allongées par décision spéciale et motivée. Dans ce dernier cas, la juridiction doit se conformer à deux types de maxima : un maximum de droit commun qui est des deux tiers de la peine prononcée si elle est temporaire et de 22 ans si elle est perpétuelle<sup>2</sup> ; un maximum spécial, institué par une loi du 1<sup>er</sup> février 1994, pour les crimes particulièrement odieux (les meurtres accompagnés de viols, tortures et acte de barbarie sur des mineurs de 15 ans, C. pén., art. 221-3 et 221-4), qui permet de porter la période de sûreté à la totalité de la peine

1. V. P. Pedron, « La période de sûreté », *RPDP* 2007. 39.

2. La cour d'assises doit chiffrer exactement cette durée, Crim. 12 mars 2014, n° 13-83536, *Dr. pénal* 2014, comm. n° 74, obs M. Véron (cassation d'une décision ayant fixé la durée de la période de sûreté aux « deux tiers » de la peine perpétuelle !).

prononcée. Ainsi, une peine perpétuelle pourrait être assortie d'une période de sûreté perpétuelle ; telle est la figure de la peine dite « incompressible » ou véritable perpétuité.

**489 Période de sûreté facultative.** Quel que soit le crime ou délit commis par un majeur, une période de sûreté peut être ordonnée par la juridiction de jugement, dès lors que cette condamnation consiste en une peine privative de liberté sans sursis de plus de cinq ans (C. pén., art. 132-23). La durée peut être des deux tiers de la peine prononcée en matière correctionnelle et de 22 ans en matière criminelle. Une telle décision est du reste relativement facile à prendre : une cour d'assises peut la prononcer à la majorité simple et non à la majorité des deux tiers pourtant requise quand le maximum de la peine est prononcé<sup>1</sup> ; quant au tribunal correctionnel, il doit rendre une décision spéciale mais pas forcément motivée<sup>2</sup>. Un débat doctrinal a eu lieu sur la question de la computation de la durée de cette période de sûreté lorsque préalablement à sa condamnation, le prévenu en détention provisoire avait vu d'autres peines d'emprisonnement ramenées à exécution<sup>3</sup>. La Cour de cassation a tranché en jugeant que la période de sûreté « n'étant qu'une modalité de la peine privative de liberté qu'elle assortit, court à compter de la mise à exécution de celle-ci » et d'ajouter que « si la condamnation qui l'emporte ou la prononce a été précédée d'une détention provisoire, l'entier temps de celle-ci doit s'imputer sur la durée de la période de sûreté, sans qu'il y ait lieu de tenir compte, pour diminuer d'autant cette durée, du temps pendant lequel ont été simultanément exécutées une ou plusieurs condamnations non assorties d'une période de sûreté »<sup>4</sup>.

**490 Computation des périodes de sûreté.** Enfin, s'agissant de la question délicate de la computation des périodes de sûreté<sup>5</sup>, la loi du 3 juin 2016 est venue poser le principe de l'exécution cumulative dans la limite du maximum le plus élevé. Selon le nouvel article 720-3

1. Crim. 8 févr. 1995, *Bull. crim.* n° 157.

2. Crim. 29 janv. 1998, *Dr. pénal* 1998, 67, obs. M. Véron.

3. V. L. Griffon, « La computation de la période de sûreté » : *AJ Pénal* 2013, 591 ; D. Boccon-Gibod et B. Laurent, « Période de sûreté et pluralité de peines : un autre regard » : *AJ Pénal* 2014, 101.

4. Crim. 25 juin 2014, n° 14-81793 : *Dr. pénal*, comm. 123, obs. E. Bonis-Garçon.

5. L. Griffon, « La computation de la période de sûreté », *AJ Pénal* 2013, p. 591.

du Code de procédure pénale, lorsque la personne condamnée exécute plusieurs peines qui ne sont pas en concours et qui sont toutes assorties d'une période de sûreté, ces périodes de sûreté s'exécutent cumulativement et de manière continue. En cas de condamnations en concours comportant toutes des périodes de sûreté, la période totale de sûreté à exécuter est réduite au maximum des deux tiers de ces condamnations après leur réduction au maximum légal. Si une peine de réclusion criminelle à perpétuité a été prononcée, les périodes de sûreté s'exécutent cumulativement dans la limite de 22 ans ou, le cas échéant, dans la limite de la période de sûreté fixée spécialement par la cour d'assises en application du second alinéa de l'article 221-3, du dernier alinéa de l'article 221-4 et de l'article 421-7 du Code pénal. Enfin, lorsque la personne condamnée exécute plusieurs peines assorties d'une période de sûreté et qui ont fait l'objet d'une confusion, la durée de la période de sûreté à exécuter est celle de la période de sûreté la plus longue.

**491 Réduction de la période de sûreté (« perspective d'élargissement »).**

Toute période de sûreté peut être ultérieurement réduite. Deux voies sont possibles. Tout d'abord, lorsque le condamné manifeste des « gages sérieux de réadaptation sociale », le tribunal de l'application des peines (depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2005) peut, à titre exceptionnel, après débat contradictoire, décider qu'il sera mis fin à la période de sûreté ou que sa durée sera réduite (C. pr. pén., art. 720-4). Toutefois, lorsque la cour d'assises a prononcé une période de sûreté de trente ans en application des articles 221-3 et 221-4 du Code pénal, le tribunal ne peut y mettre fin qu'après que le condamné a purgé au moins vingt ans ; et lorsque la cour d'assises a prononcé une période de sûreté perpétuelle, le tribunal de l'application des peines ne pourra prononcer l'une des mesures de resocialisation prévue par l'article 132-23 du Code pénal, qu'après que le condamné aura purgé au moins trente ans de réclusion. Cette dernière disposition, s'ajoute à la seconde voie, qui est la possibilité de commutation de la période de sûreté perpétuelle en période de sûreté à temps par un décret de grâce présidentielle. Ce dispositif de réexamen au bout de trente ans, qui offre le droit pour tout condamné d'espérer une libération condi-

tionnelle, permet d'éviter le grief d'inconstitutionnalité pour disproportion, et garantit la conformité des peines perpétuelles à l'article 3 de la Convention européenne de sauvegarde prohibant les traitements inhumains et dégradants<sup>1</sup>. La Cour européenne des droits de l'homme y veille et elle censure les États qui ne proposent pas de perspectives d'élargissement<sup>2</sup> ou des périodes d'attente trop longues pour obtenir un réexamen<sup>3</sup>. Toute peine doit en effet pouvoir être compressible *de jure* ou *de facto* pour laisser au condamné un « droit à l'espoir »<sup>4</sup> et s'accorder avec un « principe de réinsertion » en voie de consécration<sup>5</sup>.

## B. La rétention de sûreté

**492 Mesure de sûreté privative de liberté.** La rétention de sûreté a été créée par la loi n° 2008-174 du 25 février 2008, déjà évoquée. Elle consiste en un placement de certains condamnés réputés dangereux dans un centre dit « socio-médico-judiciaire de sûreté », afin de les soigner et de les neutraliser à l'issue de l'exécution de leur peine. Plus exactement, dans ces centres, il est proposé « de façon permanente, une prise en charge médicale, sociale et psychologique, destinée à permettre la fin de cette mesure » (C. pr. pén., art. 706-53-13, al. 4). Dans son principe, cette mesure de sûreté peut susciter les plus grandes réserves car elle repose moins sur le reproche et l'infraction que sur la crainte et le pronostic de dangerosité<sup>6</sup>. Autrement dit, elle procède moins d'un jugement de l'acte que d'un jugement de la personne, ce qui marque une rupture avec une philosophie pénale millénaire. Néanmoins, l'on constate qu'elle n'est que l'ultime avatar de solutions neutralisatrices que notre droit connaît depuis fort longtemps à l'encontre

1. CEDH, 5<sup>e</sup> sect., 13 nov. 2014, n° 40014/10, *Bodein c. France* ; *Dr. pénal* 2015, comm. n° 15, obs. E. Bonis-Garçon ; *AJ Pénal* 2015, 105, obs. M. Herzog-Evans.

2. CEDH, 20 mai 2014, n° 73593/10, *Lászlo Magyar c. Hongrie*.

3. CEDH, 4 oct. 2016, n° 37871/14 et 73986/14, *T.P. et A.T c. Hongrie*, *Dr. pénal* 2016, comm. 182, obs. V. Peltier.

4. CEDH, gr. ch., 9 juillet 2013, n° 66060/09, 00130/10 et 03896/10, *Vinter et a. c. Royaume-Uni* ; V. déjà CEDH, 12 févr. 2008, n° 21906/04, *Kafkaris c. Chypre*.

5. CEDH, 26 avril 2016, n° 10511/10, *Murray c. Pays-Bas*.

6. Sur la question de la dangerosité v. J. Danet, C. Saas, « Le fou et sa dangerosité, un risque spécifique pour la justice pénale », *RSC* 2007, 779 s. ; P.-Y. Delage, « La dangerosité comme éclipse de l'imputabilité et de la dignité », *RSC* 2007, 797 s.

des criminels réputés incorrigibles : elle succède en effet à la relégation créée en 1885 et qui consistait en une mesure d'éloignement colonial (d'abord obligatoire puis facultative à partir de 1954), mise en œuvre une fois la peine exécutée ; et à la tutelle pénale qui, plus humaine, remplaça la relégation en 1971 pour disparaître en 1981. De ce point de vue, la rétention de sûreté n'innove pas : il s'agit toujours d'une mesure de neutralisation ; son aspect sanitaire pourrait même la rendre plus humaine – car moins éliminatrice –, mais dans ce cas l'on se demandera pourquoi, elle n'intervient qu'à l'issue de l'exécution de la peine ? Quoi qu'il en soit, il s'agit d'une mesure très exceptionnelle, entourée, pour cette raison, d'un certain nombre de garanties : la première, examinée ici, est la nécessité d'avoir été envisagée par la cour d'assises au moment de la condamnation, si certaines conditions de fond sont réunies.

- 493 Conditions de fond.** La rétention de sûreté n'est envisageable que si la condamnation consiste en une peine au moins égale à quinze ans de réclusion criminelle pour des faits particulièrement graves et odieux. Sont visés en effet des meurtres ou assassinats, tortures ou actes de barbarie, viols, enlèvements ou séquestrations dont les victimes sont, soit des mineurs, soit, s'ils s'accompagnent de circonstances aggravantes, des majeurs. Sont également concernés, depuis une loi du 10 mars 2010, les récidivistes de meurtres, de tortures ou actes de barbarie, de viols, d'enlèvements ou de séquestrations, même si ces infractions n'ont pas été accomplies avec des circonstances aggravantes (C. pr. pén., art. 706-53-13, al. 1 et 2).
- 494 Conditions de forme.** Selon l'article 706-53, alinéa 3 du Code de procédure pénale, la rétention de sûreté ne pourra être décidée que « si la cour d'assises a expressément prévu dans sa décision de condamnation que la personne pourra faire l'objet à la fin de sa peine d'un réexamen de sa situation en vue d'une éventuelle rétention de sûreté ». On peut penser qu'il en sera ainsi, soit parce que les membres de la cour d'assises seront particulièrement convaincus des risques de la persistance de la dangerosité, soit – et c'est plus inquiétant – parce qu'ils ne voudront pas prendre le risque d'une libération pure et simple du condamné. Quoi qu'il en

soit, la rétention de sûreté ne sera applicable qu'à la libération du condamné, après décision d'une juridiction spécialisée. Sa mise en œuvre sera donc étudiée plus loin, au titre de l'exécution des peines<sup>1</sup>.

## SECTION 2

# LA SUSPENSION DE LA PEINE

**495 Sursis.** Le juge peut suspendre l'exécution d'une peine en décidant d'une condamnation avec *sursis* (C. pén., art. 132-29 s. et 132-40 à 132-57 ; C. pr. pén., art. 734 à 747-2). En matière correctionnelle le sursis est même devenu la règle, puisque l'article 132-19 alinéa 1, issu de la loi du 15 août 2014 sur l'individualisation des peines dispose qu'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 nécessaire et si toute autre sanction est inadéquate ». Introduit dans notre droit par la loi Béranger du 26 mars 1891, le sursis avait originellement pour finalité d'éviter à des condamnés primaires d'être pervertis par un passage en prison, mais il a par la suite été étendu aux peines non privatives de liberté et s'est diversifié dans ses formes et ses destinataires : depuis 1958, il peut se doubler d'une mise à l'épreuve et, depuis 1983, d'un travail d'intérêt général. Dans tous les cas, il est un instrument de lutte contre la récidive, soit pour les délinquants primaires par la *dissuasion* : tel est le cas du *sursis simple* (§ 1) ; soit pour les délinquants endurcis par la probation : tel est le cas du sursis avec mise à l'épreuve (§ 2) et du sursis assorti de l'obligation d'accomplir un travail d'intérêt général (§ 3).

1. V. ss 602.

## § 1. Le sursis simple

---

**496 Sursis dissuasion.** Le sursis simple est une dispense totale ou partielle d'exécution de la peine qui se veut dissuasive, dans la mesure où la condamnation avec sursis apparaît comme une *épée de Damoclès* sur la tête du condamné. Voyons-en les conditions (A) puis les effets (B).

### A. Les conditions

---

**497 Conditions liées à la peine suspendue.** Le sursis n'est pas applicable à toutes les peines. Ainsi, s'agissant des personnes physiques, en matière criminelle et correctionnelle, le sursis est seulement applicable à l'emprisonnement d'une durée inférieure ou égale à cinq ans (C. pén., art. 132-31)<sup>1</sup> ; à l'amende, sauf si elle a un caractère mixte de peine et de mesure de réparation ; aux jours-amendes ; aux peines privatives de droits de l'article 131-6 du Code pénal, sauf confiscation<sup>2</sup> ; aux peines complémentaires de l'article 131-10, sauf confiscation, fermeture d'établissement et affichage. En matière contraventionnelle, le sursis est applicable aux peines d'amende prononcées pour contraventions de la 5<sup>e</sup> classe<sup>3</sup>, aux peines privatives de droits de l'article 131-14 du Code pénal, sauf confiscation et aux peines complémentaires de suspension du permis de conduire, d'interdiction du port d'arme, de retrait du permis de chasser et d'interdiction d'émettre des chèques (C. pén., art. 132-34).

S'agissant des personnes morales, le sursis est applicable à la peine d'amende – sauf pour les contraventions des quatre premières classes – ainsi qu'aux peines d'interdiction d'émettre des chèques, d'utiliser des cartes de paiement, d'interdiction profes-

---

1. Doit donc être censuré l'arrêt qui a condamné l'accusé pour viols aggravés et agression sexuelle à neuf ans d'emprisonnement dont huit avec sursis, Crim. 10 janv. 1996, *Bull. crim.* n° 11.

2. V. par ex., la suspension du permis de conduire : alors que l'art. L. 234-2, II du Code de la route prohibe tout sursis lorsque cette suspension est prononcée à titre de peine complémentaire, l'art. 132-31 ne comporte aucune restriction de ce type ; le sursis peut donc être octroyé pour une suspension de permis de conduire prononcée à titre de peine principale par le jeu des art. 131-6 et 131-9 du Code pénal, Crim. 18 févr. 2004, *RSC* 2004, obs. G. Vermelle.

3. V. Crim. 22 mars 2005, *Dr. pénal* 2005. 88, obs. M. Véron ; Crim. 6 mars 2018, n° 17-84137, *Dr. pénal* 2018, comm. 97, obs. V. Peltier.

sionnelle, d'exclusion des marchés publics et d'interdiction de faire appel public à l'épargne (C. pén., art. 132-32 et 132-34).

- 498 Conditions liées au passé pénal du condamné.** Le sursis ne peut pas être offert aux délinquants ou criminels endurcis ; d'où l'importance de leur passé pénal. Ainsi, s'agissant des personnes physiques, le sursis ne peut être accordé en matière de crime, délit ou contravention, que si l'intéressé *n'a pas été condamné dans les cinq ans précédant les faits pour crime ou délit de droit commun à une peine de réclusion ou d'emprisonnement*, quel que soit le taux, avec ou sans sursis (C. pén., art. 132-30) – peu importe du reste que cette peine ait été subie ou non –. *A contrario*, ne font pas obstacle au sursis les condamnations qui remontent à plus de cinq ans, ainsi que les condamnations pour contravention, les condamnations pour crime ou délit politique, ou les condamnations à des peines autres que la réclusion ou l'emprisonnement. Au surplus, en matière correctionnelle, lorsque la juridiction veut accorder le sursis pour une peine autre que l'emprisonnement, elle doit vérifier que le prévenu n'a pas été condamné dans les cinq ans précédant les faits à une peine de ce type, avec ou sans sursis (C. pén., art. 132-31) ; en *matière contraventionnelle* au contraire, le sursis peut être accordé malgré une condamnation antérieure à une autre peine que l'emprisonnement ou la réclusion (C. pén., art. 132-33, al. 1<sup>er</sup>).

S'agissant des personnes morales, en matière criminelle ou correctionnelle, elles peuvent bénéficier du sursis, si elles n'ont pas été condamnées dans les 5 ans précédant les faits pour crime ou délit de droit commun à une amende de 60 000 € (C. pén., art. 132-30, al. 2) ; en matière contraventionnelle, il faut qu'elles n'aient pas été condamnées dans les 5 ans pour crime ou délit de droit commun à une amende de 15 000 € (C. pén., art. 132-33, al. 2).

## B. Les effets

---

- 499 Dispense d'exécution.** Le sursis équivaut à une dispense totale ou partielle d'exécution de la peine : cette dispense est immédiate **(1)** mais conditionnelle, en ce sens que le condamné ne doit pas faire l'objet d'une nouvelle condamnation durant la période de sursis, s'il souhaite que sa dispense devienne définitive **(2)**.

### **1. Une dispense immédiate d'exécution**

**500 Maintien de la condamnation.** Que le sursis soit total ou partiel, la suspension de l'exécution de la peine est immédiate ; cela a pour conséquence, par exemple que le sursitaire qui était éventuellement en détention provisoire, avant sa condamnation, sera immédiatement remis en liberté (C. pr. pén., art. 471). Néanmoins, il n'est sursis qu'à l'exécution de la peine : la condamnation subsiste donc et produit effet. Ainsi, elle figure au bulletin n° 1 et, sauf dispense de mention décidée par le tribunal (C. pr. pén., art. 775), au bulletin n° 2 du casier judiciaire ; elle peut dès lors constituer un premier terme de récidive. De même les incapacités, interdictions et déchéances résultant de plein droit de la condamnation demeurent et les dommages-intérêts sont dus à la partie civile (C. pr. pén., art. 736).

### **2. Une dispense conditionnelle d'exécution**

**501 Délai d'épreuve.** La suspension est soumise à une condition d'absence de rechute pendant un délai dit « d'épreuve » ou d'attente ; faute de quoi le sursis pourra être révoqué. Ce délai d'épreuve court à compter de la date où la condamnation devient définitive et sa durée, ainsi que les causes de révocation sont variables : si la condamnation assortie du sursis est une condamnation pour un crime ou un délit, le condamné ne doit pas commettre, dans un délai de 5 ans, un crime ou un délit de droit commun assorti d'une condamnation ayant ordonné la révocation des sursis (C. pén., art. 132-35). Si la condamnation assortie du sursis était une condamnation pour contravention de la cinquième classe, le condamné ne doit pas commettre dans un délai de 2 ans, une nouvelle contravention de la 5<sup>e</sup> classe, ni à plus forte raison un crime ou un délit assorti d'une condamnation sans sursis (C. pén., art. 132-37).

**502 Cumul de sursis.** Des règles qui précèdent l'on déduit que si la nouvelle condamnation intervenue pendant le délai d'épreuve est une condamnation avec sursis, le sursis n'est pas révoqué et il y a alors *cumul de sursis*<sup>4</sup>. Dans l'absolu les sursis peuvent se cumuler

---

1. Ph. Salvage, « Le cumul de sursis », RSC 1978. 13 s.

aisément (on cite souvent ce cas d'un homme qui aurait totalisé 52 années d'emprisonnement avec sursis !). La Cour de cassation l'a d'ailleurs confirmé dans une espèce où se posait la question de savoir si une peine d'emprisonnement ferme convertie en peine d'emprisonnement assortie d'un sursis avec obligation d'accomplir un travail d'intérêt général pouvait ou non entraîner la révocation du sursis accordé par une condamnation antérieure. La Cour a répondu par la négative, au motif « qu'il résulte de l'article 132-35 du Code pénal que seule une peine ferme d'emprisonnement peut révoquer un sursis simple antérieurement prononcé »<sup>1</sup>.

- 503 Révocation.** Jusqu'à l'entrée en vigueur de la loi de 2014 relative à l'individualisation des peines, en cas de nouvelle condamnation ferme, il y avait révocation de plein droit du sursis : le condamné devait alors exécuter, sans qu'elles se confondent à la fois la première peine – jusque-là suspendue – et la deuxième peine – qui pouvait éventuellement être aggravée du fait de la récidive. Toutefois, cette automaticité n'était pas absolue : tout d'abord, lorsque la nouvelle peine n'était pas une peine privative de liberté, la révocation du sursis n'était possible que si la peine précédente était une autre peine que l'emprisonnement. Ensuite, la juridiction qui prononçait une nouvelle condamnation pouvait toujours, *par décision spéciale et motivée*, écarter la révocation du sursis antérieur ou décider que la révocation ne sera que partielle, pour une « durée » qu'elle déterminait (C. pén., art. 132-38). En l'absence de décision sur ce point, le condamné pouvait demander ultérieurement une dispense de révocation ; ce qui avait pour conséquence que la condamnation était réputée non avenue malgré la nouvelle condamnation<sup>2</sup>. Néanmoins, le juge était libre d'accorder ou non cette dispense de révocation, et il pourrait même l'accorder et en limiter les effets à l'un ou plusieurs des sursis antérieurement accordés. Désormais, les choses seront plus simples puisque la révocation du sursis simple ne sera plus automatique, elle devra

1. Crim. 28 avr. 2011, n° 10-87.481, *RPDP* 2011. 379, obs. X. Pin ; V. déjà en ce sens Crim. 19 déc. 1991, *Bull. crim.* n° 491.

2. Crim. 23 janv. 1985, *JCP* 1986. II. 20535, note Ph. Salvage.

être décidée par la juridiction prononçant la nouvelle condamnation, afin d'éviter, selon l'exposé des motifs de la nouvelle loi, « des révocations intervenant en aveugle de façon inopportune, alors même que le tribunal n'en avait pas connaissance ». Ces nouvelles dispositions (C. pén., art. 132-36 s.) favoriseront effectivement l'individualisation même si elles révèlent les lacunes de l'administration de la justice (liée notamment au délai d'enregistrement des décisions au casier judiciaire – ce qui explique que parfois une nouvelle condamnation intervient alors que la précédente avec sursis n'était pas enregistrée). Du reste, lorsque la juridiction de jugement n'a pas statué sur la révocation du sursis parce qu'elle n'avait pas connaissance de la première condamnation, la loi de 2014 permet au procureur de la République de saisir le tribunal correctionnel d'une requête motivée tendant à sa révocation (C. pr. pén., art. 735).

- 504 Absence de révocation.** Enfin, si aucune décision de révocation n'intervient, la suspension de peine devient définitive, la condamnation est « réputée non avenue » (C. pén., art. 132-35), même si le sursis simple n'a été accordé que pour une partie de la peine (C. pén., art. 132-39). En raison du non-avenue, les peines prononcées ne seront pas subies et la condamnation sera effacée : elle ne s'opposera plus à l'octroi d'un sursis pour une condamnation prononcée à l'avenir et ne figurera plus au bulletin n° 2. En revanche, la Cour de cassation estime qu'« une condamnation assortie du sursis avec mise à l'épreuve, bien que réputée non avenue, peut constituer le premier terme de la récidive »<sup>1</sup>. Cette solution déjà évoquée<sup>2</sup> semble devoir s'appliquer au sursis simple<sup>3</sup>. Toutefois, les incapacités, interdictions et déchéances cesseront d'avoir effet du jour où la condamnation sera réputée non avenue. Néanmoins, cette dernière règle ne s'applique pas au suivi socio-judiciaire ni à la peine d'interdiction d'exercer une activité professionnelle ou bénévole impliquant un contact habituel avec des mineurs (C. pr. pén., art. 736, al. 2). Enfin, si le sursis

1. Crim. 11 févr. 2011, n° 10-81.781, *JCP* 2011. 346, note J.-H. Robert ; *RPDP* 2011. 373, obs. X. Pin.

2. V. ss 476.

3. : v. X. Pin, *RPDP* 2009. 433, obs. sous ; *D.* 2009. 501, note M. Léna ;.

ne concernait que l'emprisonnement, l'amende ou les journaux restant dus et si le sursis ne concernait qu'une partie de l'amende, la partie non assortie du sursis reste due (C. pén., art. 132-39).

## § 2. Le sursis avec mise à l'épreuve (SME)

**505 Sursis probation.** Instauré en 1958, le sursis avec mise à l'épreuve (C. pén., art. 132-40 à 132-53 ; C. pr. pén., art. 738 s.) est un sursis probation, qui consiste à suspendre l'exécution d'un *emprisonnement* en ordonnant au condamné, personne physique, de se soumettre à une *épreuve*<sup>1</sup> après lui avoir notifié ses obligations et l'avoir averti des conséquences qu'entraînerait une nouvelle infraction commise pendant la durée de l'épreuve ou un manquement à ses obligations. Il convient de préciser les conditions de cette mise à l'épreuve **(A)**, ainsi que son issue **(B)**.

### A. Les conditions

**506 Conditions d'octroi.** Aux termes de l'article 132-41 du Code pénal, le sursis avec mise à l'épreuve n'est applicable qu'à l'*emprisonnement*<sup>2</sup> pour un crime ou un délit de droit commun (non pour infractions politiques ou militaires), d'une durée de cinq ans au plus pour les délinquants primaires<sup>3</sup>, ou, depuis la loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005, d'une durée de dix ans au plus pour les récidivistes (cette innovation permet d'imposer aux récidivistes une épreuve contre leur gré, alors qu'ils peuvent toujours refuser une libération conditionnelle). En outre, depuis la loi précitée du 12 décembre 2005, ce sursis comporte des conditions liées au passé pénal du délinquant. Ainsi, une personne ayant déjà fait l'objet de deux sursis avec mise à l'épreuve pour des délits iden-

1. La mise à l'épreuve ne se limite pas au sursis, elle se rencontre notamment avec l'ajournement de peine, le placement à l'extérieur, ou la libération conditionnelle. V. sur la notion, Ph. Salvage, « La mise à l'épreuve, une notion d'avenir », *Mélanges B. Bouloc*, Dalloz, 2007, p. 525 s. ; P. Couvrat, « Réflexions sur la mise à l'épreuve », *Mélanges J. Larguier*, PUG, 1993, p. 85 s.

2. Le sursis avec mise à l'épreuve n'est donc pas envisageable contre les personnes morales. Néanmoins, lorsque le texte le prévoit les personnes morales peuvent se voir infliger la peine de surveillance judiciaire (C. pén., art. 131-39).

3. Crim. 3 févr. 2004, *JCP* 2004. IV. 1595.

tiques ou assimilés, alors qu'elle était déjà en état de récidive légale ne pourra plus bénéficier de cette mesure ; et, en cas de crime ou de délit de violence volontaire, d'agression sexuelle, d'atteinte sexuelle ou de délit commis avec la circonstance aggravante de violence, il suffira que la personne, en état de récidive légale, ait fait l'objet d'un seul sursis avec mise à l'épreuve, pour un délit identique ou assimilé, pour que ce sursis ne puisse plus être prononcé. Ces règles sont toutefois écartées en cas de sursis partiel. Enfin, si le sursis est envisageable, le condamné doit être averti des conditions de l'épreuve et des conséquences de la commission d'une nouvelle infraction, ainsi que de la possibilité, en cas de bonne conduite, de voir sa condamnation déclarée non avenue.

- 507 Délai de l'épreuve.** Suivant l'article 132-42, alinéa 1<sup>er</sup>, la juridiction pénale fixe un délai d'épreuve compris entre 12 mois et 3 ans. Ce délai est porté à 5 ans pour les récidivistes et peut être porté à 7 ans en cas de seconde récidive (C. pén., art. 132-42). Il court à compter de la date à laquelle la condamnation devient exécutoire (C. pr. pén., art. 708). Mais si la juridiction prononce un sursis partiel (C. pén., art. 132-42), l'épreuve est suspendue pendant le temps où le condamné est incarcéré (C. pén., art. 132-43, al. 2), car les mesures de surveillance et d'assistance attachées au sursis probatoire ne peuvent s'exécuter cumulativement avec un emprisonnement ferme<sup>1</sup>. Depuis la loi du 12 décembre 2005, la partie non ferme de ce sursis partiel ne peut excéder cinq ans, alors qu'aucune limite n'était posée auparavant (C. pén., art. 132-42, al. 2).
- 508 Contenu de l'épreuve.** Le probationnaire doit se soumettre à des mesures de contrôle et d'assistance ainsi qu'à des obligations ou des interdictions particulières, voire le cas échéant, à un traitement médical. La liste des mesures de contrôle est fixée par l'article 132-44 du Code pénal modifié par la loi du 15 août 2014 : il s'agit de l'obligation de répondre aux convocations du juge de l'application des peines ou d'un travailleur social, d'accepter les visites des agents de probation, d'obtenir une autorisation du juge

1. Crim. 7 juin 1984, *Bull. crim.* n° 249 ; D. 1985. IR 66, obs. J.-M. R.

de l'application des peines pour tout changement d'emploi ou de résidence, lorsque le changement est de nature à mettre obstacle à l'exécution des obligations ; et d'informer celui-ci de tout départ à l'étranger. Quant aux mesures d'aide, visées par l'article 132-46 du Code pénal, elles consistent à offrir au condamné une assistance matérielle et sociale par l'intermédiaire des travailleurs sociaux et des services pénitentiaires d'insertion et de probation, afin de favoriser son reclassement. En outre, la juridiction peut imposer au probationnaire une ou plusieurs obligations ou interdictions figurant dans la liste limitative (mais en régulière extension) de l'article 132-45 du Code pénal, à savoir : exercer une activité professionnelle déterminée ou suivre une formation ; établir sa résidence en un lieu déterminé ; se soumettre à des examens et traitements médicaux, même sous le régime de l'hospitalisation, lorsqu'il apparaît que le condamné fait usage de stupéfiants ou fait une consommation habituelle et excessive de boissons alcooliques ; contribuer aux charges familiales et acquitter les pensions alimentaires ; réparer le préjudice subi par la victime ; justifier du paiement des sommes dues à la suite de la condamnation ; remettre ses enfants à la personne qui en a la garde ; accomplir un stage de citoyenneté ; ne pas conduire certains véhicules ; s'inscrire et se présenter, avec son accord, aux épreuves du permis de conduire après avoir suivi, le cas échéant des leçons de conduite ; s'abstenir de paraître en tout lieu désigné ; ne pas se livrer à des paris ni prendre part à des jeux d'argent et de hasard ; ne pas fréquenter les débits de boissons ; ne pas fréquenter certains condamnés, notamment les auteurs ou complices de l'infraction ; s'abstenir d'entrer en relation avec certaines personnes, notamment la victime ; ne pas détenir ou porter d'arme ; ne pas publier un ouvrage portant sur l'infraction, ni faire d'intervention publique quant à cette infraction (pour les atteintes volontaires à la vie et les atteintes ou agressions sexuelles) ; remettre ses enfants entre les mains de ceux auxquels la garde a été confiée par décision de justice ; accomplir un stage de citoyenneté ; ou en cas d'infraction commise soit contre son conjoint, son concubin ou son partenaire lié par un pacte civil de solidarité, soit contre ses enfants ou ceux de son conjoint, concubin ou partenaire, résider hors du domicile ou de la résidence du couple

et, le cas échéant, s'abstenir de paraître dans ce domicile ou cette résidence ou aux abords immédiats de celui-ci, ainsi que, si nécessaire, faire l'objet d'une prise en charge sanitaire, sociale ou psychologique ; ces dernières dispositions sont également applicables lorsque l'infraction est commise par l'ancien conjoint ou concubin de la victime, ou par la personne ayant été liée à elle par un pacte civil de solidarité, le domicile concerné étant alors celui de la victime. La liste comporte aussi les obligations suivantes : accomplir à ses frais un stage de responsabilisation pour la prévention et la lutte contre les violences au sein du couple et sexistes ; obtenir l'autorisation préalable du juge de l'application des peines pour tout déplacement à l'étranger ; ou encore respecter les conditions d'une prise en charge sanitaire, sociale, éducative ou psychologique, destinée à permettre sa réinsertion et l'acquisition des valeurs de la citoyenneté ; cette prise en charge peut, le cas échéant, intervenir au sein d'un établissement d'accueil adapté dans lequel le condamné est tenu de résider (cette dernière disposition permet la mise en place des stages dits de « déradicalisation »).

