

Droit pénal général

Leçon 3 : Les sources du droit pénal

Jérôme BOSSAN

Table des matières

Section 1. Les sources internes.....	p. 2
§1. Les sources écrites.....	p. 2
A. La loi.....	p. 2
B. Le règlement.....	p. 3
1. Notion de règlement.....	p. 3
2. L'interprétation et le contrôle des actes administratifs.....	p. 4
C. La Constitution.....	p. 5
1. Notion.....	p. 5
a) Détermination du domaine de la loi et du règlement.....	p. 5
b) Autres principes.....	p. 6
2. Le contrôle de constitutionnalité des lois.....	p. 7
a) Sur les lois contrôlées.....	p. 7
b) Sur les normes de référence.....	p. 7
c) Sur la procédure devant les juridictions pénales.....	p. 7
d) Appréciation générale de la QPC en matière pénale.....	p. 8
§2. Les autres sources.....	p. 8
A. La coutume et les usages.....	p. 9
B. La jurisprudence.....	p. 10
C. Les conventions collectives.....	p. 10
Section 2. Les sources internationales.....	p. 11
§1. Les règles générales.....	p. 11
§2. Le droit de l'Union européenne.....	p. 11
§3. Le droit du Conseil de l'Europe.....	p. 12

La détermination des sources du droit est une question que l'on retrouve le plus souvent en introduction des cours de droit. Le droit pénal général présente-t-il une spécificité à cet égard ? La réponse doit être nuancée.

Il n'existe pas de spécificité en ce sens que les sources forment, ici comme ailleurs, pour reprendre l'analyse de Hans Kelsen, un système hiérarchique qu'on qualifie plus communément de pyramide ou pyramide de Kelsen qui s'est beaucoup complexifiée.

Nous allons dans le cadre de cette leçon appréhender la spécificité relative des sources du droit pénal en envisageant successivement la diversité des sources (Section 1) et leur hiérarchie (Section 2).

En savoir plus : Hiérarchie des normes

Nous ne pourrions dans le champ de ce cours envisager toutes les questions relatives à la hiérarchie des normes et renvoyons pour cela au cours d'[Introduction générale au droit](#) qui traite ces questions dans les leçons n° 3 à 5.

Section 1. Les sources internes

L'une des particularités les plus nettes des sources en droit pénal est l'importance accordée aux sources écrites (A). La conséquence est la place plus limitée des autres sources (B).

§1. Les sources écrites

Le choix fait dans ce cours est de présenter la diversité des sources en tenant compte de la hiérarchisation en évoquant successivement loi parlementaire (A) et le règlement (B) et la Constitution (C). Cette présentation ne doit toutefois pas tromper. Le droit pénal réside principalement dans la loi qui demeure la source essentielle en la matière, et le règlement.

A. La loi

Il s'agit ici de la loi au sens formel du terme, le texte voté par le Parlement au sens de l'article 34 de la Constitution.

Cette loi a toujours constitué une source fondamentale du droit pénal.

Remarque

Lois codifiées ou non.

La loi peut être codifiée, ce qui est le cas dans la partie législative du Code pénal, mais aussi dans d'autres codes (ex. : Code de la route, Code électoral...). Cependant, tel n'est pas toujours le cas et de nombreuses lois restent en dehors de tout code (ex. : loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse).

Assimilation à la loi.

Il convient d'ajouter à la loi au sens strict certains actes qui y sont assimilés. À ce titre, on peut évoquer les ordonnances prises par le gouvernement provisoire après la Deuxième Guerre mondiale et les ordonnances prises dans le cadre de l'art. 38 de la Constitution lorsqu'elles ont été ratifiées par le Parlement. Un double exemple peut être donné en droit des mineurs délinquants. Pendant près de quatre-vingts ans, le texte de référence en la matière a été l'ordonnance du 2 février 1945 (ordonnance du gouvernement provisoire). Cependant, loi du 23 mars 2019 a confié au gouvernement le soin de réformer par ordonnance (au sens de l'art. 38 de la Constitution), ce que celui-ci a fait en créant le Code de la justice pénale des mineurs par l'ordonnance du 11 septembre 2019 (v. leçon n° 8).

D'application beaucoup plus réduite, on peut évoquer au même titre les décisions présidentielles prises en vertu de l'art. 16 de la Constitution et qui relèvent en temps normal du législateur. Il en va aussi des lois adoptées par référendum (art. 11 de la Constitution).

Le domaine de la loi est fixé par l'art. 34 de la Constitution (*infra*) et, de manière plus précise, par l'art. 111-2 du CP. Il faut ici distinguer crimes et délits d'un côté et contraventions de l'autre.

- Pour les crimes et les délits, les incriminations et les peines doivent être déterminées par le législateur.
- Pour les contraventions, le législateur doit uniquement prévoir le catalogue des peines susceptibles d'être prononcées.

La loi parlementaire est longtemps apparue comme la seule source véritable du droit pénal. On a ainsi parlé de légicentrisme. Cependant, celle-ci est marquée par un affaiblissement sensible, concurrencée par le règlement du fait de la Vème République et soumise à la hiérarchie des normes qui lui sont supérieures, que ce soit la Constitution ou le droit international.

