

Dérives et évolution du principe de la légalité en droit pénal français : contribution à l'étude des sources du droit pénal français

Bertrand de Lamy

Volume 50, Number 3-4, septembre-décembre 2009

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/039334ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/039334ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (print)

1918-8218 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

de Lamy, B. (2009). Dérives et évolution du principe de la légalité en droit pénal français : contribution à l'étude des sources du droit pénal français. *Les Cahiers de droit*, 50(3-4), 585–609. <https://doi.org/10.7202/039334ar>

Article abstract

The rule of law is currently undergoing significant evolution in French penal law. The diversification of the sources of law puts into question the classical concept whereby the law, in the formal sense of the word, has been conferred with a monopoly when it comes to repression. The appearance and extraordinary development of international law, especially in European law, re-emerges in penal law. Not only does penal law yield to competition with other normative sources, it has even become an object of review on the part of internal judges and the European Court of Human Rights. The Court is inciting France to adopt a material conception of the rule of law that focuses no longer on the legitimacy of the body enacting the legal norm, but rather considers only the sufficient quality of its drafting. This evolution raises the question of the impact of this normative disorder on the coherence of the movement towards further penalization and the legitimacy of the right to punish.

Dérives et évolution du principe de la légalité en droit pénal français : contribution à l'étude des sources du droit pénal français

Bertrand DE LAMY*

Le principe de la légalité criminelle connaît une évolution importante en droit pénal français. La diversification des sources du droit remet en cause la conception classique qui conférait à la loi, au sens formel, le monopole de la répression. L'apparition et l'extraordinaire développement du droit international, et en particulier du droit européen, ressurgissent sur le droit pénal. Non seulement la loi pénale subit la concurrence d'autres normes, mais encore elle est devenue un objet de contrôle de la part des juges internes et de la Cour européenne des droits de l'homme. Cette dernière fait glisser la France vers une conception matérielle de la légalité en ne s'intéressant pas à la légitimité de celui qui édicte la norme, mais à la seule qualité rédactionnelle de cette dernière. Cette évolution amène à s'interroger, notamment, à propos de l'incidence de ce désordre normatif sur la cohérence des mouvements de pénalisation et la légitimité du droit de punir.

The rule of law is currently undergoing significant evolution in French penal law. The diversification of the sources of law puts into question the classical concept whereby the law, in the formal sense of the word, has been conferred with a monopoly when it comes to repression. The appearance and extraordinary development of international law, especially in European law, re-emerges in penal law. Not only does penal law yield to

* Agrégé des Facultés de droit; Professeur à l'Université Toulouse I – Capitole, Faculté de Droit.

competition with other normative sources, it has even become an object of review on the part of internal judges and the European Court of Human Rights. The Court is inciting France to adopt a material conception of the rule of law that focuses no longer on the legitimacy of the body enacting the legal norm, but rather considers only the sufficient quality of its drafting. This evolution raises the question of the impact of this normative disorder on the coherence of the movement towards further penalization and the legitimacy of the right to punish.

	<i>Pages</i>
1 La diversification des auteurs de la loi pénale	589
1.1 Une érosion interne de la loi	590
1.2 La concurrence des normes supranationales	595
2 La multiplication des contrôles de la loi pénale	599
2.1 L'explosion du contrôle de conventionnalité	599
2.2 Les faiblesses du contrôle de constitutionnalité	604

Le principe de la légalité criminelle est un excellent révélateur de l'évolution et de l'état du droit pénal français. Conçue, dans la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*¹, comme un rempart contre l'arbitraire, la loi a perdu sa superbe. Descendue de son piédestal, elle est devenue un objet susceptible de contestation. Certains voient dans ce phénomène un déclin du principe légaliste, d'autres y décèlent plutôt sa transformation².

Beccaria, dans *Des délits et des peines*³, liait indissociablement le droit de punir et celui de faire des lois : « les lois seules peuvent déterminer les peines des délits et [le droit de faire des lois pénales] ne peut résider qu'en la

1. *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* du 26 août 1789, Préambule de la Constitution du 4 octobre 1958 (ci-après « Déclaration de 1789 »).

2. Par exemple, sur ce débat : André GIUDICELLI, « Le principe de la légalité en droit pénal français. Aspects légistiques et jurisprudentiels », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé* 2007.3.509 ; Didier REBUT, « Le principe de la légalité des délits et des peines », *Revue pénitentiaire et de droit pénal* 2001.1.249.

3. Cesare Marchese DI BECCARIA, *Des délits et des peines*, Paris, Flammarion, 1991, p. 65, par. III « Conséquences ».

personne du législateur, qui représente toute la société unie par un contrat social ». Cette pensée s'est incarnée fortement dans la Déclaration de 1789 dont plusieurs dispositions font de la loi la source unique du droit de punir, à l'image de l'article 5 selon lequel « [l]a Loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la Société. Tout ce qui n'est pas défendu par la Loi ne peut être empêché, et nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas » ou encore de l'article 8 qui pose ceci, à l'adresse du législateur comme du juge⁴ : « La Loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une Loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée⁵. » Le principe légaliste, ainsi affirmé, repose sur deux fondements particulièrement solides : l'un, politique, tenant à la souveraineté de la loi, expression de la volonté générale, et qui, seule, a la légitimité permettant d'asseoir le droit de punir⁶ ; l'autre, plus philosophique, fait de la légalité criminelle le moyen d'assurer la mise en œuvre du libre arbitre, d'éviter l'arbitraire et de garantir l'égalité devant la répression en avertissant chacun des frontières du permis et de l'interdit. Ce principe de la légalité sous-tend l'ensemble du droit pénal⁷ puisqu'il fonde non seulement le droit pénal général comme spécial, mais aussi la procédure pénale⁸ et le droit des peines⁹.

Les lois pénales ne sont pas restées à l'état de textes juxtaposés, mais ont été réunies dans l'une des codifications napoléoniennes qui confère une autre dimension aux dispositions votées. La codification permet, en effet, la structuration d'une discipline en réunissant d'une manière logique l'ensemble des dispositions qui la composent. L'ouvrage n'est donc pas qu'une compilation, mais insuffle un esprit à des articles auxquels il assure

-
4. René GARRAUD, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, 3^e éd., t. 1, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1913, n^o 138, p. 193 et suiv., explique que le principe légaliste s'impose d'abord au législateur dans la détermination des éléments constitutifs et des peines des infractions ; et qu'il s'impose également au juge qui ne pourra condamner que s'il trouve dans un texte « le titre » du délit et de la peine.
 5. On aurait pu citer également l'article 7 de la Déclaration de 1789 : « 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. »
 6. Article 6 de la Déclaration de 1789 : « La Loi est l'expression de la volonté générale. Tous les Citoyens ont droit de concourir personnellement, ou par leurs Représentants, à sa formation. Elle doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse. »
 7. Article 34 de la Constitution : « La loi fixe les règles concernant : [...] la détermination des crimes et délits ainsi que les peines qui leur sont applicables ; la procédure pénale ; l'amnistie ; la création de nouveaux ordres de juridiction et le statut des magistrats. »
 8. Raymond GASSIN, « Le principe de la légalité et la procédure pénale », *Revue pénitentiaire et de droit pénal* 2001.2.300.
 9. Marie-Annick AGARD-PÉANO, « Le principe de la légalité et la peine », *Revue pénitentiaire et de droit pénal* 2001.2.289.

davantage de stabilité, en posant un ensemble cohérent dont la modification devrait être plus délicate. Le *Code pénal* de 1992 se place sous le règne de la loi : le premier titre de son livre premier est intitulé précisément « De la loi pénale » et affirme le principe légaliste dès son article 111-3¹⁰ sans référence à des sources qui la primeraient.

