

CRFPA 2024



FASCICULE DE COURS
Droit Pénal
Tome 1

A. Schilli

TABLES DES MATIERE

TABLES DES MATIERE	2
PARTIE 1 :	7
LE DROIT PÉNAL GÉNÉRAL	7
TITRE 1 : LA LÉGALITÉ CRIMINELLE	8
<i>CHAPITRE 1 : LA DÉTERMINATION DE LA LOI PÉNALE</i>	<i>9</i>
SECTION 1 – UN PRINCIPE A LA VALEUR AMOINDRIE	10
SOUS-SECTION 1 – UN PRINCIPE MALMENE	10
§1 – <i>L’inflation de la loi pénale</i>	<i>11</i>
§2 – <i>La compétence réduite de la loi</i>	<i>11</i>
SOUS-SECTION 2 – UN PRINCIPE SUR-INTERPRETE	13
§1 – <i>L’interprétation présomptive</i>	<i>13</i>
§2 – <i>L’interprétation contraire à la loi</i>	<i>14</i>
SECTION 2 – UN PRINCIPE A LA VALEUR NEANMOINS PRESERVEE : DE LA MISE EN PLACE DE GARANTIES	15
SOUS-SECTION 1 – DES EXIGENCES MATERIELLES AU SERVICE DU RESPECT DU PRINCIPE DE LA LEGALITE CRIMINELLE	15
§1 – <i>Une loi claire</i>	<i>16</i>
§2 – <i>Une loi précise</i>	<i>17</i>
SOUS-SECTION 2 – DES JURIDICTIONS NATIONALES ET SUPRANATIONALES AU SERVICE DU RESPECT DU PRINCIPE DE LA LEGALITE	17
§1 – <i>L’importance du contrôle de constitutionnalité de la loi pénale</i>	<i>18</i>
A- Le contrôle <i>a priori</i>	18
B- Le contrôle <i>a posteriori</i>	18
§2 – <i>L’importance des contrôles européens de la loi pénale</i>	<i>19</i>
A- La Cour EDH	19
B- La CJUE	20
1- Le recours en annulation	20
2- La question préjudicielle	20
<i>CHAPITRE 2 : L’APPLICATION DE LA LOI PÉNALE</i>	<i>21</i>
SECTION 1 – L’APPLICATION DE LA LOI PENALE DANS LE TEMPS	21
SOUS-SECTION 1 – LES LOIS PENALES DE FOND	22
§1 – <i>La non-rétroactivité des lois pénales plus sévères ou principe de la non-rétroactivité in pejus</i>	<i>22</i>
A- Les applications du principe de non-rétroactivité de la loi pénale	23
1- Les infractions instantanées	23
2- Les infractions continues	23
3- Les infractions d’habitude	24
4- Les infractions commises en récidive	24
B- Les atténuations	25
1- Les lois interprétatives	26
2- Les lois créant une mesure de sûreté	28
a- L’application immédiate des mesures de sûreté non privatives de libertés	29
b- L’application non rétroactive des mesures de sûreté privatives de liberté	32
§2 – <i>L’application immédiate des lois pénales plus douces ou le principe de rétroactivité in mitius</i>	<i>35</i>
A- Les applications	37
1- La peine plus douce	37
2- L’infraction plus douce	38
3- La loi à la fois plus douce et plus sévère	39
B- Les atténuations	39
SOUS-SECTION 2 – LES LOIS PENALES DE FORME	40
§1 – <i>Le principe : l’application immédiate des lois pénales de forme</i>	<i>41</i>
A- Les lois de compétences et d’organisation judiciaire	41
B- Les lois fixant les modalités des poursuites et les formes de la procédure	41
C- Les lois relatives aux voies de recours	42
D- Les lois relatives à la prescription de l’action publique ou de la peine	42
§2 – <i>L’exception : les lois relatives au régime d’exécution et d’application des peines</i>	<i>42</i>
SECTION 2 – L’APPLICATION DE LA LOI DANS L’ESPACE	43

SOUS-SECTION 1 – L’INFRACTION COMMISE SUR LE TERRITOIRE DE LA REPUBLIQUE	43
§1 – <i>Le principe de territorialité</i>	43
A- La notion de « territoire »	43
B- La notion de « commission ».....	44
1- Les « faits constitutifs »	44
2- La complicité.....	45
3- La connexité ou l’indivisibilité.....	46
§2 – <i>Les limites au principe de territorialité</i>	46
A- Les immunités	46
B- Les crimes supranationaux.....	46
SOUS-SECTION 2 – LES INFRACTIONS COMMISES HORS DU TERRITOIRE FRANÇAIS	47
§1 – <i>Le principe de compétence personne</i>	47
A- Le principe de personnalité active	47
B- Le principe de personnalité passive.....	48
§2 – <i>Le principe de compétence réelle</i>	48
§3 – <i>Le principe de compétence universelle</i>	49
A- La violation du droit international	49
B- Le refus d’extradition	50
C- Crime ou délit en matière aéronautique.....	50
TITRE 2 – L’INFRACTION	51
<i>CHAPITRE 1 – L’INFRACTION CONSOMMÉE</i>	52
§1 – <i>Le fondement objectif de l’infraction : l’élément matériel</i>	52
A- La structure du comportement infractionnel	52
1- Le cas des infractions de commission et d’omission	52
a- L’acte de commission	53
b- L’acte d’omission.....	53
c- La théorie de l’infraction de commission par omission.....	53
2- Le cas des infractions simples, composites et plures	53
a- Les infractions simples	54
b- Les infractions composites	54
c- Les infractions uniques ou plures	54
B- La durée du comportement infractionnel.....	54
1- Le cas de l’infraction continue	54
2- Le cas des infractions dérivées	55
C- La forme du comportement.....	55
1- L’infraction formelle	55
a- Une infraction tentée érigée en une infraction consommée	55
b- Une infraction aux conséquences propres.....	56
2- L’infraction-obstacle.....	56
a- Une infraction étonnante.....	56
b- Une infraction à ne pas confondre.....	57
§2 – <i>Le fondement subjectif de l’infraction : l’élément moral</i>	57
A- La faute intentionnelle.....	58
1- Le dol général, traduction d’une intention de commettre une infraction.....	58
2- Le dol spécial, traduction d’une intention d’obtenir le résultat d’une infraction	59
B- La faute non-intentionnelle	60
1- La faute générant directement un dommage à la victime.....	60
2- La faute générant indirectement un dommage à la victime.....	60
a- La faute délibérée	61
b- La faute caractérisée	61
<i>CHAPITRE 2 – L’INFRACTION TENTÉE</i>	63
SECTION 1 – LA TENTATIVE A PROPREMENT PARLER	63
SOUS-SECTION 1 – LA NATURE DE L’INFRACTION	63
SOUS-SECTION 2 – LE COMMENCEMENT D’EXECUTION	63
SOUS-SECTION 3 – L’INTERRUPTION DE L’EXECUTION	64
SECTION 2 – LA TENTATIVE ASSIMILEE : LE CAS DE L’INFRACTION IMPOSSIBLE	65
SOUS-SECTION 1 – UNE INFRACTION CONTESTEE	65
SOUS-SECTION 2 – UNE INFRACTION A NE PAS CONFONDRE.....	65
TITRE 3 – LA RESPONSABILITÉ PÉNALE	66

<i>CHAPITRE 1 – L’ENGAGEMENT DE LA RESPONSABILITÉ PÉNALE</i>	67
SECTION 1 – LA RESPONSABILITE PENALE DE LA PERSONNE PHYSIQUE	67
SOUS-SECTION 1 – LA RESPONSABILITE PENALE DE L’AUTEUR PRINCIPAL	67
§1 – <i>L’engagement de la responsabilité pénale du chef d’entreprise</i>	67
A- Une infraction non-intentionnelle commise par le salarié	68
B- Une faute personnelle imputable au chef d’entreprise	68
§2 – <i>Le transfert de la responsabilité pénale</i>	69
A- Les conditions tenant au délégant	69
B- Les conditions tenant au délégataire	69
1- La compétence	69
2- L’autorité	70
3- Les moyens nécessaires	70
C- Les conditions tenant à la délégation	70
SOUS-SECTION 2 – LA RESPONSABILITE PENALE DU COMPLICE	71
§1 – <i>La caractérisation de la responsabilité pénale</i>	72
A- L’élément préalable	72
B- L’élément matériel	73
1- La complicité par aide ou assistance	73
2- La complicité par provocation ou instruction	74
c- Les instructions	74
d- La provocation	74
C- L’élément moral	75
§2 – <i>La répression encourue par le complice</i>	76
SECTION 2 – LA RESPONSABILITE PENALE DE LA PERSONNE MORALE	76
§1 – <i>La caractérisation de la responsabilité pénale de la personne morale</i>	77
A- Les conditions subjectives	77
1- Une personne morale	77
a- La personne morale de droit privé	77
b- Les personnes morales de droit public	79
2- Une personne physique ayant agi pour le compte de la personne morale	80
a- Pour le compte de la personne morale	80
b- Par un organe ou un représentant	80
B- Une condition objective	82
1- Une infraction	82
2- Une faute	82
§2 – <i>La répression encourue par la personne morale</i>	83
<i>CHAPITRE 2 – L’EXONÉRATION DE LA RESPONSABILITÉ PÉNALE</i>	84
SECTION 1 – LES CAUSES OBJECTIVES D’IRRESPONSABILITE PENALE	84
§1 – <i>L’autorisation par la loi</i>	84
A- L’autorisation directe de la loi	85
1- L’arrestation en cas de crime ou délit flagrant	85
2- L’usage des armes par les policiers ou gendarmes	86
3- Les lanceurs d’alerte	86
B- L’autorisation indirecte de la loi	88
§2 – <i>L’autorisation par la jurisprudence</i>	88
A- L’exercice strictement nécessaire des droits de la défense	89
B- Le contrôle de proportionnalité	89
§3 – <i>L’autorisation par la coutume</i>	90
A- L’autorisation implicite de la coutume	90
B- L’autorisation explicite de la coutume	90
SOUS-SECTION 2 – LES INFRACTIONS JUSTIFIEES PAR LES CIRCONSTANCES	91
§1 – <i>La défense à une agression</i>	92
A- Le domaine de la légitime défense	92
1- Les actes commis à titre de défense	92
2- L’objet de l’acte de défense	92
B- Les conditions de la légitime défense	93
1- L’agression	93
2- La défense	93
C- La preuve de la légitime défense	93
§2 – <i>La défense en état de nécessité</i>	94
A- Le danger à éviter	94

B-	Le dommage causé par celui qui invoque d'état de nécessité	94
SECTION 2 –	LES CAUSES SUBJECTIVES D'IRRESPONSABILITE PENALE	95
SOUS-SECTION 1 –	LE DEFAUT DE CAPACITE POUR L'INDIVIDU A DISCERNER L'ACTE DELICTUEUX	96
§1 –	<i>L'enfant non discernant</i>	96
§2 –	<i>L'adulte non discernant</i>	97
A-	La notion de trouble psychique ou neuropsychique	98
B-	L'intensité du trouble psychique ou neuropsychique	100
SOUS-SECTION 2 –	LE DEFAUT DE VOLONTE POUR L'INDIVIDU A REALISER L'ACTE DELICTUEUX.....	102
§1 –	<i>La contrainte</i>	102
A-	La contrainte physique.....	102
1-	La contrainte physique externe	103
2-	La contrainte physique interne	103
3-	La contrainte physique irrésistible.....	103
B-	La contrainte morale.....	103
1-	La contrainte morale externe	104
2-	La contrainte morale interne	104
3-	La contrainte morale irrésistible.....	104
§2 –	<i>L'erreur</i>	104
A-	L'erreur de droit.....	104
1-	S'informer	105
2-	Douter.....	105
3-	Se méfier.....	105
B-	L'erreur sur le fait.....	106
TITRE 4 –	LA PEINE.....	107
CHAPITRE 1 –	LA PEINE POUVANT ÊTRE PRONONCÉE.....	108
SECTION 1 –	LA DEFINITION DE LA PEINE.....	108
SECTION 2 –	LES FORMES DE LA PEINE.....	108
SOUS-SECTION 1 –	L'ECHELLE DES PEINES	109
§1 –	<i>Les peines applicables aux personnes physiques</i>	109
A-	Les peines criminelles	109
B-	Les peines correctionnelles et les peines contraventionnelles	110
§2 –	<i>Les peines applicables aux personnes morales</i>	112
A-	Les peines criminelles et correctionnelles	112
B-	Les peines contraventionnelles.....	114
SOUS-SECTION 2 –	LA CLASSIFICATION DES PEINES.....	114
§1 –	<i>La classification des peines dans leurs rapports entre elles</i>	114
A-	Les peines principales	115
B-	Les peines complémentaires.....	115
§2 –	<i>La classification des peines en fonction du bien sur lequel porte l'effet afflictif</i>	116
A-	L'atteinte à la liberté d'aller et venir.....	116
B-	L'atteinte au patrimoine ou à l'activité professionnelle	116
SECTION 3 –	LA MESURE DE LA PEINE	117
SOUS-SECTION 1 –	L'EXEMPTION DE PEINE.....	117
SOUS-SECTION 2 –	L'ATTENUATION DE PEINE	117
§1 –	<i>L'atténuation liée au comportement de l'auteur</i>	117
§2 –	<i>L'atténuation liée au discernement de l'auteur</i>	118
A-	Le mineur âgé de 13 ans ou plus.....	120
B-	Le mineur âgé de 13 à 16 ans.....	120
C-	Le mineur âgé de 16 à 18 ans.....	120
SOUS-SECTION 3 –	L'AGGRAVATION DES PEINES.....	121
§1 –	<i>L'effet attaché aux circonstances aggravantes spéciales</i>	122
A-	Les causes d'aggravation tenant aux circonstances de l'action	123
1-	Les circonstances aggravantes tirées des moyens employés ou du moment et du lieu de l'action	123
2-	Les circonstances aggravantes tirées des effets de l'action ou de la pluralité des infractions	124
B-	Les causes d'aggravation tenant aux protagonistes de l'action	125
1-	Les circonstances aggravantes tenant à l'auteur	125
2-	Les circonstances aggravantes tenant à la victime	126
§2 –	<i>L'effet attaché à l'état de récidive légale</i>	127
A-	Les deux « termes » de la récidive	127