B. Le règlement

Nous envisagerons la notion (1) puis évoquerons son interprétation et son contrôle juridictionnels (2).

1. Notion de règlement

Le règlement ou acte réglementaire a pour particularité d'être adopté par le pouvoir exécutif.

Autrefois considéré comme une source secondaire du droit pénal, la répartition posée par la Constitution de la Vème République a conduit à lui donner une place bien plus importante.

Les contraventions sont prévues par des **règlements autonomes** et, plus précisément :

- par des décrets pris en Conseil d'État, les peines appliquées devant être celles déterminées par la loi (art. 131-12 à 131-18, v. leçon n° 12 et n° 13).
- par des décrets simples ou des arrêtés (ministériels, préfectoraux, municipaux...). En ce cas, l'art. R610-5 du Code pénal dispose que la peine encourue est une amende de 1re classe (38€)

Aujourd'hui, existent toujours des règlements d'application qui viennent compléter les dispositions légales.

Exemple

Règlements d'application. Appareils et dispositifs techniques permettant la violation de la vie privée.

L'art. 226-3 du CP réprime notamment la « fabrication, l'importation, la détention, l'exposition, l'offre, la location ou la vente d'appareils ou de dispositifs techniques » permettant de porter atteinte à la vie privée (en captant

la voix à distance par ex.). Pour compléter ce texte, il convenait de préciser quels étaient les appareils en cause. Complétant cette disposition l'art. [R. 226-1](#) indique la liste des appareils est prévue par un arrêté, lequel renvoie à un arrêt ministériel du 4 juillet 2012. Il fallait aussi un autre texte prévoyant une autorisation pour des cas bien particuliers, ce que précise l'art. [R. 226-3](#). Ces trois derniers textes sont des règlements d'application de la loi.

2. L'interprétation et le contrôle des actes administratifs

Le Code pénal traite de la question en un texte.

Art. 111-5 :

« 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. »

Pour comprendre la situation évoquée, il convient de contextualiser celui-ci pour en délimiter la portée.

Il faut distinguer deux contrôles des actes administratifs :

- le **contrôle par voie d'action** par lequel l'acte est attaqué directement. C'est un procès fait au texte, une action en justice intentée dont l'objet, le but, est précisément de faire juger qu'une norme supérieure n'a pas été respectée. Si le juge saisi estime que c'est le cas, le texte attaqué est annulé, invalidé, abrogé : il disparaît pour tous (*erga omnes*) et pour toujours. En raison du principe de séparation des pouvoirs (pouvoirs exécutifs et autorité judiciaire en l'occurrence), l'acte administratif doit être contesté directement devant le juge administratif compétent : c'est le recours pour excès de pouvoir qui peut être exercé dans un délai de deux mois.
- le **contrôle par voie d'exception** par lequel un juge est saisi d'une question portant sur l'interprétation ou le contrôle normatif d'un acte administratif à l'occasion d'un contentieux qui lui est soumis. Il n'existe pas ici de délai particulier, le contentieux pouvant survenir longtemps après l'entrée en vigueur de l'acte administratif.

Dans ce dernier cas, les magistrats de l'ordre judiciaire doivent en principe surseoir à statuer et interroger leurs homologues de l'ordre administratif par une question préjudicielle. Cette solution (TC, 16 juin 1923, Septfonds) est un principe auquel l'art. 111-5 du CP apporte une exception. La situation visée est donc celle d'un acte administratif contesté à l'occasion d'une poursuite pénale.

Ce contrôle est toutefois bien délimité.

> 1^{ère} condition : un acte administratif.

Sont ici visés tous les actes administratifs. Le titre peut d'abord dérouter le lecteur : pourquoi passer du règlement aux actes administratifs ? Les actes réglementés précités figurent au sein de la catégorie des actes administratifs aux côtés des actes individuels. La différence essentielle a fait que les premiers sont généraux et impersonnels (ils peuvent toutefois viser une catégorie de personne) alors que les seconds visent nommément certaines personnes. Le Code pénal est venu consacrer une évolution jurisprudentielle, le Tribunal des conflits admettant d'abord un tel contrôle pour les règlements (TC, 5 juill. 1951, Avranche et Desmarets) pour admettre progressivement tous les actes, réglementaires ou individuels (Cass. crim., 21 déc. 1961, Dame Le Roux : *Bull. crim.* 1961 et Cass. crim., 1^{er} juin 1967, Canivet et Dame Moret : *Bull. crim.* n° 172), sanctionnés pénalement ou non (Cass. crim., 25 avril 1985, Vuckovic : *Bull. crim.* n° 159).

> 2^{ème} condition : l'interprétation ou le contrôle.