Enfin, la loi du 10 août 2007 avait prévu que, sauf décision contraire de la juridiction, tout probationnaire condamné pour une infraction pour laquelle le suivi socio-judiciaire était encouru devait être soumis à une injonction de soins, s'il était susceptible de faire l'objet d'un traitement et s'il y consentait (C. pén., anc. art. 132-45-1)<sup>1</sup>. Mais la loi du 10 mars 2010 a abrogé cette disposition car le sursis avec mise à l'épreuve contenait déjà à titre facultatif l'obligation de se soumettre à des mesures d'examen médicaux, de traitement ou de soins, même sous le régime de l'hospitalisation (C. pén., art. 132-45, 3°). Certes, ces dernières dispositions concernaient en réalité les toxicomanes, ce que le législateur de 2010 est venu préciser (CSP, art. L. 3413-1 à L. 3413-4), alors que l'injonction de soins de l'article 132-45-1 du Code pénal relevait de la prévention de la délinquance sexuelle (CSP, art. L. 3711-1 à L. 3711-5), mais le législateur a préféré prévenir tout risque de confusion, en supprimant le sursis qu'il venait de créer.

---

1. Ph. Salvage, « Le sursis d'épreuve avec injonction de soins », *Dr. pénal* 2009. Chron. 2.

- 509 Motivation.** Il est notable que le choix de ces obligations particulières n'a pas à être motivé, la Cour de cassation estimant que « l'exigence selon laquelle (...) toute peine doit être motivée au regard de la gravité des faits, de la personnalité de leur auteur et de sa situation personnelle, s'applique au prononcé de cette peine, et non au choix de ses modalités que sont les obligations prévues à l'article 132-45 du Code pénal, lesquelles sont susceptibles d'être modifiées par le juge de l'application des peines »<sup>1</sup>. On peut regretter cette position précisément parce que la motivation pourrait être un guide pour le juge de l'application des peines, au moment où il envisage de modifier les modalités de l'épreuve.
- 510 Notification.** Les obligations du sursis avec mise à l'épreuve doivent tout au plus être notifiées au condamné (C. pén., art. 132-40 al. 2), mais le défaut de notification a pour seule sanction l'inopposabilité de ces obligations au condamné jusqu'à leur notification régulière par le juge de l'application des peines (JAP) ou le service pénitentiaire d'insertion et de probation (SPIP)<sup>2</sup>.
- 511 Déroulement de l'épreuve.** Dans le délai imparti, l'épreuve se déroule sous le contrôle du juge de l'application des peines, lequel peut ajouter à tout moment des obligations particulières puisées dans l'article 132-45 du Code pénal (C. pr. pén., art. 739). Lorsque le condamné ne se soumet pas aux mesures de contrôle ou aux obligations particulières imposées en application de l'article 739 du Code de procédure pénale, ou lorsqu'il a commis une infraction suivie d'une condamnation à l'occasion de laquelle la révocation du sursis n'a pas été prononcée, le juge de l'application des peines peut d'office ou sur réquisition du parquet prolonger le délai (C. pr. pén., art. 742), mais celui-ci ne peut alors dépasser trois ans (C. pr. pén., art. 743). Le juge de l'application des peines peut aussi révoquer lui-même le sursis en cas d'échec de l'épreuve (C. pr. pén., art. 742).

1. Crim. 22 nov. 2017, n° 16-83549, *Gaz. Pal.* 2018, n° 3, p. 47, obs. E. Dreyer.

2. Crim. 18 oct. 2017, n° 16-87123, *Dr. pénal* 2017, comm. 187, obs. V. Peltier ; *AJ Pénal* 2017. 559, obs. J. Ficara.

## B. L'issue

**512 En cas d'échec de l'épreuve.** En cas d'échec de l'épreuve, la révocation du sursis peut être prononcée soit par le juge de l'application des peines (C. pr. pén., art. 742), soit par la juridiction de condamnation (C. pén., art. 132-47). Le juge de l'application des peines est compétent d'abord si le probationnaire n'a pas satisfait aux mesures de contrôle et aux obligations particulières qui lui étaient imposées, étant précisé que tout manquement à ces obligations, commis après que la mise à l'épreuve est devenue exécutoire, peut justifier la révocation. Toutefois, si cette révocation intervient alors que la condamnation n'avait pas acquis un caractère définitif et venait à être infirmée ou annulée, elle devient caduque. En dehors de ce cas, le sursis peut être révoqué, en totalité ou en partie, par la juridiction de jugement, après avis du juge de l'application des peines, si le condamné commet, au cours du délai d'épreuve (et après que la condamnation est devenue définitive), un crime ou un délit de droit commun suivi d'une condamnation à une peine sans sursis (C. pén., art. 132-48)<sup>1</sup>. On retiendra que, dans ce cas, la nouvelle condamnation doit être ferme pour qu'il y ait révocation. Dans le cas contraire, il y aura cumul de sursis, sauf si le juge de l'application des peines prononce à son tour la révocation, dans les conditions prévues aux articles 132-49 et 132-51 du Code pénal<sup>2</sup>. En toutes hypothèses, la révocation est facultative et ne constitue pas une sanction ayant le caractère d'une punition<sup>3</sup>. Le législateur de 2014 a, du reste, permis au juge d'ordonner plusieurs fois une révocation partielle (C. pén. art. 132-49). Enfin, si la juridiction ordonne la révocation totale ou partielle, elle peut faire incarcérer la personne sur décision spéciale et motivée (C. pén., art. 132-51) ; c'est alors la première condamnation qui sera exécutée en premier, sauf dispense d'exécution par décision spéciale et motivée (C. pén., art. 132-50). À noter enfin, que la révocation d'un sursis entraînait aussi la révocation des précédents, mais le législateur de 2014 a souhaité mettre fin à ces révocations en

1. Le cas échéant, la mesure d'interdiction du territoire est exécutoire de plein droit (C. pén., art. 132-48, al. 2).

2. Pour une illustration, V. Crim. 26 nov. 2014, n° 14-82140, *AJ Pénal* 2015, 251, obs. J. Lasserre Capdeville.

3. Cons. Const., 10 nov. 2017, n° 2017-671 QPC, *Dr. pénal* 2018, Y. Carpentier, Étude 1

cascade automatiques (C. pén., art. 132-50). C'est une bonne chose du point de vue de l'individualisation, mais l'on est en droit de se demander s'il n'aurait pas plutôt fallu abolir le cumul de sursis car il y aura dans le choix de révoquer ou non un risque d'arbitraire.

- 513 En cas de réussite de l'épreuve.** En cas de réussite de l'épreuve, la condamnation comportant le sursis est réputée non avenue, de sorte qu'elle ne fera pas obstacle à un nouveau sursis, et sera supprimée du bulletin n° 2. Il est à noter en outre que la notion de réussite à l'épreuve est entendue de façon extensive, puisqu'aux termes de l'article 132-52 du Code pénal, la condamnation assortie du sursis avec mise à l'épreuve est réputée non avenue lorsque le condamné n'a pas fait l'objet d'une décision ordonnant la totalité de l'emprisonnement. Autrement dit, en l'absence de révocation totale, la condamnation disparaîtra complètement à l'issue du délai d'épreuve. Toutefois, selon la jurisprudence, le non-avenu ne s'oppose plus à ce que la condamnation constitue le premier terme d'une récidive<sup>1</sup>. Enfin, la loi du 15 août 2014 a ajouté que le caractère non-avenu de la condamnation ne fait pas obstacle non plus à la révocation totale ou partielle du SME, dès lors que le manquement ou l'infraction ont été commis avant l'expiration du délai d'épreuve (C. pén. art. 132-52, al. 3). Cette disposition permet de compenser les lenteurs de la justice et gomme l'effet automatique du non-avenu.

### **§ 3. Le sursis assorti de l'obligation d'accomplir un travail d'intérêt général (STIG)**

- 514 Épreuve particulière.** Le dernier né des sursis est le sursis assorti de l'obligation d'accomplir un travail d'intérêt général (C. pén., art. 132-57 s. ; C. pr. pén., art. 747-1 et 747-2). Introduit avec le travail d'intérêt général (TIG), peine alternative, en 1983, il s'agit d'une forme de sursis avec mise à l'épreuve, qui présente notamment la particularité d'être consenti. Son régime a été légèrement

---

1. V. ss 504.

retouché par la loi pénitentiaire de 2009 et la loi de 2014 sur l'individualisation des peines et l'efficacité des sanctions pénales ; il peut être prononcé par la juridiction de jugement *ab initio* mais aussi comme nous le verrons plus loin sur conversion de la peine par le juge de l'application des peines<sup>1</sup>. Seul le premier cas doit nous retenir ici. Voyons-en les conditions **(A)** et l'issue **(B)**.

## A. Les conditions

---

**515 Conditions.** Aux termes de l'article 132-54 du Code pénal, la juridiction peut dans les conditions et selon les modalités des articles 132-40 et 132-41, assortir le sursis de l'obligation d'accomplir un travail d'intérêt général (STIG) pour une durée de 20 à 280 heures, 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. Et le texte ajoute que ce STIG « ne peut être ordonné lorsque le prévenu le refuse ou n'est pas présent à l'audience »<sup>2</sup>. Ce consentement devrait être recueilli d'autant plus scrupuleusement que le cercle des bénéficiaires potentiels du STIG est large. En effet, les délinquants susceptibles de bénéficier d'un STIG sont tous ceux, même mineurs (Ord. 2 févr. 1945, art. 20-5), qui encourent une condamnation à l'emprisonnement *pour crime ou délit de droit commun*, à condition que la durée de l'emprisonnement n'excède pas cinq ans. Leur passé judiciaire n'importe pas, y compris nous semble-t-il, s'ils sont récidivistes. Certes, le texte renvoie à l'article 132-41 du Code pénal, lequel interdit de prononcer un deuxième ou un troisième SME à l'encontre d'un récidiviste, mais il nous semble que cette dernière interdiction ne concerne pas le STIG car, comme le soulignent d'éminents spécialistes, « il serait paradoxal qu'un récidiviste qui pourra toujours être condamné à un simple TIG, ne puisse l'être à

---

1. V. ss 559.

2. Encourt donc la cassation, l'arrêt qui sur le seul appel du ministère public, confirme, en l'absence du prévenu à l'audience, le jugement ayant prononcé un emprisonnement assorti d'un STIG, Crim. 10 nov. 2009, n° 09-85.560.

un sursis-TIG »<sup>1</sup>. Quoi qu'il en soit, depuis la loi n° 2016-731 du 3 juin 2016, comme pour le TIG peine alternative, ce sursis peut aussi être prononcé lorsque le prévenu, absent à l'audience, « a fait connaître par écrit son accord et qu'il est représenté par son avocat ». Dans ce cas, le juge ne peut plus faire œuvre de pédagogie en expliquant au prévenu les enjeux d'un tel sursis et les conséquences de l'inexécution du TIG.

- 516 Épreuve.** Lorsque le STIG est prononcé, il emporte dispense totale d'exécution de la peine d'emprisonnement (C. pén., art. 132-56) : le sursis partiel n'est pas possible<sup>2</sup>. Le sursitaire doit satisfaire aux obligations du travail d'intérêt général, en effectuant un travail non rémunéré au profit de la collectivité, pour une durée, comprise pour les majeurs entre 20 et 280 heures. Il doit également satisfaire aux mesures de contrôle de l'article 132-55 du Code pénal, c'est-à-dire l'obligation de répondre aux convocations du juge ou du travailleur social désigné, de se soumettre à un examen médical pour vérifier son aptitude au travail, de justifier de ses changements d'emploi ou de résidence qui feraient obstacle au TIG, d'obtenir l'autorisation du juge de l'application des peines pour tout déplacement qui pourrait faire obstacle au TIG et de recevoir les visites du travailleur social et de lui communiquer tous documents ou renseignements relatifs à l'exécution de la peine. Enfin, le sursitaire peut se voir imposer par la juridiction de jugement les obligations particulières du sursis avec mise à l'épreuve de l'article 132-45 du Code pénal, dans un délai qui ne peut excéder 18 mois (C. pén., art. 132-55). Le juge de l'application des peines peut prolonger le délai d'épreuve sans dépasser 18 mois (C. pr. pén., art. 747-2) ; il peut même convertir le STIG en jours-amendes d'office ou à la demande de l'intéressé, (C. pr. pén., art. 747-1-1)<sup>3</sup>, comme il peut convertir les jours-amende en STIG (C. pr. pén., art. 747-1-2).

1. En ce sens F. Deportes, F. Le Gunehec, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 1007 ; *contra* B. Bouloc, *Droit pénal général*, 20<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2007, n° 754, p. 594.

2. Crim. 25 mars 1987, *Bull. crim.* n° 44.

3. V. ss 562.

## B. L'issue

---

**517 Accomplissement du TIG.** Sauf conversion, le sursitaire doit accomplir son épreuve. Depuis la loi du 24 novembre 2009, *l'accomplissement de la totalité du travail*, avant l'expiration du délai fixé par le juge, ne rend plus la condamnation non avenue, les mesures de contrôle et les obligations pouvant donc se poursuivre jusqu'au terme de la mesure (C. pén., art. 132-54). Auparavant, seule la juridiction de condamnation pouvait décider que les obligations imposées au condamné perdureraient au-delà de l'accomplissement de son travail d'intérêt général, ce qui poussait certains juges de l'application des peines à empêcher le condamné d'exécuter intégralement leur TIG pour pouvoir maintenir les obligations particulières essentielles à la protection de la société. Enfin, et à l'inverse, lorsque l'épreuve incluant le TIG n'est pas satisfaite, la révocation totale ou partielle du sursis peut être ordonnée, conformément aux règles en vigueur pour le sursis avec mise à l'épreuve (C. pén., art. 132-56). Le nouvel article 132-57 du Code pénal prévoit cependant que l'exécution partielle d'un TIG pourra donner lieu à une conversion de la partie non exécutée en jours-amendes sur décision du juge de l'application des peines (cela devrait concerner l'hypothèse du condamné qui interrompt son TIG pour une autre activité professionnelle).

### SECTION 3

---

## L'AMÉNAGEMENT DE LA PEINE

---

**518 Peine inférieure ou égale à deux ans ou un an en cas de récidive.** Pour faciliter la réinsertion du condamné, la juridiction de jugement peut prononcer une peine en décidant qu'elle sera aménagée. En matière correctionnelle, cet aménagement de peine *ab initio* est même devenu obligatoire ; l'article 132-19, alinéa 1 du Code pénal issu de la loi d'août 2014 dispose en effet qu'en cas d'emprisonnement sans sursis, la peine doit, si la personnalité et la situation du condamné le permettent et sauf impossibilité matérielle, faire

l'objet d'une mesure d'aménagement<sup>1</sup>. Il est désormais prévu qu'en cas de délivrance d'un mandat de dépôt ou d'arrêt, les peines privatives de liberté peuvent être immédiatement aménagées sans attendre que la condamnation soit exécutoire en application de l'article 707, sous réserve du droit d'appel suspensif du ministère public prévu à l'article 712-14 (C. pr. pén., art. 705-5). Il est vrai que le projet initial revenait sur une avancée de la loi pénitentiaire, en limitant la possibilité d'aménagement *ab initio* aux condamnations de moins de un an au lieu de deux ans depuis 2009 ; il diminuait également, dans les mêmes proportions, les possibilités d'aménagement par le juge de l'application des peines (C. pr. pén., art. 474, 723-15), au motif que cette procédure aurait pour effet de « ralentir le processus d'exécution des peines ». Cette position n'a finalement pas été retenue car le risque était d'accroître la population carcérale, sans réelle utilité sociale en termes de lutte contre la récidive, dans la mesure où il était inexact d'assimiler des peines de deux ans à de « lourdes peines ». Au contraire, une telle attitude tend à accréditer l'idée fautive qu'un aménagement de peine serait une faveur, alors qu'il s'agit d'une prise en charge.

Quoi qu'il en soit, les juridictions de jugement sont maintenant fortement incitées à aménager la peine *ab initio*. Ces mesures d'aménagements sont diverses et les conditions de leur octroi ont été considérablement élargies par la loi pénitentiaire. En effet, sauf pour les récidivistes<sup>2</sup>, la durée maximum de l'emprisonnement aménageable est passée d'un an à deux ans et les motifs d'octroi d'une mesure d'aménagement sont aujourd'hui plus nombreux qu'hier. Ces aménagements peuvent en outre concerner des peines mixtes ou une fraction seulement d'une peine d'emprisonnement ferme, en se combinant, par exemple, avec un sursis avec mise à l'épreuve partiel. D'une manière plus générale, lorsque les

1. Sur la motivation, V. ss 427.

2. Cette exclusion des récidivistes constitue une exclusion regrettable car elle contribue à faire renaître la notion surannée de « récidivistes incorrigibles » et à écarter du dispositif d'aménagement « les personnes les plus fragiles socialement et criminologiquement », V. en ce sens M. Janas, « Les dispositions relatives au prononcé et à l'application des peines de la loi n° 2009-1436 du 24 novembre 2009 », *Dr. pénal* 2010. Étude<sup>n</sup>1.

juges décident d'un aménagement, ils doivent choisir précisément le type de mesure et ne pas s'en remettre au juge de l'application des peines<sup>1</sup>. Ces mesures consistent soit en une segmentation de la peine : tel est le cas de la semi-liberté (§ 1) et du fractionnement de la peine (§ 2) ; soit en un placement en milieu ouvert, à savoir un placement dit « à l'extérieur » (§ 3), ou un placement sous surveillance électronique (§ 4).

## § 1. La semi-liberté

**554 Domaine.** Aux termes de l'article 132-25 du Code pénal, la semi-liberté peut être décidée lorsque la juridiction prononce une peine d'emprisonnement sans sursis, d'une durée inférieure ou égale à deux ans (ou un an pour les récidivistes). Si l'emprisonnement est assorti d'un sursis partiel, la semi-liberté peut également être accordée pour la partie ferme de l'emprisonnement, si elle ne dépasse pas deux ans<sup>2</sup>. Pour pouvoir en bénéficier, le condamné doit justifier soit de l'exercice d'une activité professionnelle, même temporaire, du suivi d'un stage ou de son assiduité à un enseignement, à une formation professionnelle ou à la recherche d'un emploi ; soit de sa participation essentielle à la vie de sa famille ; soit de la nécessité de suivre un traitement médical ; soit de l'existence d'efforts sérieux de réadaptation sociale résultant de son implication durable dans tout autre projet caractérisé d'insertion ou de réinsertion de nature à prévenir les risques de récidive.

**520 Modalités.** Le condamné sous le régime de la semi-liberté quitte, dans la journée, l'établissement pénitentiaire sans surveillance particulière afin de pouvoir accomplir les obligations pour lesquelles la semi-liberté a été octroyée, mais il est astreint à regagner l'établissement lorsque sa présence à l'extérieur n'est plus nécessaire (le soir et le week-end). En outre, depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2005, la juridiction de jugement peut soumettre le condamné aux obligations du sursis avec mise à l'épreuve des articles 132-43 à

1. Crim. 20 avr. 2017, n° 16-80091, *Dr. pénal* 2017, comm. 100, obs. E. Bonis-Garçon.

2. Crim. 6 déc. 1994, *Bull. crim.* n° 395.

132-46 du Code pénal (C. pén., art. 132-26, al. 3). Enfin, le suivi de cette mesure relève du juge de l'application des peines, lequel peut décider de la retirer si les conditions de son bénéficiaire ne sont plus remplies, si le condamné ne satisfait pas aux obligations qui lui sont imposées ou s'il fait preuve de mauvaise conduite (C. pr. pén., art. 723-2) ; un tel retrait sera décidé après débat contradictoire (C. pr. pén., art. 712-6) et conduira à l'emprisonnement effectif du condamné.

## § 2. Le fractionnement de la peine

- 521 Motifs graves.** Lors du prononcé de la condamnation, la juridiction de jugement peut autoriser l'exécution fractionnée de la peine (C. pén., art. 132-27 et 132-28). Cette discontinuité dans l'exécution de la peine vise à favoriser le traitement du délinquant mais ne concerne que certaines condamnations et peut être modifiée en cours d'exécution (C. pr. pén., art. 720-1). Les condamnations susceptibles d'être fractionnées sont l'emprisonnement, l'amende, les jours-amendes, et de manière plus restrictive la suspension du permis de conduire.
- 522 Fractionnement de l'emprisonnement.** Seul peut être fractionné l'emprisonnement prononcé pour un délit (non un crime) d'une durée maximale de deux ans – un an pour les récidivistes – pour « motif d'ordre médical, familial, professionnel ou social » (C. pén., art. 132-27) ; la « gravité » des motifs a disparu avec la loi pénitentiaire. Concrètement, le condamné exécutera sa peine par fractions d'une durée minimale de deux jours, réparties sur une durée maximale de quatre ans au plus (contre trois ans avant la loi pénitentiaire). Ce fractionnement permet notamment au condamné de conserver son travail et d'être incarcéré en fin de semaine. En outre, il est notable que les obligations du suivi socio-judiciaire – qui comporte notamment l'injonction de soins – sont applicables (C. pr. pén., art. 763-7). Enfin, le condamné qui ne se rendrait pas à l'établissement pénitentiaire se rendrait coupable d'évasion (C. pén., art. 434-29, 3°).
- 523 Fractionnement de l'amende et des jours-amende.** Les amendes prononcées pour délit ou contravention peuvent être fractionnées

« pour motif grave d'ordre médical, familial, professionnel ou social », sur une période qui ne saurait dépasser trois ans. De même, et pour les mêmes motifs, la peine de jours-amende peut être fractionnée, ce qui permet de fixer différentes échéances (C. pén., art. 132-28).

- 524 Fractionnement de la suspension du permis de conduire.** Enfin, selon l'article 132-28 du Code pénal, pour les mêmes motifs, le fractionnement de la peine de suspension du permis de conduire est théoriquement possible. Il s'agit de ce que l'on appelle couramment la pratique des « permis blancs », lesquels peuvent être obtenus également au moyen d'un sursis partiel<sup>1</sup>. Néanmoins, le texte précise que ce fractionnement « n'est toutefois pas possible en cas de délits ou de contraventions pour lesquels la loi ou le règlement prévoit que cette peine ne peut pas être limitée à la conduite en dehors de l'activité professionnelle ». Or tel est le cas depuis 2003 de la plupart des infractions au Code de la route.

### § 3. Le placement à l'extérieur

- 525 Domaine.** Dans les mêmes cas qui ouvrent droit à la semi-liberté à savoir une peine prononcée inférieure ou égale à deux ans et des conditions d'emploi, de formation, de santé ou de vie de famille analogues, la juridiction de jugement peut également décider que la peine d'emprisonnement sera exécutée sous le régime du placement à l'extérieur (C. pén., art. 132-25, al. 2).
- 526 Modalités.** Ce placement est l'héritier des « chantiers extérieurs » créés par une loi du 4 février 1893, et qui étaient à l'origine consacrés à la construction et la réfection des prisons. Leur objet est aujourd'hui plus large, puisque le condamné admis au bénéfice du placement à l'extérieur est employé en dehors d'un établissement pénitentiaire à des « travaux » contrôlés par l'administration (C. pén., art. 132-26, al. 2). À noter que ce placement peut être doublé d'une mise à l'épreuve, puisque la juridiction de jugement peut soumettre le condamné aux obligations du sursis avec mise à l'épreuve des articles 132-43 à 132-46 du Code pénal (C. pén.,

1. V. ss 497.

art. 132-26, al. 3). Enfin, le suivi de la mesure relève du juge de l'application des peines, qui pourra, pour les mêmes raisons qu'en matière de semi-liberté (disparition des conditions d'octroi, non-respect des obligations, mauvaise conduite) et selon les mêmes modalités (débat contradictoire) décider de son retrait (C. pr. pén., art. 723-2).

## § 4. Le placement sous surveillance électronique

- 527 Domaine.** Comme pour la semi-liberté et le placement à l'extérieur, la juridiction de jugement, qui prononce une peine égale ou inférieure à deux ans d'emprisonnement ou un emprisonnement assorti d'un sursis simple ou d'un sursis avec mise à l'épreuve partiel, lorsque la partie ferme n'excède pas deux ans, peut décider, à l'égard du condamné qui présente les mêmes justifications d'ordre professionnel, familial, médical ou social (notamment qui fait preuve d'efforts sérieux de réadaptation sociale résultant de son implication durable dans un projet d'insertion ou de réinsertion de nature à prévenir les risques de récidive...), que son emprisonnement sera exécuté sous le régime du placement sous surveillance électronique fixe (C. pén., art. 132-26-1)<sup>1</sup>. L'idée est d'éviter un court passage en prison forcément désocialisant, tout en restreignant la liberté du condamné. Cette mesure s'est généralisée ces dernières années : d'abord modalité d'exécution des courtes peines d'emprisonnement décidée après coup<sup>2</sup>, puis modalité du contrôle judiciaire, le placement sous surveillance électronique apparaît désormais aussi comme une véritable mesure d'aménagement de l'emprisonnement pouvant être décidé *ab initio*. Dans tous les cas l'accord du prévenu est requis ; ce dernier est préalablement informé des modalités du placement et, le cas échéant, assisté d'un avocat (C. pén., art. 132-26-1, al. 3).
- 528 Modalités.** Le placement sous surveillance électronique emporte pour le condamné, interdiction de s'absenter de son domicile ou

1. V. par ex. Crim. 24 janv. 2007, *AJ pénal* 2007. 190, obs. M. Herzog-Evans.

2. V. ss 575.

de tout autre lieu décidé par le juge de l'application des peines en dehors des périodes fixées par celui-ci (C. pr. pén., art. 723-7-1). Ces périodes sont aménagées pour lui permettre d'exercer son activité professionnelle, de suivre sa formation ou son traitement médical ou de participer à sa vie de famille (C. pén., art. 132-26-2). En outre, la mesure emporte obligation de répondre aux convocations de toute autorité publique désignée par le juge de l'application des peines. Enfin, la juridiction peut doubler ce placement, d'une mise à l'épreuve, en imposant au condamné les obligations du sursis avec mise à l'épreuve (C. pén., art. 132-26-3). Le juge de l'application des peines en contrôle l'exécution et il peut en retirer le bénéfice si les conditions de son octroi ne sont plus remplies, si le condamné ne satisfait pas aux obligations et interdictions qui lui sont imposées, s'il fait preuve de mauvaise conduite, s'il refuse une modification des conditions d'exécution ou s'il en fait la demande (C. pr. pén., art. 723-7-1). Par ailleurs, le juge d'application des peines peut, d'office ou à la demande du condamné, et après avis du procureur de la République, modifier les conditions d'exécution du placement sous surveillance électronique ainsi que les obligations particulières qui l'assortissaient (C. pr. pén., art. 723-11). Il peut aussi en fonction de la personnalité du condamné et des moyens disponibles, revenir sur la décision de condamnation et substituer au placement sous surveillance électronique une mesure de semi-liberté ou de placement à l'extérieur. Ces passerelles – ou substitutions de peines en cascade<sup>1</sup> – montrent que la personnalisation de la répression l'emporte désormais amplement sur l'autorité de la chose jugée.

---

1. V. Ph. Salvage, « Réflexions sur les substitutions de peines en cascade », *Dr. pénal* 2006. Chron. 10 ; V. ss 566.

## SECTION 4

## L'EXCLUSION DE LA PEINE

**529 Exclusion conditionnelle ou définitive.** Les possibilités de personnalisation de la répression sont telles qu'elles peuvent même conduire à l'exclusion de la peine. Cette exclusion peut être soit pure et simple, lorsque les conditions de la dispense de peine sont remplies (§ 1), soit conditionnelle, lorsque le prononcé de la peine est ajourné (§ 2).