1-	Le premier « <i>terme</i> » de la récidive	127
2-	Le second « <i>terme</i> » de la récidive.....	130
B-	La répression de la récidive.....	130
1-	La récidive concernant les personnes physiques	130
a-	La récidive des personnes condamnés pour crime ou délit grave	130
b-	La récidive des personnes condamnées pour un délit.	131
c-	La récidive des personnes condamnées pour une contravention de cinquième classe.....	131
2-	La récidive concernant les personnes morales	131
	CHAPITRE 2 – LA PEINE EFFECTIVEMENT PRONONCÉE	132
	SECTION 1 – LE CONCOURS REEL D’INFRACTIONS.....	132
	SOUS-SECTION 1 – EN CAS DE POURSUITE UNIQUE.....	133
	SOUS-SECTION 2 – EN CAS DE PLURALITE DE POURSUITES.....	133
	SOUS-SECTION 3 – LES AUTRES CAS	135
	<i>§1 – Les contraventions</i>	<i>135</i>
	<i>§2 – Certains crimes et délits.....</i>	<i>135</i>
	SECTION 2 – LA REITERATION	136

PARTIE 1 :
LE DROIT PÉNAL GÉNÉRAL

TITRE 1 : LA LÉGALITÉ CRIMINELLE

La légalité criminelle renvoie à l'expression « *loi pénale* » qui 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^{er} du Livre I^{er} du CP 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, 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. 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.

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 (CEDH 8 juin 1976, Engel et autres Pays-Bas, série A), 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. 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 (CEDH, 23 sept. 1998, aff. Malige c. France), 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 (Crim. 6 juill. 1993 : Bull. crim. n° 240). 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.

Il convient donc de déterminer précisément ce qu'est la loi pénale (Chapitre 1) avant d'envisager son application (Chapitre 2).

CHAPITRE 1 : LA DÉTERMINATION 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, « 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. C'est ainsi que la notion de domicile est considérée, en droit civil, comme le lieu du principal établissement. En droit pénal, elle est considérée comme tout autre lieu, à l'intérieur duquel l'individu a droit à ce que son intimité soit protégée. L'autonomie du droit pénal doit cependant rester uniquement d'ordre technique, elle ne doit pas être l'occasion d'un développement incontrôlé de la matière du droit pénal, qui serait contraire à la nécessaire autolimitation de cette dernière.

Un second élément caractéristique de la loi pénale est sa soumission à un principe plus général d'économie, de nécessité ou d'autolimitation qui implique son aspect fragmentaire ou « discontinu » (Portalis).

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 châtiment qui ne découlerait pas d'une nécessité absolue serait tyrannique. 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 ; de même, le Conseil constitutionnel a reconnu les principes de nécessité et de proportionnalité des incriminations et des peines (Cons. const. 16 juill. 1996 : JCP 1996. II. 22709).

Le législateur ressent d'ailleurs parfois 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. 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. 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 consommation en 2014, en

matière de contraventions de stationnement en 2014 ou en droit du travail en 2016). Néanmoins, à l'époque contemporaine, la dépénalisation est souvent ambiguë (par exemple, la dépénalisation du droit économique) et le principe d'autolimitation est souvent oublié à la faveur d'une pénalisation croissante voire d'une surpénalisation de la vie sociale.

Mais surtout le principe de la légalité permet à l'incrimination d'avoir une existence. Il en est le fondement, étant entendu que la terminologie « *criminelle* » doit se comprendre dans une acception large, à savoir comme recouvrant l'ensemble des infractions, et non pas seulement les crimes.

La légalité des incriminations, à laquelle s'ajoute celle des pénalités, est la traduction du principe de séparation des pouvoirs législatif et judiciaire même si la Constitution du 4 octobre 1958 ne parle que d'autorité judiciaire. Beccaria l'affirmait dès 1764 : « *les lois seules peuvent fixer les peines de chaque délit, et le droit de faire des lois pénales ne peut résider que dans la personne du législateur qui représente toute la société unie par un contrat social* » (C. Beccaria, *Des délits et des peines*, GF, 1991 [1764], § III). Aussi, le Code pénal accorde une place de choix et intitule son Titre 1^{er} « *De la loi pénale* ». Traduction de l'adage « *Nullum crimen, nulla poena sine lege* », le principe de la légalité criminelle se trouve énoncé dans plusieurs textes internes ou internationaux : à l'article 111-2 du Code pénal, au préambule de la Constitution de 1958 en référence au préambule de la Constitution de 1946, à l'article 7 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (DDHC) de 1789, à l'article 11, paragraphe 2, de la Déclaration universelle des droits de l'homme (DUDH) de 1948 et à l'article 7 de la Conv. EDH.

Sans ce principe, pas d'infraction. Pas d'infraction, pas de peine. D'où l'importance de ce principe de légalité érigé en élément préalable à la constitution de l'infraction (pour un ex. refusant de condamner un dirigeant et sa société ayant réalisé des ventes en soldes en dehors des périodes autorisées incriminées à l'art. L. 310-5, 3^o, du Code de commerce, l'infraction ayant été abrogée entre temps, Cass. crim. 22 mars 2011, n^o 10-80.203, *Bull. crim.* n^o 58).

Pour précision, la chambre criminelle rappelle que « : «L'autorité de chose jugée, même erronée, s'oppose à ce qu'une décision de justice devenue définitive soit remise en cause, et impose l'exécution de la peine prononcée par une telle décision ». (Crim. 8 nov. 2023, F-B, n^o 23-81.039)

Pour assurer la valeur de ce principe, des conditions ont été mises en œuvre (Section 2) même si l'on ne peut que constater que sa valeur s'est amoindrie (Section 1).

SECTION 1 – Un principe à la valeur amoindrie

Actuellement, l'on ne peut que constater l'amoindrissement de la valeur du principe de légalité criminelle, résultat direct d'un principe à la fois malmené (Sous-section 1) et sur-interprété (Sous-section 2).

SOUS-SECTION 1 – Un principe malmené

Le principe de légalité des délits et des peines, fondant les infractions, évolue au gré des avancées. Cependant, ces évolutions ne sont pas toujours salvatrices surtout lorsqu'elles conduisant à une profusion de lois. Aussi, en plus de subir les conséquences néfastes de l'inflation législative (§1), ce principe subit de plein fouet la multiplication des différentes sources du droit ayant conduit à abandonner une conception formelle du principe de la légalité au profit d'une conception matérielle de sorte que, désormais, la compétence de la loi en matière pénale se trouve d'autant réduite par l'arrivée de ces dernières (§2).

§1 – L'inflation de la loi pénale

Dans l'idéal, l'acte de légiférer en matière pénale devrait s'inscrire dans une politique criminelle réfléchie et en constituer le mode d'expression privilégiée. La réalité est malheureusement toute autre, le droit pénal se trouvant bien souvent instrumentalisé et galvaudé par ces réactions « à chaud ». Alors que la loi pénale se doit de recouvrir l'intérêt général, elle tend à ne répondre qu'à des besoins particuliers, souvent adoptée en réaction directe à un scandale et dont la loi applicable n'était pas assez sévère (ex : le meurtre de Nelly Crémel engendra la loi du 12 déc. 2005 relative au traitement de la récidive des infractions pénales ; l'affaire d'*Outreau* engendra la loi du 5 mars 2007 tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale ; le viol d'Énis par Francis Évrard et les meurtres de deux infirmières dans un établissement psychiatrique à Pau inspirèrent respectivement la loi du 25 févr. 2008 relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental ; le meurtre d'une joggeuse engendra la loi du 10 mars 2010 tendant à amoindrir le risque de récidive criminelle et portant diverses dispositions de procédure pénale). On se souvient notamment des paroles prononcées par le président de la République de l'époque lors de la découverte du corps démembré de la jeune Laetitia Perrais dans un étang près de Saint-Nazaire, promettant au père de celle-ci – soupçonné depuis – une loi particulièrement sévère sur le traitement des personnes récidivistes. Plus près de nous, à la suite des récents événements intervenus à Marseille (règlements de compte entre mafias marseillaises) et en Corse (assassinat notamment d'un avocat à Ajaccio) en septembre et octobre dernier, le Premier ministre a décidé de recourir à des directives de politique pénale spécifiques contre la criminalité à Marseille et à la Corse, rompant ainsi le principe d'égalité entre les citoyens quant à l'application de la loi pénale.

Cette politique du « fait divers » a de nombreuses répercussions négatives sur la matière alors même que ces lois nouvelles ne peuvent être applicables à l'affaire ayant conduit à son adoption en vertu du principe de non-rétroactivité *in pejus* (CP, art. 112-1, al. 1^{er}) sauf à être question d'une loi de procédure (CP, art. 112-2) ou du prononcé d'une mesure de sûreté (Cass. crim. 16 déc. 2009, n° 09-85.153, Bull. crim. n° 216 ; conf. 14 avr. 2010, n° 09-82.291, inédit) non-privative de liberté (Cons. const. 21 févr. 2008, n° 2008-562 DC, Loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental). Notamment elle conduit à sa dévalorisation mais aussi à son instabilité par sa banalisation la rendant triviale alors qu'elle devrait être majestueuse.

§2 – La compétence réduite de la loi

L'affaiblissement du principe de légalité se traduit aussi par une réduction du domaine de la loi. À côté des textes à valeur législative – les lois à proprement dites, définies par l'article 34 de la Constitution – et les textes assimilés – les textes des gouvernements de fait ou provisoire (ex : l'ordonnance du 2 févr. 1945 sur l'enfance délinquante prise par le gouvernement

provisoire de la République entre 1944 et 1945), les ordonnances prises sur délégation de pouvoirs consentie au président de la République à la suite d'un projet de loi sur l'organisation des pouvoirs publics soumis à l'article 11 de la Constitution (ex : l'ordonnance du 14 avr. 1962 mettant en place une procédure d'exception pour les crimes et délits en relation avec la guerre d'Algérie), les décisions du président de la République prises en application de l'article 16 de la Constitution et les ordonnances prises par le gouvernement en vertu d'une délégation de pouvoirs consentie par le Parlement en application de l'article 38 de la Constitution à la condition d'être ratifiée par celui-ci –, d'autres sources du droit sont également créatrices d'incrimination parmi lesquelles certaines sont principales, d'autres subsidiaires.

