

Philippe Salvage

# **Droit pénal général**

Huitième édition

Presses universitaires de Grenoble

# Introduction au droit pénal

---

1. Le phénomène criminel est un fait inhérent au groupe social et à la nature humaine. Dans le temps, il remonte aux origines de l'humanité ; dans l'espace, aucun pays n'y échappe. La réalité du phénomène apparaît donc indiscutable. Elle est pourtant en partie insaisissable car, quel que soit l'angle d'approche sous lequel on se place, on ne parvient à en appréhender qu'une partie. Il existe d'abord une criminalité clandestine consistant en un nombre par hypothèse indéterminé d'infractions commises mais non officiellement révélées, criminalité qui a pour résultat de minimiser la gravité du phénomène. Il existe ensuite une criminalité apparente constituée des procès-verbaux, plaintes et dénonciations dont sont saisies les autorités de poursuite ; cette criminalité grossit artificiellement la portée du phénomène car bon nombre de ces procès-verbaux, plaintes ou dénonciations ne se traduiront finalement pas par des condamnations. Il existe enfin une criminalité légale ou judiciaire constituée par les condamnations annuellement prononcées par les tribunaux répressifs. C'est ainsi qu'en France, au cours des années « 2010 », les condamnations pour crimes ont été de l'ordre de 2 500, les condamnations pour délits de l'ordre de 600 000, les condamnations pour contraventions de l'ordre de plusieurs millions, du moins si l'on tient compte des contraventions ayant fait l'objet d'une procédure simplifiée. Encore convient-il d'ajouter que ce sont là des chiffres éminemment provisoires qui traduisent une progression constante ne paraissant nullement en voie d'être stoppée. L'importance incontestable du phénomène justifie donc une étude de ses données fondamentales.

Le phénomène criminel se présente comme un fait social et humain ; il faut, pour le comprendre, l'examiner dans ces deux aspects essentiels.

2. D'emblée, il apparaît comme la violation par un individu d'une règle sociale prévue par le droit, de telle sorte que la société se trouve atteinte dans les valeurs dont elle entendait assurer l'existence et la sauvegarde. Il en résulte un conflit entre l'individu qui a violé la règle et la société qui en est victime. La société est alors amenée à réagir, non pas de manière anarchique ou incontrôlée mais par l'intermédiaire d'une règle de droit. Sa réaction va consister à frapper l'auteur de la violation d'une sanction, sanction d'autant plus rigoureuse que la règle transgressée était importante pour le groupe. Mais cette réaction sanctionnatrice n'est pas exclusive de la mise en œuvre de moyens préventifs destinés pour l'avenir à empêcher ou du moins à réduire le développement du phénomène.

Il est par ailleurs évident que chaque fois qu'il se manifeste, le phénomène criminel se présente comme un fait humain mettant en cause un individu donné avec l'ensemble de ses coordonnées physiques, morales et sociales. Il convient de ne pas l'oublier pour apprécier la responsabilité de cet individu, le condamner éventuellement à une sanction, déterminer les droits qu'en toute hypothèse il doit conserver durant l'ensemble du processus.

Sans doute l'approche sociale du crime et l'approche humaine du criminel sont-elles les deux faces d'une même réalité, mais il n'est pas pour autant indifférent d'aborder celle-ci sous l'un de ces deux angles de préférence à l'autre. C'est ainsi que si, autrefois, on a eu tendance à privilégier le point de vue social, l'époque moderne s'efforce au contraire de mettre l'accent sur le point de vue individuel.

Ainsi présenté dans sa réalité et ses données fondamentales, il importe d'examiner comment ce phénomène est appréhendé par les sciences, puis d'étudier l'évolution qu'a connue la matière criminelle au cours de l'histoire.

---

## SECTION I – LES SCIENCES CRIMINELLES

---

3. Une science est un ensemble de connaissances exactes et raisonnées portant sur un objet déterminé. Les sciences intéressant le phénomène criminel sont de deux ordres : pour le juriste, les plus importantes sont bien entendu les sciences juridiques, mais il lui est nécessaire d'avoir également connaissance de certaines sciences non juridiques.

### **§ 1 – les sciences juridiques**

---

4. Elles doivent être définies, puis envisagées dans les rapports qu'elles entretiennent avec les autres branches du droit.