Ni le *Code pénal*, ni les textes qui lui restent extérieurs, n'est, cependant, une bulle à l'abri des effets du temps, ni un ouvrage hermétique aux évolutions géographiques. La jurisprudence a été confrontée à des situations inédites que les auteurs du Code n'avaient pu imaginer ; des corpus de textes, tels que le droit pénal des sociétés, de la consommation ou de l'urbanisme, apparaissent et se développent de façon autonome au gré des changements économiques ou des progrès techniques. Le droit international et le droit européen, quant à eux, agissent sur le droit pénal qui ne saurait demeurer étranger à des mouvements juridiques profonds qui se renforcent et s'accélèrent en transcendant les frontières. Cette diversification des sources du droit ne saurait être sans incidence sur un droit pénal qui, seul, resterait anachroniquement centré sur la seule loi entendue au sens strict. Mais les facteurs affectant la loi pénale ne sont pas seulement exogènes. Le législateur, lui-même, est à l'origine de la perte de prestige de ses réalisations : les réformes succèdent aux réformes soit en raison d'un changement de politique, soit, plus souvent encore, pour donner l'impression au public qu'un fait divers dramatique et médiatisé ne saurait rester sans réaction. La loi pénale est devenue l'exutoire des tensions sociales, parfois très passagères parce que liées à la seule actualité ; elle est le moyen de rassurer l'opinion publique et de satisfaire tel groupe de victimes sans s'interroger sur les textes existants ni les difficultés de mise en œuvre de ceux que l'on entasse. À cette boulimie législative, s'ajoute une perte évidente de qualité rédactionnelle : des incriminations squelettique¹¹, jouxent des textes amphigouriques, à l'image des dernières modifications apportées au délit de pratiques commerciales trompeuses et à celui de pratiques commerciales agressives qui décrivent 22 situations,

10. Art. 111-3 C. pen. : « Nul ne peut être puni pour un crime ou pour un délit dont les éléments ne sont pas définis par la loi, ou pour une contravention dont les éléments ne sont pas définis par le règlement. Nul ne peut être puni d'une peine qui n'est pas prévue par la loi, si l'infraction est un crime ou un délit, ou par le règlement, si l'infraction est une contravention. »

11. Art. 222-33-2 C. pen. : « 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 15 000 euros d'amende. »

pour l'un, et 8 hypothèses, pour l'autre¹². Par cette débauche de détails, le législateur mord sur les prérogatives du juge et ne focalise plus ses efforts sur la rédaction des composantes de l'incrimination, sacrifiant cette tâche essentielle de définition d'une règle générale, en croyant la compenser par une casuistique lourde et d'un maniement difficile. Le juge est laissé tantôt dans un terrain vague, tantôt prisonnier d'une jungle de précisions qui étouffe plus qu'elle éclaire.

Si le mouvement est un signe de vie, la phase, certes désordonnée, que traverse actuellement le droit pénal est, peut-être, davantage le signe de son succès et le témoignage de son adaptabilité que la preuve de son déclin. Il est vrai que, à la fin du xx^e siècle, on s'interroge moins sur la légitimité de l'auteur de la norme pénale pour se situer principalement du point de vue de son destinataire¹³ en raison de la montée en puissance des droits fondamentaux qui s'est accompagnée de celle des juges. Par un mouvement de balancier, la loi n'est plus un rempart incontestable contre l'arbitraire et c'est de la loi elle-même qu'il faut pouvoir se protéger. La seconde partie du xx^e siècle a, ainsi, vu la mise en place et le développement de modes de contrôle de la loi et de possibilités de contestation par le justiciable qui, s'ils ne sont pas propres au droit pénal, trouvent dans ce domaine un terrain d'élection. La conception traditionnelle de la légalité est donc doublement bouleversée : d'une part, par la diversification des auteurs de la loi pénale—qui change alors de définition—(1) et, d'autre part, par l'émergence et le développement de modes de contrôle de cette loi (2).

1 La diversification des auteurs de la loi pénale

Que de terrain perdu ou de chemin parcouru—selon le point de vue que l'on adopte—depuis le *Code pénal* de 1810. Outre une évidente érosion de la loi, que l'on constate à l'examen du droit interne, on remarque une montée en puissance des normes supranationales, et, en particulier, européennes. La loi pénale, au sens formel, a perdu son monopole. Sa concurrence, à la fois par des normes internes d'un rang inférieur et par des dispositions supérieures, est à l'origine d'un certain désordre des sources

12. On lira, par exemple, l'article L. 121-1-1 du *Code de la consommation* censé éclairer l'article L. 121-1 incriminant les pratiques commerciales trompeuses ou, encore, l'article L. 122-11-1 du même Code décrivant des pratiques commerciales agressives dont le principe est incriminé par l'article précédent. Voir les explications de Coralie AMBROISE-CASTEROT, « Les nouvelles pratiques commerciales déloyales après la loi LME du 4 août 2008 », *Actualité Juridique Pénal* 2009.22.

13. Voir les réflexions de Blandine KRIEGL, « Le principe de légitimité », dans *L'avenir du droit. Mélanges en hommage à François Terré*, Paris, Dalloz, 1999, p. 47.

qui a pour résultat une pénalisation expansionniste et anarchique parce que privée de politique d'ensemble¹⁴.

1.1 Une érosion interne de la loi

Il est inutile de revenir sur la révolution de 1958 ayant consisté à faire du règlement la source des contraventions¹⁵, la loi restant, bien sûr, seule compétente pour ériger un comportement en crime ou en délit. Le *Code pénal* de 1992, après une première partie législative, consacre sa seconde partie aux décrets en Conseil d'État¹⁶.

Ce code, dont la gestation a été aussi longue que difficile, est décevant à plusieurs égards et témoigne bien de la perte de majesté de la loi. Cette œuvre législative est, en effet, sans véritable âme doctrinale et laisse place à une réalisation plate, voire technocratique, comme l'écrivait le Doyen Carbonnier¹⁷ :

Comment prendre tout à fait au sérieux un code pénal qui commence à l'article 111-1, sur un énoncé platement technique : « les infractions pénales sont classées suivant leur gravité en crimes, délits et contraventions. » Que n'a-t-on plutôt retenu au passage l'article 1^{er} d'un instant — celui de 1983 : « Les crimes et les délits sont les atteintes aux valeurs que la société tient pour essentielles..., les contraventions

-
14. Pour une réflexion d'ensemble : André DECOCQ, « Le désordre juridique français », dans Gérard CORNU et autres (dir.), *Jean Foyer auteur et législateur. Leges tulit, jura docuit. Écrits en hommage à Jean Foyer*, Paris, Presses universitaires de France, 1997, p. 147.
 15. Georges LEVASSEUR, « Une révolution en droit pénal : le nouveau régime des contraventions », D. 1959.chron.121. La répartition des compétences est opérée par les articles 34 et 37 de la Constitution, l'article 37 posant que « [l]es matières autres que celles qui sont du domaine de la loi ont un caractère réglementaire » ; or, l'article 34 ne fait pas mention des contraventions. Art. 111-2 C. pen. : « La loi détermine les crimes et délits et fixe les peines applicables à leurs auteurs. Le règlement détermine les contraventions et fixe, dans les limites et selon les distinctions établies par la loi, les peines applicables aux contrevenants. »
 16. Sur l'élaboration de ce code, notamment : Pierre COUV RAT, « Le nouveau Code pénal en sa forme », dans Jean BEAUCHARD et Pierre COUV RAT (dir.), *Droit civil, procédure, linguistique et juridique. Écrits en hommage à Gérard Cornu*, Paris, Presses universitaires de France, 1994, p. 89.
 17. Jean CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous la V^e République*, Paris, Flammarion, 2006, p. 137. Pour une réflexion large sur la perte de l'art de légiférer, voir François TERRÉ, « Légiférer. Les trois unités ? », dans G. CORNU et autres (dir.), préc., note 14, p. 171, à la page 180 :

Les relations entre le droit et l'éthique – puisqu'on n'ose plus parler de morale – attestent, tout à la fois, un recul de l'éthique dans le droit et, comme par compensation, un retour de l'éthique hors du droit. Coupée de ses valeurs, œuvre de circonstance bureaucratique, la loi se meurt. On la pose, on la dépose, on la repose, elle repose. La passion du détail évacue l'idéal.

sont les atteintes à la discipline de la vie en société.» Pour le souffle sociologique, on espérera le prochain code.

Claude Lombois¹⁸ résume les choses ainsi : « quant à la modernisation, le projet a souffert du “syndrome du Pont de la rivière Kwai”, cette obsession d’accomplir l’ouvrage, qui, peu à peu, l’emporte sur la considération de son rôle stratégique ». Ce manque d’épaisseur idéologique du Code et l’absence de fondement théorique clair¹⁹ ne lui ont pas permis de jouer son rôle, pourtant essentiel, de stabilisateur de la matière comme permet de le constater la consultation d’une table chronologique de cet ouvrage dans laquelle se suivent à un rythme effréné des textes aux objets les plus divers. Pour ne prendre qu’un exemple, on peut se référer aux textes incriminant les homicides et les blessures par imprudence. Après avoir distingué, avec raison, dans le Code de 1992 l’imprudence consciente et l’imprudence inconsciente, le législateur a essayé, par une loi du 13 mai 1996²⁰, d’enrayer une répression inadéquate, notamment pour les décideurs publics et privés, en posant le principe d’une appréciation de la faute *in concreto*. Constatant son échec, puisque la jurisprudence n’a pas fléchi, il revint à la charge par une loi du 10 juillet 2000²¹ pour introduire une curieuse distinction tenant à la nature du lien de causalité : une causalité directe permettant de punir une faute simple, alors qu’en matière de causalité indirecte une condamnation ne sera possible que si la faute est qualifiée²². Ces distinctions byzantines n’ôtent pas son pouvoir au juge qui, seul, décide de l’élasticité de la causalité et de la densité de la faute.