En premier lieu, la loi pénale se trouve concurrencée directement par des textes à valeur réglementaire. On sait en effet que depuis l'adoption de la Constitution de la V^e République le 4 octobre 1958, le pouvoir réglementaire dispose d'une compétence en matière pénale qu'il tient de l'article 37, alinéa 1^{er}, de la Constitution : la possibilité d'incriminer sous la forme de contraventions. Si d'apparence cette compétence peut paraître insignifiante notamment au regard de l'intensité de ces infractions, en réalité le gouvernement dispose d'un véritable pouvoir en ce que ces infractions sont les plus nombreuses. Par ailleurs, et corrélativement à cette source, le juge pénal doit parfois composer avec le juge administratif lorsqu'intervient, dans le contentieux, un acte administratif. Concrètement, des difficultés se posent lorsqu'une personne se voit reprocher d'avoir agi au mépris d'un acte administratif dont elle conteste la validité. Ici, le droit pénal devra composer avec le droit administratif si le juge administratif s'est déjà prononcé sur cet acte administratif. En revanche, si tel n'est pas le cas, le juge pénal a, en vertu de l'article 111-5 du CP, compétence « pour interpréter les actes administratifs, réglementaires ou individuels et pour en apprécier la légalité lorsque, de cet examen, dépend la solution du procès qui [lui] est soumis » dès lors que cette exception d'illégalité est soulevée in limine litis (Cass. crim. 19 janv. 2005, n° 04-85.544, inédit). Notons toutefois que la solution du juge pénal ne vaut que pour le litige ainsi jugé, sa décision étant dépourvue de portée générale.

En second lieu, la loi pénale se trouve concurrencée plus subsidiairement par d'autres sources du droit parmi lesquelles figurent les conventions internationales (ex : la Conv. EDH) ou les règlements édictés par l'Union européenne (ex : le traité de Maastricht) en application de l'article 55 de la Constitution. Par ailleurs, et de manière plus insignifiante, il arrive qu'une incrimination découle d'un renvoi à la coutume. En effet, parfois, la loi opère un renvoi explicite ou implicite à la coutume et ce, dans une optique de précision d'un aspect de l'incrimination. Ce fut notamment le cas s'agissant de l'article R. 624-2 du CP punissant d'une amende correspondant aux contraventions de quatrième classe « le fait de diffuser sur la voie publique ou dans des lieux publics des messages contraires à la décence » sans définir cette dernière notion. Dès lors, il revient au juge de la déterminer lui-même en tenant compte de l'état des mœurs au moment où il statue (v. au sujet de l'affiche du film « *Il gèle en enfer* » jugée moins pernicieuse que les images quotidiennement diffusées par les médias, CA Paris 20 avr. 1990). En revanche, il semble qu'aucune incrimination ne puisse être déduite directement d'une règle de droit non-écrit, la Cour de cassation ayant affirmé récemment que « la coutume internationale ne saurait pallier l'absence de texte incriminant, sous la qualification de crimes contre l'humanité, les faits dénoncés par la partie civile » (Crim. 17 juin 2003, n° 02-80.719 : Bull. crim. n° 122). Autre source du droit posant difficulté : les circulaires. Si, par principe, une circulaire ne saurait constituer une incrimination, ni modifier une loi ou un règlement (Crim. 28 nov. 1967 : Bull. crim. n° 363), exceptionnellement elle peut acquérir valeur réglementaire dès lors qu'elle est prise sur délégation du législateur. Enfin, notons que les conventions

collectives et accords conclus au sein des entreprises ont une valeur égale à celle de la loi, le droit du travail étant en priorité fondée sur les relations contractuelles.

SOUS-SECTION 2 – Un principe sur-interprété

Dans la mesure où le principe de la légalité des délits et des peines signifie que le juge pénal n'a aucun pouvoir créateur face à des faits déterminés, le juge pénal n'a pas la possibilité de créer d'incrimination nouvelle. Seule la loi édicte les règles pénales. Si cette attitude est induite du principe de la légalité, le législateur le précise sans ambages à l'article 111-4 du CP disposant que « *la loi pénale est d'interprétation stricte* ». En ce que le juge n'est que « *la bouche qui prononce les paroles de la loi* » (Ch.-L. Montesquieu, De l'esprit des lois, Folio, t. 1, n° 275), il ne peut en modifier la substance ni étendre un texte au-delà de ses prévisions et punir ainsi un comportement adjacent (pour un ex. relatif au refus, par la chambre criminelle, d'indemniser une personne morale de son préjudice d'image alors que l'infraction en question, celle de risques causés à autrui a pour but exclusif de protéger la personne physique de telle sorte que ce préjudice est « étranger à la valeur protégée par » l'infraction elle-même, Crim. 5 avr. 2011, n° 09-83.277, inédit). Dès lors, il doit uniquement s'attacher à rechercher le sens exact des textes et respecter le champ d'application de l'incrimination. D'ailleurs et dans l'absolu, l'interprétation ne devrait pas exister en ce qu'il appartient au législateur, et non au juge, de veiller à l'adaptation de la loi en fonction des attentes du corps social.

Cependant, adopter une telle vision est peu réaliste, le passage du droit au fait impliquant souvent une interprétation. Exprimé de manière abstraite, le contenu de la règle doit être révélé au cas particulier : lorsqu'il dit que tel comportement correspond au fait incriminé, le juge précise le sens de la loi dans les circonstances dans lesquelles elle doit s'appliquer. Il est dès lors indéniable qu'il s'approprie le texte d'incrimination.

Là où le bât blesse est lorsque cette interprétation devient trop libre voire personnelle. Tout pouvoir étant source d'abus, le pouvoir d'interprétation n'échappe pas à la règle. Il arrive souvent au juge de présumer des éléments pourtant exigés par la loi (§1) voire adopter une interprétation *contra legem* (§2), conduisant par la même à une véritable insécurité juridique pour le justiciable en ce que celui-ci se trouve dans l'impossibilité de savoir si son comportement sera susceptible de conduire à des poursuites.

§1 – L'interprétation présomptive

Il arrive parfois au juge d'interpréter la loi en considérant que certains éléments sont remplis alors même que cela n'est pas le cas ; comportement conduisant à mettre en place de véritables présomptions de culpabilité. En matière de responsabilité pénale des personnes morales notamment, ces dernières supposent, pour être condamnées, qu'une personne physique, organe ou représentant, ait commis une infraction pour leur compte (CP, art. 121-2). Un tel article suppose donc que l'on identifie la personne physique afin de s'assurer qu'il s'agit bien d'un organe ou représentant de la personne morale poursuivie. Cependant, par un arrêt du 20 juin 2006, la Cour de cassation n'a pas hésité à considérer que la responsabilité pénale de la personne morale pouvant être engagée, celle-ci ne pouvant se faire grief de ce que l'identité de l'auteur des manquements constitutifs n'a pas été précisée par les juges du fond « dès lors que l'infraction retenue n'a pu être commise, pour son compte, que par ses organes ou représentants » (Crim. 20 juin 2006, n° 05-85.255 : Bull. crim. n° 188 ; conf. not. 26 juin 2007,

n° 06-84.821, inédit). Notons toutefois que les juges du quai de l'Horloge semblent revenir à davantage d'orthodoxie puisque dans plusieurs récentes décisions, ils ont estimé que la responsabilité pénale des personnes morales « ne [pouvait] être engagée que du seul fait d'infractions commises, pour leur compte, par leurs organes ou représentants » (v. not. Cass. crim. 29 mars 2011, n° 11-90.007 : Bull. crim. n° 64 ; 27 avr. 2011, n° 11-90.013, inédit ; 11 oct. 2011, n° 10-87.212 : Bull. crim. n° 202 ; 11 avr. 2012, n° 10-86.974 : Bull. crim. n° 94 ; 2 oct. 2012, n° 11-84.415, à paraître au Bulletin).

§2 – L'interprétation contraire à la loi

Empreint de répression, le juge va parfois jusqu'à interpréter extensivement la loi pénale. On le constate particulièrement en matière de prescription de l'action publique d'abus de biens sociaux. En effet, cette infraction instantanée, consommée dès sa réalisation, se trouvait souvent déjà prescrite lors de sa découverte, le délai de prescription n'étant que de trois ans pour un délit qui se dit occulte (CPP, art. 8, al. 1^{er} anc. (avant la réforme de 2017)). Aussi, les juges, ne supportant pas cet échappement à la justice, mirent en place une politique particulièrement répressive à l'endroit des auteurs en décidant, après nombres rebondissements, de fixer le point de départ de la prescription à compter de la date de « présentation des comptes annuels par lesquels les dépenses litigieuses sont indûment mises à la charge de la société » à la condition toutefois que les agissements n'aient pas été dissimulés (Crim. 5 mai 1997, n° 96-81.482, aff. Gérard di Giovanni : Bull. crim. n° 159) auquel cas le point de départ de l'abus de biens sociaux ne commencera à courir qu'à compter du jour où la partie civile ou le ministère public ont eu connaissance de l'infraction (pour un ex., Crim. 25 juin 2006, n° 05-86.993 : Bull. crim. n° 253). Cependant, lorsqu'il est commis dans le cadre de conventions à exécution successive, « le délit d'abus de biens sociaux [...] est une infraction instantanée, consommée lors de chaque paiement indu » (Crim. 28 mai 2003, n° 02-83.544 : Bull. crim. n° 109 ; rapp. 8 oct. 2003, n°s 02-81.471 et 98-87.877 : Bull. crim. n° 184). Autrement dit, à chaque paiement renouvelé des prestations, l'utilisation illicite des biens de la société se trouve caractérisée de sorte que le délit devient, de fait, imprescriptible.

Avec cette très libre interprétation de l'article 8, alinéa 1^{er}, du CPP, l'on se situe très loin de ses prescriptions énoncées à l'époque par le texte de loi. Aussi, à l'occasion notamment d'un très médiatique scandale politico-financier, la constitutionnalité de cette interprétation prétorienne a été contestée. En effet, quatre questions prioritaires de constitutionnalité (QPC) – trois posées à l'occasion du procès Chirac, la dernière à l'occasion de l'affaire du « tueur des Ardennes » – mettaient notamment en exergue son inconstitutionnalité au regard des articles 7 et 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Cependant, la Cour de cassation se complaisant dans son interprétation, refusa de transmettre les questions aux Sages de la rue Montpensier, estimant quoi qu'il en soit que la prescription de l'action publique n'était pas un principe constitutionnel (« la prescription de l'action publique ne revêt pas le caractère d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République et ne procède pas des articles 7 et 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, ni d'aucune disposition, règle ou principe de valeur constitutionnelle » : Ass. plén. 20 mai 2011, n°s 11-90.033, 11-90.025, 11-90.032 : Bull. ass. plén. n°s 6, 7 et 8, R. p. 394 et s.). Plus particulièrement, s'agissant de la QPC déposée dans l'affaire criminelle, visant à annuler la mise en examen de la personne poursuivie – déjà condamnée à la réclusion criminelle à perpétuité avec vingt-huit ans de sûreté pour cinq meurtres et deux assassinats de jeunes filles – pour le meurtre d'une femme, commis en avril 1988, mais dont le corps n'avait jamais été retrouvé, la procédure avait été sauvée grâce à la connexité existante entre cette affaire et celle du vol commis par le gang des Postiches, auquel faisait partie le compagnon de la victime, dont le suspect est soupçonné détenir une

partie du butin. Grâce à ce lien et dans la mesure où l'infraction de recel de vol à main armée n'était pas prescrite, des poursuites avaient été engagées pour le meurtre de la femme. Si, en l'espèce, la chambre criminelle refuse de transmettre la question, estimant « les dispositions critiquées [comme] répond[ant] à [l']exigence » de légalité, l'on constate que l'interprétation faite par les juges est encore loin de correspondre à la loi qui, en matière de crime, dispose que « l'action publique se prescrit par dix années révolues à compter du jour où le crime a été commis si, dans cet intervalle, il n'a été fait aucun acte d'instruction ou de poursuite » puisque, par cette extension, un crime commis il y a plus de 24 ans peut être poursuivi. Ces solutions ne sont-elles pas contraires au principe d'interprétation stricte, corollaire du principe de la légalité précisément sauvegardé selon la Cour de cassation ? Aujourd'hui la question ne se pose plus, à tout le moins, sur ce point en particulier, la prescription de l'action publique, en matière notamment délictuelle, ayant été modifiée à la suite de la réforme du 27 février 2017 (le délai de prescription est notamment porté à six ans).

SECTION 2 – Un principe à la valeur néanmoins préservée : de la mise en place de garanties

On sait pertinemment qu'il ne suffit pas d'affirmer une chose pour qu'elle soit respectée comme elle a été pensée. Il en est de même pour le principe de la légalité des délits et des peines ; il ne suffit pas de dire que des sanctions pénales sont prévues par un texte pour que l'exigence d'un élément légal soit respectée. Ce respect est assuré grâce, d'une part, aux exigences matérielles du principe lui-même (Sous-section 1) et d'autre part, à la mise en place de contrôles (Sous-section 2) constitutionnel et européens.

