



PANTHÉON-ASSAS  
UNIVERSITÉ  
PARIS

**BANQUE DES MEMOIRES**

**Master de Droit pénal et sciences criminelles parcours  
criminologie**

**Dirigé par les Professeurs Agathe Lepage et Patrick Morvan  
2022**

***La consécration par le législateur de  
créations jurisprudentielles en droit  
pénal***

**Rédigé par Monsieur Adrien Daurelle**

**Sous la direction du Professeur Agathe Lepage**

## **Avertissement**

---

L'Université Paris II Panthéon-Assas n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans ce mémoire, ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

## Remerciements

---

En premier lieu, je souhaite remercier le Professeur Agathe Lepage pour ses enseignements dont la richesse et la finesse n'ont d'égal que leur rigueur intellectuelle. Son aide bienveillante et le niveau de ses exigences forment une admirable source d'inspiration, par-delà cet exercice.

Pour m'avoir reçu au sein de la Cour de cassation et m'avoir accordé un entretien très riche en réflexions sur la dialectique entre le législateur et le juge, je remercie Madame Élisabeth Pichon, Conseillère référendaire à la Chambre criminelle de la Cour de cassation.

Je remercie enfin Marlène et Marine, pour la minutie de leurs relectures et leur aide.

# Sommaire

---

<i>Introduction</i>	6
<i>Première Partie : L'initiative originelle du législateur dans l'évolution de la loi pénale</i>	16
Chapitre 1 : Une évolution nécessaire du droit pénal	17
Section 1 : Une évolution face à la délinquance moderne	17
Section 2 : Une évolution en accord avec les mœurs modernes	28
Chapitre 2 : Une évolution portée par la volonté du législateur	39
Section 1 : La volonté d'asseoir les grands principes du droit pénal général quant à la loi pénale	39
Section 2 : La volonté d'asseoir les grands principes du droit pénal général quant à la responsabilité pénale	48
<i>Seconde Partie : L'initiative perdue du législateur dans l'adaptation de la loi pénale</i>	60
Chapitre 1 : Adaptation du droit pénal et retard du législateur	60
Section 1 : Le retard du législateur sur la délinquance	61
Section 2 : Le retard du législateur source d'incohérences en droit pénal	78
Chapitre 2 : Volonté d'adaptation et dépassement du législateur par le juge	88
Section 1 : Le dépassement progressif du législateur par le juge	88
Section 2 : Le dépassement acté du législateur par le juge	99
<i>Conclusion</i>	116

« Celui qui adhère à une loi ne craint pas le jugement qui le replace dans un ordre auquel il croit. Mais le plus haut des tourments humains est d'être jugé sans loi. »

Albert Camus, *La Chute*.

## Introduction

---

1. Le législateur garde-t-il toujours les mots de Camus à l'esprit ? La question mérite d'être posée, tant l'histoire regorge de cas où le juge a tranché dans le silence de la loi. Pourtant, « la loi, tout juriste le sait, est abstraite et incomplète »<sup>1</sup>. Cette double caractéristique de la loi suggère un pouvoir interprétatif du juge, voire créateur, lorsqu'il s'agit de pallier les défaillances de la norme écrite. Quant à la loi pénale, il faut rappeler l'avertissement de Portalis : « en matière criminelle, où il n'y a qu'un texte formel et préexistant qui puisse fonder l'action du juge, il faut des lois précises et point de jurisprudence »<sup>2</sup>. Le pouvoir créateur du juge semble donc poser davantage de problèmes lorsqu'il concerne la matière pénale.

2. **Le législateur, source de la loi pénale.** – L'histoire française révèle la dialectique profonde qui s'opère entre le juge et le législateur. Alors que depuis les Capétiens, le roi est considéré comme « source de toute justice », il apparaît d'emblée que le pouvoir judiciaire est intrinsèquement lié au pouvoir régalien<sup>3</sup>. Mais le roi est également source de la loi, Jean de Mille expliquait ainsi à François I<sup>er</sup> que le royalisme consiste en l'établissement d'un « homme qui garde les humbles de toute injustice et qui, ayant posé l'équité pour règle, contienne grands et petits dans les bornes d'un même droit »<sup>4</sup>. Cette confusion des pouvoirs a toutefois rapidement été complétée d'une délégation de pouvoir judiciaire par le roi, au profit de juges, originellement appelés *prévôts*. Cette concession royale est allée jusqu'à l'essor des parlements, qui se sont progressivement détachés de la cour du roi. L'exemple le plus célèbre est le parlement de Paris ayant, depuis le XIV<sup>ème</sup> siècle, un embryon de Chambre criminelle, devenue officiellement la Tournelle criminelle au XVI<sup>ème</sup> siècle. Cette haute juridiction, précédant la Cour de cassation, symbolise la proximité qui existe entre les pouvoirs législatif et judiciaire, autrefois réunis dans la main du roi, désormais partagés avec les parlements.

3. La Révolution marque la fin du concept de roi justicier, par l'avènement de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen (DDHC), dont l'article 16 énonce : « Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution. » Partant, le roi n'est plus à la fois maître de la loi et de la justice, il ne nomme plus

---

<sup>1</sup> J. PRADEL et A. VARINARD, *Les grands arrêts du droit pénal général*, Dalloz, 12<sup>ème</sup> éd., 2021, avant-propos.

<sup>2</sup> J.-É.-M. PORTALIS, Discours préliminaire du premier projet de code civil.

<sup>3</sup> J.-M. CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, PUF, 3<sup>ème</sup> éd., 2014, n° 73, p.151.

<sup>4</sup> J. DE MILLE, *Praxis criminalis persequendi*, 1541, trad. A. LEBIGRE, Moulins, 1983.

les juges et ces derniers ne rendent plus leurs jugements en son nom<sup>5</sup>. La séparation des pouvoirs entraîne l'octroi du pouvoir législatif au peuple, devenu souverain, ce qui perdure sous la V<sup>ème</sup> République sous une forme représentative<sup>6</sup>. De plus, les jugements sont rendus « au nom du peuple français », comme le rappellent les entêtes de chaque décision judiciaire. Il en ressort une certaine continuité entre les époques royaliste et républicaine, le juge se prononçant toujours au nom du souverain politique. La période révolutionnaire entraîne également le rejet total de l'*arbitraire du juge*<sup>7</sup>, ce dernier devant respecter un principe fort de légalité<sup>8</sup>, énoncé à l'article 7 de la DDHC : « Nul homme ne peut être accusé, arrêté ni détenu que dans les cas déterminés par la Loi, et selon les formes qu'elle a prescrites. » Son article 4 précise encore que « l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres Membres de la Société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la Loi. » La V<sup>ème</sup> République a confirmé cette approche, en attribuant au seul législateur la charge d'élaborer la loi pénale. En ce sens, l'article 24 de la Constitution du 4 octobre 1958 dispose notamment que « Le Parlement vote la loi. » Et son article 34 d'ajouter que la loi établit les « crimes et délits ainsi que les peines qui leur sont applicables ; la procédure pénale ». C'est donc au législateur que revient la plume de la loi pénale, de forme comme de fond, ce que ni l'œuvre de codification napoléonienne ni les Républiques successives n'ont remis en question, malgré l'essor du pouvoir exécutif.

**4. Le juge, interprète de la loi pénale.** – Si le législateur est source de la loi pénale, la place du juge est encore à déterminer. Montesquieu affirmait que « dans les États despotiques, il n'y a point de loi ; le juge est lui-même sa règle. Dans les États monarchiques, il y a une loi : là où elle est précise, le juge la suit ; là où elle ne l'est pas, il en cherche l'esprit. Dans le gouvernement républicain, il est de la nature de la Constitution que les juges suivent la lettre de la loi »<sup>9</sup>. Alors que ce philosophe préférerait la deuxième de ces structures, Beccaria prônait la troisième de façon radicale<sup>10</sup>. Il affirmait ainsi la perfection et la complétude vers lesquelles la loi pénale devait tendre, de sorte que l'office du juge « se réduit à examiner si tel homme a commis ou non un acte contraire aux lois. En présence de tout délit, le juge doit former un syllogisme parfait : la majeure doit être la loi générale, la mineure l'acte conforme ou non à la loi, la conclusion étant l'acquittement ou la

---

<sup>5</sup> J.-M. CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, PUF, 3<sup>ème</sup> éd., 2014, n° 219, p.432.

<sup>6</sup> Constitution du 4 octobre 1958, article 3, alinéa 1<sup>er</sup> : « La souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants et par la voie du référendum. »

<sup>7</sup> J.-M. CARBASSE, *op. cit.*, n° 221, p.435.

<sup>8</sup> Ce principe avait déjà été énoncé par le droit pénal canonique : V. J.-M. CARBASSE, *op. cit.*, n° 86 bis.

<sup>9</sup> Ch. L. MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, VI, 3.

<sup>10</sup> Pour une explication de cette position, V. J.-Chr. SAINT-PAU, *L'interprétation des lois. Beccaria et la jurisprudence moderne* : RSC 2015, n° 2, p.273-285.

condamnation »<sup>11</sup>. Les contestations de cette approche stricte du principe de légalité ont rapidement pris de l'ampleur<sup>12</sup>, rejetant l'idée d'un *juge automate* ou simple *bouche de la loi*. La doctrine contemporaine continue d'affirmer que « le postulat de la plénitude du texte écrit de la loi, où se trouveraient toutes les réponses à toutes les difficultés, est illusoire, ici comme ailleurs »<sup>13</sup>.

5. Il est donc reconnu au juge la faculté d'interpréter la loi pénale pour l'éclairer, le cas échéant, ou en révéler toute la profondeur, sans toutefois la dénaturer. Pour Xavier Pin, « le respect du texte impose de lui donner tout son sens, ce qui conduit à son interprétation »<sup>14</sup>. Loin d'être une faveur accordée au juge ou une résurgence de l'*arbitraire du juge*, l'interprétation de la loi pénale procède d'une logique rationnelle selon laquelle le législateur ne peut pas envisager l'infinité de cas d'espèce qui seront soumis au juge, encore moins les inscrire dans un texte concis<sup>15</sup>. Il doit donc faire œuvre de précision et de clarté lorsqu'il rédige la loi pénale, tout en laissant le soin à la jurisprudence d'en déduire une exacte application aux faits d'espèce. Merle et Vitu expliquent en ce sens que « toute loi doit être interprétée, et pas seulement celle qui est imprécise ou obscure, puisqu'il est nécessaire d'assurer le passage de la règle abstraite à l'espèce pratique ; il ne peut donc pas y avoir de jurisprudence sans une interprétation de la loi »<sup>16</sup>. En somme, le législateur chemine de l'esprit vers la lettre et le juge remonte de la lettre vers l'esprit<sup>17</sup>.

6. Dès lors, plusieurs méthodes d'interprétation de la norme pénale ont été élaborées par le juge. Toutes ne sont pas d'égale valeur, en témoigne la méthode littérale, suivant laquelle le juge doit circonscrire sa réflexion à la lettre de la loi, oubliant ainsi son esprit. Cette méthode, jugée « inexacte et stérilisante » par Merle et Vitu<sup>18</sup>, a l'inconvénient de faire resurgir l'idée d'un *juge automate*. La méthode est inexacte à leurs yeux car « elle suppose la perfection de la loi, dans laquelle tout doit être contenu. Or cette perfection n'existe, ni dans la forme, ni dans le fond ». Elle l'est encore car elle « exagère le rôle du législateur et méconnaît la fonction du juge ». Elle est stérilisante,

---

<sup>11</sup> C. BECCARIA, *Des délits et des peines*, Garnier-Flammarion, 1991, IV.

<sup>12</sup> V. par exemple : R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel – Problèmes généraux de la science criminelle. Droit pénal général*, t. I, Cujas, 7<sup>ème</sup> éd., 1997, n° 160 ; E. DREYER, *Droit pénal général*, LexisNexis, 6<sup>ème</sup> éd., 2021, nos 271 à 275 ; B. BOULOC, *Droit pénal général*, Dalloz, Précis, 27<sup>ème</sup> éd., 2021, n° 145.

<sup>13</sup> J. BORÉ et L. BORÉ, *La cassation en matière pénale – Interprétation de la loi pénale* : Dalloz action, 2018/2019.

<sup>14</sup> X. PIN, *Droit pénal général*, Dalloz, Cours, 13<sup>ème</sup> éd., 2021, n° 54, p.56.

<sup>15</sup> V. en ce sens : J.-B. PERRIER, *La jurisprudence en droit pénal, in Faut-il « régénéraliser » le droit pénal ?*, LGDJ, Grands Colloques, 2015, p.119.

<sup>16</sup> R. MERLE et A. VITU, *op. cit.*, n° 168, p.246-247.

<sup>17</sup> V. notamment : E. PIWNICA, *L'interprétation de la loi pénale par le juge*, Bicentenaire du Code pénal 1810-2010, colloque organisé par le Sénat le 25 novembre 2010. L'avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation parle d'une « combinaison singulière entre le travail normatif qui incombe au seul législateur et celui d'interprétation qui revient au juge ».

<sup>18</sup> R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel – Problèmes généraux de la science criminelle. Droit pénal général*, t. I, Cujas, 7<sup>ème</sup> éd., 1997, n° 169, p.249.

par ailleurs, car « elle fige le droit dans une attitude dépassée, alors qu'il est chose vivante ». Dès lors, la méthode littérale ne peut prospérer car, mécanique et rigide, elle ne peut être utile au juge pour trancher les litiges d'une société évolutive. Elle lui permet, tout au plus, de former dans la loi un reflet du cas d'espèce qui lui est présenté<sup>19</sup>.

7. Par ailleurs, la méthode téléologique, qui consiste en une réflexion du juge autour de l'esprit de la loi, tend à retrouver l'idée du législateur. Ainsi, le juge procède avec une frontière qu'il ne peut franchir, la lettre de la loi, et une orientation générale, lorsque la lettre manque de clarté, à savoir l'esprit de la loi. « Elle se fonde, expliquent Merle et Vitu, sur la *ratio legis*, c'est-à-dire sur la volonté déclarée ou présumée du législateur, qui doit pouvoir l'emporter quand la lettre a trahi l'esprit de la loi »<sup>20</sup>. C'est bien cette méthode qui a triomphé sur la littérale, la jurisprudence l'employant pour préciser le sens des notions juridiques contenues dans la loi pénale ou, dans une autre mesure, pour circonscrire le champ d'application de la norme pénale<sup>21</sup>.

8. Une dernière méthode d'interprétation est à envisager en droit pénal, à savoir l'interprétation analogique. Cette dernière « consiste à résoudre une espèce pénale non prévue par la loi en se réclamant de son esprit latent et en prenant pour point de départ la similitude de l'espèce donnée avec une autre que la loi a définie ou prévue dans son texte et, dans les cas extrêmes, en recourant aux fondements de l'ordre juridique, pris dans leur ensemble »<sup>22</sup>. Il ressort de cette définition deux sortes d'interprétation analogique, à savoir une légale, procédant de la norme pénale, et une juridique, qui s'appuie sur l'esprit général du système répressif dont le juge fait partie. Merle et Vitu rejettent avec force cette dernière forme, expliquant : « la concentration, dans les mêmes mains, du pouvoir législatif et du pouvoir judiciaire constitue un danger extrême pour les citoyens, qui sont exposés à toutes les surprises et manquent d'un guide sûr pour diriger leurs actes »<sup>23</sup>. En revanche, l'analogie légale trouve grâce à leurs yeux, lorsqu'elle profite à la personne poursuivie, soit lorsqu'elle est *in favorem* ou *in bonam partem*. C'est d'ailleurs cette forme qui est tolérée en droit positif, y compris en matière de procédure pénale.

9. La jurisprudence a donc des moyens actés pour interpréter la loi pénale, ce qui lui donne une certaine latitude dans l'application de celle-ci. Cette zone où la jurisprudence évolue a été

---

<sup>19</sup> « Les miroirs feraient bien de réfléchir un peu plus avant de renvoyer les images » disait Jean Cocteau (*Le sang d'un poète*).

<sup>20</sup> R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel – Problèmes généraux de la science criminelle. Droit pénal général*, t. I, Cujas, 7<sup>ème</sup> éd., 1997, n° 170, p.249.

<sup>21</sup> V. *ibid.*, n°s 175 à 177.

<sup>22</sup> L. GIMENEZ DE ASUA, *L'analogie en droit pénal* : RSC 1949, p.189.

<sup>23</sup> R. MERLE et A. VITU, *op. cit.*, n° 173, p.253.

étendue par la création de la question prioritaire de constitutionnalité, en particulier par son mécanisme. Les juridictions du fond s’y trouvent ainsi en premier filtre du sérieux des questions, quand la Cour de cassation détient le monopole décisionnel pour renvoyer ou non les questions devant le Conseil constitutionnel. De ce statut, la Cour de cassation en tire une fonction d’interprète, lui permettant de rejeter les questions qu’elle estime non sérieuses, que ces dernières contestent la constitutionnalité de la loi pénale ou de la jurisprudence constante de la Haute juridiction<sup>24</sup>. Une dialectique intervient donc entre le juge et le législateur, le premier donnant corps au vœu du second, qu’il s’agisse d’appliquer la loi ou de la remettre en question.

**10. De l’interprétation à l’atteinte au monopole du législateur.** – Lors de la fondation du Tribunal de cassation, future Cour de cassation, il était affirmé que celui-ci permettrait de lutter contre l’*arbitraire du juge*. Sa création était motivée ainsi : « Il était dans l’intérêt public de ne pas rester inactif en présence de ces atteintes portées à la majesté de la loi, et de ne pas laisser subsister, sans une protestation éclatante et efficace, des précédents, des erreurs funestes qui, se posant comme des monuments de rébellion à la loi, ne pouvaient que jeter la perturbation dans la société »<sup>25</sup>. L’autorité judiciaire a donc été centralisée au sein d’une haute juridiction ayant autorité sur les tribunaux et cours du fond<sup>26</sup>. Son rôle est d’unifier l’œuvre jurisprudentielle, en empêchant que les juridictions du fond ne puissent s’écarter de manière erratique de la loi pénale. Comme le souligne un auteur, « si l’on rend le jugement *praeter legem* ou *contra legem*, c’est une chose anormale et anormale »<sup>27</sup>. L’œuvre d’élaboration de la norme pénale doit ainsi revenir au législateur, seul détenteur de la légitimité démocratique<sup>28</sup>. Toutefois, la nécessaire interprétation de la loi pénale par le juge implique ce risque d’une jurisprudence *praeter legem*, voire *contra legem*. C’est donc bien l’enjeu des juges de cassation, à savoir assurer que la jurisprudence interprète sans trahir la loi pénale, qu’elle lui donne sa profondeur sans la dénaturer.

11. En pratique, ce devoir du juge, en particulier de cassation, est complexe à respecter. Un équilibre délicat est recherché par le juge entre respect de la loi et innovation exigée par les cas d’espèce. Il est en effet imposé au juge de faire parler le législateur, même lorsque ce dernier est

---

<sup>24</sup> V. par exemple : Crim., 20 févr. 2013, n° 19-90.074, inédit : *Dr. Pénal* 2013, comm. n° 86, obs. Véron.

<sup>25</sup> *Répertoire Dalloz*, Cassation, 1847, p.234.

<sup>26</sup> Aujourd’hui, l’article L. 411-1 du Code de l’organisation judiciaire dispose : « Il y a, pour toute la République, une Cour de cassation. »

<sup>27</sup> M. STIEBER, *Le juge pénal comme législateur – Sources du droit pénal*, in *Recueil d’études sur les sources du droit en l’honneur de François Gény*, t. III, 1934, p.258.

<sup>28</sup> Lors d’un projet de constitution d’un pouvoir judiciaire, il a été affirmé : « Les tribunaux et les juges ne doivent pas avoir la puissance législative. Les juges mêmes ne pourront entrer à l’assemblée nationale tant qu’ils rempliront les fonctions des juges. », P.-J.-B. BUCHEZ et P.-C. ROUX, *Histoire parlementaire de la Révolution française*, t. II, 1834, p.293.

resté mutique. La loi elle-même lui fait ce commandement : « Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice »<sup>29</sup>. L'article 434-7-1 du Code pénal ajoute encore : « Le fait, par un magistrat, toute autre personne siégeant dans une formation juridictionnelle ou toute autorité administrative, de dénier de rendre la justice après en avoir été requis et de persévérer dans son déni après avertissement ou injonction de ses supérieurs est puni de 7 500 euros d'amende et de l'interdiction de l'exercice des fonctions publiques pour une durée de cinq à vingt ans. » Or, cet impératif fait au juge le pousse à porter atteinte, même malgré lui, au monopole du législateur en matière d'élaboration de la norme pénale.

12. Les juridictions suprêmes aussi poussent en ce sens, à commencer par la Cour européenne des droits de l'Homme, qui affirme : « Aussi clair que le libellé d'une disposition légale puisse être, dans quelque système juridique que ce soit, y compris le droit pénal, il existe inmanquablement un élément d'interprétation judiciaire. Il faudra toujours élucider les points douteux et s'adapter aux changements de situation. » Et la Cour de Strasbourg d'en conclure que « la jurisprudence, en tant que source du droit, contribue nécessairement à l'évolution progressive du droit pénal »<sup>30</sup>. À ses yeux, le principe de légalité n'interdit donc pas « la clarification graduelle des règles de la responsabilité pénale par l'interprétation judiciaire d'une affaire à l'autre, à condition que le résultat soit cohérent avec la substance de l'infraction et raisonnablement prévisible »<sup>31</sup>.

Le Conseil constitutionnel abonde également en ce sens, lorsqu'il affirme apprécier le principe de légalité au regard des précisions que « la jurisprudence dégagée par les juridictions pénales » apporte<sup>32</sup>.

Même la Cour de cassation affirme détenir un rôle « normatif » en matière pénale<sup>33</sup>. Cette position fait dire à Xavier Pin que « la Cour de cassation *incorpore* l'office du juge à la norme écrite, mettant les décisions des juges du fond pratiquement au même rang que la loi »<sup>34</sup>. Il s'agit là d'une « victoire prétorienne : la jurisprudence criminelle s'affirme comme une source de droit »<sup>35</sup>.

---

<sup>29</sup> C. civ., art. 4.

<sup>30</sup> CEDH, 22 nov. 1995, *J.W. c/ Royaume-Uni*, n° 20166/92, §36 ; CEDH 25 mai 1993, *Kokkinakis c/ Grèce*, n° 14307/88 ; CEDH, Gde ch., 20 oct. 2015, *Vasiliauskas c/ Lituanie*, n° 35343/05, §155.

<sup>31</sup> CEDH, Gde ch., 21 oct. 2013, *Rio Del Prada c/ Espagne*, n° 42750/09, §93, à propos de l'article 7 de la Convention européenne des droits de l'Homme.

<sup>32</sup> Cons. const., 2 mars 2004, n° 2004-492, DC : *D. 2004. 2757*, obs. B. de Lamy ; *JCP G 2004. II. 10048*, note J.-C. Zarka.

<sup>33</sup> E. DREYER, *Le filtrage des pourvois ou la tentation pour la Cour de cassation d'agir en cour suprême* : *Gaz. Pal. Professionnelle* 2015, n° 163 et 164, p.6.

<sup>34</sup> X. PIN, *Droit pénal général*, Dalloz, Cours, 13<sup>ème</sup> éd., 2021, n°78, p.82.

<sup>35</sup> C. BOUGLÉ-LE ROUX, *La Cour de cassation et le code pénal de 1810 : le principe de légalité à l'épreuve de la jurisprudence, 1811-1863*, thèse 2002, sous la dir. de M.-Y. CRÉPIN, Rennes I, résumé.

13. Ainsi, le juge semble s'arroger une part du pouvoir législatif, ce qui empiète sur les prérogatives du législateur. Certes, la jurisprudence ne va pas jusqu'à créer la loi, elle n'en a heureusement pas la prétention et, en tout état de cause, ne le peut aucunement. Cependant, ce rôle *normatif* que la Cour de cassation se reconnaît la fait surgir dans l'univers du législateur. Dès lors, si le Conseil constitutionnel « a droit à la gomme, pas au crayon », selon la formule du doyen Vedel, tout porte à croire que la Cour de cassation prend aussi la plume pénale.

14. Ce constat pose certains enjeux, notamment quant au rôle du législateur. Si l'autorité judiciaire porte atteinte à son monopole, sans que le législateur ne s'y oppose, une redéfinition du triptyque des pouvoirs s'envisage. Le législateur court alors le risque de voir sa place réduire comme peau de chagrin. Cet enjeu est d'autant plus grand que le pouvoir exécutif réalise déjà une large intrusion dans l'élaboration de la norme pénale, sortant ainsi des prérogatives que lui attribue l'article 37 de la Constitution<sup>36</sup>. Cette intrusion ressort, d'une part, de la multiplication des délégations de pouvoirs concédées par le législateur au profit de l'exécutif et, d'autre part, de l'exclusivité de la matière contraventionnelle que la Constitution confère à l'exécutif<sup>37</sup>.

15. **L'enjeu du développement de la jurisprudence pénale.** – Au premier rang des enjeux que suscite la jurisprudence pénale se trouve le dépassement du législateur par le juge, dans l'élaboration de la norme pénale. En ce sens, la reconnaissance de la jurisprudence en matière pénale, comme ajout de règles de droit à la loi pénale, peut entraîner un renversement du paradigme. Ainsi, alors que le juge est supposé trancher en fonction de la loi écrite par le législateur, il en viendrait progressivement à le faire selon les précédents prétoriens, suivant un modèle de *Common Law*. Emmanuel Dreyer souligne que, dans le silence de la loi, l'empilement jurisprudentiel conduit à ce que « l'interprétation ne s'impose plus pour ce qu'elle présente de rationnel mais pour ce qu'elle présente de cohérent aux magistrats qui s'y rallient : ils l'adoptent, non après avoir reconstitué eux-mêmes le cheminement intellectuel qui a permis initialement aux premiers d'entre eux de dégager le sens du texte en cause, mais avec la conviction que cette interprétation est communément partagée et présente de ce fait un caractère quasiment obligatoire »<sup>38</sup>.

---

<sup>36</sup> Le premier alinéa de cet article dispose : « Les matières autres que celles qui sont du domaine de la loi ont un caractère réglementaire. » Seules ces matières sont donc réservées au pouvoir exécutif, le pouvoir législatif bénéficiant des autres, en vertu de l'article 34 de la Constitution.

<sup>37</sup> V. R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel – Problèmes généraux de la science criminelle. Droit pénal général*, t. I, Cujas, 7<sup>ème</sup> éd., 1997, n°161 ; G. LEVASSEUR, *Une révolution en droit pénal, le nouveau régime des contraventions : Dalloz* 1959, Chron., p.121 et s.

<sup>38</sup> E. DREYER, *Droit pénal général*, LexisNexis, 6<sup>ème</sup> éd., 2021, n° 629, p.518.

16. Certes, les solutions prétoriennes séculaires ont permis l'élaboration des lois pénales modernes. Merle et Vitu rappellent en ce sens qu'un « immense matériel de solutions jurisprudentielles s'est accumulé depuis plus d'un siècle et demi, et qui est d'autant plus utile que les législateurs révolutionnaires, puis napoléoniens, avaient dû construire tout le droit pénal moderne à partir d'à peu près rien »<sup>39</sup>. Ce soutien apporté par la jurisprudence se retrouve encore dans la réforme du Code pénal de 1992<sup>40</sup>.

Cependant, le juge en vient parfois à se détacher complètement du texte de loi et à créer une norme pénale de façon purement *contra legem*. Ainsi, un auteur souligne que le juge outrepassé ses prérogatives et prend le rôle du législateur, il adopte une démarche interprétative dans laquelle « le sens n'est plus présumé inscrit dans la littéralité de la règle »<sup>41</sup>. En procédant de la sorte, le juge peut basculer dans l'iniquité, en particulier lorsqu'il réalise une interprétation *in defavorem*. Le doyen Carbonnier soulignait d'ailleurs cet enjeu en rappelant que la passion du droit est susceptible de conduire à des excès de droit, selon la fameuse maxime attribuée à Cicéron *summum jus, summa injuria* (« l'application excessive du droit conduit à l'injustice »)<sup>42</sup>. Dès lors, c'est la justification d'une interprétation de la loi par le juge qui est remise en question, si celle-ci est susceptible de le conduire à trahir l'esprit de la loi pénale. Il faut garder à l'esprit que le pouvoir d'interprétation du juge doit être limité, car « ce qui compte est la fidélité du juge au législateur »<sup>43</sup>.

17. Ces problématiques demeurent vives, des sénateurs ayant récemment souligné, comme s'il s'agissait d'une évidence, que « la France n'est plus un pays légicentré : le droit se construit en grande partie en-dehors de la loi, devenue un énoncé plus fragile et précaire, ce qui pose, par ricochet, la question des pouvoirs du Parlement, ainsi que celle de l'inflation législative et de la qualité de la loi »<sup>44</sup>.

**18. La consécration de solutions jurisprudentielles par le législateur.** – L'essor de la jurisprudence pénale suscite également un enjeu quant à la place du législateur dans le schéma d'élaboration de la norme pénale. Cette place semble s'effacer, dès lors que le juge prend les devants sur l'œuvre du législateur. Elle disparaît d'autant plus que le législateur en vient à consacrer des solutions jurisprudentielles innovantes en droit pénal.

---

<sup>39</sup> R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel – Droit pénal spécial*, t. II, Cujas, 1982, p.19.

<sup>40</sup> V. *infra*, Première Partie.

<sup>41</sup> J.-M. VARAUT, *Faut-il avoir peur des juges ?*, Plon, Tribune libre, 2000, p.39.

<sup>42</sup> J. CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous la Ve République*, Flammarion, 1996.

<sup>43</sup> *Histoire et méthodes d'interprétation en droit criminel*, dir. F. STASIAK, Dalloz, T&C, 2015, p.45.

<sup>44</sup> Rapport BONNECARRÈRE, doc. Sénat n° 592, 29 mars 2022.

19. Il faut rappeler que le droit est une expression politique. En particulier, le droit pénal forme le socle de la société et renferme les infractions qui représentent le contrat social fondamental. Pour cette raison, il y a un risque inhérent à la pratique judiciaire, qui consiste en une possible appropriation politique du droit pénal par le juge. L'œuvre interprétative de la jurisprudence peut ainsi servir les volontés prétoriennes en matière de politique pénale. Emmanuel Dreyer souligne cela, à propos de la méthode d'interprétation par analogie *in favorem*, en affirmant qu'elle « était retenue tant qu'elle permettait de dégager des solutions conformes à la politique criminelle que la Haute juridiction souhaitait mettre en œuvre ; elle était un instrument de cette politique »<sup>45</sup>. De même, Antoine Garapon déplore une « confusion entre le jugement et l'action politique. On attend des juges d'ordonner le chaos du réel, et de résoudre les défis qui devraient l'être par l'action politique »<sup>46</sup>. Il souligne en ce sens que le juge ne doit pas être confondu avec le législateur, pas plus qu'avec l'exécutif, sa place n'est pas dans l'action politique mais dans l'action judiciaire. Ainsi, le juge ne doit pas être considéré comme celui qui oriente la loi pénale, mais comme le serviteur de cette dernière.

20. En dépit de ces considérations, la jurisprudence pénale n'est pas rare, comme il a été souligné. Elle prend parfois des aspects politiques lorsque le juge entend faire primer sa conception de ce qui est juste dans la société. Celui-ci en vient alors à façonner une solution originale, souvent audacieuse, qui a pour conséquence une création en droit pénal. Un exemple phare de cette approche créatrice de la jurisprudence est celui de l'état de nécessité, avec le *bon juge* Magnaud. Par-delà le raisonnement suivi par le juge, cette création prétorienne souligne l'importance qu'il peut avoir dans l'élaboration de la norme pénale. Ainsi, le législateur a consacré la solution dégagée par la jurisprudence en matière d'état de nécessité, lors de la réforme du Code pénal<sup>47</sup>. Se pose alors, de façon concrète, la question de la place du législateur dans la création de la loi pénale, dès lors qu'il reprend l'œuvre prétorienne. Le commentaire qu'avait fait George Clémenceau à propos de cette jurisprudence est éclairant. Il révèle l'ampleur du pouvoir législatif dont le juge est capable de s'emparer. Clémenceau affirmait : « En attendant que la prochaine Chambre nous fasse une société meilleure, on a peine à comprendre que dans la commune de Charly, où tout le monde doit se connaître, la charité privée ne soit point venue en aide au bureau de bienfaisance. Il est vrai que la mendicité est interdite, et que pour avoir demandé le pain, au lieu de le voler, la fille M... tombait également sous l'application de la loi dont notre République de fraternité s'honore. En lisant cette

---

<sup>45</sup> E. DREYER, *Droit pénal général*, LexisNexis, 6<sup>ème</sup> éd., 2021, n° 651, p.536.

<sup>46</sup> Rapport BONNECARRÈRE, *op. cit.*, audition de M. Antoine Garapon, du 11 janvier 2022, « La judiciarisation de la vie publique : une chance pour l'État de droit ? Une mise en question de la démocratie représentative ? Quelles conséquences sur la manière de produire des normes et leur hiérarchie ? »

<sup>47</sup> V. *infra*, n<sup>os</sup> 78 à 80.

navrante histoire, toutes les âmes sensibles ne manqueront pas de s'apitoyer. Hélas ! c'est bien de pleurer. Il serait mieux d'agir. Le tribunal a fait ce qu'il a pu. Il a rendu un verdict d'acquittement qui fait honneur à son humanité. Il a même posé un beau jalon d'avenir en proclamant l'atténuation de la responsabilité sous l'empire de la misère physique et morale. »<sup>48</sup>. Tout est dit dans ces mots, la loi pénale est considérée comme défaillante et le juge, par son humanité, pallie les manques du législateur, lui indiquant dans le même temps la marche à suivre et la solution à consacrer.

21. Par ailleurs, le rôle du juge dans l'élaboration de la norme pénale est croissant et évolutif. Alors que la Cour de cassation dirigeait seule l'orientation de la jurisprudence pénale, la Cour européenne des droits de l'Homme est devenue un acteur majeur de celle-ci<sup>49</sup>. Parfois, la Cour de cassation façonne ses décisions en fonction de la jurisprudence et des attentes de la Cour de Strasbourg. Cette dernière a pris une place d'autant plus importante que, par ses arrêts de condamnation, elle pousse le législateur à modifier la loi pénale. Il arrive même, suivant le mécanisme de l'arrêt pilote, que le juge européen donne la marche à suivre au législateur, faute de quoi de futures violations de la Convention européenne des droits de l'Homme seraient certaines. Le Conseil constitutionnel envisage également la jurisprudence européenne lorsqu'il s'intéresse à la loi pénale, ce qui donne une dimension particulière au *dialogue des juges* dans la construction du droit pénal.

22. Dès lors, en consacrant des solutions prétoriennes, le législateur reste-t-il maître de la loi pénale ? Demeure-t-il source de la loi, alors qu'il puise dans les eaux jurisprudentielles ? Comment s'articulent les – nouveaux – rôles du législateur et des juridictions comme la Cour de cassation et la Cour européenne des droits de l'Homme ?

23. Pour répondre à ces questions, il est nécessaire de revenir sur le rédacteur originel de la loi pénale, à savoir le législateur. Sans remonter à l'origine de la loi pénale et à son évolution très bouleversée lors de la tempête révolutionnaire, ou à sa fixation relativement stable par la codification napoléonienne, il faut étudier la dernière grande œuvre réformatrice du droit pénal, à savoir la réforme du Code pénal de 1992. Celle-ci a donné lieu à de nombreuses consécutions de solutions prétoriennes par le législateur. Se pose alors la question de la place de ce dernier, dominante ou non, dans l'évolution de la loi pénale. Seront également envisagées les raisons qui ont conduit le législateur à consacrer certaines solutions jurisprudentielles. Cela permettra d'établir

---

<sup>48</sup> G. CLÉMENCEAU, « Un bon juge », *L'Aurore*, 14 mars 1898, archives de la Bibliothèque nationale de France : <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k701513q.langFR>.

<sup>49</sup> V. *infra*, n<sup>os</sup> 148 à 155.

les grands mouvements portant ces consécutions et les enjeux qu'ils véhiculent. En particulier, la réforme du Code pénal souligne la volonté forte du législateur en matière de droit pénal. Celui-ci attribuait une double mission au nouveau Code pénal : « La première est d'ordre juridique. Il convient de doter notre société d'un ensemble cohérent de lois pénales adaptées à notre temps. [...] La seconde exigence est d'ordre éthique. Le nouveau code pénal doit exprimer les valeurs de notre société »<sup>50</sup>. Il apparaît donc que le législateur détenait originellement l'initiative de l'évolution de la loi pénale (**Première Partie**).

Cela démontré, se pose alors la question du devenir de ce rôle majeur du législateur en matière de droit pénal. L'étude des consécutions récentes de jurisprudences par le législateur laisse entrevoir un changement d'optique. Le juge semble progressivement rattraper le législateur dans son œuvre, en apportant toujours plus de solutions audacieuses, finalement consacrées par le législateur. Plus encore, il s'agira d'identifier si ce dépassement est acté, auquel cas le paradigme originel de l'élaboration de la norme pénale s'en trouve renversé. Le cas échéant, la nouvelle place du législateur, face au juge, reste à définir. Le phénomène de consécution de jurisprudences par le législateur, parfois sans les remanier, suscite la crainte qu'avec cette approche du droit pénal, celui-ci abandonne la plume de la loi pénale au juge. Dans ce cas, « ce n'est plus le juge qui applique la loi, mais le législateur qui applique la jurisprudence ! »<sup>51</sup>. Ce dernier semble donc s'inscrire dans un schéma où il prend acte de jurisprudences innovantes permettant d'adapter le droit pénal. En un sens, le législateur s'adapte désormais au droit pénal, plutôt que de le faire évoluer. Plus encore, il semble en retrait, tentant désespérément de rattraper l'évolution que le juge apporte au droit pénal. Il en ressort une perte d'initiative du législateur dans l'adaptation de la loi pénale (**Seconde Partie**).

## **Première Partie : L'initiative originelle du législateur dans l'évolution de la loi pénale**

---

Avant de démontrer que le législateur a perdu l'initiative de l'évolution de la loi pénale, encore faut-il établir qu'il la détenait originellement. Cette initiative, par-delà l'exigence de l'article 34 de la Constitution, ressort particulièrement de la réforme du Code pénal de 1992 tendant à sa modernisation. Initialement, c'est la grande œuvre de codification napoléonienne, entreprise au début du XIX<sup>ème</sup> siècle, qui fondait l'initiative du législateur en la matière. Ainsi, le Code pénal de 1810 était l'expression concrète de cette prépondérance du législateur dans l'élaboration de la loi

---

<sup>50</sup> R. BADINTER, *Projet de loi portant réforme du Code pénal*, présenté devant le Sénat le 20 février 1986, p.4.

<sup>51</sup> J.-Chr. SAINT-PAU, *L'interprétation des lois. Beccaria et la jurisprudence moderne* : RSC 2015, n° 2, p.278.

pénale. La réforme du Code pénal a, quant à elle, révélé un nouvel aspect de cette prépondérance. Le législateur y apparaît comme meneur de l'évolution de la loi pénale.

Cette dernière grande réforme est marquée par la nécessité de faire évoluer le droit pénal (**Chapitre 1**), cette évolution étant portée par la volonté du législateur (**Chapitre 2**).

## **Chapitre 1 : Une évolution nécessaire du droit pénal**

L'initiative de la loi pénale appartient au législateur, seul détenteur, en théorie, de la plume du droit pénal. Les Guerres mondiales ont cependant créé une fracture majeure. Ces dernières ont bouleversé le cours législatif en France et le droit pénal en a été la principale victime. Il a ainsi connu de multiples bouleversements et, dans le même temps, n'a pu évoluer selon un processus législatif classique. Au sortir de cette période, la société a rapidement évolué, ce qui a rendu nécessaire une réforme du droit pénal alors issu du Code pénal de 1810, devenu brutalement désuet. Il ressort ainsi de l'exposé des motifs du projet de loi portant réforme du Code pénal que le Code pénal de 1810 apparaît « comme un instrument juridique obsolète. La législation pénale française appelle une refonte complète de nos textes en un instrument unique et clair, exprimant les valeurs et répondant aux exigences de notre temps : un nouveau code pénal regroupant l'ensemble des dispositions de notre droit pénal »<sup>52</sup>.

Le Code pénal de 1810 semblait donc dépassé par la délinquance (**Section 1**) et les mœurs modernes (**Section 2**).

### **Section 1 : Une évolution face à la délinquance moderne**

24. La volonté du législateur de réformer le Code pénal trouve sa source dans une considération selon laquelle le Code pénal de 1810 serait dépassé par la délinquance moderne. En ce sens, le Code pénal ne correspondait plus à la réalité judiciaire pénale de la fin du XX<sup>ème</sup> siècle. Le projet de loi portant réforme du Code pénal affirme ainsi qu'« entre le temps des diligences et celui de la fusée Ariane, la criminalité et la délinquance ont grandement changé, comme la société française elle-même. »<sup>53</sup> La comparaison temporelle peut sembler exagérée, mais souligne particulièrement bien que le législateur entendait réaliser une véritable avancée du droit pénal lors de la réforme du Code pénal.

---

<sup>52</sup> R. BADINTER, Projet de loi portant réforme du Code pénal, présenté devant le Sénat le 20 février 1986, p.3.

<sup>53</sup> *Ibid*, p.1.

25. L'évolution du droit pénal face aux nouvelles formes de délinquance intervient essentiellement par le biais du droit pénal spécial. Le législateur a logiquement considéré que le droit pénal devait évoluer pour envisager correctement les moyens mis en place par la délinquance moderne. La volonté du législateur ressort notamment du projet de loi portant réforme des dispositions du Code pénal relatives à la répression des crimes et délits contre les biens, qui souligne que « la même volonté d'adapter la réponse pénale à la réalité de la criminalité et de la délinquance moderne commande une rénovation des incriminations. » Et le projet de loi d'ajouter que « le nouveau code pénal doit s'ouvrir très largement aux incriminations nouvelles nées du progrès des techniques. »<sup>54</sup> Ainsi, le législateur a réalisé, lors de la réforme du Code pénal, une véritable entreprise de modernisation du droit pénal spécial, dépassant largement les innovations jurisprudentielles qui l'ont précédé.

Toutefois, il s'est appuyé sur ces dernières en consacrant certaines d'entre elles. En ce sens, la réforme du Code pénal témoigne du soutien que la jurisprudence peut apporter au législateur, animé d'une volonté d'évolution du droit pénal. Ces jurisprudences innovantes apparaissent alors comme des solutions méritant une reconnaissance à valeur légale. Au sein de ces consécutions, l'adaptation du droit pénal aux nouvelles formes de délinquance procède, de façon quasi-systématique, à une extension du champ d'application d'infractions préexistantes. Il arrive également qu'une infraction autonome naisse d'une consécution de jurisprudence ayant, quant à elle, opéré cette extension du champ d'application d'une ancienne infraction.

Deux procédés extensifs peuvent alors être identifiés. Il s'agit parfois d'une extension par le biais du moyen employé par l'agent pour commettre l'infraction (§1). D'autres fois, c'est l'objet de l'infraction qui sera sujet à extension (§2).

### ***§1 L'extension par le truchement du moyen employé pour commettre l'infraction***

26. La réforme du Code pénal présente deux exemples majeurs de consécutions de jurisprudences, en matière de droit pénal spécial, qui ont procédé à une extension du moyen mis en œuvre par l'agent pour commettre l'infraction.

27. Tout d'abord, l'infraction d'appels téléphoniques malveillants, réprimée par l'article 222-16 du Code pénal, illustre ce phénomène. Cet article a été créé lors de la réforme du Code pénal et ne trouvait pas d'équivalent dans l'ancien Code. Les progrès technologiques ont conduit à de

---

<sup>54</sup> P. ARPAILLANGE, Projet de loi portant réforme des dispositions du code pénal relatives à la répression des crimes et délits contre les biens, présenté devant le Sénat le 22 décembre 1988, p.3.

nouvelles formes d'atteintes aux personnes, par le biais des correspondances téléphoniques. Ainsi, des plaideurs ont argué avoir été atteints, au moins sur le plan psychologique, par des appels incessants à des fins vraisemblablement malveillantes. Toutefois, l'absence de prévision légale en la matière a conduit la jurisprudence à se montrer innovante. Elle a ainsi considéré que ces agissements, dès lors qu'ils avaient conduit à une atteinte à l'intégrité physique ou psychique d'autrui, caractérisaient des violences ou voies de fait<sup>55</sup>. Ces dernières étant, quant à elles, réprimées sous l'empire de l'ancien Code pénal, la répression était alors possible et la peine définie en fonction de la gravité de l'atteinte constatée.

Cette jurisprudence, bien que salutaire, ne s'est pas avérée être la panacée pour lutter contre un phénomène nouveau qui, en dépit de son ampleur croissante, n'était pas encore appréhendé par la loi pénale. Comme le souligne la doctrine, « la portée de cette jurisprudence se trouvait limitée dans la mesure où en l'absence de résultat sur la santé de la victime aucune disposition ne permettait de sanctionner des faits qui avaient pourtant tendance à se multiplier en raison de l'évolution des moyens techniques constamment développés tout en constituant des sources importantes de nuisances sonores. »<sup>56</sup> Pour cette raison, une intervention du législateur était nécessaire, afin que le Code pénal réprime ce comportement, même en l'absence de résultat effectif d'atteinte à l'intégrité de la personne. Il s'agissait ainsi de permettre que l'infraction ne soit plus matérielle mais formelle.

28. C'est alors que la réforme de 1992 a créé l'article 222-16 du Code pénal, disposant originellement : « Les appels téléphoniques malveillants ou les agressions sonores, réitérés en vue de troubler la tranquillité d'autrui, sont punis d'un an d'emprisonnement et de 100 000 F d'amende. » La formule « en vue de », caractéristique des infractions formelles, souligne bien que le législateur a souhaité réprimer ces faits de manière autonome, en les dissociant des violences volontaires, constituant pour leur part une infraction matérielle. Dès lors, le législateur a consacré une solution jurisprudentielle novatrice, en reprenant la finalité de celle-ci, mais en lui octroyant un écrin nouveau et spécifique. C'est donc dire que lors de la réforme du Code pénal, le législateur a souhaité faire évoluer la loi pénale conformément aux progrès technologiques. Il s'est alors emparé d'une solution prétorienne qui lui convenait et lui a donné toute sa valeur, en lui accordant un article nouveau du Code pénal.

En revanche, le législateur n'a pas repris le cheminement juridique du juge, car il n'a pas ajouté à l'article réprimant les violences le cas particulier des appels téléphoniques malveillants. Il a ainsi préféré donner son autonomie à cette infraction, compte tenu de sa spécificité criminologique.

---

<sup>55</sup> Crim., 3 janv. 1969, n° 68-91.288 : *Bull. crim.* n° 1 ; *D.* 1969. 152 ; Crim., 4 févr. 1971, n° 70-91.782 : *D.* 1971. 774.

<sup>56</sup> G. CASILE-HUGUES, *Appels téléphoniques malveillants, messages malveillants émis par voie de communication électronique et agressions sonores* : *Répertoire IP/IT et Communication*, juin 2021.

Ce n'est pourtant pas ici un désaveu du juge par le législateur. Ce dernier salue en un sens la solution jurisprudentielle, pour l'efficacité de son innovation, mais la dépasse afin d'en révéler toute l'importance dans une société moderne, où les nouvelles technologies sont source croissante d'infractions inédites. Enfin, par cette consécration, le législateur opère une extension du champ d'application des violences, entendues *lato sensu*, par le truchement du moyen employé par l'agent afin de commettre l'infraction. Cette extension présente la particularité notable d'être accompagnée d'une autonomisation, ce qui signifie que le législateur a fait usage de toute l'étendue de ses pouvoirs. Loin de se contenter de consacrer une jurisprudence opportune, il a désiré la remodeler afin d'établir un nouveau pan des atteintes contre les personnes. Ainsi, le législateur a fait évoluer le droit pénal en créant par-delà l'innovation prétorienne. Une dialectique vertueuse entre l'élaboration et l'application de la loi pénale est alors visible, la première réalisant ce que la seconde ne peut que proposer.

29. L'extension du champ d'application de certaines infractions, par le biais du moyen mis en œuvre par l'agent, s'exprime encore dans le cas de l'escroquerie. L'article 405 du Code pénal de 1810, qui réprimait cette infraction, visait divers moyens permettant d'en caractériser l'élément matériel, notamment l'usage de faux noms, de fausses qualités ou l'emploi de manœuvres frauduleuses<sup>57</sup>. Cette énumération excluait donc l'usage abusif d'une qualité vraie. Ainsi, échappait par exemple à la répression l'agent qui, manipulant une personne grâce à un titre de noblesse, à son appartenance au corps des médecins ou à celui des avocats, la déterminait à lui remettre des fonds.

30. La jurisprudence a donc trouvé une parade, afin de pallier ce que certains auteurs ont pu qualifier d'« insuffisance législative »<sup>58</sup>, en affirmant que l'abus d'une qualité vraie caractérisait une manœuvre frauduleuse, pour sa part visée par l'article 405 ancien du Code pénal. La Cour de cassation a ainsi affirmé que « si l'usage d'une qualité vraie ne peut constituer par lui seul un élément de manœuvres frauduleuses, il ne saurait en être de même de l'abus fait de cette qualité pour imprimer aux allégations mensongères une gravité et une apparence de réalité propres à

---

<sup>57</sup> C. pén., art. 405 ancien : « Quiconque, soit en faisant usage de faux noms ou de fausses qualités, soit en employant des manœuvres frauduleuses pour persuader l'existence de fausses entreprises, d'un pouvoir ou d'un crédit imaginaire, ou pour faire naître l'espérance ou la crainte d'un succès, d'un accident ou de tout autre événement chimérique, se sera fait remettre ou délivrer des fonds, des meubles ou des obligations, dispositions, billets, promesses, quittances ou décharges, et aura, par un de ces moyens, escroqué ou tenté d'escroquer la totalité ou partie de la fortune d'autrui, sera puni d'un emprisonnement d'un an au moins et de cinq ans au plus, et d'une amende de cinquante francs au moins et de trois mille francs au plus. »

<sup>58</sup> C. MASCALA, *Escroquerie – Utilisation de moyens frauduleux : Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, avril 2016 (actualisation : octobre 2019).

commander la confiance et à égarer la volonté de la personne trompée »<sup>59</sup>. Elle s'est donc très tôt, dès 1857, montrée innovante en matière de caractérisation de l'élément matériel de l'escroquerie.

Toutefois, le raisonnement suivi par la Haute juridiction n'est pas sans imperfection juridique. Il faut garder en mémoire que le simple mensonge est exclu pour caractériser des manœuvres frauduleuses constitutives d'une escroquerie. Or, la Cour de cassation a associé l'usage d'une qualité vraie à l'emploi d'un mensonge pour caractériser des manœuvres frauduleuses. Elle évoque d'ailleurs cette problématique et affirme que « si des allégations mensongères ne peuvent par elles-mêmes former un élément de manœuvres frauduleuses, lorsqu'elles ne se relient pas à d'autres circonstances qui viennent leur donner un caractère frauduleux, il en doit être différemment quand leur nature dolosive ressort d'actes extérieurs, ayant d'ailleurs, comme dans l'espèce, un caractère plus grave, par suite de l'abus de la qualité ou du titre de celui qui les emploie »<sup>60</sup>. Par cette justification, la Chambre criminelle souligne que les manœuvres frauduleuses peuvent être caractérisées par deux éléments qui, indépendamment, ne le peuvent pas. Pour conforter sa solution, elle associe mensonge et abus de qualité vraie à des éléments extérieurs. Or, ces éléments sont propres aux faits d'espèce, à savoir le fait pour un prêtre médecin d'avoir fait signer un acte de vente à un mourant, après lui avoir menti sur l'intérêt de cette vente, et alors qu'il lui prodiguait les derniers sacrements et des soins, tout en ayant écarté tout témoin lors de la signature. Les manœuvres frauduleuses semblent effectivement caractérisées, en ce qu'une mise en scène, alimentée par le mensonge et l'abus d'une qualité vraie de l'agent, est constituée.