Ce sont, également, des textes inutiles qui ont été introduits dans le Code à l’image de l’article 225-16-1 — on notera le peu d’élégance du système, très administratif, de numérotation — incriminant le bizutage, au sein d’un chapitre consacré aux atteintes à la dignité de la personne. Ce délit, qui ne donne, semble-t-il, lieu qu’à de très exceptionnelles applica-

18. Claude LOMBOIS, *Droit pénal général*, Paris, Hachette, 1994, p. 31.

19. Les réflexions du Professeur Jacques-Henri ROBERT, « La politique pénale : ressorts et évolution », *Pouvoirs* 2009.128.103.

20. *Loi n° 96-393 du 13 mai 1996 relative à la responsabilité pénale pour des faits d'imprudence ou de négligence*, J.O. 14 mai 1996, p. 7211.

21. *Loi n° 2000-647 du 10 juill. 2000 tendant à préciser la définition des délits non intentionnels*, J.O. 11 juill. 2000, p. 10484.

22. En particulier : Philippe CONTE, « L’art de légiférer se perd-il ? Réflexions en forme de pamphlet à partir de quelques illustrations de droit pénal », dans CENTRE D’ÉTUDES ET DE RECHERCHES EN DROIT DES AFFAIRES ET DES CONTRATS (dir.), *Études à la mémoire de Christian Lapoyade-Deschamps*, Pessac, Presses universitaires de Bordeaux, 2003, p. 307, à la page 312.

tions est l'illustration du règne de l'émotion sur la sphère pénale²³. La loi pénale est réduite, trop souvent, à une fonction de catharsis des passions sociales du moment relayées ou entretenues par les médias ; elle renonce alors à sa véritable mission consistant à aider à structurer la société par la reconnaissance des valeurs essentielles sur laquelle celle-ci repose. La lourdeur inutile des quatre premiers livres du Code dépare à côté du livre V intitulé « Des autres crimes et délits » traitant dans son premier titre « Des infractions en matière de santé publique » — notamment de la protection de « l'espèce humaine », de celle du « corps humain » et de celle de « l'embryon humain » — et consacrant son titre suivant aux « Autres dispositions » lequel se résume à un chapitre unique relatif aux « sévices graves ou actes de cruauté envers les animaux ». L'étrange juxtaposition de ces dispositions prêterait à sourire, si l'on oubliait que le Code a une fonction expressive des valeurs sociales. L'inachèvement du livre V s'explique, en partie, par deux raisons. L'une tient à l'absence de véritable réflexion sur l'objet de la codification pénale : un code pénal est-il destiné à recevoir et à fixer l'intégralité du droit pénal positif ? Une telle mission est-elle d'ailleurs réalisable, voire souhaitable ? Ce corpus n'a-t-il pas pour seule vocation de poser clairement les principes régissant la matière et à être un instrument de référence pour préciser l'application de dispositions pénales qui lui demeurent extérieures ? L'autre raison réside dans l'éclatement du droit pénal technique qui reste éparpillé dans différents ouvrages parce qu'on tend à le considérer comme un droit accessoire à une autre discipline dont il suit le sort, qu'il s'agisse du *Code de commerce* qui comprend le droit pénal des sociétés, du *Code de la consommation* qui comporte un volet pénal, ou encore, du *Code monétaire et financier* qui incrimine, entre autres, les délits d'initiés et d'autres infractions boursières. Lors de l'élaboration du *Code pénal* de 1992, la sous-commission de « l'inventaire », qui avait pour

23. Voir les réflexions du Professeur Christine LAZERGES, « De la fonction déclarative de la loi pénale », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé* 2004.1.194 :

La loi assortie d'une évidente fonction déclarative aurait une mission sédative. Elle naîtrait de la pression sociale de tel ou tel groupe de victimes, directes ou non, voyant dans l'édition de nouvelles normes, constituant [des] doublons le plus souvent, inappliquées ou inapplicables, la solution à leurs problèmes. Une telle loi déclarative s'inscrirait dans une politique criminelle plus sensible aux effets d'annonce qu'à la construction d'une stratégie toujours complexe de réponses organisées, préventives et répressives au phénomène criminel. L'effet déclaratif, où l'effet d'affichage recherché, n'est jamais le seul objectif du législateur, mais il peut dominer les débats parlementaires au point d'autoriser à s'interroger sur une éventuelle mutation de la mission du législateur.

mission de recenser les dispositions pénales disséminées, ne put mener à bien sa tâche face à une masse d'environ 35 000 incriminations²⁴.

Malgré ses défauts, le *Code pénal* fait pourtant bonne figure à côté du *Code de procédure pénale*. Ouvrage en chantier permanent ne véhiculant plus de modèle de procédure, ne serait-ce parce que son livre quatre, sobrement intitulé « De quelques procédures particulières », comporte 28 titres. Il suffit d'essayer de lire les articles 81 ou 145 de cet ouvrage pour constater leur longueur ainsi que les multiples retouches dont ils ont fait l'objet et comprendre que la matière n'a pas besoin d'une énième réforme ponctuelle mais d'une refonte d'ensemble, animée d'un souci de simplification et de lisibilité.

Si les codes français ont perdu leur dorure napoléonienne, affaiblissant la loi pénale dont ils constituent l'aboutissement, cette loi conserve, dans l'œuvre du Conseil constitutionnel, un rôle prépondérant dans le domaine répressif.

Selon l'article 34 de la Constitution, « [l]a loi fixe les règles concernant [...] la détermination des crimes et délits ainsi que les peines qui leur sont applicables » ; selon l'article 37, la compétence en matière de contravention revient alors au règlement. Le Conseil²⁵ s'est attaché à maintenir la suprématie de la loi en lui permettant de créer une contravention dès lors que le gouvernement ne s'y oppose pas lors des débats. Cette logique aurait voulu que le Conseil veille, également, à ce que le législateur épuise sa compétence en décrivant lui-même la totalité des éléments constitutifs d'une infraction et en édictant la peine qui l'assortit, conformément à la lettre de l'article 34 de la Constitution qui pose que la loi « détermine » le crime ou le délit. Une entorse à cette exigence a pourtant été admise : « aucun principe ou règle de valeur constitutionnelle n'interdit au législateur d'ériger en infractions le manquement à des obligations qui ne résultent pas directement de la loi elle-même²⁶ » ; a ainsi passé le contrôle de constitutionnalité l'incrimination de manquements fixés par une convention collective. Cette admission de l'incrimination par renvoi, outre qu'elle complique l'accessibilité intellectuelle à l'interdit pénal, favorise la multiplication des incriminations dans les domaines les plus variés. Par la suite, cette souplesse paraît disparaître pour demander au législateur « de fixer

24. Élisabeth MICHELET, « Nouveau Code, nouveau juge, nouvelle éthique », dans *Nouveaux juges. Nouveaux pouvoirs ? Mélanges en l'honneur de Roger Perrot*, Paris, Dalloz, 1996, p. 277, à la page 287.

25. Cons. const. 30 juill. 1982, *Blocage des prix*, *Rec. Cons. const.*, p. 57, n° 82-143 DC, considérant n° 11.

26. Cons. const. 10 nov. 1982, *Rec. Cons. const.*, p. 64, n° 82-145 DC, considérant n° 3.

lui-même le champ d'application de la loi pénale, de définir les crimes et délits en termes suffisamment clairs et précis pour permettre la détermination des auteurs d'infractions et d'exclure l'arbitraire dans le prononcé des peines, et de fixer dans les mêmes conditions le champ d'application des immunités qu'il instaure²⁷». Le Conseil demande encore à la loi de déterminer, elle-même, les caractéristiques essentielles du comportement fautif de nature à engager la responsabilité pénale des intéressés²⁸, ce qui est non seulement plus conforme à la lettre de l'article de 34 de la Constitution, mais encore à l'esprit originel du principe légaliste. Le législateur ne saurait donc consentir au démembrement de la loi pénale et devrait s'astreindre à une description complète du comportement qu'il souhaite voir puni. Des auteurs²⁹ admettent, cependant, la délégation à une tierce autorité—convention internationale, autorité réglementaire, convention collective, voire professionnels de la normalisation technique—du pouvoir de fixer des éléments de détails d'une incrimination dont le principe reste légal. Pourtant, la concentration du pouvoir incriminateur dans les seules mains du législateur reste le moyen de favoriser la cohérence de la politique pénale. Mais il est vrai que, même si le Conseil n'admettait plus, dans l'avenir, ce système de renvoi par la loi à une norme inférieure, le législateur pénal resterait soumis à la concurrence du droit supranational qui occupe une place grandissante dans le droit répressif et ne permet plus au Parlement d'être le seul maître des choix de pénalisation. Cette perte de monopole pose une question de légitimité politique : «l'atteinte aux libertés individuelles n'est tolérable que si elle est décidée par les représentants du Peuple³⁰».

