

LE DROIT **PÉNAL**

2^e édition

***EN CARTES
MENTALES***

Jenny Frinchaboy



Introduction

Le droit pénal, appelé également droit criminel ou droit répressif, est la branche du droit qui définit les comportements érigés en infractions et la sanction que ces actes entraînent, à savoir la peine. Le droit pénal entretient un lien étroit avec la criminalité qui constitue son objet même, étant à l'origine de son existence et de sa mise en œuvre.

La **notion de criminalité** – ou de délinquance – désigne tous les comportements sanctionnés par une peine, que l'on appelle infractions et qui sont classés, selon leur gravité, en trois catégories : les crimes, les délits et les contraventions. Le phénomène criminel est à la fois intemporel et universel, en ce sens qu'il a existé en tout temps et en tout lieu et qu'il serait illusoire de vouloir le faire disparaître. Chaque société rencontre en effet des comportements qui sont contraires à ses valeurs et aux normes établies lesquelles visent à protéger ces valeurs. Ce sont seulement le contenu des normes pénales, la nature et la fréquence des comportements répréhensibles, ainsi que les formes de la répression qui varient dans le temps et dans l'espace. Ainsi, les valeurs sociales protégées par le droit pénal évoluent (p.ex. l'adultère ne constitue plus aujourd'hui une infraction en France) ; les modalités de la criminalité changent (p.ex. la cybercriminalité en est une manifestation récente) ; et la nature de la réaction sociale évolue également (p.ex. la peine de mort a été abolie en France alors que les mesures de sûreté sont en plein essor).

Pour appréhender le **phénomène criminel**, différents instruments permettent de le mesurer. Il convient cependant de noter que la criminalité réelle est une donnée inconnue et impossible à connaître. La criminalité réelle correspond en effet à toutes les infractions commises, mais qui ne sont pas toutes portées à la connaissance des autorités publiques, ne donnent pas toutes lieu à un jugement et ne figurent donc pas toutes dans les statistiques. En revanche, il est possible de connaître la criminalité apparente qui correspond aux infractions constatées par les forces de police, soit de leur propre chef, soit par le biais d'une plainte ou d'une dénonciation. Les infractions qui demeurent non découvertes correspondent à ce que l'on appelle le « chiffre

noir» de la délinquance. On connaît également la criminalité légale qui correspond aux infractions ayant donné lieu à une saisine de la justice et abouti à une condamnation pénale.

À défaut de pouvoir éradiquer la criminalité, le droit pénal s'attache à en décrire les manifestations et à définir la réaction de l'État aux atteintes portées à l'ordre social. Il convient par conséquent de définir le droit pénal (I), de dire quelques mots de ses origines (II) et de déterminer ses sources (III).

I. Définition du droit pénal

Le droit pénal a pour objet de décrire les normes pénales établies, désignant les comportements anti-sociaux susceptibles de constituer une infraction et d'engager la responsabilité pénale de leurs auteurs, ainsi que la réponse pénale applicable. En d'autres termes, c'est la branche du droit qui étudie la **réponse juridique à la criminalité**. Celle-ci se situe à mi-chemin entre le droit public et le droit privé, car le procès pénal n'oppose pas simplement deux particuliers au cours d'un litige mettant en cause des intérêts privés : si la victime occupe une place croissante au sein du procès pénal en ayant le droit de se constituer partie civile, les principales parties sont la personne poursuivie, d'un côté, et le Ministère public qui représente les intérêts de la société et de l'État, de l'autre. Le but du droit pénal est avant tout la protection de l'ordre public, ce qui explique par exemple que le consentement de la victime ne soit pas, en droit pénal français, un fait justificatif général, car il n'appartient pas à celle-ci de renoncer à la réaction étatique mise en œuvre dans l'intérêt de tous.