Cependant, la solution de la Cour de cassation retient des éléments relevant par nature de la casuistique. La solution aurait-elle été la même si l'agent n'avait pas agi alors que sa victime était sur son lit de mort et n'avait pas écarté les témoins de la scène ? Son acte aurait été tout autant malveillant, mais le moyen employé moins recherché et élaboré dans la ruse. La sécurité juridique ne semble alors pas garantie par cette solution, ce qui appelle une clarification par le législateur des moyens caractérisant une escroquerie.

31. Les attendus de la solution souffrent enfin d'un problème quant à l'expression de « nature dolosive ». Cette référence au *dol* semble peu convaincante, en raison de l'évolution historique de l'escroquerie. Cette infraction est devenue autonome depuis la loi des 19 et 22 juillet 1791. L'escroquerie était alors caractérisée pour « ceux qui, par dol ou à l'aide de faux noms ou de fausses entreprises ou de craintes chimériques, auraient abusé de la crédulité de quelques personnes et escroqué la totalité ou partie de leur fortune ». Le Code pénal de 1810 a abandonné la notion de

---

<sup>59</sup> Crim., 3 avr. 1857 : *S.* 1857. 1. 610 ; Crim., 19 janv. 1901 : *DP* 1901. 1. 342.

<sup>60</sup> Crim., 3 avr. 1857 : *ibid.*

*dol*, afin d'empêcher que l'escroquerie soit constituée seulement par une intention frauduleuse<sup>61</sup>. Cela évitait ainsi de confondre élément matériel et élément moral de l'infraction. En faisant référence au *dol*, la Chambre criminelle fait donc appel au droit ancien plus sévère, ce que les principes de légalité et de rétroactivité *in mitius* interdisent pourtant. Cette solution est donc empreinte d'audace, en raison des limites auxquelles se confronte le raisonnement appliqué par la Chambre criminelle, ce qui ne l'a pas empêchée de confirmer sa position<sup>62</sup>. Elle trouve sa justification dans la nécessité d'adapter la lettre de la loi pénale aux réalités criminologiques qu'elle entend envisager. C'est suivant cette logique que la Cour de cassation s'est progressivement écartée de l'interprétation exégétique des textes, afin d'en adopter une interprétation téléologique ou « déclarative » pour reprendre le mot de Faustin-Hélie. Par-delà la lettre, la Haute juridiction s'attache donc à l'esprit de la loi pénale, afin de « remédier aux erreurs de plume [que le législateur] a pu commettre, et pour appliquer la loi aux innovations, notamment technologiques »<sup>63</sup>.

Or, la doctrine a pu souligner que dans certains cas, notamment celui de l'application de l'abus d'une qualité vraie à l'escroquerie, « l'interprétation téléologique était à la limite de l'interprétation analogique et l'audace jurisprudentielle a été le préalable d'une extension de l'incrimination par voie législative. Ainsi, tout en donnant à la lettre des textes une importance primordiale, le juge pénal ouvre-t-il parfois la voie à des modifications législatives. »<sup>64</sup> La solution dégagée en matière d'escroquerie n'était donc pas évidente et n'est pas juridiquement des plus rigoureuses. C'est l'essor des techniques de ruse, permettant de commettre ce qui s'apparente à une escroquerie, qui a conduit la jurisprudence à élargir son acception des moyens légaux admis pour caractériser cette infraction.

32. Le législateur a alors considéré cette extension du moyen infractionnel bienvenue et l'a reprise à son compte. Là encore, il ne s'est pas contenté de consacrer la solution prétorienne, mais l'a remodelée afin d'en révéler toute l'envergure. Ainsi, alors que le juge associait l'abus d'une qualité vraie aux manœuvres frauduleuses, le législateur lui a donné son autonomie comme nouveau moyen légal compris dans l'élément matériel de l'escroquerie. Dès lors, l'article 313-1 du Code pénal issu de la réforme dispose : « L'escroquerie est le fait, soit par l'usage d'un faux nom ou d'une fausse qualité, soit par l'abus d'une qualité vraie, soit par l'emploi de manœuvres frauduleuses, de tromper

---

<sup>61</sup> C. MASCALA, *Escroquerie – Utilisation de moyens frauduleux : Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, avril 2016 (actualisation : octobre 2019) : « Le code pénal de 1810 s'efforça d'éviter par la nouvelle définition du délit d'escroquerie, les inconvénients qui étaient résultés des rédactions précédentes. La suppression du mot « dol », qui se trouvait dans les deux premières rédactions, ôtera tout prétexte de supposer que le délit d'escroquerie peut exister par la seule intention de tromper. »

<sup>62</sup> Crim., 1<sup>er</sup> mars 1973, n° 72-92.159 : *Bull. crim.* n° 106 ; *Gaz. Pal.* 1973. 2. 507.

<sup>63</sup> J. BORÉ et L. BORÉ, *La cassation en matière pénale – Interprétation de la loi pénale* : Dalloz action, 2018/2019, p.310.

<sup>64</sup> *Ibid.*, p.310.

une personne physique ou morale et de la déterminer ainsi, à son préjudice ou au préjudice d'un tiers, à remettre des fonds, des valeurs ou un bien quelconque, à fournir un service ou à consentir un acte opérant obligation ou décharge. » Il y a là une véritable consécration par le législateur, qui reprend une solution prétorienne et l'érige de lui-même en nouveau moyen légal caractérisant l'infraction. Le législateur a, par la même occasion, permis de mettre fin aux quelques incohérences et manques de justification de la jurisprudence. Une fois encore, une dialectique vertueuse s'est mise en place entre le juge, révélateur d'une évolution en puissance, et le législateur, régisseur de l'évolution effective. Si l'extension de certaines infractions est parfois réalisée par le biais du moyen de l'infraction, elle peut également l'être au travers de son objet.

## **§2 L'extension par le truchement de l'objet de l'infraction**

33. Lors de la réforme du Code pénal, deux jurisprudences importantes pour le droit pénal spécial ont été consacrées et procèdent d'une extension de l'objet de l'infraction. Il s'agit en premier lieu de l'extension de l'objet du vol. Cette infraction est réprimée par l'article 311-1 du Code pénal, qui dispose : « Le vol est la soustraction frauduleuse de la chose d'autrui. » Cet article reprend en substance l'article 379 du Code pénal de 1810, qui disposait : « Quiconque a soustrait frauduleusement une chose qui ne lui appartient pas, est coupable de vol. » Cette définition, demeurée simple dans le temps, semble suffire à caractériser les comportements répréhensibles que le législateur entend réprimer. Le vol s'apparente ainsi à une appréhension frauduleuse et, classiquement, à une soustraction matérielle. Le législateur de 1810 était confronté à ces seuls enjeux matériels. Une nuance peut ressortir des vols de créances, qui semblent davantage immatériels, mais ces vols conservent bien une emprise matérielle en ce que leur objet est l'*instrumentum* reconnaissant une créance.

34. En revanche, le législateur contemporain a dû prendre en compte l'évolution des technologies, ayant suscité des précisions notamment sémantiques quant à l'infraction de vol. Ainsi, s'est posée la question de la soustraction d'énergie, en particulier de l'électricité. Le vol définit dans le Code pénal de 1810 réprime la soustraction frauduleuse d'une chose. Or, comme le souligne Michèle-Laure Rassat : « le mot "chose" est un des plus vagues de la langue française, mais il est vrai pas de celle du droit. Il ne doit donc pas conduire à l'idée que la qualification de vol s'applique dès que l'on a privé quelqu'un d'un "bien", mot qui, du point de vue qui nous intéresse, est encore plus compréhensif que celui de chose »<sup>65</sup>. Dès lors, si la chose objet du vol semble très large, elle

---

<sup>65</sup> M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial*, Dalloz, Précis, 8<sup>ème</sup> éd., 2018, p.131.

n'emporte cependant pas une généralité absolue. Pour cette raison, le vol d'immeuble est classiquement rejeté, faute de possibilité de déplacer l'objet. Considérer l'inverse relèverait de l'aberration logique, dans la mesure où un immeuble est, par nature, insusceptible d'être mu. Suivant cette logique, le vol de parties détachées d'un immeuble, devenues alors meubles, peut être caractérisé<sup>66</sup>. Quant à l'électricité, qui n'est ni matérielle à proprement parler, ni manipulable sans outils spéciaux, la jurisprudence a donné raison à un plaideur en affirmant que le vol d'électricité est constitué « par l'effet d'une transmission qui peut être matériellement constatée de la possession du premier dans la possession du second, et doit, dès lors, être considérée comme une chose, au sens de l'article 379 C. pén., pouvant faire l'objet d'une appréhension »<sup>67</sup>.

35. Lors de la réforme du Code pénal, le législateur a consacré cette solution, non sans susciter débat. Le projet de loi prévoyait ce vol spécifique comme suit : « L'utilisation frauduleuse d'énergie au préjudice d'autrui est assimilée au vol »<sup>68</sup>. Cette définition déviait de celle classique du vol, en ce que la soustraction laissait place à l'utilisation. Sans doute le législateur voulait-il prendre en compte la spécificité de l'énergie, en particulier de l'électricité, qui est davantage utilisée qu'appréhendée. Cette définition a pourtant évolué et la consécration légale s'est finalement orientée vers la création d'un article 311-2 du Code pénal, disposant : « La soustraction frauduleuse d'énergie au préjudice d'autrui est assimilée au vol. » Cette dernière se rapproche sensiblement de la définition générale du vol de l'article 311-1 du Code pénal et donne une coloration plus matérielle à l'énergie. Cette approche de l'énergie satisfait Michèle-Laure Rassat, qui affirme que « leur réalité tangible n'est pas discutable même si la manipulation de ces choses revêt un aspect particulier »<sup>69</sup>. Par ailleurs, si le législateur a consacré cette jurisprudence devenue pérenne, il est de nouveau allé au-delà d'une simple reprise de la solution, en accordant à celle-ci une autonomie et en la détachant formellement de l'article 311-1 du Code pénal. Cette autonomie fait écho au projet de loi portant réforme du Code pénal, où la volonté du législateur, en lien aux nouvelles technologies, est rattachée à « des formes nouvelles de criminalité [qui] ont fait leur apparition : [...] infractions multiples liées à la vie urbaine »<sup>70</sup>.

36. Cette consécration extensive de l'objet du vol est toutefois critiquée. Tout d'abord, l'article 311-2 du Code pénal procède à une assimilation de la soustraction frauduleuse de l'énergie

---

<sup>66</sup> Crim., 14 juill. 1864 : *D. 1864. 1. 322*.

<sup>67</sup> Crim., 3 août 1912 : *DP 1913. 1. 439* ; *S. 1913. 1. 337*, note Roux.

<sup>68</sup> P. ARPAILLANGE, *Projet de loi portant réforme des dispositions du code pénal relatives à la répression des crimes et délits contre les biens*, présenté devant le Sénat le 22 décembre 1988, p.13.

<sup>69</sup> M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial*, Dalloz, Précis, 8<sup>ème</sup> éd., 2018, n° 104, p.132.

<sup>70</sup> R. BADINTER, *Projet de loi portant réforme du Code pénal*, présenté devant le Sénat le 20 février 1986, p.1.

d'autrui au vol. Or, la doctrine a pu souligner que cette assimilation confirme, *a contrario*, qu'une telle soustraction n'entre pas dans le champ d'application de l'article 311-1 du Code pénal<sup>71</sup>. De plus, le législateur a ici séparé ce que la jurisprudence réunissait. Cette dernière affirmait bien que l'électricité était « considérée comme une chose », alors que le législateur a parlé d'assimilation, soulignant ainsi la différence entre ces objets. La logique d'une telle consécration ne procède donc pas de l'évidence, tant la question de la concordance entre la notion de chose et celle d'énergie se pose. À l'inverse, Michèle-Laure Rassat considère que cette consécration « était inutile, l'énergie étant à l'évidence une chose au sens du vol ordinaire », mais aussi « absurde car pourquoi viser cette forme particulière d'objet volé à l'exception de toutes les autres » et « maladroit[e] car l'article 311-2 dit de la soustraction frauduleuse d'énergie qu'elle est “assimilée” au vol, ce qui est inexact puisqu'il s'agit d'un vol ordinaire »<sup>72</sup>.

Une autre partie de la doctrine a enfin accueilli favorablement cette consécration, en dépit de cette assimilation discutable de l'énergie à une chose, en affirmant qu'« elle ne choque pas dans la mesure où elle comporte une certaine rationalité criminologique : le voleur d'une chose ou le “soustracteur” d'énergie sont tous deux des délinquants de préhension »<sup>73</sup>.

Une autre critique peut être formulée, au regard des grands principes du droit pénal. En effet, cette assimilation entre énergie et chose, initiée par le juge, procède d'une interprétation extensive *in defavorem*. Or, en vertu du principe de légalité, la jurisprudence ne peut appliquer à des faits un texte visant des faits distincts. Certes, la solution prétorienne envisage l'énergie sur le même plan que la chose, mais elle réalise de fait une assimilation fonctionnelle entre ces notions. Comme le souligne un auteur, « l'assimilation fonctionnelle consiste à créer entre deux termes, différents juridiquement mais semblables sur un plan criminologique, une relation d'équivalence, dans le dessein de leur appliquer, ponctuellement, un régime juridique unique »<sup>74</sup>. Il faut par ailleurs garder à l'esprit qu'au moment de la réforme du Code pénal, l'évolution jurisprudentielle sur la possibilité d'un vol de données informatiques n'existait pas<sup>75</sup>. Il n'était donc pas anodin d'assimiler le vol d'énergie, soit d'un élément immatériel malgré sa quantification possible par des appareils de mesure, au vol d'une chose, classiquement entendue comme un meuble ayant une assise matérielle. La jurisprudence reconnaissait elle-même cet enjeu en parlant de l'électricité non pas comme d'une chose matérielle en soi, mais dont la transmission « peut être matériellement constatée ». En consacrant cette solution, le législateur a donc donné un blanc-seing au juge, qui avait initié une

---

<sup>71</sup> *Histoire et méthodes d'interprétation en droit criminel*, dir. F. STASIAK, Dalloz, T&C, 2015, page 143.

<sup>72</sup> M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial*, Dalloz, Précis, 8<sup>ème</sup> éd., 2018, n° 104, p.132-133.

<sup>73</sup> *Histoire et méthodes d'interprétation en droit criminel*, dir. F. STASIAK, Dalloz, T&C, 2015, page 36.

<sup>74</sup> *Ibid.*, page 35.

<sup>75</sup> Crim., 20 mai 2015, n° 14-81.336 : *Bull. crim.* n° 119 ; *AJ pénal* 2015, p.413, note Dreyer ; Crim., 28 juin 2017, n° 16-81.113 : *AJ pénal* 2017, p.448, obs. Lasserre-Capdeville.

extension du champ d'application du vol par son objet. Il a, dans le même temps, rompu une certaine cohérence dans le droit pénal spécial des biens, en ce que le vol se distingue classiquement de l'escroquerie et de l'abus de confiance, par-delà leur différence de modalité de remise de la chose, en ce qu'il est plus fruste, quand ces deux dernières sont astucieuses. Or, force est de constater que la soustraction frauduleuse d'énergie est plus ingénieuse qu'un vol classique. Elle nécessite en effet l'emploi de technologies adaptées et implique des connaissances suffisantes pour réaliser un détournement d'installations électriques.

Quelles que soient les critiques adressées à cette consécration légale, il demeure que le législateur s'est appuyé sur une solution prétorienne, afin de réaliser une extension de l'objet du vol et ainsi adapter l'infraction aux évolutions technologiques contemporaines. Il a également dépassé la jurisprudence, en créant une assimilation légale, ce qui révèle son initiative dans l'évolution de la loi pénale.

37. Par ailleurs, l'extension du champ d'application de certaines infractions, par le truchement de leur objet, est révélée par l'infraction d'escroquerie. L'ancien article 405 du Code pénal visait comme objet de la remise « des fonds, des meubles ou des obligations, dispositions, billets, promesses, quittances ou décharges ». Or, des cas d'espèce posaient la question de l'application de cet article aux dispenses de paiements tacites, puis à la fourniture de services. Par exemple, tel était le cas lorsqu'un automobiliste faisait fonctionner un parcmètre au moyen d'une rondelle de métal sans valeur<sup>76</sup>, ou encore lorsqu'une personne s'était frauduleusement fait passer pour un élève ayant droit à un stage de ski<sup>77</sup>. La jurisprudence a alors affirmé à plusieurs reprises que l'obtention frauduleuse d'une dispense de paiement tacite caractérise la remise d'une décharge<sup>78</sup>. Après avoir procédé à cette assimilation entre exonération de dette et décharge, la jurisprudence est allée plus loin, en soulignant que la fourniture d'un service, déterminée par des manœuvres frauduleuses, caractérise l'élément matériel de l'escroquerie, prévue par l'ancien article 405 du Code pénal<sup>79</sup>. Une telle solution prétorienne est particulièrement audacieuse, tant elle s'écarte de la lettre de l'incrimination d'alors. L'assimilation entre la dispense de paiement tacite et la décharge semble la plus convaincante, tant la proximité matérielle entre ces notions est grande. En revanche, l'extension à la fourniture de services surprend, en ce que cette dernière n'est ni une obligation, ni une promesse, ni une décharge. Elle ne correspond donc en rien aux objets visés par

---

<sup>76</sup> Crim., 10 déc. 1970, n° 70-91.155 : *Bull. crim.* n° 334 ; *Gaz. Pal.* 1971. 2. 641 ; *JCP* 1972.

<sup>77</sup> TGI Lyon, 18 juin 1970 : *D.* 1970. 2014 ; *JCP* 1970. II. 16514 ; *RSC* 1971. 129.

<sup>78</sup> Crim., 6 févr. 1969, n° 66-91.594 : *Bull. crim.* n° 65 ; *JCP* 1969. II. 16116 ; Crim., 10 oct. 1969 : *Bull. crim.* n° 335 ; *D.* 1970. 92 ; Crim., 13 oct. 1971, n° 70-92.124 : *Bull. crim.* n° 261.

<sup>79</sup> Crim., 10 déc. 1970, n° 70-91.155 : *Bull. crim.* n° 334 ; *Gaz. Pal.* 1971. 2. 641 ; CA Aix-en-Provence, 13 sept. 1972 : *JCP* 1972. II. 17240, note A. C.

l'ancien article 405 du Code pénal. Il semble dès lors que la jurisprudence ait avancé par petits pas dans sa démarche extensive de l'objet de l'escroquerie, alors que le législateur ne souhaitait pas refondre le texte d'incrimination.

Or, comme le soulignait avec force un auteur d'alors, « le législateur serait bien inspiré de modifier l'article 405 qui, pour ne pas dater du néolithique, est manifestement inadapté aux nouveaux modes de délinquance suscités par le progrès technique »<sup>80</sup>. En ce sens, l'évolution de la société a suscité, en parallèle de l'essor des technologies, celui des fournitures de services. Dès lors, l'obtention frauduleuse de ces services s'est accrue et appelait une réforme du droit pénal de 1810. Ce dernier était devenu inadapté à la réalité judiciaire, malgré les solutions extensives de la jurisprudence, qui s'exposait au risque de s'endurcir dans des décisions toujours plus *contra legem*.

38. Lors de la réforme du Code pénal, le législateur s'est alors emparé de cette question et, en plus de consacrer une solution prétorienne quant au moyen de l'escroquerie<sup>81</sup>, a consacré ces solutions qui considéraient la fourniture d'un service comme l'un des objets de la remise caractérisant l'élément matériel de l'escroquerie. Le nouvel article 313-1 du Code pénal dispose ainsi que les objets visés par la remise consistent en « des fonds, des valeurs ou un bien quelconque, à fournir un service ou à consentir un acte opérant obligation ou décharge. » Il s'agit là d'une consécration particulièrement extensive, dans la mesure où la solution prétorienne a évolué de façon progressive. Ainsi, alors que la jurisprudence commençait par admettre, non sans prudence, que des dispenses tacites de paiement pouvaient caractériser une décharge visée par la lettre de l'ancien article 405 du Code pénal, elle s'est orientée vers davantage d'innovation. Elle a alors procédé, une fois encore, à une assimilation *in defavorem*, en affirmant que la fourniture d'un service déterminée par des manœuvres frauduleuses caractérise l'un des éléments matériels de l'escroquerie. Cette solution particulièrement téméraire et objectivement *contra legem* pose naturellement question. Une partie de la doctrine l'a toutefois accueillie avec faveur en affirmant qu'« à notre époque, où les fraudeurs sont à l'affût des possibilités que leur offrent les progrès de plus en plus grands des sciences et techniques, il n'est pas mauvais de recourir à des notions un peu extensives de certaines infractions... »<sup>82</sup>

39. De même, le législateur semble avoir apprécié cette solution prétorienne. Il a ainsi pris la décision de faire évoluer le droit pénal, afin de l'adapter aux nouveautés technologiques et aux évolutions qu'elles suscitaient. Pour ce faire, une évolution du droit pénal spécial des biens était des

---

<sup>80</sup> Note A. C. sous l'arrêt de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence du 13 sept. 1972 (*JCP* 1972. II. 17240).

<sup>81</sup> V. *supra*, nos 29 à 32.

<sup>82</sup> P. BOUZAT, *Le vol d'un service* : *RSC* 1992, p.84.

plus souhaitables. Le législateur a donc, de façon logique, consacré cette jurisprudence permettant d'envisager plus largement et finalement avec plus d'exactitude les nouvelles formes d'escroqueries. Dès lors, cet exemple d'extension jurisprudentielle puis légale de l'objet d'une infraction souligne que le législateur, par la réforme du Code pénal, a réalisé une profonde refonte du droit pénal spécial.

40. En somme, lors de la réforme du Code pénal, le législateur ne s'est pas contenté d'un dépoussiérage des textes, en les retouchant ponctuellement pour en ôter des mots devenus désuets. Au contraire, il a modifié la substance de certaines infractions en s'appuyant sur des solutions prétoriennes qui lui convenaient et dont il a élargi l'envergure. Il apparaît donc comme ayant l'initiative de l'évolution de la loi pénale, ce qui s'accompagne d'une volonté forte de sa part de faire converger le droit pénal et les mœurs modernes.

## **Section 2 : Une évolution en accord avec les mœurs modernes**

41. La volonté du législateur de réformer le droit pénal est portée par un idéal politique fort, qui s'accorde avec les mœurs modernes et l'évolution de la société. Au sortir des Guerres mondiales, l'évolution rapide de la société a entraîné un retard pour le droit pénal. Le législateur souhaite ainsi réformer le droit pénal en ce qu'il ne correspond plus aux mœurs modernes, profondément marquées par les conflits du XX<sup>ème</sup> siècle et le développement industriel puis financier, apparu lors de la période des Trente glorieuses. Cela ressort du projet de loi portant réforme du Code pénal. L'exposé des motifs commence en effet par affirmer que « le code pénal de 1810 était l'expression d'une société civile radicalement différente de la nôtre, qu'il s'agisse de son organisation politique, de son ordre économique et social ou des valeurs consacrées par la conscience collective »<sup>83</sup>. Il s'agit donc pour le législateur de procéder à une évolution du droit pénal que l'histoire avait rendue nécessaire<sup>84</sup>. Le Code pénal étant le socle du droit pénal, il matérialise le projet commun de société et contient les infractions qui symbolisent ce projet. C'est donc ce réceptacle naturel de la loi pénale qui doit être modifié, afin de prendre en compte certaines des évolutions sociétales majeures. Un ancien Garde des sceaux avait d'ailleurs affirmé qu'« un Code pénal bâti pour une société rurale, qui punit encore de 10 à 20 ans de réclusion criminelle l'incendie d'une meule de paille, ne peut être le Code pénal du troisième millénaire »<sup>85</sup>.

---

<sup>83</sup> R. BADINTER, *Projet de loi portant réforme du Code pénal*, présenté devant le Sénat le 20 février 1986, p.1.

<sup>84</sup> V. E. DREYER, *Droit pénal général*, LexisNexis, 6<sup>ème</sup> éd., 2021, n° 60.

<sup>85</sup> A. PEYREFITTE, *Les chevaux du Lac Ladoga, la justice entre les extrêmes*, Livre de Poche, 1981, p.45.

Dans cette œuvre réformatrice du législateur, une *summa divisio* apparaît, distinguant l'évolution du droit pénal quant aux rapports qu'il encadre concernant les personnes morales (§1) de ceux concernant les personnes physiques (§2).

### **§ 1 L'évolution du droit pénal relative aux rapports concernant les personnes morales**

42. La responsabilité pénale des personnes morales ne relève pas de l'évidence et son principe n'a été consacré par la loi pénale française qu'à l'occasion de la réforme du Code pénal, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> mars 1994. Sous l'Ancien régime, une ébauche de cette responsabilité existait par le biais de la responsabilité pénale des groupements, prévue par l'ordonnance de 1670<sup>86</sup>. La période révolutionnaire y a cependant mis fin et le Code pénal de 1810 n'a pas fait évoluer ce principe. Au XIX<sup>ème</sup> siècle, la doctrine majoritaire arguait l'impossibilité pour une personne morale d'être pénalement responsable. Deux arguments majeurs appuyaient cette conception. D'une part, les textes fondant le droit pénal français visent les personnes humaines et, corrélativement, trop peu de textes spéciaux font référence aux personnes immatérielles. Par ailleurs, suivant les théories de droit civil relatives à la fiction de la personnalité morale, il était affirmé avec force que les personnes morales ne peuvent être ni imputables ni punissables.

Cette conception doctrinale s'est progressivement renversée, la personne morale devenant aux yeux de tous une réalité juridique. Certes, la personne morale n'a pas de volonté propre, comme le soulignait l'ancienne doctrine. Toutefois, elle procède d'un syncrétisme de volontés, elle est donc par nature l'expression d'une rencontre de plusieurs volontés. Elle a dès lors une volonté, fruit de l'accord de celles qui la composent. Pour reprendre les mots de Merle et Vitu, « la personne morale est parfaitement capable de volonté ; elle postule même la volonté, puisqu'elle naît et vit de la rencontre des volontés individuelles de ses membres. La volonté collective qui l'anime n'est pas un mythe, elle est concrétisée à chaque étape importante de sa vie par la réunion, la délibération et le vote de l'assemblée générale »<sup>87</sup>. Dans le même sens et pour combattre l'argument selon lequel le droit pénal ne s'intéresse qu'aux êtres de chair, l'imputabilité de la personne morale est fondée, selon Donnedieu de Vabres, sur le *substratum* d'une personne physique qui la représente lors de la commission de l'infraction considérée<sup>88</sup>.

---

<sup>86</sup> R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel – Problèmes généraux de la science criminelle. Droit pénal général*, t. I, Cujas, 7<sup>ème</sup> éd., 1997, n° 637, p.805.

<sup>87</sup> *Ibid.*, n° 638, p.806.

<sup>88</sup> H. DONNEDIEU DE VABRES, *Les limites de la responsabilité pénale des personnes morales* : RIDP, 1950, p.239 et s.

43. La jurisprudence, initialement opposée à ce que la personne morale puisse être pénalement responsable<sup>89</sup>, a infléchi ses décisions entre la fin du XIX<sup>ème</sup> siècle et le milieu du XX<sup>ème</sup> siècle. Elle a ainsi affirmé que la personne morale peut être responsable des infractions purement matérielles que commettent ses représentants légaux<sup>90</sup>, en raison des possibilités qu'offre la loi de réprimer des infractions matérielles « indépendamment de toute intention »<sup>91</sup>.

Cette inflexion jurisprudentielle est à relativiser, dans la mesure où les cas d'espèce permettaient d'envisager les personnes morales en cause sous le prisme de qualités juridiques qui leurs sont parfaitement applicables, notamment celles de propriétaire, de chef d'entreprise ou encore d'employeur<sup>92</sup>.

Toutefois, ces impulsions prétoriennes ont été accompagnées par des projets législatifs tendant à rendre les personnes morales responsables pénalement<sup>93</sup>. En ce sens, la jurisprudence semble avoir été particulièrement innovante, car si elle n'est pas allée jusqu'à poser le principe de la responsabilité des personnes morales, elle en a tout de même proposé une fondation. En tout état de cause, une audace jurisprudentielle de cette ampleur, à ce point contraire à la loi pénale antérieure à la réforme, n'était de toute évidence pas envisageable. La Cour de cassation a donc réalisé un compromis, afin de faire évoluer le principe de l'irresponsabilité pénale des personnes morales vers celui de leur responsabilité. Pour cela, elle a progressivement dégagé des cas spéciaux de responsabilité des personnes morales, timidement selon Merle et Vitu, mais suffisamment pour révéler que « l'on s'acheminait en France vers l'admission généralisée de la responsabilité pénale des personnes morales. Cette admission [ayant] été adoptée par le nouveau Code pénal »<sup>94</sup>.

44. Le législateur a effectivement consacré ce principe lors de la réforme du Code pénal. Dans le projet de loi du Gouvernement, la *ratio legis* de ce principe est clairement exprimée. Il est ainsi affirmé que « l'immunité actuelle des personnes morales est d'autant plus choquante qu'elles sont souvent, par l'ampleur des moyens dont elles disposent, à l'origine d'atteintes graves à la santé publique, à l'environnement, à l'ordre public économique ou à la législation sociale »<sup>95</sup>. La vigueur des débats parlementaires reflète celle des débats ayant animé la doctrine. Les inquiétudes de certains portaient sur les risques que faisait encourir la responsabilité pénale des personnes morales

---

<sup>89</sup> La jurisprudence posait le principe selon lequel « les personnes morales ne sauraient encourir de responsabilité pénale, même pécuniaire » (Crim., 8 mars 1883 : *D. 1884. I. 428*).

<sup>90</sup> Crim., 24 déc. 1864 : *S. 1866. I. 454* ; Crim., 4 nov. 1898 : *S. 1901. I. 57* ; Crim., 7 mars 1918, inédit : *D. 1921. I. 217* ; Crim., 18 févr. 1927 : *S. 1928. I. 291* ; Crim., 25 avr. 1968 : *JCP. 1969. II. 16100*, note Puech.

<sup>91</sup> Crim., 6 mars 1958 : *Bull. crim. n° 231* ; *D. 1958. 465*.

<sup>92</sup> R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel – Problèmes généraux de la science criminelle. Droit pénal général*, t. I, Cujas, 7<sup>ème</sup> éd., 1997, n° 640, p.809.

<sup>93</sup> *Ibid.*, n° 639, p.808.

<sup>94</sup> *Ibid.*, n° 640, p.810.

<sup>95</sup> R. BADINTER, *Projet de loi portant réforme du Code pénal*, présenté devant le Sénat le 20 février 1986, p.6.

pour les syndicats et partis politiques. Les craintes étaient telles que le Sénat avait, en première lecture du projet de loi, écarté de cette responsabilité les partis politiques, les syndicats et les personnes morales de droit public, mais aussi les institutions représentant le personnel et les associations à but non lucratif.

L'Assemblée nationale, en revanche, n'avait exclu de cette responsabilité que les personnes morales de droit public n'exerçant pas d'activité économique<sup>96</sup>. Le Sénat est alors entré en résistance quant à la question de la responsabilité des partis politiques, des syndicats et des institutions représentatives du personnel, mais a finalement modéré sa position, afin que soit respecté le principe d'égalité devant la loi. La réforme du Code pénal a ainsi abouti à la création d'un article 121-2, dont les deux premiers alinéas disposent : « Les personnes morales, à l'exclusion de l'État, sont responsables pénalement, selon les distinctions des articles 121-4 à 121-7, des infractions commises, pour leur compte, par leurs organes ou représentants.

Toutefois, les collectivités territoriales et leurs groupements ne sont responsables pénalement que des infractions commises dans l'exercice d'activités susceptibles de faire l'objet de conventions de délégation de service public. »

45. Cette consécration est donc particulièrement révélatrice de l'évolution du droit pénal que le législateur peut conduire, en s'appuyant sur des solutions jurisprudentielles originales. Ici, le législateur a largement dépassé ces solutions qui, comme il a été vu, demeuraient très prudentes. Il en a toutefois repris certains aspects, notamment en ce que la jurisprudence ne semblait pas différencier les personnes morales selon leur nature. De même, le législateur a posé un principe général de responsabilité des personnes morales. Cette évolution du droit pénal semble majeure mais nécessaire, selon le législateur, au regard des mœurs modernes et de la transformation structurelle que la société avait connu avant la réforme du Code pénal.

Cette position est à nuancer, dans la mesure où les débats parlementaires ont conduit à admettre des exceptions ou à poser des conditions à la responsabilité des personnes morales. Ainsi, l'État est exclu par principe de toute responsabilité pénale. Cela semble logique, l'État étant la plus haute expression institutionnelle de la souveraineté, le protecteur des intérêts généraux et le détenteur du pouvoir répressif qu'il ne saurait retourner contre lui-même. Par ailleurs, les collectivités territoriales et leurs groupements ne peuvent voir leur responsabilité pénale engagée qu'à condition que l'infraction poursuivie ait été commise dans le cadre d'une activité susceptible de faire l'objet d'une convention de délégation de services publics. Enfin, si toutes les autres personnes morales de droit public ou de droit mixte sont responsables pénalement, il demeure

---

<sup>96</sup> Sénat, Compte rendu intégral, 6ème séance, 10 avril 1990, p.169.

qu'elles ne peuvent se voir appliquer la peine de dissolution ou un placement sous contrôle judiciaire, pour les raisons constitutionnelles évoquées lors des débats parlementaires<sup>97</sup>. De ces exceptions ou conditions, Merle et Vitu en soulignent l'impossibilité d'affirmer que la réforme a conduit à proclamer une responsabilité pénale absolument générale des personnes morales<sup>98</sup>. Le législateur a donc fait évoluer le droit pénal, afin de le rapprocher des mœurs modernes. Pour ce faire, il a modifié l'approche de la loi pénale quant aux personnes morales, ce qui constitue une révolution presque complète en la matière. Il s'est également astreint à faire évoluer le droit pénal quant aux rapports qu'il régit entre les personnes physiques.

## *§ 2 L'évolution du droit pénal relative aux rapports concernant les personnes physiques*

46. La réforme du Code pénal est également animée par le souci d'adoucir le caractère répressif du droit pénal hérité de l'Empire. Jean-Marie Carbasse présente le Code pénal de 1810 comme un « code de fer », dont il souligne l'aspect « sévère, dominé par le souci de défendre sans faiblesse l'ordre social et le régime politique »<sup>99</sup>. Or, la fin des Guerres mondiales et la période des Trente glorieuses ont conduit à un adoucissement des mœurs quant au degré répressif dont le droit pénal doit être empreint. Ainsi, le législateur entend modifier le droit pénal dans les rapports qu'il établit et encadre entre le corps social et les justiciables. Cela passe donc par l'évolution de la répression étatique, soit par la modification des infractions et des peines édictées par le Code pénal. En plus de cette volonté d'évolution des rapports entre le tout et l'individu, le législateur entend mettre à jour le droit pénal dans les liens qu'il régit entre les individus eux-mêmes. Deux exemples majeurs de cette régulation révèlent comment le législateur s'est appuyé sur des jurisprudences innovantes, afin de faire évoluer le droit pénal lors de la réforme du Code pénal.

47. Tout d'abord, la réforme a pris acte de l'évolution des rapports entre les individus, sur le plan des obligations. Plus particulièrement, l'essor des relations contractuelles aux XIX<sup>ème</sup> et XX<sup>ème</sup> siècles a conduit à de nombreux litiges. En droit pénal, ces relations d'obligation s'expriment notamment dans le cas de l'abus de confiance. L'article 408 du Code pénal de 1810 réprimait cette infraction, que son 1<sup>er</sup> alinéa définissait ainsi : « Quiconque aura détourné ou dissipé au préjudice des propriétaires, possesseurs ou détenteurs, des effets, deniers, marchandises, billets, quittances

---

<sup>97</sup> Notamment le principe d'indépendance des partis politiques garanti par l'article 4 de la Constitution de 1958 et le principe de liberté syndicale et d'association garanti par le préambule de la Constitution de 1946. V. aussi : Sénat, Compte rendu intégral, 6<sup>ème</sup> séance, 10 avril 1990, p.174.

<sup>98</sup> R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel – Problèmes généraux de la science criminelle. Droit pénal général*, t. I, Cujas, 7<sup>ème</sup> éd., 1997, n° 642, p.812.

<sup>99</sup> J.-M. CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, PUF, 3<sup>ème</sup> éd., 2014, n° 240, p.464.

ou tous autres écrits contenant ou opérant obligation ou décharge, qui ne lui auraient été remis qu'à titre de louage, de dépôt, de mandat, de nantissement, de prêt à usage, ou pour un travail salarié ou non salarié, à la charge de les rendre ou représenter, ou d'en faire un usage ou un emploi déterminé, sera puni des peines portées en l'article 406. » De cet article ressort la condition légale de l'existence d'un contrat entre l'agent et la victime. Cette condition est d'autant plus sélective que seules six catégories de contrats étaient visées, à savoir le louage, le dépôt, le mandat, le nantissement, le prêt à usage et le contrat de travail. Or, cela fonde la cause juridique de la remise du bien qui a été détourné de sa destination par l'agent. L'élément matériel de l'abus de confiance, sous l'empire de l'ancien droit, ne pouvait donc être caractérisé qu'en présence de l'un de ces contrats comme raison juridique source de la remise du bien.

48. En dépit de cette approche restrictive de l'abus de confiance par l'ancien droit, la jurisprudence a rapidement adopté une interprétation large de cette condition relative à la cause juridique de la remise. Elle a ainsi procédé par extension du titre fondant cette remise, en affirmant que « le titre, dont la violation est constitutive de l'abus de confiance, s'entend non seulement d'un titre conventionnel, mais encore de tout titre légal ou judiciaire à l'origine d'une remise dans les termes de l'art. 408 C. pén. : ainsi en est-il du tuteur qui administre, en qualité de mandataire, les biens de ses pupilles »<sup>100</sup>. La Cour de cassation a donc initié une extension progressive de cette condition, en commençant par entendre largement la source du contrat fondant la remise de l'objet détourné. Cette interprétation s'est accentuée, lorsque la Chambre criminelle a considéré que « la détermination par les juges du fond de la nature du contrat dont la violation caractérise l'abus de confiance est souverainement déduite des éléments de fait, dès lors que les motifs ne présentent, ni insuffisance, ni contradiction, ni dénaturation de la convention »<sup>101</sup>. Et la Chambre d'ajouter que « la détermination par les juges du fond de la nature du contrat en vertu duquel la chose a été remise échappe au contrôle de la Cour de cassation, lorsque cette détermination résulte non d'une dénaturation du contrat invoqué, mais d'une interprétation de ses clauses, fondée sur une appréciation souveraine de la volonté des parties »<sup>102</sup>. La jurisprudence a donc, après avoir élargi la source du contrat envisagé par l'ancien article 408 du Code pénal, donné une large latitude aux juridictions du fond dans l'interprétation même de la nature dudit contrat. Ainsi, sauf pour les juges à dénaturer le contrat ou à juger par des motifs insuffisants ou contradictoires, leur appréciation souveraine de la nature de ce contrat ne saurait être utilement remise en question devant la Cour

---

<sup>100</sup> Crim., 28 avr. 1866 : *DP 1866. 1. 356* ; Crim., 3 févr. 1870 : *ibid. 1871. 1. 269* ; *S. 1872. 1. 151*.

<sup>101</sup> Crim., 3 nov. 1967, n° 66-93.132 : *Bull. crim.* n° 283 ; *D. 1968. 80* ; Crim., 28 févr. 1968, n° 67-92.594 : *Bull. crim.* n° 66.

<sup>102</sup> Crim., 20 mai 1937 : *DH 1937. 429* ; Crim., 22 mars 1946 : *Bull. crim.* n° 90 ; *D. 1946. 241* ; Crim., 3 mars 1949 : *Bull. crim.* n° 79 ; Crim., 13 juill. 1951 : *Bull. crim.* n° 208.

de cassation. Cette dernière reconnaît en ce sens la limite de son contrôle et permet corrélativement aux juridictions du fond d'envisager plus largement les relations contractuelles qui leurs sont soumises, dans le cadre d'un débat relatif à la caractérisation d'un abus de confiance.

49. Suivant cette logique, le législateur a désiré consacrer ces jurisprudences, tout en leur donnant une ampleur accrue. Lors de la réforme, le législateur a ainsi rédigé un nouvel article 314-1 du Code pénal, qui dispose désormais : « L'abus de confiance est le fait par une personne de détourner, au préjudice d'autrui, des fonds, des valeurs ou un bien quelconque qui lui ont été remis et qu'elle a acceptés à charge de les rendre, de les représenter ou d'en faire un usage déterminé. » La référence aux anciens contrats fondant la remise a totalement disparu de l'infraction. Il suffit dès lors que les fonds, valeurs ou bien quelconque aient été remis avec obligation pour la personne de les rendre, de les représenter ou d'en faire un usage déterminé. Le législateur a donc admis la jurisprudence anciennement dégagée par la Cour de cassation, en ne mentionnant pas d'exigence quant à l'origine contractuelle de la remise. Cette dernière peut donc être d'origine contractuelle, auquel cas tout type de contrat peut être envisagé<sup>103</sup>, mais également légale ou judiciaire. Il ne revient plus au juge que de caractériser l'existence d'une remise précaire. Dès lors, une rupture historique de l'abus de confiance est apparue lors de la réforme du Code pénal. Cette infraction, qui ne régulaient que des rapports contractuels sélectifs entre les individus, s'intéresse désormais à une très large partie des rapports d'obligation entre ces individus. En ce sens, le législateur a souhaité faire évoluer le droit pénal en s'appuyant sur une jurisprudence novatrice. Cette dernière n'ayant toutefois pas posé le principe d'une application de l'abus de confiance à d'autres relations d'obligation que celles visées par l'ancien article 408 du Code pénal, le législateur en a pris acte et a consacré avec force une solution encore à l'état de souhait. Comme a pu le souligner la doctrine, « ce changement a le mérite de mettre fin aux difficultés rencontrées par les juges du fond pour qualifier le contrat préalable »<sup>104</sup>. Le législateur a donc procédé, selon son propre souhait, à une extension du champ d'application de l'abus de confiance<sup>105</sup>. Par cette extension, il a fait évoluer le droit pénal, afin de lui redonner toute l'étendue de son assise dans la société contemporaine.

50. Par ailleurs, la réforme du Code pénal a modifié la régulation qu'apporte le droit pénal aux rapports entre les individus au sein même de la sphère familiale. Cette évolution s'exprime en matière d'immunités familiales. L'article 380 du Code pénal de 1810 les prévoyait déjà, en

---

<sup>103</sup> Une exception toutefois est à noter, à savoir le contrat de vente. Ce dernier entraînant un transfert de propriété de la chose dès la rencontre entre le consentement des parties, cet effet translatif immédiat empêche de caractériser une remise à titre précaire de la chose.

<sup>104</sup> C. MASCALA, *Abus de confiance : Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, juillet 2016 (actualisation : octobre 2019).

<sup>105</sup> R. BADINTER, *Projet de loi portant réforme du Code pénal*, présenté devant le Sénat le 20 février 1986, p.13.

empêchant toute poursuite pénale pour des faits commis entre conjoints, entre conjoints survivant et prédécédé, entre ascendants et descendants, ainsi qu'entre alliés au même degré, durant le mariage et sauf période d'autorisation de vie séparée pour les époux. Cependant, ces immunités familiales ne concernaient que le vol. Plus encore, l'ancien article 380 du Code pénal était placé entre le vol simple et les circonstances aggravantes de ce dernier. En toute logique, les immunités familiales qu'il prévoyait ne devaient alors s'appliquer qu'aux vols simples.

51. Toutefois, la jurisprudence a rapidement appliqué cet article à des vols aggravés. Cette audace prétorienne peut être sujette à critique, compte tenu de la volonté claire du législateur de 1810 de ne faire bénéficier de l'immunité familiale que les auteurs d'un vol simple. Par ailleurs, ce choix du législateur trouve une justification criminologique implacable. Les vols aggravés prévus par le Code pénal de 1810 sont caractérisés par une singulière dangerosité de l'agent, que celui-ci fasse usage de violences, d'une arme, agisse dans des conditions particulièrement attentatoires à l'ordre public ou avec plusieurs personnes.

Cependant, selon Michèle-Laure Rassat, cette application jurisprudentielle extensive se justifie, au moins sur le plan théorique, car il s'agissait d'une disposition favorable aux personnes poursuivies<sup>106</sup>. La jurisprudence est allée plus loin dans son application extensive de l'article 380 ancien du Code pénal, en faisant bénéficier des immunités familiales aux auteurs d'escroquerie<sup>107</sup>, d'abus de confiance<sup>108</sup> et de recel<sup>109</sup>. Parfois même, elle a estimé que l'extorsion<sup>110</sup> et le chantage<sup>111</sup> pouvaient se voir appliquer les immunités familiales. Une telle application extensive de l'ancien article 380 du Code pénal est purement *contra legem* et procède d'un raisonnement par analogie *in favorem*. Or, cette méthode d'interprétation présente des travers reconnus par la doctrine, notamment en ce qu'elle renvoie directement à l'*arbitraire du juge*, appliquant une disposition légale à des faits que la loi n'envisage pourtant pas<sup>112</sup>.

52. Lors de la réforme du Code pénal, le législateur a consacré, pour partie, ces jurisprudences, tout en remaniant l'application des immunités familiales. Il a ainsi conservé largement les solutions prétoriennes, quant à l'extension du champ d'application des immunités familiales qu'elles réalisaient en matière d'infractions. L'article 311-12 du nouveau Code pénal disposait ainsi, à l'issue de la réforme, que le vol ne peut donner lieu à des poursuites pénales

---

<sup>106</sup> M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial*, Dalloz, Précis, 8<sup>ème</sup> éd., 2018, n° 260, p.317.

<sup>107</sup> CA Toulouse, 9 avr. 1851 : *S.* 1851. 2. 348 ; T. corr. Seine, 27 déc. 1946 : *D.* 1947. 158.

<sup>108</sup> Crim., 27 oct. 1916 : *DP* 1920. 1. 92 ; Crim., 4 janv. 1930 : *Bull. crim.* n° 5 ; *DH* 1930. 230.

<sup>109</sup> Crim., 21 févr. 1952 : *Bull. crim.* n° 5 ; *D.* 1952. 270 ; CA Toulouse, 3 févr. 1960 : *Gaz. Pal.* 1960.1.313.

<sup>110</sup> Crim., 8 févr. 1840 : *S.* 1840. 1. 651.

<sup>111</sup> CA Chambéry, 16 oct. 1958 : *JCP* 1959. II. 10973.

<sup>112</sup> *Histoire et méthodes d'interprétation en droit criminel*, dir. F. STASIAK, Dalloz, T&C, 2015, p.139, 141 et 142.

lorsqu'il est commis au préjudice de son ascendant ou de son descendant, ou de son conjoint, sauf lorsque les époux sont séparés de corps ou autorisés à résider séparément. De plus, les articles 313-3, 314-4, 312-9 et 312-12 du Code pénal prévoient également l'application de ces immunités familiales aux infractions d'escroquerie, d'abus de confiance, d'extorsion et de chantage, par renvoi à l'article 311-12 du même Code.

Cette consécration disparate a reçu des critiques de la doctrine. Il était notamment souligné l'absence de *ratio legis* justifiant l'exclusion du recel du champ d'application de ces immunités, alors que la jurisprudence l'y incluait de façon unanime, quand dans le même temps, l'extorsion et le chantage étaient inclus dans la loi, alors que la jurisprudence était divergente en la matière<sup>113</sup>. Il a par ailleurs été reproché une possible application extensive à outrance de ces nouvelles dispositions. Michèle-Laure Rassat porte particulièrement cette critique. Elle souligne que, dans le cas des infractions d'extorsion et de chantage, le bénéfice des immunités familiales a été accordé de façon trop large. En effet, le premier problème résulte de considérations morales. Dans le cas particulier de l'extorsion, l'infraction suppose une atteinte aux personnes, par le biais de violences ou de menaces de violences ou contrainte. Il semble donc peu concevable que ces actes de violences soient affectés par les immunités familiales. Par ailleurs, le législateur a mentionné dans l'article 312-9 du Code pénal l'application des immunités familiales « aux infractions prévues par la présente section », ce qui prend donc en compte les extorsions aggravées. Or, parmi les circonstances aggravantes de l'extorsion figure le résultat de mort de la victime ou la réalisation d'actes de tortures et de barbarie<sup>114</sup>. Une telle ampleur permet donc de considérer qu'un descendant ayant commis une extorsion à l'égard de son ascendant, ce dernier étant décédé du fait des violences commises lors de l'extorsion, bénéficierait de l'immunité familiale. En l'absence d'extorsion, le descendant serait pourtant poursuivi pour meurtre aggravé, du fait du lien filial existant entre lui et la victime. Michèle-Laure Rassat en tire la conclusion suivante : « c'est à la fois intellectuellement ubuesque et moralement affligeant mais certain en ce qui concerne la lettre du texte et ce qui complique les choses est que, s'agissant d'une disposition favorable à la personne poursuivie, il semble contraire à tous les principes d'en priver le bénéficiaire, par la seule voie de l'interprétation »<sup>115</sup>.

Une partie de la doctrine a toutefois rappelé que la jurisprudence a affirmé, dès lors qu'elle procédait à une interprétation extensive de l'ancien article 380 du Code pénal, que l'immunité familiale ne joue en faveur de l'agent, à l'égard des circonstances aggravantes, qu'à la stricte condition que ces dernières ne caractérisent pas, par elles-mêmes, une infraction distincte de celle

---

<sup>113</sup> W. JEANDIDIER, *J.-Cl. pénal*, art. 311-1 à 311-16, n° 94.

<sup>114</sup> C. pén., art. 312-7.

<sup>115</sup> M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial*, Dalloz, Précis, 8<sup>ème</sup> éd., 2018, n° 262, p.319.

affectée par l'immunité familiale<sup>116</sup>. La jurisprudence a même pu affirmer que l'immunité familiale ne joue que si l'infraction concernée est l'objet principal de la prévention et non un accessoire de celle-ci<sup>117</sup>. Suivant ce raisonnement, la doctrine a pu considérer que, dans le cas d'une extorsion commise par un descendant à l'égard de son ascendant, ayant conduit à la mort de ce dernier, la circonstance aggravante constitue un homicide involontaire voire un meurtre<sup>118</sup>. Dans le cas d'un homicide involontaire, l'extorsion serait vraisemblablement considérée comme l'objet principal de la prévention, mais la jurisprudence ancienne permettrait de poursuivre l'agent pour homicide involontaire, car cette infraction est distincte de celle couverte par l'immunité familiale. Dans le cas du meurtre, la même solution trouverait à s'appliquer, mais si l'extorsion est considérée comme un simple accessoire de la prévention, alors la jurisprudence ancienne souligne que les deux infractions pourraient être poursuivies.