L'interprétation des textes doit être stricte. Il faut encore préciser ce en quoi consiste le contrôle dont il est question à l'art. [111-5](#). Il s'agit pour le juge de vérifier la légalité et non l'opportunité du texte. Plus précisément, il doit effectuer à la fois un contrôle de la **légalité externe** i.e. la régularité formelle de l'acte administratif (veiller à l'absence d'irrespect de la procédure d'adoption du règlement, d'incompétence de l'auteur du texte...) et de la **légalité interne** i.e. les règles de fond qui s'appliquent à l'acte administratif et notamment le respect

des normes qui lui sont supérieures telles que les conventions internationales ou éventuellement la loi. Il faut alors nuancer lorsque la constitutionnalité du texte est contestée. Le juge ne peut être amené, sous prétexte de contrôle de légalité de l'acte administratif à effectuer lui-même un contrôle de constitutionnalité. C'est la **théorie dite de la loi-écran**. En revanche, les règlements autonomes peuvent faire l'objet du contrôle de constitutionnalité.

> 3^{ème} condition : un examen dont dépend la solution du procès pénal.

L'article 111 - 5 indique que l'issue de la poursuite doit dépendre de l'appréciation de cet acte administratif. Le juge pénal n'a pas vocation à se substituer au juge administratif, il n'est fondé à intervenir que si cela paraît nécessaire dans l'affaire dont il est saisi. Au contraire, lorsque la solution n'est pas commandée par l'interprétation de l'acte administratif, le juge pénal ne dispose plus du pouvoir d'interpréter ou de contrôler les actes administratifs.

L'affirmation selon laquelle l'issue de la poursuite doit dépendre de l'appréciation de cet acte administratif doit être comprise largement. Les actes administratifs visés ne sont pas simplement ceux qui rendent l'acte punissable (le règlement prévoyant une contravention), mais tous ceux qui contribuent à la condamnation.

Exemple

À la suite d'attentats terroristes, la France a permis, dans le cadre de l'état d'urgence, de procéder à des perquisitions réalisées sur ordre administratif. Ces mesures ont pu conduire à la révélation d'infractions qui ont par la suite fait l'objet de poursuites. La chambre criminelle de la Cour de cassation a estimé que les actes qui permettent de découvrir des preuves sont visés par le contrôle (Cass. crim., 13 déc. 2016, pourvoi n° 16-82.176).

> 4^{ème} condition : présentation *in limine litis*.

D'un point de vue procédural, le juge pénal exige que cette exception soit soulevée *in limine litis*, c'est-à-dire avant toute défense au fond, avant que le débat ne soit instauré sur le fond.

Effet relatif de la réponse du juge pénal.

La décision du juge pénal n'a qu'une autorité relative. En d'autres termes, le juge pénal tient compte de cette illégalité dans sa décision. En revanche, l'illégalité prononcée dans le cadre de la procédure ne conduit pas à l'annulation de l'acte qui est du seul ressort des juridictions administratives.

C. La Constitution

Là encore, nous évoquerons la notion (1) pour évoquer ensuite le contrôle de constitutionnalité (2).

1. Notion

Le droit pénal français est marqué par un mouvement de constitutionnalisation très fort sous l'empire de la Constitution de la Vème République adoptée le 4 octobre 1958. Ce mouvement est marqué par le développement de principes fondamentaux et qui irriguent l'intégralité du bloc de constitutionnalité qui comprend, outre les articles de la Constitution, les textes auxquels renvoie le préambule de la Constitution depuis la décision rendue par le Conseil constitutionnel du 16 juillet 1971 :

- La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789.
- Les principes politiques, économiques et sociaux dits « particulièrement nécessaires à notre temps » issus du Préambule de la Constitution de 1946.
- Les « principes fondamentaux reconnus par les lois de la République » ou PFRLR, eux aussi évoqués par le Préambule de la Constitution de 1946.
- La Charte de l'environnement de 2004.

De cet ensemble de textes, nous retiendrons l'affirmation de quelques principes essentiels en matière pénale.

a) Détermination du domaine de la loi et du règlement

Art. 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 ; »

Art. 37 al. 1 de la Constitution :

« Les matières autres que celles qui sont du domaine de la loi ont un caractère réglementaire. »

Ces deux textes présentent un intérêt essentiel pour la matière, ils consacrent la répartition des sources en fonction de la nature des infractions. Ils posent à la fois la constitutionnalité du principe de légalité des délits et des peines et le fait que les crimes et délits relèvent de la loi et que les contraventions sont régies par le règlement.

b) Autres principes

Nombreux sont les principes dégagés par le Conseil constitutionnel. Sans tous les envisager, nous pouvons ici en évoquer quelques-uns.