### § 1. La dispense de peine

**530 Conditions.** Aux termes de l'article 132-59 du Code pénal, et dans des conditions formelles fixées par le Code de procédure pénale (C. pr. pén., art. 469-1, 539 et 568) : « La dispense de peine peut être accordée 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. » Il s'agit d'un véritable pardon, laissé à la discrétion du juge<sup>1</sup> qui lui permet de tenir compte d'une situation de reclassement et d'apaisement, sans être lié par des conditions très contraignantes. Le juge doit seulement constater que le reclassement est acquis (ce qui du reste n'a guère de sens pour les personnes morales), que le préjudice est réparé et que l'ordre public n'est plus troublé<sup>2</sup>. Tel semble avoir été le cas dans une affaire remarquable qui concernait une ancienne ministre de l'Économie et des Finances jugée par la Cour de Justice de la République pour détournement de biens publics par négligence, pour n'avoir pas fait obstacle à une sentence arbitrale frauduleuse préjudiciable à l'État. Tout en reconnaissant sa culpabilité, la juridiction l'a dispensée de peine, indiquant qu'« il doit être tenu compte, pour l'appréciation de la peine, du contexte de crise financière mondiale dans lequel Madame L. a exercé ses fonctions

1. Sur les autres techniques de pardon, V. B. Vareilles, « Le pardon du juge répressif », *RSC* 1988. 876.

2. V. cependant *Crim.* 24 juin 2014, n° 13-84955 : *Gaz. Pal. Généraliste*, 2014, n° 267 à 268, p. 10, note R. Mésa (la chambre criminelle valide une dispense de peine au profit d'un prévenu déclaré coupable d'une infraction au Code la mutualité au motif notamment que celui-ci a agi « certes sans discernement suffisant mais avec cœur et dévouement total » aux personnes auxquelles il est venu en aide de manière répréhensible).

de ministre des finances » (disparition du trouble social), que « sa personnalité et sa réputation nationale et internationale doivent être également prises en compte en sa faveur » (reclassement acquis) et que « les conséquences préjudiciables aux finances publiques résultant de l'absence de recours en annulation de la sentence arbitrale frauduleuse ont pris fin dès lors que la rétractation de cette dernière a été prononcée par un arrêt définitif de la cour d'appel de Paris (...) » (réparation du dommage)<sup>1</sup>.

**531 Motivation.** D'une manière plus générale, on aurait pu penser que cette triple exigence de l'article 132-59 du Code pénal se doublait au plan procédural d'une exigence de motivation, afin que la décision soit bien comprise. Or la Cour de cassation a jugé qu'une juridiction de proximité « n'était pas tenue de motiver spécialement sa décision au regard de chacune des conditions prévues par l'article 132-59 du Code pénal » car la dispense de peine serait une faculté laissée à la libre appréciation des juges du fond<sup>2</sup>. Cette position est surprenante car elle confère au juge un pouvoir échappant à tout contrôle. Il aurait été plus sage de considérer que le juge ne doit certes aucun compte de sa décision de choisir ou non la dispense de peine mais qu'en cas de dispense, il soit tenu de la motiver au regard des conditions de l'article 132-59 du Code pénal.

**532 Domaine.** Le pouvoir du juge est d'autant plus grand que le domaine de la dispense de peine est vaste. Cette dispense peut en effet concerner toutes les sanctions en matière de délits et de contraventions (y compris lorsque la procédure d'amende forfaitaire a été suivie)<sup>3</sup> ; elle est applicable aux majeurs comme aux mineurs (y compris pour les mesures éducatives, Ord. 2 févr. 1945, art. 8 et 20-7) ; et aux personnes physiques comme aux personnes morales (C. pr. pén., art. 768-1, 3°). Elle ne concerne pas cependant la personne jugée « redevable » d'une amende, en vertu de

1. CJR, 19 déc. 2016, aff. 20016/0001, *JCP G* 2017, note Y. Mayaud (qui doute de la dernière condition de réparation du dommage, car si la rétractation de la sentence arbitrale litigieuse participe de la réparation, elle n'en est que le préalable, tant que les sommes – en l'occurrence 45 millions – dues par ceux qui ont indûment bénéficié de cette sentence n'ont pas été rendues).

2. Crim. 28 févr. 2018, n° 17-83554, *Gaz. Pal.* 2018, n° 16, p. 57, obs. E. Dreyer.

3. Crim. 9 juill. 1991, *Bull. crim.* n° 293.

l'article L. 121-3 du Code de la route, dans la mesure où celle-ci n'a pas été reconnue coupable<sup>1</sup>.

- 533 Effets.** L'effet de la dispense de peine est radical, puisqu'à l'exception de la confiscation des objets dangereux ou nuisibles, le juge ne pourra prononcer aucune autre peine (C. pén., art. 132-58). Seuls les frais du procès demeurent à la charge du coupable (C. pén., art. 132-59, al. 3)<sup>2</sup>. C'est dire que la dispense concerne non seulement la peine principale mais également les peines complémentaires et accessoires (C. pr. pén., art. 469-2) et que le juge ne peut en cantonner les effets<sup>3</sup>. Dès lors, si le juge souhaite seulement dispenser de la peine principale et prononcer des peines complémentaires, il ne peut que recourir à la technique substitutive des articles 131-11 et 131-18 du Code pénal. En toutes hypothèses, la déclaration de culpabilité demeure, avec toutes ses conséquences, notamment l'inscription au casier judiciaire, à moins que le juge fasse preuve d'une plus grande clémence et décide que la décision ne sera pas mentionnée au casier judiciaire (C. pén., art. 132-59, al. 2). Enfin, la dispense de peine peut aussi être l'issue favorable d'un ajournement du prononcé de la peine.

## § 2. L'ajournement du prononcé de la peine

- 534 Césure.** L'ajournement du prononcé de la peine participe d'une césure dans le procès pénal entre la déclaration de culpabilité et le prononcé de la peine<sup>4</sup> ; dans le Code pénal de 1994, il a été conçu principalement comme permettant de donner une chance au coupable d'éviter la sanction s'il faisait preuve d'amendement et mettait fin au trouble résultant de l'infraction. L'intérêt de

1. Crim. 8 mars 2016, n° 15-83561, *Gaz. Pal.* 2016, n° 27, p. 47, obs. S. Detraz.

2. V. Crim. 24 juin 2014, n° 13-84955 ; *Dr. pénal* 2014, comm. n° 149, obs. J.-H. Robert.

3. Crim. 27 nov. 1978, *Bull. crim.* n° 332. Ainsi, en matière d'amende forfaitaire majorée, les dispositions de l'article 530-1 du Code de procédure pénale sur le montant maximal de l'amende ne s'appliquent pas (Crim. 18 janv. 2006, *Dr. pénal* 2006, 51, obs. J.-H. Robert) ; de même, en matière d'infraction routière, en cas de dispense de peine, l'annulation automatique du permis de conduire ne peut avoir lieu car aucune condamnation n'est prononcée (Crim. 4 févr. 2004, *Dr. pénal* 2004, 86, obs. J.-H. Robert).

4. Pour approfondir, V. C. Saas, *L'ajournement du prononcé de la peine : césure et recomposition du procès pénal*, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2004.

l'institution résultait donc dans l'incitation à revenir sur le droit chemin, grâce à la perspective d'une exclusion de peine. Telle est toujours la philosophie de l'ajournement est simple **(A)**, de l'ajournement avec mise à l'épreuve **(B)** ou de l'ajournement avec injonction **(C)**. Mais en 2014, l'ajournement a été repensé comme un véritable outil d'individualisation de la peine, avec l'ajournement aux fins de d'investigations sur la personnalité **(D)** et l'ajournement aux fins de consignation d'une somme d'argent **(E)**.

## A. L'ajournement simple

- 535 Finalité.** L'ajournement simple est prévu par les articles 132-60 à 132-62 du Code pénal et (C. pr. pén., art. 469-1, 539 et 734). Il est destiné à des coupables dont on pense qu'ils ont de bonnes dispositions pour revenir dans le droit chemin assez rapidement de sorte que la peine, à terme, pourrait n'être pas nécessaire.
- 536 Domaine.** Plus précisément, l'ajournement simple est applicable aux personnes physiques, majeures ou mineures (Ord. 2 févr. 1945, art. 20-7) comme aux personnes morales, en matière de délits ou de contraventions, à trois conditions (C. pén., art. 132-60) : l'amendement du coupable doit être « en voie d'être acquis », le dommage causé doit être « en voie d'être réparé » – ce qui nécessite la présence du prévenu ou du représentant de la personne morale à l'audience pour vérification – et le trouble à l'ordre public résultant de l'infraction doit être sur le point de « cesser » (autrement dit, l'opinion populaire doit être apaisée)<sup>1</sup>.
- 537 Modalités.** L'ajournement du prononcé de la peine consiste en un report de la date à laquelle la juridiction qui a reconnu la culpabilité se prononcera sur la peine<sup>2</sup>. La présence physique du prévenu est indispensable tant à l'audience ayant prononcé l'ajournement, qu'à l'audience du prononcé de la peine<sup>3</sup>. La date de cette audience est fixée par la juridiction dans un délai d'un an (C. pén.,

1. Hormis ces conditions, aucune disposition légale n'impose de motiver l'ajournement, Crim. 18 mai 2004, *Dr. pénal* 2004. 139, obs. M. Véron.

2. Mais le délai d'appel contre la décision de culpabilité court dès que le jugement qui la contient est rendu, de sorte que la cour d'appel valablement saisie se prononcera elle-même sur la peine, Crim. 28 févr. 1991, *Bull. crim.* n° 101.

3. Crim. 11 mars 2009, *Dr. pénal* 2009. 75, obs. M. Véron.

art. 132-62). Néanmoins le dépassement de ce délai par les autorités judiciaires n'est pas sanctionné par la nullité car l'ajournement n'a pas pour but d'assurer l'impunité du coupable à l'expiration du délai<sup>1</sup>. Enfin, à l'audience de renvoi, la juridiction peut soit prononcer la peine prévue par la loi, soit ajourner une nouvelle fois – à condition que l'addition des délais ne dépasse pas un an –, soit enfin dispenser de peine (C. pén., art. 132-61), si le prévenu rapporte la preuve qu'il a rempli ses engagements<sup>2</sup>.

## B. L'ajournement avec mise à l'épreuve

- 538 Finalité.** L'ajournement avec mise à l'épreuve présente l'avantage de ne pas laisser le délinquant livré à lui-même sur la voie du reclassement, en le soumettant à certaines obligations, comme l'obligation d'indemniser la victime (C. pén., art. 132-63 à 132-65 ; C. pr. pén., art. 469-1, 539, 734 et 747-1). Il s'agit d'une institution de césure, proche de la probation anglo-saxonne<sup>3</sup>, ou de la probation belge de 1964<sup>4</sup>, mais soumis à des conditions plus étroites, qui font de lui, moins une sanction véritable, qu'une sorte de « pré-dispense » de peine.
- 539 Domaine.** L'ajournement avec mise à l'épreuve suppose en effet comme l'ajournement simple un reclassement en voie d'être acquis, un dommage en voie d'être réparé et un trouble à l'ordre public sur le point de cesser. Néanmoins, son champ d'application est plus étroit : il est exclu pour les personnes morales (C. pén., art. 132-63) – qui connaissent cependant la peine de surveillance judiciaire (C. pén., art. 131-39, 3°). Il était également, à l'origine, exclu pour les mineurs mais la loi du 12 décembre 2005 a supprimé cette exclusion (Ord. 2 févr. 1945, art. 20-7) et la loi du 5 mars 2007 a précisé qu'un tel ajournement pouvait donner lieu à une activité de jour (Ord. 2 févr. 1945, art. 16 *ter*).
- 540 Modalités.** L'épreuve consiste dans une série d'obligations à honorer avant la date de l'audience de renvoi, reportée au maximum

1. Crim. 3 oct. 1985, *JCP* 1985. II. 20447, note P. Chambon.

2. Crim. 16 oct. 1991, *Bull. crim.* n° 352 (le prévenu doit prouver qu'il a réparé le dommage, lorsqu'il en avait pris l'engagement lors de l'audience d'ajournement).

3. P. Couvrat, « Réflexions sur la mise à l'épreuve », *Mélanges J. Larguier*, PUG 1993, p. 85 s.

4. P. Cornil, « Sursis et probation », *RSC* 1965. 51.

à un an (C. pén., art. 132-65, al. 2). Ces obligations directement applicables par provision (C. pén., art. 132-63) sont les mêmes que celles du sursis avec mise à l'épreuve (C. pén., art. 132-44, 132-45 et 132-64)<sup>1</sup>. Ensuite, en cas d'inexécution, le probationnaire peut être provisoirement incarcéré, sur ordonnance du juge de l'application des peines, en attendant que le tribunal statue par anticipation sur la peine (C. pr. pén., art. 747-3). Enfin, à l'issue de l'épreuve, le tribunal se prononcera sur le sort du condamné, en tenant compte de la conduite du coupable au cours de l'épreuve et, selon le cas, il pourra soit ajourner une nouvelle fois, soit prononcer la peine prévue par la loi, soit dispenser de peine. À cet égard, il est notable que, depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2005, le juge de l'application des peines peut lui-même, avec l'accord du procureur de la République, trente jours avant l'audience de renvoi, prononcer la dispense de peine, à l'issue d'un débat contradictoire (C. pén., art. 132-65, al. 1<sup>er</sup>).

### C. L'ajournement avec injonction

---

- 541 Finalité.** Cette troisième forme d'ajournement, réglementée par les articles 132-66 à 132-70 du Code pénal et (C. pr. pén., art. 469-1, 539, 734 et 747-4) n'a pas tout à fait la même finalité que les deux premiers. En effet, l'ajournement avec injonction n'est pas mu par le reclassement du condamné, il tend seulement à imposer au coupable certaines réparations en nature (qui échappent au domaine du sursis).
- 542 Domaine.** L'ajournement avec injonction n'existe que dans les cas prévus par la loi ou le règlement et il ne peut intervenir qu'une fois (C. pén., art. 132-68). On le rencontre notamment en droit de la consommation et en droit de l'environnement. Il s'agit par exemple d'imposer, dans un délai déterminé, aux dirigeants d'une usine polluante des travaux d'améliorations nécessaires à sa mise en conformité (ce que ne permet pas le sursis avec mise à

---

1. Cette identité peut sembler paradoxale dans le cas où le prévenu n'encourt qu'une amende car celui-ci ne pourrait pas être soumis au sursis avec mise à l'épreuve, mais il peut se voir imposer un ajournement comportant la même épreuve.

l'épreuve). Les personnes morales sont également concernées (C. pén., art. 132-66).

- 543 Modalités.** Lorsque la loi ou le règlement le prévoit, l'injonction peut être ordonnée sous astreinte ; la juridiction en fixe alors la durée et le taux (C. pén., art. 132-67), sans pouvoir ensuite la modifier. À l'audience de renvoi, qui doit intervenir dans un délai maximum d'un an (C. pén., art. 132-69, al. 4), trois cas de figure se présentent : si les prescriptions n'ont pas été observées, la juridiction prononce les peines et peut, en outre, si le texte le prévoit, ordonner aux frais du coupable, l'exécution forcée de ces prescriptions (C. pén., art. 132-69, al. 3) ; si les prescriptions ont été exécutées mais avec retard, la juridiction prononce également les peines et, le cas échéant, liquide l'astreinte (C. pén., art. 132-69, al. 3). Néanmoins, l'astreinte ne pourra pas donner lieu à contrainte judiciaire et la juridiction ne la liquidera qu'après avoir apprécié la situation et tenu compte d'événements qui ne seraient pas imputables au condamné (C. pén., art. 132-70) ; enfin, dernier cas, si les prescriptions ont été suivies, la juridiction pourra soit prononcer les peines prévues, soit dispenser de peine (C. pén., art. 132-69, al. 1<sup>er</sup>).

## **D. L'ajournement aux fins d'investigations sur la personnalité**

- 544 Conditions.** L'ajournement aux fins d'investigation sur la personnalité (C. pén. art. 132-70-1) est une innovation majeure de la loi sur l'efficacité des sanctions pénales<sup>4</sup>. D'abord, parce qu'elle répond à un besoin crucial des juges qui déplorent de manière récurrente un manque d'éléments de personnalité au moment du jugement, surtout en audience de comparution immédiate. Le nouvel article comble cette attente, en ce qu'il prévoit un ajournement à « quatre mois » maximum, durant lequel le secteur habilité pourra procéder à une enquête exhaustive. Il est également prévu d'insérer un article 397-3-1 du Code de procédure pénale permet-

<sup>4</sup> A. Mihman, « Les nouvelles formes d'ajournement du prononcé de la peine issues de la loi du 15 août 2014 » : *Gaz. Pal. Spécialisée*, 2014, n° 292 à 294, p. 13.

tant au tribunal, saisi sur comparution immédiate, de placer si nécessaire la personne sous contrôle judiciaire, sous assignation à résidence, sous contrôle électronique ou sous mandat de dépôt jusqu'à l'audience de renvoi. Ensuite et surtout, parce qu'elle permet de changer la philosophie de l'ajournement de peine, en le faisant sortir de la logique de « pré-dispense » dans lequel il est enfermé depuis 1994, pour en faire une véritable institution de « césure » au sens où l'entendait Marc Ancel<sup>1</sup>. On rappellera en effet que Marc Ancel préconisait pour faciliter la personnalisation de la sanction et la resocialisation de séparer la phase de « conviction » portant sur la culpabilité de la phase de « sentence » portant sur la sanction, afin de mettre en œuvre entre les deux phases un véritable processus de responsabilisation – une « pédagogie de la responsabilité ».

- 545 Effets.** Cette dernière forme d'ajournement devrait en principe freiner une pratique, qui consiste pour les juges correctionnels à prononcer une peine d'emprisonnement inférieure ou égale à deux ans, sans mandat de dépôt, pour que finalement le sort du délinquant soit confié au seul juge de l'application des peines. En cela la juridiction de jugement abandonne, en fait, sa prérogative essentielle qui consiste à prononcer les peines. La peine prononcée, lorsqu'elle n'est pas aménagée *ab initio*, est devenue purement symbolique : l'ajournement aux fins d'investigations sur la personnalité devrait permettre au juge de jugement de se réapproprier le pouvoir de punir<sup>2</sup>.

1. M. Ancel, *La défense sociale nouvelle (Un mouvement de politique criminelle humaniste)*, 1<sup>re</sup> éd. ; 1954, 2<sup>e</sup> éd. 1967, 3<sup>e</sup> éd. 1981 ; M. Ancel, « La césure du procès pénal », in *Problèmes contemporains de procédure pénale : recueil d'études en hommage à M. Louis Huguency*, Institut de droit comparé de la Faculté de droit de Paris, 1964, p. 205 s. ; V. également, B. Dreyfus, « Regard contemporain sur la défense sociale nouvelle de M. Ancel », L'Harmattan, IRASC, La librairie des humanités, n° 70 s. « De la césure du procès pénal à l'ajournement de peine ».

2. Ainsi Claire Saas a proposé à partir des formes les plus contraignantes de l'ajournement du prononcé de la peine, une recomposition du procès pénal, mais cette proposition forte est restée, comme bien souvent, dans les rayons des bibliothèques universitaires, C. Saas, *L'ajournement du prononcé de la peine, césure et recomposition du procès pénal*, Dalloz, NBT, 2004, vol. 39.

## E. L'ajournement aux fins de consignation d'une somme d'argent

---

- 546 Garantie.** Aux termes de l'article 132-70-3 du Code pénal, introduit par la loi sur l'individualisation *de la peine et l'efficacité des sanctions pénales*, la juridiction peut ajourner le prononcé de la peine à l'égard d'une personne en la soumettant à l'obligation de consigner une somme d'argent en vue de garantir le paiement d'une éventuelle peine d'amende. Cette nouvelle forme d'ajournement est ambiguë : on peut y voir un pré-jugement sur la peine (un avant-goût d'amende), autant qu'une incitation à bien se tenir pour pouvoir éventuellement bénéficier d'une dispense (un arrière-goût de paiement). Il faudrait du reste peut-être revoir la sémantique « aux fins » de consignation car la finalité est moins la consignation que la garantie de l'amende éventuelle. Il vaudrait mieux parler d'ajournement « avec » consignation.
- 547 Conditions.** Quoi qu'il en soit, le texte prévoit que juridiction détermine le montant de cette consignation et le délai dans lequel celle-ci doit être déposée au greffe, qui ne saurait être supérieur à un an. Elle peut prévoir que cette consignation est effectuée en plusieurs versements, selon un échéancier qu'elle détermine.
- 548 Effets.** La juridiction fixe dans sa décision la date à laquelle il sera statué sur la peine. et le texte ajoute que la décision sur la peine doit intervenir au plus tard dans un délai d'un an après la décision d'ajournement.

## La peine exécutée

---

**549 Effectivité et efficacité.** Une fois prononcée la peine doit être exécutée car l'effectivité des sanctions est sinon une garantie, du moins une condition de l'efficacité du droit pénal. Cette évidence est aujourd'hui rappelée par l'article 707 du Code de procédure pénale, introduit par la loi du 9 mars 2004 et réécrit par la loi du 15 août 2014, aux termes duquel : « Sur décision et sous le contrôle des autorités judiciaires, les peines prononcées par les juridictions pénales sont, sauf circonstances insurmontables, mises à exécution de façon effective et dans les meilleurs délais ». Le législateur place d'ailleurs l'effectivité au service des finalités du droit pénal, puisque le texte déclare également depuis le 1<sup>er</sup> octobre 2014 que « Le régime d'exécution des peines privatives et restrictives de liberté vise à préparer l'insertion ou la réinsertion de la personne condamnée afin de lui permettre d'agir en personne responsable, respectueuse des règles et des intérêts de la société et d'éviter la commission de nouvelles infractions » (C. pr. pén., art 707 II). (C. pr. pén., art. 707, al. 2). En ce sens, on rappellera que le Conseil constitutionnel estime que l'exécution des peines privatives de liberté en matière correctionnelle et criminelle est conçue, non seulement pour protéger la société et assurer la punition du condamné, mais aussi pour favoriser l'amendement

de celui-ci et préparer son éventuelle réinsertion<sup>1</sup>. La nouveauté réside donc dans la place désormais réservée aux victimes<sup>2</sup>, ainsi que dans le souci d'efficacité qui l'emporterait même sur l'effectivité, puisque l'article 707, dans sa version issue de la loi sur l'individualisation des peines et l'efficacité des sanctions pénales de 2014, ajoute que, pour réaliser ces finalités, « Ce régime est adapté au fur et à mesure de l'exécution de la peine, en fonction de l'évolution de la personnalité et de la situation matérielle, familiale et sociale de la personne condamnée, qui font l'objet d'évaluations régulières » (C. pr. pén. art. 707 II) ; et il précise : « Toute personne condamnée incarcérée en exécution d'une peine privative de liberté bénéficie, chaque fois que cela est possible, d'un retour progressif à la liberté (...) dans le cadre d'une mesure de semi-liberté, de placement à l'extérieur, de placement sous surveillance électronique, de libération conditionnelle ou de libération sous contrainte, afin d'éviter une remise en liberté sans aucune forme de suivi judiciaire ». C'est dire que l'autorité de la chose jugée s'attachant à la peine prononcée est aujourd'hui toute relative : les maîtres mots de l'exécution des peines sont bien plus « individualisation » et « efficacité ». Tel était le double objectif de la loi n° 2012-409 du 27 mars 2012 de programmation relative à l'exécution des peines<sup>3</sup> et de la loi du 15 août 2014 sur l'individualisation des peines et l'efficacité des sanctions pénales.

**550 Juridictions de l'application des peines.** Au service de ces nouvelles finalités l'on rencontre aussi bien les autorités pénitentiaires que les autorités judiciaires. Ainsi, on retiendra que le procureur de la République, veille à l'exécution des peines et en rend compte (C. pr. pén., art. 709-2), et que l'ensemble des modalités d'exécution des peines relève aujourd'hui des juridictions de l'application des peines, dont le *juge de l'application des peines* constitue la figure originaire et emblématique (C. pr. pén., art. 712-1). Ce

1. Cons. const., 20 janv. 1994, n° 93-334 DC, D. 1995. Somm. 340, obs. T. S. Renoux.

2. V. R. Cario, « La place de la victime dans l'exécution des peines », D. 2003. Chron. 145 s. V. aussi C. pr. pén. art 707, IV (droit des victimes) et art. 706-15-4 (Bureau d'aide aux victimes).

3. V. J.P. Céré, « Des objectifs ambitieux pour une cohérence douteuse. À propos de la loi du 27 mars 2012 de programmation relative à l'exécution des peines », JCP 2012. 434 ; É. Bonis-Garçon et V. Peltier, « Commentaire de la loi n° 2012-409 du 27 mars 2012 de programmation relative à l'exécution des peines », *Dr. pénal* 2012. Étude 11.

magistrat, institué en 1958, auprès de chaque tribunal exerce ses fonctions sur l'ensemble des établissements pénitentiaires de son ressort. Il détermine les orientations des services pénitentiaires d'insertion et de probation – SPIP (C. pr. pén., art. D. 576), chargés de contrôler les condamnés mis à l'épreuve en milieu ouvert et d'assister les personnes libérées (C. pr. pén., art. D. 573). Au fil du temps, il est devenu le véritable « homme-orchestre » de l'exécution des peines<sup>1</sup> : consulté à de multiples occasions, c'est lui qui détermine pour chaque condamné les principales modalités de son traitement pénitentiaire ; il décide du travail à l'extérieur, de la semi-liberté, des permissions de sortir ; il accorde la libération conditionnelle lorsque la peine exécutée ne dépasse pas cinq ans ; il a des pouvoirs en matière de réduction de peine et peut désormais modifier les décisions de jugement en matière de mise à l'épreuve, il peut même, sous certaines conditions, convertir les peines prononcées. Ses décisions ont fait l'objet d'une véritable *juridictionnalisation* depuis la loi du 15 juin 2000 – sur laquelle la loi du 24 novembre 2009 est revenue en partie, en revalorisant le rôle du Directeur des services pénitentiaires d'insertion et de probation (DSPIP) en matière d'aménagements de peine – : elles sont désormais, sauf exception, prises par ordonnances motivées (C. pr. pén., art. 712-4), après débat contradictoire (C. pr. pén., art. 712-6) et sont susceptibles d'appel (C. pr. pén., art. 712-11 s.)<sup>2</sup>.

En outre, depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2005, il existe des tribunaux de l'application des peines et des chambres de l'application des peines créées auprès de chaque cour d'appel (C. pr. pén., art. 712-7 s.)<sup>3</sup>, lesquels ont une compétence propre, mais peuvent aussi, depuis la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009, être saisis sur renvoi du juge de l'application, en cas d'affaire complexe ou présentant des enjeux particuliers (C. pr. pén., art. 712-16).

Enfin, la loi du 25 février 2008 instaurant la rétention et la surveillance de sûreté a créé de nouvelles juridictions d'exception,

1. V. « Nouveautés du droit de l'application des peines », *AJ pénal* 2004. 385 s.

2. M. Giacomelli, « La pénétration des règles du procès pénal devant les juridictions de l'application des peines : état des lieux », *RSC* 2015. 799 s.

3. V. J.-P. Céré, « La consécration de la juridictionnalisation du droit de l'application des peines par la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 », *RPDP* 2004. 433.

auprès des cours d'appel : les juridictions régionales de la rétention de sûreté (C. pr. pén., art. 706-53-15). Enfin notons qu'il devra être institué en 2015 un bureau de l'exécution des peines dans chaque TGI (C. pr. pén. art. 709-1).

Toutes ces juridictions ont contribué à forger chaque jour un peu plus, avec les juridictions administratives (notamment pour le volant disciplinaire), et la Cour européenne des droits de l'homme<sup>1</sup> (qui a créé un statut protecteur des condamnés, grâce notamment aux articles 3 et 5 de la Convention européenne), un véritable droit de l'exécution des peines<sup>2</sup>.

**551 Droit de l'exécution des peines.** Ce droit de l'exécution des peines a trouvé d'abord son siège dans le Livre cinquième du Code de procédure pénale consacré aux procédures d'exécution (C. pr. pén., art. 707 à 800-2) – surtout dans sa partie réglementaire –, puis dans des textes internationaux, dont l'objectif était d'assurer le respect de la dignité des condamnés<sup>3</sup> et enfin dans la loi n° 2009-1436 du 24 novembre 2009, dite loi pénitentiaire<sup>4</sup>, la loi n° 2012-409 du 27 mars 2012 de programmation relative à l'exécution des peines et la loi n° 2014-896 du 15 août 2014 sur l'individualisation des peines et l'efficacité des sanctions pénales. Ces lois ont contribué un peu plus à détacher ce droit du tronc commun que constitue le droit pénal général, sans compter avec les lois n° 2016-731 du 3 juin 2016 et n° 2016-987 du 21 juillet 2016, qui en ont accentué la spécialisation en matière de terrorisme. Il s'agit aujourd'hui d'une matière technique et complexe, de plus en plus accaparée par des experts<sup>5</sup>. Nombreux sont donc

1. V. par ex., sur la question des peines perpétuelles, CEDH 30 mars 2009, *D.* 2009. 1453, note J.-F. Renucci.

2. V. B. Bouloc, *Droit de l'exécution des peines*, 5<sup>e</sup> éd., Dalloz, Précis, 2017 ; M. Herzog-Evans, *Droit de l'exécution des peines*, 5<sup>e</sup> éd., Dalloz Action, 2016-2017 ; É. Bonis-Garçon et V. Peltier, *Droit de la peine*, 3<sup>e</sup> éd., Litec, Manuel, 2016 ; A. Beziz, D. Boessel, *Droit de l'exécution de la sanction pénale*, 2<sup>e</sup> éd., Lamy, Axe Droit, 2012.

3. On peut citer par ex., les règles pénitentiaires européennes ou le protocole additionnel n° 13 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme, prohibant la peine de mort en toutes circonstances.

4. Sur la loi pénitentiaire, V. note J.-P. Céré, « Virage ou mirage pénitentiaire ? », *JCP* 2009. Doctr. 152 ; M. Herzog-Evans, « La loi pénitentiaire n° 2009-1436 du 24 novembre 2009 : changement de paradigme pénologique et toute-puissance administrative », *D.* 2010. Doctr. 31 s. V. également les dossiers spéciaux : *AJ pénal* 2009. 473 s. ; *Gaz. Pal.*, 2010, n° 27 à 28, p. 15 s. ; *Dr. pénal* 2010. Étude 1 et<sup>2</sup>.

5. Lesquels réclament plus de moyens pour sa mise en œuvre, v. L. Griffon-Yarza, « Plaidoyer pour la création d'une Agence Française de l'Exécution des Peines », *Dr. pénal* 2018, Étude 6.

les aspects de cette discipline qui ne seront donc pas traités dans le présent *Cours*, comme d'ailleurs plus généralement le droit pénitentiaire incluant notamment la question des droits fondamentaux des personnes privées de liberté, de la discipline et du droit des victimes<sup>1</sup>. Néanmoins, l'apprentissage du droit pénal général suppose encore de connaître, les principales modalités d'exécution des peines (SECTION 1), pour pouvoir mieux saisir la question, encore traitée dans le dernier chapitre, du Livre I<sup>er</sup> du Code pénal (C. pén., art. 133-1 à 133-17) de l'extinction des peines (SECTION 2).