#### ***A. Définition des sciences juridiques***

5. Elles sont regroupées sous les vocables de droit criminel ou de droit pénal. Bien que ces termes diffèrent puisque les premiers mettent l'accent sur le crime, les seconds sur la sanction, ils sont considérés comme synonymes et désignent les uns et les autres l'ensemble des règles de droit déterminant les infractions et les peines. L'ampleur des tâches implique des sous-distinctions. C'est ainsi qu'à l'intérieur du droit criminel ou du droit pénal on sous-distingue :

- le droit pénal général, qui étudie les règles communes à toutes les infractions ainsi que les règles communes de fixation des peines ;
- le droit pénal spécial, qui étudie les éléments constitutifs et le régime juridique propre à chaque infraction particulière ;
- la science pénitentiaire ou pénologie qui étudie les sanctions et leurs modes d'exécution.

À cette énumération, il faut ajouter la procédure pénale qui étudie les juridictions répressives et les règles de conduite du procès devant ces juridictions.

## **B. Rapports du droit pénal avec les autres branches du droit**

6. Le droit pénal entretient des rapports de dépendance étroite avec les autres branches du droit, ce qui ne l'empêche pas d'être autonome.
7. Il entretient des rapports de dépendance avec les autres branches du droit en ce sens qu'il vient renforcer ces autres branches en sanctionnant l'inobservation de certaines de leurs règles. C'est ainsi par exemple qu'il renforce le droit civil en décidant que l'inobservation des règles de la propriété mobilière peut, sous certaines conditions, être constitutive d'un vol. Et il fait de même avec toutes les autres branches du droit, qu'il s'agisse aussi bien de celles du droit privé que de celles du droit public. Aussi, a-t-on pu aller jusqu'à dire qu'il n'existerait pas un droit pénal uniforme mais un droit pénal protéiforme se dissolvant en quelque sorte dans chacune des branches du droit qu'il vient renforcer. C'est sans aucun doute aller trop loin. Le droit pénal a une unité profonde qui en fait une discipline autonome.
8. L'autonomie de la matière se manifeste à trois points de vue. Elle tient d'abord au fait que le droit pénal est normatif, c'est-à-dire qu'il est le seul, dans le cadre de certaines normes, à défendre certaines valeurs telles que la vie, l'intégrité du corps humain, les mœurs, etc. Elle tient ensuite au fait qu'il est sanctionnateur au moyen de sanctions qui lui sont spécifiques : la mesure de sûreté et surtout la peine. On rattache enfin à l'autonomie du droit pénal la liberté dont les tribunaux répressifs font preuve dans le maniement des concepts extra-pénaux : la violation de domicile est par exemple étendue par ces tribunaux à différentes formes de résidence. Aussi apparaît-il vain de se demander si le droit pénal est du droit privé ou du droit public. Rattachable au droit privé par certains aspects (compétence des tribunaux judiciaires, rôle de la victime), au droit public par d'autres (intervention directe de la puissance publique sur les particuliers), il est avant tout une discipline autonome.

## **§ 2 – Les sciences non juridiques**

---

9. Il est évident que de nombreuses disciplines non juridiques sont susceptibles d'intéresser le droit pénal comme la morale, la métaphysique, la psychologie, la sociologie, la médecine, etc. Deux d'entre elles présentent un intérêt immédiat pour la matière criminelle : la criminalistique et la criminologie.
10. La criminalistique regroupe toute une série de disciplines scientifiques qui concourent à la constatation matérielle des infractions et à l'identification de leurs auteurs, disciplines telles que la médecine légale, la toxicologie, la police scientifique, etc. La criminalistique permet donc de réduire l'écart entre la criminalité clandestine et la criminalité légale ou judiciaire.
11. La criminologie, quant à elle, étudie la personne du criminel, les causes de sa criminalité et les moyens d'y remédier. Si l'on a autrefois cru possible d'opposer criminologie et droit pénal, il faut aujourd'hui constater que, depuis déjà longtemps, une collaboration fructueuse s'est établie entre les deux sciences et que le droit pénal, tout en préservant son autonomie, n'hésite pas à intégrer les apports de la criminologie chaque fois qu'ils lui apparaissent convaincants.
12. Pour terminer cette brève description des sciences criminelles, ajoutons que par « politique criminelle », on entend l'ensemble des moyens mis en œuvre pour lutter contre le phénomène criminel.