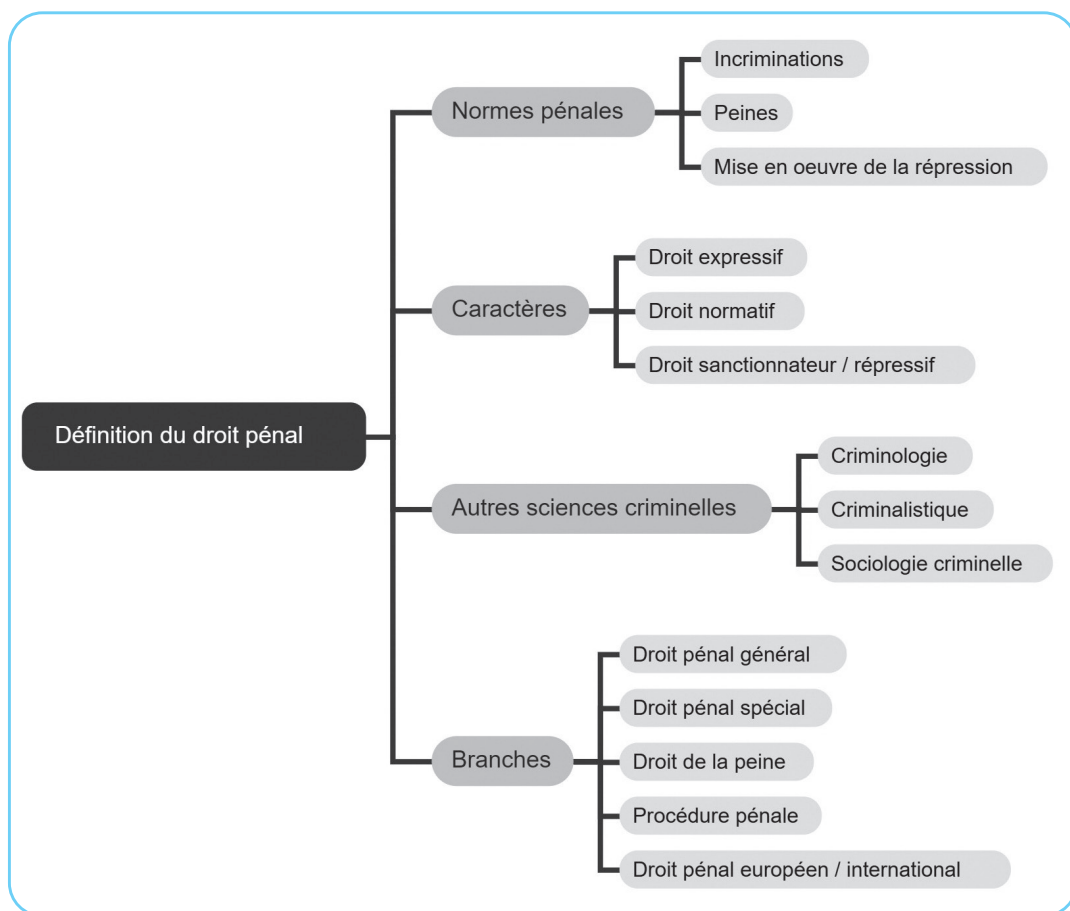
Le droit pénal présente plusieurs caractères qui font son originalité. C'est d'abord un **droit expressif**. Il exprime les valeurs sociales en incriminant les faits qui sont contraires aux intérêts de la société. Chaque norme pénale vise ainsi la protection d'une valeur sociale dont elle affirme le nécessaire respect (la vie et l'intégrité physique, la liberté sexuelle, la propriété individuelle, la paix publique, la probité, la sécurité routière...). C'est ensuite un **droit normatif** en ce qu'il crée des normes de conduite impératives (prenant le plus souvent la forme d'interdits mais également parfois la forme d'obligations, telle que l'obligation de porter secours à une personne en danger). Ces normes sont assorties de sanctions applicables en cas de violation des règles établies. C'est enfin un **droit sanctionnateur ou répressif**. Il prévoit l'application d'une sanction, généralement une peine, qui est infligée au nom de la société pour réprimer l'atteinte causée à l'ordre public. Cette répression traduit la réprobation sociale devant le crime commis et le jugement moral émis au nom du groupe social. La sanction pénale peut intervenir pour réprimer la méconnaissance d'une norme pénale autonome ou d'une norme extra-pénale (relevant p.ex. du droit de la consommation, du droit de la santé...). Parmi toutes les sanctions qui peuvent intervenir en réaction à la violation de la norme, la sanction pénale

est celle qui doit être appliquée en dernier recours : étant la sanction la plus attentatoire aux libertés individuelles, le droit pénal doit rester un droit subsidiaire, intervenant comme *ultima ratio*. Mais le droit pénal se veut également préventif, car la crainte qu'inspire la peine encourue devrait avoir pour effet de dissuader les individus de passer à l'acte.

Le droit pénal entretient des **rapports étroits avec d'autres disciplines** relevant également des **sciences criminelles**, avec lesquelles il ne doit toutefois pas être confondu. Les sciences criminelles sont un ensemble de sciences dont l'objet est le crime, mais qui l'étudient sous des angles différents. La criminologie s'intéresse ainsi aux causes du phénomène criminel et à la compréhension du passage à l'acte par le délinquant. La criminalistique regroupe un ensemble de sciences exactes s'intéressant à la preuve de l'infraction avec des approches diverses (police scientifique, médecine légale, toxicologie). La sociologie criminelle s'intéresse enfin à la population délinquante et aux réactions que provoque le phénomène criminel dans un groupe social donné. Le droit pénal, quant à lui, s'intéresse à la réponse normative apportée au phénomène criminel, tout en se nourrissant des autres sciences criminelles. Celles-ci sont indispensables pour faire évoluer les incriminations en fonction des valeurs sociales reconnues comme essentielles à une époque donnée, pour mieux adapter la réponse pénale à la personnalité des délinquants, pour trouver des moyens de lutter contre la délinquance, ou encore pour établir la réalité d'une infraction et en identifier les auteurs.

Le terme de droit pénal renvoie en réalité à **différentes disciplines juridiques**. Le **droit pénal général** rassemble les règles générales applicables à toutes les infractions, en ce qui concerne tant la définition des comportements interdits et des peines qui en sanctionnent les auteurs, que les principes régissant l'établissement de la responsabilité pénale. Les règles applicables spécifiquement au mineur relèvent du droit pénal des mineurs. Le **droit pénal spécial** est relatif à l'étude des différentes infractions en particulier, dont il précise les éléments constitutifs, les sanctions applicables et éventuellement les modalités répressives spécifiques. Selon son champ d'application, on parle de droit pénal des affaires, droit pénal du travail, droit pénal de l'environnement, droit pénal de la consommation, droit pénal de la concurrence, etc. Le **droit de la peine** s'intéresse aux différentes sanctions pénales, à leurs finalités et à leurs modalités d'application et d'exécution. Enfin, la **procédure pénale** rassemble les règles relatives au procès pénal, régissant le déroulement de la procédure, l'organisation et la compétence des juridictions pénales, le processus de constatation des infractions, la recherche des preuves et la poursuite ainsi que le jugement des auteurs. Le droit pénal connaît aussi une **dimension internationale** en raison des éléments d'extranéité qui peuvent intervenir dans la commission d'une infraction pénale (une victime étrangère, des faits commis sur le sol d'un pays étranger...) ou de la diversification des sources du droit

pénal qui est de plus en plus sous l'influence du droit européen (notamment des droits fondamentaux consacrés dans la Convention européenne des droits de l'homme mais aussi des règles issues du droit de l'Union européenne) : ces règles relèvent du droit pénal international ou européen. Dans la pratique, ces différentes branches du droit pénal sont indissociables car la mise en œuvre des règles de fond s'opère dans le cadre du procès pénal. Chaque infraction poursuivie est alors établie selon les règles de droit pénal général, reçoit une qualification particulière, engage le cas échéant la responsabilité de son auteur et entraîne l'application d'une peine. Mais dans le cadre de cet ouvrage, nous allons nous intéresser seulement au droit pénal général dont il convient au préalable d'exposer brièvement les origines.