27. Cons. const. 5 mai 1998, *Rec. Cons. const.*, p. 245, n° 98-399 DC, considérant n° 7.

28. Cons. const. 27 juill. 2000, *Rec. Cons. const.*, p. 121, n° 2000-433 DC, considérant n° 61.

29. Par exemple, Michèle-Laure RASSAT, *Droit pénal général*, 2^e éd., coll. «Cours magistral», Paris, Ellipse, 2006, n° 112 :

La réelle question, qui se pose ici est à un autre niveau, c'est uniquement celle de savoir si une intervention pénale est réellement nécessaire dans ces domaines. Mais si on la résout par l'affirmative, il est clair que le législateur ne peut tout régler à lui seul et qu'une délégation partielle est indispensable et acceptable du moment que la loi se réserve l'essentiel : le principe de l'incrimination et la sanction. La règle contraire ne s'impose que si la délégation attribuée à une autorité tierce prive, sans l'intervention de celle-ci, la loi elle-même de toute consistance en sorte que c'est finalement l'autorité tierce qui décide.

30. Philippe CONTE et Patrick MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, 7^e éd., Paris, A. Colin, 2004, n° 107.

1.2 La concurrence des normes supranationales

Si une convention internationale ne peut directement créer d'incrimination en France, elle peut, en revanche, obliger la France à ériger un comportement en interdit pénal. Le délit de blanchiment est, ici, un exemple topique. Cette incrimination, dont le principe est évidemment indispensable, est posé par l'article 324-1 du *Code pénal* en des termes on ne peut plus larges visant « le fait de faciliter, par tout moyen », « un profit direct ou indirect », ou encore « le fait d'apporter un concours »³¹. De telles formulations font douter de la prévisibilité du délit, mais reprennent la terminologie tant des directives européennes³² que de la *Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes*³³ ou de la *Convention du Conseil de l'Europe relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime*³⁴. La chambre criminelle de la Cour de cassation, plutôt que de livrer les précisions juridiques voulues pour mieux cerner la loi, recourt, comme elle le fait trop souvent, à la méthode facile du faisceau d'éléments consistant à s'en remettre, finalement, aux constatations concordantes des juges du fond³⁵. Par cette méthode, la condamnation repose davantage sur la description de circonstances que sur la caractérisation nette d'éléments constitutifs précis. Le Conseil constitutionnel lui-même, pourtant gardien de la loi nationale, reconnaît de façon inattendue le rôle des conventions internationales. Dans

31. Art. 324-1 C. pen. :

Le blanchiment est le fait de faciliter, par tout moyen, la justification mensongère de l'origine des biens ou des revenus de l'auteur d'un crime ou d'un délit ayant procuré à celui-ci un profit direct ou indirect. Constitue également un blanchiment le fait d'apporter un concours à une opération de placement, de dissimulation ou de conversion du produit direct ou indirect d'un crime ou d'un délit. Le blanchiment est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 375 000 euros d'amende.

32. Voir : CE, *Directive 91/308/CEE du Conseil, du 10 juin 1991, relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux*, [1991] J.O. L 166/77 (entrée en vigueur le 13 juin 1991) ; CE, *Directive 2005/60/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 octobre 2005 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme*, [2005] J.O. L 309/15 (entrée en vigueur le 15 décembre 2005).

33. *Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes*, 20 décembre 1988, (1990) 1582 R.T.N.U. 165 (entrée en vigueur le 11 novembre 1990), voir l'article 3 (1) (b).

34. *Convention relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime*, 8 novembre 1990, S.T.C.E. n° 141 (entrée en vigueur le 1^{er} septembre 1993).

35. Par exemple : Cass. crim. 3 déc. 2003, *Bull. crim.*, n° 234, p. 947 ; Cass. crim. 20 fév. 2008, *Bull. crim.*, n° 43, p. 216.

sa décision du 2 mars 2004³⁶, saisi du caractère imprécis de la notion de « bande organisée », qui permet l'application de dispositions procédurales particulières, le juge constitutionnel ne censure pas le texte au motif, notamment, d'une part, que la jurisprudence dégagée par les juridictions pénales a apporté les précisions complémentaires utiles et, d'autre part, que la *Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée*, ratifiée par la France, a adopté une définition voisine. Autrement dit, le Conseil reconnaît l'insuffisance du texte qu'il examine, mais s'en remet, pour éviter la censure, à des compléments d'information qui n'entrent pas, traditionnellement, dans le champ de la légalité criminelle. Cette position laisse d'autant plus perplexe que le Conseil ne s'est pas demandé si la convention en question ni la jurisprudence interne revêtaient, elles-mêmes, les qualités rédactionnelles voulues. Cette solution étonne également parce que les règles de procédure, prévues par le texte, présentaient un caractère exceptionnel dont la mise en œuvre devrait reposer sur une disposition particulièrement claire et précise.

Cette internationalisation, qui véhicule immanquablement une nouvelle approche de la légalité puisqu'« il n'y a pas, formellement, de législateur international³⁷ », est, aujourd'hui, un moteur important de l'évolution du droit pénal interne et d'accroissement de la pénalisation. Cette prise en compte du droit supranational se réalise de façon très désordonnée compte tenu de la grande diversité des objets des textes internationaux, de leur différence de champ géographique et de cadre institutionnel³⁸.

Est plus préoccupant, encore, un mouvement récent du droit européen susceptible de produire un impact important sur l'élaboration du droit pénal de demain sans qu'aucun débat démocratique n'ait eu lieu à ce propos. L'Union européenne n'a pas de compétence pour créer du droit pénal, matière qui demeure régaliennne, même si le droit communautaire a, évidemment, une forte influence sur le droit pénal interne³⁹. Pourtant,

36. Cons. const. 2 mars 2004, *Rec. Cons. const.*, p. 66, n° 2004-492 DC, considérants n°s 13 et 14.

37. Claude LOMBOIS, *Droit pénal international*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 1979, n° 45 et suiv., spécialement n° 47: « Si l'on persiste à entendre le principe de légalité en ce sens que la loi doit définir les infractions et les peines, il est clair qu'il reste étranger au droit international. Il faut entendre la légalité comme l'exigence d'une *texte*, mais qui n'est pas vraiment une loi. »

38. L'analyse de Renée KOERING-JOULIN, « L'internationalisation du droit pénal », dans Yves MICHAUD (dir.), *Université de tous les savoirs*, vol. 6 « Qu'est-ce que la culture ? », Paris, Éditions Odile Jacob, 2001, p. 183 et suiv.

39. Par exemple: Bernard BOULOC, « L'influence du droit communautaire sur le droit pénal interne », dans *Mélanges offerts à Georges Levasseur. Droit pénal. Droit européen*, Paris, Gazette du Palais et Litec, 1992, p. 103. Il est même possible qu'une loi pénale

après l'échec de l'adoption du traité portant constitution pour l'Europe, la Cour de justice des communautés européennes a retenu une position particulièrement audacieuse. Dans un arrêt du 13 septembre 2005⁴⁰, elle rappelle que, «en principe, la législation pénale tout comme les règles de la procédure pénale ne relèvent pas de la compétence de la Communauté», mais ajoute, aussitôt, ceci :

Cette dernière constatation ne saurait cependant empêcher le législateur communautaire, lorsque l'application de sanctions pénales effectives, proportionnées et dissuasives par les autorités nationales compétentes constitue une mesure indispensable pour lutter contre les atteintes graves à l'environnement, de prendre des mesures en relation avec le droit pénal des États membres et qu'il estime nécessaires pour garantir la pleine effectivité des normes qu'il édicte en matière d'environnement.

Le juge européen récidivera par un arrêt du 23 octobre 2007⁴¹ dans lequel il précisera, tout de même, que «[s']agissant, en revanche, de la détermination du type et du niveau des sanctions pénales à appliquer, il convient de constater que, contrairement à ce que soutient la Commission, celle-ci ne relève pas de la compétence de la Communauté». Par ces arrêts, la Cour reconnaît à la Communauté une compétence pénale lorsque la matière concernée est fortement communautarisée⁴², le droit pénal étant ainsi considéré comme une matière suiveuse, un droit accessoire, venant, simplement, prêter l'appui de ses peines, même si le juge européen laisse,

nationale prête une sanction pénale à des textes communautaires futurs, ce qui, selon le Professeur Robert, soulève de graves objections, la principale étant «qu'elles emportent un transfert partiel de souveraineté nationale dont l'exercice de la répression pénale est un attribut essentiel» : Jacques-Henri ROBERT, «L'incrimination par renvoi du législateur national à des règlements communautaires futurs», dans *Mélanges offerts à Georges Levasseur. Droit pénal. Droit européen*, Paris, Gazette du Palais et Litec, 1992, p. 169, à la page 171.