SOUS-SECTION 1 – Des exigences matérielles au service du respect du principe de la légalité criminelle

Dans le but d'assurer son efficacité et éviter, par la même, une interprétation trop extensive de la loi par le juge, le texte existant doit être suffisamment intelligible, immédiatement identifiable comme disait le Professeur André Vitu, du citoyen pour que ce dernier comprenne que le comportement qu'il s'apprête à commettre est précisément prohibé par la loi. Aussi, pour que son rôle protectionnisme puisse être pleinement assuré, l'information que le principe de la légalité traduit doit être claire et précise.

En cas de loi inintelligible ou imprécise, l'insécurité juridique déjà présente en raison du défaut de ces qualités matérielles risque de s'intensifier en raison de l'office du juge. En effet, si l'incrimination n'identifie pas le comportement – les éléments matériels *stricto sensu* et *lato sensu* et l'élément moral – dont la réalisation est interdite sous la menace d'une peine, elle laisse au juge le soin d'incriminer en identifiant d'autres résultats voire en le dispensant de rapporter la preuve de ce résultat ou en lui permettant de prendre en compte d'autres moyens d'atteindre le même résultat alors que le législateur ne l'avait aucunement entendu de cette manière.

Or précisément, le législateur cantonne, à l'article 111-4 du CP, aux fins d'assurer à la loi clarté et précision, le rôle du juge, l'empêchant ainsi de se livrer à quelques appréciations téléologique (selon l'esprit du législateur) ou analogique (en rapport avec une situation analogue déjà existante) de la loi au risque d'en modifier son sens (*supra* pour un dévoiement de l'art. 111-4 du CP). En effet, comment une personne qui se serait assurée que son comportement ne tombait pas sous le coup de la loi pourrait pleinement appréhender les risques auxquels elle s'expose si

la jurisprudence interprète largement les dispositions législatives ? D'où l'importance du respect de ces exigences de clarté (§1) et de précision (§2).

§1 – Une loi claire

Claire d'une part. Les normes doivent présenter une clarté certaine sachant que l'excès de précision rend lui-même intelligible la loi. Beccaria dénonçait déjà dans son célèbre traité *Des délits et des peines* que « des lois écrites dans un langage étranger au peuple et qui le met dans la dépendance d'un petit nombre d'hommes, sans qu'il puisse juger par lui-même ce qu'il adviendra de sa liberté et de celle des autres » (C. BECCARIA, *Des délits et des peines*, GF, 1991 [1764], p. 70). Autrement dit, pour éviter une telle situation, les textes doivent être immédiatement compris. Aussi, les termes employés par le législateur ne doivent être ni flous ni confus, ce que ne manque pas d'imposer le Conseil dans une décision du 29 juillet 2004. Dans cette solution, les Sages énoncent que « le principe de clarté de la loi, qui découle de l'article 34 de la Constitution, et l'objectif de valeur constitutionnel d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi, qui découle des articles 4, 5, 6 et 16 de la D. D. H. C., imposent au législateur d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques afin de prémunir les sujets de droit contre une interprétation contraire à la Constitution ou contre le risque d'arbitraire, sans reporter sur des autorités administratives ou juridictionnelles le soin de fixer des règles dont la détermination n'a été confiée par la Constitution qu'à la loi » (Cons. const. 29 juill. 2004, n° 2004-500 DC, Loi organique relative à l'autonomie financière des collectivités territoriales, consid. 13).

Cette exigence de clarté est prégnante chez les juges, en témoigne notamment cette affaire opposant deux associations catholiques à un commerçant. Un bref rappel des faits s'impose. Ces deux associations ont obtenu du tribunal correctionnel de Paris la condamnation du responsable d'un magasin proche du Centre Pompidou, spécialisé dans la vente de *sex toys*. En effet, la loi sur la protection de l'enfance punit d'une peine de deux années d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende le fait de vendre des objets pornographiques à moins de deux cents mètres d'un établissement d'enseignement. Bien que dispensé de peine, le propriétaire du magasin, contraint à fermer son magasin, décide de faire appel et, en parallèle, de déposer une QPC. Outre la question de la liberté d'entreprendre, se pose aussi la question de la clarté et de l'intelligibilité de la loi. En effet, qu'entend-t-on réellement par « *objet pornographique* » ? Un *sex toys* entre-t-il dans cette catégorie d'objets ? L'arrêt ayant été transmis le 17 octobre 2012, la question demeure désormais posée à la Cour de cassation qui choisira ou non de la transmettre au Conseil constitutionnel. La chambre criminelle de la Cour de cassation a répondu par la négative le 22 janvier 2013 et refuse de transmettre la QPC au Conseil constitutionnel.

Le principe constitutionnel de la liberté d'entreprendre (DDH, art. 4) doit être concilié avec d'autres principes. Ainsi des limitations peuvent être justifiées notamment par l'intérêt général (en l'espèce : la protection renforcée de l'enfance), par la conciliation avec le préambule de la Constitution de 1946 (en l'espèce : les alinéas 10 et 11 - protection de la famille et de l'enfant) et par l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public (Cons. const. 27 juill. 1982, *Loi sur la communication audiovisuelle*).

Par cet arrêt, la Cour de cassation considère que la question posée ne présente pas un caractère sérieux. En adoptant l'article 99 de la loi précitée, le législateur n'a pas porté à la liberté d'entreprendre une atteinte manifestement disproportionnée au regard de l'objectif poursuivi.

§2 – Une loi précise

Précise d'autre part. Ici, l'exigence de précision d'une norme relève du bon sens. À la lecture de l'incrimination, son contenu c'est-à-dire le but recherché par son auteur et les moyens mis en œuvre pour l'atteindre doit être appréhendé. À défaut, l'incrimination imprécise rend la répression imprévisible ce qui porte irrémédiablement atteinte à la sécurité juridique en principe assurée par le principe de la légalité criminelle.

SOUS-SECTION 2 – Des juridictions nationales et supranationales au service du respect du principe de la légalité

De par ses conséquences particulières sur la liberté de chaque citoyen, la matière pénale, et particulièrement le principe de la légalité criminelle qui la soutient, doit être respecté. Si le juge interne, pourtant juge naturel de la légalité, en éprouve parfois quelques difficultés, il appartient au citoyen de contrôler le respect de ce principe fondamental, par l'intermédiaire d'autres juridictions que la juridiction judiciaire. Ces juridictions, saisies afin de reconnaître la valeur du principe de la légalité, se situent aussi bien au niveau constitutionnel (§1) qu'européens (§2).

§1 – L'importance du contrôle de constitutionnalité de la loi pénale

Le principe de la légalité, comme tout autre principe à valeur constitutionnelle, voit son respect assuré – et donc sa valeur préservée – par le Conseil constitutionnel. Ce respect est assuré par l'existence de deux contrôles : le contrôle *a priori* (A) et le contrôle *a posteriori* (B).

A- Le contrôle *a priori*

Par le contrôle *a priori*, le Conseil constitutionnel est chargé de s'assurer la constitutionnalité d'une loi nouvellement adoptée avant sa promulgation. Pour ce faire, il peut être saisi par le président de la République, le président de l'Assemblée nationale, le président du Sénat, le Premier ministre, soixante députés ou soixante sénateurs (Const., art. 61, al. 2) après le vote de la loi par les deux assemblées dans les mêmes termes, et avant que le texte ne soit promulgué. Les autorités politiques peuvent adresser une saisine motivée (description des articles dont la constitutionnalité est contestée, exposé des raisons de cette inconstitutionnalité prétendue) ou bien une saisine blanche (simple saisine, sans explication ni précision). À l'occasion notamment de l'examen de la loi du 18 mars 2003 instituant le délit de racolage à l'article 225-10-1 du CP, les sages ont estimé « *que le principe de légalités des peines n'est pas méconnu par les dispositions critiquées, dès lors que celles-ci définissent en termes clairs et précis le délit de racolage public* » (Cons. const. 13 mars 2003, n° 2003-467 DC, *Loi pour la sécurité intérieure*, consid. 58), même si en l'occurrence l'article en question semblait des plus confus en ce qu'il définit le fait de racolage « *par une attitude même passive* »...

B- Le contrôle *a posteriori*

Par le contrôle *a posteriori* permettant à tout citoyen considérant une disposition législative violant un principe constitutionnel, le Conseil constitutionnel connaît également de la constitutionnalité des lois déjà promulguées. Une question est ainsi soulevée par le citoyen devant les juges du fond qui doivent la transmettre à la Cour de cassation, chargée d'apprécier, dans un délai de trois mois, l'opportunité d'en saisir le Conseil constitutionnel en raison de son caractère sérieux ou nouveau à la condition toutefois que la disposition contestée – loi ou interprétation jurisprudentielle – soit applicable au litige et n'ait pas déjà été déclarée à la Constitution sauf « *changement de circonstances* ».

À titre d'exemples, l'on peut citer la décision du Conseil constitutionnel du 16 septembre 2011 ayant abrogé l'infraction de viol incestueux (Cons. const. 16 sept. 2011, n° 2011-163 QPC, M. Claude N.). Inséré par la loi n° 2010-121 du 8 février 2010 tendant à inscrire l'inceste commis sur les mineurs dans le CP et à améliorer la détection et la prise en charge des victimes d'actes incestueux, l'article 222-31-1 du CP visant la répression du viol incestueux prévoyait que « *les viols et les agressions sexuelles sont qualifiés d'incestueux lorsqu'ils sont 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* ». En d'autres termes, deux conditions composant l'élément matériel devaient être réunies outre l'élément intentionnel (CP, art. 121-3, al. 1^{er}). D'une part, la victime devait être mineure. D'autre part, le viol incestueux devait être « *commis au sein de la famille 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* ». Restait à savoir ce que l'on entendait exactement par « *commis au sein de la famille* ». Le Conseil constitutionnel, saisi d'une QPC transmise par la Cour de cassation quelques mois plus tôt (Crim. 22 juin 2011, n° 10-84.992, inédit), devait se prononcer, sur la

légalité au regard des articles 5, 8 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de la qualification en raison de la référence à la notion de « famille », trop vague, au sens du requérant. Les sages ont estimé que bien que le législateur a la possibilité « *d'instituer une qualification pénale particulière pour désigner les agissements sexuels incestueux, il ne pouvait, sans méconnaître le principe de légalité des délits et des peines, s'abstenir de désigner précisément les personnes qui doivent être regardées, au sens de cette qualification, comme membres de la famille* » (consid. 4). En conséquence, faute de précision suffisante, l'article 222-31-1 du CP devait être déclaré inconstitutionnel ; d'où son abrogation.

Autre exemple que l'on peut citer : la décision du Conseil constitutionnel du 4 mai 2012 ayant abrogé l'infraction d'harcèlement sexuel pour méconnaissant du principe de légalité en raison du défaut de précision (Cons. const. 4 mai 2012, n° 2012-240 QPC, M. Gérard D.). En effet, l'article 222-33 du Code pénal réprimant le harcèlement sexuel prévoyait que « le fait de harceler autrui dans le but d'obtenir des faveurs de nature sexuelle » sans définir précisément les éléments constitutifs de ce délit. Aussi, une QPC avait été déposée et transmise aux sages de la rue Montpensier au motif que « *la disposition contestée méconnaît le principe de légalité des délits et des peines ainsi que les principes de clarté et de précision de la loi, de prévisibilité juridique et de sécurité juridique* ». Ces derniers considérèrent que, contrairement à sa définition livrée avant la réforme intervenue par la loi du 17 janvier 2002 instituant le harcèlement moral, l'article 222-33 du CP tel qu'il est rédigé « *permet[tait au] délit de harcèlement sexuel [d'être] punissable sans que les éléments constitutifs de l'infraction soient suffisamment définis* » (consid. 4). Or, comme le rappelle sans ambages le Conseil constitutionnel, « *le législateur tient de l'article 34 de la Constitution, ainsi que du principe de légalité des délits et des peines qui résulte de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, l'obligation de fixer lui-même le champ d'application de la loi pénale et de définir les crimes et délits en termes suffisamment clairs et précis* » (consid. 3).