II. Origines du droit pénal

Le droit pénal est apparu afin de substituer la répression étatique à la vengeance privée qui consistait à laisser la punition du coupable entre les mains des particuliers (la victime, sa famille ou son clan). Après un encadrement progressif de la justice privée par la loi du Talion («un œil pour un œil, une dent pour une dent»), la justice publique s'est imposée pour conférer le monopole de la répression aux autorités publiques, interdisant à la victime de se faire justice elle-même. Schématiquement, on peut identifier deux grandes époques dans l'évolution du droit pénal, en distinguant la période avant et celle après la Révolution française de 1789, pour déboucher sur l'adoption du Code pénal actuel.

Avant la Révolution française, se sont succédé depuis le Moyen Âge la justice pénale ecclésiastique et le droit pénal canonique (avec pour finalité la défense des intérêts religieux et l'idée d'une peine proportionnée à la faute visant à amender le délinquant), la justice seigneuriale et le droit coutumier. Parmi les grands textes ayant marqué l'évolution du droit pénal en France à partir du XVI^e siècle, on peut mentionner notamment l'ordonnance de Villiers-Cotterêts sur les faits de justice (1539) et la grande Ordonnance criminelle de 1670 (adoptée sous le règne de Louis XIV) qui était le signe d'un droit pénal arbitraire et sévère, avec une procédure inquisitoriale (la torture, appelée «la question», étant appliquée durant la phase d'instruction) et des châtiments corporels cruels (peine de mort, galères, bannissement, castration, amputation...). Les peines étaient déterminées arbitrairement par le juge qui disposait d'un grand pouvoir créateur en la matière, se livrant à une interprétation large des textes en ce qui concernait les incriminations et les sanctions applicables. Le roi pouvait en outre rendre des lettres de cachet contenant un ordre d'incarcération ou d'exil, d'une durée indéterminée et sans procès. Ce droit pénal monarchique a été vivement critiqué par les philosophes des Lumières (notamment Montesquieu, Voltaire, Rousseau et Beccaria) qui mettaient en avant l'importance du principe de la légalité criminelle, de l'égalité des citoyens devant la loi et de la modération de la répression qui, pour être efficace et dissuasive, devait intervenir avec certitude et promptitude, sans être nécessairement cruelle et spectaculaire.

Après la Révolution française, le droit pénal était le reflet d'une réaction contre l'arbitraire en vigueur sous l'Ancien Régime. La Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789 a consacré le droit à la sûreté et le principe de légalité criminelle (art. 7 et 8), ainsi que la présomption d'innocence (art. 9). Reprenant les idées élaborées par la doctrine classique, le Code pénal créé par deux lois de 1791 a limité les infractions réprimées aux comportements contraires aux valeurs sociales (en supprimant un grand nombre de crimes d'ordre moral ou religieux), a aboli les châtiments corporels (à l'exception de la peine de mort) et a consacré le principe de légalité criminelle avec un système