Michèle-Laure Rassat rejette cette conception, en affirmant que la jurisprudence ne peut désormais qu'invoquer la notion de texte absurde, car l'ancienne solution prétorienne se heurterait à la lettre formelle et claire du Code pénal issu de la réforme<sup>119</sup>.

53. Par ailleurs, le législateur a fortement modifié, lors de la réforme, le champ d'application des immunités familiales quant aux personnes concernées. Ce champ *ratione personae* a été considérablement restreint. L'ancien article 380 du Code pénal visait en premier lieu les relations maritales et le veuvage comme source d'immunités familiales. Le législateur a supprimé la référence au veuvage du nouvel article 311-12 du Code pénal, ce qui n'exclue pas nécessairement le maintien de l'immunité pour ce cas particulier<sup>120</sup>. Il a surtout créé une modification notable quant aux liens maritaux. Alors que, sous l'empire du droit ancien, l'immunité jouait depuis la célébration du mariage<sup>121</sup> jusqu'au prononcé du divorce<sup>122</sup>, la réforme a réduit son champ d'application en l'excluant lorsque les époux sont séparés de corps ou autorisé judiciairement à résider séparément. Un glissement s'opère donc, l'immunité ne jouant plus dès lors qu'une union maritale légale existe, mais à condition que celle-ci s'accompagne d'une communauté de vie. Plus encore, une rupture de cohérence surgit de cette condition, lorsqu'on compare l'immunité familiale née du mariage à celle née de la filiation<sup>123</sup>. Ainsi, l'immunité peut être exclue dans le cadre du mariage, même si la séparation de fait des époux est prouvée, faute pour elle d'être reconnue judiciairement, alors

---

<sup>116</sup> Crim., 3 août 1901 : *Bull. crim.* n° 226.

<sup>117</sup> Crim., 21 déc. 1837 : *S.* 1838. 1. 247.

<sup>118</sup> P. MOUSSERON, *Les immunités familiales* : RSC 1998, p.291.

<sup>119</sup> M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial*, Dalloz, Précis, 8<sup>ème</sup> éd., 2018, n° 262, p.319.

<sup>120</sup> *Ibid.*, n° 263, p.321.

<sup>121</sup> Crim., 13 mars 1951 : *Bull. crim.* n° 90 ; Crim., 3 mai 1967, n° 66-90.170 : *Bull. crim.* n° 145.

<sup>122</sup> Crim., 12 mai 1970, n° 69-90.026 : *Bull. crim.* n° 160 ; *D.* 1970. 151. 421.52.

<sup>123</sup> M.-L. RASSAT, *op. cit.*, n° 263, p.320.

qu'aucune condition de vie commune n'est exigée dans le cadre de l'immunité entre ascendants et descendants. De même, le législateur a supprimé l'immunité entre les alliés au même degré, la jugeant trop large et inadaptée à la société contemporaine. Cela ressort notamment des travaux parlementaires, où un sénateur pose la question : « y a-t-il vraiment lieu, par exemple, d'interdire toute poursuite pénale contre la seconde épouse d'un homme si elle vole les enfants du premier lit de ce dernier ? »<sup>124</sup> Exit donc l'immunité issue des rapports d'alliances, considérés désormais comme trop faibles pour justifier l'application d'une immunité pénale, pourtant fondée sur un objectif de paix familiale.

54. Ce glissement consacré par le législateur souligne encore sa volonté de faire évoluer le droit pénal, ici dans son expression au carrefour avec le droit de la famille. Avec la réforme du Code pénal, le législateur s'est appuyé sur des solutions jurisprudentielles extensives pour le champ d'application *ratione materiae* des immunités familiales, mais les a dépassées en remaniant avec force leur champ d'application *ratione personae*. Ce dépassement a conduit à une restriction des immunités familiales, témoignant de l'éclatement de la cellule familiale et de la distanciation des rapports dans la société contemporaine. La *ratio legis* du nouvel article 311-12 du Code pénal n'est d'ailleurs pas autrement formulée, le rapporteur de la commission des lois devant le Sénat affirmant que la réforme « prend ainsi en compte l'évolution de la famille dont les membres n'ont plus de rapports aussi étroits que par le passé »<sup>125</sup>.

55. En somme, le législateur s'est appuyé sur de nombreuses jurisprudences, parfois discrètes, d'autres fois plus audacieuses, afin de réaliser la réforme du Code pénal. Il s'est particulièrement servi de solutions prétoriennes qui allaient dans le sens de l'évolution des mœurs, tout en les remaniant selon sa vision de la société moderne. L'évolution de la délinquance rendait également nécessaire cette modernisation du droit pénal français. Le législateur a donc pris acte de ce besoin et s'est employé à faire évoluer le Code pénal en conséquence. Toutefois, s'il y avait bien une nécessité de rénover le droit pénal, cela n'a pas empêché le législateur d'exprimer sa volonté et, plus encore, de ne consacrer que les jurisprudences conformes à son idéal politique en la matière.

---

<sup>124</sup> Rapport RUDLOFF, doc. Sénat n° 54, 23 octobre 1991, p.33.

<sup>125</sup> Rapport RUDLOFF, doc. Sénat n° 54, 23 octobre 1991, p.33.

## Chapitre 2 : Une évolution portée par la volonté du législateur

L'évolution du droit pénal, lors de la réforme de 1992, est portée par un idéal politique revendiqué par le législateur. Ce dernier, dans les motifs du projet de loi sur la réforme du Code pénal, souligne que sa volonté est double. Il souhaite notamment consacrer les grands principes du droit pénal général relatifs à la loi pénale elle-même (**Section 1**), ainsi qu'à la responsabilité pénale (**Section 2**).

### Section 1 : La volonté d'asseoir les grands principes du droit pénal général quant à la loi pénale

56. Les mœurs ayant évolué, le législateur souligne que le droit pénal ne doit plus être envisagé seulement sous un aspect répressif, ce que faisait le Code pénal de 1810. Son travail lors de la réforme est marqué par la volonté de placer le droit pénal sous le sceau des droits de l'Homme. Cela ressort de l'exposé des motifs du projet de loi portant réforme du Code pénal, dans lequel est affirmé que « la France est une démocratie. Elle doit bénéficier d'un État de Droit exemplaire. Le code pénal doit donc satisfaire aux règles fondamentales qui garantissent les droits et libertés des citoyens en matière pénale, notamment aux principes inscrits dans la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen et dans la Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme »<sup>126</sup>. Cette volonté est encore exprimée dans la deuxième partie du projet de loi intitulée « Exprimer les valeurs de notre temps. Un code inspiré par les Droits de l'Homme ». Le rédacteur du projet de loi y pose la question rhétorique : « sur quelles valeurs est fondée aujourd'hui la société française ? Sur quels principes s'accordent aujourd'hui la quasi unanimité des Français ? Les droits de l'homme. » Et le rédacteur d'en conclure que « pour exprimer les valeurs de notre temps, le nouveau code pénal doit être un code humaniste, un code inspiré par les Droits de l'Homme »<sup>127</sup>. Cette volonté exprimée par le législateur l'a conduit à réformer le droit pénal spécial, afin que ce dernier offre une meilleure protection aux personnes et aux biens. Comme le souligne la nouvelle structure du Code, le premier livre du droit pénal spécial, à savoir le Livre II du Code pénal, s'intéresse aux personnes. Le suivant protège les biens et ce n'est que le Livre IV du Code pénal qui défend les intérêts de l'État, de la nation et de la paix publique. Ce plan révèle la priorité du législateur en matière de droit pénal spécial. Mais le droit pénal général demeure la clef de voûte du Code pénal, en ce qu'il irrigue et régit l'intégralité du droit pénal. Cette place centrale se

---

<sup>126</sup> R. BADINTER, Projet de loi portant réforme du Code pénal, présenté devant le Sénat le 20 février 1986, p.5.

<sup>127</sup> *Ibid.*, p.15.

matérialise par la consécration du droit pénal général dans le Livre I<sup>er</sup> du Code pénal. Or, garantir la protection des droits fondamentaux de chacun par la loi pénale implique un droit pénal général solidement bâti. Partant, le législateur souhaite consacrer des jurisprudences séculaires qui ont, au fil du temps et malgré la lettre du Code pénal de 1810, dégagé des garanties en matière de droit pénal général. La qualité de ce travail jurisprudentiel a été reconnue par le législateur qui en a repris la substance. Merle et Vitu soulignent en ce sens que la réforme, qu'ils ne considèrent pas comme une révolution, a tenu compte de ces anciennes jurisprudences lorsqu'elle a consacré les grands principes du droit pénal<sup>128</sup>.

57. Dans cette optique, le législateur a clarifié les règles régissant la loi pénale elle-même. Il a donc posé les grands principes de la loi pénale dans un Titre I<sup>er</sup> du Livre I<sup>er</sup> du Code pénal, intitulé « De la loi pénale ». Ce faisant, le législateur a donné toute son importance à la loi pénale, seule source du droit pénal légitimée par la souveraineté nationale. C'est depuis ce cœur du Code pénal que les grands principes du droit pénal général irriguent l'ensemble de cet ouvrage. Or, le juge étant l'interprète naturel de la loi pénale, la définition de sa place par le législateur était nécessaire.

En ce sens, le législateur a établi deux aspects majeurs du rôle du juge en droit pénal. Lors de la réforme, le législateur a notamment défini la place du juge par rapport à la loi pénale elle-même (§1), ainsi qu'à l'ordre administratif, dont la concurrence avec l'ordre judiciaire quant au droit pénal est parfois problématique (§2).

### ***§ 1 La place du juge par rapport à la loi pénale***

58. La réforme du Code pénal a été l'occasion pour le législateur de définir avec clarté la place qu'occupe le juge par rapport à la loi pénale qu'il interprète et met en œuvre. Ainsi, le législateur a consacré l'un des principes fondamentaux du droit pénal, à savoir l'interprétation stricte de la loi pénale. Cette assise textuelle est des plus importante, le législateur affirmait notamment dans son projet de loi que « le projet de code pénal consacre donc dès son premier chapitre les principes de l'État de Droit en matière pénale : [...] interprétation stricte de la loi pénale »<sup>129</sup>. Le principe d'interprétation stricte de la loi pénale est donc associé par le législateur à l'État de droit, il en devient une garantie que la loi doit acter et le Code pénal mentionner. Ce principe fondamental était pourtant absent du Code pénal de 1810. La jurisprudence n'en a

---

<sup>128</sup> R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel – Problèmes généraux de la science criminelle. Droit pénal général*, t. I, Cujas, 7<sup>ème</sup> éd., 1997, n° 105, p.158.

<sup>129</sup> R. BADINTER, *Projet de loi portant réforme du Code pénal*, présenté devant le Sénat le 20 février 1986, p.5.

d'ailleurs pas fait immédiatement application. Au contraire, elle refusait originellement que le juge se reconnaisse le droit d'interpréter la loi pénale pour corriger une erreur évidente de celle-ci<sup>130</sup>.

59. La Chambre criminelle a toutefois progressivement admis que les juges puissent rectifier les erreurs évidentes de rédaction du législateur, par le biais d'une interprétation de la loi pénale<sup>131</sup>. L'exemple le plus célèbre de ce revirement jurisprudentiel concerne une erreur de syntaxe présente dans un décret en date du 11 novembre 1917, dont l'article 78 interdisait aux usagers des transports publics « de descendre ailleurs que dans les gares, et lorsque le train est complètement arrêté », ce qui signifiait, littéralement, qu'il ne fallait descendre d'un train que s'il était en marche<sup>132</sup>. Ainsi, la Cour de cassation quittait sa vision trop littérale des textes, afin d'envisager peu à peu l'objectif recherché par le législateur. Un glissement de la lettre vers l'esprit de la loi pénale s'opérait alors et les prémices du principe d'interprétation stricte de la loi pénale naissaient. Par la suite, la jurisprudence s'est affinée et, alors que l'interprétation se généralisait, le juge la limitait dans son ampleur. Ainsi, la Cour de cassation acceptait certes que la loi pénale fasse l'objet d'une interprétation, lorsqu'elle manquait de clarté ou de précision, mais elle devait être particulièrement stricte. Cela éviterait au juge d'imprimer sa pensée au cas d'espèce et ainsi de dénaturer l'esprit de la loi pénale. La Haute juridiction a donc, y compris par sa formation d'assemblée plénière, posé le principe selon lequel « les textes répressifs sont d'interprétation stricte et [...] les juges ne peuvent procéder par voie d'exception ou d'analogie »<sup>133</sup>. Était donc affirmé avec force le principe *poenalia sunt restringenda*, que le législateur n'avait pourtant pas mentionné dans le Code pénal de 1810.

60. Cette solution ne relevait cependant pas de l'évidence. Au contraire, Beccaria avertissait déjà que « rien n'est plus dangereux que l'axiome selon lequel il faut consulter l'esprit de la loi. C'est dresser une digue bientôt rompue par le courant des opinions »<sup>134</sup>. Le risque est effectivement grand que, sous l'effet de l'opinion publique, le juge dénature le sens ou la portée d'une loi. Il faut garder en mémoire les procès révolutionnaires, où les plaideurs les plus fortunés payaient le peuple pour qu'il crie à son innocence ou, plus récemment, les cris d'hallali proférés lors du procès de Patrick Henry. Ce risque existe encore, de façon plus perverse, par le biais de l'opinion personnelle des juges qui, par nature, évolue dans le temps et d'un magistrat à l'autre. Faut-il dès lors considérer, comme les partisans de la méthode d'interprétation littérale, que le juge ne doit pas s'intéresser à la

---

<sup>130</sup> Crim., 11 mars 1831 : *S. 1831. I. 147* ; R. MERLE et A. VITU, *op. cit.*, n° 175, p.254.

<sup>131</sup> Crim., 30 déc. 1922 : *S. 1924. I. 283*.

<sup>132</sup> Crim., 8 mars 1930 : *D. 1930. I. 101*.

<sup>133</sup> Crim., 4 févr. 1898 : *S. 1899. I. 249* ; Crim., 11 juin 1965 : *Bull. crim.* n° 152 ; Cass. Ass. plén., 22 janv. 1982, n° 79-94.914 : *Bull. Ass. plén. n° 1* ; *Bull. crim.* n° 25 ; *D. 1982. 157*, concl. Cabannes ; *JCP CI 1982. II. 13828*, note De Lestang.

<sup>134</sup> C. BECCARIA, *Des délits et des peines*, Garnier-Flammarion, 1991, p.67-68.

*ratio legis* des textes ? La formule *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit* (« quand la loi a voulu quelque chose elle l'a dit, quand elle ne l'a pas voulu elle s'est tue ») semble en effet juste et d'une logique implacable.

Pourtant, cette « méthode littérale est inexacte et stérilisante »<sup>135</sup> aux yeux de Merle et Vitu, qui soulignent que l'erreur de cette formule est d'inférer que la loi serait nécessairement parfaite, ce qui est impossible. Elle ne satisfait pas non plus car le droit est une chose vivante, en ce que les mœurs et la politique le font évoluer. C'est donc au juge de l'adapter à ces dernières et non au législateur de constamment modifier la loi. Comme le souligne Michel Villey, « interpréter, ce devrait être expliciter le contenu d'un texte, en le transcrivant dans un langage plus accessible à ses actuels utilisateurs »<sup>136</sup>. C'est précisément pour cette raison que la méthode d'interprétation téléologique est concevable. Elle se définit ainsi comme celle où « le juge ou le commentateur doit rechercher la volonté du législateur, non seulement en tenant compte de la lettre de la loi, mais aussi de l'histoire, des précédents, des travaux préparatoires, de l'évolution sociale, scientifique, philosophique même, pour assurer au texte une portée effective d'application dans le cadre actuel »<sup>137</sup>. Elle donne au juge la tâche de faire épouser les faits d'espèce à la loi et la lettre de celle-ci à l'esprit du législateur. Le caractère strict de cette interprétation permet d'éviter un arbitraire qui trahirait cet esprit, le juge doit ainsi s'auto-limiter dans son œuvre, car il n'est pas une source de droit pénal légitime au même titre que le législateur<sup>138</sup>. Une telle méthode d'interprétation procède donc d'une déontologie de la part de l'autorité judiciaire, au regard du principe de séparation des pouvoirs. Le juge doit donc être celui qui déclare ce qui est, à savoir ce qui est déclaré par la loi pénale ou l'esprit qui en ressort, et non ce qu'il voudrait qu'il soit.

61. Lors de la réforme, cette solution jurisprudentielle a été consacrée par l'article 111-4 du Code pénal, qui dispose par une formule laconique mais pure : « La loi pénale est d'interprétation stricte. » Cette consécration révèle la volonté du législateur d'asseoir ce grand principe du droit pénal pour une raison double. Cela permet d'abord d'éviter que l'*arbitraire du juge* puisse être avalisé par la loi. Le Code pénal de 1810 présentait à l'inverse ce risque, notamment par son article 82, qui réprimait le fait d'accomplir sciemment en temps de guerre « un acte de nature à nuire à la défense nationale non prévu et réprimé par un autre texte ». Cette formulation trop large et imprécise permettait ainsi aux juges d'envisager à peu près tout acte comme caractérisant l'élément matériel de l'infraction. Pire encore, elle semblait les y pousser. Un tel article rapprochait dangereusement

---

<sup>135</sup> R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel – Problèmes généraux de la science criminelle. Droit pénal général*, t. I, Cujas, 7<sup>ème</sup> éd., 1997, n° 169, p.249 ; V. également *supra*, n° 6.

<sup>136</sup> M. VILLEY, *Philosophie du droit*, Dalloz, 2005, p.282.

<sup>137</sup> R. MERLE et A. VITU, *op. cit.*, n° 170, p.250 ; V. également *supra*, n° 7.

<sup>138</sup> Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, A. Colin, 7<sup>ème</sup> éd., 2004, p.63.

l'infraction considérée de celles établies par la terrible loi révolutionnaire dite des suspects. Ainsi, la consécration par le législateur de l'interprétation stricte de la loi pénale, combinée au principe de légalité, permet d'éviter ces possibles dérives.

Par ailleurs, c'est bien le principe d'interprétation téléologique de la loi pénale que le législateur a souhaité consacrer, conformément à la jurisprudence. Il a donc rejeté dans le même temps l'interprétation littérale voulue par Beccaria, ainsi que l'interprétation analogique<sup>139</sup>. Le législateur a donc accordé au juge une place majeure par rapport à la loi pénale. Ce dernier devient le plein interprète de la loi pénale, qui n'envisage plus celle-ci comme une œuvre isolée, mais la replace dans son écrin, afin de lui donner toute son importance. Merle et Vitu affirment d'ailleurs que « cette méthode confère aux juges un pouvoir plus large, mais qui n'a rien d'arbitraire, et elle exige d'eux, en contrepartie, non seulement une conscience aigüe et un sens affiné de leur responsabilité, mais aussi une formation technique solide. »

62. Le législateur a donc repris un principe dégagé par la jurisprudence, qui correspondait à sa vision du droit pénal. S'il a consacré cette solution prétorienne sans la dépasser, sa prédominance dans l'évolution du droit pénal ressort tout de même. Il a ainsi affirmé le principe de l'interprétation stricte et, corrélativement, rejeté définitivement toute autre méthode d'interprétation<sup>140</sup>. La jurisprudence faisait pourtant usage, ponctuellement, d'autres méthodes que la téléologique. Le législateur apparaît donc comme principal moteur de l'évolution du droit pénal, qu'il appuie sur la jurisprudence, afin d'asseoir les grands principes du droit pénal relatifs à la loi pénale. Cela ressort également de la place que le législateur a accordée au juge judiciaire face à l'ordre administratif.

## **§ 2 La place du juge par rapport à l'ordre administratif**

63. À l'occasion de la réforme du Code pénal, le législateur a défini la place qu'occupe le juge judiciaire par rapport à l'ordre administratif. Plus précisément, il a établi l'articulation entre le procès pénal et le recours administratif, en donnant au juge judiciaire la possibilité d'interpréter des actes administratifs et d'en apprécier la légalité. Cet octroi majeur de pouvoir au juge pénal s'est opéré en plusieurs temps et s'est accompagné de nombreux conflits entre les ordres judiciaire et administratif. Le Code pénal de 1810 ne comportait originellement aucune mention quant à la

---

<sup>139</sup> Pour une définition de l'interprétation analogique, V. R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel – Problèmes généraux de la science criminelle. Droit pénal général*, n<sup>os</sup> 171 à 173, p.251 et s. ; V. également *supra*, n<sup>o</sup> 8.

<sup>140</sup> Une nuance doit tout de même être apportée, car l'interprétation analogique *in favorem*, bien qu'exceptionnelle, n'est pas totalement exclue par l'article 111-4 du Code pénal : V. R. MERLE et A. VITU, *op. cit.*, n<sup>o</sup> 174, p.254.

possibilité pour le juge pénal d'interpréter un acte administratif. Une telle logique procédait de l'héritage révolutionnaire relatif à la stricte séparation des pouvoirs, que les lois des 22 décembre 1789 et 16 et 24 août 1790 affirmaient par des « formules brutales », pour reprendre l'expression de Merle et Vitu. Pour autant, la jurisprudence a très vite admis que l'ordre judiciaire peut refuser de faire application d'un règlement illégal, en affirmant que « si les tribunaux judiciaires ne peuvent pas connaître des actes administratifs, ni mettre des entraves à leur exécution, ils ne peuvent aider cette exécution que par les moyens qui rentrent dans le cercle de leur autorité »<sup>141</sup>. Au regard de l'héritage évoqué ci-devant et de l'absence totale de loi permettant au juge judiciaire d'entendre des arguments relatifs à la légalité d'actes administratifs, cette jurisprudence semble des plus audacieuses. Un auteur l'a même comparée, sans la confondre totalement, à l'arrêt *Marbury c/ Madison* de la Cour suprême des États-Unis d'Amérique<sup>142</sup>.

64. Une première consécration de cette jurisprudence, bien que timide, a été réalisée par le législateur. Il a ainsi, par une loi du 28 avril 1832, ajouté à l'article 471 du Code pénal un alinéa 15 disposant qu'une peine d'amende est prévue pour « ceux qui auront contrevenu aux règlements légalement faits par l'autorité administrative et ceux qui ne se seront pas conformés aux règlements et arrêtés publiés par l'autorité municipale. » Par la suite, un décret du 23 décembre 1958 a placé cette disposition à l'article R. 26, alinéa 15 du Code pénal de 1810. Sur ce fondement, d'aucuns affirmaient que le juge pénal pouvait examiner la légalité d'un règlement et, le cas échéant, refuser de l'appliquer au cas d'espèce.

Or, ce fondement demeure peu solide pour deux raisons essentielles. Tout d'abord, la disposition, originellement présente dans l'ancien article 471 du Code pénal, a été placée dans un article réglementaire, ce qui réduit d'autant son importance. Par ailleurs, le texte ne fait état que d'une sanction prononcée par le juge pénal sur le fondement d'un règlement légalement fait par l'autorité administrative. Il ne dispose donc pas que le juge pénal peut en apprécier la légalité car, de deux choses l'une, soit le législateur accorde à ce juge une telle compétence, auquel cas il devrait le mentionner explicitement ; soit il maintient la compétence exclusive du juge administratif – comme l'orthodoxie du principe de séparation des pouvoirs l'exige – et se contente alors de préciser que le règlement doit être légal. En l'état des dispositions de l'ancien Code pénal, il convient de considérer que le juge pénal devrait, si une question relative à la légalité du règlement incriminant survenait, surseoir à statuer dans l'attente que le juge administratif soit saisi et tranche la question

---

<sup>141</sup> Crim., 3 août 1810 : cité par Ph.-A. MERLIN, *Questions de droit*, 1829, V. *Préfet*, t. XI, p.358. Cette jurisprudence est devenue constante : Crim., 26 mars 1831 : *Jurispr. gén. Dalloz* ; Crim., 9 mars 1929 : *DH 1929. 236* ; Crim., 1<sup>er</sup> févr. 1956 : *Bull. crim.* n° 118, *D. 1956. 365* ; Crim., 3 juin 1935 : *DH. 1935. 428*.

<sup>142</sup> *Histoire et méthodes d'interprétation en droit criminel*, dir. F. STASIAK, Dalloz, T&C, 2015, p.64.

de la légalité dudit règlement. Affirmer le contraire reviendrait, pour la jurisprudence, à s'arroger des pouvoirs que seul le législateur peut lui accorder.

65. C'est pourtant ce qu'a considéré durablement la Cour de cassation, entrant en contradiction avec le Conseil d'État puis le Tribunal des conflits. Ce dernier a été saisi, de façon logique, du fait du raisonnement peu rigoureux de la cour suprême de l'ordre judiciaire. Deux questions ont cristallisé la discordance entre les juridictions. Tout d'abord, la distinction entre actes administratifs réglementaires et individuels a suscité débat. Par un arrêt *Avranches et Desmarets*, le Tribunal des conflits a tranché en affirmant que le juge répressif peut interpréter les actes administratifs réglementaires, mais encore en apprécier la légalité et ce quelle que soit la nature des actes<sup>143</sup>. En revanche, le Tribunal des conflits a refusé au juge pénal la possibilité d'interpréter ou d'apprécier la légalité des actes réglementaires individuels, contrairement à ce qu'affirmait la Cour de cassation. Cette position trouvait écho dans une partie de la doctrine, affirmant qu'un tel examen a une portée plus grave dans le cas de l'acte individuel. L'argument s'appuyait sur les conséquences d'une éventuelle décision du juge pénal. Ainsi, lorsque le juge écarte un acte individuel, il le prive de toute efficacité, alors que dans le cas d'un acte réglementaire, la portée est moindre car, même déclaré illégal, l'acte est seulement inopposable à la partie en cause mais n'est pas privé de sa substance<sup>144</sup>. Par ailleurs, le Tribunal des conflits était appelé à trancher la question du pouvoir d'appréciation du juge répressif quant aux actes fondant les poursuites ou invoqués comme moyen de défense. Là encore, la lettre des articles 471 puis R. 26 du Code pénal de 1810 soulignait que la légalité des actes n'était envisagée que dans le cas où ces derniers fondent les poursuites pénales, mais pas lorsqu'ils sont employés en défense<sup>145</sup>. Dans son arrêt *Avranches et Desmarets*, le Tribunal des conflits a pourtant décidé que la compétence du juge répressif, bien que limitée aux actes réglementaires, s'étendait aux actes venant à l'appui des poursuites comme à ceux invoqués en défense.

Or, un problème est survenu quant à l'application de cette décision. Pour comprendre cet enjeu, il faut revenir sur la jurisprudence de la Cour de cassation. La Chambre criminelle affirmait que le juge pénal peut écarter un acte administratif qu'il estime illégal<sup>146</sup>. L'audace prétorienne allait jusqu'à dire que même si le juge administratif a déclaré l'acte valable à l'issue d'un recours pour excès de pouvoir, le juge pénal n'est pas lié par cette décision, l'administratif n'ayant donc pas

---

<sup>143</sup> T. confl., 5 juill. 1951, *Avranches et Desmarets* : *Lebon* 638 ; *D.* 1952. 271, note Blaevoët ; *S.* 1952. 3. 1, note Auby.

<sup>144</sup> A. MESTRE, *Recherches sur l'exception d'illégalité*, in *Mélanges Haurion*, p.581 et s.

<sup>145</sup> R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel – Problèmes généraux de la science criminelle. Droit pénal général*, t. I, Cujas, 7<sup>ème</sup> éd., 1997, n° 244, p.330.

<sup>146</sup> V. par exemple : Crim., 5 mars 1987 : *Bull. crim.* n° 110 : à propos de la validité d'un arrêté préfectoral interdisant une manifestation sur la voie publique.

autorité sur le pénal<sup>147</sup>. La Cour de cassation refusait par ailleurs de se soumettre au Tribunal des conflits, en maintenant sa position permettant au juge pénal d'apprécier la légalité des actes administratifs individuels<sup>148</sup>. Cette jurisprudence extensive est particulièrement *contra legem*<sup>149</sup>.

La Cour de cassation nuancait tout de même sa position en limitant ce contrôle. Elle écartait ainsi la compétence du juge pénal, lorsque la loi prévoyait expressément une voie de recours spéciale contre l'acte administratif<sup>150</sup>, ou dans les cas où l'acte présentait un sens et une portée obscurs nécessitant une interprétation<sup>151</sup>. Une autre limite que posait la Chambre criminelle résidait dans la théorie dite de la *loi-écran*. Ainsi, le contrôle du juge répressif cesse si l'acte semble conforme à la loi en application de laquelle il a été pris<sup>152</sup>. Cette solution est bienvenue, dans la mesure où le contraire conduirait le juge pénal à apprécier la conformité de la loi concernée à la Constitution, ce qui n'est pas envisageable<sup>153</sup>. En tout état de cause, la jurisprudence refusait que le juge pénal puisse envisager l'opportunité de l'acte administratif qui lui est déféré<sup>154</sup>.

Le problème surgit lorsque la Cour de cassation a affirmé que le juge administratif était seul compétent pour apprécier la légalité d'un acte administratif, « si cet acte n'est pas lui-même pénalement sanctionné, alors même que de sa légalité dépendrait la solution du procès pénal »<sup>155</sup>. Elle limitait ainsi le contrôle du juge pénal aux actes individuels directement assortis d'une sanction pénale. Or, il a été souligné que le Tribunal des conflits a déclaré le juge compétent pour se prononcer sur la légalité d'actes réglementaires venant à l'appui de poursuites ou invoqués en défense. Ainsi, par souci de cohérence jurisprudentielle, la Cour de cassation n'a pu appliquer cette solution, pourtant extensive et favorable, car elle interdisait aux juridictions du fond d'envisager la légalité d'actes administratifs non assortis directement de sanction pénale. Merle et Vitu en concluent que « plus favorable que le Tribunal des conflits pour admettre largement l'examen de la légalité des actes administratifs invoqués au soutien de poursuites pénales, la Chambre criminelle était donc en retrait sur la position de ce même Tribunal quand les actes administratifs n'assumaient que le rôle de moyens de défense à l'action publique. Le nouveau Code pénal a heureusement simplifié et clarifié le problème »<sup>156</sup>.

---

<sup>147</sup> Crim., 24 févr. 1976, n° 75-91.237 : *Bull. crim.* n° 70 ; Crim., 4 mars 1986, n° 85-93836 : *Bull. crim.* n° 89.

<sup>148</sup> Crim., 29 mars 1962 : *Bull. crim.* n° 158 ; Crim., 21 déc. 1961, n° 61-90.710, *Dame Leroux* : *S.* 1962. 89, *D.* 1962. 102 ; Crim., 4 janv. 1991 : *Bull. crim.* n° 8.

<sup>149</sup> *Histoire et méthodes d'interprétation en droit criminel*, dir. F. STASIAK, Dalloz, T&C, 2015, p.66 et 67.

<sup>150</sup> Crim., 28 mars 1950 : *D.* 1950. 302.

<sup>151</sup> Crim., 20 janv. 1960 : *Bull. crim.* n° 35.

<sup>152</sup> Crim., 26 févr. 1974, n° 72-93.438 : *Bull. crim.* n° 82 ; *D.* 1974. 273, concl. Touffait, note Vouin.

<sup>153</sup> E. DREYER, *Droit pénal général*, LexisNexis, 6<sup>ème</sup> éd., 2021, n° 339, p.288.

<sup>154</sup> Crim., 25 mai 1956 : *Bull. crim.* n° 395.

<sup>155</sup> Crim., 21 déc. 1961, n° 61-90.710, *Dame Leroux* : *S.* 1962. 89, *D.* 1962. 102 ; Crim., 1<sup>er</sup> juin 1967, n° 67-90.899, *Canivet et Dame Moret* : *Bull. crim.* n° 172, *GP* 1967. 2. 41.

<sup>156</sup> R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel – Problèmes généraux de la science criminelle. Droit pénal général*, t. I, Cujas, 7<sup>ème</sup> éd., 1997, n° 244, p.330.

66. Le législateur a effectivement opté pour une solution de clarification permettant de résoudre les problèmes récurrents mis en exergue par la jurisprudence. Lors de la réforme du Code pénal, un article 111-5 a été créé, disposant : « Les juridictions pénales sont compétentes pour interpréter les actes administratifs, réglementaires ou individuels et pour en apprécier la légalité lorsque, de cet examen, dépend la solution du procès pénal qui leur est soumis. » De cette formulation, plusieurs remarques peuvent être faites quant à l'œuvre du législateur. Tout d'abord, la jurisprudence de la Chambre criminelle, issue de l'arrêt *Canivet et Dame Moret*, est brisée par le législateur. Ce dernier formule expressément que le juge répressif peut déterminer la légalité d'un acte administratif, que celui-ci fonde les poursuites ou soit employé comme moyen de défense et que son irrespect soit pénalement sanctionné ou non, dès lors que de cette solution dépend l'issue du procès pénal. De même, le compromis trouvé par le Tribunal des conflits, dans l'arrêt *Avranches et Desmarets*, cède face à la jurisprudence de la Cour de cassation. Le législateur octroie en effet le pouvoir au juge pénal d'apprécier la légalité des actes administratifs, qu'ils soient réglementaires ou individuels. Il permet enfin au juge d'interpréter les actes obscurs, ce qui supprime la restriction apportée par la Cour de cassation, dans son arrêt *Dame Leroux*.

67. Cette solution légale procède d'un raisonnement bienvenu, dans la mesure où la doctrine majoritaire soulignait que l'extension des pouvoirs du juge en la matière serait bénéfique. La doctrine justifiait cela en raison du droit pénal lui-même, matière répressive particulièrement attentatoire aux libertés individuelles. Il convenait donc que le juge puisse rapidement tirer les conséquences de l'illégalité d'un acte administratif, plutôt que de surseoir à statuer dans l'attente de l'issue d'une procédure de recours pour excès de pouvoir devant le juge administratif. De même, il était affirmé que le juge répressif devait avoir les moyens de s'assurer immédiatement de l'existence de l'élément légal de l'infraction qui lui était soumise, sans que la nature de l'acte administratif ne puisse l'entraver dans cette recherche. Le doyen Vedel trouvait alors un argument particulièrement convaincant, en soulignant que « dès l'instant qu'on est en matière répressive, cet acte administratif, par ses incidences pénales, intéresse les droits les plus fondamentaux »<sup>157</sup>. Emmanuel Dreyer voit encore un argument en faveur d'une telle extension, davantage d'ordre politique et institutionnel. Il affirme ainsi que « le souci de préserver la liberté individuelle l'emporte ici sur la cohérence juridique » et que « si le texte dont la violation est sanctionnée pénalement exprime la volonté de

---

<sup>157</sup> G. VEDEL, note sous le jugement du Tribunal correctionnel de Toulon du 18 mars 1948 (*JCP 1948. II. 4299*).

l'exécutif plutôt que du législateur, il ne peut porter atteinte aux droits fondamentaux. On se résout donc à accepter la compétence réglementaire en matière contraventionnelle »<sup>158</sup>.

En revanche, cette solution légale semble souligner que le législateur a largement renié l'œuvre jurisprudentielle établie par la Cour de cassation, plutôt que de la consacrer. La réforme du Code pénal a pourtant bien consacré la solution prétorienne de la Haute juridiction. Il faut garder à l'esprit que l'élan jurisprudentiel en la matière provient de l'arrêt de la Chambre criminelle, du 3 août 1810. Or, cet arrêt a permis au juge pénal d'écarter un acte administratif illégal et n'a pas connu de revirement jurisprudentiel. Seule sa portée a été modifiée, de façon quelque peu erratique et en contradiction avec le Tribunal des conflits, mais sa substance est demeurée. C'est bien ce qu'a consacré le législateur, tout en ôtant les limites et écueils jurisprudentiels issus des conflits entre les juridictions suprêmes.

68. Ici encore, le législateur fait évoluer le droit pénal en s'appuyant sur une jurisprudence originale, dont il supprime les errements et consacre ce qui correspond à sa volonté d'asseoir les grands principes du droit pénal général, relatifs à la loi pénale. La volonté forte du législateur s'est encore exprimée, lors de la réforme du Code pénal, par la consécration de jurisprudences en matière de responsabilité pénale.

## **Section 2 : La volonté d'asseoir les grands principes du droit pénal général quant à la responsabilité pénale**

69. Comme le souligne Emmanuel Dreyer, le Code pénal de 1810 souffrait de nombreuses imperfections, tant idéologiques que techniques, à telle enseigne qu'il était reconnu par la doctrine comme l'ouvrage le moins réussi de la codification napoléonienne. Selon cet auteur, les avancées jurisprudentielles réalisées en dépit de ce socle textuel étaient telles qu'« il était devenu urgent – au regard du principe de légalité – de consacrer l'important travail réalisé par la jurisprudence afin de corriger les imperfections les plus flagrantes du texte d'origine [le Code pénal de 1810] »<sup>159</sup>. Lors de la réforme du Code pénal, le législateur a donc précisé les règles relatives à la loi pénale. Il a par ailleurs consacré des avancées en matière de responsabilité pénale. Ce faisant, il s'est emparé du sujet fondamental du droit pénal, à savoir l'agent qui commet l'infraction. Ce sujet était largement ignoré du Code napoléonien, en dehors du droit pénal spécial, ce qui ne permettait pas de dégager du texte l'ensemble des règles générales en matière de responsabilité pénale. Le législateur a

---

<sup>158</sup> E. DREYER, *Droit pénal général*, LexisNexis, 6<sup>ème</sup> éd., 2021, n<sup>os</sup> 338 et s., p.287, 288 et 289.

<sup>159</sup> *Ibid.*, n<sup>o</sup> 66, p.45.

renversé ce paradigme, en consacrant ces grands principes dans un Titre II du Livre I<sup>er</sup> du Code pénal, intitulé « De la responsabilité pénale ».

70. L'école dite de la défense sociale nouvelle<sup>160</sup> a eu un impact dans cet essor des grands principes du droit pénal au sein du nouveau Code pénal, en ce qu'elle a guidé les principales évolutions du Code. Jean-Marie Carbasse souligne en ce sens que ces grandes évolutions légales « résultent d'une nouvelle doctrine pénale, dite de la "Défense sociale nouvelle", qui a triomphé après la Seconde Guerre mondiale et dont les lieux communs irriguent à peu près toute la politique pénale du dernier demi-siècle »<sup>161</sup>. Merle et Vitu sont plus nuancés sur ce constat mais reconnaissent tout de même cette influence lorsqu'ils affirment qu'« il suffit de lire le nouveau Code pénal français, très sévère dans la pure tradition répressive, pour constater que le mouvement de la Défense sociale nouvelle est au "purgatoire", même s'il a eu une incidence historique incontestable dans certains domaines »<sup>162</sup>.

En tout état de cause, la défense sociale nouvelle a participé à l'intérêt du législateur pour les règles générales encadrant la responsabilité pénale. De cet intérêt ressortent plusieurs axes d'évolution pour le droit pénal général. Ainsi, la réforme du Code pénal a été l'occasion pour le législateur de consacrer des jurisprudences anciennes concernant les faits justificatifs de l'infraction (§1), la culpabilité (§2) et l'imputabilité (§3).

### ***§ 1 Les faits justificatifs de l'infraction***

71. Dans le Code pénal de 1810, les faits justificatifs n'étaient pas envisagés dans la partie générale mais au sein du droit pénal spécial<sup>163</sup>. Parmi ces faits justificatifs, deux sont particulièrement révélateurs de la dialectique entre le juge et le législateur, où le premier procède par extension et le second consacre en remaniant des solutions prétoriennes conformes à sa volonté.

72. Tout d'abord, le fait justificatif de légitime défense est révélateur de cette logique. À titre liminaire, le législateur a abandonné certaines formules de l'ancien article 328 du Code pénal, au profit de celles retenues par la jurisprudence. Ainsi, la « nécessité actuelle » cède face aux

---

<sup>160</sup> V. M. ANCEL, *La défense sociale nouvelle, un mouvement de politique criminelle humaniste*, Cujas, 3<sup>ème</sup> éd., 1981.

<sup>161</sup> J.-M. CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, PUF, 3<sup>ème</sup> éd., n° 236, p.459.

<sup>162</sup> R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel – Problèmes généraux de la science criminelle. Droit pénal général*, t. I, Cujas, 7<sup>ème</sup> éd., 1997, n° 88, p.137 et 138.

<sup>163</sup> Notamment : C. pén., art. 327 ancien, sur l'ordre de la loi et le commandement de l'autorité légitime, et C. pén., art. 328 et 329 anciens, sur la légitime défense.

expressions « dans le même temps » et « sauf s'il y a disproportion entre les moyens de défense employés et la gravité de l'atteinte ». La jurisprudence avait dégagé elle-même l'exigence de proportionnalité de la riposte à l'atteinte, en s'appuyant sur la « nécessité » légalement établie<sup>164</sup>. Elle avait également posé le principe d'une unité de temps entre la riposte et l'atteinte, suivant la formule « actuelle »<sup>165</sup>. Le législateur a consacré ces solutions prétoriennes en les reprenant dans l'article 122-5 du Code pénal, dont la clarté est bien supérieure à la lettre de l'ancien article 328 du Code pénal<sup>166</sup>. Ces consécutions ne relèvent pas d'une logique extensive, mais soulignent que le législateur et le juge ont cheminé ensemble. La réforme du Code pénal procède donc d'une rencontre régulière entre la volonté du législateur et les solutions prétoriennes.

Par ailleurs, l'évolution de ce fait justificatif souligne un double phénomène d'extension, initié par le juge et consacré par le législateur. Cette extension du champ d'application de la légitime défense procède, d'une part, de l'accroissement des faits envisagés par la légitime défense et, d'autre part, de l'objet défendu.

73. L'extension du champ d'application de la légitime défense est donc apparue, en premier lieu, quant aux faits que cette notion recouvre. L'ancien article 328 du Code pénal disposait : « Il n'y a ni crime ni délit, lorsque l'homicide, les blessures et les coups étaient commandés par la nécessité actuelle de la légitime défense de soi-même ou d'autrui. » Comme le souligne l'ensemble de la doctrine, cet article était littéralement très sélectif, ne visant que les réponses d'homicide, de blessures ou de coups<sup>167</sup>. La jurisprudence a pourtant appliqué l'ancien article 328 du Code pénal à des cas originaux. Par exemple, la jurisprudence a considéré que la légitime défense pouvait être invoquée dans une espèce où l'agent avait proféré, en guise de riposte, des menaces<sup>168</sup>. Elle avait également appliqué cet article dans une espèce relative à une saisie par les vêtements réalisée afin d'éviter que soit arrachée une prothèse capillaire récemment mise en place<sup>169</sup>.

74. Lors de la réforme du Code pénal, le législateur a consacré l'esprit de ces jurisprudences en mentionnant, dans l'article 122-5 du Code pénal, non plus les cas restrictifs antérieurs mais plutôt « un acte commandé par la nécessité de la légitime défense d'elle-même ou d'autrui. » La référence à un acte réalise une extension conséquente du champ d'application de la légitime

---

<sup>164</sup> Crim., 21 nov. 1961, *Devand* : D. 1962. 226.

<sup>165</sup> Crim., 17 juin 1927 : S. 1929. 1. 356.

<sup>166</sup> R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel – Problèmes généraux de la science criminelle. Droit pénal général*, t. I, Cujas, 7<sup>ème</sup> éd., 1997, p.574.

<sup>167</sup> *Ibid.*, n° 433, p.558 ; J. PRADEL et A. VARINARD, *Les grands arrêts du droit pénal général*, Dalloz, 12<sup>ème</sup> éd., 2021, p.388.

<sup>168</sup> T. corr. Seine, 18 nov. 1938 : *Gaz. Pal.* 1939. 1. 209.

<sup>169</sup> Crim., 7 fév. 1989, n° 88-82.207 : *Bull. crim.* n° 49 ; RSC 1989. 503, obs. Levasseur.

défense. Les faits envisagés par le Code pénal sont absolument généraux, ce qui fait dire à la doctrine que le législateur a ainsi repris cette jurisprudence « permettant de justifier pratiquement toutes les infractions commises avec une exception très importante cependant concernant la légitime défense des biens »<sup>170</sup>.

75. Précisément, le législateur a pris en compte la légitime défense des biens, au sein d'un autre alinéa de l'article 122-5 du Code pénal. Le législateur de 1810 n'avait prévu le fait justificatif de légitime défense qu'à l'égard des personnes, à savoir soi-même ou autrui. La clarté de l'ancien article 328 du Code pénal sur ce point est telle qu'il semblait inconcevable que la jurisprudence puisse appliquer ce texte à la protection des biens. Pour comprendre cette logique, il convient de remonter aux fondements de la légitime défense. D'un point de vue philosophique, Rousseau affirmait que « la nécessité de défense rétablit l'homme dans l'état de nature où chacun a le droit de se faire justice ». Hegel concevait une approche mathématique en soulignant que « l'attaque est la négation du droit, et que la défense est la négation de cette négation, donc l'application du droit ». Merle et Vitu considèrent ces formules excessives, leur préférant l'argument de Garçon selon lequel « la Société perd tout intérêt à la répression, lorsque, dans des cas d'urgence, les moyens habituels de la Justice ne suffisent pas à assurer la sécurité des personnes ou même des biens »<sup>171</sup>.

Si Garçon envisageait la défense des biens, une partie de la doctrine du XIX<sup>ème</sup> siècle la refusait pourtant de façon catégorique. Ainsi, le fondement textuel motivait l'idée selon laquelle le législateur n'a expressément visé que la défense des personnes. Plus encore, il était affirmé que toute atteinte aux biens demeure réparable, au moins par des dommages et intérêts, et que la justice peut toujours intervenir pour cela. Il serait donc inconcevable qu'une atteinte à l'intégrité physique d'un voleur soit justifiée par l'atteinte aux biens qu'il commet, compte tenu de la différence de gravité entre les préjudices<sup>172</sup>. La doctrine contemporaine reconnaît encore que la légitime défense comporte une part de danger indéniable, en ce que le législateur accorde à chacun un pouvoir de police privée<sup>173</sup>. Merle et Vitu également reconnaissent cet enjeu car cet octroi revient à ce que l'individu « coopère au lieu et place de l'autorité au maintien de l'ordre »<sup>174</sup>.

Toutefois, ces arguments trouvaient des limites tant textuelles que philosophiques. Ainsi, l'article 329 du Code pénal de 1810, sans viser la légitime défense des biens, ne semblait pas l'exclure totalement<sup>175</sup>. Il disposait en effet que les violences étaient légitimes pour repousser « pendant la

---

<sup>170</sup> J. PRADEL et A. VARINARD, *Les grands arrêts du droit pénal général*, Dalloz, 12<sup>ème</sup> éd., 2021, p.388.

<sup>171</sup> R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel – Problèmes généraux de la science criminelle. Droit pénal général*, t. I, Cujas, 7<sup>ème</sup> éd., 1997, n° 452, p.575, reprenant le commentaire de GARÇON, art. 328 du Code pénal, n° 13.

<sup>172</sup> V. par exemple J. ORTOLAN, *Éléments de droit pénal*, t. I, n° 44, Plon, 3<sup>ème</sup> éd., 1863.

<sup>173</sup> J. PRADEL et A. VARINARD, *op. cit.*, p.388.

<sup>174</sup> R. MERLE et A. VITU, *op. cit.*, n° 452, p.575.

<sup>175</sup> *Ibid.*, n° 457, p.579.

nuit l'escalade ou l'effraction des clôtures, murs ou entrée d'une maison ou d'un appartement habité ou de leurs dépendances », ou encore pour se défendre « contre les auteurs de vols ou de pillages exécutés avec violence ». La rigueur juridique exige donc, dans un cas comme dans l'autre, que l'intégrité physique de la victime soit menacée, au moins en puissance, en raison de la référence aux lieux habités ou aux appréhensions commises avec violence. Toutefois, la légitime défense est ici envisagée à la frontière entre la protection des biens et des personnes. De même, l'argument tenant à la disproportion entre l'atteinte aux biens et la riposte portant atteinte aux personnes est remis en question par l'exigence de proportionnalité posée par la jurisprudence.

76. C'est dans cette logique que la jurisprudence a progressivement appliqué le fait justificatif de légitime défense aux biens<sup>176</sup>. Au-delà des critiques doctrinales sur cette extension de l'objet visé par la légitime défense, l'œuvre du législateur a elle-même connu de vifs débats. L'audace jurisprudentielle était d'abord reprise par le projet de révision du Code pénal de 1930 et par la Commission de révision du même Code de 1974. Plus encore, l'avant-projet définitif du Code de 1978, puis le projet de nouveau Code pénal de 1988, plaçaient la légitime défense des personnes et celle des biens au sein d'un même alinéa et leur accordaient les mêmes conditions légales. Dans l'avant-projet de 1983, ces deux cas de légitime défense étaient envisagés dans deux articles séparés, mais dont les termes étaient identiques.

Toutefois, les discussions parlementaires ont été particulièrement houleuses, jusqu'à l'adoption du nouveau Code pénal<sup>177</sup>. Ainsi, le Sénat avait adopté le principe d'une assimilation entre la légitime défense des personnes et des biens. L'opposition était cependant notable, si bien que le Garde des Sceaux avait dû défendre le projet de loi ainsi : « à ceux qui pensent que la permission légale de défendre le patrimoine peut inciter les citoyens à la violence, je réponds que l'interdiction de protéger ses biens créerait un vide législatif et pourrait susciter dans l'opinion publique l'apparition de phénomènes d'exaspération. Si la loi ne protège pas suffisamment le droit de propriété, grande sera la tentation, pour chacun, d'organiser sa propre protection, en transgressant l'interdiction légale »<sup>178</sup>. L'Assemblée nationale, en revanche, avait rejeté cette assimilation entre protection d'une personne et d'un bien justifiant une riposte portant atteinte à l'intégrité physique, voire à la vie. Aucun rapport de proportionnalité n'était concevable en la matière selon les députés, qui reprenaient l'argument d'un potentiel encouragement légal à la violence. L'opposition entre les deux chambres était telle qu'après une deuxième lecture

---

<sup>176</sup> Req., 25 mars 1902 : *D.* 1903. I. 356, *S.* 1903. 1. 5 ; Crim., 21 déc. 1954 : *Bull. crim.* n° 423 ; Crim., 11 oct. 1956 : *Bull. crim.* n° 630 ; Crim., 14 févr. 1957 : *Bull. crim.* n° 155 ; Crim., 28 nov. 1972, n° 72-91.406 : *Bull. crim.* n° 362 ; *D.* 1973. 20.

<sup>177</sup> J. PRADEL, *Le nouveau Code pénal*, Dalloz, 2<sup>ème</sup> éd., 1995, n° 41.

<sup>178</sup> Sénat, *Compte rendu intégral*, 6<sup>ème</sup> séance, 10 avril 1990, p.165.

infructueuse du projet de loi, c'est une commission mixte paritaire qui a adopté ce principe, tout en le modulant. Elle a ainsi reconnu la légitime défense des biens de façon limitée, excluant notamment tout homicide volontaire<sup>179</sup>.

77. Le législateur a donc, finalement, consacré la solution jurisprudentielle reconnaissant la légitime défense des biens, tout en la séparant de celle des personnes<sup>180</sup>. L'article 122-5 du Code pénal dispose ainsi les deux formes de légitime défense, celle des biens excluant tout homicide volontaire. Ainsi, le législateur a consacré une extension prétorienne du fait justificatif de légitime défense de façon très originale. Alors que le juge avait réalisé une première extension, tenant aux faits envisagés par la légitime défense, il a par la suite procédé à l'extension de son objet. Cette innovation jurisprudentielle est des plus audacieuses. Le juge permettait ainsi à la défense d'arguer ce fait justificatif pour la quasi-totalité des actes de riposte commis, ainsi que pour toute fin protégée, qu'elle soit sa propre vie ou celle d'autrui mais aussi la protection des biens. Ici, le législateur a repris ces solutions, non sans susciter débat, en raison de leur conformité à sa volonté de placer le Code pénal sous le sceau des droits de l'Homme. Lors des débats parlementaires, le Garde des Sceaux avait notamment affirmé que cette réforme traduisait une règle édictée par l'article 2 de la Convention européenne des droits de l'Homme<sup>181</sup>.