## SECTION 1

# LES MODALITÉS D'EXÉCUTION DE LA PEINE

- 552 Exemple des peines privatives de liberté.** Il n'est pas possible, ni même opportun, dans le cadre limité de cet ouvrage, de présenter les modalités d'exécution de chaque peine. Tout au plus peut-on indiquer les grandes lignes du régime des peines privatives de liberté, qui demeurent les plus emblématiques ; ces peines sont en principe exécutées au sein des établissements pénitentiaires mais, de plus en plus le sont en milieu ouvert.
- 553 Établissements pénitentiaires.** Les établissements pénitentiaires sont surtout connus en France pour les tristes chiffres de la surpopulation carcérale. Ainsi, au 1<sup>er</sup> décembre 2017, après une déflation carcérale en 2014, puis une hausse en 2016, les chiffres sont à nouveau en hausse : 69 714 personnes étaient détenues (contre 66 674 en 2015 et 68 542 en 2016) alors que le nombre de places opérationnelles est de 55 165, soit 14 405 détenus en surnombre – contre 12 809 en 2015 et 14 115 en 2016 – (dont 1 547 dorment sur des matelas à même le sol contre 1 041 en 2015 et 1 474 en

1. Deux précisions cependant : 1) le droit pénitentiaire relève principalement du droit administratif ; 2) le travail en prison ne relève pas du droit commun du travail (Cons. const., 25 sept. 2015, n° 2015-485 QPC).

2016)<sup>1</sup>. À noter que ces personnes, placées sous écrou et détenues, représentent, avec les personnes placées sous écrou non détenues (surveillance électronique), à peu près un tiers des personnes placées sous main de justice (env. 250 000), les 160 000 autres exécutent leur peine en milieu ouvert.

Les détenus se répartissent entre deux types d'établissements : les maisons d'arrêts et les établissements affectés à l'exécution des peines. En principe, les *maisons d'arrêts* accueillent les personnes en détention provisoire (C. pr. pén., art. 714) ainsi que les personnes sous contrainte judiciaire (anciennement « contrainte par corps », C. pr. pén., art. D. 569), mais, à titre exceptionnel, elles reçoivent également les condamnés à des peines de moins d'un an d'emprisonnement ou à des peines supérieures mais dont il reste à accomplir moins d'un an (C. pr. pén., art. 717). Quant aux établissements pour peines, accueillant uniquement des condamnés définitifs, il en existe quatre catégories (C. pr. pén., art. D. 70 s.) : les maisons centrales, qui comportent un régime de sécurité renforcé ; les centres de détention, orientés vers la réinsertion ; les centres ou les quartiers de semi-liberté, qui préparent les condamnés à la sortie et les centres pour peines aménagées, qui reçoivent les condamnés dont le reliquat de peines est inférieur à un an<sup>2</sup>. Et il faudrait ajouter depuis 2008 les centres socio-médico-judiciaires, chargé d'accueillir les personnes en rétention de sûreté (C. pr. pén., art. R. 53-8-55 s.)<sup>3</sup>. Quant à la vie en milieu pénitentiaire, les condamnés sont, en principe, répartis au sein de ces établissements en fonction « de leur catégorie pénale, de leur âge, de leur état de santé et de leur personnalité » (C. pr. pén., art. 718). Sauf dans l'hypothèse encore marginale de la « *prison ouverte* » (en l'occurrence, le centre de Casbianda en Corse), ces

1. Ces statistiques sont celles de P.-V. Tournier, Observatoire de la privation de liberté et des sanctions et mesures appliquées dans la Communauté (OPALE), disponibles et actualisées sur <http://www.farapej.fr> ; V. également <http://pierre-victourtournier.blogpost.fr>.

2. Pour les mineurs de 13 ans pouvant subir une peine de privation de liberté, il existe des quartiers de détention réservés aux mineurs au sein des établissements pénitentiaires, ainsi que des établissements pénitentiaires spécialisés mineurs (EPSM). On ne les confondra pas avec les établissements de placement éducatif relevant du milieu ouvert, à savoir les foyers d'action éducative, les centres éducatifs renforcés, les centres de placement immédiat et, malgré leur dénomination, les centres éducatifs fermés (v. Ord. 2 févr. 1945, art. 33 et 34).

3. Pour aller plus loin v. J.-P. Céré, *La prison*, 2<sup>e</sup> éd., Dalloz, Connaissance du droit, 2016.

détenus sont soumis, suivant les cas, soit à un régime d'emprisonnement cellulaire de jour et de nuit (*système pennsylvanien*), soit à un régime d'emprisonnement et de travail en commun le jour et d'isolement cellulaire la nuit (*système auburnien*)<sup>1</sup>.

**554 Projet d'exécution de peine.** Précisons toutefois que l'objectif de tout régime pénitentiaire est, de manière apparemment paradoxale, de favoriser la réinsertion des condamnés. Il s'agit même d'un principe directeur de la matière puisque l'article 1<sup>er</sup> de la loi pénitentiaire dispose que « le régime d'exécution de la peine de privation de liberté concilie la protection de la société, la sanction du condamné et les intérêts de la victime avec la nécessité de préparer l'insertion ou la réinsertion de la personne détenue afin de lui permettre de mener une vie responsable et de prévenir la commission de nouvelles infractions ». Et l'article 2 ajoute : « le service public pénitentiaire participe à l'exécution des décisions pénales. Il contribue à l'insertion ou à la réinsertion des personnes qui lui sont confiées par l'autorité judiciaire, à la prévention de la récidive et à la sécurité publique dans le respect des intérêts de la société, des droits des victimes et des droits des personnes détenues. Il est organisé de manière à assurer l'individualisation et l'aménagement des peines des personnes condamnées ». La loi de 2014 sur l'individualisation des peines a même ajouté un article 2-1 aux termes duquel chaque autorité impliquée dans le service public pénitentiaire<sup>2</sup> veille à ce que les condamnés accèdent aux droits et dispositifs de droit commun « de nature à faciliter leur insertion ou réinsertion ». Plus concrètement, la finalité d'insertion ou de réinsertion suppose la mise en œuvre, pour chaque détenu, d'un *projet d'exécution de peines*. Il s'agit de faire en sorte que chaque détenu puisse être « l'associé de sa réinsertion »<sup>3</sup>, en suivant différentes étapes qui devraient le conduire progressivement vers le milieu ouvert. À cet égard, il est notable

1. Pour les différents systèmes, V. J. Larguier, *Criminologie et sciences pénitentiaires*, 10<sup>e</sup> éd., Dalloz, Mémento, 2004.

2. À savoir, selon le nouvel article 2-1, l'administration pénitentiaire, le ministre de la justice, les autres services de l'État, les collectivités territoriales, les associations et les autres personnes publiques ou privées apportant leur concours.

3. V. J.-C. Soyer, *Droit pénal et procédure pénale*, op. cit., n<sup>o</sup> 574.

que l'exécution des peines privatives de libertés en milieu ouvert concerne, environ 140 000 personnes par an et que ce chiffre devrait augmenter, compte tenu de la nouvelle politique d'aménagement de peines et d'accompagnement promue par la loi sur l'individualisation des peines. Mais tous les condamnés ne sont pas logés à la même enseigne : si les condamnés ordinaires peuvent se voir proposer des mesures de réinsertion (§ 1), ainsi que des mesures de dispense, destinées à réduire leur temps d'incarcération (§ 2), certains n'y ont pas accès, comme les terroristes<sup>1</sup> et ils sont de plus en plus nombreux à subir des mesures spécifiques de contrôle (§ 3), et les condamnés réputés dangereux, devant subir de longues peines<sup>2</sup>, peuvent faire l'objet, à l'issue de leur temps d'incarcération, de mesures de sûreté, restrictives ou privatives de liberté (§ 4).

## § 1. Les mesures de réinsertion

**555 Aménagement des courtes peines d'emprisonnement.** Si l'idée même de réinsertion ou de reclassement social a été introduite dans notre droit dès 1945<sup>3</sup>, elle est toujours en cours de réalisation et s'appuie principalement sur un principe d'adaptation continue des peines privatives de liberté, lequel fait désormais partie des principes directeurs de la matière. L'article 707 du Code de procédure pénale dispose en effet que le régime d'exécution des peines privatives et restrictives de liberté « est adapté au fur et à mesure de l'exécution de la peine », ce qui fait écho à l'article 132-19 du Code pénal qui précise que la peine d'emprisonnement doit, si la personnalité et la situation du condamné le permettent et sauf impossibilité matérielle, faire l'objet d'une mesure d'aménagement.

1. E. Bonis-Garçon, « À propos de l'article 8 de la loi n° 2016-987 du 21 juillet 2016 : vers la création d'un droit spécial des aménagements de peine pour les condamnés pour terrorisme », *Dr. pénal*, 2016, étude n° 26.

2. V. le dossier « Les longues peines » *AJ Pénal* 2015. 280 s.

3. P. Couvrat, « La politique criminelle pénitentiaire à l'image de l'expérience française depuis 1945 », *RSC* 1985, p. 231 ; P. Couvrat, « De la réforme Amor à nos jours », in *La réinsertion des délinquants*, PUAM, 1996, p. 35.

- 556 Procédure.** Plus exactement, ces mesures de réinsertion devraient profiter aux personnes non incarcérées condamnées à une peine privative de liberté inférieure ou égale à deux ans, ou pour lesquelles la durée de la détention restant à subir est inférieure ou égale à deux ans, ou en cas de cumul de condamnations, lorsque le total des peines prononcées ou restant à subir est inférieur ou égal à deux ans<sup>1</sup>, ainsi, depuis le 1<sup>er</sup> octobre 2014, qu'aux condamnés exécutant déjà une peine sous le régime de la semi-liberté, du placement à l'extérieur ou du placement sous surveillance électronique (C. pr. pén., art. 723-15)<sup>2</sup>. Dans ce cas, le condamné est convoqué à comparaître devant le JAP puis le SPIP (C. pr. pén., art. 474) ; le ministère public informe le juge de l'application des peines de cette décision, avant toute mise à exécution de la ou des condamnations, et lui communique à cette fin toutes les pièces utiles, parmi lesquelles une copie de la ou des décisions et le bulletin n° 1 du Casier judiciaire de l'intéressé. Enfin, la loi de 2014 a également prévu que si la condamnation mentionnée à l'article 723-15 n'a pas été mise à exécution dans un délai de trois ans à compter de la date à laquelle elle est devenue définitive, le condamné est convoqué devant le JAP pour déterminer les modalités de sa peine. Cette convocation suspend la possibilité pour le parquet de la mettre à exécution (C. pr. pén. art. 723-17-1).
- 557 Mesures consenties.** Les mesures qui peuvent être prises par la JAP sont des alternatives à l'incarcération, à savoir le placement à l'extérieur, la semi-liberté, le fractionnement et la suspension de peine, le placement sous surveillance électronique, la libération conditionnelle ou la conversion de l'article 132-57 du Code pénal. Il est notable que ces aménagements ou cette conversion ne sont envisageables que si le condamné est d'accord (C. pr. pén.,

**1.** Pour le calcul de cette durée, la Cour de Cassation estime que la juridiction de jugement peut saisir elle-même le juge de l'application des peines sur le fondement de l'article 723-15 du Code de procédure pénale en vue d'un éventuel aménagement de la peine prononcée à l'encontre d'un condamné libre si, déduction faite de la durée de la détention provisoire et de la durée des crédits de réduction de peine, la durée de la détention restant à subir est inférieure ou égale à deux ans, Crim. 18 mars 2015, n° 14-84689, Dr. pénal 2015, comm. n° 80, obs. E. Bonis-Garçon.

**2.** P. Faucher, « La procédure simplifiée d'aménagement des peines applicables aux condamnés libres, dite du "723-15" : contribution à l'artisanat judiciaire », *Gaz. Pal.*, 2013, n° 202 à 204, p. 8 ; V. déjà M. Herzog-Evans « Les articles 474 et 723-15 ou le sens retrouvé des courtes peines d'emprisonnement, plaidoyer pour un artisanat judiciaire », *AJ Pénal* 2008. 274.

art. 723-15-1)<sup>1</sup>. D'une manière plus générale, et si l'on excepte la libération conditionnelle envisagée plus bas<sup>2</sup>, les mesures de réinsertion qui peuvent être accordées par le juge de l'application des peines sont donc susceptibles d'emprunter deux voies : celle de la conversion de la peine (A) et celle de l'aménagement de peine (B).

## A. La conversion de la peine

**558 Novation ?** Le législateur contemporain a poussé la logique de substitution tellement loin, qu'il permet désormais au juge de l'application des peines, dans certaines conditions, de remplacer la peine prononcée par une autre. Cette faculté de conversion – ou de correction voire de novation judiciaire – a été introduite pour la première fois en 1989 avec la possibilité d'assortir *a posteriori* une courte peine d'emprisonnement d'un sursis avec obligation d'accomplir un travail d'intérêt général (STIG). D'un maniement délicat<sup>3</sup>, pour ne pas dire « baroque »<sup>4</sup> ou « obscure »<sup>5</sup>, cette technique a été par la suite étendue à d'autres mesures. Actuellement, on dénombre au moins trois formes de conversion<sup>6</sup>, dont le juge ne doit aucun compte<sup>7</sup> : la conversion en STIG (1), la conversion en jours-amende (2) et la conversion en une mesure de semi-liberté ou de placement à l'extérieur (3).

### 1. Conversion en STIG

**559 Emprisonnement ferme de six mois au plus.** La possibilité de convertir une peine d'emprisonnement ferme en peine d'emprisonnement assortie d'un STIG a été introduite par la loi n° 89-461 du 6 juillet

1. V. X. Pin, « La peine consentie », in *Mélanges J-F. Seuwic*, Presses universitaires de Nancy, 2018, p. 427 s.

2. V. ss 581.

3. V. G. Lorho, « Chronique du nouveau Code pénal : un travail d'utilité collective : la réforme du TIG », *Dr. pénal* 1993. Chron.°1.

4. G. Lohro, « L'art baroque en droit pénal – L'article 747-8 du Code de procédure pénale ou la conversion au rite byzantin », *RSC* 1992. 725.

5. V. G. Lorho, « Les voies lumineuses de la conversion ou la clarification par la chambre criminelle du régime obscur de l'article 747-8 du Code de procédure pénale », *Dr. pénal* 1992. Chron. 58 ; V. Crim. 4 avr. 1991, *Bull. crim.* n° 12 ; Crim. 19 déc. 1991, *Bull. crim.* n° 491.

6. V. D. Boesel, « Substitution d'un emprisonnement ferme par un sursis TIG ou des jours amende », *AJ pénal* 2014. 72.

7. La conversion n'a pas à être motivée, Crim. 13 déc. 2017, n° 16-86130, *Dr. pénal* 2018, chron. 3, n° 14, obs. E. Bonis.

1989 (C. pr. pén., anc. art. 747-8). Elle découle désormais de l'article 132-57 du Code pénal, au terme duquel lorsqu'une condamnation pour un délit de droit commun comportant une peine d'emprisonnement ferme de six mois au plus a été prononcée, le juge de l'application des peines, peut lorsque cette condamnation n'est plus susceptible de faire l'objet d'une voie de recours par le condamné, ordonner qu'il sera sursis à l'exécution de cette peine et que le condamné accomplira un travail d'intérêt général (la décision relevait, avant le 1<sup>er</sup> janvier 2005, de la juridiction de jugement ayant prononcé la condamnation)<sup>1</sup>. Le juge de l'application des peines revient donc sur la chose jugée et lorsqu'il est saisi d'une telle demande il peut même suspendre l'exécution de la peine jusqu'à sa décision sur le fond (C. pr. pén., art. 747-2). Depuis, la loi du 24 novembre 2009, il est également possible de convertir en STIG – ou en jours-amende<sup>2</sup> – une peine mixte, c'est-à-dire une peine d'emprisonnement ayant fait l'objet d'un sursis partiel, assorti ou non d'une mise à l'épreuve, lorsque la partie ferme de la peine est inférieure ou égale à six mois. Dans ce cas, la partie de la peine avec sursis demeure applicable (C. pén., art. 132-57, al. 2). De même, il est possible de convertir une peine avec sursis révoqué, assorti ou non d'une mise à l'épreuve (C. pén., art. 132-57, al. 3). Ces solutions étaient auparavant prohibées par la jurisprudence<sup>3</sup>, ce qui provoquait l'incompréhension de la pratique, puisqu'une peine de six mois ferme pouvait être convertie, mais pas une peine plus douce de six mois dont cinq avec sursis. De ce point de vue, les solutions nouvelles sont certainement plus égalitaires mais il n'est pas certain que l'autorité de la justice en sorte grandie, ni que la réinsertion soit facilitée. Notons du reste que l'article 132-57 du Code pénal a posé des difficultés d'interprétation concernant la durée de la peine à prendre en compte en cas de pluralité de condamnations. La Cour de cassation a tranché en faveur d'une appréciation globale de la situation, estimant qu'il résulte de la combinaison de ce texte avec l'article 723-15 du

1. Et non de la juridiction du domicile du condamné : Crim. 10 déc. 2003, *Bull. crim.* n° 245.

2. V. ss 562.

3. Crim. 4 avr. 1991, *Bull. crim.* n° 162.

Code de procédure pénale, que lorsque plusieurs peines d'emprisonnement ferme ont été prononcées, pour des délits de droit commun, leur conversion en STIG ou en jours-amendes n'est possible que si leur durée totale n'excède pas six mois<sup>1</sup>. La Cour de cassation a ensuite précisé qu'en cas de cumul de condamnation à des peines d'emprisonnement dont la durée totale n'excède pas six mois, la juridiction de l'application des peines qui prononce la conversion desdites peines doit statuer distinctement sur chacune d'elles<sup>2</sup>. D'une manière plus générale, la question se pose de savoir si le législateur ne devrait pas augmenter ce plafond, pour rapprocher le régime de la conversion de celui de l'aménagement pour lequel la durée de l'emprisonnement aménageable est passée de six mois initialement, à un an en 1996 puis deux ans en 2009<sup>3</sup>.

**560 Consentement.** Le juge de l'application des peines doit du reste veiller à obtenir l'accord du condamné. Cette conversion suppose en effet de la part du sursitaire une *renonciation expresse à se prévaloir du droit de refuser* un travail d'intérêt général (C. pr. pén., art. 747-2), c'est-à-dire pour faire simple : un accord. À cet égard, il faut noter qu'à l'origine, le texte ne permettait de revenir que sur une condamnation ferme prononcée *hors la présence du prévenu* mais une loi du 8 février 1995 est venue abroger cette disposition. Dès lors, la conversion peut jouer comme une seconde chance pour un condamné, présent lors de la première audience, mais qui aurait refusé d'exprimer un consentement en faveur du STIG<sup>4</sup>, faute par exemple d'en avoir compris l'intérêt ; un court passage en prison pourrait lui faire changer d'avis.

**561 Régime.** Enfin, l'exécution de l'obligation d'accomplir un travail d'intérêt général est soumise aux prescriptions du troisième alinéa de l'article 132-54 et des articles 132-55 et 132-56 du Code pénal. Ce renvoi ne règle pas toutes les difficultés liées à la conversion. À titre d'exemple, la Cour de cassation a dû décider, dans un avis

1. Crim. 3 sept. 2014, n° 13-80045 : D. 2014. 2160, note H. Dantras-Bioy.

2. Crim. 10 févr. 2016, n° 15-82431, Dr. pénal 2016, comm. 71, obs. E. Bonis ; Crim. 7 mars 2018, n° 17-83746, Dr. pénal 2018, comm. 99, obs. V. Peltier

3. V. ss 567.

4. V. Ph. Conte et P. Maistre du Chambon, *Droit pénal général*, op. cit., n° 587.

du 6 avril 2009<sup>1</sup>, que « la conversion d'une peine d'emprisonnement sans sursis en une peine d'emprisonnement avec un sursis assorti de l'obligation d'effectuer un travail d'intérêt général n'a pas d'incidence sur une condamnation antérieure à une peine d'emprisonnement assorti d'un sursis avec mise à l'épreuve révoqué par la juridiction ayant prononcé la condamnation convertie ». On comprend cette solution car la conversion affecte uniquement la condamnation, laquelle est certes nécessaire à la révocation du sursis avec mise à l'épreuve antérieur, mais n'est pas suffisante (la révocation d'un SME doit en effet être *prononcée* par le juge).

**562 Jours-amende.** La loi du 15 août 2014 sur l'individualisation des peines a prévu également la conversion d'une peine de jours-amende en une « peine » (sic) de STIG (C. pr. pén. art. 747-1-2). Ce texte qui prévoit le consentement de l'intéressé précise que la durée de l'emprisonnement ne peut excéder celle qui serait résultée de l'inexécution des jours-amende. Une telle décision de substitution pouvant intervenir, par dérogation à l'article 131-25 alinéa 2 du Code pénal, en cas de défaut du paiement total ou partiel du montant exigible à l'expiration du délai correspondant au nombre de jours-amende impayés. Cette figure est curieuse : l'emprisonnement devient, sous la forme d'un STIG, une alternative à une peine non privative de liberté.

## **2. La conversion en jours-amende**

**563 Transmutation.** La deuxième possibilité de conversion, initiée par la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004, est qualifiée par MM. Desportes et Le Gunehec de « transmutation »<sup>2</sup> car elle semble faire disparaître la peine initialement prononcée. On la rencontre dans deux hypothèses :

**564 Conversion d'un emprisonnement.** Le juge de l'application des peines a, tout d'abord, la faculté de remplacer un emprisonnement de 6 mois au plus en jours-amende (C. pén., art. 132-57, al. 2), y compris, depuis la loi du 24 novembre 2009, lorsqu'il s'agit d'une peine partiellement assortie du sursis ou dont le sursis a été révo-

1. Cass., avis, 6 avr. 2009, *RPDP* 2009. 438, obs. X. Pin.

2. F. Desportes, F. Le Gunehec, *Droit pénal général, op. cit.*, n° 1010-1.

qué. Le texte n'est guère plus précis, de sorte que l'on ne sait pas si le nombre de jours-amende doit correspondre au nombre de jours d'emprisonnement. Cette solution serait pourtant la plus respectueuse de l'autorité de la chose jugée, puisque le défaut de paiement entraînerait l'incarcération pour la durée de l'emprisonnement initialement prévu.

- 565 Conversion d'un TIG ou d'un STIG.** Le juge de l'application des peines a également la faculté de transformer en jours-amende, soit un travail d'intérêt général (C. pr. pén., art. 733-1) – et cette décision peut également intervenir à la suite de l'exécution partielle du travail d'intérêt général –, soit un sursis assorti de l'obligation d'accomplir un travail d'intérêt général (C. pr. pén., art. 747-1-1). Dans ce cas de figure, la conversion n'a pas à être consentie et le jour-amende devient un substitut à un substitut, ce qui affaiblit encore un peu plus l'autorité de la chose jugée mais démontre l'extrême souplesse – pour employer un euphémisme – du droit de la peine<sup>1</sup>. La décision devrait du reste être réversible puisque, comme on l'a vu, la loi du 15 août 2014 sur l'individualisation des peines a prévu la conversion possible de jours-amende en STIG.

### **3. La conversion en une semi-liberté ou un placement à l'extérieur**

- 566 Substitution en cascade.** La dernière forme de conversion, qui illustre également ce phénomène de substitution « en cascade », consiste pour le juge de l'application des peines à substituer à un aménagement de peine décidé par la juridiction de condamnation un autre aménagement de peine. Cette faculté lui est offerte, en matière de placement sous surveillance électronique par l'article 723-7-1 du Code de procédure pénale. Selon ce texte, le juge de l'application des peines peut, si la personnalité du condamné ou les moyens disponibles le justifient (par ex. le manque de bracelets), transformer ce placement sous surveillance électronique en une mesure de semi-liberté ou de placement à l'extérieur.

1. Sur ce phénomène des substitutions en cascade, V. Ph. Salvage, « Réflexions sur les substitutions de peines en cascade », *Dr. pénal* 2006. Chron. 10.

## **B. L'aménagement de la peine**

---

**567 Variété.** Les aménagements de peines pouvant être décidés au stade de l'exécution sont la suspension ou le fractionnement de l'incarcération **(1)**, la permission de sortir **(2)**, le placement à l'extérieur **(3)**, la semi-liberté **(4)** et le placement sous surveillance électronique **(5)**.

### **1. La suspension et le fractionnement de la peine**

**568 Suspension pour motifs graves.** Pour éviter l'effet corrompeur ou nuisible du milieu carcéral, le juge de l'application des peines peut suspendre l'incarcération ou ordonner son exécution par fraction. Cette mesure est d'abord prévue par l'article 720-1 du Code de procédure pénale, en matière correctionnelle. Elle est envisageable « lorsqu'il reste à subir par la personne condamnée une peine d'emprisonnement inférieure ou égale à deux ans » et qu'il existe un « motif grave d'ordre familial, professionnel ou social ». La suspension ou l'exécution par fraction peut alors être ordonnée pendant une période n'excédant pas quatre ans et, sous forme de fractions ne pouvant être inférieures à deux jours (ce qui permet l'incarcération de fin de semaine). Depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2005, le juge peut, en outre, coupler cette mesure à une mise à l'épreuve en ordonnant une ou plusieurs obligations ou interdictions des articles 132-44 et 132-45 du Code pénal ; les obligations du suivi socio-judiciaire sont également applicables (C. pr. pén., art. 763-7). À noter toutefois que la loi du 21 juillet 2016 a exclu les personnes condamnées des faits de terrorisme du bénéfice de ces mesures de suspension ou de fractionnement (C. pr. pén., art. 720-1, al. 4).

**569 Suspension médicale.** En outre, la loi du 4 mars 2002, relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, a introduit une possibilité de suspension de l'incarcération en faveur des condamnés atteints d'une pathologie engageant un pronostic vital ou dont l'état de santé « physique ou mental » (ajout de la loi n° 2014-896 du 15 août 2014) est durablement incompatible avec le maintien en détention (C. pr. pén., art. 720-1-1)<sup>1</sup>. Ce dernier texte

---

**1.** V. sur la question L. Mortet, *La suspension médicale de peine*, L'Harmattan, Sciences criminelles, 2007.

reposait à l'origine sur des considérations sanitaires et humanitaires ; il ne fixait donc aucune condition liée à la nature de l'infraction commise ou à l'existence d'un trouble à l'ordre public<sup>1</sup>. Toutefois, depuis la loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005, la suspension médicale n'est plus possible lorsqu'il existe « un risque grave de renouvellement de l'infraction ». Dans ces conditions, on comprend que les personnes condamnées pour terrorisme n'en sont pas exclues par principe. Quant à la décision, elle relève, selon la durée de la peine restant à subir ou selon l'urgence, soit du juge de l'application des peines, soit du tribunal de l'application des peines (C. pr. pén., art. 720-1-1). Jusqu'à la loi du 24 novembre 2009, le texte prévoyait, en outre, que deux expertises médicales étaient nécessaires pour autoriser cette suspension et la jurisprudence en déduisait qu'une seule expertise suffisait pour la refuser<sup>2</sup> ; désormais une seule expertise suffit pour autoriser la suspension. En cas d'urgence, la suspension peut être ordonnée au vu d'un certificat médical établi par le médecin responsable de la structure sanitaire qui prend en charge le détenu. En outre, selon le même texte, le juge de l'application des peines peut à tout moment ordonner une expertise médicale à l'égard d'un condamné ayant bénéficié d'une mesure de suspension de peine en application du présent article et ordonner qu'il soit mis fin à la suspension si les conditions de celle-ci ne sont plus remplies. Il en est de même si le condamné ne respecte pas les obligations qui lui ont été imposées en application des dispositions de l'alinéa précédent ou, depuis la loi du 10 mars 2010, s'il existe de nouveau un risque grave de renouvellement de l'infraction. La décision du juge de l'application des peines est prise selon les modalités prévues par l'article 712-6 du Code de procédure pénale et celle du TAP selon les modalités de l'article 712-7 du même Code. Néanmoins, si l'état de santé du condamné fait obstacle à son audition, il sera représenté par son avocat et le débat a lieu devant le TGI. Le juge de l'application des peines a l'obligation, en matière criminelle, de provoquer une expertise tous les six mois pour vérifier si le malade répond toujours aux conditions d'élargis-

1. Crim. 12 févr. 2003, *Papon*, D. 2003. 1065, note M. Herzog-Evans.

2. Crim. 23 juin 2004, *Dr. pénal* 2004. 153, obs. A. Maron.

sement. Enfin, lorsque la personne détenue est admise en soins psychiatriques, la suspension ne peut être ordonnée sans son consentement.

### **2. La permission de sortir**

- 570 Finalité.** Accordée par le juge de l'application des peines, la permission de sortir permet au condamné de s'absenter pour une durée précise variant d'un à 10 jours (C. pr. pén., art. D. 142 à D. 147), pour préparer sa réinsertion sociale ou professionnelle, maintenir ses liens familiaux ou lui permettre d'accomplir des obligations exigeant sa présence (C. pr. pén., art. 723-3). On retiendra que la sortie se déroule sans surveillance et que le temps passé à l'extérieur s'impute sur la durée de la peine restant à subir (l'exécution de la peine n'est donc pas suspendue)<sup>1</sup>. Il est notable que la loi du 21 juillet 2016 n'en a pas expressément exclu les terroristes, qui doivent donc pouvoir en bénéficier.

### **3. Les placements à l'extérieur**

- 571 Finalité.** On a vu que le placement à l'extérieur pouvait désormais être décidé par la juridiction de jugement pour les courtes peines d'emprisonnement<sup>2</sup> mais originairement il relevait et continue de relever du juge de l'application des peines. Ce placement permet au condamné d'être employé en dehors d'un établissement pénitentiaire à des travaux contrôlés par l'administration (C. pr. pén., art. 723). Il concerne les condamnés dont la durée totale de la peine ou le reliquat de peine n'excède pas deux ans (durée ramenée à un an si le condamné est en état de récidive légale) ainsi que ceux qui pourraient bénéficier de la libération conditionnelle et pour qui la mesure est proposée à titre probatoire pendant un an maximum. Les terroristes en sont toutefois exclus depuis la loi du 21 juillet 2016. À noter que, depuis 1998, il peut s'exercer selon deux modalités :
- 572 Placement sous surveillance.** Le placement à l'extérieur peut tout d'abord être soumis à une *surveillance* exercée par le personnel pénitentiaire (C. pr. pén., art. D. 128). Il en est ainsi lorsqu'il

1. Pour aller plus loin v. P. Poncela, « Pour un redéploiement des permissions de sortir », RSC 2016. 111 ; C. Dangles, « Permission de sortir : trois questions », *Dr. pénal* 2016, Entretien n° 2.

2. V. ss 525.

concerne des détenus ayant à subir une durée d'incarcération inférieure ou égale à cinq ans et n'ayant pas été condamnés auparavant à une peine privative de liberté supérieure à six mois ; ainsi que les détenus pouvant bénéficier d'une semi-liberté ou d'une libération conditionnelle. La condition est que les détenus présentent des garanties suffisantes pour la sécurité et l'ordre public.