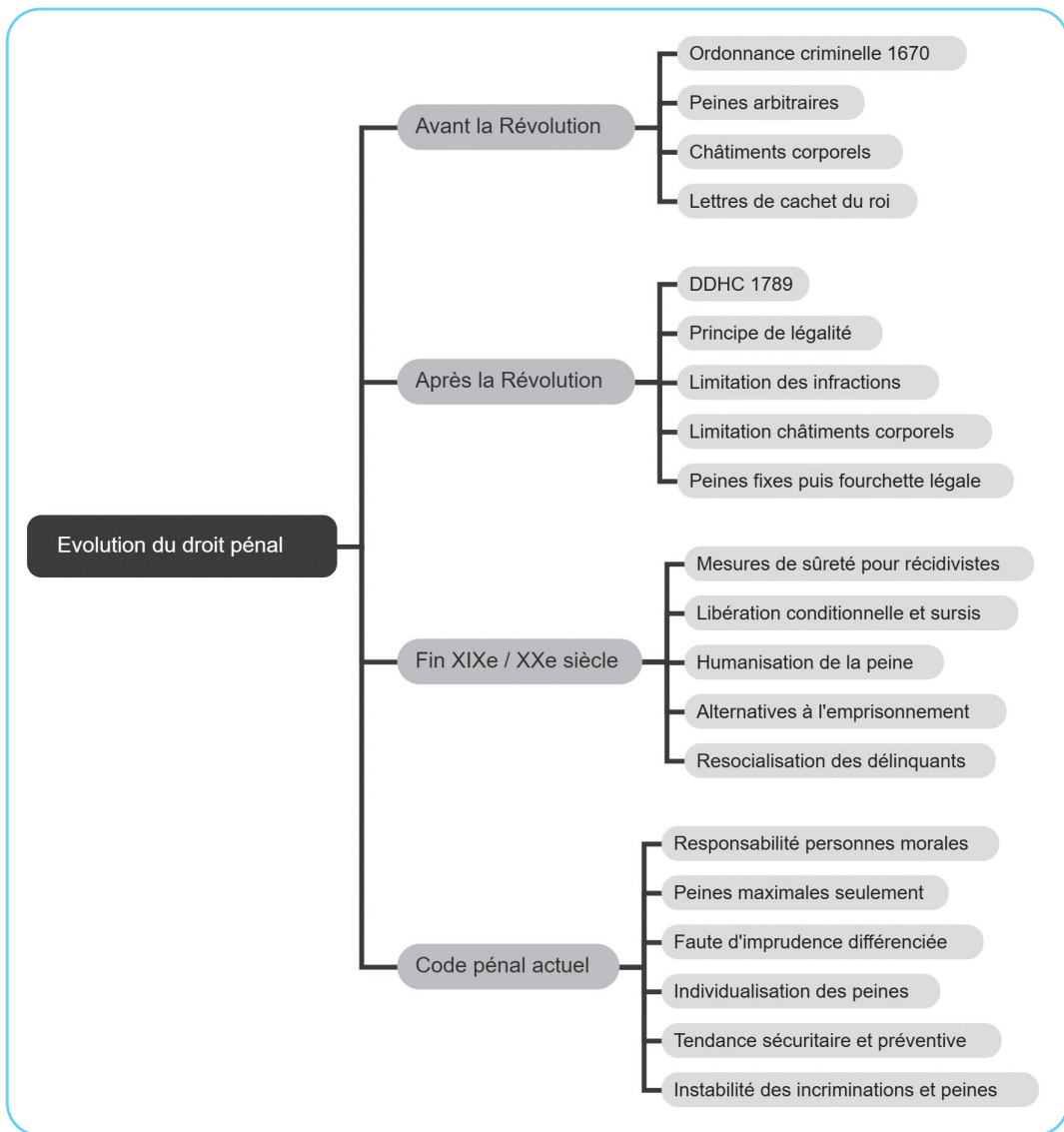
de peines fixes, ne laissant au juge aucune marge de manœuvre. Par la suite, l'évolution du droit pénal était marquée par une situation politique instable et une augmentation de la criminalité, de sorte que la codification napoléonienne a marqué le retour à une plus grande rigueur. Tout en conservant le principe de légalité, le Code pénal de 1810 a réintroduit un certain nombre d'infractions et de châtiments corporels (amputation, marque au fer rouge, amputation). Le système des peines fixes, qui a vite montré ses limites, était remplacé par celui de la «fourchette légale», consistant à prévoir pour chaque infraction une peine minimale et une peine maximale, dans le cadre desquelles le juge pouvait librement déterminer la peine applicable en franchissant, au besoin, les limites légales par le recours aux circonstances aggravantes ou atténuantes. Par la suite, l'évolution du droit pénal n'était pas linéaire mais tendait globalement vers un renforcement des libertés individuelles et une atténuation de la rigueur. Sous la Monarchie de juillet, d'inspiration plus libérale, les circonstances atténuantes ont été étendues aux crimes et les châtiments corporels de nouveau abrogés (loi du 28 avril 1832). Sous le Second Empire, d'inspiration plus autoritaire, les récidivistes faisaient l'objet d'une politique sécuritaire, avec le transport dans les colonies outre-mer (loi du 30 mai 1854), qui se poursuivait sous la III^e République avec la création de la relégation des délinquants d'habitude présumés incorrigibles (loi du 27 mai 1885). La fin du XIX^e siècle marquait l'émergence des mesures de sûreté préconisées notamment par les tenants de l'École positiviste italienne à l'égard des délinquants dangereux. En parallèle, pour les délinquants jugés corrigibles, ont été instaurées des mesures favorisant la réinsertion, avec la consécration de la libération conditionnelle et du sursis par les lois Bérenger (14 août 1885 et 26 mars 1891). L'humanisation des peines continuait dans la seconde moitié du XX^e siècle, sous l'influence de la doctrine de la Défense sociale nouvelle, avec notamment l'instauration des peines alternatives à l'emprisonnement (loi du 11 juillet 1975), l'abolition de la peine de mort (loi du 9 octobre 1981) et une plus grande importance de l'individualisation des peines déjà promue par Raymond Saleilles en 1899. À contre-courant de cette évolution accordant de plus en plus d'importance à la resocialisation des délinquants, on peut toutefois mentionner la création de la période de sûreté par une loi du 22 novembre 1978, permettant de rendre la peine non-aménageable, mesure qui sera élargie par la loi du 1^{er} février 1994 introduisant la perpétuité dite «réelle» ou «incompressible». Les incriminations évoluaient au gré de l'évolution des valeurs sociales, conduisant à la dépénalisation de certains actes (le vagabondage, la mendicité, l'adultère, le chèque sans provision...) et à l'incrimination de nouvelles formes de criminalité (la provocation au suicide en 1987, les fraudes informatiques en 1988).

Le **Code pénal actuel**, issu d'une réforme du 22 juillet 1992 et entré en vigueur le 1^{er} mars 1994, opère un compromis en conservant une grande partie des règles antérieures, tout en modernisant la matière. Outre la consécration légale de l'erreur sur le droit et de plusieurs règles d'origine prétorienne (l'état

de nécessité, la légitime défense des biens, le recel-profit...), une grande innovation du Code nouveau est la reconnaissance de la responsabilité pénale des personnes morales. En ce qui concerne les peines, le système de la « fourchette légale » est abandonné, entraînant la disparition des peines minimales et corrélativement celle des circonstances atténuantes. Il en résulte un pouvoir accru d'individualisation des sanctions par le juge.