---

### **SECTION II – L'ÉVOLUTION DE LA MATIÈRE CRIMINELLE**

---

13. Il est très certainement concevable dans la description de l'histoire d'une discipline d'opter pour une démarche purement chronologique et d'indiquer à chaque grande période quelle était la situation à la fois des idées et des faits. Mais, s'agissant du phénomène criminel, on peut penser qu'il est plus clair et donc pédagogiquement préférable d'examiner distinctement l'évolution des idées d'abord, celle des faits, c'est-à-dire du droit ensuite.

## § 1 – L'évolution des idées

14. Quelles sont les idées qui se sont exprimées sur le phénomène criminel? Il ne s'agit pas pour répondre à cette question d'exposer toutes les doctrines philosophiques et encore moins le point de vue de tous les philosophes qui se sont prononcés sur le sujet. Il s'agit essentiellement d'étudier les grands courants de pensée qui ont eu et ont encore une influence à l'heure actuelle. Ces grands courants peuvent être ramenés à trois: le courant classique, le courant positiviste et, enfin, celui de la défense sociale nouvelle.

### A. Les systèmes classiques

15. Classiques, ces systèmes le sont d'abord parce qu'ils considèrent l'homme comme détenteur d'un libre arbitre donc comme un être responsable de ses actes et par conséquent de ses infractions. Classiques, ils le sont ensuite parce que, conséquence de la proposition précédente, ils en déduisent que celui qui a commis une infraction doit être condamné à une peine au sens de châtement. À cette peine, ils assignent deux catégories de fonctions: dans une perspective individuelle, des fonctions d'expiation, d'amendement, de reclassement, dans une perspective sociale des fonctions d'intimidation et de prévention. Cette analyse doit être complétée par un refus des châtements corporels, une volonté d'égalité entre les citoyens, une exigence de légalité dans la détermination des infractions et des peines ainsi que dans l'administration de la justice. Cet ensemble d'idées a constitué ce que l'on a appelé le droit pénal classique ou le droit pénal libéral. Même si ses origines sont bien antérieures, ce courant de pensée n'est véritablement apparu qu'au XVIII<sup>e</sup> siècle. Il a été développé et défendu par les grands philosophes français (Montesquieu, Voltaire, Rousseau, Diderot) ainsi que par un certain nombre de criminalistes au premier rang desquels doivent être cités l'anglais Bentham, l'allemand Feuerbach et surtout l'italien Beccaria qui, en 1764, publia son fameux traité *Des délits et des peines*. Les idées classiques ont eu le mérite de permettre la mise en place de systèmes juridiques et judiciaires cohérents et pratiques. Elles ont eu pour inconvénient

d'aborder le phénomène criminel sous un angle peut-être trop abstrait et d'en tirer des raisonnements qui ne l'étaient pas moins ; en outre, force est de constater que les fonctions de la peine n'ont pas toujours été atteintes.

### **B. Les systèmes positivistes**

16. Ils se situent à l'opposé des systèmes classiques dans la mesure où ils considèrent l'homme non pas comme un être libre mais comme un être déterminé. En conséquence de quoi, lorsqu'il commet une infraction et manifeste ainsi son état dangereux, on ne peut plus le condamner à une peine ; on le condamnera à une mesure de sûreté destinée à juguler cet état dangereux, mesure de sûreté qui, dans une perspective individuelle, se traduit par un traitement et, dans une perspective sociale, par une neutralisation. Ces idées sont apparues à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle. Les théoriciens en ont été de grands criminalistes italiens parmi lesquels on distinguera Lombroso, qui s'est efforcé de démontrer que la grande criminalité reposait sur des prédispositions de nature anthropologique, et Ferri qui a procédé à une démarche identique en tentant cette fois d'expliquer la criminalité par des causes sociales. On peut ajouter qu'en France, l'écrivain Zola a fait application de ces idées dans son œuvre des Rougon-Macquart, notamment dans *La bête humaine*. Les systèmes positivistes ont eu le triple mérite de rechercher et de trouver des causes concrètes à la délinquance, d'ouvrir la voie à la criminologie et de proposer une autre sanction que la peine. Inversement, on peut faire valoir, à leur encontre, que le déterminisme ne saurait constituer à lui seul l'explication essentielle des conduites criminelles et qu'il n'est pas de justice sans libre arbitre.