78. Par ailleurs, la dialectique entre le juge, procédant par extensions, et le législateur, consacrant les solutions conformes à sa volonté réformatrice du Code pénal, ressort du fait justificatif d'état de nécessité. Ce dernier relève d'une extension jurisprudentielle à la limite de la création, que Merle et Vitu caractérisent d'hypothèse difficilement assimilable aux théories classiques des faits justificatifs, à savoir l'accomplissement d'un devoir ou l'exercice d'un droit<sup>182</sup>. Le Code pénal de 1810 n'érigait pas l'état de nécessité en fait justificatif général et ne le prévoyait que très rarement en droit pénal spécial<sup>183</sup>.

79. La jurisprudence a pourtant réalisé une extension de ce fait justificatif, au point de lui donner un caractère général. Au XIX<sup>ème</sup> siècle, la Cour de cassation appliquait ce fait justificatif sans le nommer. Elle considérait en ce sens que, suivant les causes subjectives d'irresponsabilité

---

<sup>179</sup> Rapport SAPIN, doc. Assemblée nationale n°1945, 2 avril 1991, p.5 et 44 ; Rapport RUDLOFF, doc. Sénat n° 256, 3 avril 1991, p.5 et 44.

<sup>180</sup> R. BERNARDINI, *Légitime défense : Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, oct. 2017 (actualisation : février 2018).

<sup>181</sup> Sénat, Compte rendu intégral, 6<sup>ème</sup> séance, 10 avril 1990, p.165.

<sup>182</sup> R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel – Problèmes généraux de la science criminelle. Droit pénal général*, t. I, Cujas, 7<sup>ème</sup> éd., 1997, n° 434, p.559.

<sup>183</sup> Par exemple : C. pén., art. R. 38 ancien, sur l'encombrement de la voie publique, ou C. pén., art. R. 40-9 ancien, sur l'abattage d'animaux domestiques.

pénale, la nécessité relevait de la contrainte morale<sup>184</sup> ou de la force majeure, en affirmant que l'agent avait commis l'infraction en étant privé de sa liberté décisionnelle, sous l'effet d'une force irrésistible<sup>185</sup>. Cette position suscitait la critique de la doctrine, en raison de son manque de rigueur juridique. Il est en effet inexact de parler d'absence de liberté de décision pour une personne qui se trouve dans un état de nécessité. Seule la personne sous contrainte perd sa capacité à choisir, alors que celle confrontée à la nécessité a bien le choix de son acte, c'est même ce qui caractérise la nécessité<sup>186</sup>. La jurisprudence a progressivement évolué, en un sens vraisemblablement regrettable, en abandonnant l'idée d'une forme particulière de contrainte morale, au profit d'une absence d'intention coupable. Faute pour l'agent d'avoir eu une intention délictueuse, sa culpabilité ne saurait être caractérisée<sup>187</sup>. Cette solution est malheureuse car elle procède d'une confusion – encore courante – entre l'intention et le mobile de l'infraction. L'intention délictueuse est caractérisée par la volonté d'agir en conscience, alors que le mobile consiste en la finalité de l'acte visée par l'agent. Or, l'état de nécessité est précisément caractérisé par un acte voulu en connaissance de cause. Certes, l'objectif est louable, mais il demeure un mobile que le droit pénal ne retient pas, sauf exceptions expressément mentionnées par le législateur. La jurisprudence s'était alors orientée dans une direction dangereuse, mêlant intention et mobile, après avoir confondu contrainte morale et nécessité.

Par la suite, elle a prudemment modifié son interprétation, en affirmant tacitement que l'état de nécessité était reconnu de façon générale<sup>188</sup>. Cette solution était alors saluée par la doctrine, qui fondait majoritairement le fait justificatif d'état de nécessité sur une cause objective. Il serait ainsi logique de reconnaître ce fait justificatif car il exprime une limite de la loi pénale. Il procède d'un choix entre le mal et le pire par l'agent, dont le caractère de délinquant est parfaitement relatif, puisqu'il privilégie l'infraction au détriment de la fatalité, afin d'éviter un plus grand préjudice pour la société. Merle et Vitu vont jusqu'à dire qu'« en pareille hypothèse, l'infraction est socialement utile ou socialement indifférente, et c'est la raison pour laquelle l'application de la loi pénale est inconcevable »<sup>189</sup>.

---

<sup>184</sup> Notamment lors de la célèbre affaire Louise Ménard : CA Amiens, 22 avr. 1898 : *DP* 1899. 2.329, *S.* 1899. 2. 1.

<sup>185</sup> Crim., 15 nov. 1856 : *Bull. crim.* n° 358 ; Crim., 14 août 1863 : *DP* 64. I. 399 ; Crim., 2 mai 1878 : *DP* 78. I. 336 ; Crim., 8 août 1874 : *Bull. crim.* n°225 ; Crim., 16 mai 1934 : *DH* 1934. 367 ; Req., 8 juill. 1872 : *S.* 72. I. 399.

<sup>186</sup> R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel – Problèmes généraux de la science criminelle. Droit pénal général*, t. I, Cujas, 7<sup>ème</sup> éd., 1997, n° 467, p.590.

<sup>187</sup> Crim., 27 janv. 1933 : *GP* 1933. I. 489 ; CA Paris, 6 oct. 1945 : *D.* 1944. 115 ; T. corr. Cherbourg, 6 févr. 1945 : *S.* 1945. 2. 81.

<sup>188</sup> Crim., 4 janv. 1956 : *Bull. crim.* n° 9 ; *D.* 1956. 130 ; *RSC* 1956. 831, obs. Légal ; Crim., 18 juin 1958 : *Bull. crim.* n° 471, comp. A. LEGAL, *L'état de nécessité, un fait justificatif qui n'ose pas dire son nom* : *RSC* 1969, p.864 ; Crim., 25 juin 1958 : *D.* 1958. 693 ; *JCP* 1959. II. 10941 ; *RSC* 1959. 111 ; Crim., 27 déc. 1961 : *JCP* 1962. 2. 12652.

<sup>189</sup> R. MERLE et A. VITU, *op. cit.*, n° 468, p.591. La référence à l'utilité sociale était déjà évoquée dans un arrêt : T. corr. Coutances, 11 oct. 1968 : *JCP* 1969. II. 15879.

80. Lors de la réforme du Code pénal, le législateur a consacré cette jurisprudence, en lui donnant toute son ampleur. Il a ainsi créé un article 122-7 du Code pénal, qui dispose : « N'est pas pénalement responsable la personne qui, face à un danger actuel ou imminent qui menace elle-même, autrui ou un bien, accomplit un acte nécessaire à la sauvegarde de la personne ou du bien, sauf s'il y a disproportion entre les moyens employés et la gravité de la menace. » Une fois de plus, le législateur a remodelé la solution prétorienne conformément à sa volonté. Alice Dejan de la Bâtie pose en ce sens la question : « qui mieux que le législateur peut décider les limites d'application des normes qu'il a lui-même établies ? C'est sans doute ce raisonnement – outre un souhait de reprise en main législative de la matière – qui a incité à la consécration législative de l'état de nécessité »<sup>190</sup>. Il a donc repris la notion d'état de nécessité, dégagée progressivement par le juge, tout en lui donnant des conditions claires, semblables à celles de la légitime défense.

C'est encore une marque de la volonté du législateur lors de la réforme, qui souhaite une évolution du droit pénal notamment par le biais des droits fondamentaux. L'extension consacrée protégeant les individus d'une répression pénale inique, le sens voulu par le législateur semble acquis. Le Garde des Sceaux affirmait d'ailleurs devant le Sénat que « l'état de nécessité doit être reconnu par un code pénal moderne »<sup>191</sup>. Cette volonté du législateur ressort par ailleurs de l'évolution de la notion de culpabilité.

## § 2 La culpabilité

81. La volonté du législateur d'asseoir les grands principes du droit pénal général s'est également illustrée en matière de culpabilité. C'est, plus particulièrement, par la consécration forte de l'exigence d'un élément moral de l'infraction, que cette volonté ressort de la réforme du Code pénal. En 1810, le législateur n'a pas estimé qu'une règle générale aurait dû poser l'exigence d'un élément moral. Ainsi, faute pour le droit pénal spécial de préciser, pour chaque infraction, que celle-ci devait être réalisée avec une intention délictueuse, il revenait à la jurisprudence de trancher. Positivement, les textes incriminateurs disposaient parfois que l'infraction devait être commise « volontairement », « avec connaissance », « à dessein » ou encore « sciemment ». Négativement, certains articles disposaient que l'infraction pouvait être commise « involontairement », ou par « imprudence » ou « négligence ». En revanche, lorsque les articles passaient sous silence cette

---

<sup>190</sup> A. DEJEAN DE LA BÂTIE, *Les faits justificatifs spéciaux*, thèse 2018, sous la dir. de A. LEPAGE, Paris II, n° 141, p.84.

<sup>191</sup> Sénat, Compte rendu intégral, 6<sup>ème</sup> séance, 10 avril 1990, p.197.

question, la doctrine avait posé comme principe fondamental du droit pénal que le juge caractérise le caractère intentionnel de l'infraction<sup>192</sup>.

82. Toutefois, la jurisprudence demeurait erratique et exigeait parfois un élément moral alors que le texte de loi ne précisait rien<sup>193</sup>. Dans d'autres cas, elle interprétait littéralement les textes, contrairement au principe doctrinal déjà évoqué, ce qui la conduisait à dégager une catégorie de délits n'exigeant pas la caractérisation d'un élément moral. Ces délits étaient nommés par la doctrine « délits matériels » ou « délits contraventionnels ». La doctrine n'a pu que difficilement définir les critères conduisant la jurisprudence à écarter l'exigence d'un élément moral pour ces délits. Elle a pu tout de même souligner que ces délits étaient liés à la sauvegarde préventive d'intérêts généraux, que les faits n'étaient pas particulièrement blâmés socialement et que leur peine était d'un faible *quantum*<sup>194</sup>. Ce n'est qu'au milieu du XIX<sup>ème</sup> siècle que la jurisprudence a posé avec davantage d'exigence un « principe général selon lequel l'intention criminelle est un élément constitutif de l'infraction »<sup>195</sup>.

83. Le législateur a « mis de l'ordre dans ce domaine », pour reprendre l'expression de Merle et Vitu, en ce qu'il a érigé en principe général l'exigence de caractérisation d'un élément moral pour les délits et les crimes. Ainsi, l'article 121-3 du Code pénal dispose désormais en son premier alinéa : « Il n'y a point de crime ou de délit sans intention de le commettre. » Le législateur a donc repris la solution prétorienne la plus favorable aux justiciables, abandonnant de ce fait la catégorie des délits matériels, définitivement supprimée par la loi pénale. En dehors des contraventions, seule catégorie d'infractions pour laquelle le dol général n'est pas exigé, le législateur n'a laissé qu'une soupape à l'ancienne jurisprudence reconnaissant des délits matériels. Il ressort ainsi de l'article 339, de la loi d'adaptation du 16 novembre 1992, « que tous les délits non intentionnels réprimés par des textes antérieurs à l'entrée en vigueur de la présente loi ne demeurent constitués qu'en cas d'imprudence, de négligence, ou de mise en danger délibérée de la personne d'autrui, même lorsque la loi ne le prévoit pas expressément. » Les anciens délits matériels, tels qu'ils étaient reconnus par la jurisprudence, sont donc devenus des délits d'imprudence, de négligence ou de mise en danger délibérée. Cette exigence est plus favorable aux justiciables, l'accusation devant rapporter la preuve d'un comportement fautif particulier de l'agent, qui dénote une indifférence à l'égard du sort

---

<sup>192</sup> A. LEGAL, *La responsabilité sans faute et les infractions matérielles*, in *Mélanges Patin*, p.130.

<sup>193</sup> Crim., 17 juill. 1857 : *S.* 1857. I. 709 ; Crim., 7 août 1909 : *GP.* 1929. 2. 876.

<sup>194</sup> R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel – Problèmes généraux de la science criminelle. Droit pénal général*, t. I, Cujas, 7<sup>ème</sup> éd., 1997, n° 578, p.728.

<sup>195</sup> Crim., 30 mars 1944, *Luzé et Devaux* : *D.* 1945. 246, note Desbois.

d'autrui. De plus, cette soupape était limitée, tous les nouveaux délits étant désormais régis par ce principe général d'élément moral.

84. Dès lors, le législateur a repris une solution prétorienne en accord avec sa volonté de réformer le Code pénal en un sens plus respectueux des droits fondamentaux. La culpabilité s'en retrouve renforcée, le principe étant devenu celui du dol général, élément moral de tout crime ou délit, sauf exceptions expressément prévues par la loi pour cette dernière catégorie. Les infractions pénales intermédiaires et les plus graves sont donc placées sous le sceau d'une culpabilité légalement reconnue et judiciairement caractérisée. Ainsi, l'agent doit avoir « la volonté de commettre le délit tel qu'il est déterminé par la loi », pour reprendre la célèbre formule de Garçon, ou encore, il faut établir « la conscience chez le coupable d'enfreindre les prohibitions légales ». Cette conception renvoie au libre-arbitre, le nouveau Code pénal revalorise donc l'aspect contractuel du droit pénal, au sens du contrat social rousseauiste.

Il ressort de cette consécration, implicitement, la marque des droits de l'Homme sur le droit pénal, en particulier sur les règles de culpabilité. La volonté du législateur en matière de droit pénal ressort encore de la consécration d'une solution jurisprudentielle relative à l'imputabilité.

### § 3 L'imputabilité

85. Les grands principes du droit pénal général que le législateur a consacré lors de la réforme du Code pénal concernent enfin les règles relatives à l'imputabilité. L'article 64 du Code pénal de 1810 disposait : « Il n'y a ni crime ni délit, lorsque le prévenu était en état de démence au temps de l'action, ou lorsqu'il a été contraint par une force à laquelle il n'a pu résister. » Cet article envisageait donc les deux causes principales exonératoires d'imputabilité, à savoir la démence et la contrainte. La première de ces causes révèle une évolution initiée par la jurisprudence et consacrée par le législateur. La notion de démence se définit, sur le plan psychiatrique, par « la déchéance progressive des facultés mentales »<sup>196</sup>. Ainsi entendue, la démence est trop restreinte, en ce qu'elle n'envisage qu'une partie réduite des aliénations mentales. La formulation de l'article 64 du Code pénal de 1810 était par ailleurs impropre, en raison de l'expression « il n'y a ni crime ni délit ». Celle-ci sous-entend que la démence est un fait justificatif supprimant *in rem* l'infraction. Or, cette approche est erronée, dans la mesure où la démence agit sur l'imputabilité subjective mais laisse intacte l'objectivité de l'infraction, faute de quoi d'éventuels complices ou coauteurs non affectés

---

<sup>196</sup> J. PLANQUES, *La médecine légale judiciaire*, Que sais-je ?, n° 789, 1959, p.90.

de démence ne pourraient voir leur responsabilité pénale engagée<sup>197</sup>. Cette formulation ajoutait enfin une restriction littérale malvenue, en ne visant que les crimes et délits, excluant donc les contraventions, sans raison évidente.

86. Malgré ces limites textuelles, la jurisprudence a dégagé des solutions permettant d'en contourner les écueils. Elle a notamment appliqué l'ancien article 64 du Code pénal à des troubles psychiatriques autres que la seule démence, tout en limitant cette extension. Pour ce faire, la jurisprudence a procédé de façon casuistique, excluant par exemple du champ d'application de cet article les cas de nervosité, d'émotivité, de neurasthénie, d'hypersensibilité ou encore de folie morale<sup>198</sup>. Les solutions prétoriennes sont sensiblement motivées par l'influence que la maladie mentale a ou non sur les facultés intellectuelles et les capacités volitives de l'agent. La jurisprudence a également réalisé une extension de cet article, en l'appliquant indifféremment aux crimes, délits et contraventions<sup>199</sup>. La jurisprudence considérait par ailleurs que même l'ancienne catégorie de délits matériels était concernée<sup>200</sup>, ce qui est logique puisque ces derniers procédaient d'un schéma infractionnel semblable à celui des contraventions. Il aurait donc été incohérent juridiquement de ne pas leur appliquer identiquement une règle employée en matière contraventionnelle.

Cette extension n'était toutefois pas évidente, étant donné qu'elle procède d'un raisonnement par analogie, certes *in favorem*, mais tout de même en principe proscrit en droit pénal. La doctrine a souligné en ce sens que si le législateur a consacré ces solutions, lors de la réforme du Code pénal, c'est bien parce qu'elles n'allaient pas de soi. Une justification de cette audace prétorienne a pu tout de même être fondée sur une convergence entre le raisonnement par analogie et celui téléologique. Ainsi, la jurisprudence aurait pu valablement appliquer l'ancien article 64 du Code pénal aux contraventions, car le législateur entendait souvent l'expression « crimes et délits » comme un synonyme du mot infraction, regroupant les trois catégories. La doctrine en a ainsi conclu qu'« il est parfaitement possible que les interprétations analogique et téléologique se rejoignent, lorsqu'il était dans l'intention du législateur que d'appliquer la règle édictée dans des situations similaires à celle formellement consacrée par le texte »<sup>201</sup>. Lors de la réforme du Code pénal, le législateur a effectivement consacré ces solutions jurisprudentielles, en créant un article 122-1 du Code pénal, dont le premier alinéa dispose : « N'est pas pénalement responsable la

---

<sup>197</sup> R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel – Problèmes généraux de la science criminelle. Droit pénal général*, t. I, Cujas, 7<sup>ème</sup> éd., 1997, n° 625, p.789.

<sup>198</sup> Crim., 11 avr. 1908 : *DP 1908. I. 261* ; Crim., 7 oct. 1958 : *Bull. crim.* n° 599 ; *D. 1958. I. 767* ; Crim., 3 déc. 1963 : *Bull. crim.* n° 343 ; *JCP 1964. IV. 6* ; *RSC 1964. 606*.

<sup>199</sup> Crim., 28 juill. 1881 : *DP 1882. 1. 95* ; Crim., 16 déc. 1921 : *DP 1922. 1. 72* ; Crim., 18 févr. 1922 : *ibid* ; Crim., 8 nov. 1951 : *Bull. crim.* n° 288.

<sup>200</sup> Crim., 15 mars 1988 : *Gaz. Pal. 1988. 2. 276*, note Doucet.

<sup>201</sup> *Histoire et méthodes d'interprétation en droit criminel*, dir. F. STASIAK, Dalloz, T&C, 2015, p.142.

personne qui était atteinte, au moment des faits, d'un trouble psychique ou neuropsychique ayant aboli son discernement ou le contrôle de ses actes. »

87. Ces diverses consécutions de jurisprudences novatrices par le législateur, lors de la réforme du Code pénal, résument bien la volonté de celui-ci de faire évoluer le droit pénal selon sa propre vision de la matière. Le législateur souhaitait ainsi placer le droit pénal sous le sceau des droits de l'Homme, ce qui impliquait d'asseoir les grands principes du droit pénal général au sein même du Code pénal. Pour ce faire, le législateur a, formellement, consacré ces principes dans le Livre I<sup>er</sup> du Code et, fondamentalement, repris des solutions prétoriennees convenant à sa volonté. Ces solutions demeurant timides, le législateur leur a souvent donné toute leur ampleur, en dépassant le juge dans son approche extensive. Cette dialectique entre le juge et le législateur ressort du projet de loi de réforme du Code pénal. Robert Badinter justifiait ainsi la prise d'acte de ces grands principes de droit pénal général, en affirmant qu'« un comportement fautif ne peut être reproché à celui qui, bien que conscient, s'est trouvé forcé irrésistiblement de commettre l'infraction. Les causes classiques de non périssabilité : contrainte, défense légitime, état de nécessité, ordre de la loi ou de l'autorité légitime subsistent donc dans le projet telles que la jurisprudence les a définies »<sup>202</sup>.

88. La réforme du Code pénal apparaît donc comme une œuvre majeure, exprimant la volonté du législateur de faire évoluer un droit pénal hérité de 1810, dont les principes et les incriminations étaient devenus brutalement désuets, après les bouleversements sociétaux engendrés par les Guerres mondiales et la période des Trente glorieuses. La doctrine lui rend d'ailleurs hommage, en affirmant qu'« en somme, le Nouveau Code pénal est une œuvre législative passionnante car, héritière d'un passé prestigieux, elle a le courage de sans cesse soulever les défis de demain. Un Code au carrefour de son histoire, sans doute »<sup>203</sup>.

Toutefois, si l'initiative du législateur dans l'évolution du droit pénal était entière lors de la réforme du Code pénal, celle-ci n'est pas entièrement demeurée. Le retard pour la loi pénale que les troubles du XX<sup>ème</sup> siècle ont créé a été rattrapé en de nombreux points. Cependant, la société a poursuivi ses mutations profondes et rapides, contraignant le législateur à élaborer la loi pénale avec hâte. Dans ce contexte, le juge a été confronté aux nouvelles demandes des justiciables pour le droit pénal et a parfois pris les devants sur le législateur. Se pose alors la question de la perte d'initiative de ce dernier, qui serait alors contraint à adapter la loi pénale.

---

<sup>202</sup> R. BADINTER, *Projet de loi portant réforme du Code pénal, présenté devant le Sénat le 20 février 1986*, p.7.

<sup>203</sup> L. SAENKO, *Le Nouveau Code pénal, 20 ans après – État des questions : entre passé et avenir : Les cahiers de la justice* 2015, p.141.

## **Seconde Partie : L'initiative perdue du législateur dans l'adaptation de la loi pénale**

---

Si le législateur avait originellement l'initiative de l'évolution de la loi pénale, le juge demeure une source non négligeable d'innovations. Lors de la réforme du Code pénal, une dialectique favorable s'est illustrée entre ces deux acteurs. Alors que le juge était force de proposition par ses jurisprudences innovantes, le législateur consacrait certaines d'entre elles, tout en les remaniant et en les développant. Ce processus était porté par une volonté importante du législateur de faire évoluer le droit pénal, afin de l'orienter vers la modernité qu'appelait la société dont il représente le projet commun. Toutefois, aucune réforme de fond n'a depuis été entreprise, alors que la société contemporaine évolue toujours plus vite. Un écart s'est donc creusé entre les comportements envisagés par la loi pénale et ceux constatés par les juridictions. C'est donc le juge qui a dû se montrer novateur, afin de maintenir l'efficacité du droit pénal. Le législateur, quant à lui, prend régulièrement acte de créations jurisprudentielles, sans toutefois les remanier. Ainsi, un point de bascule s'est effectué et le législateur semble progressivement être dépassé dans son œuvre par la jurisprudence.

Le législateur ne fait alors plus qu'une œuvre d'adaptation du droit pénal révélatrice de son retard (**Chapitre 1**). Cette démarche nouvelle le conduit à être fatalement dépassé dans son œuvre par le juge (**Chapitre 2**).

### **Chapitre 1 : Adaptation du droit pénal et retard du législateur**

Le législateur semble en un sens accuser un retard sur le droit pénal, en l'adaptant moins selon sa volonté politique propre que selon les nouvelles formes et moyens de la délinquance. Ce retard sur la délinquance conduit le législateur à consacrer des jurisprudences ayant révélé le manque d'adaptation du droit pénal aux innovations de la délinquance (**Section 1**). Le retard du législateur pose ainsi des problèmes quant à la cohérence du droit pénal dans le temps (**Section 2**).

## Section 1 : Le retard du législateur sur la délinquance

Le retard du législateur dans l'évolution du droit pénal passe avant tout par un retard sur la délinquance. Cela se traduit par une volonté d'adaptation du droit pénal aux nouvelles formes de délinquance (§1) et à ses moyens d'atteinte aux personnes (§2).

### *§ 1 L'adaptation du droit pénal aux nouvelles formes de délinquance*

89. Alors que le législateur avait l'initiative de l'évolution du droit pénal lors de la réforme du Code pénal, y compris dans son optique de prise en compte de l'évolution des nouvelles formes de délinquance, il semble l'avoir progressivement perdue. En ce sens, la loi pénale a connu des adaptations pour lesquelles le législateur n'apparaît pas au premier plan. Au contraire, il procède par adaptation du droit pénal, grâce aux innovations jurisprudentielles précédant son travail. Plus encore, le législateur peut sembler ne pas avoir anticipé les nouvelles formes de délinquance. Cette volonté d'adaptation, signe du retard du législateur sur l'évolution du droit pénal, se manifeste en matière de loi pénale de forme comme de fond.

90. Sur la loi pénale de forme, la réforme de la prescription pénale est symptomatique de ce phénomène d'adaptation du droit pénal. L'essor de la délinquance astucieuse et organisée a posé des enjeux relatifs à l'impunité. Cette délinquance est moderne pour deux raisons, à savoir les nouvelles technologies qu'elle emploie et l'évolution des pratiques économiques de la société au sein desquelles elle se développe. On retrouve ainsi cette délinquance en matière d'abus de biens sociaux, de fraudes fiscales diverses ou encore de délinquance et criminalité organisées à l'échelle internationale. Pour ces infractions d'un aspect nouveau, les règles de prescription pénale issues du droit commun présentent des limites. Avant la réforme de la prescription pénale survenue en 2017<sup>204</sup>, les articles 7 et 8 du Code de procédure pénale disposaient que les délais de prescription de l'action publique étaient respectivement de dix années, pour les crimes, et de trois années, pour les délits. Or, la délinquance astucieuse employait des mécanismes permettant de maintenir l'infraction hors du champ de vision des autorités de poursuite pendant plusieurs années. Bien souvent, les services d'enquête découvraient que des infractions avaient été commises, d'eux-mêmes ou sur dénonciation, mais se voyaient confrontés aux délais butoirs de la prescription. Ces infractions posaient ainsi le problème de l'impunité, en raison de l'intelligence de leurs auteurs. Il n'était donc pas acceptable que des infractions connues tardivement ne puissent être poursuivies

---

<sup>204</sup> Loi n° 2017-242 du 27 février 2017 portant réforme de la prescription en matière pénale.

du seul fait de la malice de ceux qui s'emploient à déjouer les règles de prescription pénale. Le contraire reviendrait à ce que la loi pénale favorise la délinquance astucieuse et ne s'efforce qu'à réprimer les formes plus frustes de délinquance. Les règles de la prescription pénale étaient mises en défaut de deux façons. Les auteurs d'infractions s'employaient parfois à faire en sorte que celles-ci ne soient pas décelables par nature, leurs éléments constitutifs étant maintenus dans le secret. D'autres fois, ils s'efforçaient de cacher le résultat des infractions, afin que personne ne puisse en découvrir l'existence.

91. La jurisprudence a donc créé des mécanismes dérogatoires permettant de ne pas faire bénéficier des règles de prescription aux auteurs de cette nouvelle forme de délinquance. Elle a ainsi affirmé, à propos d'un abus de confiance, que « si les faits d'abus de confiance remontent aux années 1927 et 1928, et si le réquisitoire introductif d'instance porte la date du 30 mars 1932, le détournement frauduleux et le préjudice consécutif n'ont pu être constatés qu'au cours du mois de février 1932, et que, jusque-là, le prévenu, par ses réponses dilatoires aux réclamations qui lui étaient adressées par ses créanciers ou en leur nom, avait pu dissimuler son intention délictueuse et empêcher ainsi de constater les éléments du délit »<sup>205</sup>. Cet arrêt souligne que la Cour de cassation portait son analyse sur deux points particuliers. Elle prenait tout d'abord en compte les circonstances de commission de l'infraction et de révélation du préjudice qui en découle. Elle considère donc que si l'élément matériel de l'infraction et le préjudice issu de la consommation de celle-ci ne peuvent être constatés avant l'acquisition de la prescription, le point de départ de cette dernière s'en trouve reporté. Elle s'intéresse par ailleurs au comportement de l'agent, en particulier lorsqu'il tend à empêcher la révélation de l'infraction et de son intention délictueuse, ce qui renvoie à l'élément moral de celle-ci. La Chambre criminelle considère donc que le report du point de départ de la prescription, au jour de découverte de l'infraction, est justifié par la dissimulation de l'élément matériel, de l'élément moral et du résultat dommageable de l'infraction.

Une première interrogation survient car la jurisprudence ne fixe pas de condition pour ce report. On peut donc se demander si la dissimulation d'un seul de ces éléments suffit, ou encore si le comportement de l'agent est décisif. Il semble, en l'espèce, que ce soit le cas, étant donné que la Chambre criminelle détaille les actes réalisés par l'agent afin de garantir son impunité. Mais qu'en est-il si l'infraction ne peut être constatée par la victime ou les autorités de poursuite, malgré le comportement de l'agent, soit si l'infraction revêt un caractère secret par nature ? La Cour de

---

<sup>205</sup> Crim., 4 janv. 1935 : *Gaz. Pal.* 1935. I. 353.

cassation n'a pas répondu à ces premières interrogations, en particulier lorsqu'elle a appliqué de façon péremptoire le report du point de départ de la prescription au délit d'abus de biens sociaux<sup>206</sup>.

92. En revanche, elle semblait amplifier sa jurisprudence, en reconnaissant des infractions par nature clandestines. Elle a par la suite clairement posé ce principe, en affirmant que « l'atteinte à l'intimité de la vie privée par des écoutes téléphoniques était une infraction par nature clandestine conduisant à faire courir le délai de prescription seulement à partir du moment où elle était révélée aux victimes dans tous ses éléments »<sup>207</sup>. Partant, la Cour de cassation reconnaissait, de façon purement *contra legem*, l'existence d'un motif de report du point de départ du délai de prescription. Cette solution a logiquement suscité de vives critiques de la doctrine<sup>208</sup>. Haritini Matsopoulou expliquait à ce titre que si la solution se comprend, en ce qu'elle est particulièrement protectrice des droits des victimes, *a fortiori* en matière de délit d'atteinte à l'intimité de la vie privée, il demeure qu'« une telle solution est dénuée de tout fondement juridique puisque l'article 8 du code de procédure pénale, en renvoyant aux dispositions de l'article 7 du même code, prévoit que la prescription commence à courir à compter du jour où le délit a été commis »<sup>209</sup>. L'audace prétorienne semble critiquée à juste titre, en ce qu'elle s'écartait parfois de toute rigueur juridique. Par-delà cette trop grande liberté prise à l'égard des articles 7 et 8 du Code de procédure pénale, la Cour de cassation n'établissait pas de ligne claire quant au caractère clandestin par nature d'une infraction, qu'elle avait pourtant élaboré. Elle a ainsi affirmé, sans justification convaincante, que l'infraction de simulation ou dissimulation ayant entraîné une atteinte à l'état civil d'un enfant était par nature clandestine, justifiant le report du point de départ du délai de prescription<sup>210</sup>. Or, si le raisonnement semble correct *in abstracto*, les faits d'espèce ayant conduit à cette solution posent question. Il s'agissait d'une jeune mineure ayant un enfant qui allait, du fait de la minorité de sa mère, être remis aux services sociaux spécialisés. Un lien filial fictif entre l'enfant et des tiers avait donc été mis en scène, mais la mère biologique a fini par dénoncer les faits, près de dix ans plus tard. Les prévenus arguaient l'acquisition de la prescription, en soulignant que la simulation était parfaitement connue de la mère biologique de l'enfant, dès la commission de l'infraction<sup>211</sup>.

---

<sup>206</sup> Crim., 7 déc. 1967, n° 66-91.194 : *Bull. crim.* n° 21 ; *Gaz. Pal.* 1967. 1. 118.

<sup>207</sup> Crim., 30 sept. 2008, n° 07-82.249 : *Bull. crim.* n° 197 ; *D.* 2009. 2238. Pan. Pradel ; *RSC* 2009. 92, obs. Fortis ; *D.* 2008. 2975, note Matsopoulou ; *AJDA* 2008. 1801.

<sup>208</sup> V. J. PRADEL, *Procédure pénale* : *RD* 2009, p.2238 ; A. DONNIER, *Prescription et clandestinité : la troublante constance de la Cour de cassation* : *RD* 2005, p.2998 ; A. VARINARD, *La prescription de l'action publique : une institution à réformer*, in *Mélanges offerts à Jean Pradel*, Cujas, 2006, p. 605.

<sup>209</sup> H. MATSOPOULOU, *La condamnation de hauts fonctionnaires dans l'affaire des « écoutes de l'Élysée »* : *RD* 2008, p.2975.

<sup>210</sup> Crim., 23 juin 2004, n° 03-82.371 : *Bull. crim.* n° 173 ; *AJ Pénal* 2004. 366.

<sup>211</sup> D'autres arguments étaient par ailleurs avancés en ce sens, V. notam. Y. MAYAUD, *La simulation ou dissimulation d'enfant, une clandestinité reconnue* : *RSC* 2004, p.883.

L'argument a toutefois été rejeté par la Cour de cassation, sans qu'une quelconque justification ne soit apportée.

93. Plus encore, la Chambre criminelle est allée jusqu'à appliquer cette solution à des infractions dont la nature ne semble aucunement clandestine. En toute logique, la distinction entre les infractions instantanées et continues conduit à ce que le point de départ du délai de prescription commence respectivement au jour de consommation de l'infraction ou au jour du dernier acte constitutif de l'infraction. Or, la Cour de cassation ayant créé la notion d'infraction clandestine, cette distinction se trouve dépassée du point de vue de la prescription pénale. Se pose alors la question de la limite de cette nouvelle « *supra* catégorie », qui recouvre des infractions instantanées comme continues. Il a été constaté que la Cour de cassation adopte une démarche *in abstracto*, qualifiant des infractions de clandestines par nature, même lorsque les faits d'espèce démontrent l'inverse, ce qui peut conduire à des incohérences majeures et à une insécurité juridique d'autant plus grande. L'enjeu s'est encore accru lorsque la Cour de cassation a appliqué cette notion à l'infraction de blessures involontaires. Cela ressort d'une espèce concernant un ancien salarié exposé à des produits chimiques ayant entraîné une maladie plusieurs années après. La Haute juridiction considérait que « le point de départ de la prescription devait être reporté à la date à laquelle la partie civile a pu prendre conscience de l'origine de sa maladie, de son lien avec les faits dénoncés, dans des conditions lui permettant de mettre en mouvement l'action publique »<sup>212</sup>. Or, comment envisager qu'une infraction involontaire, donc par nature dénuée d'intention frauduleuse, puisse être également clandestine par nature ? Le paradoxe est ici maximal. Comme l'a souligné la doctrine, l'unique justification de cette jurisprudence semble être la garantie des droits des victimes. Il semble en ce sens que, l'infraction de blessures involontaires étant instantanée, le point de départ du délai de prescription soit fixé au jour où le dommage survient. La Chambre criminelle admet que ce jour peut être dissocié de celui où l'acte fautif est commis. Cela se conçoit mais ne justifie pas que l'infraction soit caractérisée de clandestine, cette notion supposant, selon les critères dégagés par la jurisprudence, une action malicieuse de l'agent. Le report du point de départ de la prescription est donc compréhensible. En revanche, l'application faite par la Cour de cassation n'est pas juridiquement rigoureuse. Il suffisait de dire que le point de départ de la prescription était fixé au jour de survenance du dommage – bien que cela puisse être critiqué – plutôt que de reprendre la formule traditionnellement utilisée en matière d'infractions clandestines<sup>213</sup>.

---

<sup>212</sup> Crim., 3 juin 2008, n° 07-80.241 : *Bull. crim.* n° 137 ; *D.* 2008. 2003, obs. Darsonville ; *RSC* 2008. 903, obs. Mayaud. Cet arrêt confirme d'anciennes jurisprudences en la matière : Crim., 22 oct. 1979 : *Bull. crim.* n° 291 ; *Gaz. Pal.* 1980. 1. 373 ; Crim., 4 déc. 1990 : *Bull. crim.* n° 413 ; *RSC* 1992. 80.

<sup>213</sup> A. DARSONVILLE, *Les blessures involontaires, une nouvelle infraction clandestine ?* : *RD* 2008, p.2003.

94. Cette création jurisprudentielle est devenue parfaitement commune<sup>214</sup>, ce qui n'a cependant pas conduit le législateur à s'emparer de ce sujet, pourtant décrié par la doctrine et contraire au principe de sécurité juridique. Les limites des règles en matière de prescription pénale et les enjeux suscités par ces jurisprudences ont pourtant été soulignés à plusieurs reprises. Ainsi, en 2007, une mission d'information dirigée par les sénateurs Jean-Jacques Hyest, Hugues Portelli et Richard Yung, avait conduit à une série de recommandations<sup>215</sup>. En 2010, c'est un avant-projet de réforme du Code de procédure pénale qui avait été porté par la Garde des Sceaux d'alors<sup>216</sup>. Toutes ces tentatives sont demeurées lettre morte. Lors de la réforme du Code de procédure pénale, le député Alain Tourret reconnaissait d'ailleurs que les règles relatives à la prescription pénale sont demeurées « pratiquement inchangées depuis leur inscription aux articles 635 à 642 du code d'instruction criminelle de 1808, elles s'avèrent aujourd'hui datées tant sont nombreuses les initiatives législatives et les évolutions jurisprudentielles tendant à les modifier ponctuellement, voire à les contourner »<sup>217</sup>. La réforme du Code de procédure pénale a donc consacré une solution jurisprudentielle sans la remanier véritablement. Le législateur s'est contenté de préciser ce que recouvraient les notions d'infractions occultes et dissimulées<sup>218</sup>. L'initiative de l'évolution du droit pénal semble donc ici revenir à la jurisprudence, le législateur n'ayant qu'adapté la loi pénale de forme aux nouvelles expressions de la délinquance, plus de quatre-vingts ans après le juge.

Une nuance doit être apportée, dans la mesure où le Sénat a introduit un délai butoir que les nouvelles dérogations ne sauraient dépasser. Cette limite à la solution prétorienne, acceptée par l'Assemblée nationale, permet d'éviter toute imprescriptibilité de fait<sup>219</sup>.

En tout état de cause, le législateur n'a agi que bien longtemps après l'apparition du phénomène d'infractions occultes ou dissimulées et a très largement repris l'œuvre établie par le juge. Il n'avait par ailleurs jamais remis en cause cet édifice jurisprudentiel, malgré son caractère *contra legem* évident et l'insécurité juridique que l'arbitraire du juge suscitait et que la doctrine décriait.

---

<sup>214</sup> V. par exemple : Crim., 7 déc. 1967, n° 66-91.972 : *Bull. crim.* n° 321 ; Crim., 16 mars 1970, n° 68-91.369 : *Bull. crim.* n° 104 ; *D.* 1971. 497, note J.-M. R. ; Crim., 11 févr. 1981, n° 80-92.059 : *Bull. crim.* n° 53 ; Crim., 10 août 1981, n° 80-93.092 : *Bull. crim.* n° 244 ; *Rev. sociétés* 1983. 369, note B. Bouloc ; Crim., 5 mai 1997, n° 96-81.482 : *Bull. crim.* n° 159 ; *Rev. sociétés* 1998. 127, note B. Bouloc ; Crim., 27 juin 2001, n° 00-87.414 : *Bull. crim.* n° 164 ; *BJS* 2001. 1117, note Barbiéri ; *Rev. sociétés* 2001. 873, note Bouloc ; *Dr. pénal* 2001, Comm. 129, obs. Robert ; Crim., 28 mai 2003, n° 02-83.544 : *Bull. crim.* n° 109 ; *Rev. sociétés* 2003. 906, note Bouloc ; *Dr. pénal* 2003, Comm. 100, obs. Robert ; *BJS* 2003. 1147, note Barbiéri ; Crim., 8 févr. 2006, n° 05-80.301 : *Bull. crim.* n° 34 ; *D.* 2006. 2297, note Saenko ; *ibid.* 2007. Pan. 973, obs. Pradel ; *AJ pénal* 2006. 214, obs. Saas ; *RTD com.* 2006. 683, obs. Bouloc.

<sup>215</sup> Rapport HYEST, PORTELLI et YUNG, doc. Sénat n° 338, 20 juin 2007.

<sup>216</sup> Avant-projet du futur Code de procédure pénale, 1<sup>er</sup> mars 2010.

<sup>217</sup> Rapport TOURRET, doc. Assemblée nationale n° 3540, 2 mars 2016.

<sup>218</sup> L'article 9-1 du Code de procédure pénale dispose désormais, en ses alinéas 3 et 4 : « Est occulte l'infraction qui, en raison de ses éléments constitutifs, ne peut être connue ni de la victime ni de l'autorité judiciaire.

Est dissimulée l'infraction dont l'auteur accomplit délibérément toute manœuvre caractérisée tendant à en empêcher la découverte. »

<sup>219</sup> Rapport TOURRET, doc. Assemblée nationale n° 4309, 14 décembre 2016.

95. Sur la loi pénale de fond, ce phénomène est également visible lors de la consécration d'une jurisprudence relative à la détention d'images pédopornographiques. En effet, la délinquance relative à la pédopornographie a connu un bouleversement avec l'essor de l'Internet et de la démocratisation des ordinateurs. Ainsi, de plus en plus de détentions d'images de mineurs à caractère pornographique sont apparues. Il a donc fallu s'adapter à cette nouvelle expression d'une délinquance préexistante. Le législateur a réalisé cette adaptation, non pas en initiant une réforme et suivant sa propre volonté d'évolution du droit pénal, mais en consacrant partiellement une solution prétorienne originale.

96. L'infraction relative à la pédopornographie est ancienne, le nouveau Code pénal réprimait déjà, en son article 227-23, « le fait, en vue de sa diffusion, de fixer, d'enregistrer ou de transmettre l'image d'un mineur lorsque cette image présente un caractère pornographique », ainsi que « le fait de diffuser une telle image, par quelque moyen que ce soit ». Cette délinquance ayant pris une grande ampleur avec les réseaux de communications électroniques, il était devenu nécessaire de combattre avec davantage de force ce phénomène. De nombreux cas de détention d'images pédopornographiques étaient portés devant les juridictions répressives, sans que ces dernières ne puissent les réprimer, faute de base légale.

97. La jurisprudence s'est toutefois montrée innovante, en appliquant à ces faits l'infraction de recel du délit prévu par l'article 227-23 du Code pénal. Cette solution est apparue dans une espèce où un homme avait commandé, depuis les Pays-Bas, des films et photographies à caractère pornographique représentant des mineurs<sup>220</sup>. Il avait été condamné par une Cour d'appel pour le chef de recel du délit de fixation, enregistrement ou transmission d'images de mineurs à caractère pornographique en vue de leur diffusion. Devant la Cour de cassation, celui-ci arguait que les faits étaient postérieurs à l'entrée en vigueur de l'article 227-23 du Code pénal, ce qui lui permettrait de faire jouer le principe de non-rétroactivité *in pejus*. L'argument a été balayé par la Haute juridiction, qui constate la diffusion des films et photographies postérieurement à la date d'entrée en vigueur du texte incriminateur. Le plaideur arguait par ailleurs que la Cour d'appel n'avait pas caractérisé en tous ses éléments le délit d'origine du recel et n'avait pas non plus caractérisé l'élément moral du recel. Là encore, la Cour de cassation rejette l'argumentaire de façon lapidaire, en se contentant de renvoyer au moyen qu'elle approuve.

---

<sup>220</sup> Crim., 9 juin 1999, n° 98-80.052 : *Bull. crim.* n° 133 ; *Dr. pénal* 1999. 138, obs. Véron ; *JCP* 2000. I. 235. Une première condamnation pour cette qualification avait été réalisée par une juridiction du fond un an plus tôt : T. corr. Le Mans, 16 févr. 1998 : *JCP* 1999. II. 10011.

98. Cette solution présente un enjeu relatif à la répression. Elle pose en ce sens la question de la stricte nécessité de la loi pénale ou, plus précisément, de la peine. Ainsi, l'infraction réprimée par l'article 227-23 du Code pénal avait une peine de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 € d'amende. La jurisprudence ne pouvant appliquer ce texte à une simple détention d'images de mineurs à caractère pornographique, elle s'est appuyée sur l'infraction de recel. Or, ce délit est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 375 000 € d'amende. La question de la nécessité apparaît donc sur un plan criminologique, en raison de la gravité des faits réprimés. Ainsi, le fait de fixer, enregistrer ou transmettre des images pornographiques de mineurs, en vue de leur diffusion, semble plus grave que le fait de détenir de telles images. Le premier comportement traduit, d'un point de vue criminologique, un vice tel que l'agent commet directement un acte particulièrement odieux envers des mineurs, en plus d'avoir pour volonté de diffuser le produit de son acte. Le second comportement, quant à lui, révèle un vice moins poussé, en ce que l'agent se contente d'être spectateur indirect et consommateur du produit de l'acte déjà commis. Il semble donc problématique de réprimer avec plus de force le spectateur que l'acteur. De plus, la cohérence de la répression est malmenée car le premier comportement nécessite la volonté de diffusion des images, ce qui entraîne l'absence de répression lorsque l'agent se contente de fixer ou enregistrer les images seulement pour satisfaire un plaisir personnel<sup>221</sup>. Or, la solution jurisprudentielle, employant le recel, réprime plus fortement un acte de détention d'images litigieuses, sans exiger la volonté de diffusion par l'agent. Cette jurisprudence réprime donc plus fortement et avec une plus grande facilité un acte pourtant moins grave sur le plan criminologique.

Toutefois, la solution jurisprudentielle trouve une justification en ce qu'elle poursuit un double objectif. Il s'agit tout d'abord d'empêcher l'impunité d'une forme de délinquance qui croît avec l'essor des nouveaux moyens d'échange et de communications. La solution a par ailleurs une visée prophylactique, dans la logique des infractions obstacles. Elle permet en effet de combattre tous les actes, certes encore bénins, qui suscitent l'excitation d'une perversion pouvant conduire à des agressions sexuelles sur des mineurs. L'innovation prétorienne permet donc de combattre plus largement et plus en profondeur une délinquance croissante, malgré le silence du législateur.

99. Cette solution apportée par le juge a été partiellement reprise par le législateur, lors d'une loi de 2002<sup>222</sup> ayant ajouté un alinéa à l'article 227-23 du Code pénal, qui dispose : « Le fait de détenir une telle image ou représentation est puni de deux ans d'emprisonnement et 30 000

---

<sup>221</sup> V. MALABAT, *Infractions sexuelles – Comportements outrageants : Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, octobre 2002 (actualisation : avril 2021).

<sup>222</sup> Loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale, art. 14.

euros d'amende. » La consécration légale est partielle étant donné que la répression appliquée par le législateur diffère tant de celle du recel que du délit initialement réprimé par l'article 227-23 du Code pénal. Ainsi, alors que cet article fixait une peine de trois ans d'emprisonnement et que le recel était affecté d'une peine de cinq ans d'emprisonnement, le législateur a prévu une peine de deux ans d'emprisonnement pour la seule détention d'une image ou représentation pornographique d'un mineur. De prime abord, il pourrait être soutenu que le législateur avait observé l'incohérence à laquelle la jurisprudence exposait l'article 227-23 du Code pénal. La *ratio legis* aurait donc pu être de réprimer un fait de moindre gravité en fixant une peine moins sévère. La consécration partielle de la jurisprudence aurait donc été justifiée car la cohérence de la répression eût été rétablie.

Toutefois, il ressort des débats parlementaires que le législateur entendait seulement « mettre en conformité le droit français avec le protocole facultatif à la convention internationale des droits de l'enfant concernant la vente d'enfant, la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants »<sup>223</sup>. Au mieux, la volonté réformatrice du législateur s'exprime en ce qu'il considérait que la détention d'images pornographiques représentant des mineurs est une infraction à part entière du délit de recel. Le Sénat avait souligné une incohérence en raison de la plus forte répression que permettait la solution prétorienne, mais n'a pas souhaité pour autant amender le texte<sup>224</sup>. Le législateur n'a donc aucunement exprimé sa volonté, il s'est contenté de consacrer partiellement une solution jurisprudentielle, afin de conformer le droit pénal au droit international. Il n'a paradoxalement repris qu'une partie de l'innovation du juge, en fixant une peine moindre aux nouveaux faits incriminés.

100. Cependant, ce choix ne semble motivé que par un souci de cohérence de l'article 227-23 du Code pénal, qui ne pouvait vraisemblablement pas réprimer plus fortement des faits moins graves. Or, le législateur aurait pu consacrer avec davantage de force la jurisprudence, tout en exprimant sa volonté réformatrice – qui pouvait par exemple relever d'un engagement de lutte contre la pédopornographie – en rehaussant le *quantum* des peines encourues pour les faits anciens et nouveaux visés par l'article 227-23 du Code pénal. Une telle logique s'accordait d'ailleurs avec l'engagement international de la France, puisque le protocole facultatif ratifié poussait les États signataires dans cette direction<sup>225</sup>. Dès lors, le législateur a consacré partiellement une jurisprudence innovante, sans avoir pour but de réformer le droit pénal selon sa volonté politique propre. Il n'a ainsi aucunement remanié la solution prétorienne en profondeur, par exemple en procédant à son

---

<sup>223</sup> Rapport DOLEZ, doc. Assemblée nationale n° 3435, 5 décembre 2001.

<sup>224</sup> Rapport BÉTEILLE, doc. Sénat n° 209, 6 février 2002.

<sup>225</sup> Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant, concernant la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants, art. 3.

extension, contrairement à ce qu'il avait pu faire lors de la réforme du Code pénal. Il n'a donc fait qu'adapter le droit pénal ponctuellement, alors que le juge s'était déjà montré innovant, en prenant en compte l'évolution de la délinquance. Ce phénomène s'exprime par ailleurs quant à l'adaptation du droit pénal aux nouveaux moyens de la délinquance.

## **§ 2 L'adaptation du droit pénal aux nouveaux moyens d'atteinte de la délinquance**

101. Le retard du législateur sur la délinquance ressort également des modifications qu'il a réalisées du droit pénal, afin que celui-ci s'adapte aux nouveaux moyens employés par la délinquance pour porter atteinte aux personnes. Ces moyens ont parfois fortement évolué, sans que le législateur ne parvienne à suivre leur rythme. D'autres fois, ils ont peu évolué mais leur importance aux yeux de la société contemporaine a poussé le législateur à adapter le droit pénal. Un retard durable semble alors s'installer, le législateur étant condamné à ne faire qu'une œuvre d'adaptation du droit pénal, grâce aux innovations jurisprudentielles.

102. Ce retard ressort notamment d'une réforme extensive de l'article 222-16 du Code pénal. Cet article disposait originellement, depuis sa création lors de la réforme du Code pénal : « Les appels téléphoniques malveillants ou les agressions sonores, réitérés en vue de troubler la tranquillité d'autrui, sont punis d'un an d'emprisonnement et de 100 000 F d'amende. » La *ratio legis* de cet article était la garantie de la quiétude d'autrui, face à l'essor des téléphones et des appels qu'ils rendaient possibles à toute heure de la journée. L'infraction semblait toutefois mal placée au sein du Code pénal, ce que l'histoire de sa consécration explique. Ainsi, la jurisprudence réprimait indirectement cette infraction par le biais des voies de fait<sup>226</sup>. Par la suite, elle se servait de l'infraction de violences, procédant ainsi à une assimilation entre ces dernières et les appels ou agressions sonores réitérés<sup>227</sup>. La réforme du Code pénal a alors inséré l'article 222-16 au sein d'un paragraphe intitulé « des violences ». L'incohérence de cette place provient de l'élément matériel de cette infraction. La formule « en vue de » traduit bien, au-delà d'un dol spécial, que l'infraction d'appels ou agressions sonores réitérés est formelle. Or, l'infraction de violences étant matérielle, elle implique une atteinte à l'intégrité physique ou psychique d'autrui. L'article 222-16 occupe donc une place particulière au sein du Code pénal en raison de sa construction jurisprudentielle. Michèle-

---

<sup>226</sup> La Cour de cassation affirmait ainsi que la notion de voies de fait s'étendait « aux voies de fait qui sans atteindre la personne aussi gravement que les coups, sont de nature à l'impressionner vivement et par la frayeur qu'elles inspirent et par l'émotion qu'elles provoquent » : Crim., 19 févr. 1892 : *DH 1892. I. 550* ; Crim., 3 mars 1992, n° 90-85.373 : *Bull. crim.* n° 95 ; *RSC 1993. 325*, note Levasseur.