L'évolution du droit pénal depuis 1994 reflète l'alternance entre courants sécuritaires et courants plus libéraux, avec une inflation législative remarquable et des textes pas toujours cohérents ou nécessaires. Parmi les réformes les plus significatives intervenues dans le cadre du **droit pénal général**, on peut notamment retenir la création d'un régime différencié de la faute pénale d'imprudence destiné à alléger la responsabilité pénale des décideurs publics (loi du 10 juillet 2000), la généralisation de la responsabilité pénale des personnes morales (loi du 9 mars 2004, dite « Perben II »), une extension progressive de l'application de la loi pénale française dans l'espace (avec un élargissement des principes de territorialité et de personnalité), la diversification des faits justificatifs (usage de leurs armes par les forces de l'ordre, protection du lanceur d'alerte), ainsi que la réforme de la justice pénale des mineurs (création d'un Code de la Justice pénale des mineurs par l'ordonnance du 11 septembre 2019).

En ce qui concerne le **droit pénal spécial**, tous les textes répressifs ne se trouvent pas au sein du Code pénal, mais sont éparpillés dans des codes et textes divers (Code de la route, Code du travail, loi de 1881 sur la liberté de la presse, etc.). Les incriminations se multiplient de manière frénétique, avec des lois souvent symboliques et expressives pour répondre aux attentes de l'opinion publique, et une tendance de plus en plus préventive du droit pénal (délict de mise en danger délibérée d'autrui, mandat criminel...). Parmi les infractions créées ces dernières décennies, on peut mentionner notamment la multiplication des infractions terroristes (association de malfaiteurs terroriste, entreprise individuelle terroriste, apologie publique d'actes de terrorisme, consultation habituelle de sites internet terroristes – presque aussitôt abrogée...), avec des régimes procéduraux dérogatoires au droit commun. On assiste également à l'émergence des infractions à caractère informatique (introduction et maintien frauduleux dans un système de traitement automatisé de données...) et à un renforcement des textes répressifs en matière d'infractions sexuelles (élargissement de la définition du viol, création de l'outrage sexiste, qualification de l'inceste, « revenge porn »...) avec des règles dérogatoires concernant la prescription de l'action publique lorsque la victime est mineure.



La branche du droit pénal la plus instable est probablement le **droit de la peine** qui fait l'objet de nombreuses modifications au gré des changements de majorité politique. Les sanctions pénales et le régime applicable aux peines et aux mesures sûreté se trouvent tantôt dans le Code pénal, tantôt dans le Code de procédure pénale, en raison de la consécration, par le Code de 1994, d'un système unitaire de sanctions pénales (qui ne comporte, en théorie, que des peines). Pourtant, les mesures de sûreté sont en plein essor depuis la fin des années 1990 avec notamment la création du suivi socio-judiciaire en 1998 (qualifié de « peine » par la loi), de la surveillance judiciaire des personnes dangereuses et du placement sous surveillance électronique mobile en 2005, de la

surveillance de sûreté et de la rétention de sûreté en 2008, et des mesures de sûreté applicables aux personnes jugées irresponsables en raison d'un trouble mental en 2008. Ces mesures, fondées sur la dangerosité du délinquant et poursuivant une finalité préventive, sont généralement d'application rétroactive. Une autre loi d'inspiration sécuritaire est celle du 10 août 2007 ayant créé les peines planchers (abrogées en 2014). En parallèle, se développent les alternatives à l'emprisonnement, avec la création par la loi du 15 août 2014 de la contrainte pénale (abrogée en 2019) et l'instauration par la loi du 23 mars 2019 de la détention à domicile sous surveillance électronique. Cette loi crée également le sursis probatoire (qui remplace le sursis avec mise à l'épreuve), élargit le travail d'intérêt général et rationalise les peines de stage. Les finalités de la peine sont clairement affirmées par la loi du 15 août 2014 et l'individualisation judiciaire continue de prendre de l'ampleur, le juge étant soumis depuis la loi du 23 mars 2019 à une obligation générale de motivation de la peine, présentant un certain rempart contre l'arbitraire. Malgré une tendance sécuritaire des réformes pénales, les textes sont de plus en plus imprégnés par la montée en puissance des droits fondamentaux et reflètent une diversification des sources du droit pénal, s'inscrivant dans un mouvement d'euphémisation et de constitutionnalisation de la matière.

III. Sources du droit pénal

Les sources du droit pénal sont régies par le principe de légalité criminelle. Par essence, le droit pénal est un droit écrit qui est étroitement lié à la souveraineté étatique. Il n'existe ainsi que deux sources à proprement parler de droit pénal, qui peuvent directement créer des normes pénales : il s'agit de la loi et du règlement qui sont des sources écrites internes (A). Les sources du droit pénal se sont cependant diversifiées et d'autres sources ont une influence croissante, mais indirecte, sur la norme pénale (B).

A. Les sources directes

La Constitution du 4 octobre 1958 répartit le pouvoir normatif entre le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif. En matière pénale, il résulte des articles 34 et 37 de la Constitution que la **détermination des crimes et des délits** (et de la procédure pénale) relève du **domaine de la loi**, tandis que la **définition des contraventions** ressortit au **pouvoir réglementaire**. Cette répartition des compétences en fonction de la nature de l'infraction est rappelée par les articles 111-1 et 111-2 du Code pénal. Il en ressort que les infractions pénales sont classées, suivant leur gravité, en crimes, délits et contraventions. Cette **classification tripartite des infractions** présente des intérêts très concrets, puisqu'elle détermine les règles procédurales (compétence des juridictions,

prescription de l'action publique...) et substantielles (tentative, complicité, élément moral...) applicables. Les sources directes des infractions et des peines sont donc la loi et le règlement.