### **C. La défense sociale nouvelle**

17. Si l'on laisse de côté les différents courants de pensée qui se sont efforcés avec plus ou moins de bonheur de concilier les systèmes précédents, on en arrive directement à un troisième type de courant connu sous le nom de « défense sociale nouvelle ». L'idée de défense sociale était quant à elle ancienne, mais elle a été renouvelée

par la publication en 1954 d'un ouvrage rédigé par un haut magistrat français, Marc Ancel, ayant pour titre *La défense sociale nouvelle*, ouvrage qui a connu un grand retentissement. Selon les partisans de ce courant de pensée, il faut, lorsque l'on aborde le phénomène criminel, commencer par rejeter les postulats des deux autres systèmes, celui du libre arbitre et celui du déterminisme. Le problème criminel ne saurait, selon eux, se ramener à une abstraction : lorsqu'il se manifeste, il est en effet nécessairement concret, individuel, humain, et il doit être analysé en tant que tel. C'est cette analyse et elle seule qui va permettre de révéler que lors de la commission de l'infraction le délinquant était libre ou au contraire déterminé, voire partiellement libre et partiellement déterminé. Les mesures qui vont alors être prises seront des mesures *a priori* indifférenciées dites de défense sociale destinées, dans une perspective à la fois individuelle et collective, à resocialiser le délinquant, mais elles ne constitueront pas à proprement parler un troisième type de sanction et pourront, en fonction des résultats de l'analyse, prendre la forme d'une peine ou d'une mesure de sûreté. Ce système a pour mérite essentiel d'approcher le phénomène criminel sous un angle individualiste et par conséquent moderne. Inversement, on peut craindre qu'il n'entraîne un certain abandon des principes traditionnels de la responsabilité pénale.

18. Pour conclure ce bref examen des grands courants de pensée, il convient d'indiquer que les systèmes classiques demeurent largement à la base des droits pénaux contemporains mais que cela n'a pas empêché les systèmes positivistes et celui de la défense sociale nouvelle d'exercer leur influence et de trouver leur place.

## **§ 2 – L'évolution du droit**

---

19. Retracer l'évolution du droit pénal des origines de l'humanité à nos jours implique que l'on sous-distingue quatre grandes périodes : la période ancienne, celle qui s'étend du Moyen Âge à la Révolution, la période du droit intermédiaire et de la rédaction des codes, enfin la période moderne.

## **A. La période ancienne**

20. La plupart des historiens décèlent schématiquement qu'à leurs origines, les sociétés ont connu une évolution en trois temps. La première phase est celle de la vengeance privée. Le processus pénal est alors laissé à l'initiative de la victime ; c'est elle, avec le groupe auquel elle appartient (famille, clan, tribu...), qui réagit contre l'offenseur et le groupe de celui-ci et cela sans mesure ni contrôle de l'État. À cette première phase en succède une deuxième dite de la justice privée. C'est toujours la victime qui agit mais elle le fait en obéissant à certaines règles synonymes de modération (cojureurs, combat judiciaire, abandon noxal, composition volontaire, loi du Talion...) et sous le contrôle de l'État. À cette seconde phase fait suite une troisième période dite de la justice publique. La justice devient publique lorsque l'État prend le relais de la victime. C'est lui qui engage les poursuites au moyen d'une action qualifiée d'action publique. C'est lui qui intervient dans la recherche des preuves et dans la décision sur la culpabilité. Si celle-ci est reconnue, c'est lui qui, au nom de l'intérêt de la société qu'il représente, inflige une sanction.

## **B. Le droit pénal en France jusqu'à la Révolution**

21. Le droit français a une double origine : le droit romain du Bas Empire qui était un droit écrit et le droit coutumier d'origine germanique. Le droit romain était un droit évolué ayant déjà atteint le stade de la justice publique ; en revanche, le droit coutumier d'origine germanique était un droit plus fruste qui n'avait pas dépassé le stade de la justice privée. Le Moyen Âge allait voir quant au fond la justice publique prendre le dessus, mais, en la forme, c'est un droit coutumier qui devait l'emporter. Remarquons qu'à cette époque, un certain nombre d'infractions relevaient du droit canonique et leurs auteurs des juridictions ecclésiastiques.
22. Du XVI<sup>e</sup> au XVIII<sup>e</sup> siècle, le droit pénal dans la France monarchique présente trois caractéristiques essentielles : la rigueur des châtements corporels dans un dessein d'intimidation collective, l'arbitraire

des incriminations et des peines, arbitraire tenant au caractère coutumier du droit et aux pouvoirs parallèles du roi en matière de justice (lettres de grâce, lettres de cachet), l'inégalité du traitement infligé au coupable en fonction de son appartenance sociale. Droit à l'évidence critiquable et critiqué et qui n'allait pas survivre à la Révolution.