§2 – L'importance des contrôles européens de la loi pénale

L'autre principale garantie du principe de légalité réside dans le recours individuel ouvert à tout individu condamné par les juridictions d'un État-membre du Conseil de l'Europe devant la Cour EDH (A). Accessoirement toutefois, le respect du principe de la légalité est rappelé par la Cour de justice de l'union européenne (CJUE) (B).

A- La Cour EDH

La Cour EDH peut être saisie par tout citoyen s'estimant lésé d'une violation, en l'occurrence de l'article 7 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Conv. EDH) à la condition toutefois que les voies de recours nationales aient été épuisées. Ce fut notamment le cas dans une décision récente, rendue le 6 octobre 2011, à l'occasion de la médiatique affaire Soros (CEDH, 6 oct. 2011, n° 50425/06, *aff. Soros c/ France*). En l'occurrence, la question centrale, fondée sur l'article 7 de la Convention européenne exigeant un texte préalable à toute poursuite, était de savoir si « *la disposition litigieuse [définissant le délit d'initiés, à savoir essentiellement l'article 10-1 de l'ordonnance n° 67-833 du 28 septembre 1967, devenu depuis lors l'article L. 465-1 du Code monétaire et financier], lu[e] à la lumière de la jurisprudence interprétative dont il s'accompagne, pouvait, à l'époque des faits, passer pour prévisible* » (§ 54). Rendant leur décision le 6 octobre 2011, les juges strasbourgeois ont considéré « *le droit applicable en 1988 [comme] suffisamment*

prévisible pour permettre au requérant de se douter que son comportement pouvait être répréhensible » (§ 69).

Pour précision, récemment, après la condamnation de la France par la CEDH le 30 janvier 2020 (JMB c/France), la loi du 8 avril 2021 a créé un recours destiné à permettre à tout détenu de saisir le juge judiciaire pour mettre fin à une détention dont les conditions seraient contraires à la dignité humaine ;

Relevons notamment, en vertu du contrôle de conventionalité (Const. art. 55), tout citoyen a également la possibilité d'exiger l'application d'une disposition européenne à son litige.

B- La CJUE

La CJUE peut être saisie de deux manières : à l'occasion d'un recours en annulation (1) ou d'une question préjudicielle (2).

1- Le recours en annulation

Le recours en annulation permet à la Cour de contrôler la légalité des actes législatifs et des actes des différentes institutions européennes destinés à produire des effets juridiques à l'égard des tiers. À ce titre, elle peut se prononcer sur des recours pour incompétence, violation des formes substantielles, violation des traités ou de toute règle de droit relative à leur application ou détournement de pouvoirs, formés par un État-membre, le Parlement européen, le Conseil ou la Commission. Toute personne physique ou morale peut également former un recours « *contre les actes dont elle est le destinataire ou qui la concernent directement et individuellement, ainsi que contre les actes réglementaires qui la concernent directement et qui ne comportent pas de mesures d'exécution* » (TFUE, art. 263). Ce recours lui permet ainsi, par exemple, d'obtenir sa relaxe, à raison de la violation de l'acte communautaire ainsi attaqué, si cet acte était annulé avant condamnation définitive compte tenu de la disparition d'un élément de l'incrimination (comp. Crim. 18 mai 1998, n° 96-84.762 : Bull. crim. n° 168).

2- La question préjudicielle

La question préjudicielle permet à la Cour d'être « compétente pour statuer, à titre préjudiciel : a) sur l'interprétation des traités ; b) sur la validité et l'interprétation des actes pris par les institutions, organes ou organismes de l'Union » (TFUE, art. 267). Elle ne peut être posée directement par le citoyen mais par les juridictions nationales, soit d'office, soit plus souvent à la demande de la personne poursuivie, d'interroger la CJUE et de surseoir à statuer dans l'attente de sa réponse. Cette juridiction délivre ainsi une interprétation « authentique » du droit de l'Union sans pour autant statuer sur les faits, objets de la poursuite.

CHAPITRE 2 : L'APPLICATION DE LA LOI PÉNALE

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 (Section 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 (Section 2).

SECTION 1 – L'application de la loi pénale 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.

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 NCP a énoncé que les nouvelles dispositions relatives aux concours d'infractions et à la confusion des peines (CP, art. 132-2 à 132-5) ne pouvaient préjudicier aux personnes reconnues coupables de crimes et délits commis avant l'entrée en vigueur du NCP, soit le 1^{er} mars 1994 l. 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 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 ou, à l'inverse, ont différé leur entrée en vigueur alors qu'elles étaient plus douces. Dans ce second cas de figure, le Conseil constitutionnel fait d'ailleurs 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.

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. 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. Quant à la reprise 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 CP 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. 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* » (ACP, 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 » (CP, art. 222- 3, al. 2).

Plus généralement, en dehors des hypothèses précédentes, les solutions des conflits de lois sont contenues dans les articles 112-1 et suivants du CP. 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 infraction 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 (Sous-section 1) et des lois pénales de forme (Sous-section 2).

SOUS-SECTION 1 – Les lois pénales de fond

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 ou principe de la non-rétroactivité *in pejus*

Article 112-1, al. 1 et 2 du CP : « Sont seuls punissables les faits constitutifs d'une infraction à la date à laquelle ils ont été commis. Peuvent seules être prononcées les peines légalement applicables à la même date ».

Le principe de non-rétroactivité des lois pénales plus sévères prévoit qu'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 ce fut le cas s'agissant de 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.

Si ce principe a connu des exceptions par le passé, aujourd'hui tel ne peut plus être le cas. Le Conseil constitutionnel a consacré la valeur constitutionnelle du principe sur le fondement de l'article 8 de la DDHC de 1789 (Cons. const. 19- 20 janv. 1981, n° 80-127 DC). Par ailleurs, ce principe est proclamé par l'article 7, § 1, de la Convention de sauvegarde de droit de l'homme

3, lequel n'est susceptible d'aucune autre dérogation que celle visées par son §2, y compris en cas de guerre ou d'autre danger public (Conv. EDH, art. 15).

Reste que, 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 du principe de non-rétroactivité de la loi pénale

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'étalent 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) tout en réservant une place à part aux infractions commises en état de récidive (4).

1- Les infractions instantanées

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 CP entrés en vigueur le 1^{er} mars 1994 (Crim. 17 juin 2003).

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 (Crim. 30 janv. 2001 : Bull. crim. n° 28).

2- Les infractions continues

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 décoration, 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 (Crim. 14 févr. 1957 : Bull. crim. n° 150).

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. Ainsi, 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 (Crim. 25 févr. 2015, n° 13-88.506).

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 » , 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- Les infractions d'habitude

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

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- Les infractions commises en récidive

Traditionnellement, il était admis que lorsqu'une loi instituait un nouveau cas de récidive, il suffisait pour son application immédiate que l'infraction constitutive du second terme fût postérieure à son entrée en vigueur (v. not. Crim. 27 mars 1996 : Bull. crim. n° 140). La circulaire du 14 mai 1993, portant commentaire des dispositions législatives du CP, 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 (CEDH 10 nov. 2004, Achour c. France) et 2006 (CEDH 29 mars 2006, Achour c. France), à deux arrêts remarquables de la Cour EDH – l'un en première instance, l'autre en appel – : l'affaire Achour c. France.

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 CP, entré en

vigueur le 1^{er} mars 1994. Il s'est pourvu 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 (ACP, 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* » (Crim. 29 févr. 2000 : Bull. crim. n° 95). La Cour européenne a cependant donné 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. Les juridictions 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 Conv. EDH et infirmer du même coup l'appréciation cumulative et globalisante des deux termes de la récidive. L'un des arguments 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 CP, 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 (Crim. 24 mars 2015, n° 15-80.023).

Pour précision :

Les dispositions des articles 132-45, 18° *bis*, et 132-45-1, du code pénal, issues de l'article 10 de la loi n° 2019-1480 du 28 décembre 2019, qui, combinées à l'article 763-3 du code de procédure pénale, permettent l'ajout, par le juge de l'application des peines, de l'obligation de porter un dispositif anti-rapprochement dans le cadre d'un suivi socio-judiciaire, relèvent de l'article 112-2, 3°, du code pénal. Elles ont pour résultat d'aggraver la situation du condamné et ne s'appliquent donc pas aux condamnations prononcées pour des faits commis avant leur entrée en vigueur. (**Crim. 6 sept. 2023, n° 22-84.919, F-B**)

B- Les atténuations

Si l'on excepte le cas des lois déclaratives, le principe de non-rétroactivité a connu deux séries d'atténuations, actuellement en retrait, qui correspondent, à des cas où la loi, soit « *n'est pas réellement nouvelle* », c'est le cas d'une loi interprétative (1), soit elle « *n'est pas réellement pénale* », c'est le cas d'une loi créant une mesure de sûreté (2).

1- Les lois interprétatives

Traditionnellement, il était admis que la loi pénale interprétative pouvait rétroagir car elle était considérée comme faisant corps avec le texte qu'elle éclairait (Crim. 21 oct. 1943 : GADP n° 10). Ainsi l'article 15 de la loi du 17 juin 1998, précisant que l'obligation de dénoncer les mauvais traitements sur mineur s'applique aussi aux atteintes sexuelles (CP, art. 434-3) (Crim. 12 janv. 2000 : Bull. crim. n° 71), a pu être qualifié d'interprétatif.

Mais ce principe d'une rétroactivité naturelle des lois interprétatives n'était pas pleinement satisfaisant pour deux raisons :

- 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 ;
- parce que la qualification de loi interprétative pouvait en réalité cacher des dispositions modificatives.

Peu importe toutefois. Récemment, la jurisprudence s'est prononcée sur le caractère interprétatif de la modification de l'article 222-22-1 CP, intervenue par la loi *Schiappa* du 3 août 2018. Dans un retentissant arrêt, rendu le 17 mars 2021, la chambre criminelle a jugé « *ce texte ne modifie pas les éléments constitutifs de l'infraction ni n'instaure une présomption d'absence de consentement du mineur de 15 ans. Il a pour seul objet de désigner certaines circonstances de fait que le juge doit prendre en compte pour apprécier si, dans le cas d'espèce, les agissements ont été commis avec contrainte morale ou surprise* » (Crim. 17 mars 2021, n° 20-86.318). (Pour précision, la chambre criminelle, dans un arrêt du 17 mars 2021, juge que :

- les nouvelles dispositions de loi du 3 août 2018 (loi *Schiappa*) présentent un caractère interprétatif et s'appliquent immédiatement, même à des faits antérieurs à leur entrée en vigueur ;
- la Cour de cassation ne peut pas substituer sa propre appréciation des faits et des preuves à celle de la chambre de l'instruction ;
- c'est dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation des faits que la chambre de l'instruction a estimé que la victime disposait du discernement nécessaire et que la contrainte morale n'était pas établie.

Elle confirme le non-lieu pour viols et agressions sexuelles aggravées sur mineur de moins de 15 ans et le renvoi des personnes mises en cause pour atteintes sexuelles aggravées.

La reconnaissance, dans cette décision, du caractère interprétatif du nouveau texte n'étonne guère. Car, le Conseil constitutionnel, saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité portant violation du principe de non-rétroactivité de la loi pénale, avait déjà précisé que l'article 222-22-1, pris dans une version antérieure, avait « *pour seul objet de désigner certaines circonstances de fait sur lesquelles la juridiction saisie peut se fonder pour apprécier si, en l'espèce, les agissements dénoncés ont été commis avec contrainte* », et non pas de définir les éléments constitutifs de l'infraction (Cons. const. 6 févr. 2015, n° 2014-448 QPC, § 7 ; v. égal. Crim. 25 mai 2016, n° 15-81.511).

Une question, proche de celle des lois interprétatives, 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 (Crim. 30 janv. 2002). La sécurité juridique doit en effet faire quelques concessions à la flexibilité du droit, qui est le moteur de son évolution (Civ. 3^e 2 oct. 2002 ; Civ. 1^{re} 21 mars 2000). 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* » (Crim. 30 janv. 2002), de sorte que les interprétations jurisprudentielles s'appliquent aux infractions commises antérieurement à leur élaboration.

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 (Crim. 2 févr. 2016, n° 15-84.356). Mais la Cour européenne des droits de l'homme ne partage pas cette position. Elle considère que l'article 7, §1, de la Conv. EDH, interdisant l'application rétroactive du droit pénal s'applique non seulement 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 (CEDH 25 mai 1993, Kokkinakis c/ Grèce ; CEDH 15 nov. 1996, Cantoni c/ France), si celles-ci sont prévisibles et non contraires à la substance de l'infraction (CEDH 22 nov. 1995, S. W. c/ Royaume-Uni).