En premier lieu, **la loi** *stricto sensu* est le texte voté par le Parlement selon la procédure législative et ensuite promulgué par le président de la République. La Constitution y assimile les ordonnances prévues par l'article 38, qui devront être ratifiées par le Parlement, et les décisions prises, en période de crise, par le président de la République en vertu de l'article 16. Seule la loi peut ainsi qualifier un comportement de crime ou de délit en l'assortissant des peines applicables. Le critère de distinction entre le crime et le délit est la peine maximale encourue : un crime est une infraction punie de la réclusion ou de la détention criminelle à perpétuité ou à temps, la loi pouvant prévoir des peines maximales de 15, 20 ou 30 ans (art. 131-1 CP), alors que le délit est une infraction punie d'une peine d'emprisonnement inférieure ou égale à 10 ans et d'une peine d'amende d'au moins 3 750 € (art. 131-4 CP). On constate donc que les crimes correspondent aux comportements les plus graves (tels que le meurtre, l'empoisonnement, le viol), tandis que les délits représentent une atteinte moins grave aux valeurs sociales (par exemple le vol, l'escroquerie, l'agression sexuelle), pouvant parfois traduire une simple négligence (pour les délits non-intentionnels, tels que l'homicide involontaire).

En second lieu, **le règlement** visé par l'article 37 de la Constitution correspond au règlement autonome qui prend la forme d'un décret pris par le président de la République ou par le 1^{er} Ministre après avis du Conseil d'État. Le règlement définit les contraventions et les peines qui leur sont applicables, dans les limites fixées par la loi. Une contravention est une infraction punie d'une peine d'amende d'un montant inférieur ou égal à 1 500 €, pouvant être porté à 3 000 € en cas de récidive (art. 131-13 CP). Il existe 5 classes de contraventions pour lesquelles les amendes encourues sont respectivement de 38 €, 150 €, 450 €, 750 € et 1 500 €. Les contraventions correspondent aux manquements les moins graves aux valeurs de la société, traduisant une forme d'indiscipline sociale (comme le stationnement gênant ou le fait de fumer dans un lieu public clos). Le règlement autonome doit être distingué du règlement d'application destiné à fixer les modalités d'application d'un texte de nature législative ou réglementaire.

B. Les sources indirectes

Les autres sources du droit ne peuvent ni incriminer un comportement, c'est-à-dire le qualifier d'infraction, ni le réprimer, c'est-à-dire le sanctionner par une peine. Il n'en demeure pas moins qu'elles ont une influence non négligeable sur le contenu de la norme pénale et peuvent donc être considérées comme des sources indirectes du droit pénal.

D'une part, les **sources non écrites** ont une certaine influence sur le contenu de la loi pénale et se posent notamment la question du rôle de la coutume et de la jurisprudence.

En premier lieu, si **la coutume** ne peut être source d'incrimination, elle joue néanmoins un double rôle en matière pénale. D'abord, les juges peuvent se référer aux usages pour déterminer le sens d'une norme pénale posée par une loi ou un règlement. Par exemple, en matière de tromperie sur les qualités d'une marchandise (incriminée par l'art. L. 213-1 du Code de la consommation), la Cour de cassation a pu se référer aux usages professionnels pour apprécier si les qualités d'un jambon cuit supérieur étaient conformes aux qualités que l'on pouvait légitimement attendre d'un tel produit (Crim. 15 mai 2001, n° 00-84.279). Ensuite, la coutume peut justifier certains actes en principe interdits par la loi pénale. Par exemple, l'article 521-1 du Code pénal réprime les sévices graves et actes de cruauté envers les animaux, en précisant toutefois que « *les dispositions du présent article ne sont pas applicables aux courses de taureaux lorsqu'une tradition locale ininterrompue peut être invoquée. Elles ne sont pas non plus applicables aux combats de coqs dans les localités où une tradition ininterrompue peut être établie* ». Lorsqu'une telle pratique fait partie de la coutume dans un lieu déterminé (ce qui est le cas dans la région de Nîmes pour la corrida et aux Antilles pour les combats de coq), aucune poursuite ne peut donc être exercée sur le fondement de ce texte.

En second lieu, **la jurisprudence** ne peut pas davantage créer des incriminations ou des peines, mais elle joue un rôle essentiel dans la mise en œuvre de la loi pénale qu'elle doit interpréter. L'interprétation de la norme pénale peut concerner aussi bien la définition du comportement interdit (par exemple le champ d'application de l'homicide involontaire, le terme « autrui » n'incluant pas le fœtus selon les juges de cassation : Ass. plén., 29 juin 2001) que la sanction applicable (par exemple, l'interdiction de gérer une entreprise, dont la durée maximale n'était pas fixée par le Code de commerce, ne peut excéder 5 ans lorsqu'elle est temporaire : Crim. 8 janv. 2003, n° 02-82.555). Si l'interprétation de la loi pénale doit être stricte (art. 111-4 CP), le rôle normatif de la jurisprudence tend à croître : le Conseil constitutionnel prend en considération, lors de l'examen des questions prioritaires de constitutionnalité (QPC), l'interprétation que la jurisprudence a pu faire de la disposition législative attaquée, son contrôle portant donc sur la portée effective que lui confère le juge en l'interprétant (v. déc. n° 2020-845 QPC du 19 juin 2020, *M. Théo S.*, Recel d'apologie du terrorisme). À l'inverse, la Cour de cassation, dans son rôle de juge du filtre, refuse parfois de transmettre au Conseil constitutionnel des QPC qui ne viseraient en réalité qu'à remettre en cause sa propre interprétation jurisprudentielle et non le texte en lui-même (v. Crim. 20 mai 2011, n° 11-90.025, *D.* 2011. 1346, obs. Lienhard).