<sup>227</sup> Crim., 3 janv. 1969, n° 68-91.288 : *Bull. crim.* n° 1 ; *JCP G 1969. II. 15791* ; Crim., 18 févr. 1976, n° 75-92.616 : *Bull. crim.* n° 63.

Laure Rassat critique cette place, en affirmant que « le législateur a, une fois de plus, manqué de logique en retenant cette infraction dans le cadre des infractions de nature corporelle tout en ayant la naïveté de dire expressément que ce qu’il incrimine est l’atteinte à la tranquillité »<sup>228</sup>.

103. La Cour de cassation n’a pas arrêté là son œuvre extensive. Elle a ainsi affirmé que l’infraction est caractérisée, que les appels « soient reçus directement ou sur une boîte vocale »<sup>229</sup>. Cette solution est contestable, dans la mesure où elle s’éloigne de la *ratio legis* de l’infraction. La quiétude d’autrui semble en effet moins atteinte par des appels non reçus directement, la seule gêne provenant de la constatation des appels manqués et de l’écoute ultérieure des messages vocaux éventuellement laissés. Cette solution demeure compréhensible pour deux raisons, à savoir l’ancrage dans l’oralité des messages laissés sur une boîte vocale et le fait que l’infraction soit formelle.

Par la suite, la jurisprudence a opéré une extension plus critiquable de cette infraction, en l’étendant à un objet différent. Elle a ainsi appliqué l’article 222-16 du Code pénal à l’envoi réitéré de SMS, soit des messages textes reçus par le biais d’un téléphone<sup>230</sup>. La doctrine a, en toute logique, reproché à la solution d’enfreindre le principe d’interprétation stricte de la loi pénale. En ce sens, il est effectivement audacieux d’assimiler des appels téléphoniques, marqués par l’oralité, aux SMS, relevant du domaine de l’écrit<sup>231</sup>. Cette critique est d’autant plus fondée que le législateur ne connaissait pas, lors de la réforme du Code pénal, ce moyen de communication plus récent. Le juge s’est donc arrogé le droit de réaliser une extension de l’article 222-16 du Code pénal, sans que l’interprétation téléologique ne puisse le justifier. La solution semble alors procéder d’une interprétation analogique qui doit pourtant être prohibée en droit pénal. La Chambre criminelle semble d’ailleurs avoir perçu cet enjeu, en fondant sa décision sur l’existence d’un signal sonore lors de la réception des SMS.

Or, cette assise permet de rattacher les SMS aux appels visés par la loi, mais ne convainc pas totalement. Tout d’abord, cette assimilation passe par le truchement d’un élément sonore, à savoir le son émis lors de la réception du SMS, qui est proche de l’élément oral de l’appel téléphonique mais n’est pour autant pas identique. La différence n’est pas purement technique, le législateur souhaitait en effet réprimer les appels en ce qu’ils consistent en des paroles incessantes troublant la quiétude. Les SMS, en revanche, ne sont pas de telles paroles, même s’ils sont réitérés.

---

<sup>228</sup> M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial*, Dalloz, Précis, 8<sup>ème</sup> éd., 2018, p.417.

<sup>229</sup> Crim., 20 févr. 2002 : *Bull. crim.* n° 37 ; *D.* 2003. 248, obs. Mirabail.

<sup>230</sup> Crim., 30 sept. 2009, n° 09-80.373 : *Bull. crim.* n° 162 ; *D.* 2009. 2687, obs. Gachi ; *D.* 2010. 2732, obs. Roujou de Boubée, Garé et Mirabail ; *AJ pénal* 2010. 34, obs. Royer ; *RSC* 2009. 838, obs. Mayaud ; *CCE* 2009, n° 115, obs. Lepage ; V. déjà en ce sens : Crim., 7 févr. 2007, n° 06-84.285, inédit.

<sup>231</sup> A. LEPAGE, *Appels téléphoniques malveillants réitérés – Variations sur l’article 222-16 du Code pénal* : *CCE* n° 11, novembre 2011, comm. 105.

En tout état de cause, la fonction silencieux du téléphone rend la justification délicate car, sur le plan probatoire, les plaideurs sont alors confrontés à des preuves impossibles à rapporter. Un auteur affirme en ce sens que cette exigence est choquante, en ce qu'elle subordonne la répression à l'attitude de la victime<sup>232</sup>. Une autre conséquence malheureuse de cette solution concerne l'autre pan de l'infraction de l'article 222-16 du Code pénal. La référence au signal sonore rend ainsi imprécise la limite entre les appels téléphoniques et les agressions sonores, alors que la lettre de l'article les distingue<sup>233</sup>. Agathe Lepage en conclut que « c'est un véritable forçage du texte qui est ainsi opéré par la jurisprudence, en l'absence d'intervention du législateur, pour permettre une évolution de l'article 222-16 du Code pénal en parallèle de celle des modes de communication »<sup>234</sup>.

Un auteur saluait toutefois cette solution, en affirmant qu'elle s'imposait, compte tenu de l'évolution jurisprudentielle antérieure à la réforme et de la valeur sociale protégée par l'article 222-16 du Code pénal, qui est la tranquillité, « si bien que celle-ci se trouve troublée lorsqu'un appareil téléphonique retentit de manière ininterrompue à la suite des SMS malveillants envoyés par un tiers »<sup>235</sup>.

104. La solution prétorienne s'inscrivait dans l'évolution des technologies et des moyens employés par la délinquance, ce qui fait dire à la doctrine que les courriels devraient également entrer dans cette qualification. Un auteur explique que « le législateur est intervenu afin de mettre un terme à l'interprétation large retenue par les juges et faire ressortir nettement la différence entre les appels oraux et les messages écrits, même si la réitération reste commune à ces deux formes »<sup>236</sup>. Le législateur est effectivement intervenu, en consacrant cette solution au sein de l'article 222-16 du Code pénal. Cet article vise, depuis 2014, « les appels téléphoniques malveillants réitérés, les envois réitérés de messages malveillants émis par la voie des communications électroniques ou les agressions sonores en vue de troubler la tranquillité d'autrui »<sup>237</sup>. Il ressort des débats parlementaires que le législateur n'avait pas anticipé cette évolution et ne semblait pas réellement impliqué dans la lutte contre ces nouveaux moyens de délinquance. Au contraire, ce n'est qu'en 2014 qu'il s'est penché sur ce sujet, alors que l'essor de ces formes de délinquance est apparu dans les années 2000.

---

<sup>232</sup> S. MIRABAIL : *Recueil Dalloz*, Droit pénal, D. 2010, p.2732.

<sup>233</sup> A. LEPAGE, *Appels téléphoniques malveillants réitérés – Harcèlement téléphonique par SMS* : CCE n° 12, décembre 2009, comm. 115 ; Y. MAYAUD : RSC 2009, p.838 ; S. MIRABAIL : *ibid.*

<sup>234</sup> A. LEPAGE, *Appels téléphoniques malveillants réitérés – Variations sur l'article 222-16 du Code pénal* : *op. cit.*

<sup>235</sup> G. ROYER, *La consommation du délit d'appels téléphoniques malveillants par voie de SMS* : AJ pénal 2010, p.34.

<sup>236</sup> G. CASILE-HUGUES, *Appels téléphoniques malveillants, messages malveillants émis par voie de communication électronique et agressions sonores* : Répertoire IP/IT et Communication, juin 2021.

<sup>237</sup> Loi n° 2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes, art. 39.

105. Par ailleurs, la loi ayant consacré cette jurisprudence ne s'inscrivait aucunement dans une démarche d'évolution du droit pénal, sous l'impulsion du législateur, mais plutôt dans une optique d'adaptation ponctuelle de ce droit. Il ressort en ce sens de l'exposé des motifs du projet de loi que celle-ci avait pour objectif général de renforcer l'égalité entre les hommes et les femmes<sup>238</sup>. Elle n'a donc pas pour finalité de faire évoluer le droit pénal mais s'est contentée de consacrer une jurisprudence innovante en la matière. De même, les réflexions parlementaires ne s'intéressaient, en ce qui concerne le droit pénal, qu'aux faits de harcèlements entendus *lato sensu*, notamment au sein des couples et en milieu scolaire, ce qui a conduit à l'extension de l'article 222-16 du Code pénal par pur opportunisme. Cette consécration n'a d'ailleurs pas fait l'objet d'explication particulière de la part des parlementaires. Elle a simplement été justifiée par les auditions d'un délégué ministériel chargé de la prévention et de la lutte contre les violences en milieu scolaire et de responsables d'une association d'aide aux victimes, qui soulignaient l'importance des SMS dans la réalisation de harcèlements<sup>239</sup>. Là encore, le juge rattrape le législateur dans son œuvre, ce dernier consacrant une extension jurisprudentielle par opportunité, sans toutefois réaliser une démarche réformatrice animée par une volonté politique en matière de droit pénal. Il semble en outre que le législateur ne se soit pas posé de question en ce sens, ce que soulignent le projet de loi et les débats parlementaires.

106. L'enjeu de la cohérence du droit pénal n'a pas non plus trouvé grâce aux yeux du législateur. Cette consécration des envois réitérés de messages malveillants émis par la voie des communications électroniques, qui recouvrent tant les SMS que les courriels, avec ou sans émission sonore, rompt la cohérence historique de l'article 222-16 du Code pénal. Alors que le texte incriminateur réprimait les appels téléphoniques ou les agressions sonores, il prend désormais en compte un moyen qui ne correspond ni aux premiers, ni aux dernières, pas plus qu'il n'en reprend l'expression sonore. Un glissement du moyen de l'infraction, de l'oralité vers l'écrit, est donc réalisé par cette consécration peu réfléchie. Cela se retrouve, enfin, du point de vue de la répression. L'article 222-16 du Code pénal punissait les faits, lors de la loi du 4 août 2014, d'un an d'emprisonnement et de quinze mille euros d'amende. En revanche, les violences n'ayant entraîné aucune interruption totale de travail sont seulement réprimées d'une amende. L'incohérence est soulignée par Michèle-Laure Rassat, qui pose la question : « en quoi des coups de fil intempestifs sont-ils plus graves que des coups de poing ? »<sup>240</sup>

---

<sup>238</sup> N. VALLAUD-BELKACEM, *Projet de loi pour l'égalité entre les femmes et les hommes*, présenté devant le Sénat le 3 juillet 2013, p.1.

<sup>239</sup> Rapport DENAJA, doc. Assemblée nationale n° 1663, 18 décembre 2013.

<sup>240</sup> M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial*, Dalloz, Précis, 8<sup>ème</sup> éd., 2018, p.418.

107. Le retard du législateur sur les nouveaux moyens d'atteinte de la délinquance s'exprime encore au travers de la consécration des violences psychologiques et du harcèlement moral entre conjoints, partenaires ou concubins, aussi appelé harcèlement conjugal. L'étude de ces infractions est commune en raison de leur construction jurisprudentielle et de leur consécration simultanée par le législateur. Ces deux modalités d'atteinte aux personnes sont proches, du point de vue de leur matérialité et de leur dommage. Elles n'ont pas connu d'évolution brutale avec l'essor des technologies mais l'importance du préjudice qu'elles causent, aux yeux de la société, a conduit le législateur à réaliser une adaptation du droit pénal.

108. Sur le fondement des violences, anciens coups et blessures volontaires, la jurisprudence a forgé progressivement la notion de violences psychologiques. Elle a commencé par affirmer que les violences peuvent être caractérisées par des voies de fait, soit des actes de nature à impressionner vivement autrui par la frayeur qu'ils inspirent et par l'émotion qu'ils provoquent<sup>241</sup>. Puis, elle a procédé par extension, en réprimant les violences commises à l'encontre de biens situés à proximité d'une personne, entraînant un sentiment de frayeur chez cette dernière<sup>242</sup>. Par exemple, tel est le cas lorsque l'agent frappe un véhicule avec une barre de fer, la conductrice présente à bord étant apeurée<sup>243</sup>. Cette extension s'est accrue, lorsque la Cour de cassation a reconnu des faits de violence dans l'envoi d'objets, sans contact avec la victime, ni présence dans un même lieu entre cette dernière et l'agent, dès lors que la victime est affectée d'un traumatisme psychologique ou une émotion sérieuse. Il en a par exemple été ainsi pour une espèce où l'agent envoyait des lettres comportant des dessins de croix gammées et de cercueils à sa victime<sup>244</sup>. Une dimension numérique a même été introduite, à l'occasion de faits concernant la diffusion sur le Minitel rose d'un message offensant ayant fait recevoir à la victime de nombreuses propositions de rencontres non désirées, dont ont résulté des troubles du comportement chez elle<sup>245</sup>. L'innovation prétorienne est allée jusqu'à affirmer que les violences ne nécessitent pas un contact physique entre l'agent et la victime<sup>246</sup>. Grâce au concept de choc émotif, la jurisprudence a finalement reconnu que les

---

<sup>241</sup> Crim., 6 déc. 1872 : *D. 1872. 1. 476* ; Crim., 7 janv. 1937 : *Gaz. Pal. 1937. 1. 514* ; Crim., 14 nov. 1956 : *Bull. crim. n° 738* ; Crim., 9 janv. 1986 : *Gaz. Pal. 1986. 2. 598* ; Crim. 14 mars 1989, n° 88-82.822 : *Bull. crim. n° 126* ; *RSC 1989. 738*, obs. G. Levasseur.

<sup>242</sup> Crim., 5 juin 1886 : *D. 1888. 1. 472* ; Crim., 22 oct. 1936 : *DH. 1937. 38* ; Crim., 7 mars 1972, n° 71-91.303 : *Bull. crim. n° 85* ; *Gaz. Pal. 1972. 1. 450* ; Crim., 8 nov. 1989 : *Bull. crim. n° 391*.

<sup>243</sup> Crim., 18 mars 2008, n° 07-86.075 : *Bull. crim. n° 65* ; *RSC 2008. 587*, obs. Mayaud ; *AJ pénal 2008. 289*, obs. Roussel ; *Dr. pén. 2008. Comm. 84*, obs. Véron.

<sup>244</sup> Crim., 13 juin 1991, n° 90-84.103 : *Bull. crim. n° 253* ; *RSC 1992. 74*, obs. Levasseur.

<sup>245</sup> Crim., 17 juin 1992, n° 91-83.979 : *Bull. crim. n° 243* ; *Gaz. Pal. 24 déc. 1992*, p. 12, obs. Doucet.

<sup>246</sup> Crim., 7 mars 1972, n° 71-91.303 : *Bull. crim. n° 85* ; Crim., 17 juill. 1984, n° 83-92.332 : *Bull. crim. n° 259* ; Crim., 21 nov. 1988, n° 87-91.721 : *Bull. crim. n° 392* ; *RSC 1989. 320*, obs. Levasseur.

violences pouvaient être seulement psychologiques<sup>247</sup>. Ainsi, le fait d'acculer une personne dans le coin d'une pièce en pointant son doigt en direction de son visage constitue des violences<sup>248</sup>. Il en va de même lorsque l'agent menace des personnes attablées à un banquet avec une tronçonneuse en fonctionnement<sup>249</sup>. Cette évolution jurisprudentielle est audacieuse, tant elle entraîne une rupture de cohérence dans les violences. Cette infraction ne réprimait initialement que les faits comportant un contact physique et un dommage matériel. La jurisprudence était à ce titre très stricte dans son appréciation de l'élément matériel<sup>250</sup>.

Elle a toutefois évolué jusqu'à admettre que des violences sans contact physique ni dommage purement matériel puissent être réprimées, même lorsque l'agent commet les faits à distance. L'enjeu de cette évolution jurisprudentielle est grand pour la cohérence historique de l'infraction de violences. Celle-ci nécessite, traditionnellement, un résultat dommageable caractérisé par une atteinte à l'intégrité physique, même pour des violences légères. Il est donc peu rigoureux que la Chambre criminelle retienne parfois cette qualification, pour des faits n'ayant entraîné aucune lésion physique ni crainte de la victime pour son intégrité physique<sup>251</sup>.

109. Le législateur a consacré la notion de violences psychologiques, en créant un article 222-14-3 au Code pénal<sup>252</sup>. Ce dernier dispose : « Les violences prévues par les dispositions de la présente section sont réprimées quelle que soit leur nature, y compris s'il s'agit de violences psychologiques. » L'analyse de la proposition de loi et des débats parlementaires qui s'en sont suivis révèle que cet article n'avait pas de motivation politique particulière. Il trouve sa raison d'être en ce qu'il sert une consécration plus large de l'infraction de harcèlement moral au sein du couple. Cette infraction a été créée par le législateur au cours de la même loi et s'appuie largement sur la notion de violences psychologiques, pour ne pas dire qu'elle se confond avec elle dans l'esprit du législateur. Cette confusion s'exprime dans les motifs de la proposition de loi, dont l'article 17 tend à introduire la notion de violences psychologiques, tout en les assimilant conceptuellement au

---

<sup>247</sup> Crim., 2 sept. 2005, n° 04-87.046 : *Bull. crim.* n° 212, *D.* 2005. 2986 : « le délit de violences peut être constitué, en dehors de tout contact matériel avec le corps de la victime, par tout acte ou comportement de nature à causer sur la personne de celle-ci une atteinte à son intégrité physique ou psychique caractérisée par un choc émotif ou une perturbation psychologique. »

<sup>248</sup> Crim., 1<sup>er</sup> déc. 2009, n° 09-83.374 : *Bull. crim.* n° 199 ; *RSC* 2010. 137, obs. Mayaud ; *Dr. pénal* 2010. Comm. 33, obs. Véron ; *D.* 2010. Pan. 2739, obs. Garé.

<sup>249</sup> Crim., 9 janv. 1986 : *Gaz. Pal.* 1986. 2. 598.

<sup>250</sup> Avant l'intervention d'une loi du 20 mai 1863 ajoutant la notion de voie de fait, la jurisprudence refusait de reconnaître des coups et blessures dans des cas tels que jeter autrui à terre, le pousser contre un corps dur, lui arracher les cheveux ou encore lui cracher au visage : Crim., 9 mars 1854 : *D.* 1854. 1. 259.

<sup>251</sup> Crim., 23 juin 2010, n° 09-84.801, inédit.

<sup>252</sup> Loi n° 2010-769 du 9 juillet 2010 relative aux violences faites spécifiquement aux femmes, aux violences au sein des couples et aux incidences de ces dernières sur les enfants.

harcèlement moral<sup>253</sup>. En ce sens, la consécration des violences psychologiques était absente de la proposition de loi. Ce n'est que par la suite qu'un parlementaire l'a introduite, dans le souci de clarifier le droit pénal. De l'aveu du rapporteur de la commission spéciale chargée d'examiner la proposition de loi, cette consécration est minimale et consiste seulement en une reprise de la jurisprudence dégagée par la Cour de cassation en la matière<sup>254</sup>. Ce nouvel article ne semble donc qu'être au service de la consécration du harcèlement moral au sein du couple. Le rapporteur affirme en effet : « nous reprenons la référence à la possibilité d'existence de violences psychologiques à l'article 222-14-3 et nous définissons ces violences à l'article 222-33-2-1. » Une confusion profonde entre les violences – psychologiques ou non – et le harcèlement moral apparaît donc.

Toutefois, le rapporteur affirme qu'une différence est établie entre ces notions. Il souligne ainsi que « les violences et le harcèlement répondent à deux logiques différentes. Dans le premier cas, un fait unique suffit à constituer l'infraction mais il doit être d'une certaine gravité, de nature à provoquer un choc émotif ou une perturbation psychologique. À l'inverse, le harcèlement se caractérise par une succession de comportements, qui peuvent sembler de prime abord insignifiants, mais dont l'accumulation entraîne une dégradation importante des conditions de vie de la victime. Aucun de ces gestes ou de ces paroles ne serait susceptible de constituer à lui seul, ou à elle seule, une violence au sens du code pénal. »

110. Si une séparation entre les violences psychologiques et le harcèlement moral est érigée, il demeure que ces premières servent la construction et la justification de l'infraction de harcèlement moral conjugal. Animé par une volonté de répression des violences faites à l'égard des femmes, le législateur a souhaité étoffer le Code pénal. Il n'a pour autant pas entrepris une démarche réformatrice profonde. Il s'est contenté de consacrer une jurisprudence ancienne, sans en clarifier les points ambigus que dénonçait pourtant la doctrine. Ainsi, le nouvel article 222-14-3 du Code pénal ne convainc pas. Michèle-Laure Rassat l'exprime avec force en soulignant que « si le législateur souhaitait ajouter au domaine des violences une catégorie nouvelle sans doute aurait-il été bien inspiré de la définir »<sup>255</sup>. Haritini Matsopoulou reproche également à cette consécration son manque de cohérence, en rappelant qu'une jurisprudence trop extensive en la matière, reconnaissant des faits de violence pour des comportements entraînant une vive émotion, « aurait pour conséquence d'altérer la notion de violences et d'étendre abusivement leur champ d'application au détriment d'autres qualifications plus appropriées, comme celle de harcèlement

---

<sup>253</sup> D. BOUSQUET et a., Proposition de loi renforçant la protection des victimes et la prévention et la répression des violences faites aux femmes, présentée devant l'Assemblée nationale le 27 novembre 2009.

<sup>254</sup> Rapport GEOFFROY, doc. Assemblée nationale n° 2293, 10 février 2010.

<sup>255</sup> M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial*, Dalloz, Précis, 8<sup>ème</sup> éd., 2018, n° 342, p.405.

moral »<sup>256</sup>. En tout état de cause, le législateur s'est encore appuyé sur l'innovation prétorienne, qui le précédait largement, sans en modifier la substance.

111. Du point de vue de l'infraction de harcèlement conjugal, la logique est similaire. Lors de la loi du 9 juillet 2010, le législateur a souhaité créer un délit de harcèlement moral au sein du couple. Pour ce faire, il s'est appuyé sur la notion de violences psychologiques, comme il a été constaté précédemment. Originellement, l'infraction de harcèlement était spécifique au milieu du travail et à la matière sexuelle<sup>257</sup>. Ce corpus législatif était déjà critiqué par la doctrine, en raison de sa rédaction ambiguë et de son manque de sens et de précision<sup>258</sup>. Ces reproches étaient justifiés au point que l'article 222-33 du Code pénal, dans sa rédaction issue de la loi du 17 janvier 2002, a été censuré par le Conseil constitutionnel, faute pour le législateur d'avoir défini avec suffisamment de précision les éléments constitutifs du délit<sup>259</sup>. La consécration d'un délit de harcèlement moral conjugal n'a pas fait taire les critiques et révèle le retard du législateur sur un moyen de délinquance récent, malgré l'ancienneté historique des faits de harcèlement en société.

112. Le harcèlement est défini, *lato sensu*, comme « un enchaînement d'agissements hostiles dont la répétition affaiblit psychologiquement la personne qui en est victime »<sup>260</sup>. En l'absence de texte incriminateur spécifique au harcèlement moral, la jurisprudence réprimait les agissements correspondant à cette définition par le biais des violences. Comme il a été vu précédemment, la Chambre criminelle a élargi de façon prodigieuse le champ d'application des violences, autrefois limité à une dimension physique et désormais ouvert aux violences psychologiques<sup>261</sup>. Cette approche extensive, bien que critiquable, a le mérite d'avoir pris en compte un enjeu sociétal important malgré le silence du législateur – silence dont la durée laisse perplexe.

---

<sup>256</sup> A. LEPAGE, H. MATSOPOULOU, *Droit pénal spécial*, PUF, Thémis droit, 1<sup>ère</sup> éd., 2015, n° 108, p.73.

<sup>257</sup> En matière sexuelle, depuis la réforme, l'article 222-33 du Code pénal dispose : « Le fait de harceler autrui en usant d'ordres, de menaces ou de contraintes, dans le but d'obtenir des faveurs de nature sexuelle, par une personne abusant de l'autorité que lui confèrent ses fonctions, est puni d'un an d'emprisonnement et de 100 000 F d'amende. »

Dans le domaine du travail, la loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002 de modernisation sociale, a créé par son article 170, l'article 222-33-2 du Code pénal, qui disposait : « Le fait de harceler autrui par des agissements répétés ayant pour objet ou pour effet une dégradation des conditions de travail susceptible de porter atteinte à ses droits et à sa dignité, d'altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel, est puni d'un an d'emprisonnement et de 15000 euros d'amende. »

<sup>258</sup> V. en ce sens : V. MALABAT, *À la recherche du sens du droit pénal du harcèlement : Droit social* 2003, p.491 ; E. MONTEIRO, *Le concept de harcèlement moral dans le code pénal et le code du travail* : RSC 2003, p.277 ; C. KATZ, *Le délit de harcèlement moral, une incrimination nécessaire ? Une application problématique* : AJ Pénal 2005, p.13.

<sup>259</sup> Cons. const., 4 mai 2012, n° 2012-240, DQPC : D. 2012. 1372 ; *Gaz. Pal.* 2012. 1. 1391 ; RSC 2012. 371.

<sup>260</sup> Dalloz, fiches d'orientation : Harcèlement (Sanctions pénales), juillet 2021.

<sup>261</sup> V. *supra*, n° 109.

113. Le législateur a fini par consacrer partiellement cette jurisprudence, en reprenant sa finalité mais en lui attribuant un article spécifique. Ainsi, l'article 222-33-2-1 du Code pénal réprime cette infraction, depuis une loi du 9 juillet 2010<sup>262</sup>. L'intérêt de cette consécration est, selon le législateur, de garantir la non-impunité des auteurs de cette forme particulière de violence psychologique, ainsi que de faire prendre conscience aux victimes de leur statut. Le législateur considérait que les violences psychologiques pouvaient être caractérisées par un seul fait, d'une gravité particulière, alors que le harcèlement moral consiste en de plus faibles atteintes mais répétées<sup>263</sup>. La proposition de loi présentait également cet objectif, en affirmant que le harcèlement moral conjugal est à l'origine de « processus de destruction de la personnalité, de phénomènes d'emprise sur les victimes engendrant des conséquences extrêmement graves et durables. Or ces personnes, souvent, ne reconnaissent pas l'anormalité de leur situation, parce que celle-ci n'est pas nommée, sans compter que ces violences constituent souvent la première étape vers des violences physiques »<sup>264</sup>. Si l'objectif du législateur est louable, il demeure que son intervention est très tardive, compte tenu de l'ancienneté des agissements visés et de la jurisprudence ayant trouvé de longue date un moyen répressif à leur rencontre.

114. Par ailleurs, Michèle-Laure Rassat souligne le manque de cohérence profond de cette consécration mal maîtrisée. Elle affirme ainsi que « si l'on fait abstraction de ce qu'il est précisé que les agissements doivent être répétés, nous ne trouvons aucun sens précis à ce texte »<sup>265</sup>. Il est vrai que l'exigence de dégradation des conditions de vie, devant se traduire par une altération de la santé physique ou mentale, semble renfermer une double condition tout en étant un même élément matériel.

De plus, la formule « ayant pour objet ou pour effet » crée une ambiguïté, l'infraction prenant alternativement une coloration formelle ou matérielle. Sur le plan probatoire, l'enjeu ressort également, car comment définir – puisque le législateur n'a pas pris la peine de le faire – une dégradation des conditions de vie traduite par celle de la santé ? Comment établir un lien de causalité entre un problème de santé quelconque et un harcèlement moral ? Comment, enfin,

---

<sup>262</sup> L'article 222-33-2-1 du Code pénal était ainsi rédigé : « Le fait de harceler son conjoint, son partenaire lié par un pacte civil de solidarité ou son concubin par des agissements répétés ayant pour objet ou pour effet une dégradation de ses conditions de vie se traduisant par une altération de sa santé physique ou mentale est puni de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 € d'amende lorsque ces faits ont causé une incapacité totale de travail inférieure ou égale à huit jours ou n'ont entraîné aucune incapacité de travail et de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 € d'amende lorsqu'ils ont causé une incapacité totale de travail supérieure à huit jours.

Les mêmes peines sont encourues lorsque cette infraction est commise par un ancien conjoint ou un ancien concubin de la victime, ou un ancien partenaire lié à cette dernière par un pacte civil de solidarité. »

<sup>263</sup> Rapport GEOFFROY, doc. Assemblée nationale n° 2293, 10 février 2010.

<sup>264</sup> D. BOUSQUET et a., Proposition de loi renforçant la protection des victimes et la prévention et la répression des violences faites aux femmes, présentée devant l'Assemblée nationale le 27 novembre 2009.

<sup>265</sup> M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial*, Dalloz, Précis, 8<sup>ème</sup> éd., 2018, n° 473, p.545.

caractériser cette infraction, lorsqu'elle a « pour objet » une dégradation des conditions de vie, si aucun dommage n'est établi ? La répression prévue par l'article 222-33-2-1 du Code pénal pose également problème. Lorsque les faits n'entraînent aucune incapacité totale de travail, ils sont punis de trois ans d'emprisonnement et de quarante-cinq mille euros d'amende. Or, les violences ayant entraîné une incapacité totale de travail de moins de huit jours sont réprimées par une contravention de cinquième classe, ce qui fait dire à Michèle-Laure Rassat que cette répression est d'une « gravité absurde ».

Cette démarche de consécration partielle et mal maîtrisée par le législateur est parfois qualifiée par la doctrine de législation symbolique. Agathe Lepage, prenant en compte l'ultime évolution de l'infraction de harcèlement, recouvrant désormais toute forme de harcèlement moral, souligne que l'infraction « ne connaît pas de frontières et ouvre la porte à des difficultés de qualification dont le législateur n'a cure puisque, de toute façon, c'est l'effet symbolique qu'il recherche dans cette accumulation de textes »<sup>266</sup>.

115. En somme, cette double consécration des violences psychologiques et du harcèlement conjugal procède d'une large reprise de jurisprudences anciennes, sans que le législateur n'ait réalisé leur refonte et leur adaptation suivant sa volonté propre en matière de droit pénal. Alors que la solution prétorienne réprimait, sinon de façon cohérente, au moins efficacement les faits envisagés, le législateur en a consacré le fond, sans en préciser la forme. Cette ambiguïté révèle le retard du législateur sur les nouveaux moyens d'atteinte de la délinquance, qui le contraint à adapter ponctuellement le Code pénal, à défaut de le réformer de façon plus profonde et suivant son souhait d'évolution du droit pénal. Le risque que comporte ce retard est celui de l'incohérence pour le droit pénal. Celui-ci semblait déjà poindre dans les consécration précédemment étudiées, sans qu'il ne soit totalement réalisé. D'autres consécration de solutions prétoriennes ont, quant à elles, été source d'incohérences profondes pour le droit pénal.

## **Section 2 : Le retard du législateur source d'incohérences en droit pénal**

116. Alors que la société et la délinquance mutent, l'évolution du droit pénal est nécessaire. Il a été constaté que le législateur est en retard dans le processus permettant cette évolution et ne réalise finalement que des adaptations ponctuelles. Ce retard ne permet pas de garantir la cohérence du droit pénal dans le temps. Plus encore, l'empressement législatif est source d'incohérences en la matière. En ce sens, le législateur s'éloigne dangereusement de la maxime de Nicolas Boileau, selon

---

<sup>266</sup> A. LEPAGE, H. MATSOPOULOU, *Droit pénal spécial*, PUF, Thémis droit, 1<sup>ère</sup> éd., 2015, n° 378, p.252.

laquelle « ce que l'on conçoit bien s'énonce clairement/Et les mots pour le dire arrivent aisément »<sup>267</sup>. Les incohérences que le législateur introduit dans le droit pénal sont essentiellement dues à un manque de maîtrise de la légistique. Bien souvent, le législateur emploie un mot ou une expression, convaincu de faciliter le travail du juge et de servir la clarté de la loi pénale, alors que le résultat est malheureusement à l'opposé de cette conviction. Cet enjeu est fondamental pour la loi pénale, dans la mesure où il peut devenir systémique et, à terme, faire chanceler toute l'œuvre législative en matière de droit pénal. En effet, si le retard du législateur dans l'évolution du droit pénal est croissant et durable, son œuvre ne devient plus qu'une course à l'adaptation de ce droit, ce qui suscite toujours plus d'incohérences. Un cercle vicieux semble ainsi se mettre en place au détriment de tous les acteurs de la chaîne pénale.

L'exemple le plus révélateur de ces incohérences, que le retard du législateur crée en droit pénal, est celui de l'évolution de la notion de contrainte morale en matière sexuelle. Le législateur a en effet consacré partiellement une jurisprudence, afin d'en reprendre la solution, mais s'est paradoxalement écarté de façon peu cohérente de la solution prétorienne ainsi consacrée (§1). De cette consécration partielle ressortent plusieurs incohérences révélant le peu de portée normative que peut revêtir le travail du législateur (§2).

### ***§1 La consécration partielle de la jurisprudence relative à la contrainte morale en matière sexuelle***

117. Pour comprendre l'incohérence que suscite le retard du législateur, une étude de l'évolution des infractions sexuelles est nécessaire. L'ancien article 331 du Code pénal disposait : « Quiconque aura commis le crime de viol, ou sera coupable de tout autre attentat à la pudeur, consommé ou tenté avec violence contre des individus de l'un ou de l'autre sexe, sera puni de la réclusion. » De cette définition, il faut retenir que le viol ne pouvait être caractérisé qu'à condition qu'il ait été commis avec violence.

Pourtant, la jurisprudence a opéré, très tôt, une extension de ce crime, en lui apportant une définition originale, à savoir : « abuser d'une personne contre sa volonté, soit que le défaut de consentement résulte de la violence physique ou morale exercée à son égard, soit qu'il résulte de tout autre moyen de contrainte ou de surprise pour atteindre, en dehors de la volonté de la victime, le but que se propose l'auteur de l'action »<sup>268</sup>. La Chambre criminelle définissait donc la condition de violence selon deux aspects, la violence physique et la violence morale. Il semble déjà complexe

---

<sup>267</sup> N. BOILEAU, *L'art poétique*, chant I, 1674.

<sup>268</sup> Crim., 25 juin 1857 : *Bull. crim.* n° 240 ; *S.* 1857. 1. 711 ; *DP* 1857. 1. 314.

de comprendre cette *summa divisio*, car la notion de violence morale, dans le contexte d'un viol, est difficilement compréhensible et envisageable en pratique, sauf à l'assimiler artificiellement à la contrainte morale. La Chambre criminelle ajoutait dans le même temps à cette condition légale de violence, les notions de contrainte et de surprise, sans toutefois les définir, ce qui soulève encore des difficultés. Comment, par exemple, différencier la violence physique de la contrainte physique ? Les deux notions se recoupent, même si la première évoque traditionnellement une atteinte à l'intégrité physique, alors que la seconde est plus largement entendue<sup>269</sup>. La surprise est encore plus complexe à envisager, faute pour la Cour de cassation de l'avoir définie. S'agissait-il de la surprise de la victime ou de son consentement ?<sup>270</sup> Cette audace prétorienne pose question, car le juge s'est écarté de l'interprétation stricte de la loi, en procédant à l'extension du champ d'application de l'ancien article 331 du Code pénal. Alors que cet article ne visait que la violence, notion éminemment physique, le juge lui a ajouté un pan moral et lui a assimilé la surprise, quant à elle parfaitement psychologique.

118. Une loi du 23 décembre 1980 avait redéfini le viol de façon à consacrer ces jurisprudences<sup>271</sup>. Le viol était alors caractérisé par « tout acte de pénétration sexuelle, de quelque nature qu'il soit, commis sur la personne d'autrui par violence, contrainte ou surprise »<sup>272</sup>. L'article 333 du Code pénal de 1810, réprimant les attentats à la pudeur, reprenait les mêmes critères. Cette consécration souligne déjà que le législateur a tardivement, plus d'un siècle après la jurisprudence, reconnu l'évolution des mœurs et la réprobation croissante de la société à l'égard des infractions sexuelles. Suivant cette évolution, il était nécessaire que les infractions sexuelles soient réprimées par la loi pénale avec davantage d'efficacité. La coloration physique de la notion de violence paraissait alors comme trop restrictive. Une interprétation trop stricte, donc littérale, de la loi pénale, était ainsi écartée par la jurisprudence, ce qui justifiait une extension de la violence à la dimension morale. Cette solution prétorienne suscite tout de même des réticences, étant donné que la violence morale ou la surprise sont plus complexes à caractériser et comportent un aspect subjectif important. Pour autant, le législateur n'a pas jugé utile de préciser ce que recouvrent ces notions, lorsqu'il a consacré cette jurisprudence.

---

<sup>269</sup> M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial*, Dalloz, Précis, 8<sup>ème</sup> éd., 2018, n° 586, p.686 : « la contrainte physique est le fait d'exercer des pressions corporelles pour obtenir ce que l'on désire, autrement dit, elle se confond avec la violence. »

<sup>270</sup> La jurisprudence a précisé, au fil du temps, que la surprise consiste bien en celle du consentement et non en celle de la victime. À propos d'un agent qui s'introduit dans le lit d'une femme endormie dont le mari était sorti : Crim., 25 juin 1857 : *Bull. crim.* n° 240 ; Crim., 31 déc. 1858 : *Bull. crim.* n° 328. À propos d'un jeune garçon invité à visiter une propriété, ce dont l'agent avait profité : Crim., 22 janv. 1997, n° 96-80.353 : *Bull. crim.* n° 22 ; *RSC 1998. 325*. La jurisprudence a clairement exprimé que la surprise ne saurait être celle d'une personne déclarant être « tombée des nues » : Crim., 25 avr. 2001, n° 00-85.467 : *Bull. crim.* n° 99 ; *RSC 2001. 808*.

<sup>271</sup> Loi n° 80-1041 du 23 décembre 1980 relative à la répression du viol et de certains attentats aux mœurs.

<sup>272</sup> Le moyen de menace a été ajouté lors de la réforme du Code pénal.

119. Par la suite, la Cour de cassation a affirmé que la contrainte peut être morale<sup>273</sup>. S'est alors posé la question de l'influence de l'âge, dans un premier temps de la victime, dans la caractérisation de la contrainte morale ou de la surprise. La Chambre criminelle a d'abord affirmé que l'absence de consentement résulte de l'âge de la victime, lorsque celui-ci est si bas que l'enfant n'est pas en mesure de comprendre ce qu'est la sexualité, il n'en a d'ailleurs aucune connaissance. L'enfant en bas âge ne peut donc pas réaliser la nature et la gravité des actes de nature sexuelle qui lui sont imposés, ce qui exclue totalement son consentement à de tels actes<sup>274</sup>.

La Chambre criminelle a toutefois affirmé, à plusieurs reprises, que l'absence de consentement de la victime ne peut résulter que de son seul âge<sup>275</sup>. Cette position semblait être de principe pour une partie de la doctrine, ce qui n'a pourtant pas empêché des Cours d'appel d'écarter le consentement de victimes âgées de moins de six ans<sup>276</sup>. La position de la Cour de cassation ne semblait alors pas fixe, ce que soulignent certaines de ses décisions où elle valide des arrêts de mise en accusation devant des Cours d'assises, dont les charges sont exclusivement fondées sur l'âge de la victime ou son ignorance quant à la sexualité<sup>277</sup>.

Par la suite, la Chambre criminelle a reconnu plus clairement que la contrainte ou la surprise peuvent être caractérisées grâce à l'âge de la victime. Elle a ainsi validé un arrêt de Cour d'appel qui affirmait que « l'état de contrainte ou de surprise résulte du très jeune âge des enfants qui les rendait incapables de réaliser la nature et la gravité des actes qui leur étaient imposés »<sup>278</sup>. Il faut ici souligner avec force que la Cour de cassation n'a pas, à l'occasion de cet arrêt, reconnu comme principe un seuil d'âge en dessous duquel le consentement d'un enfant est nécessairement vicié ou inexistant. Elle n'affirme pas non plus que l'âge est, à lui seul, un critère unique d'appréciation de la contrainte morale ou de la surprise. Sa décision procède d'une heureuse logique selon laquelle des enfants en très bas âge ne peuvent, de toute évidence, pas consentir à des actes qui échappent à leur conscience. Michèle-Laure Rassat explique en ce sens que « selon le bon sens, et la jurisprudence relative à la faiblesse, où le problème posé est le même, il conviendrait de distinguer. Si l'enfant est hors d'état de comprendre la portée de ses actes, on doit considérer qu'il ne peut y consentir. Cette

---

<sup>273</sup> Crim., 4 août 1988, n° 88-83.080, inédit.

<sup>274</sup> Crim., 11 juin 1992, n° 91-85.847 : *Bull. crim.* n° 228 ; *RSC* 1993. 781, obs. Levasseur.

<sup>275</sup> Crim., 21 oct. 1998, n° 98-83.843 : *Bull. crim.* n° 274 ; *D.* 1999. 75, note Mayaud ; *JCP* 1998. II. 10215, note Mayer ; *Dr. pénal* 1999, Comm. 5, obs. Véron ; Crim., 10 mai 2001, n° 00-87.659 : *Bull. crim.* n° 116 ; *RSC* 2001. 808, note Mayaud ; *Dr. pénal* 2001, Comm. 110, obs. Véron ; *JCP* 2002, I, 155, obs. Véron ; Crim., 1<sup>er</sup> mars 1995, n° 94-85.393 : *Bull. crim.* n° 92 ; *D.* 1996. 241, obs. Malbrancq-Decourcelle.

<sup>276</sup> CA Limoges, 5 avr. 1995 : *Juris Data* n° 042693 ; CA Agen, 24 avr. 1997 : *Juris Data* n° 044810 ; CA Paris, 14 nov. 2000 : *Juris Data* n° 134658.

<sup>277</sup> Pour un arrêt concernant un enfant âgé de cinq ans et demi : Crim., 28 nov. 2001, n° 01-86.218, inédit. Pour un arrêt concernant un enfant estimé ignorant en matière de sexualité : Crim., 18 mars 1997, n° 96-86.703, inédit.

<sup>278</sup> Crim., 7 déc. 2005, n° 05-81.316 : *Bull. crim.* n° 326 ; *D.* 2006. IR 175, obs. Girault ; *ibid.* 2006. Pan. 1655, obs. Garé ; *AJ pénal* 2006. 81 ; *Dr. pénal* 2006. 31, obs. Véron ; *RSC* 2006. 319, obs. Mayaud.

décision ne dépend pas d'un âge préfixé mais d'une appréciation de la situation de fait, quant au discernement de l'enfant. Dès que l'enfant est en mesure de comprendre ce qu'il fait, son âge ne constitue plus, à lui seul, l'absence de consentement »<sup>279</sup>. Yves Mayaud soutient également cette approche de la Cour de cassation et affirme que « lorsque l'âge renvoie à une insuffisance manifeste de discernement, il est la preuve en soi de ce que la victime a subi malgré elle »<sup>280</sup>.

120. La Cour de cassation a confirmé sa jurisprudence, à l'occasion d'une espèce assez proche, où elle soutient que « la contrainte résulte de l'incapacité de la fillette, en raison de son tout jeune âge, six ans lors des premiers faits, à résister à l'emprise de son père et à donner un consentement valable à ses sollicitations »<sup>281</sup>. La position de la Chambre criminelle, loin de constituer un revirement, comme le souligne Yves Mayaud, s'inscrit dans une logique *in concreto*, où le juge apprécie souverainement des faits d'espèce pour déduire de l'absence ou non de consentement. Si l'on a pu croire que la position de la Haute juridiction a oscillé au sujet de l'âge de la victime, elle semble, au contraire, avoir conservé une certaine stabilité. La jurisprudence a affirmé avec constance que l'âge de la victime peut être pris en compte pour caractériser la contrainte ou la surprise.

En revanche, elle souligne que l'âge ne caractérise pas, à lui seul en tant que simple donnée, l'absence de consentement tel qu'exigé par l'article 222-22 du Code pénal. Il en va ainsi du dernier arrêt évoqué, où les juges du fond avaient relevé, outre le jeune âge de la fillette, les pressions que son père exerçait sur elle pour qu'elle taise les faits. L'arrêt de 2005 allait également en ce sens, bien que moins prolixe quant aux faits accompagnant le très jeune âge des victimes. En effet, il présente l'impossibilité du consentement, certes sous l'angle essentiel de l'âge, mais pour une espèce où il relève de l'évidence que ce très jeune âge allait de pair avec une immaturité, notamment sexuelle<sup>282</sup>. La doctrine a d'ailleurs souligné que « l'essentiel réside moins dans la façon dont le consentement est atteint que dans la certitude de son inexistence »<sup>283</sup>.

121. Cependant, cette jurisprudence récente a posé un problème, en particulier lors des arrêts de 2005 et 2007. L'enjeu provient de la circonstance aggravante qui était alors prévue par les articles 222-24, 2° et 222-29, 1° du Code pénal. Ces articles disposaient que la minorité de quinze ans de la victime entraînait une aggravation des peines encourues pour le viol et l'agression sexuelle. Or, la jurisprudence évoquée précédemment prenait en compte, dans la caractérisation de

---

<sup>279</sup> M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial*, Dalloz, Précis, 8<sup>ème</sup> éd., 2018, n° 591, p.689.

<sup>280</sup> Y. MAYAUD, *Le jeune âge de la victime, facteur de contrainte ou de surprise constitutive d'agression sexuelle* : RSC 2006, p.319.

<sup>281</sup> Crim., 5 déc. 2007, n° 07-80.068, inédit : D. 2008. 1854, obs. Gouttenoire et Bonfils.

<sup>282</sup> Cette position était soutenue par Yves Mayaud, dans l'article précité.

<sup>283</sup> C. GIRAULT, *Aggression sexuelle : la contrainte peut résulter du jeune âge de la victime* : RD 2006, p.175.

l'infraction, le jeune âge des victimes, mineures de quinze ans, tout en reconnaissant la circonstance aggravante qu'entraînait ce même fait<sup>284</sup>. Une interférence existait donc entre l'élément matériel de l'infraction et l'une de ses circonstances aggravantes. Or, comme le souligne Yves Mayaud, une circonstance aggravante se greffe à l'infraction, après que le juge la caractérise. Elle ne peut donc pas servir comme élément constitutif, puisqu'elle n'est envisagée qu'une fois ce dernier établi<sup>285</sup>. Face à cette problématique, la doctrine adoptait différents points de vue et appelait à une réforme législative, afin d'apporter de la clarté aux infractions sexuelles, ce que la sécurité juridique rendait nécessaire<sup>286</sup>.

122. Le législateur a alors estimé, en 2010, qu'il convenait de consacrer explicitement la jurisprudence relative à la contrainte morale<sup>287</sup>. Il a donc créé un article 222-22-1 du Code pénal, qui dispose désormais que la contrainte prévue à l'article 222-22 du même Code peut être physique ou morale. Cette consécration s'est accompagnée d'une mise au point, à défaut d'une clarification, quant à la prise en compte de l'âge dans la caractérisation de la contrainte morale, comme l'appelait de ses vœux la doctrine.

Or, le législateur a ajouté, au sein de l'article 222-22-1 du Code pénal, la formule suivante : « La contrainte morale peut résulter de la différence d'âge existant entre une victime mineure et l'auteur des faits et de l'autorité de droit ou de fait que celui-ci exerce sur cette victime. » Ainsi, il s'est éloigné de la solution jurisprudentielle, tout en cherchant à la consacrer. Le législateur a en effet repris à son compte la possibilité de caractériser la contrainte morale grâce à l'âge de la victime. Il a cependant ajouté, contrairement à la jurisprudence, la notion de différence d'âge entre l'auteur et la victime mineure, sans toutefois la définir, ni même en établir un ordre de grandeur. Il s'écarte ainsi de la solution prétorienne, en réalisant un glissement de l'âge de la victime vers celui de l'auteur, par le biais de la différence d'âge. Agathe Lepage souligne en ce sens que « ce critère de la différence d'âge apparaît quelque peu arbitraire, réducteur, car faisant intervenir l'âge de l'auteur, il amoindrit la portée du critère le plus pertinent dans cette conception de la contrainte ainsi consacrée par le législateur, à savoir le jeune âge de la victime »<sup>288</sup>.

---

<sup>284</sup> Cette solution est d'autant plus problématique que la Cour de cassation refusait que la qualité de personne ayant autorité sur la victime puisse caractériser la violence, la contrainte ou la menace de l'infraction, puisqu'elle constitue par ailleurs une circonstance aggravante : Crim., 10 mai 2001, n° 00-87.659 : *Bull. crim.* n° 116 ; RSC 2001. 808, note Mayaud ; *Dr. pénal* 2001, Comm. 110, obs. Véron ; JCP 2002, I, 155, obs. Véron.

<sup>285</sup> Y. MAYAUD, *Le jeune âge de la victime, facteur de contrainte ou de surprise constitutive d'agression sexuelle* : RSC 2006, p.319.

<sup>286</sup> Ph. BONFILS, *Droits de l'enfant – L'agression sexuelle sur mineur de quinze ans* : RD 2008 p.1854.

<sup>287</sup> Loi n° 2010-121 du 8 février 2010 tendant à inscrire l'inceste commis sur les mineurs dans le code pénal et à améliorer la détection et la prise en charge des victimes d'actes incestueux.

<sup>288</sup> A. LEPAGE, *Réflexions sur l'inscription de l'inceste dans le Code pénal par la loi du 8 février 2010* : *La Semaine Juridique Édition Générale* n° 12, 22 mars 2010, doct. 335.

123. Plus encore, le législateur a adjoint à ce critère celui de l'autorité de droit ou de fait que l'auteur exerce sur la victime. Ce critère, non employé par la jurisprudence dans les arrêts étudiés, est par ailleurs cumulatif avec celui de la différence d'âge entre la victime mineure et l'auteur des faits, ce que la conjonction de coordination « et » traduit bien<sup>289</sup>. Cette consécration partielle ne convainc aucunement, tant elle s'éloigne de la solution prétorienne, elle-même déjà critiquée<sup>290</sup>. Le travail du législateur est d'autant moins satisfaisant qu'il contrevient au principe fondamental de légalité des délits et des peines, ce que la jurisprudence ne faisait pas, malgré les risques signalés par la doctrine. La Cour de cassation, comme il a été indiqué, n'affirmait pas que la minorité de quinze ans caractérisait la contrainte morale, en plus de la circonstance aggravante qui s'y rattache. Elle ne faisait que prendre en compte le fait qu'à des âges très bas, un an et demi à cinq ans, l'enfant n'a pas conscience des actes sexuels et ne peut, par conséquent, y consentir en connaissance de cause.