Quelques articles de la DDHC, essentiels à toute la matière, peuvent être cités :

Article 5 :

« La 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. »

Article 6 :

« La Loi est l'expression de la volonté générale. [...] Elle doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse. [...] »

Article 7 :

« 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. Ceux qui sollicitent, expédient, exécutent ou font exécuter des ordres arbitraires, doivent être punis ; mais tout citoyen appelé ou saisi en vertu de la Loi doit obéir à l'instant : il se rend coupable par la résistance. »

Article 8 :

« 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 appliquée. »

Ces textes prévoient le principe de légalité des délits et des peines dont le Conseil constitutionnel déduit la valeur constitutionnelle :

- du **principe de la clarté et de précision de la loi pénale** (Cons. const. 19 janv. 1981, déc. n° [80-127 DC](#), § 7).
- du **principe d'interprétation stricte de la loi pénale** (Cons. const. 16 juill. 1996, déc. n° [96-377 DC](#), § 11).
- du **principe de nécessité et de proportionnalité de l'incrimination et de la peine** (Cons. const. 7 avril 2017, déc. n° [2017-625 QPC](#), § 13-18).
- du **principe de non-rétroactivité de la loi pénale plus sévère et de la rétroactivité de la loi pénale plus douce**.

- du **principe d'individualisation des sanctions** (Cons. const. 22 juill. 2005, déc. n° [2005-520 DC](#), § 3).
- du **principe de motivation de la culpabilité et de la peine** (Cons. const. 2 mars 2018, déc. n° [2017-694 DC](#)).
- du **principe d'égalité devant la loi pénale**.

Au-delà de ce principe, d'autres ont pu être dégagés, au titre des PFRLR :

- le **principe de la responsabilité personnelle** qui fait donc obstacle à la responsabilité collective ou à la responsabilité du fait d'autrui (Cons. const. 2 déc. 1976, déc. n° [76-70 DC](#), § 2)
- le **principe de spécificité de la justice pénale des mineurs délinquants** (Cons. const. 29 août 2002, déc. n° [2002-461 DC](#), § 26) qui conduit à admettre la valeur constitutionnelle de « *l'atténuation de la responsabilité pénale des mineurs en fonction de l'âge* » et de « *la nécessité de rechercher le relèvement éducatif et moral des enfants délinquants par des mesures adaptées à leur âge et à leur personnalité* ».

En savoir plus : Sur le droit pénal et la Constitution

[Numéro spécial Cahiers du Conseil constitutionnel, n° 26, 2009.](#)

2. Le contrôle de constitutionnalité des lois

Le contrôle de constitutionnalité des lois (nous avons évoqué la situation des règlements *supra*) est réalisé par le Conseil constitutionnel en vertu de deux modalités.

Le contrôle a priori. Prévu dès l'origine par l'art. 61 de la Constitution, il consiste à saisir le Conseil entre le vote de la loi et sa promulgation. Le pouvoir de saisir le Conseil n'est pas donné au simple citoyen, mais seulement au Président de la République, au Premier ministre, aux présidents de l'Assemblée nationale et du Sénat, à soixante députés ou sénateurs. La disposition légale qui serait contraire au bloc de constitutionnalité ne peut entrer en vigueur.

Remarque

Ce contrôle a longtemps été le seul. La saisine n'étant pas automatique, il pouvait arriver, en l'absence de contrôle, que des dispositions contraires à la Constitution entrent en vigueur. Il faut ici se rappeler que le Code pénal n'a pas fait l'objet d'un contrôle a priori avant son entrée en vigueur.

Le contrôle a posteriori est apparu à la suite de la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 qui crée la question prioritaire de Constitutionnalité (art. 61-1 de la Constitution) et qui est complétée par la loi organique du 9 décembre 2009. Ce contrôle est exercé, à la différence du précédent, par voie d'exception (on parle d' **exception d'inconstitutionnalité**). En effet, à l'occasion de poursuites engagées, une question de constitutionnalité est soulevée.

Nous ferons ici quelques remarques et renvoyons, pour l'essentiel au [cours de Droit constitutionnel : la V^{ème} République](#).

a) Sur les lois contrôlées

Toutes les lois sont susceptibles de faire l'objet d'une QPC et l'on peut y assimiler encore les ordonnances adoptées dans le cadre de la procédure de l'art. 38 de la Constitution.

b) Sur les normes de référence

Le contrôle de constitutionnalité ne porte ici « que » sur les droits et libertés.

c) Sur la procédure devant les juridictions pénales

Dans un premier temps, la question peut être soulevée par toute partie privée ou ministère public devant toute juridiction à l'exception notable, pour l'instruction du juge d'instruction et du juge des libertés et de la détention et pour le jugement, devant la cour d'assises (la question peut être posée séparément d'un appel).

La question n'est alors transmise que si plusieurs conditions sont réunies :

1. La disposition doit être applicable au litige. Cela signifie à la fois qu'elle a pu être appliquée dans le cadre de la procédure ou qu'elle fonde les poursuites.
2. La disposition doit ne pas avoir déjà fait l'objet d'un contrôle et que la question n'est pas dépourvue de caractère sérieux.

S'il l'estime pertinent, le juge pénal transmet à la Cour de cassation qui va alors effectuer un second filtrage des questions et transmettre la question si certaines conditions de recevabilité sont réunies (loi applicable au litige, absence d'appréciation de la constitutionnalité de la disposition, nouveauté ou caractère sérieux de la question).

Une fois la question transmise, le Conseil constitutionnel dispose de trois mois pour rendre sa décision qui est insusceptible de recours.