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. 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 (Crim. 6 mai 2002), 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. 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.

Cette position a été plus clairement réaffirmée dans l'arrêt Del Rio Prada c/ Espagne du 12 juillet 2012, confirmée par un arrêt de grande chambre, le 21 octobre 2013 (CEDH, gr. ch., 21 oct. 2013, n° 42750/09, Del Rio Prada c/ Espagne). Cet arrêt ne concerne pas la France mais la motivation est transposable. En l'espèce, la requérante 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.

Remarque : L'Assemblée plénière de la Cour de cassation vient d'opérer un revirement de jurisprudence en consacrant une exception majeure au principe d'irrecevabilité du moyen de cassation qui reproche à la juridiction de renvoi d'avoir statué conformément à l'arrêt de cassation l'ayant saisie. Désormais, lorsqu'un changement de norme est intervenu postérieurement à cet arrêt de cassation, un tel moyen est recevable.

A l'effet de garantir le droit à l'accès au juge, la Cour de cassation, réunie en sa formation la plus solennelle, juge en effet nécessaire d'adapter une règle de procédure qu'elle mettait en œuvre depuis cinquante ans, procédant ainsi à une évolution significative de sa jurisprudence sur l'irrecevabilité des moyens.

Depuis un arrêt de la chambre mixte du 30 avril 1971 (Ch. mixte, 30 avr. 1971, n° 61-11.829), la Cour de cassation jugeait irrecevable le moyen formé au soutien d'un nouveau pourvoi contre une décision rendue par une juridiction du fond de renvoi conformément à l'arrêt de cassation l'ayant saisie, quand bien même un revirement de jurisprudence serait intervenu, dans une autre instance, postérieurement à cet arrêt. Selon cette jurisprudence, était donc irrecevable tout moyen formé contre un arrêt qui se conformait à une précédente décision de cassation rendue dans la même affaire, même lorsqu'un changement de norme était intervenu depuis cette cassation. C'est à cette solution qui semblait acquise que la Haute Cour a décidé de déroger par un arrêt du 2 avril 2021, en y apportant une exception notable puisqu'elle décide de prendre désormais en considération dans un procès en cours tout « changement de norme », dont les revirements de sa jurisprudence, tant qu'une décision irrévocable, c'est à dire une décision qui n'est plus susceptible de faire l'objet d'un recours, n'a pas mis un terme définitif au litige (Ass. plén., 2 avr. 2021, n° 19-18.814).

Pour précision : autre cas d'application des lois interprétatives : À la question de savoir si l'appréciation de l'intérêt pour caractériser le délit de prise illégale d'intérêts est inadéquate et insuffisamment motivée eu égard à la nouvelle formulation retenue par la loi du 22 décembre 2021, la chambre criminelle de la Cour de cassation répond par la négative en rejetant les pourvois. Dans l'arrêt en date du 5 avril 2023, la chambre criminelle de la Cour de cassation caractérise les conditions préalables du délit de prise illégale d'intérêts reproché à la directrice des services d'une commune et à la maire de la commune. La solution se prononce sur le caractère interprétatif de la loi du 22 décembre 2021 modifiant le terme d'intérêt quelconque au profit d'un intérêt de nature à compromettre l'impartialité, l'indépendance ou l'objectivité de l'agent public.

2- Les lois créant une 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. La question qui est posée est de savoir si une mesure de sûreté entre dans les prévisions de l'article 112-1, alinéa 2, du CP.

Si la notion de mesure de sûreté est ancienne, sa distinction d'avec la peine reste délicate. Si la peine est prononcée par un juge pour punir d'un comportement délictueux, la mesure de sûreté a pour vocation à prévenir d'un état dangereux annonciateur d'une délinquance future même s'il ne faut pas oublier que la peine a également une visée préventive, fondée principalement sur la dissuasion. Plus concrètement, les mesures de sûreté, appelées « *mesures de police et de sécurité* » par la Cour de cassation –, sont des mesures individuelles coercitives, dépourvues de coloration morale, imposées à des individus dangereux pour l'ordre social afin de prévenir les infractions que leur état rend probables. Elles sont donc dépourvues de but rétributif.

Même s'il a été un temps envisagé une fusion entre les peines et les mesures de sûreté, le droit français actuel fait coexister ces deux types de mesure. En ce qu'elles ne sont pas des peines, le principe de non-rétroactivité de la loi pénale ne devrait pas, en vertu du principe d'interprétation stricte (CP, art. 111-4), s'appliquer aux mesures de sûreté. Tout l'enjeu de la question se situe à ce niveau puisque si le principe de non-rétroactivité de la loi pénale *in pejus* ne s'applique pas aux mesures de sûreté, ces dernières sont *de jure* d'application immédiate, faisant ainsi encourir à l'agent des mesures qui, soit n'existaient, soit étaient moins sévères que celles existantes au moment de la commission de l'infraction à la condition toutefois qu'aucune décision ayant force de chose jugée n'ait été rendue. Si cette situation se retrouve dans la majorité des hypothèses de mesures de sûreté (a), certaines d'entre elles, de par leur caractère privatif, sont, en revanche, soumises à ce principe (b).

a- L'application immédiate des mesures de sûreté non privatives de libertés

La réforme du CP de 1992 rompt complètement avec l'idée de mesures de sûreté en qualifiant de « *peines* » toutes les sanctions pénales. Pourtant, faute de n'avoir pas fait disparaître les mesures de sûreté existantes, ces sanctions constituent désormais des « *peines* » complémentaires (*ex* : l'interdiction de séjour (CP, art. 131-30) et l'interdiction du territoire français (CP, art. 131-27), l'interdiction d'exercer certaines fonctions ou professions (CP, art. 131-27), le retrait ou la suspension de certains permis (permis de chasse ou permis de conduire), *etc.*), de sorte qu'il n'existait plus, à proprement parler, de mesures de sûreté. C'est grâce à la Cour de cassation, suivie par le législateur, que les mesures de sûreté sont réapparues dans notre droit et que de nouvelles ont même été consacrées. La jurisprudence a notamment considéré, en matière d'incapacités commerciales que celles-ci, attachées automatiquement à certaines condamnations, ne constituaient pas des peines complémentaires, mais des mesures de sûreté qui, dès l'entrée en vigueur de la loi qui les instituait, pouvaient frapper la personne antérieurement condamnée (Crim. 26 nov. 1997, n° 96-83.792 : Bull. crim. n° 404). Une solution identique a été également consacrée à propos de l'inscription au fichier judiciaire national automatisé des auteurs d'infractions sexuelles ou violentes. En l'espèce, il a été décidé qu'une telle inscription n'était pas une peine mais « *une mesure ayant pour seul objet de prévenir le renouvellement des infractions sexuelles et de faciliter l'identification de leurs auteurs* [de sorte que] *celle-ci n'était pas soumise au principe de la non-rétroactivité des lois de fond plus sévères* » (Crim. 31 oct. 2006, n° 05-87.153 : Bull. crim. n° 267). Quant au législateur, il est allé encore plus loin admettant notamment dans le cadre de la loi sur la rétention de sûreté et la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental du 25 février 2008 que, même dans un cadre pénal, des mesures de sûreté puissent exister sans infraction (faute imputable) ou sans limitation de durée (jusqu'à la cessation du trouble). Bien qu'hautement affirmée, cette position n'apparaît plus aussi incontestée qu'auparavant.

- Une application rétroactive des mesures de sûreté non privatives de liberté contestée

Ce n'est pas parce qu'un nouveau dispositif est qualifié de mesure de sûreté que le bénéficiaire du principe de non-rétroactivité lui est refusé. Si cette position semble tenable, elle s'avère cependant illogique.

Cette position est en effet *a priori* tenable. À la suite du drame de Toulouse où deux infirmières ont été tuées par un dément au sein d'un établissement psychiatrique, le législateur de 2008, en réponse aux revendications des victimes n'acceptant pas que le crime commis ne soit pas reconnu en ce que l'auteur était pénalement irresponsable par l'abolition totale de son discernement en raison d'un trouble psychique ou neuropsychique, est venu modifier la procédure applicable en matière d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental. Avant cette réforme, il était considéré que « lorsque l'altération des facultés d'une personne mise en examen est telle que celle-ci se trouve dans l'impossibilité absolue d'assurer effectivement sa défense, il doit être sursis à son renvoi devant la juridiction de jugement » (Crim. 11 juill. 2007, n° 07-83.056 : Bull. crim. n° 185, rendant au visa de l'article 6, paragraphes 1 et 3, de la Convention européenne). Cependant, cette position laissée la victime démunie fasse à l'auteur de l'infraction, n'ayant même pas la possibilité de demander réparation de son préjudice. Rompant avec cette « injustice » (sic), le nouveau texte opère une distinction entre l'imputabilité matérielle et l'imputabilité morale de l'infraction : les aliénés déclarés pénalement irresponsables, parce qu'ils n'avaient de discernement au moment des faits, n'en sont pas moins considérés comme les auteurs matériels. Dès lors, la juridiction répressive a la possibilité de prononcer des mesures de sûreté à l'encontre des personnes concernées. D'une part, conformément à l'article 706-135 du CPP, les juges peuvent, par décision motivée, ordonner une hospitalisation d'office qui était auparavant le seul apanage de l'autorité administrative (CSP, art. L. 3213-1). D'autre part, les juges ont la faculté de prescrire une ou plusieurs des mesures énoncées à l'article 706-136 du même Code qui consistent en diverses interdictions, à l'instar, par exemple, d'une interdiction de rendre visite aux victimes... La déclaration d'irresponsabilité pénale est donc une mesure de sûreté particulière.

Cependant, un arrêt en date du 21 janvier 2009 fit couler beaucoup d'encre en ce qu'il qualifiait de « peines » les sanctions infligées à une personne déclarée irresponsable pénalement (Crim. 21 janv. 2009, n° 08-83.492 : Bull. crim. n° 24). Dans cet arrêt, la chambre criminelle de la Cour de cassation estima, sur le fondement de l'article 112-1, alinéa 2, du Code pénal aux termes duquel peuvent seules être prononcées les peines applicables à la date à laquelle les faits constitutifs d'une infraction ont été commis, que les mesures de sûreté visées à l'article 706-136 du CPP ne pouvaient être retenues à l'encontre de la personne déclarée irresponsable pour des faits commis antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi du 25 février 2008. En effet, d'après son raisonnement, l'article fait « *obstacle à l'application immédiate d'une procédure qui a pour effet de faire encourir à une personne des peines prévues à l'article 706-136 du CPP que son état mental ne lui faisait pas encourir sous l'empire de la loi ancienne applicable au moment où les faits ont été commis* ».

Si cette solution surprend dans la mesure où la doctrine considère que les mesures de sûreté rétroagissent (*cf. infra*) elle paraît toutefois justifiée pour certaines en ce que les mesures de l'article 706-136 du CPP figurent parmi « *les peines alternatives* » pouvant être prononcées à la place de l'emprisonnement (CP, art. 131-6). En outre, certaines de ces interdictions sont qualifiées de « peines » au regard du sursis avec mise à l'épreuve tandis qu'elles peuvent être retenues avec le suivi-socio-judiciaire qui est une peine complémentaire. Il semble donc bien

que ces mesures, qui ont reçu le qualificatif législatif de « *mesures de sûreté* », soient des « *peines déguisées, de sorte que le “dément”, hier insusceptible de se voir appliquer de telles interdictions, sera désormais “puni”, comme s’il était pénalement responsable* ». C’est ce qu’énonce précisément cet arrêt et leur applique donc le principe de non-rétroactivité des peines.

Cette décision appelle à deux observations D’une part, elle qualifie de « *peines* » des mesures de sûreté figurant à l’article 706-136 du CPP alors que ces deux notions sont couramment distinguées. Aussi, est-ce la fin de la distinction sachant que la Cour européenne des droits de l’homme est assez peu encline à admettre l’autonomie de la notion de mesure de sûreté (CEDH, 24 févr. 1994, aff. 12547/86, *Bendenoun c/ France*) ? Ne s’agit-il pas de « *peines déguisées* » en raison de leur caractère punitif accentué ? D’autre part, elle place le débat sur le principe de la légalité des délits et des peines et non sur celui de non-rétroactivité de la loi. Aussi, à travers cet arrêt, la Cour de cassation n’en profite-t-elle pas pour contourner la rétroactivité généralement appliquée aux mesures de sûreté en les qualifiant de « *peines* » et en usant de ce principe de légalité criminelle ?