- 573 Placement sans surveillance.** Ensuite, le placement à l'extérieur peut avoir lieu *sans surveillance* particulière (C. pr. pén., art. D. 136) pour permettre à un condamné d'effectuer un travail, de suivre une formation ou de faire l'objet d'un traitement sanitaire (d'autant que les obligations du suivi socio-judiciaire sont applicables, C. pr. pén., art. 763-7). Ne peuvent en bénéficier que les condamnés dont la peine restant à subir n'excède pas deux ans ou un an s'ils sont en état de récidive légale ; ceux qui remplissent les conditions de la libération conditionnelle et dont la peine restant à subir n'excède pas trois ans ou ceux, pour qui le placement, est une étape probatoire de la libération conditionnelle. Enfin, le juge de l'application des peines peut assortir ce dernier placement d'obligations ou d'interdictions particulières, comme l'obligation d'indemniser la victime, l'interdiction de fréquenter certains lieux ou certaines personnes (C. pr. pén., art. D. 136).

#### **4. La semi-liberté**

- 574 Finalité.** La semi-liberté n'est pas seulement une modalité d'exécution des peines prononcée *ab initio*<sup>1</sup>, il s'agit aussi et surtout d'une mesure qui peut être ordonnée par le juge de l'application des peines en cours d'exécution (C. pr. pén., art. 723-1). Là encore, il s'agit de faciliter l'exercice d'une activité professionnelle, l'assiduité à un enseignement ou à une formation, la participation à la vie de famille ou le suivi d'un traitement médical. Ses bénéficiaires sont les condamnés dont la durée totale de la peine ou le reliquat de peine n'excède pas deux ans (durée ramenée à un an si le condamné est en état de récidive légale) ainsi que ceux qui pourraient bénéficier de la libération conditionnelle et pour qui la mesure est proposée à titre probatoire pendant un an maximum,

**1.** V. ss 519.

à l'exception notable des terroristes qui en ont été exclus par loi du 21 juillet 2016. Le juge de l'application des peines en fixe le régime et en contrôle l'exécution mais depuis la loi du 24 novembre 2009, les horaires de réintégration de l'établissement pénitentiaire peuvent être modifiés dans un sens favorable par le chef d'établissement ou le directeur SPIP. Le juge de l'application des peines en est tenu informé et il peut annuler ces modifications par ordonnances (C. pr. pén., art. 712-8) ; il peut, en outre, l'assortir d'obligations ou d'interdictions particulières ; sans compter que les obligations du suivi socio-judiciaire sont applicables (C. pr. pén., art. 763-7). La mesure présente au reste un certain caractère consensuel puisque selon l'article D. 137 du Code de procédure pénale, les condamnés admis au régime de la semi-liberté en application des articles 132-35 et 723-1 du même Code, « s'engagent à respecter les conditions de bonne tenue et d'assiduité au travail, la participation effective à l'activité et le suivi du traitement médical ». Le juge de l'application des peines doit donc recueillir le consentement du condamné<sup>1</sup>. Aussi, en cas de mauvaise conduite, le bénéfice de la semi-liberté peut être retiré.

### **5. Le placement sous surveillance électronique**

**575 Finalité.** Le placement sous surveillance électronique, en tant que modalité d'exécution des courtes peines d'emprisonnement, a été introduit en France<sup>2</sup> par une loi du 19 décembre 1997, dont le décret d'application n'est intervenu que le 3 avril 2002<sup>3</sup> (C. pr. pén., art. 723-7 s. et R. 57-10 s.)<sup>4</sup>. On sait qu'il peut désormais être décidé *ab initio* par la juridiction de jugement<sup>5</sup>, mais originairement il n'avait été conçu que comme une modalité d'exécution des courtes peines d'emprisonnement décidée par le juge de l'application des peines. À ce titre, il concerne les condamnés à une ou plusieurs

1. CA Montpellier, 12 févr. 2014, n° 13/02098, *AJ Pénal* 2015. 104, obs. M. Herzog-Evans.

2. A. Kuhn, B. Madignier, « Surveillance électronique : la France dans une perspective internationale », *RSC* 1998. 671 s.

3. V. C. Cardet, « La mise en œuvre du placement sous surveillance électronique », *D.* 2003. Chron. 1782. À noter que des dispositions du Décr. n° 2002-479, 3 avr. 2002 ont été partiellement invalidées quelques mois plus tard par la loi d'orientation et de programmation pour la justice, V. J.-P. Céré, « La loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 et l'amélioration du fonctionnement et de la sécurité des établissements pénitentiaires », *D.* 2002. Chron. 3224.

4. Pour les mineurs, V. Ord. 2 févr. 1945, art. 20-8.

5. V. ss 527.

peines privatives de liberté dont la durée n'excède pas deux ans ; ceux dont la durée d'incarcération restant à subir n'excède pas deux ans ; ces durées de deux ans sont réduites à un an si le condamné est en état de récidive légale. Le placement concerne aussi ceux qui sont admis au régime de la libération conditionnelle, avec un placement sous surveillance électronique à titre probatoire (C. pr. pén., art. 723-7). Les personnes condamnées pour terrorisme peuvent en bénéficier dans les mêmes conditions car aucune exclusion légale n'est prévue. À noter, que la particularité de cette mesure est d'être soumise à l'accord du condamné, lequel devait être initialement recueilli en présence de son avocat. Néanmoins, depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2005, cette précision n'apparaît plus dans le texte, qui se contente d'un renvoi à l'article 132-26-1 du Code pénal. La présence de l'avocat est donc devenue facultative. On peut le déplorer car l'avocat pouvait insister sur les conséquences de l'inobservation des obligations du placement, à savoir le retrait de la décision et le retour en détention et la possibilité d'une poursuite pour évasion (C. pén., art. 434-29, 2<sup>o</sup> et 4<sup>o</sup>). Cela dit, on peut penser que le JAP fournira au condamné une information adéquate sur les conséquences de son choix. Enfin, on notera que depuis la loi du 9 septembre 2002, d'orientation et de programmation pour la justice, l'article 723-9 du Code de procédure pénale prévoit que *la mise en œuvre du dispositif technique permettant le contrôle à distance peut être confiée à une personne de droit privé habilitée*. Sur ce point, le Conseil constitutionnel a rejeté le grief d'une « privatisation » contraire aux principes de notre droit, en avançant que les personnes privées ne se voyaient confier que « des prestations techniques détachables des fonctions de souveraineté »<sup>1</sup>. L'ennui est que le dispositif utilisait les lignes téléphoniques des condamnés, et que les prestataires privés n'hésitaient pas à couper la ligne en cas d'impayés, ce qui conduisait à la révocation de la mesure de placement. La technique est cependant plus fiable aujourd'hui.

---

1. Un décret du 17 mars 2004 est venu préciser les conditions d'habilitation de ces personnes privées (C. pr. pén., art. R. 57-25 à R. 57-30). En pratique, l'ennui est que le système utilise la ligne téléphonique du condamné et qu'en cas de défaut de paiement des factures l'opérateur privé n'hésite pas à couper la ligne, ce qui conduit à une réincarcération.

## § 2. Les mesures de dispense

576 **Réduction et libération.** Pour les condamnés incarcérés, la resocialisation passe aussi par l'espoir de retrouver un jour la liberté, ainsi que par un retour progressif à la vie sociale. À cette fin, notre système répressif connaissait traditionnellement deux types de faveurs, emportant dispense d'exécution d'une partie de la peine : la réduction de peine (A) et la libération conditionnelle (B). La loi pénitentiaire a encouragé d'autres mesures d'élargissement, en fin de peine, mais qui ne participaient pas vraiment d'une logique d'individualisation mais plutôt d'une logique de gestion des effectifs pénitentiaires : il s'agissait des aménagements de fin de peine et de la surveillance électronique de fin de peine, lesquels ont été remplacés depuis, le 1<sup>er</sup> janvier 2015 par la libération sous contrainte (C).

### A. La réduction de peine

577 **Raccourcissement du séjour carcéral.** Instaurée en 1972 et plusieurs fois réformée depuis, la réduction de peines intéresse les peines privatives de liberté<sup>1</sup> et conduit à un raccourcissement de la durée d'incarcération. Elle a longtemps été conçue comme une récompense pour une bonne conduite en prison, ou pour les efforts faits en direction d'une réinsertion (succès à un examen, indemnisation des victimes, etc.). Avec la loi du 9 mars 2004, sa philosophie a légèrement changé puisqu'elle prend désormais la forme d'un « crédit » de réduction de peine<sup>2</sup>, qui peut être retiré en cas de mauvaise conduite (1) ; la bonne conduite justifie, quant à elle, une réduction supplémentaire (2).

#### 1. Crédit de réduction de peine

578 **Crédit révoquant.** Aux termes de l'article 721 du Code de procédure pénale, il est accordé de plein droit<sup>3</sup> à chaque condamné un *crédit de réduction de peine* calculé sur la durée de la condamnation

1. La contrainte par corps n'est pas concernée : Crim. 24 sept. 1996, *Bull. crim.* n° 328.

2. V. P. Poncela, « Peine et crédit », *RSC* 2004. 955 s. ; et pour une critique du système, M. Antier, « Le crédit de réduction de peine : un anachronisme juridique », *Dr. pénal* 2015, Étude 25.

3. Avant la loi du 9 mars 2004, la réduction de peine était octroyée par le juge de l'application des peines, mais le caractère quasi systématique de cet octroi a conduit à alléger la procédure. Il est notable que le condamné ne peut pas refuser cette faveur, y compris lorsqu'il est sous le coup d'une mesure d'expulsion qui sera exécutée à sa libération. V. Crim. 24 janv. 1989, *Bull. crim.* n° 28.

prononcée. Ce crédit variait jusqu'au 1<sup>er</sup> janvier 2015 selon que le condamné était ou non récidiviste : pour les non récidivistes, en cas de condamnation à un an ou plus, la réduction est de trois mois pour la première année et deux mois pour les années suivantes et en cas de condamnation inférieure à un an ou pour la partie de la peine inférieure à une année pleine, elle est de sept jours par mois. Pour les récidivistes, ce crédit était réduit à deux mois la première année, un mois les années suivantes et cinq jours par mois pour les peines inférieures à un an ou pour la partie de la peine inférieure à une année pleine. Mais cette distinction entre récidivistes et non récidivistes était critiquable car dans les deux cas, le bénéfice de ce crédit peut être retiré par le juge de l'application des peines en cas de mauvaise conduite, pendant l'incarcération (C. pr. pén., art. 721, al. 2), voire par la juridiction de jugement en cas de nouvelle condamnation pour crime ou délit après la libération, pendant la période correspondant à la réduction de peine (C. pr. pén., art. 721, al. 3). Aussi la loi de 2014 sur l'individualisation des peines a-t-elle supprimé cette distinction, ce qui a conduit, selon un magistrat, à une véritable « grâce législative » accordée aux seuls récidivistes<sup>1</sup>. En revanche, la loi n° 2016-187 du 21 juillet 2016 relative à l'état d'urgence et portant mesures de renforcement de la lutte antiterroriste a créé une nouvelle distinction en excluant du bénéfice de ces crédits les personnes condamnées pour terrorisme, sauf pour les infractions les moins graves définies aux articles 421-2-5 à 421-2-5-2 du Code pénal (C. pr. pén., art. 721-1-1). Sous cette réserve, ce dispositif de crédit révocable se veut incitatif à la bonne conduite puisque le condamné en est averti dès la mise sous écrou, ainsi que de la possibilité d'un retrait en cas de mauvaise conduite ou de commission d'une nouvelle infraction ; l'information est renouvelée lors de sa libération (C. pr. pén., art. 721, al. 4). La question de la nature juridique du retrait de crédits de réduction de peine pour « mauvaise conduite » s'est posée et le Conseil constitutionnel, saisi d'une QPC, a répondu qu'il ne s'agissait ni

1. L. Griffon-Yarrza, « Nouveau régime de réductions de peine : une grâce législative accordée aux seuls récidivistes », *Dr. pénal* 2015, Études, 6.

d'une peine, ni d'une sanction ayant le caractère d'une punition. Par suite, les griefs tirés de la violation du principe de la légalité criminelle en raison de l'imprécision de la notion de mauvaise conduite ont été jugés inopérants<sup>1</sup>. Enfin, par souci pour les victimes parties civiles, la loi du 9 mars 2004 a prévu que le juge de l'application de peines peut prononcer une interdiction de recevoir la partie civile, de la rencontrer ou d'entrer en contact avec elle, pendant la durée de la réduction de peine, ainsi qu'une obligation de l'indemniser. En cas d'inexécution de ces obligations et interdictions, la réduction de peine peut être retirée en tout ou en partie (C. pr. pén., art. 721-2).

## **2. Réductions de peine supplémentaires**

**579 Efforts sérieux de réadaptation sociale.** Une réduction supplémentaire peut venir s'ajouter à la précédente, au profit du condamné qui manifeste des efforts sérieux de réadaptation sociale<sup>2</sup> « notamment en passant avec succès un examen scolaire, universitaire ou professionnel traduisant l'acquisition de connaissances nouvelles ou en justifiant de progrès réels dans le cadre d'un enseignement ou d'une formation, ou, depuis le 1<sup>er</sup> octobre 2014, en s'investissant dans l'apprentissage de la lecture, de l'écriture, du calcul ou en participant à des activités culturelles notamment de lecture, en suivant une thérapie destinée à limiter les risques de récidive ou en s'efforçant d'indemniser la victime » (C. pr. pén., art. 721-1). Cette réduction supplémentaire, qui peut toujours bénéficier aux terroristes (C. pr. pén., art. 721-1-1), est accordée par le juge de l'application des peines<sup>3</sup> ou la chambre de l'application des peines, après avis de la commission de l'application des peines, de manière distincte<sup>4</sup> et

1. Cons. const. 11 juill. 2014, déc. n° 2014-408 QPC : *Dr. pénal* 2014, comm. n° 134, obs. E. Bonis-Garçon.

2. La réduction n'est cependant pas applicable aux condamnés pour une infraction visée par C. pr. pén., art. 706-47 (meurtre ou assassinat d'un mineur accompagné d'un viol, tortures ou actes de barbarie, atteintes et agressions sexuelles, recours à la prostitution d'un mineur), si lors de la condamnation définitive le casier judiciaire en faisait mention, sauf décision contraire du juge de l'application des peines après avis de la commission de l'application des peines (C. pr. pén., art. 721-1 *in fine*).

3. Le texte précise cependant que, sauf décision du juge de l'application des peines, prise après avis de la commission de l'application des peines, les personnes condamnées pour une infraction pour laquelle le suivi socio-judiciaire est encouru et qui refusent les soins pendant leur incarcération ne sont pas considérées comme manifestant des efforts sérieux de réadaptation.

4. En cas d'appel du condamné contre la décision d'octroi de ces réductions supplémentaires, le président de la chambre de l'application des peines ne saurait aggraver le sort de l'appelant, *Crim.* 12 février 2014, n° 13-81683, *Dr. pénal* 2014, comm. n° 83 obs. E. Bonis-Garçon.

la comparution du condamné ne s'impose pas<sup>1</sup>. Pour le cas des criminels et délinquants ordinaires, comme pour les récidivistes depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2015, la mesure est de trois mois maximum par année d'incarcération pour une peine supérieure ou égale à un an et sept jours maximum par mois pour une peine inférieure à un an<sup>2</sup>. Pour le cas des criminels et délinquants sexuels sur mineur, depuis la loi du 25 février 2008, la mesure est de deux mois par an et quatre jours par mois, ou d'un mois et deux jours en cas de récidive. Dans tous les cas, cette réduction est accordée en une seule fois si la peine est inférieure à une année et par fraction annuelle dans le cas contraire. En outre, comme dans le cas précédent, et dans les mêmes conditions, le juge de l'application des peines peut prononcer une interdiction de recevoir la partie civile, de la rencontrer ou d'entrer en contact avec elle, ainsi qu'une obligation de l'indemniser. En cas d'inexécution de ces obligations et interdictions, la réduction de peine peut être retirée en tout ou en partie (C. pr. pén., art. 721-2)<sup>3</sup>. Enfin, l'octroi d'une réduction de peine supplémentaire est interdit lorsque le condamné refuse, pendant son incarcération, de suivre un traitement, alors qu'il a commis un crime ou un délit pour lequel le suivi socio-judiciaire est encouru. Mais le juge de l'application des peines peut prendre une décision contraire (C. pr. pén., art. 721-1). De manière plus générale, l'octroi d'une réduction supplémentaire de peine par un juge de l'application des peines doit être adapté aux efforts de réadaptation sociale du condamné mais il n'est subordonné ni à sa demande, ni même à son acceptation<sup>4</sup>.

**580 Révélation d'actes de criminalité ou de délinquance organisée.** Par ailleurs, depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2005, une réduction de peine exceptionnelle, dont le *quantum* peut aller jusqu'au tiers de la peine, peut être prononcée en faveur des condamnés repentis, dont les déclarations ont permis de faire cesser ou d'éviter la commission

1. Dès lors que la décision qui refuse d'accorder, en tout ou partie, une réduction supplémentaire de peine au condamné incarcéré n'entraîne pour lui aucune privation de liberté distincte de la peine en cours d'exécution, Crim. 28 juin 2017, n° 16-84087, *Dr. pénal* 2017, comm. 137, obs. E. Bonis-Garçon.

2. Avant cette date, ces délais étaient plus courts pour les récidivistes (à savoir deux mois par an et quatre jours par mois), V. pour l'application de la loi dans le temps, Crim. 16 déc. 2015, n° 15-81264, *Dr. pénal* 2016, comm. 39 obs. E. Bonis-Garçon.

3. Ce retrait a été jugé constitutionnel, V. Cons. const., 11 juill. 2014, n° 2004-408 QPC, *D.* 2014, 1500.

4. Crim. 8 juin 2016, n° 15-84 205, *Dr. pénal*, 2016, comm. 149, obs. E. Bonis-Garçon.

d'une infraction relevant de la criminalité ou de la délinquance organisée (C. pr. pén., art. 721-3). Lorsque le repenté était condamné à la réclusion criminelle à perpétuité, une réduction exceptionnelle du temps de l'épreuve lui permettant l'accès au bénéfice de la libération conditionnelle (C. pr. pén., art. 729) peut lui être accordée : elle peut aller jusqu'à cinq années. Ces réductions exceptionnelles sont accordées par le *tribunal de l'application des peines*.

## B. La libération conditionnelle

---

**581 Faveur révocable.** Introduite par une loi du 4 août 1885, la libération conditionnelle tend à la réinsertion des condamnés et à la prévention de la récidive, en favorisant une mise en liberté anticipée (C. pr. pén., art. 729 s.). Il s'agit d'une autorisation donnée au condamné de terminer de purger sa peine hors de l'enclenche pénitentiaire, moyennant l'observation de strictes règles de conduite. Voyons-en les conditions **(1)** puis les effets **(2)**.

### 1. Conditions

**582 Conditions de fond.** Les conditions d'octroi de la libération conditionnelle sont relatives à la durée de la peine accomplie et au comportement du condamné. Quant à la *peine*, une distinction s'imposait jusqu'au 1<sup>er</sup> janvier 2015 : pour les condamnations à temps, le condamné devait avoir déjà subi une incarcération au moins égale à la moitié de la peine à subir, sans pouvoir excéder quinze ans, ou aux deux tiers de la peine lorsqu'il s'agissait d'un récidiviste, sans pouvoir excéder vingt ans (cet allongement du temps de l'épreuve pour les récidivistes était dû à la loi du 12 décembre 2005). Mais le législateur de 2014 a mis fin à cette discrimination en alignant le régime des récidivistes sur celui des non-récidivistes à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2015. Pour les condamnés à perpétuité, le temps de l'épreuve est néanmoins toujours de dix-huit ans pour les non récidivistes et vingt-deux ans en cas de récidive (C. pr. pén., art. 729, al. 8)<sup>1</sup>. Des réductions du temps

---

**1.** À noter qu'en cas de condamnation assortie d'une période de sûreté au moins égale à quinze ans, aucune libération conditionnelle ne peut être accordée, avant que le condamné ait été placé à titre probatoire durant un à trois ans en semi-liberté. La décision de semi-liberté étant prise par le tribunal de l'application des peines (C. pr. pén., art. 720-5).

de l'épreuve peuvent néanmoins être accordées, dans les formes et conditions de l'article 721-1 ; la réduction ne peut toutefois dépasser 20 jours ou un mois selon que le condamné à perpétuité se trouve ou non en état de récidive légale (C. pr. pén., art. 729-1). En outre, en cas de condamnation assortie d'une période de sûreté supérieure à quinze ans, les juridictions d'application des peines ne peuvent plus accorder la libération conditionnelle tant que le condamné n'a pas été placé sous le régime de la semi-liberté pendant au moins un an. Et le retrait de cette mesure probatoire s'oppose à ce que le condamné puisse se prévaloir, à l'appui d'une nouvelle demande de libération conditionnelle, de la durée de la période de semi-liberté déjà effectuée<sup>1</sup>. Enfin la loi de 2014 a ajouté que si le condamné bénéficie d'une suspension médicale de peine sur le fondement de l'article 720-1-1, la libération conditionnelle peut être accordée sans conditions de durée de la peine accomplie, si à l'issue d'un délai de trois ans après l'octroi de la suspension son état physique ou mental est toujours incompatible avec le maintien en détention et si le condamné justifie d'une prise en charge adaptée à sa situation.

Quant au comportement du condamné, la libération conditionnelle ne peut être accordée qu'aux condamnés qui manifestent des « efforts sérieux de réadaptation sociale »<sup>2</sup>, notamment en justifiant soit de l'exercice d'une activité professionnelle, d'une assiduité à un enseignement, une formation, un stage ou à un emploi temporaire, soit de leur participation essentielle à la vie de famille, soit de la nécessité de subir un traitement médical, soit de leurs efforts pour indemniser la victime (C. pr. pén., art. 729, al. 2). Cette condition n'est pas exigée par le texte pour le condamné à une peine privative de liberté inférieure ou égale à quatre ans ou qui n'a plus que quatre ans à subir, lorsque ce condamné exerce l'autorité parentale sur un enfant de moins de dix ans habitant chez lui (C. pr. pén., art. 729-3) ; mais la jurisprudence exige

---

1. Crim. 2 sept. 2009, n° 09-83.833.

2. Avant la loi du 15 juin 2000, le texte visait des « gages » sérieux de réadaptation, ce qui posait difficulté lorsque l'intéressé ne pouvait pas produire des éléments objectifs comme une offre d'embauche ou un certificat d'hébergement. Le nouveau critère est plus souple. Il relève de l'appréciation souveraine des juges (v. Crim. 6 mars 2002, *Bull. crim.* n° 52).

quand même des garanties sérieuses de réinsertion<sup>1</sup>. Cette dernière possibilité de libération conditionnelle « parentale » n'est cependant pas offerte aux personnes condamnées pour un crime ou un délit sur un mineur, et elle ne l'était pas non plus, depuis la loi du 12 décembre 2005, aux personnes condamnées pour une infraction commise en état de récidive légale, mais cette dernière exclusion a disparu le 1<sup>er</sup> janvier 2015.

À noter également que la libération conditionnelle peut être assortie d'un aménagement de peine à titre probatoire. Ainsi, selon l'article 723-7 al. 2 du Code de procédure pénale : « Le juge de l'application des peines peut (...) subordonner la libération conditionnelle du condamné à l'exécution, à titre probatoire, d'une mesure de placement sous surveillance électronique, pour une durée n'excédant pas un an. La mesure de placement sous surveillance électronique peut être exécutée un an avant la fin du temps d'épreuve prévu à l'article 729 (...) ». Et il a été jugé, dans ce cas de figure, que la décision admettant un condamné à la libération conditionnelle ne peut faire obstacle à l'application de réductions supplémentaires de peines, ce qui peut avoir pour effet d'avancer la date de placement en libération conditionnelle<sup>2</sup>.

Dans tous les cas de figure, le condamné doit donner son consentement à la libération conditionnelle (C. pr. pén., art. D. 531) notamment parce qu'elle comporte des mesures d'aide et de contrôle (C. pr. pén., art. D. 532 à D. 534) et éventuellement des obligations particulières (C. pr. pén., art. D. 535 et D. 536). Cette exigence de consentement est toutefois écartée, lorsqu'il s'agit d'un étranger faisant l'objet d'une mesure d'interdiction du territoire, de reconduite à la frontière, d'exclusion ou d'extradition (C. pr. pén., art. 729-2) – dans ce cas, la juridiction de l'application des peines peut cependant décider de suspendre la mesure d'éloignement<sup>3</sup>.

---

1. Crim. 24 janv. 2007, *AJ pénal* 2007. 288, obs. M. Herzog-Evans.

2. Crim. 4 nov. 2015, n° 14-87726.

3. Sur l'articulation entre libération conditionnelle de droit commun et libération conditionnelle des étrangers, lorsque celui-ci ne fait pas l'objet d'une mesure d'éloignement, V. Crim. 7 sept. 2016, n° 15-81679, *Dr. pénal*, 2016, comm. 166, obs. E. Bonis-Garçon.

Par ailleurs, lorsque la personne a été condamnée pour un crime ou un délit pour lequel le suivi socio-judiciaire est encouru, une libération conditionnelle ne peut lui être accordée si elle refuse pendant son incarcération de suivre le traitement qui lui est proposé par le juge de l'application des peines. Elle ne peut non plus être accordée au condamné qui ne s'engage pas à suivre, après sa libération, le traitement qui lui est proposé en application de l'article 731-1 (C. pr. pén., art. 729).

Enfin, la jurisprudence semble avoir ajouté des critères non prévus par la loi, qui tiennent à l'état dangereux du condamné, en s'attachant notamment à la reconnaissance par le condamné de sa culpabilité, à sa volonté ou non d'un suivi psychologique et à l'existence ou non de risque pour l'ordre public<sup>1</sup>. Ainsi, en pratique le risque de récidive ou la mise en danger de la victime constitue des obstacles à la libération conditionnelle.

**583 Conditions de procédure.** La décision de mise en libération conditionnelle relève de la compétence du juge de l'application des peines, lorsque la peine prononcée est d'une durée inférieure ou égale à dix ans ou lorsque la peine restant à subir est d'une durée inférieure ou égale à trois ans ; dans les autres cas, la décision relève depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2005, du tribunal de l'application des peines – qui a remplacé la juridiction régionale de la libération conditionnelle, que la loi du 15 juin 2000 avait substituée au ministère de la Justice (C. pr. pén., art. 730). Les lois du 25 février 2008, du 10 mars 2010 et du 27 mars 2012 ont ajouté que la personne condamnée à la réclusion criminelle à perpétuité ou à une peine d'emprisonnement ou de réclusion pour certains crimes ou délits de violence sexuelle ne peut bénéficier d'une libération conditionnelle qu'après avis de la commission pluridisciplinaire des mesures de sûreté, rendu à la suite d'une évaluation pluridisciplinaire de dangerosité réalisée dans un service spécialisé chargé de l'observation des personnes détenues et assortie d'une expertise médicale. Dans ce cas, seul le TAP est compétent (C. pr. pén.,

1. V. M. Herzog-Evans, « La libération conditionnelle et la judiciarisation. L'émergence de critères jurisprudentiels *contra legem* », note sous JRLC Caen, 26 avr. 2001, et JNLC, 23 nov. 2001, D. 2002. 837 s.

art. 730-2). En outre, dans les deux cas, qu'il s'agisse du JAP ou du TAP, les juges doivent prendre en compte les intérêts de la société (C. pr. pén., art. 707) et des victimes (C. pr. pén., art. 712-16-1)<sup>1</sup>. Enfin, la loi de 2014 a prévu que lorsque la peine accomplie est au moins égale au double de la peine restant à subir, la situation de la personne effectuant une ou plusieurs peines d'une durée totale de cinq ans est examinée systématiquement par le juge ou le tribunal de l'application des peines sauf si la personne fait préalablement savoir qu'elle refusera cette mesure. Pour la personne condamnée à perpétuité ce débat ne peut intervenir avant le terme du temps de l'épreuve ni avant celui de la période de sûreté (C. pr. pén., art. 730-2).

## **2. Effets**

**584 Durant la période probatoire.** Le libéré conditionnel est soumis à une épreuve ou période d'accompagnement, faite de mesures d'aide et de contrôle, ainsi que d'obligations particulières, dont beaucoup sont semblables à celles du sursis avec mise à l'épreuve (C. pr. pén., art. D. 532 s.). À noter également ce nouveau signe d'hybridation du droit des peines : la loi du 12 décembre 2005 permet de proposer au probationnaire, pour les crimes ou délits pour lesquels le suivi socio-judiciaire est encouru, de se soumettre à l'une des obligations de ce suivi<sup>2</sup>. La loi du 10 août 2007 renforçant la lutte contre la récidive a même ajouté que, si l'intéressé est susceptible de faire l'objet d'un traitement, sa libération conditionnelle sera, sauf décision contraire, assortie d'une injonction de soins (C. pr. pén., art. 731-1), laquelle pourra, depuis la loi du 10 mars 2010, consister en un traitement inhibiteur de libido. Cette injonction de soins est soumise au consentement. Néanmoins, il s'agit d'un consentement forcé, puisqu'en cas de refus de soins, la loi prévoit que la libération conditionnelle sera refusée ou révoquée (C. pr. pén., art. 733).

**1.** V. par ex. Crim. 9 avril 2014, n° 13-84290, *AJ Pénal* 2015. 107, obs. M. Herzog-Evans (refus de libération conditionnelle pour un terroriste n'éprouvant pas de « compassion » pour les victimes et n'ayant pas renié ses convictions).

**2.** L'article D. 539 du Code de procédure pénale prévoit même qu'un placement sous surveillance électronique mobile peut être appliqué à un libéré conditionnel, s'il donne son accord.

La durée de cette période de probation est déterminée par la juridiction compétente, dans les limites suivantes : pour les peines à temps, la période de contrôle ne peut dépasser de plus d'un an la date à laquelle la peine restant à subir aurait pris fin ; pour les peines perpétuelles, elle ne peut être inférieure à cinq ans, ni supérieure à dix ans (C. pr. pén., art. 732). En cas de nouvelle condamnation, d'inconduite notoire ou d'inobservation des mesures et obligations particulières, la libération conditionnelle peut être révoquée<sup>1</sup> et le condamné provisoirement incarcéré. La décision de révocation est prise, selon le cas, soit par le juge, soit par le tribunal de l'application des peines. Cette révocation est facultative mais, si elle est prononcée, elle entraînera la réincarcération pour tout ou partie de la peine qui reste à subir, cumulativement, s'il y a lieu, avec toute nouvelle condamnation qu'il aurait encourue (C. pr. pén., art. 733).