Le Conseil peut alors :

1. déclarer la disposition conforme à la Constitution ;
2. déclarer la disposition conforme à la Constitution à condition que la disposition interprétée ou appliquée tel qu'il l'indique ;
3. déclarer la disposition contraire à la Constitution : dans cette hypothèse la disposition est abrogée dès la publication de la décision ou à une date ultérieure fixée par le Conseil. La procédure reprend.

Exemple

Exemple de report : la garde à vue.

Par une décision du 30 juillet 2010 (Cons. const., 30 juill. 2010, déc. n° [2010-14/22 QPC](#)), le Conseil constitutionnel a considéré que le régime de la garde à vue violait un certain nombre d'articles de la DDHC. Afin de ne pas mettre en cause toutes les gardes à vue réalisées à compter de la décision, le Conseil a reporté les effets de la décision d'un an. Entre temps, la loi du 14 avril 2011 tirait les conséquences de la décision.

On peut noter que ce report, aussi pertinent soit il au regard de la stabilité du droit, n'en pose pas moins des difficultés, d'une part en ce qu'il conduit à maintenir pendant un temps une inconstitutionnalité d'autre part parce qu'il prive le premier intéressé (la personne ayant soulevé l'inconstitutionnalité) du bénéfice de l'inconstitutionnalité.

d) Appréciation générale de la QPC en matière pénale

Deux observations peuvent, là encore, être faites :

1. Le bilan de la QPC en matière pénale est mitigé. Si la QPC est rentrée aujourd'hui dans les mœurs des praticiens. Le Conseil constitutionnel indique que le droit pénal représente 21 % des décisions QPC prononcées ([au 1^{er} mars 2020](#)). Entre sa création et 2024 ([Source : Conseil constitutionnel](#)), les décisions de conformité représentent 65 %, celles de non-conformité, 23 % et celles de conformité avec réserve 8 %. Pourtant, le constat est aussi celui d'un filtrage très rigoureux des questions par les juridictions judiciaires (en ce sens, v. E. DREYER, *Droit pénal général*, 2024, n° 390 et s.).
2. L'ensemble de la matière est concerné par la QPC : les principes généraux, le droit de la peine, les incriminations et toute la procédure.

En savoir plus : Sur l'impact de la QPC sur la matière pénale

- A. CAPPELLO, « Question prioritaire de constitutionnalité », *Rép. Pén. Dalloz*, 2015 ;
- [A. BOTTON, « Bilan de trois années de QPC. Droit pénal, procédure pénale et liberté individuelle », *Nouv. Cah. Cons. const.* 2013, p. 40 et s.](#)

§2. Les autres sources

A. La coutume et les usages

Si, sous l'Ancien Régime, la coutume a constitué une source essentielle du droit pénal, l'affirmation du principe de légalité des délits et des peines (v. leçon n° 2) et le souhait de protéger les libertés publiques ont conduit à limiter considérablement la place de cette source. Sans disparaître totalement, la coutume n'a aujourd'hui qu'un rôle résiduel qui ne peut jamais aller à l'encontre de la loi (coutume *contra legem*).

Remarque

On assimilera ici à la coutume au sens strict les usages, qu'ils soient professionnels ou non.

La coutume et les usages ont parfois un rôle *secundum legem*, venant compléter le texte qui s'y réfère explicitement.

Exemple

Coutumes complétant le texte. Messages contraires à la décence.

L'art. [R. 624-2](#) du CP dispose « Le fait de diffuser sur la voie publique ou dans des lieux publics des messages contraires à la décence est puni de l'amende prévue pour les contraventions de la 4^{ème} classe. ». La notion de décence ne faisant l'objet d'aucune définition, il revient au juge de s'inspirer de la coutume et des usages pour ce faire.

Les usages appelés à compléter la répression faute de texte. Tel est le cas, de manière tout à fait exceptionnelle, s'agissant des usages professionnels.

Exemple

Usages fondant la répression. Le non-respect d'une recette de quatre-quarts.

À l'occasion d'une poursuite pour fraude alimentaire (tromperie) engagée à l'encontre d'un boulanger-pâtissier n'utilisant pas de beurre dans sa recette de quatre-quarts, la Cour de cassation a jugé que, à défaut de réglementation sur la composition du produit, les juges doivent se référer aux usages loyaux et constants du commerce pour savoir si le produit mis en vente par le prévenu mérite la qualification que lui a donnée celui-ci. Il en résulte qu'au regard de ces usages professionnels, le boulanger-pâtissier ne pouvait vendre de quatre-quarts sans beurre (Cass. crim., 5 oct. 1967 : *Bull. crim.* 1967, n° 242) !

La coutume et les usages sont aussi parfois une source négative dès lors qu'ils tendent à neutraliser la répression.

Exemple

Neutralisation de la répression. Tauromachie et combats de coqs.