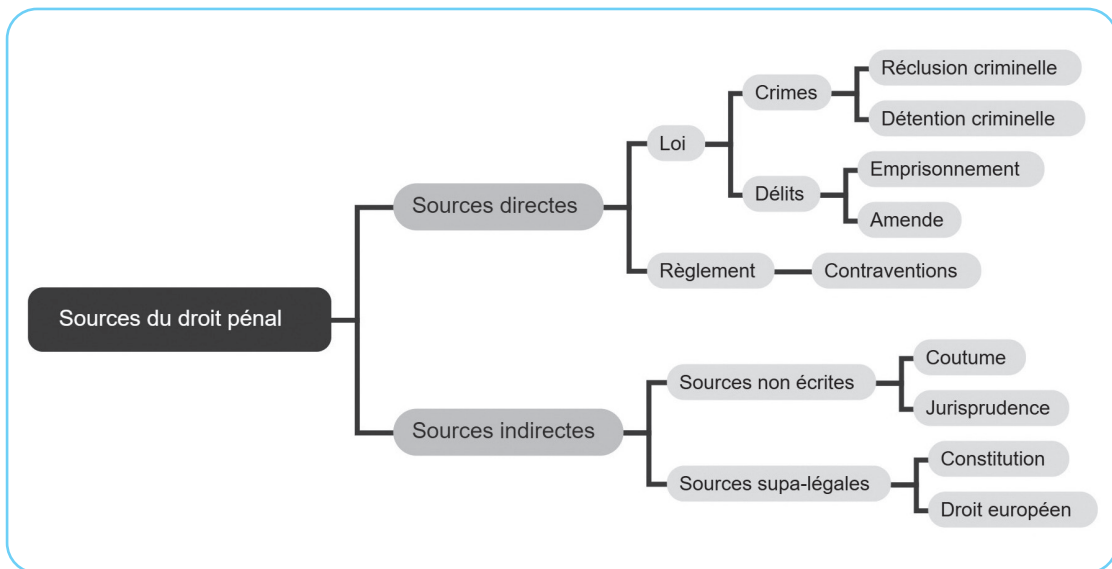
D'autre part, les **sources supra-légales** sont de plus en plus présentes, à tel point que l'on observe aujourd'hui un double phénomène de constitutionnalisation et d'eupéanisation (ou internationalisation) du droit pénal.

En premier lieu, la **Constitution** étant placée au sommet de la hiérarchie des normes, il faut s'assurer que les lois pénales respectent les dispositions à valeur constitutionnelle. Le Conseil constitutionnel exerce une influence significative sur le contenu de la loi pénale en contrôlant les incriminations et les peines existantes. Il encadre ainsi les choix opérés par le législateur en veillant notamment au respect du principe de légalité (art. 8 DDHC) pour limiter le pouvoir d'appréciation du juge judiciaire : il exige des infractions claires et précises, et veille également au respect de la non-rétroactivité de la loi pénale plus sévère. Par exemple, le Conseil constitutionnel a, dans sa décision du 21 février 2008 (n° 2008-562 DC), censuré l'application rétroactive de la rétention de sûreté, tout en affirmant qu'il ne s'agissait pas d'une peine ni d'une sanction ayant le caractère d'une punition. Il peut aussi émettre des réserves d'interprétation, c'est-à-dire que la loi est déclarée conforme à la Constitution, mais avec une interprétation donnée par le Conseil qui va s'imposer à tous. Ainsi, par une décision du 19 juin 2020 (n° 2020-845 QPC), le Conseil a déclaré conforme à la Constitution le délit d'apologie publique d'actes de terrorisme figurant au premier alinéa de l'article 421-2-5 du Code pénal, sous la réserve que ce texte ne soit pas combiné avec l'article 321-1 pour réprimer le recel d'apologie publique d'actes de terrorisme. Selon le Conseil, ce délit « *porte à la liberté d'expression et de communication une atteinte qui n'est pas nécessaire, adaptée et proportionnée* » (§ 26).

En second lieu, le **droit européen** ou plus largement **international** influence et encadre fortement le contenu de la loi pénale. Le législateur français est en effet lié par un certain nombre de traités ou conventions internationales qui ont une incidence sur les infractions et sanctions qu'il édicte. Cette incidence peut d'abord être **positive**, en ce sens que le législateur est tenu d'incriminer certains comportements définis par les textes supra-nationaux. Par exemple, la torture et les actes de barbarie, prohibés par la Convention de l'ONU du 10 décembre 1984 contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, sont incriminés en droit français depuis la réforme du Code pénal (art. 222-1 et s. CP). Il arrive également que la Cour européenne des droits de l'homme mette à la charge des États des obligations positives visant à assurer une répression effective des atteintes aux droits garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme (CESDH). C'est ainsi que l'arrêt *Siliadin c. France* du 26 juillet 2005 a conduit à l'incrimination de l'esclavage par la loi n° 2013-711 du 5 août 2013 (art. 224-1 B CP), afin de mettre le droit français en conformité avec l'article 4 CESDH qui prohibe la servitude et l'esclavage forcé. La Cour de Strasbourg vérifie également l'intensité et la proportionnalité de la répression au regard de l'atteinte portée aux