En revanche, l'article 222-22-1 du Code pénal, tel que l'a rédigé le législateur, associe la différence d'âge et l'autorité de droit ou de fait à la contrainte morale, qui s'exprime majoritairement lorsque la victime est mineure de quinze ans, sans que la circonstance aggravante de minorité de quinze ans ne soit supprimée. La légalité criminelle semble alors particulièrement malmenée. Le juge d'instruction Christian Guéry abondait en ce sens et affirmait que « le simple fait de faire figurer comme élément constitutif partiel d'une infraction un rapport juridique ou de fait avec une victime, et reprendre le même élément comme circonstance aggravante nous apparaît comme une incongruité juridique majeure »<sup>291</sup>. Le législateur a donc profondément trahi la solution jurisprudentielle. Alors que cette dernière se concentrait sur le manque de maturité de la victime, révélé par son très jeune âge, le législateur a opéré un glissement vers l'âge pris comme donnée factuelle, tout en s'écartant du seul âge de la victime pour s'intéresser à la différence entre celui-ci et l'âge de l'agent. Le législateur y adjoint par ailleurs la question de l'autorité de droit ou de fait. Il semblerait donc que le juge voyait l'âge comme une marque de la maturité, alors que le législateur y voit l'empreinte de l'autorité.

124. Le législateur semble donc avoir bien mal maîtrisé sa plume, ce qui ressort d'une circulaire du 9 février 2010, où s'exprime une confusion, à propos des jurisprudences étudiées, entre solution de la Cour de cassation et motivation rapportée par le pourvoi. La circulaire concluait qu'une « clarification » était opérée par la loi, qui « ne fait que consacrer les jurisprudences les plus récentes des juridictions du fond et de la Cour de cassation »<sup>292</sup>. Pour Christian Guéry, au contraire,

---

<sup>289</sup> A. DARSONVILLE, *Viol – Éléments constitutifs du viol : Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, févr. 2020 (actualisation : avril 2021).

<sup>290</sup> V. par exemple : M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial*, Dalloz, Précis, 8<sup>ème</sup> éd., 2018, n° 591, p.690.

<sup>291</sup> Chr. GUÉRY, *Définir ou bégayer : la contrainte morale après la loi sur l'inceste* : *AJ Pénal* 2010, p.126.

<sup>292</sup> Circulaire du 9 février 2010, CRIM10-3/E8.

la loi de 2010 n'apporte rien, au mieux, et complique les choses, au pire. Il souligne l'enjeu que cette consécration partielle crée pour les principes fondamentaux du droit pénal, en affirmant que le nouvel article 222-22-1 du Code pénal permet des aberrations juridiques, comme poursuivre « le meurtrier en retenant la circonstance aggravante de la mort de la victime »<sup>293</sup>. Cette consécration partielle est donc problématique et pose la question du risque d'incohérence pour le droit pénal.

## **§2 Un consécration partielle source d'incohérences pour le droit pénal**

125. Cette consécration partielle n'était pas une œuvre de cohérence, ce que les travaux préparatoires précédant la loi soulignent. En effet, alors que l'Assemblée nationale affirmait mettre un terme aux « errements » qu'elle voyait dans la jurisprudence, le Sénat considérait « ne pas modifier l'état du droit tel qu'il est aujourd'hui interprété par la jurisprudence ». Philippe Conte affirme en outre que cette loi, à l'image d'autres en la matière, n'avait pas réellement pour objectif de résoudre un enjeu soulevé par le juge mais plutôt de satisfaire les demandes d'associations de victimes<sup>294</sup>. Stéphane Detraz explique également que « si la loi peut prévoir que tel ou tel fait est une forme possible d'un élément constitutif [...], il n'est pas admissible qu'elle tienne le même fait comme hypothétiquement représentatif dudit élément, c'est-à-dire comme pouvant tout aussi bien y correspondre que non »<sup>295</sup>. Suivant son raisonnement, le législateur a permis au juge d'estimer que la différence d'âge et l'autorité de droit ou de fait caractérisent la contrainte morale, ou, au contraire, de l'écarter malgré la réunion de ces critères. Agathe Lepage explique en ce sens que « le caractère purement indicatif de ce critère (“peut résulter”) vient à peine atténuer ce qu'il peut avoir d'arbitraire et de peu pertinent, car le jeune âge de la victime ne coïncide pas nécessairement avec une forte différence d'âge avec son agresseur »<sup>296</sup>.

126. En plus de porter atteinte à la sécurité juridique en droit pénal de fond, la rédaction de l'article 222-22-1 du Code pénal met à mal la sécurité juridique sur le plan formel. Avant l'intervention du législateur, le juge devait caractériser la contrainte morale ou la surprise, en évoquant les faits utiles comme l'âge, sans toutefois en faire l'élément déterminant ayant conduit à retenir le prévenu ou l'accusé dans les liens de la prévention. Ce jeu d'équilibriste avait été mené

---

<sup>293</sup> Chr. GUÉRY, *Définir ou bégayer : la contrainte morale après la loi sur l'inceste* : *AJ Pénal* 2010, p.126.

<sup>294</sup> Ph. CONTE, *Agression sexuelle – Contrainte morale et minorité de la victime* : *Droit pénal* n° 12, décembre 2015, comm. 154. À l'occasion d'un arrêt critiquable, rendu après la loi du 8 février 2010, qui retenait la différence d'âge entre la victime et l'agent pour caractériser la contrainte morale : *Crim.*, 23 sept. 2015, n° 13-83.881, inédit.

<sup>295</sup> S. DETRAZ, *Agressions sexuelles – L'article 222-22-1*, in fine, *du Code pénal à la lumière de la jurisprudence* : *Droit pénal* n° 12, décembre 2015, étude 24.

<sup>296</sup> A. LEPAGE, H. MATSOPOULOU, *Droit pénal spécial*, PUF, Thémis droit, 1<sup>ère</sup> éd., 2015, n° 424, p.296.

avec intelligence par la Chambre criminelle, lors de ses arrêts de 2005 et 2007. Le législateur a cependant modifié ce paradigme, en inscrivant l'âge comme moyen légal pour établir la contrainte morale. Stéphane Detraz explique ainsi que « puisque le texte reconnaît expressément l'affinité qu'entretiennent avec la contrainte morale l'écart d'âge et l'autorité, il ne peut plus, au plan procédural, être reproché à une décision de condamnation d'évoquer ces éléments dans son raisonnement pour conclure à la caractérisation de l'infraction. Une sorte de brevet de "pertinence" leur est ainsi décerné *in abstracto* par la loi »<sup>297</sup>.

Le législateur semble avoir voulu aider le juge dans son travail de caractérisation, en facilitant la répression. Or, en pratique, il renforce le risque pour la sécurité juridique, puisqu'il délivre ce « brevet de pertinence », tout en affirmant que le juge peut ou non, selon son pouvoir arbitraire, retenir la différence d'âge et l'autorité de droit ou de fait comme élément et preuve de la contrainte morale.

127. Les enjeux soulevés par la rédaction de l'article 222-22-1 du Code pénal sont tels que le texte a été attaqué par le biais d'une question prioritaire de constitutionnalité<sup>298</sup>. À cette occasion, le travail du législateur était notamment remis en question à propos du principe de légalité des délits et des peines et du principe de nécessité et de proportionnalité. Face à ces critiques, le Conseil constitutionnel s'est déterminé à sauver le texte de loi, en affirmant que « la seconde phrase de l'article 222-22-1 du Code pénal a 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 « n'a en conséquence pas pour objet de définir les éléments constitutifs de l'infraction ». Si la décision des sages donne à cet article son brevet de constitutionnalité, la contrepartie est une réduction de son impact sur le droit positif. En ce sens, le texte est privé de tout rôle dans la définition légale des infractions sexuelles, la différence d'âge et l'autorité de droit ou de fait n'étant plus que des critères d'appréciation offerts au juge. Or, ces critères existaient déjà pour le juge, ce qui fait dire à Philippe Conte que « la réforme a eu pour seul effet de réaffirmer le pouvoir des juges de se prononcer selon leur intime conviction : le résultat est admirable »<sup>299</sup>. Et Emmanuel Dreyer d'en conclure qu'« avec ou sans l'article 222-22-1 du Code pénal, la situation est inchangée. » Selon cet auteur : « l'article 222-22-1 n'a pas sa place dans le

---

<sup>297</sup> S. DETRAZ, *Agressions sexuelles – L'article 222-22-1, in fine, du Code pénal à la lumière de la jurisprudence : Droit pénal* n° 12, décembre 2015, étude 24.

<sup>298</sup> Cons. const., 6 févr. 2015, n° 2014-448, DQPC : D. 2015. 324 ; RSC 2015. 86, obs. Mayaud.

<sup>299</sup> Ph. CONTE, *Agression sexuelle – Contrainte morale et minorité de la victime : Droit pénal* n° 12, décembre 2015, comm. 154.

Code pénal car il ne lui apporte rien ; c'est une norme vide de toute substance. Il n'a que l'apparence d'une norme »<sup>300</sup>.

128. Cette approche de l'article 222-22-1 du Code pénal a été reprise par la Cour de cassation, qui affirme que les dispositions de ce nouvel article sont interprétatives<sup>301</sup>. Cependant, l'application qu'elle en fait semble susciter de nouveau les enjeux révélés à l'occasion de la consécration légale. La Chambre criminelle fonde ses décisions de plus en plus sur la différence d'âge entre l'agent et la victime, alors que le très bas âge de cette dernière est plus convaincant, tout en passant sous silence le critère d'autorité de droit ou de fait, alors que l'article semblait évoquer un cumul des deux critères<sup>302</sup>. La jurisprudence donne par conséquent une force certaine à cet article, tout en lui niant sa valeur normative. La synergie entre le juge et le législateur semble ainsi rompue. Alors que la Cour de cassation avait élaboré une solution critiquée mais juridiquement cohérente, le législateur a, dans un élan mal maîtrisé, consacré partiellement cette solution, créant plus de problèmes qu'il prétendait en résoudre.

129. Cette intervention tardive du législateur souligne encore que son retard dans l'évolution du droit pénal cantonne son travail à une adaptation ponctuelle peu réfléchie. Tout porte à croire que le législateur court après le droit pénal, ce qui l'empêche de prendre le recul nécessaire à l'élaboration cohérente de la norme pénale. La perte de vitesse du législateur est telle qu'Emmanuel Dreyer a eu l'occasion d'affirmer, à propos du contrôle de constitutionnalité de l'article 222-22-1 du Code pénal, que ce dernier a été « sauvé des eaux constitutionnelles par un de ces miracles dont l'institution a le secret lorsqu'elle veut conserver au législateur l'illusion – principe de légalité oblige – qu'il définit encore la politique criminelle menée dans notre pays »<sup>303</sup>. Il y a donc un retard du législateur en matière de droit pénal, celui-ci ne menant plus l'évolution de la loi pénale mais procédant à son adaptation dans l'urgence, ce qui est source d'incohérences profondes. Cette volonté d'adaptation du législateur laisse entrevoir que le juge le rattrape dans son œuvre, tant les solutions prétorienne sont consacrées sans que la volonté politique du législateur ne le justifie. C'est donc un nouveau risque pour l'élaboration de la norme pénale, à savoir celui d'un dépassement du législateur par le juge.

---

<sup>300</sup> E. DREYER, *Un contrôle si faible contrôle de constitutionnalité* : *AJ Pénal* 2015, p.248 et s.

<sup>301</sup> Crim., 9 sept. 2015, n° 15-83.763, inédit.

<sup>302</sup> Crim., 23 sept. 2015, n° 13-83.881, inédit : *Dr. pénal* 2015, comm. 154, obs. Conte ; Crim., 24 juin 2015, n° 14-87.529, inédit ; Crim., 15 avr. 2015, n° 14-82.172 : *Bull. crim.* n° 93 ; *AJ pénal* 2015. 421, note Darsonville.

<sup>303</sup> E. DREYER, *Un contrôle si faible contrôle de constitutionnalité* : *AJ Pénal* 2015, p.248.

## Chapitre 2 : Volonté d'adaptation et dépassement du législateur par le juge

Depuis la réforme du Code pénal de 1992, le législateur semble condamné à adapter le droit pénal en prenant acte d'innovations jurisprudentielles l'ayant devancé. Cette démarche s'accompagne d'un refus régulier du législateur d'être dépassé par le juge. Pourtant, force est de constater que le législateur est progressivement dépassé par l'œuvre du juge (**Section 1**). Ce phénomène est tel que le dépassement du législateur apparaît acté (**Section 2**).

### Section 1 : Le dépassement progressif du législateur par le juge

Le dépassement du législateur par le juge dans l'œuvre de création du droit pénal apparaît essentiellement sous l'angle de l'adaptation du droit pénal par le législateur aux nouvelles mœurs révélées et actées par la jurisprudence. Ainsi, un processus d'élaboration de la norme pénale s'est créé, au sein duquel le législateur n'est plus à l'origine d'une évolution, mais au terme d'une adaptation.

En ce sens, le législateur s'adapte à l'œuvre jurisprudentielle au point de consacrer des jurisprudences rendues *contra legem* (§1). Face à ce renversement de paradigme, le législateur exprime régulièrement son refus d'être dépassé par le juge dans l'œuvre de création du droit pénal (§2).

#### § 1 La consécration de jurisprudences *contra legem*

130. Aussi étonnant que cela puisse paraître, le législateur consacre parfois des jurisprudences rendues *contra legem*, tout en dénonçant ce phénomène comme source d'insécurité juridique. Certes, leur consécration permet de mettre fin à l'insécurité juridique créée, d'un point de vue formel, en établissant un cadre légal limitant l'*arbitraire du juge*. Cependant, sur le plan fondamental, la consécration de jurisprudences rendues *contra legem* ne satisfait aucunement l'exigence de sécurité juridique. En effet, ce phénomène traduit une confusion entre le rôle du juge et celui du législateur, alors qu'une stricte distinction est exigée par le principe de séparation des pouvoirs.

131. La consécration de jurisprudences rendues *contra legem* s'illustre en particulier en matière de prescription pénale, notamment par la création des articles 9-2 et 9-3 du Code de procédure pénale. Ces deux articles prévoient respectivement les causes d'interruption et de suspension de la prescription pénale. Absents de l'ancien Code d'instruction criminelle, ces articles

ont été créés au sein du Code de procédure pénale par une loi du 27 février 2017, afin de consacrer des jurisprudences abondantes en la matière<sup>304</sup>. Comme il a été constaté précédemment, l'évolution des technologies et l'essor de la délinquance astucieuse et organisée a conduit la jurisprudence à forger les notions d'infractions occultes et dissimulées<sup>305</sup>. Le législateur avait consacré ces créations prétoriennes, sans toutefois les remanier en profondeur. L'article 9-1 du Code de procédure pénale consacrait ainsi une solution rendue en l'absence d'un texte légal, les articles 7 et 8 du Code de procédure pénale ne disposant que des délais butoirs. En ce sens, la jurisprudence concernant le report du point de départ de la prescription était rendue de façon *praeter legem*, davantage que *contra legem*. Par ailleurs, la jurisprudence s'est montrée d'une rare audace, en réalisant une extension des causes d'interruption et de suspension de la prescription, cette fois de façon *contra legem*.

132. Du point de vue des causes d'interruption de la prescription, l'ancien article 637 du Code d'instruction criminelle disposait que seuls les « actes d'instruction et de poursuite » interrompaient le cours de la prescription pénale. Le Code de procédure pénale reprenait ces mêmes actes en son article 7<sup>306</sup>. Si ces actes d'instruction et de poursuite appellent des précisions du juge quant à leur champ d'application, faute pour le législateur de l'avoir défini, ils semblent en toute rigueur limités. La jurisprudence a d'abord affirmé : « on doit entendre par acte d'instruction ou de poursuite pouvant interrompre la prescription de l'action publique ceux qui ont pour objet de constater les délits et d'en découvrir ou d'en convaincre les auteurs »<sup>307</sup>. Cette définition est large, notamment car elle évoque tout acte ayant pour objet de constater un délit. Or, un simple procès-verbal peut être entendu comme un acte ayant pour objet de constater l'existence d'un délit. Ainsi, la Chambre criminelle s'est éloignée du principe d'interprétation stricte de la loi pénale. Cette dernière visait les actes d'instruction, ce qui ne recouvre, *stricto sensu*, que les actes réalisés au cours d'une information judiciaire et non lors d'une enquête de police. Il est vrai que cette solution est bienvenue, tant il serait incohérent que seuls les actes ordonnés lors de la phase d'instruction soient considérés comme des actes interruptifs de la prescription, alors même que les actes d'enquête les précèdent souvent<sup>308</sup>.

---

<sup>304</sup> Loi n° 2017-242 du 27 février 2017 portant réforme de la prescription en matière pénale.

<sup>305</sup> V. *supra*, nos 90 à 94.

<sup>306</sup> Le Code de procédure pénale a remplacé le Code d'instruction criminelle par l'effet de la loi n° 57-1426 du 31 décembre 1957 instituant un code de procédure pénale.

<sup>307</sup> Crim., 9 mai 1936 : *DH 1936. 333*.

<sup>308</sup> B. BOULOC, *Procédure pénale*, Dalloz, Précis, 28<sup>ème</sup> éd., 2021, n° 252, p.224.

133. Toutefois, la Cour de cassation a élargi considérablement le champ d'application de ces actes, au détriment de l'appréciation stricte de la loi pénale<sup>309</sup>. Ce faisant, elle appliquait les dispositions légales à des actes qui n'étaient pas visés par celles-ci. Il en va ainsi des actes de mise en mouvement de l'action publique émanant du ministère public, comme la citation directe devant le tribunal correctionnel ou le tribunal de police<sup>310</sup>, ou encore du réquisitoire introductif, du réquisitoire supplétif ou définitif<sup>311</sup>, ainsi que d'une demande de désignation d'un juge d'instruction à la suite d'une annulation d'ordonnance de renvoi<sup>312</sup>. La Cour de cassation a poussé plus loin sa jurisprudence *contra legem*, en visant les actes de mise en mouvement de l'action publique issus de la partie plaignante, comme la citation directe<sup>313</sup>, la constitution de partie civile<sup>314</sup> ou encore l'intervention à la procédure<sup>315</sup>. Elle a également, dans le cadre de l'enquête de police, affirmé qu'une simple demande de « soit-transmis » du procureur de la République, par lequel il communique une plainte à un directeur de la police judiciaire, constitue un acte interruptif de prescription<sup>316</sup>.

134. Comme l'explique Bernard Bouloc, le Code d'instruction criminelle ne connaissait que l'instruction judiciaire, l'enquête de police n'ayant eu d'assise que dans le Code de procédure pénale<sup>317</sup>. Il semble donc d'autant plus logique que la jurisprudence ait étendu les dispositions relatives à l'interruption de la prescription aux actes d'enquête. Toutefois, cette extension demeure *contra legem* et a connu des expressions critiquables. Ainsi, l'extension de cette solution aux procès-verbaux de gendarmerie est problématique. Avant l'entrée en vigueur du Code de procédure pénale, la police et la gendarmerie réalisaient, en dehors de l'autorité du juge d'instruction, des actes d'enquête sans pouvoir coercitif. Ces derniers n'avaient qu'une valeur de renseignement et étaient officieux, ce qui empêchait de les considérer comme des actes interruptifs de la prescription.

---

<sup>309</sup> H. HELFRE, *Essai de liste des actes interruptifs et des actes non interruptifs de la prescription de l'action publique* : *Gaz. Pal.* 1987, doct. 427.

<sup>310</sup> Pour le tribunal correctionnel : Crim., 20 nov. 1968, n° 68-90.799 : *Bull. crim.* n° 306 ; Crim., 30 mars 2004, n° 03-84.085 : *Bull. crim.* n° 81 ; *AJ pénal* 2004. 243, obs. Girault. Pour le tribunal de police : Crim., 27 févr. 1985 : *Bull. crim.* n° 97 ; Crim., 4 déc. 1985, n° 85-93.066 : *Bull. crim.* n° 392.

<sup>311</sup> Pour le réquisitoire introductif : Crim., 25 nov. 1969, n° 68-92.669 : *Bull. crim.* n° 314 ; *Gaz. Pal.* 1970. 1. 42 ; Crim., 22 oct. 1990, n° 89-86.229 : *Bull. crim.* n° 350 ; *D.* 1992. 43, obs. Pannier ; *Gaz. Pal.* 11 mai 1991. Pour les réquisitoires supplétifs et définitifs : Crim., 11 oct. 1961 : *JCP* 1961. IV. 158 ; Crim., 27 avr. 2004, n° 03-85.328 : *Bull. crim.* n° 99.

<sup>312</sup> Crim., 22 janv. 2014, n° 12-87.170 : *Bull. crim.* n° 20 ; *Rev. sociétés* 2014. 522, obs. Bouloc.

<sup>313</sup> Crim., 15 avr. 1991, n° 90-82.838 : *Bull. crim.* n° 177.

<sup>314</sup> Crim., 22 déc. 1976, n° 76-91.065 : *Bull. crim.* n° 378 ; Crim., 26 mai 1977, n° 76-92.121 : *Bull. crim.* n° 196 ; Crim., 9 déc. 1980, n° 80-91.546 : *Bull. crim.* n° 341 ; Crim., 23 avr. 1985, n° 84-906.82 : *Bull. crim.* n° 155 ; Crim., 7 juin 1990, n° 89-84.991 : *Bull. crim.* n° 235 ; Crim., 18 déc. 1990, n° 89-86.810 : *Bull. crim.* n° 441 ; Crim., 14 avr. 1995 : *Bull. crim.* n° 347 ; Crim., 7 sept. 1999, n° 98-86.219 : *Bull. crim.* n° 181 ; *D.* 2001. 160, note Mouysset. La Cour de cassation affirme tout de même que c'est l'ordonnance du juge d'instruction constatant le dépôt de plainte avec constitution de partie civile qui interrompt la prescription.

<sup>315</sup> Crim., 1<sup>er</sup> oct. 2003, n° 03-83.852 : *Bull. crim.* n° 178 ; *D.* 2003. IR. 2804.

<sup>316</sup> Crim., 16 mai 1973, n° 71-92.496 : *Bull. crim.* n° 224 ; *D.* 1974. 216, note Robert.

<sup>317</sup> B. BOULOC, *Procédure pénale*, Dalloz, Précis, 28<sup>ème</sup> éd., 2021, n° 255, p.226.

Pourtant, la Chambre criminelle a pu affirmer que, malgré ce caractère officieux, les procès-verbaux de gendarmerie ainsi rédigés ont un effet interruptif<sup>318</sup>. La jurisprudence de la Cour de cassation est donc particulièrement hostile à l'acquisition de la prescription, tant l'extension qu'elle opère quant aux actes pouvant l'interrompre est énergique et se place parfois en opposition nette aux dispositions légales en vigueur<sup>319</sup>.

135. Par ailleurs, cette jurisprudence s'est exprimée quant aux actes pouvant suspendre la prescription. Les causes de suspension de la prescription pénale étaient rares avant la création de l'article 9-3 du Code de procédure pénale. Bernard Bouloc explique en ce sens que la prescription de l'action publique n'est pas une sanction de la négligence du ministère public mais davantage une prise d'acte de l'effacement des effets de l'infraction par le temps et des preuves de cette infraction. Il en déduit qu'aucun obstacle ne devrait pouvoir en suspendre le cours, l'inverse étant illogique à ses yeux<sup>320</sup>. Cependant, le législateur a établi ponctuellement des cas de suspension de la prescription<sup>321</sup>. Partant, la jurisprudence a procédé à une extension sans précédent des cas de suspension de la prescription. Elle a en effet donné un caractère général à un dispositif particulier prévu pour de rares cas par le législateur. Ainsi, la Chambre criminelle a affirmé qu'un obstacle de droit peut suspendre le cours de la prescription<sup>322</sup>. Elle a notamment appliqué ce principe lorsqu'un appel est interjeté par la partie civile contre une ordonnance de non-lieu ou un jugement de relaxe, tant que le ministère public ne prend pas ses réquisitions<sup>323</sup>. Elle a également affirmé qu'un pourvoi en cassation ou un examen d'une question préjudicielle ont un effet suspensif<sup>324</sup>. L'extension a été portée au cas d'autorisation préalable à l'exercice de l'action publique, notamment lorsque la demande est faite à l'Assemblée nationale, dont un député est suspecté d'avoir commis un délit ou un crime non flagrant<sup>325</sup>. La Chambre criminelle allait même jusqu'à voir un obstacle de droit

---

<sup>318</sup> Crim., 15 avr. 1937 : *S. 1938. 1. 233* ; Crim., 18 oct. 1954 : *Bull. crim.* n° 292 ; Crim., 26 janv. 1955 : *Bull. crim.* n° 64.

<sup>319</sup> P. MAISTRE DU CHAMBON, *L'hostilité de la Cour de cassation à l'égard de la prescription de l'action publique* : JCP 2002. II, p.10075 ; A. GIUDICELLI, *Les disparues de l'Yonne ou l'impossible prescription* : RSC 2003, p.585.

<sup>320</sup> B. BOULOC, *Procédure pénale*, Dalloz, Précis, 28<sup>ème</sup> éd., 2021, n° 262, p.232.

<sup>321</sup> Par exemple : Constitution 4 oct. 1958, art. 67, loi du 12 mai 1950, C. pr. pén., art. 6, alinéa 2, 41-1 et 85 anciens, LPF, art. L. 230, loi du 29 décembre 1977, ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986, art. 26, C. comm., art. L. 462-3, loi du 23 juin 1999, loi du 5 mars 2007.

<sup>322</sup> Crim., 1<sup>er</sup> déc. 1955 : *D. 1956. 451*, note Larguier ; Crim., 12 juill. 1972, n° 71-92.171 : *Bull. crim.* n° 240 ; *D. 1973. 65*, note Chambon.

<sup>323</sup> Crim., 22 nov. 1954 : *D. 1955. 2* ; Crim., 25 oct. 2011, n° 11-80.017 : *Bull. crim.* n° 218 ; *D. 2011. Actu. 2730*, obs. Lavric ; *ibid.* 2012. 765, obs. Dreyer ; *ibid.* Pan. 2118, obs. Pradel ; *Dr. pénal* 2012. Chron. 3, obs. Verly.

<sup>324</sup> Pour un pourvoi en cassation : Crim., 8 nov. 1955 : *Bull. crim.* n° 644 ; *D. 1956. 43* ; Crim., 19 mai 1956 : *Bull. crim.* n° 75 ; Crim., 5 mars 1979 : *Bull. crim.* n° 94 ; *D. 1979. IR 551* ; Crim., 19 avr. 1983, n° 82-92.366 : *Bull. crim.* n° 111. Pour l'examen d'une question préjudicielle : Crim., 29 mars 1897 : *S. 1901. 1. 452* ; Crim., 28 mars 2000, n° 99-84.367 : *Bull. crim.* n° 139.

<sup>325</sup> Crim., 24 juill. 1952 : *Bull. crim.* n° 394 ; *D. 1952. 533* ; *S. 1953. 1. 29* ; JCP 1952. II. 7274, note J. B. ; Crim., 14 janv. 1965, n° 63-92.417 : *Bull. crim.* n° 17 ; Crim., 14 juin 1979, n° 78-91.277 : *Bull. crim.* n° 209 ; Crim., 13 oct. 1993, n° 92-84.558 : *Bull. crim.* n° 292.

opérant suspension du cours de la prescription dans le cas où la partie civile ne pouvait agir en raison de l'inaction du juge d'instruction<sup>326</sup>.

136. De même, la jurisprudence a conçu l'obstacle de fait comme source de suspension de la prescription, à condition que cet obstacle soit insurmontable<sup>327</sup>. Elle a notamment appliqué cette solution lorsque l'exercice de l'action publique est empêché par une inondation, une invasion ou une occupation militaire<sup>328</sup>, ou encore par la démence de l'agent, survenue après la commission de l'infraction<sup>329</sup>. L'audace jurisprudentielle a connu son paroxysme à l'occasion d'un arrêt rendu par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation, dans l'affaire dite *Lempereur*, du nom de l'accusée<sup>330</sup>. Les faits sont parfaitement connus mais demeurent importants pour comprendre l'ampleur de cette jurisprudence. L'accusée avait reconnu avoir tué, dès leur naissance, huit de ses enfants, avant de les placer dans des sacs et de les enterrer. La mère étant en état d'obésité, personne, pas même les médecins l'ayant auscultée lors de visites sans lien avec son état de grossesse, n'avait pu avoir connaissance de ces grossesses. Les accouchements ayant par ailleurs été réalisés dans le secret de sa demeure, sans témoin, et les enfants n'ayant pas été déclarés à l'état civil, il était définitivement impossible que quiconque, en dehors de la mère, ait eu vent de ces huit naissances. Or, les faits ont eu lieu entre 1989 et 2006, alors que la découverte des cadavres a commencé le 24 juillet 2010. La question de l'acquisition de la prescription de l'action publique s'est alors posée pour certains des meurtres. Une problématique majeure apparaissait, en raison de l'impossibilité d'appliquer au meurtre la jurisprudence relative aux infractions occultes par nature. Se posait alors la question de l'utilisation de la notion d'infraction dissimulée. Cependant, appliquer cette solution au cas d'espèce revenait, selon la doctrine, « à l'abandon de toute possibilité de catégorisation et à une extension de cette règle prétendument exceptionnelle à toutes les infractions dissimulées par leur auteur »<sup>331</sup>. Les juges du fond ont alors mis en œuvre la notion d'obstacle insurmontable, par référence à l'obstacle de fait.

---

<sup>326</sup> Crim., 12 juill. 1972, n° 71-92.171 : *Bull. crim.* n° 240 ; *D.* 1973. 65, note Chambon ; *Gaz. Pal.* 1972. 2. 716 ; Crim., 12 oct. 1982, n° 81-94.170 : *Bull. crim.* n° 211 ; *RSC* 1983. 493, obs. Robert ; Crim., 27 janv. 1986, n° 85-92.516 : *Bull. crim.* n° 33 ; *D.* 1986. IR. 302, obs. Pradel ; Crim., 24 févr. 1986, n° 84-93.267 : *Bull. crim.* n° 71 ; *RSC* 1997. 151, obs. Dintilhac ; *D.* 1997. 142, obs. Pradel ; Crim., 27 oct. 1987, n° 86-95.321 : *Bull. crim.* n° 374 ; *RSC* 1988. 530, obs. Levasseur ; Crim., 14 nov. 1989 : *Bull. crim.* n° 413 ; Crim., 26 mai 1992, n° 91-84.187 : *Bull. crim.* n° 212 ; Crim., 13 oct. 1999, n° 98-86.040 : *Bull. crim.* n° 220. Cette jurisprudence est devenue caduque avec la loi du 4 janvier 1993 qui a permis aux parties de demander du juge d'instruction la réalisation d'actes de procédure.

<sup>327</sup> Crim., 11 juin 1985, n° 84-92.656 : *Bull. crim.* n° 224 ; Crim., 3 mai 1993, n° 92-81.728 : *Bull. crim.* n° 162.

<sup>328</sup> Crim., 1<sup>er</sup> août 1919 : *D.* 1922. 1. 49 ; *S.* 1922. 1. 239.

<sup>329</sup> Crim., 11 juill. 2007, n° 07-83.056 : *Bull. crim.* n° 185 ; *Gaz. Pal.* 2008. 1. 1992, note Monnet ; *Dr. pénal* 2007. Comm. 128, obs. Maron.

<sup>330</sup> Cass. Ass. plén., 7 nov. 2014, n° 14-83.739 : *Bull. Ass. plén.* n° 1 ; *D.* 2014. 2304 ; *Dalloz actualité*, 21 nov. 2014, obs. Fonteix ; *D.* 2014. 2498, note Parizot ; *D.* 2014. Point de vue 2469, obs. Saenko ; *AJ pénal* 2015. 36, note Darsonville.

<sup>331</sup> C. FONTEIX, *Le coup de grâce porté par l'assemblée plénière à la prescription en matière pénale* : *Dalloz actualité*, 21 novembre 2014.

La Chambre criminelle a toutefois cassé l'arrêt qui lui était soumis, en affirmant que les juges du fond ne pouvaient procéder à un report du point de départ de la prescription. Par une réflexion approfondie, la chambre de l'instruction de la Cour d'appel de Paris, statuant sur renvoi, reprenait la première solution, tout en affirmant que l'incertitude quant au jour exact de commission des faits empêchait d'appliquer les principes légaux de prescription, résultant de l'article 7 du Code de procédure pénale. Elle entraînait ainsi en résistance, estimant que les circonstances de fait empêchaient les autorités de poursuite d'agir avant la découverte des cadavres, justifiant une suspension de la prescription.

137. L'Assemblée plénière de la Cour de cassation a tranché, ne mentionnant pas le cas des infractions occultes ou dissimulées, tout en affirmant que les faits d'espèce justifiaient une suspension du délai de prescription, en raison de l'obstacle insurmontable à l'exercice des poursuites. Cette solution a suscité des critiques de la doctrine, voyant là une jurisprudence *contra legem* sans précédent. Il était ainsi avancé que la création prétorienne antérieure s'appuyait toujours sur des cas où l'obstacle était extérieur à la commission des faits, ce qui n'est pas le cas en l'espèce<sup>332</sup>. Le problème majeur de cette solution réside dans le fait qu'elle opère un glissement d'une constatation par le juge d'une situation objective, à savoir la suspension de la prescription en raison d'un élément extérieur prévisible, vers une appréciation *in concreto* par le juge d'une situation où chaque fait entre en ligne de compte pour déterminer la suspension de la prescription.

Au contraire, une autre partie de la doctrine accueillait favorablement cette solution. Yves Mayaud, en particulier, saluait l'application forte du principe *contra non valentem agere non currit praescriptio*. Il voit dans cette solution diverses leçons. Tout d'abord, l'abandon définitif du débat sur la possible application des infractions occultes ou dissimulées au meurtre. Il salue cette solution car « entraîner le meurtre dans la catégorie des infractions clandestines, c'est faire de toute infraction instantanée une infraction quasi-continue, sur un critère fantaisiste, donc voué à l'arbitraire des juridictions »<sup>333</sup>. L'écueil est ainsi évité par cette solution de principe. Par ailleurs, Yves Mayaud considère que cette solution ne rend pas la suspension de la prescription dépendante de la matérialité des faits. Elle ferait plutôt dépendre celle-ci des données processuelles, donc de la procédure pénale, à savoir l'absence totale d'indice permettant d'envisager des poursuites<sup>334</sup>.

---

<sup>332</sup> *Ibid.*

<sup>333</sup> Y. MAYAUD, *Affaire Lempereur : enfin la bonne solution !* : RSC 2014, p.777.

<sup>334</sup> Une dernière leçon est formulée par cet illustre Professeur, une leçon d'émotion, qui lui fait apporter une critique à l'égard d'une jurisprudence devenant très puissante, mais aussi contradictoire. Il affirme : « Mais qu'il nous soit permis d'aller plus loin, en nous interrogeant sur la différence que le droit entretient avec tant d'hypocrisie entre l'assassinat d'un nouveau-né et l'homicide involontaire d'un enfant mort-né ! Autant le premier est l'objet d'une compassion, autant le second est objet d'indifférence. La vie est pourtant en cause dans les deux cas : il est vrai à quelques secondes près ! »

138. Le législateur a décidé de consacrer ces jurisprudences, à l'occasion de la loi du 27 février 2017, portant réforme de la prescription en matière pénale. L'étude de la proposition de loi ayant conduit à cette consécration est révélatrice des risques qu'entraîne l'essor des jurisprudences rendues *contra legem*. Ainsi, la proposition de loi revendiquait la nécessité de mettre fin à ces jurisprudences propices à l'arbitraire du juge. Les parlementaires considéraient cela contraire à la sécurité juridique, estimant que « la jurisprudence, une nouvelle fois en dehors de tout fondement légal, a multiplié les hypothèses dans lesquelles le cours du délai de prescription pouvait être modifié, d'une part, en développant une conception extensive des motifs d'interruption de ce délai, en principe limités par les mêmes articles aux actes "d'instruction ou de poursuite", et, d'autre part, en autorisant la suspension de ce délai lorsque l'exercice des poursuites se trouvait valablement empêché »<sup>335</sup>.

Cependant, la proposition de loi consacrait paradoxalement toute l'ampleur du pouvoir arbitraire du juge. Effectivement, la jurisprudence dégagée par la Cour de cassation, en matière de prescription, permettait indéniablement au pouvoir d'arbitraire du juge de s'exprimer. Or, ces jurisprudences *contra legem* ont été reprises par le législateur, sans ajout d'éléments objectifs ou de critères limitant ce pouvoir. Cela est d'autant plus problématique que le législateur avertissait lui-même de l'enjeu pour le justiciable, pour qui ces jurisprudences suscitent « un sentiment légitime d'insécurité juridique lorsque le juge, contraint par son office, applique au cas par cas, parfois de manière erratique, des règles certes inspirées par l'équité mais *contra legem* »<sup>336</sup>.

139. Par ailleurs, ces consécration démontrent le dépassement progressif du législateur par le juge dans la création du droit pénal. Un parlementaire s'en inquiétait, affirmant ainsi que « le législateur s'incline devant la jurisprudence *contra legem* de la Cour de cassation : c'est un peu choquant. La Cour de cassation a ignoré la loi, imposé sa propre conception de la prescription, et nous devrions valider cette démarche ? »<sup>337</sup> Alors que la doctrine demandait une réforme globale de la prescription, le législateur s'est contenté de reprendre des solutions prétoriennes sujettes à débat. Loin de les remanier fondamentalement, le législateur semble ainsi dépassé par le juge dans son œuvre de création du droit pénal. En ce sens, Audrey Darsonville affirmait, à propos d'une éventuelle réforme du régime de la prescription pénale, que l'enjeu pour le législateur consiste à

---

<sup>335</sup> Rapport TOURRET, doc. Assemblée nationale n° 3540, 2 mars 2016.

<sup>336</sup> Rapport TOURRET, doc. Assemblée nationale n° 3540, 2 mars 2016.

<sup>337</sup> *Ibid.*, intervention de M. Ph. DEVEDJIAN.

« rédiger la cause légale de suspension de façon suffisamment précise pour qu'elle soit d'application restreinte, uniquement dans les hypothèses d'obstacles insurmontables aux poursuites »<sup>338</sup>.

Malgré cet avertissement doctrinal, le législateur n'a pas pris la peine de fixer des conditions objectives et claires en matière de suspension du délai de prescription. L'article 9-3 du Code de procédure pénale, issu de la loi du 27 février 2017, disposait ainsi : « Tout obstacle de droit, prévu par la loi, ou tout obstacle de fait insurmontable et assimilable à la force majeure, qui rend impossible la mise en mouvement ou l'exercice de l'action publique, suspend la prescription. » La reprise de la solution prétorienne est presque minimale et ne semble que redire l'étendue du pouvoir d'appréciation du juge pour établir un obstacle de fait suspendant la prescription pénale. Audrey Darsonville a notamment pu dire que la « consécration légale des causes factuelles de suspension fait naître un risque important découlant du caractère subjectif de celles-ci »<sup>339</sup>.

140. De même, l'article 9-2 du Code de procédure pénale reprend largement les solutions jurisprudentielles qui le précèdent. Certes, il fixe de façon plus précise les actes susceptibles d'interrompre la prescription pénale. Il demeure que la jurisprudence reconnaissait un effet interruptif à de très nombreux actes de procédure, tous couverts désormais par l'article 9-2 du Code de procédure pénale. Le législateur a donc, là encore, été dépassé par le juge et a consacré des jurisprudences *contra legem* dont l'audace exigeait, *a minima*, une prise en main accrue par le législateur et non une simple consécration. Ce dépassement du législateur semble si évident que ce dernier doit affirmer régulièrement être le seul maître de la plume pénale.

## § 2 Le refus du législateur d'être dépassé dans son œuvre

141. Le législateur accuse donc un retard devenu permanent sur le juge dans l'élaboration de la norme pénale, ce qui le contraint à adapter le droit pénal, voire à s'adapter à lui, et non plus à le faire évoluer selon son initiative et sa volonté politique propre. Cependant, sa démarche d'adaptation est marquée par un refus de reconnaître sa perte d'initiative face au juge. Dans ce qui peut s'apparenter à un sursaut du législateur face à son retard, ce dernier cherche à s'affirmer face au juge, en procédant à des adaptations du droit pénal tendant à sa clarification. En ce sens, le législateur consacre des jurisprudences innovantes, tout en les modifiant partiellement. Cette méthode révèle que le législateur se sert de la consécration de jurisprudences afin d'affirmer son rôle, notamment face au juge.

---

<sup>338</sup> A. DARSONVILLE, *Prescription de l'action publique : l'urgence de repenser « un système en crise »* : *AJ Pénal* 2015, p.36.

<sup>339</sup> A. DARSONVILLE, *Recul du point de départ de la prescription de l'action publique et suspension du délai : le flou actuel et à venir ?* : *AJ Pénal* 2016, p.309.

Cependant, le législateur ne parvient pas à reprendre l'initiative de la norme pénale, en basculant dans un schéma d'évolution du droit pénal sous sa plume. Il demeure dans un schéma d'adaptation, en reprenant les solutions prétoriennes, qu'il modifie à la marge afin de maintenir, sinon son initiative, au moins son autorité législative.

142. Cette démarche ressort, par exemple, de la création de l'article 9-1 du Code de procédure pénale. Comme il a été constaté, la réforme du Code de procédure pénale, loin d'être une révolution, a largement repris les solutions que le juge avait mises en place près d'un siècle plus tôt. Ainsi, le législateur a consacré une solution jurisprudentielle, sans en modifier le contenu. Cependant, alors qu'il affirmait mettre un terme à une jurisprudence erratique, le législateur a souhaité apporter sa marque lors de la consécration de cette création prétorienne. Il a alors précisé les notions d'infractions occultes et dissimulées, ce que la jurisprudence avait tout de même largement initié. Le législateur a également ajouté, sous l'impulsion du Sénat, un délai butoir de prescription pénale que même les cas d'infractions occultes ou dissimulées ne sauraient dépasser.

143. De même, lorsque le législateur a consacré les cas d'interruption de la prescription pénale, en créant l'article 9-2 du Code de procédure pénale, il a repris largement les jurisprudences qui le précèdent, tout en précisant, à la marge, quelques notions couvertes par le nouvel article. Le législateur a ainsi circonscrit les actes interruptifs de la prescription à ceux émanant du ministère public ou de la partie civile, tendant à la mise en mouvement de l'action publique, aux actes d'enquête entendus *lato sensu*, aux actes d'instruction et aux jugements et arrêts. Pour la plupart de ces actes, le législateur a procédé à des renvois aux articles du Code de procédure pénale qui les définissent. En ce sens, le législateur a considéré avoir remanié la jurisprudence de la Cour de cassation, en la consacrant avec une délimitation stricte. Or, force est de constater que le législateur n'a fait que reprendre l'intégralité des actes auxquels la jurisprudence accordait un effet interruptif.

144. Par ailleurs, la consécration des cas de suspension de la prescription pénale, à l'article 9-3 du Code de procédure pénale, procède d'une reprise sans modification de la solution prétorienne. Le législateur a toutefois cherché à affirmer son rôle, en expliquant notamment que la formulation légale « tendrait à renforcer la sécurité juridique en donnant un fondement légal à une règle jurisprudentielle et en définissant avec précision son périmètre »<sup>340</sup>. Ce périmètre serait alors défini par la nature et l'effet de l'obstacle susceptible de suspendre le cours de la prescription pénale. En tout état de cause, si le législateur affirme apporter là une évolution au droit pénal de forme, il

---

<sup>340</sup> Rapport TOURRET, doc. Assemblée nationale n° 3540, 2 mars 2016.

demeure qu'il s'est, en réalité, contenté de reprendre la copie du juge. Le Conseil d'État, à l'occasion d'un avis rendu à propos de la proposition de loi, a lui-même pu « observe[r] que les définitions de l'infraction occulte et de l'infraction dissimulée élaborées par les auteurs de la proposition de loi reprennent les principes et raisonnements qui fondent la jurisprudence de la Cour de cassation en la matière »<sup>341</sup>.

145. Ainsi, le législateur étant soumis à une forte pression sociétale et accusant un retard sur le juge dans l'œuvre d'élaboration du droit pénal, il fait face au risque de tomber dans l'écueil de la législation à outrance et mal maîtrisée. En effet, en perdant l'initiative de la norme pénale, le législateur n'a plus l'entier contrôle du temps législatif. Or, le droit, particulièrement le droit pénal, nécessite un temps législatif long, permettant une maturation solidement construite et une légistique fine. Dès lors, l'urgence impliquée tant par les attentes sociétales que par les calendriers politiques divers impose au législateur de rédiger la loi pénale, parfois sans prise de recul. Cela explique en partie l'essor de la méthode consistant à consacrer des jurisprudences innovantes sans les remanier véritablement. Au-delà de cette méthode, le législateur est confronté à l'écueil des lois parfois sans réel intérêt pour le droit pénal, voire symboliques. Cet écueil, loin d'être imaginaire, a été révélé par la doctrine lors de la consécration de la contrainte morale en matière sexuelle. Philippe Conte soulignait, par exemple, le fait que le législateur, lors de cette consécration partielle de la jurisprudence, a affirmé le pouvoir souverain d'appréciation confié au juge, ce qui relève de l'évidence<sup>342</sup>. Ainsi, le législateur prend parfois la plume pour, semble-t-il, donner des gages aux attentes d'une partie de la société et souligner son engagement concernant certaines formes de délinquance, sans que cela n'ait d'impact effectif sur le droit pénal.

146. Comme il a été démontré précédemment, l'évolution de la contrainte morale en matière sexuelle pose l'enjeu de la cohérence du droit pénal<sup>343</sup>. Lors de la loi du 8 février 2010, le législateur a consacré partiellement une solution prétorienne relative à la contrainte morale en matière sexuelle. Or, voulant montrer son implication dans la répression des infractions sexuelles, le législateur a agi dans la précipitation et est contrevenu au principe fondamental de légalité des délits et des peines. La jurisprudence, quant à elle, parvenait à ne pas tomber dans cet écueil. Ce comportement du législateur lui a valu de nombreuses critiques doctrinales, dénonçant une

---

<sup>341</sup> CE, avis n° 390335, 1<sup>er</sup> octobre 2015, sur la proposition de loi portant réforme de la prescription en matière pénale, p.2.

<sup>342</sup> Ph. CONTE, *Agression sexuelle – Contrainte morale et minorité de la victime : Droit pénal* n° 12, décembre 2015, comm. 154.

<sup>343</sup> V. *supra*, n°s 125 à 129.

« frénésie législative, qui s'exprime par une succession de lois déclaratives et émotives »<sup>344</sup>. Malgré ces reproches, le législateur a repris la plume, à l'occasion d'une loi du 3 août 2018, modifiant une nouvelle fois la notion de contrainte morale en matière sexuelle<sup>345</sup>. Cette loi a ajouté un troisième alinéa à l'article 222-22-1 du Code pénal, qui dispose : « Lorsque les faits sont commis sur la personne d'un mineur de quinze ans, la contrainte morale ou la surprise sont caractérisées par l'abus de la vulnérabilité de la victime ne disposant pas du discernement nécessaire pour ces actes. » L'objectif de cet ajout est de protéger davantage les mineurs de quinze ans. Il ne s'agit pas là d'une consécration de jurisprudence par le législateur, à proprement parler.

Toutefois, cette formulation fait écho à la solution prétorienne relative au très jeune âge des victimes mineures. La Cour de cassation avait ainsi affirmé que « l'état de contrainte ou de surprise résulte du très jeune âge des enfants qui les rendait incapables de réaliser la nature et la gravité des actes qui leur étaient imposés »<sup>346</sup>. Tout porte donc à croire que le législateur a souhaité accentuer la répression en la matière, ce qui l'a conduit à reprendre la solution de la jurisprudence, déjà consacrée partiellement par la loi du 8 février 2010. Cette nouvelle forme de consécration s'est écartée derechef de la solution dégagée par la Chambre criminelle. Alors que cette dernière se concentrait sur le très bas âge de la victime, rendant inexistante toute possibilité de consentement, le législateur a fixé un seuil d'âge de quinze ans, en dessous duquel il considère que la contrainte morale ou la surprise sont caractérisées. Peut-être que ce retour du législateur sur une jurisprudence, déjà partiellement consacrée, résulte d'une réflexion abandonnée sur l'éventualité de créer une présomption de défaut de consentement pour les mineurs, qui ressortait du projet de loi initial de 2017<sup>347</sup>. Craignant l'inconstitutionnalité, le législateur se serait alors rabattu sur l'article 222-22-1 du Code pénal, déjà critiqué à l'issue de la loi du 8 février 2010.

147. Le troisième alinéa ainsi ajouté à cet article reprend donc encore la solution prétorienne, en lui ajoutant un seuil d'âge qu'il faut bien reconnaître comme arbitraire. Or, comme le souligne Audrey Darsonville, la formulation de cet alinéa, employant le présent « sont caractérisées », pose l'enjeu de la caractérisation automatique de la contrainte ou de la surprise par la minorité de quinze ans<sup>348</sup>. De plus, la loi du 3 août 2018 n'a pas résolu le problème du double emploi d'un même élément pour caractériser l'infraction et une circonstance aggravante de celle-ci. Dès lors, cette loi vient en doublon de celle de 2010 et le législateur semble avoir consacré à

---

<sup>344</sup> Chr. LAZERGES, *Politique criminelle et droit de la pédophilie* : RSC 2010, p.725.

<sup>345</sup> Loi n° 2018-703 du 3 août 2018 renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes.

<sup>346</sup> Crim., 7 déc. 2005, n° 05-81.316 : *Bull. crim.* n° 326 ; *D.* 2006. IR. 175 ; RSC 2006. 319.

<sup>347</sup> A. DARSONVILLE, *Viol – Éléments constitutifs du viol : Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, févr. 2020 (actualisation : avril 2021).

<sup>348</sup> *Ibid.*

deux reprises une même jurisprudence, une première fois de façon peu cohérente, une seconde fois de façon symbolique. Déjà, à l'occasion de la loi du 8 février 2010, le législateur considérait que son travail « ne fait que consacrer les jurisprudences les plus récentes des juridictions du fond et de la Cour de cassation, et ne modifie donc pas le droit applicable »<sup>349</sup>. Mais alors à quoi bon une loi et, *a fortiori*, une nouvelle loi en 2018 ? Le symbolisme de cette loi dirigée à l'égard des victimes est reconnu par le législateur lui-même, vraisemblablement animé par la maxime « si nous voulons que tout reste tel que c'est, il faut que tout change »<sup>350</sup>. Il semble donc que le législateur consacre parfois une seconde fois une jurisprudence novatrice, tout en s'en écartant, afin de maintenir, au moins en apparence, sa prépondérance dans l'élaboration de la norme pénale. Toutefois, cette réaction face à l'œuvre créatrice du juge n'empêche pas le dépassement définitif du législateur.

## Section 2 : Le dépassement acté du législateur par le juge

Si le dépassement du législateur dans son œuvre par le juge semble croissant, malgré les tentatives d'affirmation de ce premier, encore faut-il savoir si cela permet d'affirmer que ce dépassement est acté. Le cas échéant, se pose également la question d'un éventuel nouveau rôle du législateur dans l'élaboration du droit pénal. Ces enjeux sont notamment à envisager sous le prisme de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme. Cette dernière a un impact profond sur celle de la Cour de cassation. Or, c'est bien la jurisprudence de cette dernière que le législateur consacre régulièrement. C'est donc dire que la jurisprudence européenne est indirectement consacrée par le législateur. Parfois, la jurisprudence de la Cour de Strasbourg est directement consacrée par le législateur. Il arrive également que le législateur consacre des créations prétoriennes en les reprenant telles quelles, son retard prenant alors des proportions vertigineuses.

En ce sens, l'influence de la Cour européenne des droits de l'Homme est révélatrice de ce dépassement du législateur par le juge (§1). Par ailleurs, le phénomène de consécration de jurisprudences par simple reprise souligne que le législateur semble lui-même prendre acte de son retard sur le juge (§2). Cela est tel qu'à ce jour, la question d'un abandon de l'élaboration de la norme pénale par le législateur au profit du juge se pose (§3).