L'art. 521-1 réprime les sévices graves ou actes de cruauté envers les animaux. Or, en son al. 7, il prévoit « Les dispositions du présent article ne sont pas applicables aux courses de taureaux lorsqu'une tradition locale ininterrompue peut être invoquée. Elles ne sont pas non plus applicables aux combats de coqs dans les localités où une tradition ininterrompue peut être établie. »

Droit pénal international. Mise en jeu de la responsabilité de chefs d'État (non).

Dans une affaire visant un chef d'État étranger, poursuivi devant les juges français en raison d'attentats, la chambre criminelle de la Cour de cassation a considéré que la « coutume internationale s'oppose à ce que les chefs d'État en exercice puissent, en l'absence de dispositions internationales contraires s'imposant aux parties concernées, faire l'objet de poursuites devant les juridictions pénales d'un État étranger » pour considérer les juridictions françaises incompétentes.

B. La jurisprudence

Tout comme la coutume, on considère traditionnellement que la jurisprudence ne peut, en raison de l'importance accordée au principe de légalité, bénéficier d'une place conséquente. Pourtant, l'affirmation doit être nuancée.

D'une part, la Cour de cassation a pu dégager des principes généraux du droit parfois bien avant que ces principes soient consacrés par la loi ou des normes supralégales.

Exemple

Principe général du droit. L'intention comme élément constitutif.

Dans un arrêt du 30 mars 1944 (Cass. crim., 30 mars 1944, GADPG n° 2), la chambre criminelle a admis que l'intention coupable constituait un élément constitutif de l'infraction.

D'autre part, à l'occasion du rôle qui leur est confié, le Conseil constitutionnel comme la Cour européenne des droits de l'Homme ont-elles aussi dégagé des principes s'imposant, ce que nous avons déjà eu l'occasion de constater pour la première et constaterons bientôt pour la seconde.

En savoir plus : Les rapports entre les grandes Cours

Les juridictions évoquées ne procèdent pas toujours isolément, certains ont évoqué l'existence d'un « dialogue des juges ».

Sur ces questions, v. J. PRADEL, *Droit pénal général*, n° 265 et s.

C. Les conventions collectives

En droit pénal du travail, les juges puis le législateur ont donné une portée toute particulière aux conventions collectives ce que précise l'art. L. 2263-1 du Code du travail : « Lorsqu'en application d'une disposition législative expresse dans une matière déterminée, une convention ou un accord collectif de travail étendu déroge à des dispositions légales, les infractions aux stipulations dérogatoires sont punies des sanctions qu'entraîne la violation des dispositions légales en cause. »

Section 2. Les sources internationales

§1. Les règles générales

Le droit pénal ne fait pas ici exception et le droit constitutionnel trouve ici application. Les règles relatives aux traités et accords internationaux prévues aux [art. 54 et s. de la Constitution](#) s'impose en droit interne. Il en résulte que l'autorité supérieure des traités conduit à écarter l'application de la loi qui dispose le contraire que celle-ci soit antérieure ou postérieure sous réserve de signature, de ratification et d'application réciproque.

Cass. crim., 22 octobre 1970, *Société « Les fils d'Henri Ramel »* (GADPG) :

« Attendu d'une part, qu'aux termes de l'article 55 de la constitution du 4 octobre 1958, les traités ou accords régulièrement ratifiés et approuvés ont dès leur publication une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie. »

Le juge pénal peut, dans le cadre d'un contentieux, être saisi d'un traité. S'il ne peut effectuer de contrôle de constitutionnalité de la loi, il est en revanche habilité à contrôler la conventionnalité de celle-ci.

S'est posée la question de savoir si le juge pénal avait le pouvoir d'interpréter les conventions internationales. Si la Cour de cassation a longtemps considéré que cela ne lui incombait, elle l'a admis dans un arrêt Lacour et autres en 2001 (Cass. crim., 11 février 2004, pourvoi n° [02-84.472](#) : *Bull. crim.* n° 37). Dès lors, la juridiction pénale saisie d'une question relevant d'un traité ou accord international ne doit pas solliciter l'avis d'un ministre (on dit surseoir à statuer), mais l'interprétation de ces textes relève de son office.

§2. Le droit de l'Union européenne

Le droit de l'Union européenne est composé de deux catégories de normes :

- Le **droit originaire** : celui des grands traités : Traité de Rome du 25 mars 1957, Traité de Maastricht du 7 février 1992, le traité d'Amsterdam du 2 octobre 1997, Traité de Nice du 26 février 2001, Traité de Lisbonne du 13 décembre 2007, etc.
- Le **droit dérivé** composé des actes adoptés par les institutions communautaires pour atteindre les objectifs des traités organisant l'Union européenne.

Au sein de ce droit, deux normes vont principalement intéresser la matière pénale : le **règlement** et la directive. Le règlement est l'équivalent de la loi dans l'ordre juridique interne. Il s'applique directement dans tous les États membres, il est obligatoire en toute disposition. La **directive** est une sorte de loi-cadre que chacun des pays a l'obligation de transposer dans son ordre juridique dans le délai imposé. La directive impose un résultat, mais elle laisse chaque pays libre de la forme et des moyens pour l'intégrer.