Cette position apparaît *a posteriori* illogique. La principale critique de cet arrêt est que, même si cette décision est empreinte de légalisme en permettant d’éviter l’application rétroactive de mesures de sûreté constituant en réalité des peines, elle souffre d’une contradiction flagrante avec le principe selon lequel seule une personne douée de libre arbitre peut faire l’objet d’une peine. Sans condamnation, aucune peine ne peut être infligée. Confronté à ce principe, l’arrêt aurait dû mécaniquement paralyser l’application de ces mesures indépendamment de la date à laquelle ont été commis les faits puisqu’une personne privée de discernement est pénalement irresponsable et donc, ne peut se voir infliger de peines. Au regard de cet illogisme, la chambre criminelle de la Cour de cassation décide de revenir à davantage d’orthodoxie moins d’un an plus tard, en revirant sa solution dans un arrêt du 16 décembre 2009.

- Une application rétroactive des mesures de sûreté non privatives de liberté affirmée

Par sa décision du 16 décembre 2009, la Cour de cassation opère un retour orthodoxie législative attendue même s’il demeure, sur certains points, critiquables.

Cette solution opère d’abord un retour à une certaine orthodoxie. La Cour de cassation, en sa formation plénière, a en effet opéré un revirement de jurisprudence à l’arrêt du 21 janvier 2009, corrigeant ainsi la contradiction précitée (Crim. 16 déc. 2009, n° 09-85.153 : Bull. crim. n° 216). Avec cette solution, les mesures de sûreté sont applicables à des faits commis avant leur entrée en vigueur principalement dans le silence de l’article 112-1, alinéa 2, du CP.

Au lendemain de cette décision, l’on se retrouve donc à distinguer clairement une peine d’une mesure de sûreté. Aussi, dans sa dimension fonctionnelle et finaliste, cette distinction présente la peine comme afflictive, infamante et rétributive – en ce sens, tournée vers le passé, comme venant sanctionner le comportement infractionnel – alors que la mesure de sûreté est réputée dénuée de coloration morale, préventive et tournée vers l’avenir – tout particulièrement, vers la cessation de l’état dangereux. Dans ces conditions, la mesure de sûreté échappe au principe de non-rétroactivité de la loi pénale plus sévère mais aussi à d’autres principes tels que la nécessité de la peine, la présomption d’innocence ou encore l’autorité de la chose jugée de la cour d’assises.

Cette position est désormais clairement assise dans notre droit, celle-ci ayant été confirmée dans une décision du 14 avril 2010 affirmant que l'article 112-1 du CP prescrivant que seules peuvent être prononcées les peines légalement applicables à la date de l'infraction ne s'applique pas aux mesures de sûretés prévues, en cas de déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental, par les articles 706-135 et 706-136 du CPP (Crim. 14 avr. 2010, n° 09-82.291, inédit).

Cette solution est conforme à ce que l'on était en mesure d'attendre, l'hospitalisation d'office étant une « pure » mesure de sûreté, dénuée de caractère punitif. Mais elle ne se contente pas de cela et étend sa solution aux autres mesures de sûreté (CPP, art. 706-136) qui, pour leur part, représente un fort aspect répressif assimilables pour certains à des « *peines déguisées* » devant être soumis à l'article 112-1, alinéa 2, du CP ou, à tout le moins, aux articles 7 de la Convention européenne des droits de l'homme (Conv. EDH) et 15 du pacte civil et politique. En l'espèce, la Cour de cassation confirme le revirement de jurisprudence intervenu s'agissant du caractère rétroactif des mesures prévues à l'article 706-136 du CPP.

Une solution reste critiquable. Bien que légitime faute de précision législative, cette décision n'en demeure pas moins hasardeuse en ce qu'elle repose sur l'article 112-2 du CP déclarant d'application immédiate les lois fixant les modalités des poursuites et les formes de la procédure. Autrement dit, les mesures de sûreté sont applicables immédiatement à la répression des infractions commises avant leur entrée en vigueur en ce qu'elles se rattachent à des lois fixant les modalités des poursuites et les formes de la procédure. Plus clairement, c'est parce que ces mesures de sûreté se trouvent englobées dans une loi essentiellement consacrée aux règles de procédure pénale qu'elles sont d'application immédiate ; ce qui est critiquable.

Par ailleurs, le fait que ce retour à l'orthodoxie intervienne moins d'un an après la première décision rendue s'agissant de la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental constitue l'exemple topique de l'imprévisibilité actuelle de notre jurisprudence relative aux règles d'application dans le temps des mesures de sûreté – et ce, même si cette décision vient récemment d'être confirmée le 14 avril 2011 (Crim. 14 avr. 2010, n° 09-82.291, préc.). Témoignage de cette insécurité, la décision rendue par le Conseil constitutionnel au sujet de la rétention de sûreté, considérant cette sanction comme une mesure de sûreté mais une mesure de sûreté non-rétroactive en raison de sa gravité (Cons. const. 21 février 2008, n° 2008-562 DC, Loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale).

b- L'application non rétroactive des mesures de sûreté privatives de liberté

En raison de son caractère privatif de liberté, une mesure de sûreté se voit appliquée le principe de non-rétroactivité de la loi pénale. Si, actuellement, seule cette mesure de sûreté déroge à sa règle qui est la sienne, d'autres mesures de sûreté sont appelées à se voir appliquer également ce principe.

- Une application du principe de non-rétroactivité réservée aux mesures de sûreté à caractère privatif de liberté

Si une distinction entre les mesures de sûreté était attendue, permettant ainsi l'application du principe de la légalité criminelle et de son corollaire, le principe de non-rétroactivité de lois pénales plus sévères, elle demeure encore aujourd'hui strictement et uniquement réservée aux mesures de sûreté privatives de liberté.

Cette application du principe est aujourd'hui strictement réservée aux mesures de sûreté à caractère punitif, même si le Conseil constitutionnel semble admettre que les mesures de sûreté n'obéissent pas toutes aux mêmes exigences que les peines. Chaque fois qu'il peut ignorer leur caractère « punitif », il laisse le législateur libre de décider leur application rétroactive.

Pourtant, tout comme la Cour EDH, il n'est nullement lié par la qualification juridique donnée par le pouvoir législatif. Par le passé, les sages s'appuyaient sur deux critères pour savoir s'ils se trouvaient face à une peine : d'une part, la sanction devait être prononcée par une juridiction répressive de jugement ; d'autre part, elle devait permettre d'apprécier la culpabilité d'une personne. Ces critères appliqués au placement sous surveillance électronique mobile, le Conseil constitutionnel estima, « *en premier lieu, que la surveillance judiciaire [était] limitée à la durée des réductions de peine dont bénéficie le condamné [...] constitu[ant] ainsi une modalité d'exécution de la peine qui a été prononcée par la juridiction de jugement* » (Cons. const., 8 déc. 2005, n° 2005-527 DC, Loi relative au traitement de la récidive des infractions pénales, consid. 13) et « *en second lieu, que la surveillance judiciaire, y compris lorsqu'elle compren[ait] un placement sous surveillance électronique mobile, [était] ordonnée par la juridiction de l'application des peines [de sorte] qu'elle repose non sur la culpabilité du condamné, mais sur sa dangerosité ; qu'elle a pour seul but de prévenir la récidive* ». En conséquence, « *la surveillance judiciaire ne constitu[ait] ni une peine ni une sanction* » (consid. 14).

Encore plus près de nous, l'absence de positionnement du Conseil constitutionnel s'agissant de la nature des sanctions accompagnant la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental quand bien même n'en aurait-il pas été saisi (Cons. const. 21 février 2008, n° 2008-562 DC, précité).

Ce principe est aussi uniquement réservé aux mesures de sûreté à caractère privatif. Il n'y a que dans l'hypothèse ultime où il résulte de la mesure une privation de liberté que le Conseil décide d'appliquer les principes qu'il a dégagés concernant la matière pénale ; c'est notamment – et actuellement uniquement – le cas s'agissant de la rétention de sûreté. D'après l'article 706-53-13, dernier alinéa, du CPP, « *la rétention de sûreté consiste dans le placement de la personne intéressée en centre socio-médico-judiciaire de sûreté dans lequel lui est proposée, de façon permanente, une prise en charge médicale, sociale et psychologique destinées à permettre la fin de cette mesure* ». Elle peut être appliquée aux personnes condamnées à une peine de réclusion criminelle d'une durée égale ou supérieure à quinze ans pour crimes particulièrement graves (CPP, art. 706-53-13, al. 2) à la condition que la Cour d'assises prévoit expressément dans son arrêt 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 si « *elles présentent une particulière dangerosité caractérisée par une probabilité très élevée de récidive [en raison du] trouble grave de la personnalité [dont elles souffrent]* » (CPP, art. 706-53-13, al. 1^{er}).

Constituant pour certains « *une peine après la peine* », le Conseil constitutionnel a été saisi dans le cadre de son contrôle de constitutionnalité a priori de la loi du 25 février 2008 nouvellement adoptée par soixante députés et soixante sénateurs (Cons. const. 21 février 2008, n° 2008-562 DC, précité). Il estime 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* » (consid. 10). Les dispositions de la loi instituant cette rétroactivité ont donc été déclarées contraires à la Constitution. En

d'autres termes, une mesure, dès lors qu'elle présente un caractère privatif de liberté, ne peut, du fait de leur gravité, s'appliquer de manière rétroactive alors même qu'elles sont qualifiées de « *mesures de sûreté* ».

Pourtant, à l'aune des deux critères dégagés par le Conseil constitutionnel, il n'est pas évident d'y voir en la rétention de sûreté une peine. Les sages de la rue Montpensier relèvent d'ailleurs que la rétention de sûreté n'est pas prononcée par une juridiction de jugement ni au moment du jugement. En outre, selon lui, la finalité de la rétention de sûreté est préventive et socio-médicale et non pas répressive puisque l'infraction punie d'au moins quinze ans d'emprisonnement n'est qu'une condition préalable qui, parmi d'autres, révèle la dangerosité de l'individu. En sus, aucun *quantum* n'est fixé. Aussi, l'appréciation de la peine semble relever davantage de la casuistique que de direction clairement définie sachant d'autant plus que cette mesure ne se voit pas attribuée le qualificatif de « *peine* » mais de « *mesure de sûreté* » auquel s'applique un statut particulier... Une chose apparaît cependant certaine, d'autres mesures de sûreté dépourvues de caractère privatif sont appelées à se voir appliquer les principes pénaux fondamentaux.

- Une application du principe de non-rétroactivité appelée à s'étendre à d'autres mesures de sûreté que celles à caractère privatif

Avec son « *abracadabrantesque décision* », le Conseil constitutionnel a entrouvert une porte jusque-là fermée en permettant l'application de l'article 112-1, alinéa 1^{er}, du CP. Signe de l'avancée de la matière, devant être désormais analysée matériellement. Cependant, cette position, en ce qu'elle demeure marginale, expose l'appréciation de la jurisprudence mais aussi la position du législateur à une condamnation par la Conv. EDH de la France.

Une analyse matérielle des mesures de sûreté est attendue. La réserve des principes constitutionnels, notamment ceux qui gouvernent l'application de la loi pénale dans le temps, ne saurait dépendre du degré de gravité ou de la nature de la mesure ainsi instituée ne serait-ce que parce qu'aucune disposition constitutionnelle n'autorise une telle distinction. En effet, l'application des droits de l'Homme et des libertés fondamentales ne peut dépendre d'une qualification formelle. Le caractère punitif ou non d'une sanction doit ressortir d'une analyse matérielle – voire pourrait-on dire « *substantielle* » – afin d'éviter que les garanties qui s'attachent à son prononcé ne soient trop facilement contournées et non d'une analyse formelle telle que celle adoptée par la chambre criminelle.

Une condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'homme est aussi pressentie. Notamment, s'agissant de cet examen de qualification d'une peine, la CEDH a, pour la première fois, dégagé les critères de qualification à utiliser dans l'affaire Welch (CEDH, 9 févr. 1995, aff. 17440/90, Welch c/ Royaume-Uni). Dans cette décision, elle affirme que « *le point de départ de toute appréciation [...] consiste à déterminer si la mesure en question est imposée à la suite d'une condamnation pour "une infraction"* ». Elle indique par ailleurs que « *d'autres éléments peuvent être jugés pertinents à cet égard, dont, en particulier, la "nature [de la mesure]", son "but", sa "qualification en droit interne", les "procédures associées à son adoption et à son exécution et sa gravité"* » (§28) même si ce dernier critère n'est pas décisif pour la Cour puisque « *de nombreuses mesures non pénales de nature préventive peuvent avoir un impact substantiel sur la personne concernée* » (§32).