40. *Commission des Communautés européennes c. Conseil de l'Union européenne*, Affaire C-176/03, [2005] Rec. C.E. I-7879, par. 47-48 (CJCE) : Pierre-Yves MONJAL, «Reconnaissance d'une compétence pénale communautaire par la CJCE», D. 2005.jur.3064.
41. *Commission des Communautés européennes c. Conseil de l'Union européenne*, Affaire C-440/05, [2007] Rec. C.E. I-9097, par. 70 (CJCE) ; Ramu de BELLESCIZE, «La communautarisation silencieuse du droit pénal. À propos de l'arrêt de la CJCE du 23 octobre 2007», *Droit pénal* 2008.1.8, étude n° 2 ; Marie GAUTHIER, «Étendue de la compétence de la Communauté pour exiger des États membres qu'ils instituent des sanctions pénales», J.C.P. G 2007.II.10207 ; Sébastien MARCIALI, «Les ambiguïtés de la compétence pénale de la Communauté européenne (à propos de l'arrêt CJCE du 23 octobre 2007, *Commission/Conseil*, aff C-440/05)», R.D.P. 2008.4.1231.
42. Était ici en cause le droit de l'environnement dont la Cour souligne qu'«il est constant que la protection de l'environnement constitue un des objectifs essentiels de la Communauté» : *Commission des Communautés européennes c. Conseil de l'Union européenne*, Affaire C-176/03, préc., note 40, par. 41.

in fine, la main aux seuls États pour la détermination du type et du niveau de sanctions pénales. L'affaire fut jugée suffisamment préoccupante pour que le législateur s'en saisisse. Dans un rapport d'information, présenté par le député Christian Philip⁴³, l'interprétation extensive de cet arrêt faite par la Commission pour tenter d'accroître les compétences pénales de la Communauté est critiquée et amène à s'interroger : « Cet arrêt ne marque-t-il pas, sur ce point, une tendance de la Cour à s'ériger en constituant, pour pallier l'échec du traité constitutionnel ? » L'interrogation sur la légitimité politique de l'auteur de la norme pénale est un point essentiel du principe de la légalité passé petit à petit au second plan. Il appartient, pourtant, au pouvoir politique de se saisir de cette question non, évidemment, pour opérer un retour sur soi, mais pour qu'une réflexion de fond soit menée pour contribuer à dessiner une véritable politique, mûrie et cohérente, sachant s'abstraire des éphémères passions et influences du moment.

Hors de cette extension de compétence, très discutable, le droit communautaire intéresse le droit pénal lorsqu'il décrit — ou participe à la description — d'une norme de comportement composant une infraction. Si l'État conserve le choix de la peine, c'est, là encore, sous le contrôle européen qui veille sur la proportionnalité⁴⁴. Cet éclatement de l'incrimination, entre la description du comportement interdit et l'édiction de la peine, est un autre signe des mouvements qui parcourent et affectent le droit pénal. Ce droit est souvent vu, par les matières techniques, comme un droit simplement sanctionnateur et non comme une discipline normative. C'est, par exemple, le cas, en droit pénal de la consommation, du délit de fraudes faisant référence aux règlements communautaires⁴⁵. Cette méthode, lorsqu'elle affecte le cœur d'un délit, et non simplement l'un de ses éléments, ne prend pas en compte la nature juridique particulière de l'objet d'une incrimination. Lorsque le droit pénal s'intéresse à un objet juridique, il assure sa fonction

43. FRANCE, ASSEMBLÉE NATIONALE, *Rapport d'information déposé par la délégation de l'Assemblée nationale pour l'Union européenne sur les conséquences de l'arrêt de la Cour de justice du 13 septembre 2005 sur les compétences pénales de la Communauté européenne* par Christian PHILIP, Rapport n° 2829, 12^e lég., 26 janvier 2006, p. 23, [En ligne], [www.assemblee-nationale.fr/12/pdf/europe/rap-info/i2829.pdf] (12 août 2009); Denys SIMON, « L'Assemblée nationale et la compétence communautaire en matière pénale : le temps des paradoxes », *Europe* 2006.5.1, repère n° 5.

44. Voir, par exemple, récemment : Bruno COTTE et Christophe SOULARD, « La place du droit européen dans la répression des infractions douanières », dans *Mélanges en l'honneur de Jacques Boré. La création du droit jurisprudentiel*, Paris, Dalloz, 2007, p. 111.

45. Art. L. 214-1 à L. 214-3 du *Code de la consommation*.

expressive et participe à l'affirmation de l'intérêt général⁴⁶. Nier ce caractère essentiel de l'incrimination pénale vide le droit pénal de sa substance et ôte à la société cet outil essentiel de structuration. Il est bien évident que, lorsque la teneur de l'incrimination est définie par un texte extranational, et, tout particulièrement, par un texte communautaire d'une grande technicité, le droit pénal perd sa fonction initiale.

Cette dissociation, de la norme de comportement et de la peine, a pour autre inconvénient de recourir à la technique de l'incrimination par renvoi qui transforme le justiciable en Petit Poucet devant aller de disposition en disposition pour reconstituer l'incrimination dans toutes ses composantes. Alors que les textes par renvoi se multiplient, la lisibilité des incriminations est devenue l'un des principaux points de contrôle de la loi opéré par ceux, de plus en plus nombreux, qui ont reçu la délicate tâche d'apprécier sa qualité.

2 La multiplication des contrôles de la loi pénale

La seconde partie du ^{xx}e siècle a vu l'apparition et la multiplication des modes de contrôle de la loi pénale. Laissons de côté le contrôle des règlements administratifs pour lequel la compétence du juge répressif est traditionnellement admise⁴⁷ ainsi que la technique du contrôle de la Cour de cassation, dont on a déjà dit qu'il est bien regrettable qu'elle ne joue que peu son rôle de boussole de l'interprétation, pour s'en remettre bien trop souvent à la commode appréciation souveraine des juges du fond⁴⁸. Est plus significative l'explosion du contrôle de conventionnalité de la loi (2.1), plus présent et plus efficace, que le contrôle de constitutionnalité dont la France cherche aujourd'hui à combler les lacunes (2.2).

2.1 L'explosion du contrôle de conventionnalité

Le contrôle de conventionnalité permet d'écarter une loi pénale d'un litige lorsque le juge qui doit l'appliquer la considère comme contraire à une disposition internationale. Dans les domaines techniques, ce sont les textes

46. André DECOCQ, *Droit pénal général*, Paris, A. Colin, 1971, p. 81 : la conduite incriminée «constitue une atteinte à ce que le législateur tient pour une valeur sociale ou, si l'on préfère, à un "bien juridique". La qualification contient ainsi une norme prohibitive, protectrice d'une valeur sociale.»

47. Art. 111-5 C. pen. : «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.»

48. Claudia GHICA-LEMARCHAND, «L'interprétation de la loi pénale par le juge», dans *L'office du juge. Fonctions et devoirs du juge dans les sociétés démocratiques*, Actes du colloque au Sénat des 29 et 30 septembre 2006, Palais du Luxembourg, Paris, p. 168.

communautaires qui produisent cet effet neutralisateur de la loi pénale⁴⁹. La Cour de justice des communautés européennes⁵⁰ a clairement posé l'obligation pour les juges nationaux d'assurer « le plein effet de ces normes [communautaires] en laissant au besoin inappliquée, de sa propre autorité, toute disposition contraire de la législation nationale ». La même juridiction ne réserve pas de traitement particulier au droit pénal, ne lui reconnaissant pas une nature singulière, alors que ce droit demeure de la seule compétence des États, précisément en raison de sa nature. La juridiction de Luxembourg avertit : « l'efficacité du droit communautaire ne saurait varier selon les différents domaines du droit national à l'intérieur desquels il peut faire sentir ses effets⁵¹ ». Par conséquent, le droit pénal intervenant dans les domaines techniques régis par le droit communautaire se trouve, par voie de conséquence, potentiellement neutralisé par ce même droit.

De façon plus générale, la *Convention européenne des droits de l'homme*⁵² a l'impact le plus sensible sur le principe légaliste lui-même.

La Cour européenne des droits de l'homme, interprète officiel de cette convention, adopte, en effet, une conception de ce principe bien différente de celle jusque-là connue en France, et cela, pour deux raisons. La première tient au fait que la Cour connaît du droit de pays de common law et doit prendre en compte leur spécificité. La seconde consiste à remarquer que la Cour européenne est le plus souvent saisie par des requêtes individuelles, ce qui l'amène à examiner les litiges par l'œil du justiciable et à se focaliser essentiellement sur ses préoccupations pratiques. Les questions de légitimité de l'auteur de la norme pénale lui sont ainsi indifférentes, elle ne va s'intéresser qu'à l'application de cette norme à la situation dont se plaint le justiciable. Les juges européens ne vont alors examiner que la qualité rédactionnelle de l'interdit pénal et l'incidence que la jurisprudence européenne, ainsi forgée, exerce sur la France opère un glissement de la conception formelle de la légalité vers une conception matérielle. En effet, pour la Cour européenne, le terme « loi » recouvre le droit écrit comme le droit non écrit, seule comptant la possibilité pour le justiciable de prévoir les contours de l'infraction, ce qui postule l'accessibilité et la

49. Cass. crim. 22 oct. 1970, *Soc. Les Fils de Henri Ramel*, Bull. crim., n° 276, p. 657 ; D. 1971.jur.221, rapport MAZARD et note RIDEAU.