droits protégés par la Convention, la sanction pénale devant être suffisamment sévère et effectivement appliquée. Le Traité de Lisbonne a par ailleurs renforcé la compétence pénale de l'Union européenne qui peut établir, par le biais de directives, des règles minimales relatives à la définition des infractions pénales et des sanctions dans des domaines de criminalité particulièrement grave revêtant une dimension transfrontière, voire dans tout autre domaine ayant déjà fait l'objet d'une mesure d'harmonisation (art. 83 du TFUE). Par exemple, la loi précitée du 5 août 2013 a transposé la directive européenne 2011/93/UE du 13 décembre 2011 relative à la lutte contre les abus sexuels et l'exploitation sexuelle des enfants, ainsi que la pédopornographie, en introduisant à l'article 222-22-2 une nouvelle forme d'agression sexuelle consistant à « *contraindre une personne par la violence, la menace ou la surprise à subir une atteinte sexuelle de la part d'un tiers* ». De même, la loi n° 2016-819 du 21 juin 2016 a transposé la directive européenne 2014/57/UE du 16 avril 2014 relative aux abus de marché par un renforcement de la peine encourue en matière de délit d'initié, passant de 2 ans d'emprisonnement à 5 ans (art. L. 465-1 du Code monétaire et financier) : la directive imposait une peine minimale de 4 ans, seuil qui n'existe pas dans l'échelle des peines française.

L'incidence des normes supra-nationales sur la loi pénale peut ensuite être **négative**, en ce que l'application d'une loi pénale peut être neutralisée s'il s'avère qu'elle est contraire à une norme conventionnelle. D'abord, le juge national, en se livrant à un contrôle de conventionnalité de la loi, peut écarter un texte d'incrimination dans le litige qui lui est soumis lorsque son application est jugée contraire à une liberté fondamentale. C'est ainsi que la Cour de cassation a pu écarter la qualification d'exhibition sexuelle, qui était pourtant constituée en tous ses éléments, parce que la répression paraissait en l'espèce contraire à la liberté d'expression, les faits s'étant inscrits dans une démarche de protestation politique par une militante du mouvement dit « Femen » (Crim. 26 févr. 2020, n° 19-81.827, *AJ pénal* 2020. 247, étude Thierry ; *ibid.* 233, étude L. François). Ensuite, lorsque les juges européens déclarent une norme nationale incompatible avec la norme internationale, cela devrait logiquement conduire à son abrogation par le législateur. On pense ainsi à l'abrogation, par la loi n° 2013-711 du 5 août 2013, du délit d'offense au chef de l'État, sous l'impulsion de la jurisprudence européenne ayant condamné la France pour violation de l'article 10 de la Convention protégeant la liberté d'expression (CEDH, 14 mars 2013, n° 26118/10, *Eon c. France*).



La présentation générale du droit pénal ainsi faite conduit désormais à s'intéresser, plus en détail, aux différents concepts évoqués. Le droit pénal étant défini comme le droit des infractions et des peines, il convient de suivre le raisonnement qui guide tout juriste confronté à la commission d'un acte qui semble contraire à la loi pénale : il s'agit, d'abord, de vérifier s'il s'agit bien d'une infraction (1^{re} partie), pour, ensuite, établir la responsabilité pénale qui en découle (2^e partie) et, enfin, déterminer la sanction applicable (3^e partie).

L'infraction

Une infraction est un comportement prohibé par la loi sous la menace d'une peine. Il s'agit donc, d'une part, de la transgression de la loi pénale qui suppose l'existence d'un préalable légal de l'infraction (titre 1). D'autre part, il s'agit d'un comportement spécifique décrit par la loi pénale dans toutes ses composantes : ce sont les éléments constitutifs de l'infraction (titre 2).

Le préalable légal de l'infraction

Toute infraction, pour être punissable, suppose que le comportement soit au préalable incriminé par la loi pénale. L'exigence d'un préalable légal de l'infraction résulte d'un principe fondamental qui irrigue l'ensemble de la matière pénale : le principe de légalité criminelle (chapitre 1). Lorsque le comportement illicite est accompli, la loi pénale trouve à s'appliquer, mais son application est strictement encadrée (chapitre 2).

Le principe de légalité criminelle

Le principe de légalité criminelle signifie qu'aucun comportement ne peut faire l'objet d'une répression et qu'aucune peine ne peut être infligée du fait de ce comportement sans qu'un texte ait, au préalable, interdit le fait reproché sous la menace d'une peine. En d'autres termes, il ne peut pas y avoir d'infraction, ni de peine, sans loi. Ce principe est exprimé par l'adage latin «*nullum crimen nulla poena sine lege*». Il s'impose à la fois au législateur (I) et au juge (II).

I. La signification du principe de légalité pour le législateur

En vertu du principe de légalité, les infractions et les sanctions ne peuvent exister si la loi ne les a pas prévues. La loi fixe à l'avance les comportements qualifiés d'infractions, ce qui permet aux citoyens de savoir ce qui est permis et ce qui est interdit, et elle définit les peines applicables (A). La loi pénale doit en outre revêtir certaines qualités (B).

A. La légalité de l'incrimination et de la sanction

Selon la conception formelle du principe de légalité, les incriminations et les peines doivent exister en vertu d'un **texte législatif** pour pouvoir être appliquées par une juridiction, afin d'éviter l'arbitraire du juge. En effet, la loi étant l'expression de la volonté générale, aux termes de l'article 6 de la DDHC, elle seule jouit de la légitimité permettant d'incriminer un comportement. L'acception classique du principe de légalité veut que seul le législateur ait le pouvoir de déterminer les incriminations et les peines qui leur sont applicables. Cette conception stricte du principe a cependant été remise en cause par les articles 34 et 37 de la Constitution de 1958 qui permet au pouvoir réglementaire de créer des incriminations en matière contraventionnelle. Le principe de légalité dans l'ordre juridique français doit donc plus largement être entendu comme un **principe de textualité** incluant la loi et le règlement. Le monopole législatif en tant que source du droit pénal a donc disparu et les compétences en matière de création des incriminations ont été réparties entre le Parlement