---

<sup>349</sup> Circulaire du 9 février 2010, CRIM10-3/E8.

<sup>350</sup> G. TOMASI DI LAMPEDUSA, *Le guépard*, Seuil, 2007, p.34.

## *§1 L'influence de la Cour européenne des droits de l'Homme*

148. Le rôle de la Cour européenne des droits de l'Homme (Cour EDH) est croissant dans l'élaboration de la norme pénale, tant sa jurisprudence est importante et peut conduire le législateur à entreprendre des modifications de la loi pénale. Cela est bien connu et la Cour de cassation façonne désormais sa jurisprudence en fonction de celle de la Cour EDH, de crainte que cette dernière condamne la France par ses arrêts. Mais le rôle de cette juridiction européenne est devenu important au point que sa jurisprudence commence également à être consacrée par le législateur.

149. Ce phénomène, qui peut inquiéter au regard des principes fondamentaux du droit pénal français, est notamment visible en matière de protection du secret des sources journalistiques. On y observe l'influence de la Cour EDH sur la Cour de cassation, ayant abouti à une consécration de leurs jurisprudences par le législateur français. Originellement, le secret des sources journalistiques était protégé légalement depuis une loi du 4 janvier 1993<sup>351</sup>. Cette dernière avait ajouté un deuxième alinéa à l'article 109 du Code de procédure pénale, qui disposait : « Tout journaliste, entendu comme témoin sur des informations recueillies dans l'exercice de son activité, est libre de ne pas en révéler l'origine. » Ainsi, la loi entendait empêcher que l'exercice du pouvoir coercitif puisse contraindre les journalistes à révéler leurs sources d'informations. Par ailleurs, l'article 55 de cette même loi a créé l'article 56-2 du Code de procédure pénale. Celui-ci est à envisager en parallèle de l'article 56-1 du même Code, relatif à la protection du secret des avocats, et disposait : « Les perquisitions dans les locaux d'une entreprise de presse ou de communication audiovisuelle ne peuvent être effectuées que par un magistrat qui veille à ce que les investigations conduites ne portent pas atteinte au libre exercice de la profession de journaliste et ne constituent pas un obstacle ou n'entraînent pas un retard injustifiés à la diffusion de l'information. » Était alors protégée la diffusion de l'information, soit l'exercice du travail journalistique. Enfin, à l'échelle européenne, l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'Homme (Convention EDH) protège la liberté d'expression, dont la liberté de recevoir et communiquer des informations est une composante. Cet article protège ainsi la liberté d'expression dans ses multiples acceptions, tout en encadrant les restrictions qui lui sont apportées. Son paragraphe 2 exige notamment que ces limites soient prévues par la loi et nécessaires dans une société démocratique.

150. Cependant, l'article 56-2 du Code de procédure pénale ne couvrait pas de sa protection le secret des sources des journalistes, en matière de perquisition, contrairement à l'article 109 du même Code, concernant les témoignages de journalistes. De plus, le législateur entendait assurer

---

<sup>351</sup> Loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme de la procédure pénale.

un équilibre entre les moyens coercitifs des enquêteurs et la liberté de la presse<sup>352</sup>. Or, comme l'a souligné Michèle-Laure Rassat, « si le but de ce texte est de concilier la liberté de l'information médiatique avec l'efficacité de l'information judiciaire, il prévoit lui-même, cependant, que la première doit, le cas échéant, céder devant la seconde »<sup>353</sup>. Le législateur a donc accru la protection des journalistes dans l'exercice de leur liberté d'expression, tout en maintenant une efficacité des pouvoirs coercitifs, au point que ces derniers étaient encore prépondérants. Partant, la procédure pénale permettait aux autorités judiciaires d'effectuer une perquisition dans une entreprise de presse, afin de révéler les sources que des journalistes taisaient. Ainsi, la Cour de cassation avait approuvé une perquisition accomplie au sein d'une entreprise de presse, lors d'une information judiciaire ouverte pour atteinte à l'intimité de la vie privée<sup>354</sup>.

Toutefois, la Chambre criminelle énonçait des règles strictes d'application de l'article 56-2 du Code de procédure pénale. Il fallait ainsi que la perquisition soit nécessaire et proportionnée. Elle ajoutait qu'en l'espèce, l'acte était limité dans le temps et l'espace, d'une part, tout en étant le seul susceptible d'aider à la recherche des auteurs et complices des faits pour lesquels l'information judiciaire était ouverte. Cet arrêt n'a pas répondu clairement à l'une des branches du pourvoi, soutenant qu'en vertu de l'article 109 du Code de procédure pénale, protégeant le secret des sources en matière de témoignage, l'article 56-2 du même Code méconnaissait ce principe protecteur en permettant une perquisition qui, *de facto*, contourne la protection du secret des sources journalistiques. La doctrine a pu souligner que cet argument trouve une limite, en ce que chacun de ces articles étant dérogatoire au droit commun, ils protégeaient deux pans distincts du secret des sources journalistiques<sup>355</sup>. Il n'était donc pas aussi certain que l'affirmaient les demandeurs au pourvoi que ces articles puissent interagir. En tout état de cause, la jurisprudence de la Cour EDH opère une distinction entre le cas où un journaliste est entendu comme témoin et peut alors invoquer le secret des sources sans être inquiété, et celui où une perquisition est conduite dans un local de presse, qui ne permet pas d'appliquer ce secret<sup>356</sup>.

151. Il était par ailleurs affirmé que la perquisition dans une entreprise de presse n'était pas nécessaire, ce qui serait contraire à l'article 10 paragraphe 2 de la Convention EDH. Or, la Chambre criminelle a bien reconnu la nécessité de la perquisition contestée, en développant deux aspects de ce critère. Elle souligne, tout d'abord, que la perquisition visait, en l'espèce, à « répondre aux

---

<sup>352</sup> Circulaire du 27 janvier 1993 relative à la présentation de l'ensemble des dispositions de la loi du 4 janvier 1993.

<sup>353</sup> M.-L. RASSAT, *Traité de procédure pénale*, PUF, 2001, n° 234.

<sup>354</sup> Crim., 5 déc. 2000, n° 00-85.695 : *Bull. crim.* n° 362 ; *RSC 2001. 604*, obs. Francillon ; *JCP 2001. II. 10615*, obs. Conte ; *CCE 2001. Comm.* 84, obs. Lepage.

<sup>355</sup> P. AUVRET, *Le secret des sources journalistiques*, in *Droit de la presse*, Litec, 2000, p.7.

<sup>356</sup> CEDH, 25 févr. 2003, *Roemen et Schmit c/ Luxembourg*, n° 51772/99.

impératifs du droit au respect de la vie privée et de la protection de l'ordre public ». Elle affirme, par ailleurs, que la perquisition était rendue nécessaire puisqu'« en l'absence de tout autre élément permettant la manifestation de la vérité », il fallait employer cet acte d'instruction pour découvrir les auteurs et complices des faits.

152. Si ces précisions prétoriques semblent justifiées, il demeure qu'elles dépassent le cadre établi par l'article 56-2 du Code de procédure pénale. La Cour de cassation s'est donc montrée plus exigeante que le législateur, de façon quelque peu surprenante, sauf si l'on prend en compte la menace d'une condamnation de la France par la Cour EDH. La Chambre criminelle avait ainsi tout intérêt à se montrer pointilleuse, tant il est connu que la jurisprudence européenne des années 2000 était audacieuse et en faveur de la liberté d'expression. Finalement, comme a pu le souligner Agathe Lepage : « Peut-être par cette précision, qui n'est pas expressément faite à l'article 56-2 du Code de procédure pénale, la Cour de cassation souhaite-t-elle mettre à l'abri ses dispositions du risque de déplaire un jour à la Cour européenne des droits de l'homme »<sup>357</sup>. Cette minutie de la Cour de cassation, pouvant être perçue comme un excès de déférence à l'égard de la Cour de Strasbourg, s'est confirmée dans un arrêt du 30 octobre 2006<sup>358</sup>. Reprenant ces critères, la Chambre criminelle a confirmé des perquisitions réalisées aux sièges d'entreprises de presse et aux domiciles de journalistes. Elle soulignait la nécessité des premières, suivant un principe de subsidiarité, en affirmant que ces perquisitions « n'ont été décidées qu'après que des investigations longues et approfondies eurent été réalisées en vain ». La rapidité et les modalités de leur exécution permettaient, par ailleurs, de garantir l'absence d'entrave injustifiée du droit de diffusion de l'information. Quant aux perquisitions réalisées aux domiciles de journalistes, la haute juridiction a affirmé que ces lieux ne sont pas couverts par les dispositions de l'article 56-2 du Code de procédure pénale. Là encore, la surenchère prétorique par rapport aux exigences légales semble procéder d'une influence de la Cour EDH. En ce sens, la doctrine a pu souligner que cette juridiction européenne initiait, depuis son arrêt *Goodwin c/ Royaume-Uni*<sup>359</sup>, une mise en balance des intérêts en faveur de la liberté d'expression. Jean-Pierre Marguénaud a ainsi affirmé, à propos de cet arrêt : « il ne fait guère de doute que la protection des sources journalistiques prévaudrait toujours si, au lieu de menacer quatre cents emplois, elle était en balance avec le droit au respect de la vie privée ou le droit à la présomption d'innocence d'une seule personne »<sup>360</sup>.

---

<sup>357</sup> A. LEPAGE, *Perquisition dans une entreprise de presse – Strict encadrement de la Cour de cassation* : CCE n° 7-8, juillet 2001, comm. 84.

<sup>358</sup> Crim., 30 oct. 2006, n° 06-85.693 : *Bull. crim.* n° 258 ; *D.* 2007. 1240, note Guedj ; *RSC* 2007. 106, obs. Francillon ; *JCP* 2007. II. 10054, note Fourment, Michalski et Piot ; *Dr. pénal* 2007. 13, obs. Maron.

<sup>359</sup> CEDH, Gde ch., 27 mars 1996, *Goodwin c/ Royaume-Uni*, nos 15054/07 et 15066/07.

<sup>360</sup> J.-P. MARGUÉNAUD, *Le secret des sources journalistiques aveuglément protégé par la Cour de Strasbourg* : RTDC 1996, p.1026.

153. Alors qu'une partie de la doctrine a pu dire qu'une intervention du législateur serait « purement rhétorique »<sup>361</sup>, il semblait nécessaire, au contraire, que ce dernier se saisisse du sujet. Il était peu concevable que la jurisprudence de la Cour EDH et celle de la Cour de cassation se développent par-delà le cadre légal, donc en lieu et place du rôle du législateur. Cette intervention était d'autant plus nécessaire que la jurisprudence européenne prenait une ampleur croissante et l'article 56-2 du Code de procédure pénale risquait de ne plus satisfaire aux exigences de la Cour EDH, malgré les efforts consentis par la Cour de cassation pour en renforcer le caractère protecteur de la liberté d'expression<sup>362</sup>. Précisément, la France a finalement été condamnée pour violation de l'article 10 de la Convention EDH, en raison de perquisitions et saisies réalisées dans des locaux de presse et aux domiciles de journalistes accusés de violation du secret de l'instruction et de recel de cette infraction. Ces actes d'instruction visaient à révéler les sources ayant fourni aux journalistes les informations litigieuses. Or, aux yeux de la Cour EDH, ces informations relevaient du domaine de la protection des sources journalistiques. Et celle-ci d'affirmer que « le droit des journalistes de taire leurs sources ne saurait être considéré comme un simple privilège qui leur serait accordé ou retiré en fonction de la licéité ou de l'illicéité des sources, mais un véritable attribut du droit à l'information, à traiter avec la plus grande circonspection »<sup>363</sup>. La Cour EDH rattache donc, par ces arrêts, la protection du secret des sources journalistiques à la liberté d'expression. Le secret des sources doit alors recevoir une pleine protection et leur atteinte éventuelle ne serait justifiée que par un « besoin social impérieux ».

154. Le législateur, confronté à la sévérité de la Cour EDH, a pris la plume pour consacrer les principes par elle dégagés et repris par la Cour de cassation. Ainsi, une loi du 4 janvier 2010 a consacré ces principes façonnés par les juges<sup>364</sup>. Cette loi a notamment calqué l'article 56-2 du Code de procédure pénale sur l'article 56-1 du même Code, jusqu'alors davantage protecteur pour les avocats. Les dispositions légales exigent désormais, conformément à la jurisprudence européenne : « les perquisitions sont réalisées sur décision écrite et motivée du magistrat qui indique la nature de l'infraction ou des infractions sur lesquelles portent les investigations, ainsi que les raisons justifiant

---

<sup>361</sup> P. MBONGO, *Secret des sources journalistiques et vérité judiciaire. Une aporie de la prééminence du droit* : RD 2005, p.732.

<sup>362</sup> V. par exemple : CEDH, 21 janv. 1999, *Fressoz et Roire c/ France*, n° 29183/95, §51 : « une ingérence dans l'exercice de la liberté de la presse ne saurait se concilier avec l'article 10 de la Convention que si elle se justifie par un impératif prépondérant d'intérêt public » ; CEDH, 27 nov. 2007, *Tillack c/ Belgique*, n° 20477/05 ; CEDH, Gde ch., 14 sept. 2010, *Sanoma Uitgevers B.V. c/ Pays-Bas*, n° 38224/03 : la Cour EDH exige des garanties procédurales légalement définies pour qu'une atteinte soit légitimement portée au respect des sources journalistiques. Cette espèce concernait une procédure où un procureur avait menacé les journalistes de mener une perquisition s'ils refusaient de communiquer des documents.

<sup>363</sup> CEDH, 28 juin 2012, *Ressiot et a. c/ France*, n°s 15054/07 et 15066/07, §124.

<sup>364</sup> Loi n° 2010-1 du 4 janvier 2010 relative à la protection du secret des sources des journalistes.

la perquisition et l'objet de celle-ci. » Une exigence de nécessité de l'acte est donc posée et doit être motivée par écrit par le magistrat qui l'ordonne. L'alinéa originel de l'article a été conservé mais s'est enrichi, la perquisition devant désormais ne pas porter atteinte au secret des sources journalistiques, en plus de ne pas entraîner un retard injustifié à la diffusion de l'information.

Cette consécration en droit pénal de forme s'est accompagnée d'une consécration en droit pénal de fond. La loi nouvelle a ainsi modifié l'article 2 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, qui dispose désormais : « Le secret des sources des journalistes est protégé dans l'exercice de leur mission d'information du public. » L'article ajoute : « Il ne peut être porté atteinte directement ou indirectement au secret des sources que si un impératif prépondérant d'intérêt public le justifie et si les mesures envisagées sont strictement nécessaires et proportionnées au but légitime poursuivi. Cette atteinte ne peut en aucun cas consister en une obligation pour le journaliste de révéler ses sources. » Le législateur a donc consacré la jurisprudence de la Cour EDH en la matière. L'influence de cette dernière est telle que l'article 2 de la loi du 29 juillet 1881 dispose en son dernier alinéa : « Au cours d'une procédure pénale, il est tenu compte, pour apprécier la nécessité de l'atteinte, de la gravité du crime ou du délit, de l'importance de l'information recherchée pour la répression ou la prévention de cette infraction et du fait que les mesures d'investigation envisagées sont indispensables à la manifestation de la vérité. » La procédure pénale s'en retrouve largement enserrée, particulièrement en matière de perquisition dans les locaux de presse, quand le secret des sources journalistiques se voit élevé au rang de droit fondamental.

155. L'influence de la Cour EDH sur la jurisprudence interne et, *in fine*, sur la loi pénale française, ressort particulièrement du projet de loi ayant conduit à la loi du 4 janvier 2010. Le législateur y admettait lui-même que « la législation française en la matière, inexistante jusqu'à la loi du 4 janvier 1993, restait très lacunaire et incomplète »<sup>365</sup>. Allant jusqu'à constater son retard sur le juge européen, le législateur soulignait qu'« il était d'autant plus urgent de se doter d'une telle législation que la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme avait consacré depuis dix ans la protection des sources journalistiques “comme l'une des pierres angulaires de la liberté de la presse”. » Le législateur en concluait qu'il était nécessaire de se « rapprocher » de la jurisprudence européenne, faute de quoi la France, déjà condamnée en la matière, le serait inévitablement à l'avenir. Cet aveu de faiblesse du législateur est tel que le sénateur François-Noël Buffet affirmait que la loi du 4 janvier 1993 apportait une protection fragile du secret des sources journalistiques, et que « les développements rapides de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg

---

<sup>365</sup> Rapport BUFFET, doc. Sénat n° 420, 25 juin 2008. V. aussi : Rapport BLANC, doc. Assemblée nationale n° 771, 2 avril 2008.

depuis l'arrêt Goodwin du 27 mars 1996 précité ont rendu cette analyse caduque en soulignant en creux les insuffisances de notre législation. » Il y a là une claire reconnaissance de l'influence de la jurisprudence européenne sur le droit pénal interne et, dans le même temps, du dépassement du législateur français par le juge tant de la Cour de cassation que de la Cour EDH. Le législateur semble donc bel et bien dépassé, l'élaboration du droit pénal devenant en filigrane l'œuvre du fameux *dialogue des juges*. Ce phénomène est tel que le législateur en vient parfois à consacrer des jurisprudences par simple reprise de solutions prétoriennes.

## §2 *La consécration par simple reprise*

156. Le législateur semble à ce point dépassé dans l'élaboration de la norme pénale que la consécration qu'il réalise de certaines jurisprudences laisse transparaître son absence d'implication. En ce sens, il arrive que le législateur consacre des solutions prétoriennes par simple reprise, c'est-à-dire sans leur apporter de modification, même minime. Ce dernier mouvement animant la consécration de jurisprudences par le législateur est des plus surprenants. Ce phénomène s'exprime en particulier au travers de l'exemple du fait justificatif de bonne foi, élaboré en matière de diffamation.

157. Le fait justificatif de bonne foi est purement prétorien et a été consacré par le législateur, au sein du dernier alinéa de l'article 35 de la loi du 29 juillet 1881. Cet article dispose que la bonne foi et la vérité des faits constituent des faits justificatifs exonérateurs de responsabilité en matière de diffamation. Originellement, cet article ne visait que le fait justificatif spécial d'exception de vérité, qui consiste pour le diffamateur à rapporter la preuve de la vérité du fait qu'il allègue. La consécration du fait justificatif de bonne foi soulève des questions complexes pour le droit pénal. Afin d'en comprendre les enjeux, il faut observer l'essor de la bonne foi en matière de diffamation, avant de constater les problèmes qui en résultent et que le législateur n'a pas entrepris de résoudre. La Cour de cassation a dégagé ce fait justificatif relativement tôt, alors que le législateur n'avait aucunement prévu une bonne foi justificative de la diffamation<sup>366</sup>. Compte tenu du caractère éminemment subjectif qu'évoque cette notion, notamment en balance avec l'*exceptio veritatis*, la Chambre criminelle, et la deuxième Chambre civile à sa suite, ont dégagé quatre critères cumulatifs permettant de caractériser la bonne foi du diffamateur. Il s'agit de la légitimité du but poursuivi par

---

<sup>366</sup> Crim., 27 oct. 1938 : *DP 1939. I. 77*, note Mimin. V. déjà en ce sens : Crim., 27 juin 1851 : *D. 1851. 5. 416* : « lorsque l'auteur de la publication était, par la nature de ses fonctions, obligé de le révéler, il faut que le plaignant prouve la mauvaise foi de l'imputation et l'intention de nuire ».

l'agent, son absence d'animosité personnelle à l'égard du diffamé, la prudence et la mesure dont il fait preuve dans son expression, ainsi que la fiabilité de l'enquête par lui menée<sup>367</sup>.

158. Si la jurisprudence a créé ce fait justificatif et l'a explicité par l'établissement de quatre critères cumulatifs, elle a, dans le même temps, suscité de nombreuses questions quant à la justesse de la bonne foi. Tout d'abord, la solution prétorienne a, dès son origine, entretenu une confusion latente entre fait justificatif et absence d'élément moral de l'infraction. La doctrine a rapidement souligné cette problématique en expliquant que les solutions prétoriennes « confondent l'intention de nuire et l'absence de motif légitime de diffamer, ce qui n'est pas la même chose [...] l'intention de nuire n'est qu'un mobile »<sup>368</sup>. Or, la question du fait justificatif intervient à l'issue de la caractérisation de l'infraction, donc après l'étude de l'élément moral. Confondre ces deux notions revient donc à tordre la logique juridique et ne satisfait aucunement la rigueur attendue en la matière. Il a ainsi pu être affirmé que « la genèse et l'évolution de cette cause d'irresponsabilité montrent qu'elle s'est développée à l'extrême frontière avec l'absence d'intention, au point de faire douter de la pertinence du rattachement de la bonne foi à la matière justificative »<sup>369</sup>. Cette problématique entraîne dans son sillage des enjeux pour la charge de la preuve, qui peut être renversée injustement, ainsi que pour la présomption d'innocence, en raison de la présomption de mauvaise foi<sup>370</sup>, certes réfragable, que la Cour de cassation fait peser contre le prévenu<sup>371</sup>. Or, l'obstination dont fait preuve la Haute juridiction pour refuser de renvoyer devant le Conseil constitutionnel les questions prioritaires de constitutionnalité qui contestent cette présomption, révèle toute la difficulté que cette dernière pose<sup>372</sup>. En tout état de cause, l'expression de « mauvaise foi » – justifiant une présomption de caractérisation de l'élément moral de l'infraction par le biais de l'élément matériel – est malvenue, dans la mesure où elle semble être le revers de celle de « bonne foi », alors que cette dernière renvoie à un fait justificatif. Il y a donc une confusion sémantique peu acceptable entretenue par la jurisprudence.

---

<sup>367</sup> Crim., 3 juin 1975, n° 73-93.645 : *Bull. crim.* n° 142 ; Crim., 27 févr. 2001, n° 00-82.557, inédit : *CCE* 2001. Comm. 105, note Lepage ; Civ. 2<sup>ème</sup>, 14 mars 2002, n° 99-19.239 : *Bull. civ. II* n° 41 ; *D.* 2002. IR 1884 ; Civ. 2<sup>ème</sup>, 27 mars 2003, n° 00-20.461 : *Bull. crim.* n° 84 ; *Gaz. Pal.* 2003. II. 3969, obs. Guerder.

<sup>368</sup> H. BLIN, A. CHAVANNE, R. DRAGO, *Traité du Droit de la presse*, Litec, 1969, p.252.

<sup>369</sup> A. DEJEAN DE LA BÂTIE, *Les faits justificatifs spéciaux*, thèse 2018, sous la dir. de A. LEPAGE, Paris II, n° 32, p.32.

<sup>370</sup> La Cour de cassation affirme que cette « présomption ne revêt pas un caractère irréfragable, le prévenu ayant la faculté de démontrer l'existence de circonstances particulières de nature à le faire bénéficier de la bonne foi » : Crim., 13 mars 2012, n° 11-90.123, inédit : *D.* 2013. 457, obs. Dreyer ; *Légipresse* 2012. 209 ; *CCE* 2012, comm. 67, obs. Lepage.

<sup>371</sup> V. en ce sens : A. DEJEAN DE LA BÂTIE, *op. cit.*, nos 33 et 34, p.32-33.

<sup>372</sup> Crim., 31 mai 2010, n° 09-87.578 : *D.* 2010. 1486 ; *RSC* 2011. 178, obs. de Lamy ; *CCE* 2010, comm. 90 ; Crim., 21 juin 2011, n° 11-90.046, inédit : C. BIGOT, *QPC et loi du 29 juillet 1881, Bilan et perspectives*, *Légipresse* 2012, n° 292, p.147 ; Crim., 13 mars 2012, n° 11-90.123, inédit : *op. cit.* ; Crim., 19 juin 2012, n° 11-86.611, inédit : *D.* 2013. 457, obs. Dreyer ; *Dr. pénal* 2013, Chron. 6, Mouysset ; *CCE* 2012, comm. 115, obs. Lepage.

159. Par ailleurs, les critères de la bonne foi manquent de clarté, en raison de leur appréciation jurisprudentielle encore une fois brouillée<sup>373</sup>. Ainsi, ces critères peuvent être séparés en fonction de l'utilité sociale de l'acte de l'agent et de son comportement, mais aussi de l'esprit qui l'anime. Dans la première catégorie, c'est la légitimité du but poursuivi qui est envisagée. Dans la catégorie du comportement de l'agent, on retrouve le critère de prudence et de mesure dans l'expression, ainsi que le sérieux de l'enquête menée. Dans celle, enfin, de l'esprit qui anime l'agent, c'est le critère d'absence d'animosité personnelle qui s'exprime. Cette absence d'animosité personnelle ne se résume pas à l'absence d'intention de nuire à la personne diffamée, elle renvoie à la subjectivité de l'agent, qui ne doit pas être animé d'un esprit de revanche lorsqu'il profère ses propos diffamatoires. Or, la jurisprudence confond parfois l'absence d'animosité personnelle et la prudence et la mesure dans l'expression, brouillant ainsi la frontière entre ces critères pourtant distincts, tant dans ce qu'ils recouvrent que dans ce qu'ils laissent entrevoir de l'agent. En ce sens, la Chambre criminelle a pu déduire l'animosité de l'agent de l'outrance de ses propos<sup>374</sup>, ce qui n'est techniquement pas la même chose, cette outrance dans le langage renvoyant davantage à l'absence de mesure dans l'expression.

160. Il existe enfin une évolution des critères jurisprudentiels qui suscite de nouvelles questions quant à leur intérêt et leur bien-fondé. La Cour de cassation, à l'initiative de sa Chambre criminelle et sous l'influence de la Cour EDH, a ajouté le critère du sujet d'intérêt général. Ce dernier renvoie à la liberté d'expression, tant protégée par l'interprétation que la Cour EDH fait de l'article 10 de la Convention EDH. Cet ajout résulte d'un arrêt en date du 11 mars 2008, dans lequel la Chambre criminelle souligne que l'intérêt général était en cause dans le cas d'espèce, en raison de l'enjeu pour l'État et le contribuable français<sup>375</sup>. Et la Cour de cassation d'ajouter que l'article litigieux n'excédait pas les limites de la liberté d'expression, telles qu'établies par l'article 10 de la Convention EDH. Il est intéressant de constater que dans cet arrêt, l'attendu de la Chambre criminelle est rendu au double visa de l'article 29 de la loi du 29 juillet 1881 et de l'article 10 de la Convention EDH. Il en ressort l'influence de la norme européenne sur le droit interne, qui fonde désormais un critère de la bonne foi justificative. Or, ce critère pose la question de son autonomie ou, au contraire, de son articulation avec les quatre critères déjà dégagés par la jurisprudence. Il se trouve en effet que la doctrine s'est interrogée pour déterminer si le critère du débat d'intérêt public

---

<sup>373</sup> A. LEPAGE, H. MATSOPOULOU, *Droit pénal spécial*, PUF, Thémis droit, 1<sup>ère</sup> éd., 2015, n° 595, p.418.

<sup>374</sup> Crim., 6 juill. 1993, n° 91-83.246 : *Bull. crim.* n° 242 ; *RSC 1994. 323*, obs. Boulloc ; Crim., 3 déc. 2002, n° 01-85.466 : *Bull. crim.* n° 217 ; *Dr. pénal* 2003, comm. 33, note Véron, *JCP G 2003. I. 126. 665*, obs. Gozzi.

<sup>375</sup> Crim., 11 mars 2008, n° 06-84.712 : *Bull. crim.* n° 59 ; *RPDP 2008. 869*, obs. Conte.

fondait, grâce à l'article 10 de la Convention EDH, un fait justificatif autonome, ou s'il s'ajoute aux critères originaux de la bonne foi, en tant que critère d'évaluation de celle-ci<sup>376</sup>. Alors que la jurisprudence a fluctué sur ce point<sup>377</sup>, avant d'ajouter un nouveau critère de « base factuelle suffisante »<sup>378</sup>, elle ne permet pas, aujourd'hui encore, de déterminer avec certitude la place de chacun de ces critères au sein de la bonne foi justificative. Cela fait conclure à un auteur que « les superpositions de normes et de juridictions se doublent donc d'un recours à des concepts flous qui achèvent de rendre la matière inintelligible »<sup>379</sup>.

161. Alors que la création prétorienne semble des plus complexes à circonscrire, le législateur est intervenu, afin de consacrer le fait justificatif de bonne foi ainsi dégagé<sup>380</sup>. Toutefois, il s'est contenté d'une reprise du fait justificatif de bonne foi, sans lui apporter modifications ni précisions, pourtant souhaitées. L'article 35 de la loi du 29 juillet 1881 dispose désormais, *in fine*, que le prévenu peut produire, pour sa défense, des éléments obtenus en violation de secrets judiciaires comme professionnels, sans s'exposer à des poursuites pour recel, afin d'établir sa bonne foi ou la vérité des faits diffamatoires. La référence à la bonne foi est formulée dans son plus simple appareil. Aucun des quatre critères originels n'est mentionné dans la loi, pas plus que ceux dégagés par la suite. Le législateur, par cette consécration minimale, laisse donc libre court à la jurisprudence pour créer et définir des notions juridiques majeures, comme un fait justificatif spécial. Ainsi, la jurisprudence continue son œuvre d'évolution du droit pénal. Une telle législation révèle pleinement que le législateur est dans un schéma d'adaptation du droit pénal, au sein duquel le juge prend une place désormais prépondérante. Ce mouvement profond semble alors révéler que le dépassement du législateur par le juge est acté, y compris par ce premier. En ce sens, le Président Pierre Mimin soulignait, lors de la création prétorienne de la bonne foi, qu'« à défaut d'une formule législative, celle que le droit judiciaire a consolidée facilite, dans toutes les hypothèses, de

---

<sup>376</sup> V. A. DEJEAN DE LA BÂTIE, Les faits justificatifs spéciaux, thèse 2018, sous la dir. de A. LEPAGE, Paris II, n<sup>os</sup> 399 à 406.

<sup>377</sup> La Chambre criminelle voyait parfois le débat d'intérêt général comme critère d'appréciation de la bonne foi : Crim., 19 janv. 2010, n<sup>o</sup> 09-84.408 : *Bull. crim.* n<sup>o</sup> 12 ; CCE 2010, comm. 52, obs. Lepage ; *AJ pénal* 2010. 240, obs. Royer ; *D.* 2011. 555, obs. Blanchard ; *ibid.*, p.787, obs. Dreyer ; *Gaz. Pal.* 2010. I. 983, note Dreyer ; *ibid.*, p.1743, note Fourment ; Crim., 23 nov. 2010, n<sup>o</sup> 09-87.527, inédit ; *D.* 2011. 786, obs. Dreyer.

Parfois, elle le voyait comme un fait justificatif, en dépit de l'absence de bonne foi : Crim., 11 mars 2008, n<sup>o</sup> 06-84.712 : *Bull. crim.* n<sup>o</sup> 59 ; *D.* 2008. 1148 ; *ibid.*, p.2256, note Lapousterle ; *D.* 2009. 1783, obs. Dupeux ; *AJ pénal* 2008. 237 ; *JCP* 2008. I. 209, note Dreyer ; *RPDP* 2008. 869, obs. Conte ; Crim., 12 mai 2009, n<sup>o</sup> 08-87.732 : *Bull. crim.* n<sup>o</sup> 88 ; *D.* 2009. 1762, obs. Lavric ; *ibid.*, p.2316, note Agostini ; *AJ pénal* 2009. 360 ; *Dr. pén* 2009. 120, obs. Véron ; *ibid.* 2010, chron. 5, obs. Mouysset ; CCE 2009, comm. 82, obs. Lepage.

Cette dernière approche semble toutefois l'emporter : V. A. LEPAGE, *Le fait justificatif tiré du sujet d'intérêt général continue de creuser son sillon* : CCE 2009, comm. 82.

<sup>378</sup> Crim., 11 oct. 2011, n<sup>o</sup> 10-81.078, inédit : *D.* 2012. 765, obs. Dreyer ; CCE 2012, comm. 8.

<sup>379</sup> A. DEJEAN DE LA BÂTIE, *op. cit.*, n<sup>o</sup> 398, p.213.

<sup>380</sup> Loi n<sup>o</sup> 2010-1 du 4 janvier 2010 relative à la protection du secret des sources des journalistes.

satisfaisantes solutions »<sup>381</sup>. Face à ce constat, le législateur a-t-il encore une place dans l'élaboration de la norme pénale ? Tout porte à croire que le *dialogue des juges* l'écarte progressivement de ce processus.

162. Cependant, cette liberté du juge expose son œuvre à une casuistique qui, lorsqu'elle dessert la sécurité juridique, devient regrettable. Ainsi, la jurisprudence a continué, seule, de faire évoluer la bonne foi. Ce fut notamment le cas à l'occasion de la célèbre affaire *Borrel*, portant le nom d'un magistrat retrouvé mort dans des circonstances suspectes à Djibouti. L'avocat de sa veuve, Maître Morice, avait dénoncé, dans un courrier adressé au Garde des Sceaux et publié par les médias, les soupçons de déloyauté et de partialité qu'il entretenait à l'égard des deux premiers juges d'instructions en charge de cette affaire. Condamné pour diffamation, Maître Morice a, une fois les voies de recours internes épuisées, porté son affaire devant la Cour EDH. Cette dernière a condamné la France pour violation de l'article 6§1 mais aussi de l'article 10 de la Convention EDH<sup>382</sup>. La Cour de Strasbourg a notamment affirmé : « il convient de tenir compte du juste équilibre à ménager entre les divers intérêts en jeu, parmi lesquels figurent le droit du public d'être informé sur les questions qui touchent à l'intérêt général » (§100). À la suite de cette condamnation cinglante, la Cour de révision et de réexamen des condamnations pénales ordonna le renvoi de l'affaire devant l'Assemblée plénière de la Cour de cassation, qui aligna sa jurisprudence sur la solution européenne<sup>383</sup>. Or, elle n'a pas fait mention de la bonne foi, se concentrant sur la notion de débat d'intérêt général et ne visant que l'article 10 de la Convention EDH.

Cependant, la Cour de cassation a fait référence à une « critique » et au « jugement de valeur » du prévenu, qui ne peuvent à ses yeux être réduits à la « simple expression d'une animosité personnelle ». Elle vise donc, indirectement, les critères classiques de la bonne foi. La confusion des notions et des critères perdure donc et ni le juge ni le législateur n'y remédient. Cela est d'autant plus regrettable que la jurisprudence s'expose à la casuistique. En effet, la Cour EDH mentionnait la nécessaire appréciation d'un « juste équilibre à ménager entre les divers intérêts en jeu ». Or, il s'agit bien là d'une évocation du contrôle de proportionnalité ou contrôle *in concreto*, promu par cette juridiction et appliqué de façon croissante par la Cour de cassation. En se pliant à la Cour de Strasbourg, la Cour de cassation confirme l'extension de ce contrôle *in concreto* à la diffamation. Il ne s'agit donc plus d'appliquer un fait justificatif mais de réaliser un contrôle de conventionnalité permettant d'écarter la loi pénale. Comme le souligne Evan Raschel, « le risque de ce fondement

---

<sup>381</sup> P. MIMIN, note sous Crim., 27 oct. 1938 (*D. 1939. I. 80*).

<sup>382</sup> CEDH, Gde ch., 23 avr. 2015, *Morice c/ France*, n° 29369/10 : *D. 2015. 974*, et *2016. 225*, obs. RENUCCI ; *AJ pénal 2015. 428*, obs. PORTERON ; *Constitutions 2016. 312*, chron. de BELLESCIZE ; *RSC 2015. 740*, obs. ROETS.

<sup>383</sup> Cass. Ass. plén., 16 déc. 2016, n° 08-86.295 : *AJ pénal 2017. 187*, obs. PORTERON ; *D. 2017. 434*, note Raschel ; *Gaz. Pal.* 6 juin 2017, n° 21, p. 29, obs. de Belval.

est bel et bien d'aggraver la casuistique régnante, particulièrement en droit des médias, au risque de l'insécurité juridique »<sup>384</sup>. Ce risque est encore souligné par Agathe Lepage, qui conclut à propos de la Cour de cassation : « éminemment casuistique, sa jurisprudence paraît ouverte à toutes les combinaisons possibles des critères précités, en une sorte de savant et imprévisible mélange du raisonnement pénal classique (diffamation justifiée par la bonne foi) et de la méthode européenne (mise en balance des intérêts contraires, orientée vers une prééminence de la liberté d'expression). Le résultat est une jurisprudence devenue totalement floue »<sup>385</sup>.

163. Par ailleurs, le législateur demeurant mutique face à ces enjeux, c'est la Cour de cassation elle-même qui s'empare de la question. Elle commence ainsi à préciser l'articulation de l'ensemble des critères progressivement dégagés. Cela ressort particulièrement d'un arrêt du 21 avril 2020, dans lequel la Chambre criminelle a indiqué les modalités d'appréciation de la bonne foi<sup>386</sup>. Tout en rappelant qu'elle suit la jurisprudence de la Cour EDH, elle affirme que les juges du fond doivent d'abord rechercher, en application de l'article 10 de la Convention EDH, si les propos diffamatoires s'inscrivent dans un débat d'intérêt général et reposent sur une base factuelle suffisante. Le cas échéant, l'appréciation des quatre critères classiques de la bonne foi doit être plus souple, notamment pour l'absence d'animosité personnelle et la prudence dans l'expression. Reste alors à poser la question : où est donc passé le législateur dans ce schéma d'élaboration de la norme pénale ? Son intervention semble des plus souhaitables, afin d'établir de façon claire les critères retenus pour caractériser le fait justificatif de bonne foi. Cela permettrait ainsi d'en finir avec l'insécurité juridique latente dénoncée par la doctrine. Pour Alice Dejan de la Bâtie, « une première solution consisterait à changer de terminologie, afin de réserver la “bonne foi” à sa définition initiale et donc, en droit pénal, au domaine de l'élément moral. Il s'agirait ainsi de désigner le fait justificatif spécial applicable à la diffamation par une formule alternative capable de synthétiser les critères jurisprudentiels tout en différenciant efficacement ces circonstances justificatives par rapport à la “bonne foi” entendue comme défaut d'intention »<sup>387</sup>.

Alors que le silence du législateur s'apparente à une prise d'acte de son retard sur le juge, la question d'un véritable abandon de l'élaboration de la norme pénale au profit du juge se pose.

---

<sup>384</sup> E. RASCHEL, *Épilogue de l'affaire Morice : la consécration de la liberté d'expression de l'avocat hors du prétoire* : RD 2017, p.434.

<sup>385</sup> A. LEPAGE, H. MATSOPOULOU, *Droit pénal spécial*, PUF, Thémis droit, 1<sup>ère</sup> éd., 2015, n° 595, p.419.

<sup>386</sup> Crim., 21 avr. 2020, n° 19-81.172, inédit : *Légipresse* 2020. 273 ; *Dr. pénal* 2020. Comm. 141, obs. Conte ; *Gaz. Pal.* 2020. 29. 55, obs. Detraz.

<sup>387</sup> A. DEJEAN DE LA BÂTIE, Les faits justificatifs spéciaux, thèse 2018, sous la dir. de A. LEPAGE, Paris II, n° 440, p.236.

### §3 Vers un abandon de l'élaboration de la norme pénale au juge

164. Au-delà de ce phénomène de consécration de jurisprudences par simple reprise, c'est bien une forme d'abandon de l'élaboration de la norme pénale par le législateur qui point. Cela ressort de la création d'une voie de recours contre la détention provisoire, en raison de conditions indignes de détention. Originellement, la détention provisoire était encadrée par les articles 143-1 et 144 du Code de procédure pénale<sup>388</sup>. Ces derniers disposent les conditions requises pour que soit prononcée une détention provisoire à l'égard d'une personne mise en examen. L'article 144-1 du même Code disposait par ailleurs : « La détention provisoire ne peut excéder une durée raisonnable, au regard de la gravité des faits reprochés à la personne mise en examen et de la complexité des investigations nécessaires à la manifestation de la vérité. » Conformément à l'article 148 du même Code, la personne détenue peut solliciter sa remise en liberté à tout moment. Pour refuser de donner suite à cette demande, le juge des libertés et de la détention doit statuer par une « ordonnance comportant l'énoncé des considérations de droit et de fait qui constituent le fondement de cette décision par référence aux dispositions de l'article 144. » Ainsi, une mesure de détention provisoire ne pouvait être combattue que par le biais des exigences de l'article 144 du Code de procédure pénale. Depuis une loi du 15 août 2014<sup>389</sup>, l'article 147-1 du Code de procédure pénale permet de demander la remise en liberté d'une personne, sauf risque grave de renouvellement de l'infraction, lorsqu'une expertise médicale établit qu'elle est atteinte d'une pathologie engageant son pronostic vital ou que son état de santé physique ou mentale est incompatible avec le maintien en détention<sup>390</sup>.

165. En dehors de ces conditions légales, les plaideurs voyaient leurs recours rejetés, notamment lorsque ces derniers arguaient des conditions de détention indignes. La Cour de cassation affirmait ainsi qu'« une éventuelle atteinte à la dignité de la personne en raison des conditions de détention, si elle est susceptible d'engager la responsabilité de la puissance publique en raison du mauvais fonctionnement du service public, ne saurait constituer un obstacle légal au placement et maintien en détention provisoire »<sup>391</sup>. Cette décision semblait faire une stricte

---

<sup>388</sup> Le principe demeure la liberté, la détention provisoire étant envisagée à titre exceptionnel et seulement après d'autres moyens moins coercitifs : C. pr. pén., art. 137 : « À titre exceptionnel, si les obligations du contrôle judiciaire ou de l'assignation à résidence avec surveillance électronique ne permettent pas d'atteindre ces objectifs, elle peut être placée en détention provisoire. »

<sup>389</sup> Loi n° 2014-896 du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales.

<sup>390</sup> Il s'agissait déjà d'une consécration par le législateur d'une solution jurisprudentielle, que la Cour de cassation avait formulée de façon *contra legem* dans un arrêt du 29 février 2012 : Crim. 29 févr. 2012, n° 11-88.441 : *Bull. crim.* n° 58.

<sup>391</sup> Crim., 18 sept. 2019, n° 19-83.950 : Y. MAYAUD, *Pas de mélange des genres de la détention à la dignité !* : RSC 2019, p.808.

application de la loi pénale. Cependant, cette solution comportait une incohérence intrinsèque, en ce qu'elle rejetait l'application de l'article préliminaire du Code de procédure pénale, supposé irriguer l'ensemble du Code. Cet article dispose notamment, en son III alinéa 4, que les mesures de contraintes « doivent être strictement limitées aux nécessités de la procédure, proportionnées à la gravité de l'infraction reprochée et ne pas porter atteinte à la dignité de la personne. » La Chambre criminelle en fait fi, sans raison apparente et justifiée.

Dès lors, seul l'article L. 521-2 du Code de justice administrative permettait un recours contre une mesure de détention provisoire, fondé sur des conditions indignes de détention. Celui-ci offre une voie de référé-liberté<sup>392</sup> à la personne détenue, le juge administratif devant se prononcer dans les quarante-huit heures de sa saisine. La Cour EDH a connu ce contentieux et l'incidence du droit administratif en la matière. Elle a refusé de voir dans le référé-liberté une voie de recours « susceptible d'empêcher la continuation des conditions de détention qu'il [le requérant] subissait ou d'obtenir une amélioration de celles-ci »<sup>393</sup>. Elle reconnaissait tout de même que l'évolution de la jurisprudence du Conseil d'État, postérieure à la saisine de la Cour EDH faite par le requérant, était favorable à l'établissement d'un recours effectif et rapide du juge des référés, pour mettre fin aux conditions indignes de détention<sup>394</sup>. Il semblait donc que la Cour EDH valide, pour l'avenir, le dispositif légal français.

166. Cependant, lors d'un arrêt du 30 janvier 2020, la juridiction européenne a prononcé une double violation des articles 3 et 13 de la Convention EDH par la France<sup>395</sup>. Elle y énonce notamment que le référé-liberté du juge administratif « ne l'autorise pas à prendre des mesures de réorganisation du service public de la justice » (§217). La Cour EDH ajoute que, de façon concrète, l'office du juge des référés administratif dépend « du niveau des moyens de l'administration et, d'autre part, des actes qu'elle a déjà engagés. Or, il ressort des pièces des dossiers que l'administration pénitentiaire ne dispose d'aucun pouvoir de décision en matière de mises sous écrou et qu'un directeur de prison est tenu d'accueillir les personnes mises sous écrou, y compris en cas de suroccupation de l'établissement » (§218)<sup>396</sup>. Dès lors, après avoir rappelé que le droit de ne pas être soumis à la torture, à des peines ou traitements inhumains ou dégradants, garanti par

---

<sup>392</sup> Ce référé ne doit pas être confondu avec le référé-liberté judiciaire prévu par l'article 187-1 C. pr. pén.

<sup>393</sup> CEDH, 21 mai 2015, *Yengo c/ France*, n° 50494/12, §69 : *AJ pénal* 2015. 450, obs. Senna ; *JCP* 2015. 845, n° 20, obs. Sudre.

<sup>394</sup> CE, ord., 22 déc. 2012, n° 364584, *Sect. française OIP* : *AJDA* 2013. 12 ; *D.* 2013. 1304, obs. Céré, Herzog-Evans et Péchillon ; *AJ pénal* 2013. 232, obs. Péchillon.

<sup>395</sup> CEDH, 30 janv. 2020, *J.M.B et autres c/ France*, n° 9671/15 : *D.* 2020. 753, note Renucci ; *ibid.* 1195, obs. Céré, Falxa et Herzog-Evans ; *ibid.* 1643, obs. Pradel ; *D.* 2021. 432, chron. Afroukh et Marguénaud.

<sup>396</sup> Ce constat rejoint celui de l'essentiel de la doctrine en la matière : C. MALVERTY et C. BEAUFILS, *Le référé en liberté* : *AJDA* 2020, p.1154 ; O. LE BOT, *Vingt ans de référé-liberté* : *AJDA* 2020, p.1342 ; C. BROUELLE, *Regard sur le référé-liberté à l'occasion de la crise sanitaire* : *AJDA* 2020, p.1355.

l'article 3 de la Convention EDH, figure au rang des droits absolus, la Cour de Strasbourg conclut que le référé-liberté ne peut être considéré comme effectif pour garantir ce droit. Partant, elle considère que l'article 13 de la Convention EDH est violé, en plus de l'article 3. De plus, la Cour EDH invite le législateur français à mettre en place un recours général contre les conditions indignes de détention (§316), ce qui fait dire à la doctrine que la Cour a rendu un arrêt « quasi pilote »<sup>397</sup>.

167. La Cour de cassation a alors pris acte de cette condamnation retentissante, en transmettant au Conseil constitutionnel une question prioritaire de constitutionnalité<sup>398</sup>. Cette dernière arguait l'inconstitutionnalité des articles 137-3, 144 et 144-1 du Code de procédure pénale, en ce qu'ils sont susceptibles de porter atteinte à un principe constitutionnel nouveau d'interdiction des traitements inhumains et dégradants, que le requérant souhaite voir consacré par le Conseil constitutionnel, en le fondant sur le principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine. La Chambre criminelle n'a pas sursis à statuer, malgré le renvoi de cette question prioritaire de constitutionnalité, étant donné que le requérant faisait l'objet d'une mesure de détention provisoire<sup>399</sup>. Par ailleurs, prenant toute la mesure de la condamnation de la France par la Cour EDH, la Chambre criminelle, en se prononçant dans ces mêmes arrêts du 8 juillet 2020, rappelle que le juge judiciaire « a l'obligation de garantir à la personne placée dans des conditions indignes de détention un recours préventif et effectif permettant d'empêcher la continuation de la violation de l'article 3 de la Convention »<sup>400</sup>. La Cour de cassation ajoute alors que si le demandeur établit une description de ses conditions personnelles de détention suffisamment crédible, précise et actuelle, caractérisant un commencement de preuve de leur caractère indigne, alors la Chambre de l'instruction saisie doit ordonner des vérifications complémentaires en ce sens. Et la Haute juridiction d'en conclure qu'en cas d'atteinte au principe de dignité de la personne détenue, cette dernière doit être remise en liberté avec, le cas échéant, une ordonnance d'assignation à résidence avec surveillance électronique ou de contrôle judiciaire. Cela constitue, aux yeux de la doctrine,

---

<sup>397</sup> J.-P. CÉRÉ, *Surpopulation carcérale : l'arrêt « quasi pilote » de la CEDH* : *AJ pénal* 2020, p.122.

<sup>398</sup> Crim., 8 juill. 2020, n° 20-81.731 et n° 20-81.739 : *Bull. crim.* n° 48 ; *AJDA* 2020. 1383 ; *D.* 2020. 1774, note Falxa ; *ibid.* 1643, obs. Pradel ; *AJ fam.* 2020. 498, obs. Mary ; *AJ pénal* 2020. 404, note Frinchaboy ; *RFDA* 2021. 87, note Perrier ; *RTD civ.* 2021. 83, obs. Deumier.

<sup>399</sup> L'article 23-5, alinéa 4, de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, dispose que lorsque celui-ci a été saisi, le Conseil d'État ou la Cour de cassation sursoit à statuer jusqu'à ce qu'il se soit prononcé. Il en va autrement quand l'intéressé est privé de liberté à raison de l'instance et que la loi prévoit que la Cour de cassation statue dans un délai déterminé.

<sup>400</sup> Crim., 8 juill. 2020, n° 20-81.731 et n° 20-81.739 : *op. cit.* Cette jurisprudence a été confirmée, voire accentuée : Crim., 25 nov. 2020, n° 20-84.886 : *Bull. crim.* 2020 ; *D.* 2020. 2347 ; *AJ pénal* 2021. 41, obs. Margaine ; *Dr. pénal* 2021. Comm. 40, obs. Peltier. La Chambre criminelle affirme que la personne détenue doit établir des conditions de détention indignes crédibles, précises, actuelles et personnelles, mais n'a pas à démontrer ces faits, ou leur répercussion sur sa santé physique ou psychologique, pour que le juge ordonne les vérifications requises.

« un remarquable revirement de jurisprudence »<sup>401</sup>, étant donné que la Chambre criminelle affirmait encore avec force, moins d'un an avant cet arrêt, qu'une atteinte à la dignité de la personne en raison de ses conditions de détention ne pouvait conduire à sa remise en liberté.

168. Bien plus qu'un revirement de jurisprudence, cet arrêt constitue une création prétorienne majeure, en ce que la Cour de cassation ajoute une voie de recours contre la détention provisoire, fondée sur les conditions indignes de détention. Elle considère en effet que, même si les recommandations formulées par la Cour EDH, dans sa décision du 30 janvier 2020, s'adressent au législateur, « il appartient au juge national, chargé d'appliquer la Convention [EDH], de tenir compte de ladite décision sans attendre une éventuelle modification des textes législatifs ou réglementaires ». Pour cette raison, la Haute juridiction a décidé de créer une nouvelle voie de recours contre la détention provisoire, ce qui fait dire à la doctrine que « les juges se lancent donc dans une opération sans filet textuel »<sup>402</sup>. C'est là une affirmation pleine des pouvoirs que le juge s'arroge en vertu des droits fondamentaux et au détriment du législateur, condamné à être second dans l'élaboration de la norme pénale.