50. *Administration des finances de l'État c. Société anonyme Simmenthal*, Affaire C-106/77, [1978] Rec. C.E. I-629, par. 24 (CJCE, 9 mars 1978).

51. *Ministère public de la République italienne c. Società agricola industria latte (SAIL)*, Affaire C-82/71, [1972] Rec. C.E. I-119, par. 5 (CJCE, 21 mars 1972).

52. *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, 4 novembre 1950, S.T.C.E. n° 5 (entrée en vigueur le 3 septembre 1953).

prévisibilité de la norme⁵³. Cette plasticité repose sur le constat que la loi pénale ne peut anticiper toutes les situations et qu'une interprétation est nécessaire à l'adaptation du texte aux situations inédites. Cette souplesse dans l'approche de la légalité ne joue, cependant, pas toujours en faveur du justiciable puisque la Cour européenne se contente, parfois, du caractère «raisonnablement prévisible» de l'incrimination comme elle l'expose très clairement dans son arrêt *S.W. c. Royaume-Uni*⁵⁴:

[L']article 7 (art. 7) ne se borne donc pas à prohiber l'application rétroactive du droit pénal au désavantage de l'accusé : il consacre aussi, de manière plus générale, le principe de la légalité des délits et des peines (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) et celui qui commande de ne pas appliquer la loi pénale de manière extensive au désavantage de l'accusé, notamment par analogie. Il en résulte qu'une infraction doit être clairement définie par la loi. Dans son arrêt précité [*Kokkinakis c. Grèce*, arrêt du 25 mai 1993, série A n° 260-A (CEDH)], la Cour a ajouté que cette condition se trouve remplie lorsque le justiciable peut savoir, à partir du libellé de la disposition pertinente et, au besoin, à l'aide de son interprétation par les tribunaux, quels actes et omissions engagent sa responsabilité pénale. La Cour a donc indiqué que la notion de «droit» («law») utilisée à l'article 7 (art. 7) correspond à celle de «loi» qui figure dans d'autres articles de la Convention, notion qui englobe le droit écrit comme non écrit et implique des conditions qualitatives, entre autres celles d'accessibilité et de prévisibilité (voir, comme exemple récent, l'arrêt *Tolstoy Miloslavsky c. Royaume-Uni* du 13 juillet 1995, série A n° 316-B, pp. 71-72, par. 37). 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 immanquablement un élément d'interprétation judiciaire. Il faudra toujours élucider les points douteux et s'adapter aux changements de situation. D'ailleurs, il est solidement établi dans la tradition juridique du Royaume-Uni comme des autres États parties à la Convention que la jurisprudence, en tant que source du droit, contribue nécessairement à l'évolution progressive du droit pénal. On ne saurait interpréter l'article 7 (art. 7) de la Convention comme proscrivant 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.

53. Frédéric SUDRE, «Le principe de la légalité et la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme», *Revue pénitentiaire et de droit pénal* 2001.2.335. L'article 7 (1) de la *Convention européenne des droits de l'homme*, préc., note 52, pose ceci : «Nul ne peut être condamné pour une action ou une omission qui, au moment où elle a été commise, ne constituait pas une infraction d'après le droit national ou international. De même, il n'est infligé aucune peine plus forte que celle qui était applicable au moment où l'infraction a été commise.» Cette disposition ne contient pas le terme «loi» pour ne parler que de «droit».

54. *S.W. c. Royaume-Uni*, arrêt du 22 novembre 1995, série A n° 335-B, p. 41, § 35-36 (CEDH).

La substitution de l'adverbe «exactement»⁵⁵ par celui de «raisonnablement» marque la mutation du principe de la légalité opérée par la jurisprudence européenne. Il y a dans ce glissement sémantique l'expression d'un aléa qui fragilise considérablement la garantie que la Cour prétend poser, même si l'on approuve son approche réaliste de la légalité. Dans un arrêt rendu contre la France⁵⁶, elle redit que, si «une infraction doit être clairement définie par la loi. Cette condition se trouve remplie lorsque le justiciable peut savoir, à partir du libellé de la disposition pertinente (art. 7) et, au besoin, à l'aide de son interprétation par les tribunaux, quels actes et omissions engagent sa responsabilité pénale.» Or, la jurisprudence prise en compte peut être, semble-t-il, celle des juges du fond pourtant tributaire d'une censure de la Cour de cassation et, dans tous les cas, dont l'harmonisation n'est pas assurée; quant à la jurisprudence de cette dernière, le laconisme de la plupart de ses arrêts fait douter du caractère prévisible de bien des solutions. Non seulement le caractère trop compréhensif du principe légaliste, ainsi entendu, mine la sécurité juridique à laquelle il a pour fonction de contribuer, mais encore la Cour européenne introduit, également, un risque d'inégalité. Elle pose, en effet, ceci :

[La] notion de prévisibilité dépend dans une large mesure du contenu du texte dont il s'agit, du domaine qu'il couvre ainsi que du nombre et de la qualité de ses destinataires [...] La prévisibilité de la loi ne s'oppose pas à ce que la personne concernée soit amenée à recourir à des conseils éclairés pour évaluer, à un degré raisonnable dans les circonstances de la cause, les conséquences pouvant résulter d'un acte déterminé [...] Il en va spécialement ainsi des professionnels, habitués à devoir faire preuve d'une grande prudence dans l'exercice de leur métier. Aussi peut-on attendre d'eux qu'ils mettent un soin particulier à évaluer les risques qu'il comporte⁵⁷.

La prévisibilité du texte serait à géométrie variable selon la qualité de ses destinataires, un professionnel ayant, selon la Cour, le moyen de s'entourer de conseils éclairés pour procéder à une évaluation du risque pénal qu'il encourt, ce qui revient à dire qu'un certain nombre de textes pénaux visant la catégorie des professionnels — notion dont les contours restent à définir — peut, finalement, ne pas être compréhensible par le citoyen ordinaire. Curieuse conception de la prévisibilité, d'une part, parce

55. Cass. crim. 1^{er} févr. 1990, *Bull. crim.*, n° 56, p. 153 :

Vu l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, les articles 34 et 37 de la Constitution et l'article 4 du Code pénal, ensemble les articles 6.3 a et 7 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales; Attendu que toute infraction doit être définie en des termes clairs et précis pour exclure l'arbitraire et permettre au prévenu de connaître exactement la nature et la cause de l'accusation portée contre lui.

56. *Cantoni c. France* [GC], n° 17862/91, § 29, CEDH 1996-V.

57. *Id.*, § 35.

qu'un professionnel n'a, parfois, pas le temps ni les moyens financiers de recourir aux lumières d'un sachant, alors qu'un particulier peut parfaitement disposer de l'un et de l'autre ; d'autre part, la prévisibilité devient, pour la Cour européenne, un calcul de probabilité dont on perçoit toute la fragilité en constatant que dans la même affaire la Commission européenne des droits de l'homme avait conclu que l'un des termes de l'incrimination appliquée en l'espèce ne remplissait pas les conditions de clarté et de précision voulues par l'article 7 (1) de la Convention, alors que la Cour considère que le requérant avait les moyens de savoir qu'il encourait un réel danger de se voir pénalement poursuivi⁵⁸. En revanche, la juridiction européenne conclut à une violation de l'article 7 dans l'hypothèse de la survenance d'un revirement de jurisprudence, à propos d'un délit technique, qui a faussé les prévisions du requérant même en s'entourant de conseils éclairés⁵⁹. Que le juge européen adopte une conception réaliste de la légalité criminelle en évitant une rigidité excessive qui nuirait évidemment à la loi, en la privant de faculté d'adaptation, est une chose, mais «il est redoutable que les instances européennes s'accommodent de lois pénales médiocrement rédigées au prétexte qu'un juge salvateur, doté de pouvoirs supplétifs, leur donne la clarté qui leur manque⁶⁰». La Cour européenne se satisfait, finalement, de l'existence d'un risque pénal raisonnable, c'est-à-dire de la situation dans laquelle le droit pénal devient un facteur de risque en raison de la détermination approximative, ou au moins un peu flottante, de ses frontières, dès lors que ce risque demeure acceptable au regard, notamment, des circonstances de l'affaire. Le principe légaliste passe ainsi d'une exigence de connaissance, à une notion de risque: on reproche au justiciable de ne pas s'être suffisamment renseigné ni méfié des textes potentiellement applicables à la situation qu'il rencontre. Curieuse conception, tout de même, de l'État de Droit.