Le droit de l'Union européenne a longtemps eu une influence limitée sur le droit pénal interne faute de figurer dans le premier pilier au sein duquel se sont effectués les transferts de compétence. Certes, de nombreuses décisions-cadres ont été adoptées, mais leur portée était réduite. En revanche, le législateur renvoie souvent au droit pour définir ses infractions.

Exemple

Influence du droit de l'Union européenne – définition des infractions.

La pêche est une compétence importante de l'Union européenne. L'art. L. 945-1 du Code rural et de la pêche maritime réprime le fait de s'opposer à la saisie des matériels de pêche en infraction à la réglementation en vigueur. Pour connaître cette dernière, il convient de se référer notamment, toujours selon cet article, « règlements de l'Union européenne pris au titre de la politique commune de la pêche ». Il s'agit d'une manifestation de la technique du renvoi déjà étudiée (v. leçon précédente).

Influence du droit de l'Union européenne – contrôle de conventionnalité.

Dans le cadre du contrôle de conventionnalité, les juridictions pénales françaises peuvent être amenées à constater la neutralisation d'une loi parlementaire qui serait contraire à une norme européenne.

La Cour de Justice de l'Union européenne peut être saisie d'une question préjudicielle par les juridictions pénales s'il apparaît nécessaire d'interpréter la norme européenne.

L'influence est bien plus importante depuis l'entrée en vigueur (1^{er} déc. 2009) du Traité de Lisbonne qui modifie le traité de Rome appelé désormais Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) le traité de Maastricht nommé aussi Traité sur l'Union européenne (TUE).

L'art. 83 TFUE envisage deux possibilités, permettant d'envisager un véritable pouvoir d'incitation en matière pénale :

- incitation à la construction d'un droit pénal autonome : des directives peuvent établir des règles minimales relatives à la définition des infractions pénales et des sanctions dans des domaines de criminalité particulièrement grave revêtant une dimension transfrontière résultant du caractère ou des incidences de ces infractions ou d'un besoin particulier de les combattre sur des bases communes. Ces domaines sont le terrorisme, la traite des êtres humains et l'exploitation sexuelle des femmes et des enfants, le trafic illicite de drogues, le trafic illicite d'armes, le blanchiment d'argent, la corruption, la contrefaçon de moyens de paiement, la criminalité informatique et la criminalité organisée. Le champ de ces directives puisse être complété par décision du Conseil prise à l'unanimité ;
- incitation à la construction d'un droit pénal accessoire : des directives peuvent établir des règles minimales relatives à la définition des infractions pénales et des sanctions quand ce volet pénal s'avère nécessaire pour la mise en œuvre d'une politique de l'Union dans un domaine ayant fait l'objet de mesures d'harmonisation.

Ce droit s'impose en droit interne, ce que prévoit l'art. 88-1 de la Constitution. À ce stade de l'évolution de l'Union européenne, celle-ci dispose de la possibilité d'inciter les États à créer des qualifications pénales, cependant, elle ne peut prévoir elle-même des peines. Dans les deux cas précités, les directives donnent un objectif aux législateurs, ces derniers s'assurant de leur mise en œuvre (la Cour de cassation a admis que la directive n'avait pas d'effet direct à l'encontre des particuliers - Cass. crim., 3 févr. 2016, pourvoi n° [14-85.198](#) : *Dr. pén.* 2016, comm. 62, obs. ROBERT).

La loi et le règlement demeurent ainsi les sources directes du droit pénal, mais la source d'inspiration est bien le droit de l'Union européenne le législateur ayant une marge de manœuvre parfois réduite au regard du contenu de la directive.

Remarque

Droit de l'Union européenne. Vers un espace commun de justice pénale.

L'influence du droit de l'Union européenne s'avère essentielle en procédure pénale, la coopération européenne tant policière que judiciaire ayant été particulièrement renforcée. La création par la Règlement (UE) [2017/1939](#) du Conseil du 12 octobre 2017 du Parquet européen en est un exemple important.

En savoir plus : Droit de l'Union européenne.

Sur le développement du droit de l'Union européenne et son influence sur le droit interne, v. X. PIN, *Droit pénal général*, Dalloz, 2025, n° 92 et s.

C. SOTI, « 'Criminaliser sans punir'. Réflexions sur le pouvoir d'incrimination (directe et indirecte) de l'Union européenne prévu par le traité de Lisbonne », *RSC*, 2010, p. 773 et s.

§3. Le droit du Conseil de l'Europe

Au sein du Conseil de l'Europe, nombreux sont les textes (conventions, recommandations) qui concernent la matière pénale, mais ne sont qu'incitatifs pour les États signataires. La norme essentielle est la Convention européenne des droits de l'homme, nom usuel de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Signée à Rome le 4 novembre 1950, cette Convention n'a été ratifiée par la France que par la loi du 31 décembre 1973 et publiée par le décret du 3 mai 1974.