### **C. Le droit intermédiaire et les codes napoléoniens**

23. La Révolution prend le contre-pied de la période monarchique. Dans deux lois de la Constituante de 1791, véritables codes avant date, elle décide la suppression des châtiments corporels à l'exception toutefois de la peine de mort, la suppression de l'arbitraire par la substitution d'un droit écrit à un droit coutumier, par l'instauration du principe de la légalité des incriminations et des peines, par la suppression des pouvoirs parallèles du roi en matière de justice, par la mise en place d'un système de peines fixes ; elle impose par ailleurs l'égalité des citoyens devant la loi.
24. À cette période révolutionnaire succède quelque temps plus tard celle dite des codes napoléoniens : le code d'Instruction criminelle de 1808 et le code pénal de 1810. Ce dernier, pour l'essentiel, conserve l'acquis révolutionnaire, mais il le modifie néanmoins sur deux points : dans un souci d'intimidation, il augmente le nombre des infractions et réintroduit certains châtiments corporels ; il abandonne en outre le système des peines fixes qui s'était rapidement révélé impraticable.

### **D. La période moderne**

25. On considère généralement que le XIX<sup>e</sup> siècle est placé sous le signe du libéralisme dans la mesure où la plupart des lois vont dans le sens d'une atténuation de la rigueur du code. Cette atténuation se manifeste à trois points de vue : c'est d'abord la suppression des châtiments corporels qui avaient été réintroduits en 1810, c'est ensuite l'abaissement de nombreuses peines, c'est enfin l'apparition de mesures nouvelles orientées vers l'indulgence telles que le sursis ou la libération conditionnelle.

Le xx<sup>e</sup> siècle paraît être, quant à lui, caractérisé par le pragmatisme. D'un côté, il poursuit le courant libéral du xix<sup>e</sup> siècle : introduction des mesures de sûreté, intégration des apports positifs de la criminologie, mise en place d'un droit spécifique pour les mineurs, suppression de la peine de mort, etc. De l'autre, il réintroduit une certaine rigueur, notamment pour faire face à de nouvelles formes de criminalité : imprudence, alcoolisme, drogue, criminalité d'affaires, etc.

Ces adjonctions ou modifications n'ont pas empêché le code pénal de 1810 de connaître sur divers points un vieillissement certain ; sa réforme était depuis longtemps à l'ordre du jour.

À l'heure actuelle, un nouveau code pénal a été promulgué par quatre lois du 22 juillet 1992, complétées par une loi dite « d'adaptation » du 16 décembre 1992. Ce nouveau code, qui constitue moins une révolution qu'un ajustement du droit pénal aux exigences du monde moderne, a finalement vu sa date d'entrée en vigueur fixée au 1<sup>er</sup> mars 1994. Quant au fond, il tend à assurer la défense des valeurs essentielles de notre époque et une répression appropriée de ceux qui viendraient à méconnaître les interdits qu'elles impliquent. En la forme, il s'efforce d'atteindre ces objectifs en manifestant dans la présentation un souci de clarté et de simplicité.

Depuis son entrée en vigueur, il a été complété par un grand nombre de lois qui, tantôt, en ont accru la rigueur (voir notamment les lois du 17 juin 1998, du 12 décembre 2005, du 10 août 2007, du 25 février 2008, du 10 mars 2010...), tantôt, au contraire, ont cherché à mieux assurer l'individualisation des peines (loi du 15 août 2014).

- 26.** Ainsi que cela a été précédemment indiqué, le droit pénal général édicte les règles communes à toutes les infractions et les règles communes de fixation des peines ; il fixe donc les règles générales de la responsabilité pénale dans ses tenants et ses aboutissants. On est ainsi conduit par la matière elle-même à envisager dans une première partie l'infraction, puis dans une seconde partie la sanction.