En vertu du principe de subsidiarité, le juge pénal interne est le premier gardien de la Convention, et ce n'est qu'au cas de défaillance de sa part que le justiciable peut saisir la Cour de Strasbourg. Il pratique donc un contrôle de conventionnalité qui lui permet d'écarter une loi nationale et de se livrer

58. *Id.*

59. *Pessino c. France*, n° 40403/02, 10 octobre 2006 (CEDH).

60. Renée KOERING-JOULIN, «Pour un retour à une interprétation stricte... du principe de la légalité criminelle (À propos de l'article 7, 1° de la Convention européenne des droits de l'homme)», dans Gérard COHEN-JONATHAN, Jean-François FLAUSS et Pierre LAMBERT (dir.), *Liber Amicorum Marc-André Eissen*, Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 247, à la page 254.

à un véritable contrôle du législateur⁶¹. La France permet, ainsi, à un juge de première instance d'écarter une loi pénale considérée comme contraire à un principe garanti par une convention internationale, y compris si ladite loi a été examinée avec succès par le Conseil constitutionnel. La chambre criminelle de la Cour de cassation utilise ainsi le pouvoir que lui confère la *Convention européenne des droits de l'homme* pour neutraliser des incriminations dont la lettre est considérée comme trop évasive⁶².

Le contrôle de conventionnalité, trop peu analysé en France, opère une révolution sans précédent puisqu'il a changé, non seulement, la nature de la loi nationale—qui s'entend désormais dans un sens matériel—, mais encore sa fonction comme l'expose le Professeur Soyer⁶³ : « Elle reste sans doute un commandement émis à destination des citoyens et des pouvoirs publics internes. Mais elle devient une donnée dont l'État n'est plus, loin de là, le maître exclusif, sitôt que sont en cause les droits et libertés garantis à chacun par la Convention. » La loi est d'autant plus sujette aux influences européennes que le contrôle constitutionnel montre d'évidentes faiblesses.

2.2 Les faiblesses du contrôle de constitutionnalité

Le Conseil constitutionnel a été créé en 1958 pour vérifier que la loi n'empiète pas sur le domaine du règlement conformément à la répartition des compétences désormais opérée par les articles 34 et 37 de la Constitution. En 1971⁶⁴, puis en 1973, le Conseil, par deux décisions célèbres, se donne les moyens de procéder à un contrôle interne de la constitutionnalité des lois, ouvrant ainsi la porte à un mouvement de constitutionnalisation du droit qui ne pouvait que s'étendre. Le Conseil s'est ensuite attaché à consacrer les principes, tant procéduraux que substantiels, qui font l'identité du droit pénal. En ce qui concerne le principe légaliste, afin de le solidifier, le Conseil a ancré au rang constitutionnel ses corollaires qu'il s'agisse de

61. Danièle MAYER, « Évolution de l'attitude de la Chambre criminelle de la Cour de cassation française à l'égard de la Convention européenne des Droits de l'Homme », dans *Mélanges offerts à Georges Levasseur. Droit pénal. Droit européen*, préc., note 39, p. 239.

62. Cass. crim. 27 mars 1995, *Bull. crim.*, n° 125, p. 355 ; Cass. crim. 16 janv. 2001, *Bull. crim.*, n° 10, p. 21 ; et surtout Cass. crim. 20 fév. 2001, pourvoi n° 98-84846, non publié au *Bull. crim.* Plus largement : Danièle MAYER, « Vers un contrôle du législateur par le juge pénal ? », D. 2001.chron.1643.

63. Jean-Claude SOYER, « La loi nationale et la Convention européenne des droits de l'homme », dans Gérard CORNU et autres (dir.), préc., note 14, p. 125, à la page 145.

64. Cons. const. 16 juill. 1971, *Rec. Cons. const.*, p. 29, n° 44-71 DC : décision fixant définitivement la valeur juridique du Préambule de la Constitution ; et Cons. const. 27 déc. 1973, *Rec. Cons. const.*, p. 25, n° 73-51 DC, qui constitue la première application de la Déclaration de 1789 comme texte de référence permettant de juger du contenu d'une loi.

la non-rétroactivité de la loi pénale plus sévère⁶⁵, de la rétroactivité de la loi pénale nouvelle plus douce⁶⁶ ou de l'interprétation stricte de la loi par le juge répressif⁶⁷. Était plus délicate la question du contrôle de la nécessité de l'incrimination ou de la peine puisqu'on entre ici dans l'hypothèse d'un contrôle plus direct des choix législatifs fait davantage d'appréciation d'opportunité.

Deux dispositions constitutionnelles pourraient fonder un contrôle de la teneur même de l'incrimination et, non simplement, de ses conditions d'application. L'article 5 de la Déclaration de 1789, en premier lieu, selon lequel « [l]a Loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la Société », mais cette disposition, qui permettrait de se livrer à un contrôle frontal des choix législatifs, n'a prudemment pas été utilisée. L'article 8 du même texte, en second lieu, proclamant que « [l]a Loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires » offre une possibilité de contrôle plus indirecte, mais qui s'avère, finalement, d'autant plus efficace que le texte ne donne aucune indication sur les critères d'appréciation de la nécessité dont la détermination du seuil laisse une marge d'appréciation importante. Certes, le Conseil refuse de se livrer à un contrôle d'appréciation semblable à celui du Parlement et ne saurait alors substituer son point de vue à celui du législateur, mais il peut vérifier qu'il n'y a pas de disproportion manifeste entre l'infraction et la peine encourue. Ce principe de nécessité est d'une plasticité permettant au Conseil d'opérer des contrôles dont il n'abuse pas : rares étant les censures pour des peines manifestement disproportionnées⁶⁸.

Si l'article 8 ne fait référence qu'à la nécessité des peines, ce caractère de la peine ne peut s'apprécier qu'au regard du comportement qu'elle

65. Cons. const. 3 sept. 1986, *Rec. Cons. const.*, p. 130, n° 86-215 DC, considérant n° 23 ; Cons. const. 21 janv. 1997, *Rec. Cons. const.*, p. 23, n° 96-387 DC, considérant n° 21 : l'appréciation d'une culpabilité ne peut, conformément « au principe [...] de non-rétroactivité de la loi pénale plus sévère », être effectuée qu'au regard de la législation en vigueur à la date des faits.

66. Cons. const. 19 et 20 janv. 1981, *Rec. Cons. const.*, p. 15, n° 80-127 DC, considérant n° 75 : « le fait de ne pas appliquer aux infractions commises sous l'empire de la loi ancienne la loi pénale nouvelle, plus douce, revient à permettre au juge de prononcer les peines prévues par la loi ancienne et qui, selon l'appréciation même du législateur, ne sont plus nécessaires ».

67. Cons. const. 16 juill. 1996, *Rec. Cons. const.*, p. 87, n° 96-377 DC, considérant n° 11 : le législateur doit rédiger la loi « dans des conditions qui permettent au juge, auquel le principe de légalité impose d'interpréter strictement la loi pénale, de se prononcer sans que son appréciation puisse encourir la critique d'arbitraire ».

68. Un exemple : Cons. const. 30 déc. 1997, *Rec. Cons. const.*, p. 333, n° 97-395 DC, considérant n° 39.

vient frapper ; c'est ainsi la teneur même de l'interdit pénal que le Conseil peut soupeser. Il a ainsi désavoué le législateur qui tentait d'allonger la liste des infractions relevant du terrorisme, d'une part, parce que le lien avec le comportement incriminé et cette catégorie d'infractions était trop élastique et, d'autre part, parce que d'autres fondements permettaient déjà de réprimer les actes que le législateur voulait pénaliser. Enfin, a pesé dans cette décision, le fait que les infractions de terrorisme voient leur répression aggravée et permettent la mise en œuvre de règles particulières de procédure mettant davantage en cause les libertés⁶⁹ signe, une nouvelle fois, de l'indissolubilité du lien entre droit pénal substantiel et procédural appelant une appréciation d'ensemble. En revanche, il semble que le législateur retrouve une liberté plus ample lorsque les délits créés restent dans le droit commun. Ainsi, le Conseil ne fait pas droit à l'argumentation d'une saisine doutant de la constitutionnalité du délit de grand excès de vitesse, alors que le comportement réprimé pouvait, pourtant, tomber sous le coup de qualifications déjà existantes. Pour le Conseil, « il revient au législateur, compte tenu des objectifs qu'il s'assigne, de fixer, dans le respect des principes constitutionnels, les règles concernant la détermination des crimes et délits, ainsi que des peines qui leur sont applicables⁷⁰ ». Le Conseil, refusant de substituer son appréciation à celle du législateur, le laisse entièrement libre de déterminer sa politique et les moyens de la mener. Mais cette liberté législative est, parfois, accordée au prix d'incohérences d'interventions. Il a, notamment, été jugé que ne contredisait pas, en lui-même, la Constitution, le fait d'instaurer, à la fois, dans le *Code pénal* et dans le *Code du travail*, deux incriminations définies par des éléments constitutifs identiques réprimant le même agissement assorti, cependant, de peines différentes⁷¹. Pour le Conseil, le principe de proportionnalité, découlant de celui de nécessité, n'est pas méconnu « lorsque plusieurs dispositions pénales sont susceptibles de fonder la condamnation d'un seul et même fait, les sanctions subies ne peuvent excéder le maximum légal le plus élevé ». Mais ce doublon législatif aurait, plutôt, dû être examiné au regard du principe de clarté de la loi pénale et ne se marie pas, de manière évidente, avec l'idée de qualité de l'intervention du législateur sur laquelle doit, également, veiller le Conseil.