Ce texte énumère un certain nombre de droits fondamentaux qui ont pour un certain nombre des implications pénales : droit à la vie (art. 2), à la protection contre la torture, l'esclavage (art. 3) et l'esclavage (art. 4), à la liberté et à la sûreté (art. 5, à un procès équitable (art. 6), au respect de la vie privée (art. 8), à la liberté de pensée, de conscience et de religion (art. 9), à la liberté d'expression (art. 10), à l'interdiction de la double condamnation ou ne bis in idem (Protocole 7), etc.

Parmi tous ces textes, l'un d'eux évoque le principe de légalité pénale.

Article 7 - Pas de peine sans loi.

« 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. Le présent article ne portera pas atteinte au jugement et à la punition d'une personne coupable d'une action ou d'une omission qui, au moment où elle a été commise, était criminelle d'après les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées. »

Si la CEDH est importante, c'est notamment en raison du mécanisme juridictionnel créé afin de faire respecter la Convention : la saisine de la Cour européenne des droits de l'Homme (Cour EDH). Autrefois réservé aux États, la France a admis avec le décret du 9 octobre 1981 le droit de recours individuel ouvert aux simples citoyens. Les apports sont essentiels aussi bien en droit pénal de fond que de procédure.

La portée essentiellement déclaratoire de ses arrêts (elle peut prononcer une réparation pécuniaire au nom de la satisfaction équitable) n'empêche pas la Cour européenne des droits de l'Homme d'avoir une influence réelle sur le droit interne. La Cour peut alors constater aussi bien en raison d'une violation de la Convention qu'en raison de l'absence de sanction contraire à une disposition conventionnelle (obligation positive).

Exemple

Violation d'une disposition. Affaire Éon c. France.

Dans cette affaire, un homme avait été condamné par les juridictions françaises à raison d'une pancarte où figuraient les mots « Casse toi pov'con » au regard de la qualification d'offense au président de la République. Considérant qu'il s'agissait d'une critique de nature politique, la Cour a considéré que la condamnation constituait une atteinte disproportionnée à la liberté d'expression résultant de l'art. 10 de la CEDH (v. Cour EDH, 14 mars 2013, Éon c. France, req. n° [26118/10](#)).

Consécration d'une obligation positive : Affaire Siliadin c. France.

Dans cette affaire la France a été condamnée pour ne pas prévoir de sanction de l'état de servitude, ce que l'art. 4 de la CEDH impose aux États signataires (v. Cour EDH, 26 juill. 2005, Siliadin c. France, req. n° [73316/01](#)).

Aujourd'hui la CEDH connaît une influence dont les manifestations sont de trois ordres :

1. La CEDH est directement invoquée par les juridictions internes dont la Cour de cassation. Elles le font pour **fonder leurs décisions**, mais aussi, dans le cadre du contrôle de conventionnalité, pour **écarter la loi** qui lui serait contraire.

Exemple

Invocation de la CEDH par les juridictions internes. L'opinion politique et le combat des femmes.

La Cour de cassation admet que l'exhibition de la poitrine d'une femme « s'inscrit dans une démarche de protestation politique, et que son incrimination, compte tenu de la nature et du contexte de l'agissement en cause, constituerait une ingérence disproportionnée dans l'exercice de la liberté d'expression » (Cass. crim., 26 févr. 2020, pourvoi n° [19-81.827](#)).

2. La condamnation par la Cour EDH peut donner lieu à un réexamen de l'affaire en droit interne depuis la loi du 15 juin 2000 (art. [622-1 et s.](#) du CPP).
3. La CEDH, telle qu'interprétée par la Cour, influence la construction du droit pénal. La procédure est particulièrement concernée (la création des articles du CPP relatifs aux écoutes téléphoniques est liée à la condamnation de la France dans l'arrêt Cour EDH 24 avr. 1990, *Kruslin et Huvig c. France*), mais le droit pénal de fond a pu l'être aussi (v. la suppression du délit d'offense au Président de la République après l'arrêt *Éon c. France* précité).

L'internationalisation du droit pénal (et son européanisation) est un phénomène contemporain essentiel qui influence le droit pénal interne. Si le législateur et le pouvoir exécutif conservent le pouvoir de prévoir incriminations et peines, ce choix peut être guidé ou encadré par les normes internationales et européennes que la France s'est engagée à respecter.

Le droit pénal, comme le droit dans son ensemble est marqué par une diversification des sources. Quelques observations peuvent néanmoins être faites.

1. Les sources demeurent pour l'essentiel de nature textuelle. C'est une conséquence du principe de la légalité pénale et du souci de prévisibilité qui prévaut en la matière
2. Les sources « directes » du droit pénal, celles qui permettent de l'étudier sont, pour l'essentiel, la loi parlementaire et le règlement ou des normes de niveau équivalent.
3. Le développement des normes supralégales en droit interne (Constitution) comme en droit international (traités internationaux, droit de l'Union européenne, CEDH...) est important dans la construction du droit pénal. Ces normes s'imposent au législateur qui doit les respecter, la compatibilité des textes adoptés avec les sources qui lui sont hiérarchiquement supérieures étant vérifiée par des juridictions différentes dans le cadre du contrôle de constitutionnalité ou de conventionnalité.