Une nuance est tout de même à apporter, en ce que la Cour de cassation a rejeté les pourvois qui lui étaient soumis, ce qui balance avec la caractère draconien de sa création. La Chambre criminelle a ainsi écarté l'argument du requérant, selon lequel les conditions générales de détention de son établissement pénitencier contrevenaient à la dignité de la personne. Elle exige donc que celui-ci présente des conditions l'affectant personnellement. Le raisonnement est critiquable, étant donné que, de façon logique, ce qui affecte le général affecte nécessairement le particulier. Cependant, reconnaître cela reviendrait à dire que tous les détenus d'un même établissement pénitencier pourraient solliciter, simultanément, leur remise en liberté. En écartant cette solution, la Cour de cassation se refuse de contraindre le pouvoir exécutif, alors qu'elle contraint déjà le pouvoir législatif par sa création et le renvoi de la question prioritaire de constitutionnalité.

169. En tout état de cause, il est notable que cette création jurisprudentielle acte définitivement le dépassement du législateur par le juge. En s'appuyant, d'une part, sur le contrôle de constitutionnalité, la Cour de cassation a demandé au Conseil constitutionnel d'analyser l'état du droit positif et, le cas échéant, de censurer la loi pénale pour contraindre le législateur à la modifier. En se fondant, d'autre part, sur le contrôle de conventionnalité, la Haute juridiction écarte la loi pénale, au nom des droits fondamentaux, afin de faire triompher sa voix et, en substance,

---

<sup>401</sup> L. MILANO, *Surpopulation carcérale et effectivité des recours internes : La Semaine juridique édition générale*, n° 5, 1<sup>er</sup> févr. 2021, p.129.

<sup>402</sup> J. FALXA, *Indignité des conditions de détention et office du juge judiciaire : place aux droits fondamentaux* : RD 2020, p.1774.

celle de la Cour EDH. En ce sens, la Cour de cassation rappelle dans sa solution que l'autorité judiciaire est gardienne de la liberté individuelle, ce qui renvoie à l'article 66 de la Constitution<sup>403</sup>. Ainsi, elle semble souligner sa place essentielle dans le triptyque des pouvoirs et les prérogatives que cela lui octroie, notamment celle de prendre, le cas échéant, les devants sur le législateur.

170. Le contentieux constitutionnel qui a résulté de ce renvoi de question prioritaire de constitutionnalité révèle encore le dépassement du législateur par le juge. Le Conseil constitutionnel a, sans grande surprise, repris à son compte le raisonnement de la Cour EDH et de la Cour de cassation, en le traduisant dans des termes constitutionnels<sup>404</sup>. Il fonde cette décision sur le Préambule de la Constitution de 1946, dont il tire le principe à valeur constitutionnelle de sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme d'asservissement et de dégradation (considérant 12). Il s'appuie également sur les articles 9 et 16 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789, dont il retient qu'aucune atteinte substantielle ne doit être portée au droit d'exercer un recours effectif devant une juridiction (considérant 13). Les sages ont finalement affirmé qu'« aucun recours devant le juge judiciaire ne permet au justiciable d'obtenir qu'il soit mis fin aux atteintes à sa dignité résultant des conditions de sa détention provisoire » (considérant 16), ce qui entraîne l'inconstitutionnalité des articles contestés (considérant 17). Cette décision marque encore l'importance des jurisprudences européennes et de la Cour de cassation dans le schéma d'élaboration de la norme pénale. Le Conseil constitutionnel s'y réfère largement et nourrit sa réflexion de celles des autres juridictions suprêmes. Lors de sa plaidoirie, Maître Patrice Spinosi affirmait d'ailleurs : « le dialogue des juges commande votre décision »<sup>405</sup>. Le Conseil constitutionnel a alors exigé que le législateur prévoie un recours effectif contre la détention provisoire, dans le cas de conditions indignes de détention. Contraint par le Conseil constitutionnel, le législateur a inséré un article 803-8 au Code de procédure pénale, dont le premier alinéa dispose : « Sans préjudice de sa possibilité de saisir le juge administratif en application des articles L. 521-1, L. 521-2 ou L. 521-3 du code de justice administrative, toute personne détenue dans un établissement pénitentiaire en application du présent code qui considère que ses conditions de détention sont contraires à la dignité de la personne humaine peut saisir le juge des libertés et de la détention, si elle est en détention provisoire, ou le juge de l'application des peines, si elle est condamnée et incarcérée en exécution d'une peine privative de liberté, afin qu'il soit mis fin à ces conditions de détention indignes »<sup>406</sup>.

---

<sup>403</sup> Crim., 8 juill. 2020, n° 20-81.731 et n° 20-81.739, §22 : *Bull. crim.* n° 48.

<sup>404</sup> Cons. const., 2 oct. 2020, *M. Geoffrey F. et autre*, n° 2020-858/859, DQPC.

<sup>405</sup> V. l'audience QPC : [https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2020/2020858\\_859QPC.htm](https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2020/2020858_859QPC.htm).

<sup>406</sup> Loi n° 2021-403 du 8 avril 2021 tendant à garantir le droit au respect de la dignité en détention.

171. Ce qui interpelle le plus est la défense apportée par le Gouvernement, pour défendre la constitutionnalité des articles 137-3, 144 et 144-1 du Code de procédure pénale. Il était ainsi affirmé que ces dispositions, telles que nouvellement interprétées par la Cour de cassation, permettraient d'assurer de façon effective un recours garantissant la dignité des personnes détenues et ne souffraient donc plus d'inconstitutionnalité. Le raisonnement est erroné, dans la mesure où il considère que la création jurisprudentielle précède le renvoi de la question prioritaire de constitutionnalité, ce qui n'est pas le cas. Le commentaire officiel de la décision du Conseil constitutionnel le souligne en ces mots : « une telle solution conduisait à un paradoxe : comment pouvait-on prétendre répondre, sur la base d'une nouvelle interprétation de la loi, à une QPC jugée sérieuse sur la base d'une première interprétation différente de cette même loi ? »<sup>407</sup> Au-delà de cette erreur du Gouvernement, cela traduit son aveu d'une certaine inutilité de l'action du législateur face au juge. Il affirme ainsi que la constitutionnalité de la loi est désormais assurée par l'interprétation qu'en fait la jurisprudence. Or, il s'agit d'une interprétation extensive rendue *contra legem*, ce qui revient à dire que le législateur s'en accommoderait et accepterait sa propre impuissance. Pire encore, ce raisonnement prône, en substance, l'irresponsabilité du législateur face à ses obligations de rédiger avec clarté et précision la loi pénale. C'est enfin reconnaître que le législateur abandonne sa plume au juge, ce qui est parfaitement contraire à la séparation des pouvoirs, au principe de légalité et à la sécurité juridique.

---

## Conclusion

---

172. Le processus d'élaboration de la norme pénale est fondamental dans un État de droit. Il se trouve au croisement d'une volonté politique et des droits et libertés individuels. Alors que le droit pénal cristallise le projet commun de société, le législateur a le devoir d'assurer son évolution. Or, la société et les mœurs mutent parfois de façon rapide, ce qui contraint la norme pénale à suivre leur rythme. Avec la profonde crise que les Guerres mondiales ont suscitée, le droit pénal a connu des bouleversements majeurs. Au sortir de cette période et lors des Trente glorieuses, la société a évolué de façon extrêmement rapide. Un retard s'est alors installé pour le droit pénal hérité de l'Empire et le législateur a dû y remédier. Il s'est appuyé sur de nombreuses jurisprudences novatrices, afin de mener l'évolution du droit pénal contemporain. Ainsi, lors de la réforme du Code pénal de 1992, le législateur a consacré certaines créations prétoriennes, tout en les remaniant

---

<sup>407</sup> Commentaire publié par le Conseil constitutionnel pour la décision : Cons. const., 2 oct. 2020, *M. Geoffrey F. et autres*, n° 2020-858/859, DQPC.

afin qu'elles correspondent à son idéal politique en la matière. La sélection des jurisprudences réalisée par le législateur révèle sa place prédominante au sein de l'évolution du droit pénal. Plus encore, le fait qu'il modifie les créations prétorienne soulignent que le législateur menait pleinement l'évolution du droit pénal. Lors de la réforme du Code pénal, un schéma d'évolution s'est installé, où le juge révèle des enjeux et propose des solutions, quand le législateur tranche en s'appuyant sur l'œuvre prétorienne. C'est donc une synergie profitable au droit pénal qui apparaît entre ces acteurs.

173. Cependant, alors que l'initiative du législateur dans l'évolution du droit pénal était indiscutable lors de la réforme du Code pénal, elle s'est progressivement étiolée. Malgré l'œuvre majeure que constitue le nouveau Code pénal, la société, ses mœurs, les technologies et la délinquance ont muté toujours plus vite, contraignant le législateur à élaborer la norme pénale dans l'urgence. Les demandes sociétales sont telles que le juge s'est trouvé contraint de trancher des questions de droit que le législateur n'avait pu éclaircir voire connaître. Une perte d'initiative du législateur s'est alors installée, le juge devenant un acteur majeur de l'élaboration de la loi pénale. Plus encore, l'initiative croissante du juge, formulant des solutions audacieuses et parfois *contra legem*, opère un renversement du schéma d'évolution du droit pénal. S'installe ainsi un nouveau paradigme, où le législateur n'a plus l'initiative et en vient à adapter le droit pénal suivant les solutions prétorienne, plutôt que de le faire évoluer selon son idéal politique.

174. Les enjeux de cette mutation sont majeurs, en ce que le législateur semble perdre le monopole de la norme pénale, ce qui est source d'incohérences pour le droit pénal. Plus encore, alors que le juge dépasse le législateur dans son œuvre, se pose la question de l'équilibre au sein du triptyque des pouvoirs. Ainsi, le juge s'empare, souvent malgré lui, d'une partie du pouvoir du législateur, quand le pouvoir exécutif empiète par ailleurs sur ce même pouvoir. Le problème est d'autant plus grave que le législateur semble abandonner la création de la loi pénale au juge, l'élaboration du droit pénal devenant alors l'œuvre du *dialogue des juges*. Dès lors, comment affirmer que le législateur tient encore la plume de la loi pénale ? Cet abandon interroge encore sur les mécanismes à mettre en place pour y remédier. Si, comme il a été démontré, le retard du législateur conduit à son recul face au juge dans l'élaboration du droit pénal, encore faut-il déterminer s'il peut reprendre l'ascendant. En tout état de cause, la consécration de jurisprudences par simple reprise souligne que le retard du législateur et les enjeux qu'il comporte deviennent systémiques. Les sursauts du législateur face au juge n'y font rien et suscitent davantage de problèmes pour le droit pénal qu'ils ne veulent en résoudre.

175. Ces problématiques sont donc profondes et semblent durables, notamment car le législateur commence à acter son retard sur le juge, voire à reconnaître une certaine inutilité pour lui d'intervenir quand le juge l'a précédé. Ce constat ne doit pas conduire à une simple critique du législateur ou du juge, celle-ci étant stérile. Il convient, au contraire, de proposer des solutions au législateur et au juge pour équilibrer les rapports entre les pouvoirs. Ces acteurs en proposent d'ailleurs depuis peu. La Cour de cassation a notamment formulé des réflexions intéressantes en la matière. Face à la demande croissante des justiciables d'être impliqués dans le processus judiciaire, y compris au plus haut niveau, la Cour de cassation promet une « procédure interactive ouverte », inscrite dans une logique de rencontre entre les sphères politique et judiciaire<sup>408</sup>. Cette procédure permettrait, pour des affaires majeures, d'impliquer davantage de points de vue de tiers et d'inclure dans la motivation des arrêts de cassation des opinions séparées, ce qui fait écho à la procédure propre à la Cour EDH. Aux yeux de la Cour de cassation, cela « ferait du traitement d'une affaire difficile et sensible un "moment de justice" accessible au plus grand nombre et offrirait à la justice tout entière un surcroît de visibilité et de légitimité. » Le législateur s'interroge également sur des solutions à apporter. En ce sens, il faudrait notamment une autodiscipline de sa part, afin de « résister à la tentation de créer une nouvelle infraction à chaque fois que survient un événement médiatique »<sup>409</sup>. Plus encore, il reconnaît que « la place prise par les juridictions est souvent le reflet des insuffisances de l'action politique », ce qui pourrait être combattu par un dialogue accru entre le législateur et le juge.

176. En somme, c'est un renouveau de la synergie entre le juge et le législateur qui doit être recherché, plutôt qu'un rapport frontal entre eux. Il est désormais clair que le juge a un impact sur l'élaboration de la norme pénale. Il faut donc un échange entre lui et le législateur pour empêcher que ce dernier ne soit dépassé et entre dans une logique conflictuelle. Cela permettrait également une autolimitation du juge dans son office, ce qui éviterait les critiques concernant son audace croissante en matière de droit pénal. Sans en revenir à une procédure de référé-législatif, il faudrait que le juge de cassation puisse communiquer des rapports et propositions au législateur quant aux problématiques nouvelles auxquelles le droit pénal est confronté. De même, il est souhaitable que le législateur puisse saisir la Cour de cassation de questions juridiques pointues en matière de droit pénal, tout en sollicitant des pistes de réflexions de sa part quant à l'évolution que la norme pénale pourrait connaître. Ces propositions sont donc à élaborer et méritent d'être encore approfondies.

---

<sup>408</sup> Rapport de la commission de réflexion sur la Cour de cassation 2030, juillet 2021, p.46.

<sup>409</sup> Synthèse de la mission d'information sur la judiciarisation de la vie publique, 29 mars 2022, p.3.

## Bibliographie

---

### Encyclopédies juridiques

*Répertoire Dalloz*, Cassation, 1847, p.234.

Dalloz, fiches d'orientation : Harcèlement (Sanctions pénales), juillet 2021.

W. JEANDIDIER, *Juris-Classeur pénal*, art. 311-1 à 311-16, n° 94.

### Ouvrages

M. ANCEL, *La défense sociale nouvelle, un mouvement de politique criminelle humaniste*, Cujas, 3<sup>ème</sup> éd., 1981.

H. BLIN, A. CHAVANNE, R. DRAGO, *Traité du Droit de la presse*, Litec, 1969.

B. BOULOC, *Droit pénal général*, Dalloz, Précis, 27<sup>ème</sup> éd., 2021.

J.-M. CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, PUF, 3<sup>ème</sup> éd., 2014.

J. CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous la Ve République*, Flammarion, 1996.

Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, A. Colin, 7<sup>ème</sup> éd., 2004.

E. DREYER, *Droit pénal général*, LexisNexis, 6<sup>ème</sup> éd., 2021.

A. LEPAGE, H. MATSOPOULOU, *Droit pénal spécial*, PUF, Thémis droit, 1<sup>ère</sup> éd., 2015.

R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel* *Traité de droit criminel – Problèmes généraux de la science criminelle. Droit pénal général*, t. I, Cujas, 7<sup>ème</sup> éd., 1997.

R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel – Droit pénal spécial*, t. II, Cujas, 1982.

Ph.-A. MERLIN, *Questions de droit*, 1829.

J. ORTOLAN, *Éléments de droit pénal*, t. I, n° 44, Plon, 3<sup>ème</sup> éd., 1863.

X. PIN, *Droit pénal général*, Dalloz, Cours, 13<sup>ème</sup> éd., 2021.

J. PLANQUES, *La médecine légale judiciaire*, Que sais-je ?, n° 789, 1959.

J. PRADEL, *Le nouveau Code pénal*, Dalloz, 2<sup>ème</sup> éd., 1995.

J. PRADEL et A. VARINARD, *Les grands arrêts du droit pénal général*, Dalloz, 12<sup>ème</sup> éd., 2021.

M.-L. RASSAT, *Traité de procédure pénale*, PUF, 2001.

M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial*, Dalloz, Précis, 8<sup>ème</sup> éd., 2018.

J.-M. VARAUT, *Faut-il avoir peur des juges ?*, Plon, Tribune libre, 2000.

M. VILLEY, *Philosophie du droit*, Dalloz, 2005.

### Actes de colloques

J.-B. PERRIER, *La jurisprudence en droit pénal*, in *Faut-il « régénéraliser » le droit pénal ?*, LGDJ, Grands Colloques, 2015.

E. PIWNICA, *L'interprétation de la loi pénale par le juge*, Bicentenaire du Code pénal 1810-2010, colloque organisé par le Sénat le 25 novembre 2010.

*Histoire et méthodes d'interprétation en droit criminel*, dir. F. STASIAK, Dalloz, T&C, 2015.

### **Articles de recueils et mélanges**

J. BORÉ et L. BORÉ, *La cassation en matière pénale – Interprétation de la loi pénale* : Dalloz action, 2018/2019.

A. LEGAL, *La responsabilité sans faute et les infractions matérielles*, in *Mélanges Patin*.

A. MESTRE, *Recherches sur l'exception d'illégalité*, in *Mélanges Hauriou*.

M. STIEBER, *Le juge pénal comme législateur – Sources du droit pénal*, in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, t. III, 1934.

A. VARINARD, *La prescription de l'action publique : une institution à réformer*, in *Mélanges offerts à Jean Pradel*, Cujas, 2006.

### **Thèses, monographies**

P.-J.-B. BUCHEZ et P.-C. ROUX, *Histoire parlementaire de la Révolution française*, t. II, 1834.

C. BOUGLÉ-LE ROUX, *La Cour de cassation et le code pénal de 1810 : le principe de légalité à l'épreuve de la jurisprudence, 1811-1863*, thèse 2002, sous la dir. de M.-Y. CRÉPIN, Rennes I.

A. DEJEAN DE LA BÂTIE, *Les faits justificatifs spéciaux*, thèse 2018, sous la dir. de A. LEPAGE, Paris II.

### **Articles de revue**

P. AUVRET, *Le secret des sources journalistiques*, in *Droit de la presse*, Litec, 2000, p.7.

G. CASILE-HUGUES, *Appels téléphoniques malveillants, messages malveillants émis par voie de communication électronique et agressions sonores : Répertoire IP/IT et Communication*, juin 2021.

Ph. CONTE, *Agression sexuelle – Contrainte morale et minorité de la victime : Droit pénal n° 12*, décembre 2015, comm. 154.

R. BERNARDINI, *Légitime défense : Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, oct. 2017 (actualisation : février 2018).

Ph. BONFILS, *Droits de l'enfant – L'agression sexuelle sur mineur de quinze ans* : RD 2008 p.1854.

P. BOUZAT, *Le vol d'un service* : RSC 1992, p.84.

C. BROYELLE, *Regard sur le référé-liberté à l'occasion de la crise sanitaire* : AJDA 2020, p.1355.

G. CASILE-HUGUES, *Appels téléphoniques malveillants, messages malveillants émis par voie de communication électronique et agressions sonores : Répertoire IP/IT et Communication*, juin 2021.

- J.-P. CÉRÉ, *Surpopulation carcérale : l'arrêt « quasi pilote » de la CEDH* : *AJ pénal* 2020, p.122.
- A. DARSONVILLE, *Les blessures involontaires, une nouvelle infraction clandestine ?* : *RD* 2008, p.2003.
- A. DARSONVILLE, *Prescription de l'action publique : l'urgence de repenser « un système en crise »* : *AJ Pénal* 2015, p.36.
- A. DARSONVILLE, *Recul du point de départ de la prescription de l'action publique et suspension du délai : le flou actuel et à venir ?* : *AJ Pénal* 2016, p.309.
- A. DARSONVILLE, *Viol – Éléments constitutifs du viol* : *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, févr. 2020 (actualisation : avril 2021).
- S. DETRAZ, *Agressions sexuelles – L'article 222-22-1, in fine, du Code pénal à la lumière de la jurisprudence* : *Droit pénal* n° 12, décembre 2015, étude 24.
- H. DONNEDIEU DE VABRES, *Les limites de la responsabilité pénale des personnes morales* : *RIDP*, 1950, p.239 et s.
- A. DONNIER, *Prescription et clandestinité : la troublante constance de la Cour de cassation* : *RD* 2005, p.2998.
- E. DREYER, *Le filtrage des pourvois ou la tentation pour la Cour de cassation d'agir en cour suprême* : *Gaz. Pal. Professionnelle* 2015, p.6.
- E. DREYER, *Un contrôle si faible contrôle de constitutionnalité* : *AJ Pénal* 2015, p.248 et s.
- J. FALXA, *Indignité des conditions de détention et office du juge judiciaire : place aux droits fondamentaux* : *RD* 2020, p.1774.
- C. FONTEIX, *Le coup de grâce porté par l'assemblée plénière à la prescription en matière pénale* : *Dalloz actualité*, 21 novembre 2014.
- L. GIMENEZ DE ASUA, *L'analogie en droit pénal* : *RSC* 1949, p.189.
- C. GIRAULT, *Agression sexuelle : la contrainte peut résulter du jeune âge de la victime* : *RD* 2006, p.175.
- A. GIUDICELLI, *Les disparues de l'Yonne ou l'impossible prescription* : *RSC* 2003, p.585.
- Chr. GUÉRY, *Définir ou bégayer : la contrainte morale après la loi sur l'inceste* : *AJ Pénal* 2010 p.126.
- H. HELFRE, *Essai de liste des actes interruptifs et des actes non interruptifs de la prescription de l'action publique* : *Gaz. Pal.* 1987, doct. 427.
- C. KATZ, *Le délit de harcèlement moral, une incrimination nécessaire ? Une application problématique* : *AJ Pénal* 2005, p.13.
- Chr. LAZERGES, *Politique criminelle et droit de la pédophilie* : *RSC* 2010, p.725.
- O. LE BOT, *Vingt ans de référé-liberté* : *AJDA* 2020, p.1342.
- A. LEGAL, *L'état de nécessité, un fait justificatif qui n'ose pas dire son nom* : *RSC* 1969, p.864.
- A. LEPAGE, *Perquisition dans une entreprise de presse – Strict encadrement de la Cour de cassation* : *CCE* n° 7-8, juillet 2001, comm. 84.

- A. LEPAGE, *Le fait justificatif tiré du sujet d'intérêt général continue de creuser son sillon* : CCE 2009, comm. 82.
- A. LEPAGE, *Appels téléphoniques malveillants réitérés – Harcèlement téléphonique par SMS* : CCE n° 12, décembre 2009, comm. 115.
- A. LEPAGE, *Réflexions sur l'inscription de l'inceste dans le Code pénal par la loi du 8 février 2010* : *La Semaine Juridique Édition Générale* n° 12, 22 mars 2010, doct. 335.
- A. LEPAGE, *Appels téléphoniques malveillants réitérés – Variations sur l'article 222-16 du Code pénal* : CCE n° 11, novembre 2011, comm. 105.
- G. LEVASSEUR, *Une révolution en droit pénal, le nouveau régime des contraventions* : *Dalloz* 1959, p.121.
- P. MAISTRE DU CHAMBON, *L'hostilité de la Cour de cassation à l'égard de la prescription de l'action publique* : *JCP 2002. II*, p.10075.
- V. MALABAT, *Infractions sexuelles – Comportements outrageants* : *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, octobre 2002 (actualisation : avril 2021).
- V. MALABAT, *À la recherche du sens du droit pénal du harcèlement* : *Droit social* 2003, p.491.
- C. MALVERTY et C. BEAUFILS, *Le référé en liberté* : *AJDA* 2020, p.1154.
- J.-P. MARGUÉNAUD, *Le secret des sources journalistiques aveuglément protégé par la Cour de Strasbourg* : *RTDC* 1996, p.1026.
- C. MASCALA, *Escroquerie – Utilisation de moyens frauduleux* : *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, avril 2016 (actualisation : octobre 2019).
- C. MASCALA, *Abus de confiance* : *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, juillet 2016 (actualisation : octobre 2019).
- H. MATSOPOULOU, *La condamnation de hauts fonctionnaires dans l'affaire des « écoutes de l'Élysée »* : *RD* 2008, p.2975.
- Y. MAYAUD, *La simulation ou dissimulation d'enfant, une clandestinité reconnue* : *RSC* 2004, p.883.
- Y. MAYAUD, *Le jeune âge de la victime, facteur de contrainte ou de surprise constitutive d'agression sexuelle* : *RSC* 2006, p.319.
- Y. MAYAUD, *Affaire Lempereur : enfin la bonne solution !* : *RSC* 2014, p.777.
- Y. MAYAUD, *Pas de mélange des genres de la détention à la dignité !* : *RSC* 2019, p.808.
- P. MBONGO, *Secret des sources journalistiques et vérité judiciaire. Une aporie de la prééminence du droit* : *RD* 2005, p.732.
- L. MILANO, *Surpopulation carcérale et effectivité des recours internes* : *La Semaine juridique édition générale*, n° 5, 1<sup>er</sup> févr. 2021, p.129.
- S. MIRABAIL : *Recueil Dalloz*, *Droit pénal*, *D.* 2010, p.2732.
- E. MONTEIRO, *Le concept de harcèlement moral dans le code pénal et le code du travail* : *RSC* 2003, p.277.

P. MOUSSERON, *Les immunités familiales* : RSC 1998, p.291.

J. PRADEL, *Procédure pénale* : RD 2009, p.2238.

E. RASCHEL, *Épilogue de l'affaire Morice : la consécration de la liberté d'expression de l'avocat hors du prétoire* : RD 2017, p.434.

G. ROYER, *La consommation du délit d'appels téléphoniques malveillants par voie de SMS* : AJ pénal 2010, p.34.

L. SAENKO, *Le Nouveau Code pénal, 20 ans après – État des questions : entre passé et avenir : Les cahiers de la justice* 2015 p.141.

J.-Chr. SAINT-PAU, *L'interprétation des lois. Beccaria et la jurisprudence moderne* : RSC 2015, n° 2.

### **Rapports, discours, projets et propositions de loi**

Avant-projet du futur Code de procédure pénale, 1<sup>er</sup> mars 2010.

P. ARPAILLANGE, *Projet de loi portant réforme des dispositions du code pénal relatives à la répression des crimes et délits contre les biens*, présenté devant le Sénat le 22 décembre 1988.

R. BADINTER, *Projet de loi portant réforme du Code pénal*, présenté devant le Sénat le 20 février 1986.

Rapport BÉTEILLE, doc. Sénat n° 209, 6 février 2002.

Rapport BLANC, doc. Assemblée nationale n° 771, 2 avril 2008.

Rapport BONNECARRÈRE, doc. Sénat n° 592, 29 mars 2022.

D. BOUSQUET et a., *Proposition de loi renforçant la protection des victimes et la prévention et la répression des violences faites aux femmes*, présentée devant l'Assemblée nationale le 27 novembre 2009.

Rapport BUFFET, doc. Sénat n° 420, 25 juin 2008.

Rapport DENAJA, doc. Assemblée nationale n° 1663, 18 décembre 2013.

Rapport DOLEZ, doc. Assemblée nationale n° 3435, 5 décembre 2001.

Rapport GEOFFROY, doc. Assemblée nationale n° 2293, 10 février 2010.

Rapport HYEST, PORTELLI et YUNG, doc. Sénat n° 338, 20 juin 2007.

J.-É.-M. PORTALIS, *Discours préliminaire du premier projet de code civil*.

Rapport RUDLOFF, doc. Sénat n° 256, 3 avril 1991.

Rapport RUDLOFF, doc. Sénat n° 54, 23 octobre 1991.

Rapport SAPIN, doc. Assemblée nationale n°1945, 2 avril 1991.

Sénat, *Compte rendu intégral*, 6<sup>ème</sup> séance, 10 avril 1990.

Rapport TOURET, doc. Assemblée nationale n° 3540, 2 mars 2016.

Rapport TOURET, doc. Assemblée nationale n° 4309, 14 décembre 2016.

Rapport de la commission de réflexion sur la Cour de cassation 2030, juillet 2021.

N. VALLAUD-BELKACEM, Projet de loi pour l'égalité entre les femmes et les hommes, présenté devant le Sénat le 3 juillet 2013.

Synthèse de la mission d'information sur la judiciarisation de la vie publique, 29 mars 2022.

### **Sources non juridiques**

C. BECCARIA, *Des délits et des peines*, Garnier-Flammarion, 1991, IV.

N. BOILEAU, *L'art poétique*, chant I, 1674.

G. CLÉMENCEAU, « Un bon juge », *L'Aurore*, 14 mars 1898, archives de la Bibliothèque nationale de France : <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k701513q.langFR>.

J. Cocteau, *Le sang d'un poète*, 1930.

J. DE MILLE, *Praxis criminalis persequendi*, 1541, trad. A. LEBIGRE, Moulins, 1983.

Ch. L. MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, VI, 3.

A. PEYREFITTE, *Les chevaux du Lac Ladoga, la justice entre les extrêmes*, Livre de Poche, 1981.

G. TOMASI DI LAMPEDUSA, *Le guépard*, Seuil, 2007, p.34.

### **Autres sources**

Site Internet du Conseil constitutionnel, vidéo de l'audience de la décision : Cons. const., 2 oct. 2020, *M. Geoffrey F. et autre*, n° 2020-858/859, DQPC :

[https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2020/2020858\\_859QPC.htm](https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2020/2020858_859QPC.htm).

### **Décisions de justice**

#### ***Conseil constitutionnel***

Cons. const., 2 mars 2004, n° 2004-492, DC.

Cons. const., 4 mai 2012, n° 2012-240, DQPC.

Cons. const., 6 févr. 2015, n° 2014-448, DQPC.

Cons. const., 2 oct. 2020, *M. Geoffrey F. et autre*, n° 2020-858/859, DQPC.

#### ***Tribunal des conflits***

T. confl., 5 juill. 1951, *Avranches et Desmarests*.

## ***Cour de cassation***

### *Assemblée plénière :*

Cass. Ass. plén., 22 janv. 1982, n° 79-94.914 : *Bull. Ass. plén.* n° 1 ; *Bull. crim.* n° 25.

Cass. Ass. plén., 7 nov. 2014, n° 14-83.739 : *Bull. Ass. plén.* n° 1.

Cass. Ass. plén., 16 déc. 2016, n° 08-86.295.

### *XIX<sup>ème</sup> siècle :*

Crim., 3 août 1810.

Crim., 26 mars 1831.

Crim., 8 févr. 1840.

Crim., 9 mars 1854.

Crim., 3 avr. 1857.

Crim., 17 juill. 1857.

Crim., 14 août 1863.

Crim., 24 déc. 1864.

Crim., 3 févr. 1870.

Crim., 6 déc. 1872.

Crim., 2 mai 1878.

Crim., 8 mars 1883.

Crim., 19 févr. 1892.

Crim., 4 févr. 1898.

Crim., 11 mars 1831.

Crim., 21 déc. 1837.

Crim., 27 juin 1851.

Crim., 15 nov. 1856 : *Bull. crim.* n° 358.

Crim., 25 juin 1857 : *Bull. crim.* n° 240.

Crim., 31 déc. 1858 : *Bull. crim.* n° 328.

Crim., 14 juill. 1864.

Crim., 28 avr. 1866.

Req., 8 juill. 1872.

Crim., 8 août 1874 : *Bull. crim.* n°225.

Crim., 28 juill. 1881.

Crim., 5 juin 1886.

Crim., 29 mars 1897.

Crim., 4 nov. 1898.

### *XX<sup>ème</sup> siècle :*

Crim., 19 janv. 1901.

Req., 25 mars 1902.

Crim., 7 août 1909.

Crim., 27 oct. 1916.

Crim., 1<sup>er</sup> août 1919.

Crim., 18 févr. 1922.

Crim., 18 févr. 1927.

Crim., 9 mars 1929.

Crim., 8 mars 1930.

Crim., 16 mai 1934.

Crim., 3 juin 1935.

Crim., 3 août 1901 : *Bull. crim.* n° 226.

Crim., 11 avr. 1908.

Crim., 3 août 1912.

Crim., 7 mars 1918, inédit.

Crim., 16 déc. 1921.

Crim., 30 déc. 1922.

Crim., 17 juin 1927.

Crim., 4 janv. 1930 : *Bull. crim.* n° 5.

Crim., 27 janv. 1933.

Crim., 4 janv. 1935.

Crim., 9 mai 1936.

Crim., 22 oct. 1936.	Crim., 7 janv. 1937.
Crim., 15 avr. 1937.	Crim., 20 mai 1937.
Crim., 27 oct. 1938.	Crim., 30 mars 1944, <i>Luze et Devaux</i> .
Crim., 22 mars 1946 : <i>Bull. crim.</i> n° 90.	Crim., 3 mars 1949 : <i>Bull. crim.</i> n° 79.
Crim., 28 mars 1950.	Crim., 13 mars 1951 : <i>Bull. crim.</i> n° 90.
Crim., 13 juill. 1951 : <i>Bull. crim.</i> n° 208.	Crim., 8 nov. 1951 : <i>Bull. crim.</i> n° 288.
Crim., 21 févr. 1952 : <i>Bull. crim.</i> n° 5.	Crim., 24 juill. 1952.
Crim., 18 oct. 1954 : <i>Bull. crim.</i> n° 292.	Crim., 22 nov. 1954.
Crim., 21 déc. 1954 : <i>Bull. crim.</i> n° 423.	Crim., 26 janv. 1955 : <i>Bull. crim.</i> n° 64.
Crim., 8 nov. 1955 : <i>Bull. crim.</i> n° 644.	Crim., 1 <sup>er</sup> déc. 1955.
Crim., 4 janv. 1956 : <i>Bull. crim.</i> n° 9.	Crim., 1 <sup>er</sup> févr. 1956 : <i>Bull. crim.</i> n° 118.
Crim., 19 mai 1956 : <i>Bull. crim.</i> n° 75.	Crim., 25 mai 1956 : <i>Bull. crim.</i> n° 395.
Crim., 11 oct. 1956 : <i>Bull. crim.</i> n° 630.	Crim., 14 nov. 1956 : <i>Bull. crim.</i> n° 738.
Crim., 14 févr. 1957 : <i>Bull. crim.</i> n° 155.	Crim., 6 mars 1958 : <i>Bull. crim.</i> n° 231.
Crim., 18 juin 1958 : <i>Bull. crim.</i> n° 471.	Crim., 25 juin 1958.
Crim., 7 oct. 1958 : <i>Bull. crim.</i> n° 599.	Crim., 20 janv. 1960 : <i>Bull. crim.</i> n° 35.
Crim., 11 oct. 1961 : <i>Bull. crim.</i> n° 394.	Crim., 21 nov. 1961, <i>Devaud</i> .
Crim., 21 déc. 1961, n° 61-90.710, <i>Dame Leroux</i> .	Crim., 27 déc. 1961.
Crim., 29 mars 1962 : <i>Bull. crim.</i> n° 158.	Crim., 3 déc. 1963 : <i>Bull. crim.</i> n° 343.
Crim., 14 janv. 1965, n° 63-92.417 : <i>Bull. crim.</i> n° 17.	Crim., 11 juin 1965 : <i>Bull. crim.</i> n° 152.
Crim., 3 mai 1967, n° 66-90.170 : <i>Bull. crim.</i> n° 145.	Crim., 1 <sup>er</sup> juin 1967, n° 67-90.899, <i>Canivet et Dame Moret</i> : <i>Bull. crim.</i> n° 172.
Crim., 3 nov. 1967, n° 66-93.132 : <i>Bull. crim.</i> n° 283.	Crim., 7 déc. 1967, n° 66-91.194 : <i>Bull. crim.</i> n° 21.
Crim., 7 déc. 1967, n° 66-91.972 : <i>Bull. crim.</i> n° 321.	Crim., 28 févr. 1968, n° 67-92.594 : <i>Bull. crim.</i> n° 66.
Crim., 25 avr. 1968.	Crim., 20 nov. 1968, n° 68-90.799 : <i>Bull. crim.</i> n° 306.
Crim., 3 janv. 1969, n° 68-91.288 : <i>Bull. crim.</i> n° 1.	Crim., 6 févr. 1969, n° 66-91.594 : <i>Bull. crim.</i> n° 65.
Crim., 10 oct. 1969 : <i>Bull. crim.</i> n° 335.	Crim., 25 nov. 1969, n° 68-92.669 : <i>Bull. crim.</i> n° 314.

Crim., 16 mars 1970, n° 68-91.369 : <i>Bull. crim.</i> n° 104.	Crim., 12 mai 1970, n° 69-90.026 : <i>Bull. crim.</i> n° 160.
Crim., 10 déc. 1970, n° 70-91.155 : <i>Bull. crim.</i> n° 334.	Crim., 4 févr. 1971, n° 70-91.782.
Crim., 13 oct. 1971, n° 70-92.124 : <i>Bull. crim.</i> n° 261.	Crim., 7 mars 1972, n° 71-91.303 : <i>Bull. crim.</i> n° 85.
Crim., 12 juill. 1972, n° 71-92.171 : <i>Bull. crim.</i> n° 240.	Crim., 28 nov. 1972, n° 72-91.406 : <i>Bull. crim.</i> n° 362.
Crim., 1 <sup>er</sup> mars 1973, n° 72-92.159 : <i>Bull. crim.</i> n° 106.	Crim., 16 mai 1973, n° 71-92.496 : <i>Bull. crim.</i> n° 224.
Crim., 26 févr. 1974, n° 72-93.438 : <i>Bull. crim.</i> n° 82.	Crim., 3 juin 1975, n° 73-93.645 : <i>Bull. crim.</i> n° 142.
Crim., 18 févr. 1976, n° 75-92.616 : <i>Bull. crim.</i> n° 63.	Crim., 24 févr. 1976, n° 75-91.237 : <i>Bull. crim.</i> n° 70.
Crim., 22 déc. 1976, n° 76-91.065 : <i>Bull. crim.</i> n° 378.	Crim., 26 mai 1977, n° 76-92.121 : <i>Bull. crim.</i> n° 196.
Crim., 5 mars 1979 : <i>Bull. crim.</i> n° 94.	Crim., 14 juin 1979, n° 78-91.277 : <i>Bull. crim.</i> n° 209.
Crim., 22 oct. 1979 : <i>Bull. crim.</i> n° 291.	Crim., 9 déc. 1980, n° 80-91.546 : <i>Bull. crim.</i> n° 341.
Crim., 11 févr. 1981, n° 80-92.059 : <i>Bull. crim.</i> n° 53.	Crim., 10 août 1981, n° 80-93.092 : <i>Bull. crim.</i> n° 244.
Crim., 12 oct. 1982, n° 81-94.170 : <i>Bull. crim.</i> n° 211.	Crim., 19 avr. 1983, n° 82-92.366 : <i>Bull. crim.</i> n° 111.
Crim., 17 juill. 1984, n° 83-92.332 : <i>Bull. crim.</i> n° 259.	Crim., 27 févr. 1985 : <i>Bull. crim.</i> n° 97.
Crim., 23 avr. 1985, n° 84-906.82 : <i>Bull. crim.</i> n° 155.	Crim., 11 juin 1985, n° 84-92.656 : <i>Bull. crim.</i> n° 224.
Crim., 4 déc. 1985, n° 85-93.066 : <i>Bull. crim.</i> n° 392.	Crim., 9 janv. 1986.
Crim., 27 janv. 1986, n° 85-92.516 : <i>Bull. crim.</i> n° 33.	Crim., 24 févr. 1986, n° 84-93.267 : <i>Bull. crim.</i> n° 71.
Crim., 4 mars 1986, n° 85-93836 : <i>Bull. crim.</i> n° 89.	Crim., 5 mars 1987 : <i>Bull. crim.</i> n° 110.

Crim., 27 oct. 1987, n° 86-95.321 : <i>Bull. crim.</i> n° 374.	Crim., 15 mars 1988.
Crim., 4 août 1988, n° 88-83.080, inédit.	Crim., 21 nov. 1988, n° 87-91.721 : <i>Bull. crim.</i> n° 392.
Crim., 7 fév. 1989, n° 88-82.207 : <i>Bull. crim.</i> n° 49.	Crim. 14 mars 1989, n° 88-82.822 : <i>Bull. crim.</i> n° 126.
Crim., 8 nov. 1989 : <i>Bull. crim.</i> n° 391.	Crim., 14 nov. 1989 : <i>Bull. crim.</i> n° 413.
Crim., 7 juin 1990, n° 89-84.991 : <i>Bull. crim.</i> n° 235.	Crim., 22 oct. 1990, n° 89-86.229 : <i>Bull. crim.</i> n° 350.
Crim., 4 déc. 1990 : <i>Bull. crim.</i> n° 413.	Crim., 18 déc. 1990, n° 89-86.810 : <i>Bull. crim.</i> n° 441.
Crim., 4 janv. 1991 : <i>Bull. crim.</i> n° 8.	Crim., 15 avr. 1991, n° 90-82.838 : <i>Bull. crim.</i> n° 177.
Crim., 13 juin 1991, n° 90-84.103 : <i>Bull. crim.</i> n° 253.	Crim., 3 mars 1992, n° 90-85.373 : <i>Bull. crim.</i> n° 95.
Crim., 26 mai 1992, n° 91-84.187 : <i>Bull. crim.</i> n° 212.	Crim., 11 juin 1992, n° 91-85.847 : <i>Bull. crim.</i> n° 228.
Crim., 17 juin 1992, n° 91-83.979 : <i>Bull. crim.</i> n° 243.	Crim., 3 mai 1993, n° 92-81.728 : <i>Bull. crim.</i> n° 162.
Crim., 6 juill. 1993, n° 91-83.246 : <i>Bull. crim.</i> n° 242.	Crim., 13 oct. 1993, n° 92-84.558 : <i>Bull. crim.</i> n° 292.
Crim., 1 <sup>er</sup> mars 1995, n° 94-85.393 : <i>Bull. crim.</i> n° 92.	Crim., 14 avr. 1995 : <i>Bull. crim.</i> n° 347.
Crim., 22 janv. 1997, n° 96-80.353 : <i>Bull. crim.</i> n° 22.	Crim., 18 mars 1997, n° 96-86.703, inédit.
Crim., 5 mai 1997, n° 96-81.482 : <i>Bull. crim.</i> n° 159.	Crim., 21 oct. 1998, n° 98-83.843 : <i>Bull. crim.</i> n° 274.
Crim., 9 juin 1999, n° 98-80.052 : <i>Bull. crim.</i> n° 133.	Crim., 7 sept. 1999, n° 98-86.219 : <i>Bull. crim.</i> n° 181.
Crim., 13 oct. 1999, n° 98-86.040 : <i>Bull. crim.</i> n° 220.	

XXI<sup>ème</sup> siècle :

- Crim., 28 mars 2000, n° 99-84.367 : *Bull. crim.* n° 139.
- Crim., 27 févr. 2001, n° 00-82.557, inédit.
- Crim., 10 mai 2001, n° 00-87.659 : *Bull. crim.* n° 116.
- Crim., 28 nov. 2001, n° 01-86.218, inédit.
- Civ. 2<sup>ème</sup>, 14 mars 2002, n° 99-19.239 : *Bull. civ.* II n° 41.
- Civ. 2<sup>ème</sup>, 27 mars 2003, n° 00-20.461 : *Bull. crim.* n° 84.
- Crim., 1<sup>er</sup> oct. 2003, n° 03-83.852 : *Bull. crim.* n° 178.
- Crim., 27 avr. 2004, n° 03-85.328 : *Bull. crim.* n° 99.
- Crim., 2 sept. 2005, n° 04-87.046 : *Bull. crim.* n° 212.
- Crim., 8 févr. 2006, n° 05-80.301 : *Bull. crim.* n° 34.
- Crim., 7 févr. 2007, n° 06-84.285, inédit.
- Crim., 5 déc. 2007, n° 07-80.068, inédit.
- Crim., 18 mars 2008, n° 07-86.075 : *Bull. crim.* n° 65.
- Crim., 30 sept. 2008, n° 07-82.249 : *Bull. crim.* n° 197.
- Crim., 30 sept. 2009, n° 09-80.373 : *Bull. crim.* n° 162.
- Crim., 19 janv. 2010, n° 09-84.408 : *Bull. crim.* n° 12.
- Crim., 23 juin 2010, n° 09-84.801, inédit.
- Crim., 21 juin 2011, n° 11-90.046, inédit.
- Crim., 5 déc. 2000, n° 00-85.695 : *Bull. crim.* n° 362.
- Crim., 25 avr. 2001, n° 00-85.467 : *Bull. crim.* n° 99.
- Crim., 27 juin 2001, n° 00-87.414 : *Bull. crim.* n° 164.
- Crim., 20 févr. 2002 : *Bull. crim.* n° 37.
- Crim., 3 déc. 2002, n° 01-85.466 : *Bull. crim.* n° 217.
- Crim., 28 mai 2003, n° 02-83.544 : *Bull. crim.* n° 109.
- Crim., 30 mars 2004, n° 03-84.085 : *Bull. crim.* n° 81.
- Crim., 23 juin 2004, n° 03-82.371 : *Bull. crim.* n° 173.
- Crim., 7 déc. 2005, n° 05-81.316 : *Bull. crim.* n° 326.
- Crim., 30 oct. 2006, n° 06-85.693 : *Bull. crim.* n° 258.
- Crim., 11 juill. 2007, n° 07-83.056 : *Bull. crim.* n° 185.
- Crim., 11 mars 2008, n° 06-84.712 : *Bull. crim.* n° 59.
- Crim., 3 juin 2008, n° 07-80.241 : *Bull. crim.* n° 137.
- Crim., 12 mai 2009, n° 08-87.732 : *Bull. crim.* n° 88.
- Crim., 1<sup>er</sup> déc. 2009, n° 09-83.374 : *Bull. crim.* n° 199.
- Crim., 31 mai 2010, n° 09-87.578.
- Crim., 23 nov. 2010, n° 09-87.527, inédit.
- Crim., 11 oct. 2011, n° 10-81.078, inédit.

Crim., 25 oct. 2011, n° 11-80.017 : <i>Bull. crim.</i> n° 218.	Crim. 29 févr. 2012, n° 11-88.441 : <i>Bull. crim.</i> n° 58.
Crim., 13 mars 2012, n° 11-90.123, inédit.	Crim., 19 juin 2012, n° 11-86.611, inédit.
Crim., 20 févr. 2013, n° 19-90.074, inédit.	Crim., 22 janv. 2014, n° 12-87.170 : <i>Bull. crim.</i> n° 20.
Crim., 15 avr. 2015, n° 14-82.172 : <i>Bull. crim.</i> n° 93.	Crim., 20 mai 2015, n° 14-81.336 : <i>Bull. crim.</i> n° 119.
Crim., 24 juin 2015, n° 14-87.529, inédit.	Crim., 9 sept. 2015, n° 15-83.763, inédit.
Crim., 23 sept. 2015, n° 13-83.881, inédit.	Crim., 28 juin 2017, n° 16-81.113.
Crim., 18 sept. 2019, n° 19-83.950.	Crim., 21 avr. 2020, n° 19-81.172, inédit.
Crim., 8 juill. 2020, n° 20-81.731 et n° 20-81.739 : <i>Bull. crim.</i> n° 48.	Crim., 25 nov. 2020, n° 20-84.886 : <i>Bull. crim.</i> 2020.

### ***Conseil d'État***

CE, ord., 22 déc. 2012, n° 364584, *Sect. française OIP*.

CE, avis n° 390335, 1<sup>er</sup> octobre 2015.

### ***Juridictions du fond***

CA Toulouse, 9 avr. 1851.

CA Amiens, 22 avr. 1898.

CA Paris, 6 oct. 1945.

CA Chambéry, 16 oct. 1958.

CA Toulouse, 3 févr. 1960.

CA Aix-en-Provence, 13 sept. 1972.

CA Limoges, 5 avr. 1995.

CA Agen, 24 avr. 1997.

CA Paris, 14 nov. 2000.

T. corr. Seine, 18 nov. 1938.

T. corr. Cherbourg, 6 févr. 1945.

T. corr. Seine, 27 déc. 1946.

T. corr. Coutances, 11 oct. 1968.

TGI Lyon, 18 juin 1970.

T. corr. Le Mans, 16 févr. 1998.

## ***Cour européenne des droits de l'Homme***

### *Grande chambre :*

CEDH, Gde ch., 27 mars 1996, *Goodwin* c/ Royaume-Uni, n<sup>os</sup> 15054/07 et 15066/07.

CEDH, Gde ch., 14 sept. 2010, *Sanoma Uitgevers B.V.* c/ Pays-Bas, n<sup>o</sup> 38224/03.

CEDH, Gde ch., 21 oct. 2013, *Rio Del Prada* c/ Espagne, n<sup>o</sup> 42750/09.

CEDH, Gde ch., 23 avr. 2015, *Morice* c/ France, n<sup>o</sup> 29369/10.

CEDH, Gde ch., 20 oct. 2015, *Vasiliauskas* c/ Lituanie, n<sup>o</sup> 35343/05.

### *Chambre :*

CEDH 25 mai 1993, *Kokkinakis* c/ Grèce, n<sup>o</sup> 14307/88.

CEDH, 22 nov. 1995, *S.W.* c/ Royaume-Uni, n<sup>o</sup> 20166/92.

CEDH, 21 janv. 1999, *Fressoz et Roire* c/ France, n<sup>o</sup> 29183/95.

CEDH, 25 févr. 2003, *Roemen et Schmit* c/ Luxembourg, n<sup>o</sup> 51772/99.

CEDH, 27 nov. 2007, *Tillack* c/ Belgique, n<sup>o</sup> 20477/05.

CEDH, 28 juin 2012, *Ressiot et a.* c/ France, n<sup>os</sup> 15054/07 et 15066/07.

CEDH, 21 mai 2015, *Yengo* c/ France, n<sup>o</sup> 50494/12.

CEDH, 30 janv. 2020, *J.M.B et autres* c/ France, n<sup>o</sup> 9671/15.

## Table des matières

---

<i>Introduction</i>	6
<i>Première Partie : L'initiative originelle du législateur dans l'évolution de la loi pénale</i>	16
Chapitre 1 : Une évolution nécessaire du droit pénal	17
Section 1 : Une évolution face à la délinquance moderne	17
§1 L'extension par le truchement du moyen employé pour commettre l'infraction	18
§2 L'extension par le truchement de l'objet de l'infraction	23
Section 2 : Une évolution en accord avec les mœurs modernes	28
§ 1 L'évolution du droit pénal relative aux rapports concernant les personnes morales	29
§ 2 L'évolution du droit pénal relative aux rapports concernant les personnes physiques	32
Chapitre 2 : Une évolution portée par la volonté du législateur	39
Section 1 : La volonté d'asseoir les grands principes du droit pénal général quant à la loi pénale	39
§ 1 La place du juge par rapport à la loi pénale	40
§ 2 La place du juge par rapport à l'ordre administratif	43
Section 2 : La volonté d'asseoir les grands principes du droit pénal général quant à la responsabilité pénale	48
§ 1 Les faits justificatifs de l'infraction	49
§ 2 La culpabilité	55
§ 3 L'imputabilité	57
<i>Seconde Partie : L'initiative perdue du législateur dans l'adaptation de la loi pénale</i>	60
Chapitre 1 : Adaptation du droit pénal et retard du législateur	60
Section 1 : Le retard du législateur sur la délinquance	61
§ 1 L'adaptation du droit pénal aux nouvelles formes de délinquance	61
§ 2 L'adaptation du droit pénal aux nouveaux moyens d'atteinte de la délinquance	69
Section 2 : Le retard du législateur source d'incohérences en droit pénal	78
§1 La consécration partielle de la jurisprudence relative à la contrainte morale en matière sexuelle	79
§2 Un consécration partielle source d'incohérences pour le droit pénal	85
Chapitre 2 : Volonté d'adaptation et dépassement du législateur par le juge	88
Section 1 : Le dépassement progressif du législateur par le juge	88
§ 1 La consécration de jurisprudences contra legem	88
§ 2 Le refus du législateur d'être dépassé dans son œuvre	95
Section 2 : Le dépassement acté du législateur par le juge	99
§1 L'influence de la Cour européenne des droits de l'Homme	100
§2 La consécration par simple reprise	105
§3 Vers un abandon de l'élaboration de la norme pénale au juge	111
<i>Conclusion</i>	116