Si le Conseil constitutionnel ne veut pas remettre en cause les choix législatifs et entrer sur le terrain de la politique criminelle, en revanche,

69. Cons. const. 16 juill. 1996, préc., note 67, considérants n^{os} 3 et suiv.

70. Cons. const. 16 juin 1999, *Rec. Cons. const.*, p. 75, n^o 99-411 DC, considérant n^o 12.

71. Cons. const. 12 janv. 2002, *Rec. Cons. const.*, p. 49, n^o 2001-455 DC, considérants n^{os} 80-86. Voir les analyses de Valérie MALABAT, « De l'efficacité du contrôle de constitutionnalité en matière pénale. L'exemple d'une double incrimination », *Politeia* 2004.5.159.

il se livre à un contrôle de qualité de la loi expliquant que l'exigence de clarté de la loi pénale « s'impose non seulement pour exclure l'arbitraire dans le prononcé des peines, mais encore pour éviter une rigueur non nécessaire lors de la recherche des auteurs d'infractions⁷² ». Il y a, en effet, une telle multiplication des procédures pénales particulières prévoyant la possibilité de recourir à des mesures exceptionnelles et compromettantes pour les libertés, que la définition précise de l'incrimination permettant d'utiliser l'une de ces procédures constitue, ici, la première des garanties procédurales. Dans son importante décision des 19 et 20 janvier 1981⁷³, le Conseil a tiré de l'article 8 de la Déclaration de 1789 « la nécessité pour le législateur de définir les infractions en termes *suffisamment* clairs et précis pour exclure l'arbitraire » ; le législateur devant rédiger la loi « dans des conditions qui permettent au juge, auquel le principe de légalité impose d'interpréter strictement la loi pénale, de se prononcer sans que son appréciation puisse encourir la critique d'arbitraire⁷⁴ ». Le Conseil n'adopte pas une conception rigide de la légalité—l'adverbe « suffisamment » n'est pas sans parenté avec le « raisonnablement » de la Cour européenne. Il arrive également que le Conseil juge la loi insuffisante, mais ne la censure pas en lui apportant les précisions voulues par la technique des réserves d'interprétation. C'est alors sa jurisprudence qui se pose, curieusement, comme un complément législatif⁷⁵.

Ce contrôle de qualité, qui, réalisé *in abstracto*, ne bénéficie pas de l'éclairage indispensable de la confrontation aux faits, sera compensé par

72. Cons. const. 27 juill. 2006, *Rec. Cons. const.*, p. 88, n° 2006-540 DC, considérant n° 10.

73. Cons. const. 19 et 20 janv. 1981, préc., note 66, considérant n° 7. Dès lors, les incriminations doivent être définies dans leurs éléments matériels et intentionnels, les pénalement responsables doivent pouvoir être aisément identifiés, les causes d'exonération de la responsabilité doivent être suffisamment précises (Cons. const. 22 janv. 1999, *Rec. Cons. const.*, p. 29, n° 98-408 DC, considérant n° 22). Pour une décision censurant un texte jugé de mauvaise qualité : Cons. const. 18 janv. 1985, *Rec. Cons. const.*, p. 32, n° 84-183 DC, considérants n°s 9 et suiv. La décision de 1981 était certainement déjà marquée par l'influence de la Cour européenne des droits de l'homme qui, dans son arrêt *Sunday Times c. Royaume-Uni*, arrêt du 26 avril 1979, série A n° 30, § 49, précise ceci :

[Le] citoyen doit pouvoir disposer de renseignements suffisants, dans les circonstances de la cause, sur les normes juridiques applicables à un cas donné [...] on ne peut considérer comme une « loi » qu'une norme énoncée avec assez de précision pour permettre au citoyen de régler sa conduite ; en s'entourant au besoin de conseils éclairés, il doit être à même de prévoir, à un degré raisonnable dans les circonstances de la cause, les conséquences de nature à dériver d'un acte déterminé. Elles n'ont pas besoin d'être prévisibles avec une certitude absolue : l'expérience la révèle hors d'atteinte.

74. Cons. const. 16 juill. 1996, préc., note 67, considérant n° 11.

75. Guillaume ROYER, « La réserve d'interprétation constitutionnelle en droit criminel », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé* 2008.4.825.

l'avènement de la question préjudicielle de constitutionnalité. Ce mécanisme, lourd et anachronique lorsqu'on le compare au contrôle de conventionnalité, est une nouveauté remarquable en droit français en ce qu'il crée une nouvelle hypothèse de contrôle pouvant, enfin, être utilisée par le citoyen. L'article 61-1 de la Constitution, issu de la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008⁷⁶, prévoit que «[l]orsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé», les conséquences de la décision d'inconstitutionnalité seront précisées par le Conseil constitutionnel⁷⁷. Ce nouveau mode de contrôle, qui permettra — enfin — de confronter les principes constitutionnels à l'application des lois qui doivent les mettre en œuvre, rivalisera un peu avec le contrôle de conventionnalité. Mais, dès lors que le Conseil constitutionnel paraît assouplir sa conception de la légalité pour se rapprocher de la position de la Cour européenne, il est loin d'être certain que cette exception d'inconstitutionnalité, dont la mise en œuvre sera bien lourde, présente un intérêt pratique pour le justiciable et préserve, en France, une conception formelle de la légalité.

La conception traditionnelle de la légalité à la française a beaucoup souffert des carences du contrôle de constitutionnalité qui n'ont pas permis une imprégnation efficace et concrète du droit pénal.

Ces contrôles attestent d'un incontestable basculement de logique : le juge est, certes, lié par le principe légaliste, mais il est aussi détenteur d'un pouvoir de contrôle sur la loi elle-même. Gardien de la légalité, il en est même un acteur direct d'après la Cour européenne. Reste que l'on peut se

76. *Loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juill. 2008 de modernisation des institutions de la V^e République*, J.O. 24 juill. 2008, p. 11890.

77. Art. 62, al. 2 de la Constitution :

Une disposition déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61-1 est abrogée à compter de la publication de la décision du Conseil constitutionnel ou d'une date ultérieure fixée par cette décision. Le Conseil constitutionnel détermine les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles d'être remis en cause.

Voir sur ce sujet : Guillaume DRAGO, «Exception d'inconstitutionnalité. Prolégomènes d'une pratique contentieuse», J.C.P. G 2008.I.217 ; Bertrand DE LAMY, «**Brèves observations** sur la question préjudicielle de constitutionnalité en attendant la loi organique», D. 2009.chron.177 ; Pascal MBONGO, «Droit au juge et prééminence du droit. Bréviaire processualiste de l'exception de constitutionnalité», D. 2008.chron.2089 ; André ROUX, «Le nouveau Conseil constitutionnel. Vers la fin de l'exception française?», J.C.P. G 2008.I.175.

demander si cette multiplication des contrôles est un progrès ou un ferment d'incohérence de l'ordre juridique.

La mutation du principe légaliste n'est pas seulement juridique mais plus profondément culturelle⁷⁸. Elle marque un changement de rôle des acteurs de la vie juridique. Comme l'explique le Professeur Conte, « de la règle conceptuelle, on est passé à la règle fonctionnelle, si bien que le juge est l'arbitre non plus des litiges, mais de la norme elle-même⁷⁹ ». On a considéré, non sans raison, que la légitimité de la répression nécessitait un contrôle de qualité de la loi pénale qui la ferait accepter par ses destinataires. Cependant, outre que ce contrôle n'est pas, lui-même, exempt de critiques par les aléas de prévisibilité, non seulement qu'il ne supprime pas, mais encore dont il s'accommode, on peut se demander s'il ne faut voir dans la légitimité de l'auteur de la norme pénale qu'un débat politique, ou, comme les auteurs de la Déclaration des droits de l'homme, une composante à part entière de la garantie légaliste.

78. Voir l'étude de droit comparé du Professeur Elisabetta GRANDE, « Droit pénal, principe de légalité et civilisation juridique: vision globale », *R.I.D.C.* 2004.1.119.

79. Philippe CONTE, « Les trajectoires du droit pénal depuis 1975 », *R.J.com.* 2006.hors série.191.