Prenant appui sur ces critères, la CEDH rappelle, dans une décision M. contre Allemagne rendue le 17 décembre 2009 – le lendemain de la décision de la chambre criminelle confirmant le caractère de mesure de sûreté à la déclaration d’irresponsabilité pénale pour trouble mental – relative à la détention de sûreté, que la notion de « peine » telle qu’entendue par l’article 7 de la Conv. EDH, que la qualification possède une portée autonome (CEDH, 5^e sect., aff. 19359/04, M. c/ Allemagne). Dès lors, il appartient à la Cour, sans qu’elle soit liée par la qualification de la mesure en droit interne, « *de décider si une mesure donnée doit passer pour une peine. [Elle] observe à cet égard que le même type de mesure peut être qualifié de peine dans un État et de mesure de sûreté à laquelle ne s’applique pas le principe de légalité des peines (nulla poena sine lege) dans un autre – et c’est d’ailleurs le cas. En effet, la “mise à la disposition du gouvernement” des récidivistes et délinquants d’habitude en Belgique, par exemple, qui ressemble par beaucoup d’aspects à la détention de sûreté prévue en droit allemand, était considérée comme une peine en droit belge. Quant au Conseil constitutionnel français, il a considéré, dans sa décision du 21 février 2008 (n° 2008-562 DC), que la rétention de sûreté récemment créée en droit français ne pouvait passer pour une peine mais ne pouvait quand même pas être ordonnée rétroactivement eu égard notamment à sa durée illimitée* » (§126). Elle ajoute, dans cette même affaire que, « *même si l’on peut dire que les peines ont principalement un but punitif tandis que les mesures d’amendement et de prévention visent essentiellement la prévention, il n’en demeure pas moins que les objectifs de ces sanctions se recoupent en partie* ». Appliquée à la détention de sûreté, la Cour estime que, « *en raison de sa durée illimitée, [cette sanction] peut tout à fait se comprendre comme une punition supplémentaire pour l’infraction commise et comporte à l’évidence un élément de dissuasion. Quoiqu’il en soit, comme la Cour l’a déjà dit, l’objectif de prévention peut aussi se concilier avec celui de répression et peut être considéré comme l’un des éléments constitutifs de la notion même de peine* » (CEDH, 9 févr. 1995, aff. 17440/90, Welch c/ Royaume-Uni, §30). En conséquence, l’application rétroactive de dispositions défavorables au condamné, en matière de détention de sûreté, est contraire à la Convention.

Aussi, la question de la disqualification par la CEDH de la mesure de sûreté à caractère privatif au profit de la qualification de « peine » est clairement posée notamment à la vue des confirmations intervenues par la suite (v. s’agissant la prolongation de la détention de sûreté, CEDH, 13 janv. 2011, aff. 17792/07, Kallweit c/ Allemagne ; 13 janv. 2011, aff. 20008/07, Mautes c/ Allemagne ; 13 janv. 2011, aff. 27360/04 et 42225/07, Schummer c/ Allemagne ; 13 janv. 2011, Haidn c/ Allemagne, n° 6587/04 ; conf. s’agissant d’une peine supplémentaire, CEDH, 5^e sect., 14 avr. 2011, aff. 30060/04, Jendrowiak c/Allemagne ; 24 nov. 2011, aff. 48038/06, Schönbrod c/ Allemagne ; 24 nov. 2011, aff. 4646/08, O. H. c/ Allemagne).

Cette menace de condamnation pesant couplée aux incertitudes du droit interne (Cons. const. 21 févr. 2008, n° 2008-562 DC, préc.), il apparaît urgent de trouver une voie de sécurisation de la distinction entre les peines et les mesures de sûreté (sur l’exigence de sécurité juridique, CEDH, aff. 28358/95, 28 mars 2008, Baranowski c/ Pologne, §52) afin de prévenir d’inéluctables constats de violation de l’article 7, paragraphe 1^{er}, de la Convention européenne que la Cour de Strasbourg déclare applicable aux hypothèses d’imprévisibilité jurisprudentielle (en ce sens, CEDH, 10 oct. 2006, aff. 40403/02, Pessino c/France).

§2 – L’application immédiate des lois pénales plus douces ou le principe de rétroactivité *in mitius*

Article 112-1, al. 3, du CP : « [...] les dispositions nouvelles s'appliquent aux infractions commises avant leur entrée en vigueur et n'ayant pas donné lieu à une condamnation passée en force de chose jugée lorsqu'elles sont moins sévères que les dispositions anciennes ».

Article 112-2 du CP : « Sont applicables immédiatement à la répression des infractions commises avant leur entrée en vigueur :

1° Les lois de compétence et d'organisation judiciaire, tant qu'un jugement au fond n'a pas été rendu en première instance ;

2° Les lois fixant les modalités des poursuites et les formes de la procédure ;

3° Les lois relatives au régime d'exécution et d'application des peines ; toutefois, ces lois, lorsqu'elles auraient pour résultat de rendre plus sévères les peines prononcées par la décision de condamnation, ne sont applicables qu'aux condamnations prononcées pour des faits commis postérieurement à leur entrée en vigueur ;

4° Lorsque les prescriptions ne sont pas acquises, les lois relatives à la prescription de l'action publique et à la prescription des peines ».

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 CP consacre plutôt le principe de l'application immédiate des lois plus douces.

Ce principe est particulièrement appréciable en période d'instabilité législative et il s'est vu reconnaître une « valeur constitutionnelle » (Cons. const. 19- 20 janv. 1981, Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes, §75), par le biais du principe de nécessité des peines, avant d'être curieusement rogné par le Conseil constitutionnel lui-même (Cons. const 3 déc. 2010, n° 2010- 74 QPC). Cette dernière limitation est d'autant plus surprenante que la Cour EDH (CEDH, 17 déc. 2009, Scoppola c. Italie [no 2], §106) et la CJUE (CJCE, 3 mai 2005, aff. C- 387/ 02, Berlusconi et a., §69), y voient un principe fondamental du droit pénal, ne tolérant aucune exception. 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

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 (CP, art. 112-4, al. 2). La Cour européenne est allée plus loin en admettant qu'une loi nouvelle plus douce puisse remettre en cause une condamnation pénale définitive (CEDH, 12 janv. 2016, n° 33427/10, Gouarré Patte c/Andorre). Mais récemment la jurisprudence de la Chambre criminelle est allée encore plus loin en attribuant les mêmes effets d'une loi pénale postérieure plus douce à une décision rendue par le Conseil constitutionnel qui a pour effet d'ôter au fait son caractère délictueux. En effet, « *les décisions du Conseil constitutionnel s'imposant aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles en vertu de l'article 62 de la Constitution, les déclarations de non-conformité ou les réserves d'interprétation qu'elles contiennent et qui ont pour effet qu'une infraction cesse, dans les délais, conditions et limites qu'elles fixent, d'être incriminée doivent être regardées comme des lois pour l'application de l'article 112-4, alinéa 2, du Code pénal* » (Crim. 8 juin 2021, n° 20-87.078 QPC, § 5). Il en va de même lorsque le Conseil constitutionnel pose une réserve constitutionnelle (Crim. 9 nov. 2021, n° 20-87.078).

Reste à déterminer ce qu'est une loi pénale plus douce ? Cela ne fait aucun doute lorsqu'une incrimination est abrogée mais quid lorsqu'elle est seulement modifiée ? Distinguons trois cas de figure : le cas de la peine plus douce (1), celui de l'infraction plus douce (2) et enfin le cas où la loi est à la fois plus douce et plus sévère (3).

1- La peine plus douce

Si une loi nouvelle modifie la peine encourue, elle est plus douce lorsqu'elle dépénalise une infraction (Crim. 8 juin 2021, n° 20-87.078 QPC), décline un crime en délit (correctionnalisation législative) ou un délit en contravention, ou lorsqu'elle supprime une peine ou en réduit son taux. Ainsi, conformément à l'article 112-1 du CP, 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 (Crim. 14 oct. 2014, n° 13-85.779).

La même solution a été retenue à propos de l'article 122-1, alinéa 2, du CP, 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 (Crim. 15 sept. 2015, n° 14-86.135).

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 (Crim. 6 janv. 2004). A également été jugée plus douce – ce qui n'allait pas de soi – la loi du 4 août 2008 ayant supprimé le 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 (Crim. 16 déc. 2009). De la même façon, et de manière plus surprenante encore, la Cour de cassation a considéré que la contrainte pénale, qui constituait 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 (Crim. 14 avr. 2015, n^{os} 15-80.858, 14-84.473 et 14-84.260, 3 esp.). 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. Aussi 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. 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.

Toujours dans le même sens et sans surprise, la Cour de cassation a récemment considéré que L'article 132-19, alinéa 1er, du code pénal dans sa version issue de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019, qui interdit le prononcé d'une peine d'emprisonnement ferme égale ou inférieure à un mois, est une disposition de pénalité moins sévère applicable aux infractions commises avant son entrée en vigueur, le 24 mars 2020 (Crim. 11 mai 2021, n° 20-85.464).

2- L'infraction plus douce

La loi nouvelle est évidemment plus douce lorsqu'elle abroge une incrimination, parce que le préalable légal disparaît (Crim. 22 mars 2011, n° 10- 80.203) : 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 (Crim. 23 mai 2012, n° 11-83.901).

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 (CP, art. 121- 3 ; Crim. 5 sept. 2000). Il en est de même lorsque la loi nouvelle exige la preuve de l'intention, alors qu'auparavant cette intention était présumée (Crim. 28 juin 1995 : Bull. crim. n° 243) ou lorsque le texte dont la violation est sanctionnée par renvoi est supprimé (Crim. 17 déc. 1997 : Bull. crim. n° 435) ou encore lorsque la loi nouvelle transforme une infraction simple en infraction d'habitude (Crim. 6 juin 1974, *Djian* : Bull. crim. n° 207).

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'ACP 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 (CP, 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. Est également plus sévère la loi nouvelle qui rétrécit le champ d'une immunité familiale.

3- La loi à la fois plus douce et plus sévère

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) (Crim. 21 avr. 1982, Pauletto). Si les dispositions du texte sont indivisibles (ce qui en pratique est très rare), elles ne sauraient être arbitrairement scindées, il faut donc, pour essayer de respecter la volonté du législateur, soit envisager le texte dans son ensemble, soit suivre le régime des dispositions principales.

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

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 (Crim. 3 mai 1974 : Bull. crim. n° 157) puis, elle s'est ravisée pour ne l'admettre qu'en cas de dispositions expresses le permettant (Crim. 8 nov. 2006 : Bull. crim. n° 280). 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. Mais la Cour de cassation a maintenu sa position estimant que ce texte ne s'appliquait pas à l'abrogation du texte d'incrimination ou à la réduction de son champ d'application (Crim. 6 oct. 2004).

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 » (Crim. 8 févr. 1988 : Bull. crim. n° 62). On relèvera par exemple cette affaire de « *favoritisme* » (C. pén., art. 432- 14 ; Crim. 28

janv. 2004), 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.

Le Conseil constitutionnel a, dans une décision de QPC du 3 décembre 2010 apporté une nouvelle entorse au principe de la rétroactivité *in mitius* (Cons. const, 3 déc. 2010, no 2010-74 QPC). 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^{er}, 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 DDHC 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 nécessité 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 critiquée 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 CP entre les lois principalement pénales soumises à la rétroactivité *in mitius* et les lois accessoirement pénales, 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, 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 convaincre les juridictions européennes.

SOUS-SECTION 2 – Les lois pénales de forme

Article 112-2 du CP : « Sont applicables immédiatement à la répression des infractions commises avant leur entrée en vigueur :

- 1° Les lois de compétence et d'organisation judiciaire, tant qu'un jugement au fond n'a pas été rendu en première instance ;
- 2° Les lois fixant les modalités des poursuites et les formes de la procédure ;
- 3° Les lois relatives au régime d'exécution et d'application des peines ; toutefois, ces lois, lorsqu'elles auraient pour résultat de rendre plus sévères les peines prononcées par la décision de condamnation, ne sont applicables qu'aux condamnations prononcées pour des faits commis postérieurement à leur entrée en vigueur ;
- 4° Lorsque les prescriptions ne sont pas acquises, les lois relatives à la prescription de l'action publique et à la prescription des peines ».