**585 À l'expiration de la période probatoire.** Si aucune révocation n'est intervenue avant l'expiration du délai fixé dans la décision de libération conditionnelle, la libération est alors définitive et « la peine est réputée terminée depuis le jour de la libération conditionnelle » (C. pr. pén., art. 733). À noter que, contrairement à la solution retenue en matière de sursis – le succès de la libération conditionnelle n'a aucune conséquence sur la condamnation elle-même, laquelle demeure avec toutes ses conséquences. Ajoutons, que si la personne a été condamnée pour l'une des infractions visées à l'article 706-53-13 du Code de procédure pénale, et libérée sous condition d'un traitement, elle peut être astreinte à poursuivre son traitement après la fin de la libération conditionnelle et être placée, à cet effet, sur décision de la juridiction régionale de la rétention de sûreté et après expertise médicale, sous surveillance de sûreté avec injonction de soins (C. pr. pén., art. 732-1).

<sup>1</sup>. La Cour de cassation a refusé de transmettre une QPC prise de l'imprécision de la notion d'« inconduite notoire », au motif que cette disposition serait définie en termes suffisamment clairs et précis pour permettre que son interprétation se fasse sans risque d'arbitraire (Crim. 15 janv. 2014, n° 13-83542 : D. 2014. 1242, obs. M. Herzog-Evans), mais lorsque le juge l'écarte, il doit aussi rechercher si les faits de l'espèce ne constituent pas une observation des obligations de la libération conditionnelle (Crim. 3 sept. 2014, n° 13-83542 : Dr. pénal 2015, comm. n° 143, obs. E. Bonis-Garçon).

## C. La libération sous contrainte

- 586 « Industrialisation » des aménagements en fin de peine.** La loi du 9 mars 2004 avait prévu que des aménagements seraient proposés *en fin de peine* par le directeur du service pénitentiaire d'insertion et de probation – ce que l'on a appelé le « sas de sortie » – à savoir les *permissions de sortir, la semi-liberté, le placement à l'extérieur et le placement sous surveillance électronique*, (C. pr. pén., art. 723-20 à 723-28). Le condamné devait y consentir (C. pr. pén., art. D. 147-15). Mais cette nouvelle procédure d'aménagement de peine n'a, semble-t-il, pas fonctionné. Aussi, la loi du 24 novembre 2009, plutôt que de l'abandonner, a préféré la renforcer, en la transformant en une procédure quasi-industrielle d'allègement de peine, reprenant les mêmes mesures et en y ajoutant la libération conditionnelle – ce que les spécialistes appellent les « *NPAP au carré* »<sup>1</sup> ou le « *super sas de sortie* »<sup>2</sup>. Cette même loi a également inventé – pour des raisons à peine voilées d'économie budgétaire – une nouvelle mesure de placement sous surveillance électronique, pour les condamnés n'ayant pas bénéficié d'un aménagement – une sorte de « *grâce électronique* »<sup>3</sup>. Toutefois, ce double dispositif d'élargissement anticipé répondait moins à un souci d'individualisation qu'à une logique de gestion de la surpopulation carcérale, si bien que le législateur a souhaité l'abroger, au 31 décembre 2014, tout en instituant une nouvelle forme d'élargissement contraint et systématique, qui a été qualifié d'« oxymore juridique » puisqu'elle associe curieusement la liberté et la contrainte : la libération sous contrainte<sup>4</sup>.
- 587 Conditions.** Aux termes du nouvel article 720 du Code de procédure pénal applicable depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2015, lorsque la durée de la peine accomplie est au moins égale au double de la durée de la peine restant à subir, la situation de la personne condamnée

1. M. Herzog-Evans, « Application des peines : la prétendue "bonne partie" de la loi pénitentiaire », *AJ pénal* 2010. 483.

2. M. Janas, « Les dispositions relatives au prononcé et à l'application des peines de la loi n° 2009-1436 du 24 novembre 2009 dite loi pénitentiaire. Entre aménagements de peine et libération anticipées, de l'individualisation à l'industrialisation des aménagements de peine », *Dr. pénal* 2010. Étude 1.

3. M. Herzog-Evans, art. préc., p. 483 ; M. Janas, art. préc., p. 11.

4. L. Griffon-Yaza, « La libération sous contrainte, nouvel oxymore juridique », *AJ Pénal* 2015. 80.

exécutant une ou plusieurs peines privatives de liberté d'une durée totale inférieure ou égale à cinq ans est examinée par le juge de l'application des peines. Aucune condition liée à la nature de l'infraction n'est posée, de sorte que cette mesure peut s'appliquer également aux condamnés pour des faits de terrorisme. À l'issue de cet examen en commission de l'application des peines, le juge de l'application des peines décide, par ordonnance motivée, soit de prononcer une mesure de libération sous contrainte, dans le respect des exigences prévues à l'article 707, soit, s'il estime qu'une telle mesure n'est pas possible ou si la personne condamnée n'a pas fait préalablement connaître son accord, de ne pas la prononcer. Il peut ordonner la comparution de la personne condamnée devant la commission de l'application des peines afin d'entendre ses observations et, le cas échéant, celles de son avocat. Ce dernier peut également transmettre des observations écrites au juge de l'application des peines.

**588 Effets.** La libération sous contrainte entraîne l'exécution du reliquat de peine sous le régime, selon la décision prise par le juge de l'application des peines, de la semi-liberté, du placement à l'extérieur, du placement sous surveillance électronique ou de la libération conditionnelle. S'il n'est pas procédé à l'examen de la situation de la personne condamnée conformément aux dispositions du premier alinéa du présent article, le président de la chambre de l'application des peines de la cour d'appel peut, d'office ou sur saisine de la personne condamnée ou du procureur de la République, prononcer une mesure de libération sous contrainte dans les conditions prévues au deuxième alinéa. On relèvera donc que l'examen de la situation de l'intéressé est obligatoire et qu'il est confié au JAP statuant en commission de l'application des peines et donc après avis du SPIP, du chef d'établissement et du Procureur. La décision finale de placer ou non l'intéressé sous contrainte revient au JAP qui statue par ordonnance motivée (voire au président de la chambre de l'application des peines en cas de carence de ce dernier). Il nous semble donc que cette mesure vise surtout à désengorger les prisons. Son efficacité en termes de réinsertion reste à prouver.

### § 3. Les mesures de contrôle

**589 Surveiller toujours plus...** Signes d'inquiétude ou expression voire dépassement de la société disciplinaire, les mesures de contrôle se multiplient. Ainsi, alors que de nombreuses institutions pénales permettent d'encadrer strictement les condamnés, en puisant dans le catalogue des obligations du sursis avec mise à l'épreuve (C. pén., art. 132-44 et 132-45), le législateur de 2010 s'est inquiété du fait qu'un certain nombre de mesures d'aménagement de peine ne permettait pas d'assurer un contrôle analogue, à savoir les permissions de sortir, le placement à l'extérieur, la semi-liberté, le placement sous surveillance électronique, le relèvement d'une période de sûreté, la suspension de peine, la réduction supplémentaire ou la libération conditionnelle sans suivi socio-judiciaire ni surveillance de sûreté. Il a donc imaginé, par sollicitude pour les victimes, non seulement de nouveaux fichiers<sup>1</sup>, mais aussi de nouvelles interdictions d'entrer en relation avec certaines victimes, ou de paraître en un lieu, une catégorie de lieux ou une zone spécialement désignés, dont certaines peuvent être prononcées par les juridictions de l'application des peines. La loi de 2014 n° 2014-896 du 15 août 2014 poursuit dans le même sens en améliorant la communication entre les autorités compétentes<sup>2</sup> et en renforçant les pouvoirs de la police et de la gendarmerie dans le contrôle des personnes sous contrôle judiciaires ou condamné sous contrainte, la géolocalisation est prévue et les dispositions sur « la retenue » ou la « rétention » policière sont explicitement rapprochées des dispositions sur la garde à vue (C. pr. pén., art. 709-1-1 à 709-1-3)<sup>3</sup>.

**590 Interdictions d'entrer en relation avec la victime.** La loi du 10 mars 2010 a prévu que « s'il existe un risque que le condamné puisse se trouver en présence de la victime ou de la partie civile et qu'au regard de la nature des faits ou de la personnalité de l'intéressé

1. V. ss 593.

2. S. Corioland, « Le renforcement du contrôle du respect des obligations probatoires », *Gaz. Pal. Spécialisée*, 2015, n° 142 à 143, p. 28.

3. M. Aurenche, « L'apport de la loi du 15 août 2014 dans l'intervention des forces de l'ordre au stade de l'exécution des peines », *Gaz. Pal. Spécialisée*, 2015, n° 142 à 143, p. 31.

il apparaît qu'une telle rencontre paraît devoir être évitée», les juridictions de l'application des peines assortissent toute décision entraînant la cessation temporaire ou définitive de l'incarcération d'une « interdiction d'entrer en relation avec la victime ou la partie civile et, le cas échéant, de paraître à proximité de son domicile et de son lieu de travail » (C. pr. pén., art. 712-16-2)<sup>1</sup>.

**591 Arrestation.** Pour dissuader les condamnés de violer de telles interdictions, la loi a même prévu une mesure énergique d'arrestation policière, applicable non seulement en cas d'inobservation avérée, mais également dans l'hypothèse où il existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner que le condamné à manquer aux obligations qui lui incombent. Pour que ce dispositif fonctionne, il est prévu que l'administration pénitentiaire informe les autorités policières ou de gendarmerie de la libération de toute personne condamnée à une peine égale ou supérieure à trois ans d'emprisonnement, lorsqu'elle fixe sa résidence dans leur ressort territorial (C. pr. pén., art. 719-1). En cas d'arrestation, la personne peut alors, sur décision d'un officier de police judiciaire, être retenue vingt-quatre heures au plus afin que soit vérifiée sa situation et qu'elle soit entendue sur la violation de ses obligations (C. pr. pén., art. 709-1-1). La procédure est calquée sur celle de la garde à vue, à cette différence près que les prérogatives du ministère public sont en partie exercées par le juge de l'application des peines (C. pr. pén., art. 712-16-3, al. 4). La personne retenue est immédiatement informée par l'officier de police judiciaire ou, sous le contrôle de celui-ci, par un agent de police judiciaire de la nature de l'obligation qu'elle est soupçonnée avoir violé et du fait qu'elle peut exercer le droit à un interprète, le droit de téléphoner à un proche, le droit d'être examinée par un médecin et le droit de s'entretenir avec un avocat.

**592 Sanction.** Enfin, à l'issue de cette mesure de rétention, le juge de l'application des peines ou le magistrat du siège qui le remplace peut soit ordonner que la personne soit conduite devant lui, le

1. V. J.-H. Robert, « Récidive législative. Commentaire de la loi n° 2010-242 du 10 mars 2010 tendant à amoindrir le risque de récidive criminelle et portant diverses dispositions de procédure pénale », *Dr. pénal* 2010. Étude 8.

cas échéant pour qu'il ordonne son incarcération provisoire, soit demander à l'officier ou l'agent de police judiciaire d'aviser la personne qu'elle sera convoquée devant lui à une date ultérieure (C. pr. pén., art. 709-1-1). La loi de 2014 a également ajouté des possibilités de perquisition pour rechercher des armes (C. pr. pén., art. 709-1-2), d'interception de communications et de géolocalisation (C. pr. pén., art. 705-1-3).

L'ensemble de ce dispositif fait frémir, non seulement parce qu'il livre une catégorie de condamnés à la merci de la première dénonciation et les expose donc à des « tracasseries policières »<sup>1</sup>, mais aussi parce qu'il consacre l'effacement des travailleurs sociaux au profit des forces de l'ordre, qui n'ont évidemment pas la même mission de resocialisation ; tel est le signe du passage à une société de contrôle. Les mêmes dispositions s'appliquent d'ailleurs aussi aux condamnés soumis à une surveillance judiciaire ou une surveillance de sûreté.

#### § 4. Les mesures de sûreté

**593 Fichage, surveillance, rétention, soins.** Le législateur contemporain s'est engagé dans une voie sécuritaire qui consiste à surveiller et neutraliser les condamnés réputés dangereux, au moyen de mesures de sûreté. Ces mesures consistent à fichier, à surveiller et à retenir les personnes concernées, y compris après l'exécution de leur peine. Si l'on excepte la question du fichage, qui ne concerne pas à proprement parler l'exécution des peines<sup>2</sup>, il convient de présenter la surveillance judiciaire **(A)**, la surveillance de sûreté **(B)**, la rétention de sûreté **(C)** et la mesure de soins applicable en cas de reconnaissance d'une altération du discernement **(D)**.

1. J.-H. Robert, art. préc.

2. Il existe un fichier judiciaire national automatisé des auteurs d'infractions sexuelles (C. pr. pén., art. 706-53-1 s.), un fichier national informatisé des empreintes génétiques (C. pr. pén. art. 706-54 s.), un fichier des personnes recherchées au titre des décisions judiciaires (C. pr. pén., art. 706-53-8) et depuis la loi du 10 mars 2010, un répertoire des données à caractères personnel collectées dans le cadre des procédures judiciaires (C. pr. pén., art. 706-56-2).

## A. La surveillance judiciaire

**594 Définition.** La surveillance judiciaire a été introduite par la loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005 sur la récidive et modifiée par la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009 et la loi du 10 mars 2010 tendant à amoindrir le risque de récidive criminelle<sup>1</sup>. Il s'agit d'une mesure à destination des *personnes dangereuses* condamnées pour crimes ou délit (C. pr. pén., art. 723-29 à 723-37), dont le Conseil constitutionnel a dit qu'elle n'était « ni d'une peine, ni d'une sanction », pour justifier son application immédiate à des condamnés qui présentent un risque avéré de récidive<sup>2</sup>. Plus précisément, il s'agit d'une mesure d'exécution des peines, qui est une sorte d'*ersatz* du suivi socio-judiciaire, principalement destinée à s'appliquer à des personnes qui ont été condamnées avant que le suivi socio-judiciaire ne soit instauré<sup>3</sup>.

**595 Conditions.** Destinée à prévenir la récidive dont le risque paraît avéré, la surveillance judiciaire s'applique aux condamnés à des peines privatives de liberté d'une durée supérieure ou égale à sept ans – au lieu de 10 ans avant la loi du 10 mars 2010 –, pour des crimes ou délit faisant encourir le suivi socio-judiciaire<sup>4</sup> et qui sont libérées au titre du crédit de réduction de peine et (au lieu de *ou*) des réductions de peine supplémentaires. La *dangérosité* du condamné est évaluée au moyen d'une expertise médicale et l'avis de la commission pluridisciplinaire des mesures de sûreté est recueilli si le tribunal de l'application des peines envisage de prononcer un placement sous surveillance électronique mobile (C. pr. pén., art. 723-32). En la forme, la décision émane depuis la loi pénitentiaire, du tribunal de l'application des peines, sur réquisitions du procureur de la République (C. pr. pén., art. 723-29) et la présence de l'avocat est obligatoire. La loi du 10 mars 2010 a

1. Sur cette loi, V. A. Gallois, « Amoindrir le risque de la récidive criminelle », *JCP* 2010. Act. 340 ; J.-H. Robert, « Récidive législative, Commentaire de la loi n° 2010-242 du 10 mars 2010 tendant à amoindrir le risque de récidive criminelle et portant diverse disposition de procédure pénale », *Dr. pénal* 2010. Étude 8.

2. V. ss 108.

3. V. J.-H. Robert, « Les murailles de silicium », *Dr. pénal* 2006. Chron. 2, préc.

4. Y compris lorsqu'ils ont été condamnés pour des faits antérieurs à l'introduction dans notre droit du suivi socio-judiciaire, Crim. 21 janv. 2009, *RPDP* 2009. 149 obs. X. Pin ; *D.* 2009. 1326, note G. Roujou de Boubée.

prévu que le juge de l'application des peines fera examiner la situation de tous les condamnés susceptibles de la subir (C. pr. pén., art. 723-31-1), au besoin en les plaçant dans un service spécialisé où ils seront soumis à une double expertise préalable. Le placement sous surveillance judiciaire devra être ordonné avant la date prévue pour la libération du condamné<sup>1</sup>. Quant à sa durée, elle ne peut excéder celle correspondant au crédit de réduction de peine et aux réductions de peine supplémentaires qui n'ont pas fait l'objet d'une décision de retrait. Autrement dit, la surveillance judiciaire court de la libération jusqu'au jour qui aurait dû marquer le terme de la détention. Elle peut en outre être prolongée pour une durée de deux ans renouvelables par une surveillance de sûreté sur décision de la juridiction régionale de la rétention de sûreté (C. pr. pén., art. 723-37).

**596 Effets.** Cette surveillance peut comporter la plupart des obligations et interdictions du sursis avec mise à l'épreuve (C. pén., art. 132-45), ainsi que celles visées par les dispositions sur le suivi socio-judiciaire (à l'exception notamment de l'obligation d'exercer une activité professionnelle, de l'obligation de remplir ses devoirs familiaux, de l'obligation d'effectuer un stage, ou de l'interdiction de conduire). Les activités interdites sont celles qui ont fourni l'occasion du délit, ainsi que les activités impliquant un contact habituel avec des mineurs et l'interdiction de paraître dans des « catégories de lieux » ou dans « toute zone » définie par la juridiction. L'interdiction peut être étendue à la fréquentation de tous les mineurs (C. pén., art. 132-45). Les principales obligations sont cependant l'obligation de subir un traitement (C. pr. pén., art. 723-30, 2°) et le placement sous surveillance électronique mobile (C. pr. pén., art. 723-30, 3°).

S'agissant de l'injonction de soins, elle a été rendue systématique par la loi du 10 août 2007 renforçant la lutte contre la récidive, chaque fois que le condamné est susceptible de faire l'objet d'un traitement. La loi du 10 mars 2010 a ajouté que le médecin traitant (et non pas les juridictions, ni le médecin coordonnateur) peut alors

---

1. Crim. 11 mai 2017, n° 16-84383, *Dr. pénal*, comm. 117, obs. V. Peltier.

prescrire un traitement inhibiteur de libido (C. pr. pén., art. 706-47-1 ; CSP, art. L. 3711-3). On notera que le consentement du condamné doit être recueilli après avertissement et qu'à défaut d'accord « tout ou partie de la durée des réductions de peine, dont il a bénéficié pourra (...), lui être retiré » (C. pr. pén., art. 723-35 et D. 147-37). La pression est importante puisque si l'on suppose une condamnation à dix ans de réclusion criminelle – ce qui est l'hypothèse la plus basse –, l'intéressé perd 21 mois de liberté [3 mois + (2 mois 9 années)], compte non tenu d'une libération conditionnelle sous condition d'accepter les épreuves du suivi socio-judiciaire (C. pr. pén., art. 723-36). Le consentement au traitement inhibiteur n'a plus besoin d'être écrit. Quant au médecin traitant, il a l'obligation de révéler à l'autorité toute interruption du traitement, quel qu'il soit, qui interviendrait contre son avis (CSP, art. L. 3711-3 al. 2).

S'agissant du *placement sous surveillance électronique mobile*, le consentement doit également être recueilli – de manière non équivoque, précise la jurisprudence – et son défaut est soumis à la même sanction (C. pr. pén., art. 723-35). Ce placement commence à la libération et s'étend pour une durée maximale équivalente à celle des crédits de réduction de peine additionnée à celle des réductions de peines supplémentaires, sans pouvoir dépasser deux ans, éventuellement renouvelables. D'une manière plus générale, on ajoutera que l'épreuve peut être modifiée sur décision du juge de l'application des peines (C. pr. pén., art. 723-34).

- 597 Sanction de l'inexécution.** À la différence du suivi socio-judiciaire, en cas d'inexécution, la sanction est la révocation totale ou partielle des réductions de peines et non un emprisonnement spécial (C. pr. pén., art. 723-35). Il s'agit, comme on vient de le voir à propos du refus de traitement ou du refus de placement sous surveillance électronique mobile, d'une sanction dissuasive, surtout pour des condamnés à de longues peines. Avant que la décision de révocation ne soit prise, l'incarcération provisoire peut être ordonnée (C. pr. pén., art. 712-19). Malgré tout, le législateur a ajouté une seconde sanction en 2010, à savoir la transformation de la surveillance judiciaire en une surveillance de sûreté, qui s'appliquera dès la libération de l'intéressé et sera renouvelable (C. pr. pén., art. 723-37).

## B. La surveillance de sûreté

---

- 598 Définition.** Introduite par la loi du 25 février 2008, et aménagée par la loi du 10 mars 2010, la surveillance de sûreté a été imaginée pour suppléer à la rétention de sûreté, dont le législateur pressentait qu'elle ne serait pas d'application rétroactive. Plus exactement, il s'agit d'une mesure de suivi post-pénal qui a pour objectif d'éviter la récidive. Elle s'exécute en milieu ouvert après une surveillance judiciaire, un suivi socio-judiciaire<sup>1</sup> ou une rétention de sûreté<sup>2</sup>.
- 599 Domaine.** Sont susceptibles d'être placés sous surveillance de sûreté les condamnés à une peine de réclusion de 15 ans au moins, pour avoir commis soit sur une victime mineure un assassinat, un meurtre, des tortures ou actes de barbarie, un viol, un enlèvement ou une séquestration, soit sur une victime majeure ces mêmes infractions, accompagnées d'une ou plusieurs circonstances aggravantes. Sont également concernés, depuis la loi du 10 mars 2010, les récidivistes de meurtres, de tortures ou actes de barbarie, de viols, d'enlèvements ou de séquestrations, même si ces infractions n'ont pas été accomplies avec des circonstances aggravantes (C. pr. pén., art. 706-53-13, al. 2)<sup>3</sup>. La condition essentielle étant que ces condamnés présentent un risque de commettre à nouveau ces infractions pouvant donner lieu à rétention de sûreté (C. pr. pén., art. 706-53-19). Les condamnés ayant déjà bénéficié d'une libération conditionnelle, non révoquée, ne peuvent se voir appliquer une surveillance de sûreté (C. pr. pén., art. 706-53-20).
- 600 Procédure.** Deux voies procédurales peuvent conduire à la surveillance de sûreté : ou bien, elle fait suite à une rétention de sûreté ; la décision relève alors de la juridiction régionale de la rétention de sûreté (JRRS) qui décide de ne pas maintenir la rétention de sûreté ; ou bien, elle fait suite à une surveillance judiciaire, à un suivi socio-judiciaire<sup>4</sup> ou, depuis la loi du 10 mars 2010, à la libération conditionnelle d'un condamné à perpétuité pour l'un des crimes de

---

1. V. ss 384.

2. V. ss 492 et 602.

3. Cette disposition nouvelle plus sévère s'applique même lorsque le premier terme de la récidive est antérieur à l'entrée en vigueur de la loi, dès lors que le second terme est postérieur. Sur l'application de la loi dans le temps en matière de récidive, V. ss 101.

4. Pour une première application, V. Paris, JRRS 6 avr. 2009, D. 2009. 2146, note M. Herzog-Evans.

l'article 706-53-15 du Code de procédure pénale devant poursuivre son traitement (C. pr. pén., art. 732-1) ; la décision est également prise par la juridiction régionale de la rétention de sûreté, saisie par le procureur de la République six mois avant la fin de la mesure précédente. La juridiction devra tenir compte d'une expertise médicale constatant la persistance de la dangerosité et relever que l'inscription au fichier national automatisé des auteurs d'infractions sexuelles ou violentes (FIJAIS) est insuffisante et que la surveillance de sûreté est l'unique moyen d'éviter une récidive dont la probabilité est très élevée. La décision est susceptible de recours, dans les mêmes conditions que la rétention de sûreté.

**601 Modalités.** Les obligations imposées au titre de la surveillance de sûreté sont identiques à celles prévues pour la surveillance judiciaire. On y retrouve notamment l'injonction de soins (qui est obligatoire dans le cas où la surveillance judiciaire suit une libération conditionnelle assortie d'un traitement qui doit se poursuivre) et le placement sous surveillance électronique mobile (PSEM). La loi du 10 mars 2010 est venue préciser que ce PSEM ne peut être mis en œuvre sans le consentement du condamné, tout en indiquant que s'il refuse, il sera placé en centre socio-médico-judiciaire de sûreté (C. pr. pén., art. 706-59-19, al. 6). La durée de la surveillance de sûreté était initialement d'un an, renouvelable chaque année sans limitation, selon la même procédure que la procédure initiale (C. pr. pén., art. 706-53-19, al. 2). Depuis, la loi du 10 mars 2010, elle est de deux ans renouvelables, sauf mainlevée ou autre cause d'interruption (C. pr. pén., art. 706-53-19, al. 1<sup>er</sup>, 723-7 et 763-3). La demande de mainlevée doit être formée par le condamné au moins trois mois après que la décision de placement est devenue définitive.

Enfin, en cas d'observation des obligations liées à la surveillance de sûreté, le condamné pourra être placé en rétention de sûreté (C. pr. pén., art. 706-53-19, al. 3) – cette sanction étant d'application immédiate<sup>1</sup>. Le condamné est averti de ce risque de placement en rétention de sûreté, au moment de son placement sous surveillance électronique mobile (C. pr. pén., art. 706-53-19, al. 6).

1. V. M. Lacaze, « La rétention de sûreté prononcée suite à la méconnaissance des obligations de la surveillance de sûretés et l'article 5 de la convention européenne », *RPDP* 2012. 79.

Néanmoins, depuis la loi du 10 mars 2010, une telle décision doit être spécialement motivée par la constatation que, même renforcée, cette surveillance ne suffira pas à prévenir la commission d'une des infractions énumérées par l'article 706-53-13 du Code de procédure pénale (C. pr. pén., 706-53-19, al. 5). Concrètement, en cas d'inobservation des obligations, le juge de l'application des peines ou, en cas d'urgence ou d'empêchement de ce magistrat, le procureur de la République délivre un mandat d'arrêt (C. pr. pén., art. 706-53-19 *in fine*). L'intéressé est alors présenté au président de la juridiction régionale qui le retient le temps nécessaire à sa conduite dans un centre socio-médoco-judiciaire de sûreté<sup>4</sup>. Notons toutefois que selon l'article 706-53-15, alinéas 3 et 4 du Code de procédure pénale, la juridiction régionale ne peut prononcer cette mesure qu'après avoir vérifié que la personne condamnée a effectivement été mise en mesure de bénéficier, pendant l'exécution de sa peine, d'une prise en charge médicale, sociale et psychologique adaptée au trouble de la personnalité dont elle souffre ; la décision de rétention de sûreté doit être spécialement motivée sur ce point<sup>5</sup>.

### C. La rétention de sûreté

**602 Définition.** Comme nous l'avons vu, la rétention de sûreté est une mesure de placement dans un centre fermé dit « socio-médoco-judiciaire », qui intervient à la libération du condamné, pour qu'il fasse l'objet d'une prise en charge, médicale, sociale et psychologique (C. pr. pén., art. 706-53-13 à 706-53-21 et R. 53-8-40 s.)<sup>3</sup>. Ce placement en principe ne devrait pas suivre le modèle carcéral, car il n'est pas une peine, comme l'a rappelé le Conseil d'État, à l'occasion d'un recours contre son décret d'application<sup>4</sup>, mais il s'en rapproche inévitablement, notamment en ce qui concerne la discipline<sup>5</sup>.

1. En 2014, quatre individus se trouvaient dans cette situation, retenus à Fresnes. Sur les premiers placements sous surveillance de sûreté, v ; le dossier de *AJ pénal*, 2014, 105.

2. Crim. 28 mars 2018, n° 17-86938, *Dr. pénal* 2018, comm. 118, obs. V. Peltier.

3. V. ss 492.

4. CE, 26 nov. 2010, *Jean-Paul A. et Section française de l'OIP* ; V. également Cons. const., 2 juill. 2010, n° 2010-9 QPC (rejetant une QPC transmise par CE, 19 mai 2010, n° 323930, sur C. pr. pén., art. 706-53-21 car cette disposition avait déjà, par une simple mention, été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une précédente décision ; Cons. const., 21 févr. 2008, n° 2008-562 DC).

5. V. M. Herzog-Evans, « Les textes d'application de la loi rétention de sûreté : l'enracinement des nouvelles orientations », *D.* 2008. Chron. 3098 s.

- 603 Domaine.** La rétention de sûreté ne s'applique qu'aux condamnés ayant subi une peine de réclusion de quinze ans au moins, pour avoir commis soit sur une victime mineure un assassinat, un meurtre, des tortures ou actes de barbarie, un viol, un enlèvement ou une séquestration, soit sur une victime majeure ces mêmes infractions, accompagnées d'une ou plusieurs circonstances aggravantes ou, depuis la loi du 10 mars 2010, aux récidivistes de meurtres, de tortures ou actes de barbarie, de viols, d'enlèvements ou de séquestrations, sans circonstances aggravantes (C. pr. pén., art. 706-53-13). Mais elle ne peut être envisagée que si la cour d'assises en a expressément prévu la possibilité lors de la condamnation initiale<sup>1</sup> et que le condamné au moment de sa libération présente « une particulière dangerosité caractérisée par une probabilité très élevée de récidive », en raison « d'un trouble grave de la personnalité ». En revanche, le condamné qui a fait l'objet d'une libération conditionnelle, ne peut être placé en rétention de sûreté, sauf si cette mesure a fait l'objet d'une révocation (C. pr. pén., art. 706-53-20). De même, il ressort de la loi du 10 mars 2010, qu'un condamné qui a achevé sa peine ne peut pas être placé en rétention de sûreté, si on ne lui a pas offert, pendant sa détention, les moyens médicaux, sociaux et psychologiques de son amendement (C. pr. pén., art. 706-53-14 et 706-53-15). Cette restriction est la transposition d'une réserve d'interprétation émise par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 21 février 2008.
- 604 Procédure.** La rétention de sûreté est décidée par la *juridiction régionale de la rétention de sûreté*, saisie par le Procureur général sur proposition de la *commission pluridisciplinaire des mesures de sûreté*, trois mois avant la date de libération. Cette commission aura au préalable évalué la dangerosité du condamné en demandant un an avant la date de libération, son placement dans un service d'observation, pour six semaines au minimum, pour qu'il y soit examiné par deux experts psychiatres. Une telle demande de placement ne pourra cependant être formulée que si toutes les autres mesures de contrôle et de suivi (injonction de soins, place-

---

1. V. ss 494.

ment sous surveillance électronique mobile, inscriptions au fichier national des auteurs d'infractions sexuelles) sont insuffisantes et si la probabilité de récidive est très élevée (C. pr. pén., art. 706-53-14). La mesure est renouvelable chaque année, dans les mêmes conditions de fond et de procédure que le placement initial (C. pr. pén., art. 706-53-16). Enfin, un recours est possible devant la Juridiction nationale de la rétention de sûreté (C. pr. pén., art. 706-53-15). Ces garanties sont nécessaires car il ne faut pas oublier que le condamné susceptible d'être placé en rétention de sûreté doit avoir déjà purgé sa peine.