## PREMIÈRE PARTIE

---

### L'INFRACTION

**27.** Juridiquement, l'infraction, c'est ce que le code considère comme tel. De manière plus élaborée, c'est un comportement positif ou négatif – action ou omission – dont la loi frappe l'auteur d'une peine ou pour lequel elle lui impose une mesure de sûreté.

**28.** Cette définition implique deux précisions :

1<sup>re</sup> précision : pour désigner la notion d'infraction, on emploie souvent les termes de crime ou de délit, ce qui n'est pas sans danger car ces mots constituent par ailleurs des catégories particulières d'infractions.

2<sup>e</sup> précision : les tentatives de définition plus ambitieuses et qualifiées d'universelles ont échoué car elles renvoyaient à des notions elles-mêmes beaucoup trop floues, dont le droit, discipline essentiellement utilitaire, ne pouvait à l'évidence se satisfaire.

On est donc ramené à la définition juridique de l'infraction dont les éléments constitutifs et les classifications seront étudiés en deux titres avant que ne soit envisagé, dans un troisième titre, le cas de la pluralité de participants.

## TITRE PREMIER

# LES ÉLÉMENTS CONSTITUTIFS DE L'INFRACTION

- 29.** De la définition juridique proposée, il résulte que quatre éléments doivent être impérativement réunis pour qu'il y ait infraction : un élément légal, un élément matériel, un élément moral et enfin un élément injuste. Ce sont là les conditions générales de la responsabilité pénale, étant entendu que pour que celle-ci puisse être effectivement engagée il faut en outre que soient remplies les conditions spéciales propres à chaque infraction particulière. Chacune des quatre conditions énumérées fera l'objet d'un chapitre.



## L'élément légal

- 30.** La légalité des délits et des peines – *nullum crimen nulla poena sine lege* – est le principe fondamental du droit pénal français. Il est contenu dans l'article 111-3 du code pénal qui prévoit que « 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 contravention dont les éléments ne sont pas définis par le règlement. 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 ». Il signifie que c'est la loi seule qui détermine ce qui est infraction et les peines qui sont applicables. *A contrario*, il implique que le juge ne peut créer d'infractions, ni infliger de peines non prévues par la loi.
- 31.** Exprimé par certains philosophes du XVIII<sup>e</sup> siècle, Montesquieu notamment, en réaction contre l'arbitraire de l'Ancien Régime, le principe de la légalité apparaît officiellement dans les articles 7 et 8 de la Déclaration des droits de l'homme de 1789, avant d'être repris dans l'article 4 du code pénal de 1810, puis dans l'article 111-3 du code pénal de 1992. Étant donné que les législateurs de 1946 et de 1958 ont réaffirmé la valeur constitutionnelle de la Déclaration des droits de l'homme de 1789, il faut en conclure que le principe de la légalité a non seulement valeur de loi ordinaire – article 111-3 du code pénal –, mais également valeur constitutionnelle. Théoriquement cela donne au principe valeur d'idéal à respecter. Pratiquement cela signifie que le texte de loi qui y porterait atteinte pourrait être déféré au Conseil constitutionnel pourvu que celui-ci soit régulièrement

saisi par les personnes habilitées. Il peut l'être *a priori*, c'est-à-dire si la loi n'a pas été promulguée, par le président de la République, le Premier ministre, les présidents des assemblées, ou soixante députés ou soixante sénateurs (article 61, al. 2 de la Constitution). Mais considérant que, dans l'hypothèse où il n'aurait pas été saisi, une norme irrégulière aurait pu intégrer le droit positif, une loi du 23 juillet 2008 est venue prévoir un contrôle *a posteriori* sous la dénomination de « question prioritaire de constitutionnalité » (article 61-1 de la Constitution). En fonction de celui-ci, « 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 ». C'est donc le juge pénal qui, dans l'instance en cours, va saisir la Cour de cassation à qui il appartient de décider si elle renvoie ou non devant le Conseil constitutionnel. En cas de renvoi, ledit Conseil doit vérifier que la disposition litigieuse est applicable à l'affaire en cours, qu'elle n'a pas été jugée conforme à la Constitution et qu'elle présente un caractère sérieux. S'il la déclare inconstitutionnelle, la disposition mise en cause est abrogée. Dans l'hypothèse inverse, l'instance reprend son cours normal.