## D. Les soins de sûreté

### 605 Obligation de soins en cas d'altération reconnue du discernement.

Aux termes du nouvel article 706-136-1, créé par la loi n° 2014-896 du 15 août 2014, lorsqu'une personne condamnée a été reconnue *comme souffrant d'une altération de son discernement, dans les conditions de l'article 121-1, alinéa 2 du Code pénal*<sup>1</sup> n'a pas été condamnée à un suivi socio-judiciaire, le juge de l'application des peines peut ordonner, à la libération de cette personne, si son état le justifie et après avis médical, une obligation de soins pendant une durée qu'il fixe et qui ne peut excéder cinq ans en matière correctionnelle ou dix ans si les faits commis constituent un crime ou un délit puni de dix ans d'emprisonnement.

**606 Régime.** Cette mesure de soins décidée par le seul juge de l'application des peines est « étrange »<sup>2</sup> et peut s'avérer redoutable : elle sera prononcée soit parce que le suivi socio-judiciaire n'est pas encouru pour l'infraction réalisée, soit parce que la juridiction de jugement n'a pas jugé opportun de le prononcer. Le juge de l'application des peines peut donc soumettre contre la décision de la juridiction de jugement et sur simple « avis médical », le condamné à une obligation de soins temporaire, qui peut être, en outre, assortie de certaines interdictions, puisque le texte prévoit

1. V. ss 280.

2. V. R. Mesa, « L'étrange régime répressif de l'anormal mental » : *Gaz. Pal. Généraliste* 2014, n° 309-310, p ; 5 ; J. Danet, « Sur l'altération du discernement, prudence et mesure de sûreté, mais pour quel résultat ? », *Gaz. Pal. Spécialisée* 2014, n° 292 à 294.

que le dernier alinéa de l'article 706-136 est applicable<sup>1</sup>. Certes, l'intéressé peut demander au juge des libertés et de la détention de modifier ou supprimer cette obligation (C. pr. pén., art. 706-137), mais l'on reconnaîtra que cette mesure est entourée de peu de garanties alors que son caractère intrusif est important<sup>2</sup>. En effet, les soins présentent un caractère obligatoire : le condamné qui les refuse peut perdre son crédit de réduction de peine (C. pr. pén., art. 721 al. 3, et 721-1) et la mauvaise exécution de cette obligation est érigée en un délit puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende (C. pr. pén., art. 706-139). Ce caractère obligatoire accentue l'ambivalence de la mesure, car de deux choses l'une : ou bien cette mesure est appliquée à une personne qui a bénéficié d'une diminution de peine en raison de son état mental, mais pour laquelle il n'a pas été jugé utile de prévoir des soins appropriés, alors la décision du juge de l'application des peines contredit celle de la juridiction de jugement ; ou bien, la personne n'avait pas bénéficié de cette diminution de peine, la juridiction de jugement l'ayant écarté par décision spéciale, alors la décision du juge de l'application des peines alourdit la condamnation. Sans compter que, dans ce dernier cas, comme le relève E. Dreyer « la dangerosité attestée risque même d'influer sur la décision du juge de l'application des peines »<sup>3</sup> et l'auteur de se demander, à juste titre, si cette nouvelle mesure ne préfigure pas la disparition prochaine de la surveillance et de la rétention de sûreté, beaucoup plus difficiles à mettre en œuvre.

---

1. Lequel dispose : « Si la personne est hospitalisée en application des articles L. 3213-1 et L. 3213-7 du Code de la santé publique, les interdictions dont elle fait l'objet sont applicables pendant la durée de l'hospitalisation et se poursuivent après la levée de cette hospitalisation, pendant la durée fixée par la décision ».

2. E. Dreyer, *Droit pénal général*, op. cit., n° 1328

3. E. Dreyer, *Droit pénal général*, op. cit., loc. cit.

## SECTION 2

---

## L'EXTINCTION DE LA PEINE

---

**607 Extinction de la peine et effacement des condamnations.** En principe, la peine s'éteint soit par le décès du condamné (ou sa dissolution s'il s'agit d'une personne morale)<sup>1</sup> soit par son exécution<sup>2</sup>. Toutefois l'extinction peut aussi être indépendante de l'exécution (§ 1) et, la seule exécution ne suffit pas à effacer la condamnation : cet effacement suppose la réhabilitation (§ 2).

### § 1. L'extinction de la peine indépendamment de son exécution

---

**608 Quatre cas.** Il existe quatre institutions qui conduisent à l'extinction de la peine, voire à l'effacement des condamnations, indépendamment de son exécution : le relèvement (A), la prescription (B), la grâce (C) et l'amnistie (D).

#### A. Le relèvement

---

**609 Domaine.** Le relèvement est la décision par laquelle la juridiction peut effacer des mesures d'interdiction, de déchéance, d'incapacité voire de publication résultant d'une condamnation pénale. Plus exactement, il s'agit d'une exemption judiciaire de peine qui concerne, soit les peines accessoires (C. pén., art. 132-21 ; C. pr. pén., art. 702-1 et 703), soit les peines complémentaires (C. pr. pén., art. 702-1 et 703), soit la peine de suivi socio-judiciaire (C. pr. pén., art. 763-6). Ce relèvement est en revanche sans influence sur la peine principale ; il ne s'applique pas aux peines de substitution<sup>3</sup> et laisse intacte la condamnation.

**610 Modalités.** Ce relèvement peut être total ou partiel, y compris en ce qui concerne la durée. Pendant longtemps, le relèvement était considéré comme une faculté discrétionnaire mais la Cour de cassa-

---

1. Voire en raison de l'âge du condamné, il en est ainsi en principe pour l'interdiction de séjour qui cesse lorsque le condamné atteint 65 ans (C. pén., art. 131-32).

2. Ou l'exécution d'un sursis aboutissant à ce que la condamnation soit déclarée non avenue.

3. Crim. 31 mai 1994, *Bull. crim.* n° 214.

tion exige désormais qu'il soit motivé au regard de la situation de l'intéressé au moment de la demande<sup>1</sup> et proportionné<sup>2</sup>. Le relèvement peut être immédiat (cas des peines accessoires) ou différé (tous les cas). Dans l'hypothèse du relèvement différé, sauf lorsque la mesure résulte de plein droit d'une condamnation pénale, la demande n'est recevable qu'à l'issue d'un délai de six mois<sup>3</sup> et peut être renouvelée, en cas de refus, tous les six mois (C. pr. pén., art. 702-1)<sup>4</sup>. Ce délai est d'un an pour le suivi socio-judiciaire (C. pr. pén., art. 763-6). La demande est portée devant la juridiction de condamnation ou, en cas de pluralité de condamnations, devant la dernière juridiction qui a statué, voire devant la chambre de l'instruction lorsque la condamnation émane d'une cour d'assises.

Enfin, la loi du 24 novembre 2009 a autorisé les juridictions de l'application des peines, saisies d'une demande d'aménagement, à statuer également sur une demande de relèvement d'une interdiction, de plein droit ou judiciaire, de l'exercice d'une profession ou d'une activité (C. pr. pén., art. 712-22).

**611 Relèvement par exclusion du bulletin n° 2.** On rapprochera du relèvement, la faculté pour le tribunal qui prononce la condamnation d'exclure, soit dans le jugement, soit ultérieurement, la mention de la condamnation au bulletin n° 2 du casier judiciaire. Cette décision a pour conséquence le relèvement de toutes les interdictions, déchéances et incapacités, de quelque nature qu'elles soient, résultant de la condamnation. Ce relèvement ne concerne que les peines accessoires, non les peines complémentaires obligatoires<sup>5</sup>. La loi du 24 novembre 2009 a également accordé cette faculté aux juridictions de l'application des peines pour leur permettre de prononcer plus facilement un aménagement de peine (C. pr. pén., art. 712-22, al. 1<sup>er</sup>).

1. Crim. 15 oct. 2003, *Bull. crim.* n° 194.

2. Crim. 3 juin 2015, n° 14-86507, *Dr. pénal* 2015, comm. n° 113, obs. J.-H. Robert (refus de relèvement d'une interdiction du territoire jugé insuffisamment motivé et n'ayant pas tenu compte de la proportionnalité de la peine, au regard de la situation familiale et sociale du requérant).

3. En cas d'interdiction du territoire prononcée à titre de peine complémentaire à une peine d'emprisonnement, la première demande peut être portée devant la juridiction compétente avant l'expiration des six mois en cas de remise en liberté (C. pr. pén., art. 702-1, al. 3).

4. Crim. 31 oct. 2017, n° 17-80710, *AJ Pénal* 2017. 558, obs. J. Falxa.

5. Crim. 30 mai 1991, *Bull. crim.* n° 229.

## B. La prescription de la peine

---

**612 Temps de l'oubli.** Avec le temps, tout s'en va car tout s'oublie, ou presque. Si l'on excepte, en effet, les génocides et autres crimes contre l'humanité (C. pén., art. 211-1 à 212-3) déclarés imprescriptibles, tant du point de vue de l'action publique que de la peine (C. pén., art. 133-2), parce que l'abomination ne saurait être effacée des mémoires, toutes les infractions peuvent se prescrire, ainsi que toutes les peines *susceptibles d'exécution forcée* (C. pén., art. 133-2 à 133-6). La raison en est simple : si, après plusieurs années, la peine n'est pas exécutée (notamment parce que le condamné est en fuite) « le trouble causé par l'infraction et le bruit de la condamnation ont dû s'apaiser »<sup>1</sup> ; il convient donc de ne pas revenir sur cet apaisement, en ne procédant pas à l'exécution forcée<sup>2</sup>. Toutefois, l'oubli est fonction de la gravité de l'infraction, aussi le législateur a-t-il prévu des délais de prescription différents selon les cas et il a modulé les effets de la prescription.

**613 Délais de prescription.** Sous la réserve des peines pour crime contre l'humanité, toutes les peines susceptibles d'exécution forcée se prescrivent à compter de la date de la condamnation définitive. Les délais de prescription de l'action publique comme de la peine ont été en partie modifiés par la loi n° 2017-242 du 27 février 2017 portant réforme de la prescription en matière pénale<sup>3</sup>. En ce qui concerne la peine, le délai est toujours de vingt ans pour les crimes sauf pour les crimes d'eugénisme, de clonage reproductif, de disparition forcée, de terrorisme, de trafic de stupéfiants, ou les crimes relatifs à la prolifération d'armes de destruction massive, qui se prescrivent par trente années révolues à compter de la date à laquelle la décision de condamnation est devenue définitive (C. pén., art. 133-2). Le délai de droit commun est de six ans pour les délits contre cinq ans auparavant. Mais un délai de vingt ans est prévu pour les délits de guerre, les délits liés au terrorisme et

---

1. J.-C. Soyer, *Droit pénal et procédure pénale*, op. cit., p. 236.

2. La prescription ne joue que pour les peines susceptibles d'exécution forcée, elle ne concerne pas les peines privatives ou restrictives de droits, comme l'interdiction des droits civiques, civils et de famille.

3. Loi n° 2017-242, 27 févr. 2017, portant réforme de la prescription en matière pénale : JO 28 févr. 2017.

au trafic de stupéfiants et, lorsqu'ils sont punis de dix ans d'emprisonnement, les délits relatifs à la prolifération d'armes de destruction massive (C. pén., art. 133-3). Enfin, de manière inchangée, la prescription de la peine est de trois ans pour les contraventions (C. pén., art. 133-4). Mais ces délais peuvent en réalité être plus longs lorsqu'ils sont interrompus ou suspendus.

**614 Interruption de la prescription.** Le délai de prescription des peines est interrompu dans les conditions prévues à l'avant-dernier alinéa de l'article 707-1 du Code de procédure pénale (C. pén., art. 133-4-1). L'interruption résulte de tout acte d'exécution prévu par la loi<sup>1</sup>, tel qu'une saisie pour l'amende ou une arrestation pour un emprisonnement<sup>2</sup> et a pour effet de faire courir à nouveau l'entier délai. Plus exactement, depuis la loi de programmation n° 2012-409 du 27 mars 2012 relative à l'exécution des peines, la prescription de la peine est interrompue par les actes ou décisions du ministère public, des juridictions de l'application des peines et, pour les peines d'amende ou de confiscation relevant de leur compétence, du Trésor ou de l'Agence de gestion et de recouvrement des avoirs saisis et confisqués, qui tendent à son exécution (C. pr. pén., art. 707-1, al. 5). Or il est notable que jusqu'à cette loi, le législateur n'avait pas défini les causes interruptives de prescription. Seul un décret n° 204-1364 du 13 décembre 2004 indiquait que la prescription de la peine était interrompue par les actes ou décisions du ministère public, du juge de l'application des peines, et pour les peines d'amende du Trésor, qui tendent à son exécution (C. pr. pén., anc. art. D. 48-5). Mais ce texte n'ayant que valeur réglementaire, il a été jugé que les actes préparatoires à l'exécution d'une peine, telle la délivrance d'un mandat d'arrêt européen ou la formulation d'une demande d'extradition, ne pouvaient pas légalement interrompre la prescription<sup>3</sup>. Pour l'avoir oublié, le gouvernement s'est trouvé à l'été 2013 confronté à la situation de nombreux détenus libérables,

1. Crim. 24 juill. 1957, *Bull. crim.* n° 573.

2. L'opposition à un jugement par défaut est également interruptive, V. Crim. 20 mai 2003, *Bull. crim.* n° 100.

3. Crim. 26 juin 2013, n° 12-81646 ; Crim. 26 juin 2013, n° 12-88265, *Dr. pénal* 2013, comm. n° 150, obs. E. Bonis.

parce que leur peine était apparemment prescrite<sup>1</sup>, et que l'article 707-1, alinéa 5 du Code de procédure pénale n'était applicable, conformément à l'article 112-2, 4<sup>o</sup> du Code pénal, qu'aux peines dont la prescription n'était pas définitivement acquise, à la date de son entrée en vigueur, soit le 29 mars 2012<sup>2</sup>.

**615 Suspension de la prescription.** La suspension quant à elle ne fait qu'arrêter l'écoulement du délai, qui recommence à courir après l'événement suspensif. Cet événement suspensif est un obstacle de droit à l'exécution de la peine, qui présente les caractères de la force majeure, non une simple difficulté d'exécution comme une évasion. Il s'agit par, exemple, du sursis à l'exécution de la peine, de la détention de la personne à l'étranger<sup>3</sup> ou encore de l'exercice par le condamné d'un appel<sup>4</sup>.

**616 Effets de la prescription.** Lorsque la peine est prescrite, elle est réputée exécutée mais la condamnation demeure avec toutes ses conséquences en ce qui concerne la récidive, le casier judiciaire ou le sursis. Quant aux obligations de nature civile découlant de la condamnation, elles sont soumises aux règles de prescription du Code civil (C. pén., art. 133-6). En outre, il était prévu que les condamnés par défaut qui avaient prescrit leur peine n'étaient pas admis à former opposition au jugement non signifié à personne (C. pén. art. 133-5 ; C. pr. Pén., art. 492), mais ces dispositions ont été déclarées inconstitutionnelles, comme portant une atteinte excessive aux droits de la défense et au droit à un recours juridictionnel effectif<sup>5</sup>. Enfin, une particularité est à signaler pour le condamné qui a prescrit une peine criminelle : il est soumis de plein droit et à titre définitif à une interdiction de séjour dans le département où réside sa victime ou ses héritiers directs (C. pr. pén., art. 763).

1. À propos de ce « bug pénitentiaire », V. *Le Canard enchaîné*, 7 août 2013, p. 3 et 9 août 2013, p. 3.  
2. Crim. 26 juin 2013, n° 12-88265 préc.; v. aussi Crim. 5 avr. 2018, n° 18-81596, *Dr. pénal* 2018, comm. 119, obs. E. Bonis.

3. Crim. 5 oct. 1993, *Bull. crim.* n° 275.

4. Crim. 23 déc. 1957, *Bull. crim.* n° 865.

5. Cons. const. 8 juin 2018, n° 2018-712 QPC ; v. L. Griffon-Yarza, « De l'imprescriptibilité en matière de jugement rendu par défaut non signifié à personne », *Dr. Pénal* 2018, Étude 19.

## C. La grâce

---

**617 Prérogative du chef de l'État.** Le droit de grâce est prévu par l'article 17 de la Constitution. Il s'agit d'une prérogative présidentielle qui permet au chef de l'État de corriger certaines rigidités du système pénal, en tenant compte de considérations politiques ou humanitaires en faveur des condamnés. Ce droit de grâce s'exerce par décret. Initialement, la grâce pouvait être individuelle ou collective (tel était le cas, jusqu'en 2007, de la traditionnelle grâce collective du 14 juill.) mais la loi Constitutionnelle du 23 juillet 2008 a supprimé cette possibilité de grâce collective. Désormais l'article 17 de la Constitution dispose : « le président de la République a le droit de faire grâce à titre individuel ». Le Code pénal ne lui consacre que deux articles, dont l'un dispose que « la grâce emporte seulement dispense d'exécuter la peine » (C. pén., art. 133-7) et l'autre que « la grâce ne fait pas obstacle au droit pour la victime d'obtenir réparation du préjudice causé par l'infraction » (C. pén., art. 133-8). De là, on précisera que la dispense d'exécution de la peine peut être totale ou partielle et emporte, dans ce dernier cas, commutation de peine (par exemple, une réclusion criminelle à perpétuité peut être commuée en réclusion à temps). Cette commutation a surtout été appliquée dans les derniers temps de l'application de la peine de mort, mais aujourd'hui le droit de grâce en général est en déclin<sup>1</sup>. Pour le reste, on retiendra surtout que la grâce ne produit aucun effacement de la condamnation – telle est la grande différence entre la grâce et l'amnistie. En conséquence, la condamnation demeure inscrite au casier judiciaire et les peines complémentaires, sauf disposition contraire du décret de grâce, ne sont pas couvertes (mais il est toujours possible d'en demander le relèvement).

## D. L'amnistie

---

**618 Effacement des condamnations.** L'amnistie a déjà été présentée comme une mesure qui permet de neutraliser les incriminations et de faire obstacle à l'action publique<sup>2</sup>, mais elle doit encore être évoquée car elle permet aussi d'effacer les condamnations. Ses

---

1. Y. Giffon-Yarza, « Droit de grâce présidentiel : le coup de grâce », *Dr. pénal* 2017, Étude 14.

2. V. ss 270.

effets sont donc radicaux au plan pénal. En revanche, on rappellera que la matérialité des faits subsiste donc que les réparations restent dues à la victime (C. pén., art. 133-10) et que la publication à titre de réparation peut être exécutée (C. pén., art. 133-11). Pour s'en tenir à l'effacement des peines, il convient de noter que, selon l'article 133-9 du Code pénal : « L'amnistie efface les condamnations prononcées, elle entraîne, sans qu'elle puisse donner lieu à restitution, la remise de toutes les peines. Elle rétablit l'auteur ou le complice de l'infraction dans le bénéfice du sursis qui avait pu lui être accordé lors d'une condamnation antérieure. » La condamnation est donc supprimée, ce qui a pour conséquence son effacement du casier judiciaire et l'interdiction d'en rappeler l'existence.

**619 Effacement des mesures de sûreté ?** Bien que les différentes lois d'amnistie disposent généralement que l'amnistie « entraîne [...] la remise de toutes les peines principales, accessoires ou complémentaires, ainsi que de toutes incapacités ou déchéances subséquentes », la jurisprudence considère que certaines déchéances sont des « mesures de police et de sécurité publique » et échappent à l'amnistie. Cette position a été affirmée, par exemple, pour l'interdiction de diriger une société<sup>1</sup>, l'interdiction d'exercer la profession de pharmacien<sup>2</sup> ou l'interdiction d'exploiter un hôtel<sup>3</sup>. On pourrait s'étonner de cette jurisprudence car pour d'autres déchéances, comme la suspension du permis de chasser, la Cour de cassation a jugé que les mesures de sûreté ne peuvent échapper à l'amnistie « en l'absence de disposition spéciale de la loi »<sup>4</sup>. En refusant, malgré tout, l'amnistie, la Cour de cassation sert les objectifs de défense de la moralité et de l'honnêteté de la vie des affaires. La Haute juridiction a voulu empêcher que tous les cinq ans, à la faveur d'une amnistie présidentielle, s'appuyant sur une prétendue tradition républicaine très contestable – mais qui a pris fin en 2007 –<sup>5</sup>, certains condamnés reviennent exercer des profes-

1. Crim. 10 nov. 1965, *Bull. crim.* n° 229. *Contra* Crim. 8 nov. 1962, *Bull. crim.* n° 30 ; 26 juin 1963, *Bull. crim.* n° 228.

2. Crim. 25 oct. 1967, *Bull. crim.* n° 266.

3. Crim. 12 juin 1968, *Bull. crim.* n° 189.

4. Crim. 23 nov. 1982, *Bull. crim.* n° 265.

5. V. H. Belrhali, « L'amnistie à l'issue de l'élection présidentielle », *RRJ* 2002. 843 s. ; sur cette politique législative du pardon, V. B. Py, « Amnistie : le choix dans les dates », *Dr. pénal* 2002. Chron. 12 ;

sions pour lesquelles ils ont démontré leur indignité<sup>1</sup>. Dès lors, la proclamation contenue dans l'article 133-9 du Code pénal, selon laquelle l'amnistie « entraîne la remise de toutes les peines » ne devrait rien changer à cette jurisprudence, d'autant que ces condamnés peuvent toujours recouvrer leur pleine capacité professionnelle s'ils la méritent, grâce au relèvement (C. pén., art. 133-21, al. 2) ou à la réhabilitation (C. pén., art. 133-12).

## § 2. L'extinction de la peine après son exécution : la réhabilitation

**620 Effacement de la condamnation pour bonne conduite.** La réhabilitation est une mesure d'effacement de la condamnation pour bonne conduite. Tout condamné, pour crime, délit ou contravention, dont la peine a été exécutée ou est éteinte pour une autre cause (grâce, prescription) peut être réhabilité (C. pr. pén., art. 782). Outre sa portée symbolique pour l'honneur du condamné (il a payé sa dette), l'intérêt d'une telle mesure est de faire cesser les déchéances et interdictions qui accompagnent la condamnation. Plus précisément, il existe deux formes de réhabilitation, l'une judiciaire, l'autre légale.

**621 Réhabilitation judiciaire.** La première forme de réhabilitation est judiciaire (C. pr. pén., art. 782 à 798-1). Pour les personnes physiques, elle est possible après l'écoulement d'un délai d'épreuve à compter de l'exécution de la peine, qui est de cinq ans pour les crimes, trois ans pour les délits et un an pour les contraventions (C. pr. pén., art. 786). Ces délais sont allongés pour les récidivistes (C. pr. pén., art. 787). Il est notable qu'à l'égard des condamnés à une sanction pénale autre que l'emprisonnement ou l'amende, prononcée à titre principal, ce délai part de l'expiration de la sanction subie (C. pr. pén., art. 786, al. 3), ce qui en pratique s'oppose à ce qu'un étranger condamné, à titre principal, à la peine d'interdiction définitive du territoire, puisse faire une demande de réhabilitation.

L. Leturmy, « Brèves remarques sur les débats parlementaires et la loi d'amnistie du 6 août 2002 », *Dr. pénal* 2002. Chron. 34.

<sup>1</sup>. B. Mercadal, « L'amnistie des interdictions professionnelles », *D.* 1993. Chron. 141-142.

Ce dispositif semble rétablir une sorte de bannissement perpétuel, mais il a pourtant été validé par le Conseil constitutionnel, qui estime que le texte ne méconnaît ni le principe d'égalité, ni le principe de proportionnalité des peines, au motif curieux que les interdits définitifs peuvent bénéficier d'une grâce, d'une amnistie ou du retrait des fiches du casier judiciaire après plus de quarante ans<sup>1</sup>. Le Conseil ajoute qu'il pourrait même bénéficier de la dispense de délai, qui existe au profit de tout condamné qui depuis l'infraction a rendu des « services éminents au pays » (C. pr. pén., art. 789). Dans le sillage de cette décision, la Cour de cassation a confirmé qu'une personne frappée d'interdiction définitive du territoire, à titre principal, ne pouvait pas bénéficier d'une réhabilitation judiciaire, puisque toute demande ne peut être introduite qu'à l'issue d'un délai de trois ans après l'exécution de la peine, or en l'occurrence la peine ne cesse jamais de s'exécuter ; le condamné n'est donc même pas recevable à formuler une telle requête<sup>2</sup>. Cette solution n'est pas satisfaisante au regard du droit au recours.

Quant à la procédure, la réhabilitation suppose une demande adressée au procureur de la République par l'intéressé ou son représentant légal, ou après sa mort, pendant un an, par son conjoint ou ses héritiers en ligne directe. Le procureur de la République fera alors procéder à une enquête pour vérifier la bonne conduite de l'intéressé, il recueillera l'avis du juge de l'application des peines puis transmettra au procureur général qui saisira la chambre de l'instruction, laquelle reste libre d'accorder ou de refuser la réhabilitation (une nouvelle demande pourra être introduite dans les deux ans). Pour les personnes morales, une procédure analogue existe, mais il n'est pas prévu qu'elles aient pu rendre des services éminents au pays et le délai entre l'exécution de la peine et la demande est uniformément fixé à deux ans – un an pour le renouvellement (C. pr. pén., art. 798-1).

**622 Réhabilitation légale.** La seconde forme de réhabilitation est légale, elle intervient automatiquement par l'effet de l'écoulement du temps. Il suffit que la personne en cause n'ait pas subi de nouvelle

1. Cons. const., 27 nov. 2015, n° 2015-501 QPC, *Dr. pénal* 2016, comm. 18, obs. crit. V. Peltier.

2. Crim. 28 févr. 2018, n° 16-84441, *Gaz. Pal.* 2018, n° 16, p. 54, obs. E. Dreyer.

condamnation à une peine criminelle ou correctionnelle, pendant un délai d'épreuve qui court à compter de l'exécution de la peine ou du moment où elle est réputée subie ; lorsqu'il s'agit d'une condamnation avec sursis, il court à compter de la date à laquelle la condamnation est non avenue. Ce délai est, pour les personnes physiques non récidivistes de trois ans pour les peines d'amende ou de jours-amendes et de cinq à dix ans, selon les cas, pour les peines privatives de liberté (C. pén., art. 133-13) et pour les personnes morales non récidivistes, il est de cinq ans, quelle que soit la peine subie (C. pén., art. 133-14). Et depuis loi du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance délais sont doublés lorsque la personne – physique ou morale – a été condamnée pour des faits commis en état de récidive légale. En outre, la loi de programmation n° 2012-409 du 27 mars 2012 relative à l'exécution des peines, transposant sur ce point des décisions-cadres européennes du 24 juillet 2008 et du 26 février 2009, coordonne ce dispositif en cas de condamnation par une juridiction d'un État membre de l'Union européenne (C. pén., art. 133-16-1)

**623 Effets.** Les deux formes de réhabilitation produisaient initialement les mêmes effets, identiques à ceux de l'amnistie (C. pén., art. 133-16), à savoir l'effacement de toutes les interdictions et déchéances accompagnant la condamnation et la suppression de la mention au casier judiciaire, y compris, depuis 1994, le retrait de la fiche du bulletin n° 1, de sorte que le passé pénal du condamné disparaissait totalement. Mais la loi précitée du 5 mars 2007 est venue atténuer cet effet puisque désormais l'article 133-16 du Code pénal dispose que « la réhabilitation n'interdit pas la prise en compte de la condamnation, par les seules autorités judiciaires, en cas de nouvelles poursuites, pour l'application des règles sur la récidive légale » ; les dispositions relatives aux fiches du casier judiciaire ont donc été adaptées en conséquence ; désormais il est à nouveau fait mention des réhabilitations dans le casier judiciaire (C. pr. pén., art. 769, al. 1<sup>er</sup>) et les fiches des condamnés réhabilités ne sont plus supprimées (C. pr. pén., art. 769 al. 2). Malgré tout, la Cour de cassation est restée un temps hostile à la prise en compte de la condamnation réhabilitée pour la caractérisation de

la peine<sup>1</sup>, avant de juger que « en application des dispositions combinées des articles 133-16 du Code pénal et 769 du Code de procédure pénale la réhabilitation de plein droit d'une condamnation n'interdit pas à la juridiction de prendre en compte, lors de l'examen de la culpabilité de l'intéressé, cet élément de personnalité figurant régulièrement au dossier de la procédure par sa mention au casier judiciaire »<sup>2</sup>. Certes, la Cour de cassation ne se prononce que sur la culpabilité, non sur la peine, mais une commentatrice avisée a justement fait observer qu'« on voit mal comment interdire au juge du fond de se servir d'une condamnation réhabilitée pour personnaliser la peine après avoir conclu à la culpabilité de la personne par cette même voie »<sup>3</sup>. Enfin, la loi de programmation n° 2012-409 du 27 mars 2012 précitée a rendu encore un peu plus illusoire la réhabilitation légale, en prévoyant que, lorsque la personne aura été condamnée à une peine complémentaire d'interdiction, d'incapacité ou de déchéance à titre définitif, la réhabilitation ne produira ses effets qu'à l'issue d'un délai de quarante ans (C. pén., art. 133-16, al. 2) Voilà qui justifie que nous maintenions, au terme de cette nouvelle édition, cette conclusion en forme de boutade, prononcée naguère par un enseignant grenoblois : « si vous oubliez le droit pénal, le droit pénal, lui, ne vous oubliera pas ! ».

---

1. Crim. 10 nov. 2009, n° 09-82368, *AJ Pénal* 2010. 89, obs. M. Herzog-Evans.

2. Crim. 17 janv. 2018, n° 17-80402, comm. 71, obs. V. Peltier ; comp. Crim. 28 mai 2013, n° 12-81468, *Bull. crim.* n° 118.

3. V. Peltier, obs. préc.

international.scholarvox.com:ENCG Marrakech:714558545:88866242:196.200.176.177:1580751085

---

# BIBLIOGRAPHIE

---

## 1. Droit pénal général

### • Traités

DESSPORTES F., LE GUNEHÉC F., *Droit pénal général*, 16<sup>e</sup> éd., Corpus Droit privé, Economica, 2009.

MERLE R., VITU A., *Traité de droit criminel*, t. 1 : *Problèmes généraux de la science criminelle. Droit pénal général*, 7<sup>e</sup> éd., Cujas, 1997.

### • Manuels

BONFILS Ph., GIACOPELLI M., *Droit pénal général*, Synthèse, Cujas, 2018

BOULOC B., *Droit pénal général*, 25<sup>e</sup> éd., Précis, Dalloz, 2017.

CONTE Ph., MAISTRE DU CHAMBON P., *Droit pénal général*, 7<sup>e</sup> éd., Université, Sirey, 2004.

DREYER E., *Droit pénal général*, 4<sup>e</sup> éd., Manuel, Litec, 2016.

GARÉ Th., GINESTET C., *Droit pénal et procédure pénale*, 10<sup>e</sup> éd., Hypercours, Dalloz, 2018.