- 32.** À l'actif du principe, on peut faire valoir trois arguments. On peut d'abord faire état d'un argument de politique criminelle : avant de frapper, la loi doit indiquer ce qui est interdit et ce qui ne l'est pas et les sanctions qui s'attachent au comportement prohibé ; il y va de la liberté et de la sécurité des individus. On peut ensuite développer l'argument selon lequel le principe est un rempart contre l'éventuel arbitraire du pouvoir puisqu'il impose à celui-ci d'emprunter le canal de la loi pour agir sur les citoyens. On peut enfin y voir une garantie de la démocratie puisqu'il répond aux exigences de la séparation des pouvoirs : au pouvoir législatif de créer des règles, au juge de les appliquer.

À l'encontre du principe, on peut, le cas échéant, redouter une certaine méconnaissance de l'intérêt social : si en effet ce qui est infraction doit être prévu par la loi, *a contrario* ce qui n'est pas prévu par elle n'est pas une infraction, de telle sorte que si un acte bien qu'antisocial n'est pas envisagé par la loi, il n'est pas punissable. Il faut toutefois ajouter que même si cette critique n'est pas inexacte, elle est loin de contrebalancer les avantages majeurs qui s'attachent à la notion de légalité.

- 33.** L'application du principe de la légalité peut se concevoir de manière rigoureuse ou de manière souple. Si l'on adopte une conception rigoureuse, cela signifie que le législateur, entendu de façon étroite c'est-à-dire le pouvoir législatif seul, a un monopole absolu de création en ce qui concerne les infractions et les peines et que celles-ci doivent être déterminées de manière précise. Le juge se voit alors privé en ces domaines de tout pouvoir créateur. Afin de réagir contre l'arbitraire de l'Ancien Régime, c'est cette conception rigide du principe que la Révolution française s'était efforcée de consacrer. Mais l'on peut préférer une conception plus souple des choses : la notion de législateur pourra être entendue de façon moins étroite et être ainsi étendue dans certains cas au pouvoir exécutif, le texte des incriminations pourra être plus large, les sanctions, au lieu d'être fixes, pourront être variables. Il en résulte un accroissement corrélatif des pouvoirs du juge. Depuis 1810, le droit français se situe dans cette perspective souple qui laisse transparaître un certain affaiblissement du principe de la légalité. C'est ce que l'on vérifiera en examinant successivement les sources du droit pénal, puis l'interprétation de la loi pénale et enfin les conflits de lois pénales dans le temps.

---

#### SECTION I – LES SOURCES DU DROIT PÉNAL

---

- 34.** D'où provient le droit pénal aujourd'hui applicable en France ? Pour répondre à cette question, on examinera d'abord la notion de règle de droit criminel puis le problème connexe de sa légalité.

## **§ 1 – La notion de règle de droit criminel**

35. Depuis la Révolution, la règle de droit criminel est écrite, d'où il résulte que la coutume et les usages ne peuvent créer ni infractions, ni peines. Or, dans notre droit écrit, la règle de droit criminel est susceptible de revêtir trois formes : celle d'une loi, celle d'un règlement ou celle d'une convention internationale.

### **A. Les lois**

36. Dans la notion de loi, entrent deux catégories de dispositions. D'abord les lois proprement dites votées par le pouvoir législatif : lois antérieures au code pénal de 1992 non abrogées par celui-ci, code pénal de 1992 et lois postérieures le modifiant ou le complétant, qu'elles s'intègrent à lui ou lui restent extérieures (le code pénal de 1992 est constitué de 5 livres consacrés dans un ordre logique aux dispositions générales, aux crimes et délits contre les personnes, aux crimes et délits contre les biens, aux crimes et délits contre la nation, l'État et la paix publique, aux autres crimes et délits. En annexe, figure la partie réglementaire).

En second lieu, certains textes émanant du pouvoir exécutif ayant valeur de loi. C'était le cas avant 1958 des ordonnances prises par un gouvernement en période de confusion des pouvoirs ainsi que des décrets-lois pris par le pouvoir exécutif en vertu d'une délégation du Parlement. Depuis 1958, il faut mentionner les décisions présidentielles prises en vertu de l'article 16 de la Constitution, les délégations de pouvoirs opérées par la nation en vertu de l'article 11 de la Constitution, les ordonnances prises en vertu de l'article 38 de la Constitution.

En fonction de l'article 34 de la Constitution relatif au domaine de la loi – v. également l'article 111-2, al. 1<sup>er</sup> du code pénal –, les lois ont pour rôle « la détermination des crimes et délits ainsi que les peines qui leur sont applicables ».

## **B. Les règlements**

- 37.** Le règlement étant la règle de droit de caractère général qui émane du pouvoir exécutif, le problème posé est celui de savoir quel rôle celui-ci joue dans la création du droit pénal. Pour y répondre, il convient de distinguer entre deux catégories de règlements : les décrets en Conseil d'État pris par le Premier ministre après avis du Conseil d'État, et les autres règlements pris notamment par les autorités ayant un pouvoir de police, en particulier les préfets et les maires.
- 38.** La confrontation des articles 34 et 37 de la Constitution, le premier déterminant le domaine de la loi, le second décidant que les matières qui ne relèvent pas du domaine de la loi ont un caractère réglementaire, conduit à reconnaître au gouvernement (Premier ministre ou président de la République et Premier ministre si le règlement est délibéré en Conseil des ministres) le pouvoir d'édicter par voie de décrets en Conseil d'État – visés par l'article R. 610-1 du code pénal – les incriminations contraventionnelles et les peines correspondantes dans les limites fixées par la loi. Ce raisonnement, soutenu par le gouvernement dès l'entrée en vigueur de la Constitution de 1958, fut confirmé par le Conseil d'État dans l'arrêt société Eky du 12 février 1960 (D. 1960, 263, note J.H. L'Huillier), puis par le Conseil constitutionnel le 19 février 1963 (D. 1964, 92, note L. Hamon). L'article 111-2, al. 2<sup>nd</sup> du code pénal le valide définitivement.
- 39.** Quant aux autres règlements (décrets simples, arrêtés ministériels, préfectoraux ou municipaux), ils peuvent compléter ou prévoir des incriminations contraventionnelles mais non des peines. Celles-ci leur sont imposées soit par la loi en application de laquelle le règlement a été pris, soit par l'article R. 610-5 du code pénal qui décide que « La violation des interdictions ou le manquement aux obligations édictées par les décrets et arrêtés de police sont punis de l'amende prévue pour les contraventions de la 1<sup>re</sup> classe ».

### **C. Les conventions internationales**

40. D'après l'article 55 de la Constitution, les conventions internationales dûment ratifiées par le Parlement ont une autorité supérieure à celle de la loi, sauf s'il s'agit de textes de valeur constitutionnelle (Ass. plén., 2 juin 2000, B. n° 4). Elles peuvent constituer une source de droit pénal du moins en ce qui concerne la création d'incriminations car la détermination des peines continue à relever de la souveraineté des États. Deux catégories de ces conventions méritent une attention particulière à raison de leur importance : le droit de l'Union européenne et la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales...

Le droit de l'Union européenne issu des traités instituant ladite union ainsi que le droit dérivé qui en résulte constituent un ordre juridique propre s'imposant au droit interne. Les règlements communautaires en découlant qui édictent des incriminations sont d'application directe et immédiate mais la violation ne peut en être sanctionnée pénalement que si la loi interne a prévu une sanction ou si un décret renvoie au règlement communautaire. Il faut en outre indiquer que l'Union européenne se montre de plus en plus incitative à promouvoir la création d'un droit pénal européen. Cette incitation concerne non seulement l'organisation du marché intérieur mais également des questions importantes intéressant l'Europe tout entière comme la criminalité organisée, le terrorisme... ou encore l'environnement (CJCE 13 septembre 2005, D. 2005, 3064 notes P. Y. Monjal). Le Traité de Lisbonne, entré en vigueur le 1<sup>er</sup> décembre 2009, va jusqu'à prévoir que des directives communautaires pourraient établir des règles minimales touchant à la définition des infractions et à leurs sanctions. Mais ces directives doivent néanmoins être transposées par les États dans leur ordre juridique.

Quant à la Convention européenne des droits de l'homme, elle n'est pas une source d'incrimination mais elle peut être invoquée par un particulier poursuivi qui estime qu'une loi interne heurte les principes qu'elle contient.