HERZOG-EVANS M., ROUSSEL G., *Droit pénal général*, 5<sup>e</sup> éd., Dyna'Sup Droit, Vuibert, 2016.

JACOPIN S., *Droit pénal général*, 2<sup>e</sup> éd., Grand amphî Droit, Bréal, 2014.

LEROY J., *Droit pénal général*, 5<sup>e</sup> éd., Manuel, LGDJ-Montchrestien, 2014.

MAYAUD Y., *Droit pénal général*, 6<sup>e</sup> éd., Droit fondamental, PUF, 2018.

PRADEL J., *Droit pénal général*, 21<sup>e</sup> éd., Référence, Cujas, 2016.

ROBERT J.-H., *Droit pénal général*, 6<sup>e</sup> éd., Thémis, PUF, 2005.

SOYER J.-C., *Droit pénal et procédure pénale*, 21<sup>e</sup> éd., Manuel, LGDJ-Montchrestien, 2012.

VERNY É., DÉCIMA O., DETRAZ S., *Droit pénal général*, 2<sup>e</sup> éd., Cours, Lextenso-LGDJ, 2016.

#### • **Mémentos**

LARGUIER J., CONTE Ph., MAISTRE DU CHAMBON P., *Droit pénal général*, 22<sup>e</sup> éd., Mémento, Dalloz, 2014.

LETURMY L., KOLB P., *Droit pénal général*, 12<sup>e</sup> éd., Mémento, Gualino, 2017-2018.

#### • **Grands arrêts**

PRADEL J., VARINARD A., *Les grands arrêts du droit pénal général*, 10<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2016.

#### • **Grands articles**

MAYAUD Y., *Les grands articles du Code pénal*, 3<sup>e</sup> éd., À savoir, Dalloz, 2017.

#### • **Concours**

BOULOC B., MATSOPOULOU H., *Droit pénal général et procédure pénale*, 20<sup>e</sup> éd., Intégral concours, Sirey, 2016.

SOURZAT C., *Droit pénal général et procédure pénale*, Métiers du Droit, Larcier, 2014.

#### • **Travaux dirigés / Cas pratiques**

BONFILS Ph., N. CATELAN, VERGÈS E., *Travaux dirigés de droit pénal et procédure pénale*, 3<sup>e</sup> éd. Objectif droit, Litec, 2013.

JEANNNE N., *Le droit pénal en cas pratique*, Réussir mon examen, Dalloz, 2018

### **2. Histoire du droit et de la doctrine pénale**

BECCARIA C., *Des délits et des peines* (1764), Flammarion, 1991.

CARBASSE J.-M., *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, 2<sup>e</sup> éd., Droit fondamental, PUF, 2006.

PRADEL J., *Histoire des doctrines pénales*, 2<sup>e</sup> éd., Que sais-je ?, n° 2484, PUF, 1991.

### **3. Droit de la peine**

BEZIZ-AYACHE A., BOESEL D., *Droit de l'exécution de la sanction pénale*, 2<sup>e</sup> éd., Axe droit, Lamy, 2013.

BONIS-GARÇON E., PELTIER V., *Droit de la peine*, 3<sup>e</sup> éd., Manuel, Litec, 2016.

- BOULOC B., *Droit de l'exécution des peines*, 5<sup>e</sup> éd., Précis, Dalloz, 2017.
- HERZOG-EVANS M., *Droit de l'exécution des peines*, 5<sup>e</sup> éd., Dalloz action, Dalloz, 2016.

#### **4. Droit pénal européen, international et comparé**

- C. HAGUENAU-MOIZARD, F. GAZIN, J. LEBLOIS-HAPPE, *Les fondements du droit pénal de l'Union européenne*, Larcier, Paradigme, 2016.
- J. PRADEL, *Droit pénal comparé*, 4<sup>e</sup> éd., Précis, Dalloz, 2016.
- J. PRADEL, G. COSTENS, G. VERMEULEN, *Droit pénal européen*, 3<sup>e</sup> éd., Précis, Dalloz, 2009.
- D. REBUT, *Droit pénal international*, 2<sup>e</sup> éd., Précis, Dalloz, 2015.
- E. RUBI-CAVAGNA, *L'essentiel du droit pénal de l'Union européenne*, Les Carrés, Lextenso-Gualino, 2014.

international.scholarvox.com:ENCG Marrakech:889457667:88866242:196.200.176.177:1580751445

---

# INDEX ALPHABÉTIQUE

---

*Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphes.*

## A

---

*Aberratio ictus*, **214**  
Abolition de la peine de mort, **9**,  
**356**  
Abstention, v. *Complicité, Infraction d'omission*  
*Actio libera in causa*, **288**  
*Actio libera in causa*, **283**  
Affichage des décisions de condamnation, **382**  
Aggravation de peine, **412 s.**  
Ajournement du prononcé de la peine  
- aux fins de consignation d'une somme d'argent, **546**  
- aux fins d'investigations sur la personnalité, **544**  
- avec injonction, **541 s.**  
- avec mise à l'épreuve, **538 s.**  
- simple, **535 s.**  
Aménagement de peine, **518 s.**,  
**555 s.**  
Amende, **356 s.**, **433 s.**  
Amnistie, **270 s.**, **618**, **619**

Anthropologie criminelle, **16**  
Appréciation de la légalité des actes administratifs, **28**, **86 s.**  
Association de malfaiteurs, **184**,  
**300**, **312**  
Atténuation de peine, **402 s.**  
Auteur  
- matériel, **297**, **302**  
- moral, **304 s.**  
Autolimitation de la loi pénale, **34**  
Autonomie de la loi pénale, **33**  
Autorisation de la loi, **231 s.**  
Autorité de la chose jugée  
- atteinte, **528**, **549**, **559**, **563**

## B

---

Bande organisée, **300**, **413**  
Bracelet électronique, v. *Placement*

## C

---

Casier judiciaire, **484**  
Causalité (lien de -), **174 s.**  
Causes de non-imputabilité, **274 s.**

Chambre de l'application des peines, **550**  
 Chef d'entreprise, v. *Dirigeant (responsabilité du -)*  
 Circonstances aggravantes  
 - générales, **415 s.**  
 - mixtes, **320, 413**  
 - personnelles, **320, 413**  
 - réelles, **320, 413**  
 - spéciales, **413 s.**  
 Coaction, **301 s.**  
 Coauteur, v. *Coaction*  
 Code pénal, **27, 28**  
 - européen, **78**  
 Commandement de l'autorité légitime, **235 s.**  
 Comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, **350, 406**  
 Compétence  
 - personnelle active, **148**  
 - personnelle passive, **145**  
 - réelle, **146**  
 - universelle, **154**  
 Complicité, **307 s.**  
 - corespective, **303**  
 - par abstention, **315**  
 - par aide ou assistance, **315**  
 - par provocation et instruction, **305, 316**  
 Composition pénale, **350**  
 Concours d'infractions  
 - idéal, **269**  
 - réel, **462 s.**  
 Condition préalable, **161**  
 Confiscation  
 - générale, **377**  
 - spéciale, **378**  
 - d'un animal, **379**  
 Confusion des peines, **469**

Consentement de la victime, **220 s.**  
 Contrainte, **285 s.**  
 Contrainte judiciaire, **436**  
 Contrainte pénale, **360, 439 s.**  
 Contrevenant, **37 s., 358, 366, 367**  
 Conversion de peine, **558 s.**  
 Coutume, **72**  
 Crédit de réduction de peine, v. *Réduction de peine*  
 Crime, **37 s., 356**  
 - de foule, **298**  
 Cumul idéal d'infractions, v. *Concours d'infractions*  
 Cumul de peines  
 - illimité, **473, 485**  
 - juridique, **414, 462**  
 - plafonné, **468**

## D

Déclaration d'irresponsabilité pénale, **282**  
 Défense sociale, **18**  
 Délégation, **326, 336**  
 Délit obstacle, v. *Infraction*  
 Dépénalisation, **34**  
 Détention criminelle, **46, 356**  
 Dirigeant (responsabilité du -), **322 s.**  
 Dispense de peine, **530 s.**  
 Dol  
 - aggravé, **197**  
 - dépassé, **206**  
 - éventuel, **207**  
 - général, **193**  
 - indéterminé, **205**  
 - spécial, **194, 196**  
 Droit pénal international, **127**

**E**

- Éclectisme, **17**  
 Élément de l'infraction, **162**  
 - injuste, **218**  
 - légal, **35 s.**  
 - matériel, **164 s.**  
 - moral, **189 s.**  
 Emprunt de criminalité, **312**  
 Enfant, v. *Mineur*  
 Erreur  
 - de droit, **28, 289 s.**  
 - de fait, **213 s.**  
 Établissement pénitentiaire, **553**  
 État de nécessité, **28, 243 s.**  
 Exclusion des marchés publics, **381**  
 Exemption de peine, **400 s.**
- F**
- Faits justificatifs, **230 s.**  
 Faute  
 - antérieure, **246, 283, 288**  
 - civile, **203**  
 - conjuguée, **176**  
 - contraventionnelle, **23, 210**  
 - intentionnelle, v. *Intention*  
 - présumée, **23, 211**  
 Faute non intentionnelle, **198 s., 216**  
 - caractérisée, **202**  
 - délibérée, **201**  
 - simple, **199**  
 Fermeture d'établissement, **380**  
 Fœtus, **55**  
 Fractionnement  
 - de l'exécution de la peine, **568**  
 - de la peine, **522 s.**

**G**

- Grâce, **617**  
 Guet-apens, **413**

**H**

- Histoire du droit pénal, **5 s.**  
 Hybridation des peines, **353**  
 Hypnose, **281**

**I**

- Ignorance de la loi, **289 s.**  
 Illicéité, **218 s.**  
 Immunité  
 - des chefs d'État, **141**  
 - diplomatique, **140**  
 - familiale, **228**  
 - judiciaire, **227**  
 - parlementaire, **226**  
 - du président de la République, **225**  
 Imprudence  
 - consciente, **208**  
 - inconsciente, v. *Faute non intentionnelle*  
 Individualisation de la peine, **26, 354, 418, 481**  
*Infans*, **277**  
 Infraction, **158 s.**  
 - de commission, **167**  
 - de commission par omission, **168**  
 - continue, **99**  
 - de droit commun, **44**  
 - formelle, **172, 269**  
 - d'habitude, **100**  
 - impossible, **188**  
 - imputation, **273 s.**  
 - instantanée, **98**  
 - manquée, **187**

- matérielle, **171**
- militaire, **47, 48**
- obstacle, **173, 269**
- d'omission, **169**
- permanente, **98**
- politique, **45, 46**
- praeter-intentionnelle, **206**
- qualification, **159 s.**
- Infraction d'omission
- Injonction, v. *Ajournement du prononcé de la peine*
- Injonction de soins, **348, 369, 385 s., 508, 584, 605 s.**
- Instigation, **304, 312, 316**
- Intention, **191 s.**
- Interdiction
  - des droits civiques / civils / de famille, **374**
  - d'émettre des chèques, **376**
  - de fréquenter la victime, **590**
  - de séjour, **373**
  - de territoire, **370 s.**
  - d'une activité professionnelle ou sociale, **375**
  - d'utiliser des cartes de paiement, **376**
- Interprétation de la loi, **74 s.**
- Irresponsabilité pénale, **283**
- Ivresse, **283**

## J

---

- Jour-amende, **362, 452 s., 497, 504, 516, 523, 562 s.**
- Juge de l'application des peines, **550**
- Juge de proximité, **41**
- Jurisprudence
  - justification pénale, **230 s.**
  - revirement de, **105**
  - source de droit, **74**

## L

---

- Lanceur d'alerte, **248**
- Légitime défense, **238 s.**
- Libération conditionnelle, **482, 487, 506, 550, 557, 572-575, 581 s.**
- Liberté sous contrainte, **587**
- Lien de causalité, v. *Causalité (lien de -)*
- Loi déclarative, **95**
- Loi interprétative, **103**
- Loi pénale, **33 s.**
  - application dans l'espace, **127 s.**
  - application dans le temps, **90 s.**
  - plus douce, **109 s.**
  - plus sévère, **114 s.**
- Loi de validation, **104**

## M

---

- Matière pénale, **31, 351**
- Mesure d'assistance et de contrôle, **282, 375, 385, 507 s., 589 s.**
- Mesure éducative, **278, 347**
- Mesure de sûreté, **16, 106, 347, 348, 486 s., 593 s.**
- Mineur, **276 s., 347**
- Mise en danger délibérée d'autrui, **208**
- Mobile, **195 s.**

## N

---

- Négligence, **199**
- Nemo censetur ignorare legem*, **289**
- Non bis in idem*, **269, 352**
- Non-cumul des peines, **465**
- Non-dénonciation de crime, **169, 228**
- Non-rétroactivité de la loi pénale, **93 s.**

**O**

- 
- Omission de porter secours, **169**
  - Ordre
    - de l'autorité légitime, **236**
    - de la loi, **231 s.**

**P**

- 
- Peine, **341 s.**
    - accessoire, **390 s.**
    - complémentaire, **368 s.**
    - contraventionnelle, **39, 358, 366, 367**
    - correctionnelle, **39, 357, 361 s.**
    - criminelle, **39, 356**
    - incompressible, v. *Période de sûreté*
    - minimale, **481**
    - plafond, **460**
    - plancher, **459**
    - principale alternative, **359 s.**
    - principale de référence, **355 s.**
    - privative et restrictive de droits, **364, 369, 449 s.**
    - privative de liberté, **552 s.**
    - de substitution, **359 s., 438 s.**
  - Période de sûreté
    - facultative, **489**
    - obligatoire, **488**
  - Permission de la loi, v. *Autorisation de la loi*
  - Permission de sortir, **570**
  - Personnes morales
    - peines applicables aux -, **393 s.**
    - récidive des -, **483**
    - responsabilité des -, **28, 327 s.**
  - Placement
    - à l'extérieur, **487, 525, 571 s.**
    - sous surveillance électronique fixe, **527 s., 575, 588 s.**

- sous surveillance électronique mobile, **386, 586 s., 596, 601**
- Positivisme, **16**
- Prescription de la peine, **42, 612 s.**
- Principe
  - de culpabilité, **23**
  - de dignité, **4**
  - de la légalité criminelle, **21, 49 s., 342, 421**
  - du libre choix de la sanction par le juge, **420**
  - de non-rétroactivité, **93 s.**
  - de personnalité, **25, 418**
  - de proportionnalité, **21, 258, 342**
- Principes
  - directeurs de l'exécution des peines, **554**
  - généraux du droit, **75**
- Prison, v. *Établissement pénitentiaire*

**Q**

- 
- Qualification, **159 s.**

**R**

- 
- Recel
    - de cadavre, **264, 315**
    - de chose, **315**
    - de malfaiteur, **228, 315**
  - Récidive
    - des personnes morales, **483**
    - des personnes physiques, **475 s.**
  - Réciprocité d'incriminations, **151**
  - Réclusion, **356**
  - Réduction de peine, **577 s.**
  - Règlement, **69, 86 s.**
  - Réhabilitation, **620 s.**
  - Réitération, **485**

Relèvement, **390, 609**  
 Repentir actif, **185**  
 Repentis, **400, 401, 404, 580**  
 Responsabilité pénale des personnes morales, v. *Personnes morales*  
 Rétention  
 - policière, **591, 592**  
 - de sûreté, **106, 347, 492 s., 602 s.**  
 Rétroactivité *in mitius*, **109, 116-118**

## S

---

Sanction éducative, **278, 342, 348**  
 Sanction-réparation, **365, 367, 396, 456**  
 Semi-liberté, **520, 554, 574**  
 Service pénitentiaire d'insertion et de probation, **554**  
 Sociologie criminelle, **16**  
 Solidarité  
 - des compétences législatives et juridictionnelles, **128**  
 - pénale, **434**  
*Specialia generalibus derogant*, **267, 269**  
 Stage  
 - de citoyenneté, **363, 455**  
 - de responsabilité parentale, **383**  
 - de sensibilisation à la sécurité routière, **383**  
 - de sensibilisation aux dangers des stupéfiants, **383**  
 Subdélégation, **326**  
 Suicide (provocation au -), **311**

Suivi socio-judiciaire, **384**  
 Sursis  
 - assorti de l'obligation d'accomplir un travail d'intérêt général, **514 s., 559 s.**  
 - avec mise à l'épreuve, **505 s.**  
 - simple, **496 s.**  
 Surveillance  
 - électronique, v. *Placement*  
 - judiciaire, **108, 594 s.**  
 - de sûreté, **598 s.**  
 Suspension de la peine, v. *Sursis*

## T

---

Tentative  
 - infructueuse, **182 s.**  
 - interrompue, **186 s.**  
 Territorialité, **130**  
 Terrorisme, **153**  
 Travail à l'extérieur, v. *Placement*  
 Travail d'intérêt général, **361, 446 s., 559 s., 565**  
 Tribunal  
 - de l'application des peines, **491, 550, 569, 580**  
 - correctionnel, **41, 550**  
 - de police, **41, 358**  
 Trouble psychique ou neuropsychique, **279 s.**

## U

---

Utilitarisme, **13**

## V

---

Victime (intérêt de la -), **281, 282, 549**

---

# TABLE DES MATIÈRES

---

<b>ABRÉVIATIONS</b> .....	V
<b>INTRODUCTION</b> .....	1
<b>§ 1. Les origines</b> .....	7
<b>A. De l'époque féodale à la Révolution</b> .....	8
<b>B. Depuis la Révolution</b> .....	10
<b>§ 2. Les doctrines</b> .....	12
<b>A. Doctrines d'ordre philosophique</b> .....	12
<b>B. Doctrines d'ordre scientifique</b> .....	14
<b>§ 3. Les principes</b> .....	22
<b>A. Principe de légalité</b> .....	23
<b>B. Principe de culpabilité</b> .....	25
<b>C. Principe de personnalité</b> .....	28
<b>§ 4. Le Code pénal</b> .....	29
<b>PREMIÈRE PARTIE LA LOI PÉNALE</b> .....	35
<b>TITRE 1 LA DÉTERMINATION DE LA LOI PÉNALE</b> .....	37
<b>CHAPITRE 1 La nature de la loi pénale</b> .....	41
<b>SECTION 1 LE CONTENU DE LA LOI PÉNALE</b> .....	41
<b>§ 1. Les classes d'infractions</b> .....	42
<b>A. La classification tripartite</b> .....	42
<b>B. Les intérêts de la classification</b> .....	44

<b>§ 2. Les catégories d'infractions</b> .....	46
<b>A. Les infractions politiques</b> .....	46
<b>B. Les infractions militaires</b> .....	49
SECTION 2 LES QUALITÉS DE LA LOI PÉNALE .....	51
<b>§ 1. La prévisibilité</b> .....	51
<b>A. La prédétermination</b> .....	51
<b>B. L'interprétation stricte</b> .....	53
<b>§ 2. L'accessibilité</b> .....	62
<b>A. La publicité</b> .....	62
<b>B. La clarté</b> .....	63
CHAPITRE 2 <b>Les formes de loi pénale</b> .....	71
SECTION 1 LA VARIÉTÉ DES SOURCES .....	71
<b>§ 1. Les sources nationales</b> .....	72
<b>A. Les sources écrites</b> .....	72
<b>B. Les sources non écrites</b> .....	75
<b>§ 2. Les sources internationales ou supranationales</b> .....	79
<b>A. Le droit de l'Union européenne</b> .....	79
<b>B. Le droit du Conseil de l'Europe</b> .....	85
SECTION 2 LA HIÉRARCHIE DES SOURCES .....	87
<b>§ 1. La supériorité de la Constitution sur la loi</b> .....	87
<b>§ 2. La supériorité des textes internationaux ou supranationaux sur la loi</b> .....	92
<b>A. Droit de l'Union européenne</b> .....	93
<b>B. Droit du Conseil de l'Europe</b> .....	94
<b>§ 3. La supériorité de la loi sur le règlement</b> .....	96
TITRE 2 <b>L'APPLICATION DE LA LOI PÉNALE</b> .....	101
CHAPITRE 1 <b>L'application de la loi pénale dans le temps</b> ...	102
SECTION 1 LES LOIS PÉNALES DE FOND .....	105
<b>§ 1. La non-rétroactivité des lois pénales plus sévères</b> .....	105
<b>A. Les applications</b> .....	106
<b>B. Les atténuations</b> .....	111
<b>§ 2. La rétroactivité des lois pénales plus douces</b> .....	119
<b>A. Les applications</b> .....	120
<b>B. Les atténuations</b> .....	125

SECTION 2 LES LOIS PÉNALES DE FORME .....	131
<b>§ 1. Lois de procédure</b> .....	132
<b>§ 2. Lois de prescription</b> .....	134
CHAPITRE 2 <b>L'application de la loi pénale dans l'espace</b> ....	137
SECTION 1 LES INFRACTIONS COMMISES SUR LE TERRITOIRE FRANÇAIS	139
<b>§ 1. Le principe de territorialité</b> .....	139
<b>A. La définition du territoire</b> .....	140
<b>B. La localisation de l'infraction</b> .....	142
<b>§ 2. Les limites au principe de territorialité</b> .....	146
<b>A. Les immunités</b> .....	146
<b>B. Les crimes supranationaux</b> .....	147
SECTION 2 LES INFRACTIONS COMMISES HORS DU TERRITOIRE FRANÇAIS .....	150
<b>§ 1. Application de la loi française en raison de l'atteinte à des intérêts français</b> .....	150
<b>A. Atteinte à une victime française ou résidant en France</b> .....	150
<b>B. Atteinte à l'ordre public français</b> .....	152
<b>§ 2. Application de la loi française en raison d'une responsabilité internationale de la France</b> .....	153
<b>A. La compétence personnelle active</b> .....	153
<b>B. La compétence universelle</b> .....	156
DEUXIÈME PARTIE <b>L'INFRACTION</b> .....	161
TITRE 1 <b>LA QUALIFICATION DE L'INFRACTION</b> .....	163
CHAPITRE 1 <b>Un fait typique</b> .....	165
SECTION 1 L'ÉLÉMENT MATÉRIEL .....	168
<b>§ 1. L'infraction consommée</b> .....	168
<b>A. Le comportement</b> .....	169
<b>B. Le résultat</b> .....	173
<b>C. Le lien de causalité</b> .....	176
<b>§ 2. L'infraction tentée</b> .....	184
<b>A. La tentative suspendue</b> .....	184
<b>B. La tentative infructueuse</b> .....	189

international-schools.com/ENCS Marrakech: 04766:84766:16.77:1590751584

SECTION 2 L'ÉLÉMENT MORAL .....	192
<b>§ 1. Les formes de la faute</b> .....	193
<b>A. La faute intentionnelle</b> .....	193
<b>B. La faute non intentionnelle</b> .....	200
<b>C. Les fautes de nature intermédiaire</b> .....	206
<b>§ 2. L'appréciation de la faute</b> .....	212
<b>A. La faute incontestable</b> .....	212
<b>B. Les fautes contestables</b> .....	214
 CHAPITRE 2 <b>Un fait illicite</b> .....	 219
SECTION 1 UN FAIT INJUSTE .....	220
<b>§ 1. La lésion de l'intérêt protégé</b> .....	220
<b>A. L'existence d'une lésion</b> .....	221
<b>B. L'existence d'une protection</b> .....	230
<b>§ 2. La pesée de l'intérêt protégé</b> .....	234
<b>A. Les différents faits justificatifs généraux</b> .....	235
<b>B. Le régime des faits justificatifs</b> .....	254
SECTION 2 UN FAIT INTERDIT .....	259
<b>§ 1. Le choix de la qualification</b> .....	259
<b>A. L'unité de qualification</b> .....	260
<b>B. Le cumul de qualifications</b> .....	269
<b>§ 2. La neutralisation de la qualification</b> .....	272
 TITRE 2 <b>L'IMPUTATION DE L'INFRACTION</b> .....	 275
CHAPITRE 1 <b>Les conditions d'imputation</b> .....	277
SECTION 1 LE DISCERNEMENT .....	277
<b>§ 1. L'enfance</b> .....	278
<b>§ 2. Le trouble mental</b> .....	282
SECTION 2 LE LIBRE ARBITRE .....	286
<b>§ 1. La contrainte</b> .....	287
<b>A. Les formes de la contrainte</b> .....	287
<b>B. Les caractères de la contrainte</b> .....	288
<b>§ 2. L'erreur de droit</b> .....	290
<b>A. Le caractère insurmontable</b> .....	291
<b>B. Le caractère excusable</b> .....	294

CHAPITRE 2 <b>Les modalités d'imputation</b> .....	297
SECTION 1 LA PARTICIPATION CONSENTIE .....	298
§ 1. <b>La participation en tant qu'auteur</b> .....	299
A. <b>Le coauteur</b> .....	301
B. <b>L'auteur moral</b> .....	304
§ 2. <b>La participation en tant que complice</b> .....	307
A. <b>Les conditions de la complicité</b> .....	308
B. <b>La répression de la complicité</b> .....	318
SECTION 2 LA PARTICIPATION ASSUMÉE .....	321
§ 1. <b>La responsabilité des dirigeants</b> .....	322
A. <b>Le principe de la responsabilité</b> .....	322
B. <b>Le transfert de la responsabilité</b> .....	325
§ 2. <b>La responsabilité des personnes morales</b> .....	327
A. <b>Le domaine d'imputation</b> .....	329
B. <b>Les conditions d'imputation</b> .....	336
TROISIÈME PARTIE <b>LA PEINE</b> .....	345
CHAPITRE 1 <b>La peine encourue</b> .....	349
SECTION 1 LA NATURE DE LA PEINE .....	351
§ 1. <b>La définition de la peine</b> .....	351
A. <b>Peines et mesures de sûreté</b> .....	351
B. <b>Peines et autres mesures punitives</b> .....	361
§ 2. <b>Le type de peine</b> .....	369
A. <b>Les peines principales applicables aux personnes physiques</b> .....	369
B. <b>Les peines complémentaires</b> .....	379
C. <b>Les peines accessoires</b> .....	396
D. <b>Les peines applicables aux personnes morales</b> .....	400
SECTION 2 LA MESURE DE LA PEINE .....	404
§ 1. <b>L'exemption de peine</b> .....	404
§ 2. <b>L'atténuation de peine</b> .....	405
A. <b>L'atténuation liée au comportement de l'auteur</b> .....	405
B. <b>L'atténuation liée au discernement de l'auteur</b> .....	407
§ 3. <b>L'aggravation de peine</b> .....	409
A. <b>Circonstances aggravantes spéciales</b> .....	410
B. <b>Circonstances aggravantes générales</b> .....	411

CHAPITRE 2 <b>La peine prononcée</b> .....	415
SECTION 1 LE CHOIX DE LA PEINE .....	416
§ 1. Le choix du type de peine .....	418
A. Le choix de la peine encourue .....	420
B. Le choix d'une peine alternative .....	427
§ 2. Le choix du <i>quantum</i> de la peine .....	439
A. Le concours réel d'infractions .....	442
B. La récidive .....	448
C. La réitération .....	457
§ 3. Le choix d'une mesure de sûreté .....	458
A. La période de sûreté .....	458
B. La rétention de sûreté .....	462
SECTION 2 LA SUSPENSION DE LA PEINE .....	464
§ 1. Le sursis simple .....	465
A. Les conditions .....	465
B. Les effets .....	466
§ 2. Le sursis avec mise à l'épreuve (SME) .....	470
A. Les conditions .....	470
B. L'issue .....	475
§ 3. Le sursis assorti de l'obligation d'accomplir un travail d'intérêt général (STIG) .....	476
A. Les conditions .....	477
B. L'issue .....	479
SECTION 3 L'AMÉNAGEMENT DE LA PEINE .....	479
§ 1. La semi-liberté .....	481
§ 2. Le fractionnement de la peine .....	482
§ 3. Le placement à l'extérieur .....	483
§ 4. Le placement sous surveillance électronique .....	484
SECTION 4 L'EXCLUSION DE LA PEINE .....	486
§ 1. La dispense de peine .....	486
§ 2. L'ajournement du prononcé de la peine .....	488
A. L'ajournement simple .....	489
B. L'ajournement avec mise à l'épreuve .....	490
C. L'ajournement avec injonction .....	491
D. L'ajournement aux fins d'investigations sur la personnalité .....	492
E. L'ajournement aux fins de consignation d'une somme d'argent .....	494

CHAPITRE 3 <b>La peine exécutée</b> .....	495
SECTION 1 LES MODALITÉS D'EXÉCUTION DE LA PEINE .....	499
<b>§ 1. Les mesures de réinsertion</b> .....	502
<b>A. La conversion de la peine</b> .....	504
<b>B. L'aménagement de la peine</b> .....	509
<b>§ 2. Les mesures de dispense</b> .....	515
<b>A. La réduction de peine</b> .....	515
<b>B. La libération conditionnelle</b> .....	519
<b>C. La libération sous contrainte</b> .....	525
<b>§ 3. Les mesures de contrôle</b> .....	527
<b>§ 4. Les mesures de sûreté</b> .....	529
<b>A. La surveillance judiciaire</b> .....	530
<b>B. La surveillance de sûreté</b> .....	533
<b>C. La rétention de sûreté</b> .....	535
<b>D. Les soins de sûreté</b> .....	537
SECTION 2 L'EXTINCTION DE LA PEINE .....	539
<b>§ 1. L'extinction de la peine indépendamment   de son exécution</b> .....	539
<b>A. Le relèvement</b> .....	539
<b>B. La prescription de la peine</b> .....	541
<b>C. La grâce</b> .....	544
<b>D. L'amnistie</b> .....	544
<b>§ 2. L'extinction de la peine après son exécution :   la réhabilitation</b> .....	546
<b>BIBLIOGRAPHIE</b> .....	551
<b>INDEX ALPHABÉTIQUE</b> .....	555

international.scholarvox.com:ENCG Marrakech:889457667:88866242:196.200.176.177:1580751584

international.scholarvox.com:ENCG Marrakech:889457667:88866242:196.200.176.177:1580751584

Accessible & Complet

# LE COURS DALLOZ

## Droit pénal général 2019

**SOMMAIRE**

### LA LOI PÉNALE

- La détermination de la loi pénale
- L'application de la loi pénale

### L'INFRACTION

- La qualification de l'infraction
- L'imputation de l'infraction

### LA PEINE

- La peine encourue
- La peine prononcée
- La peine exécutée

Ce manuel s'adresse aux étudiants de licence et master 1 en droit. Il intéressera également les praticiens souhaitant actualiser leurs connaissances en droit pénal.

**L2 M1**

**Xavier Pin**  
est professeur  
à l'Université  
Jean Moulin  
(Lyon III).

**TOUT** ce qu'il faut **SAVOIR** pour **RÉUSSIR** son **EXAMEN**

ISBN 978-2-247-17968-8  
2991809



9 782247 179688

**28€**

[www.editions-DALLOZ.fr](http://www.editions-DALLOZ.fr)